

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO

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

2.^a época. Año 12 N.º 14 - DICIEMBRE 2016

ISSN 1510-3714
ISSN On line 2393-6193

Facultad de
Derecho



Universidad
Católica del
Uruguay

REVISTA DE DERECHO, 2° época. ISBN 1510-3714. 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.

REVISTA DE DERECHO, 2° época. ISBN 1510-3714. Official publication of the Faculty of law of the University Catholic of the Uruguay, uninterrupted since 2006. Biannually and international. It publishes original and unpublished articles subjected to strict anonymous arbitration, "double-blind" referee system, based on clear ethical parameters, with full guarantees in terms of the objective assessment for reasons exclusively academic of each of the works presented.

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.

Revista de Derecho está indexada en:

SciELO Uruguay en <http://www.scielo.edu.uy>

Catálogo **Latindex**

Base de datos **EBSCO**

AURA (Asociación Uruguaya de Revistas Académicas)

Tabla de contenidos, artículos, revista completa y norma editoriales en OJS (Open Journal Systems) <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho>

Revista de Derecho is included in:

SciELO Uruguay en <http://www.scielo.edu.uy>

Catálogo **Latindex**

Base de datos **EBSCO**

AURA (Uruguayan Association of Academic Journals)

The table of contents, articles, journal and publication guidelines in OJS:

<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho>

De esta edición

© 2016 UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL URUGUAY

Dirección Postal

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 375.694- Comisión Del Papel

Edición amparada por el Decr. 218/96

ISSN 1510-3714

ISSN on line: **2393-6193**

Paginación: A. Stella Fernández

Corrección: Cada autor se responsabiliza de la corrección de su propio artículo.

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.

Por correspondencia y envío de material

Facultad de Derecho de la Universidad Católica
del Uruguay.

Av. 8 de Octubre 2738, CP 11600,

Montevideo, Uruguay.

Teléfonos (+598) 2487 2717. Fax 2487 5225.

publicacionesderecho@ucu.edu.uy

Por canje: Biblioteca P. Manuel Gutiérrez

Semprún, s.j.: canje@ucu.edu.uy

Por suscripción: publicacionesderecho@ucu.edu.uy

COMITÉ EDITORIAL

Director

Álvaro Pacheco, S.J.

Decano

(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

Comité Editorial

Martín Riso Ferrand

(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

Mariella Saettoni

(Universidad Católica del Uruguay)

Editora

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, 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 Alcalá** (*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** (*Investigador independiente, 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, 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. Dr. JULIO FERNÁNDEZ 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

FACULTAD DE DERECHO

P. Dr. ÁLVARO PACHECO SJ
Decano interino

Dra. ALICIA RODRIGUEZ G.
Coordinador de Abogacía

Esc. Prof. BEATRIZ RAMOS
*Coordinadora Académica
de Notariado*

Dra. MARIELLA SAETSTONE
*Coordinadora Académica
de Investigaciones*

Dra. MARTA HANNA DE ROSA,
Coordinadora de Publicaciones

Dr. WALTER GUERRA
Coordinador de Aspirantías

Dra. MARÍA JOSÉ BRIZ
*Directora Centro Universitario
de Formación Jurídica*

Contenido

DOCTRINA

OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y LIBERTAD
DE CONCIENCIA. NORMATIVA VIGENTE
EN LA SALUD EN URUGUAY
Conscientious Objection and Freedom of Conscience.
Applicable Law on Health in Uruguay
Carmen Asiain Pereira 11

NORMAS DE DERECHOS HUMANOS:
COLISIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD
Human rights standards:
Collision and complementarity
Laura Nahabetián Brunet..... 65

LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO
NO CUMPLIDO EN EL ÁMBITO
DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
The exception of non-performance in public contracts
regulation
Gonzalo Rivera 111

LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD
Y TRANSPARENCIA EN LA MODIFICACIÓN
DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.
SU SENTIDO Y ALCANCE
EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA
The principles of equality and transparency
in the modification of public contracts.
The meaning and scope the jurisprudence of
the Court of Justice of the European Union
María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo 143

DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

Israel Creimer..... 159

RESEÑAS

Ricardo Guastini, *La sintaxis del derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2016)

Santiago Martínez..... 181

Normativa para los autores 185

DOCTRINA

Objeción de conciencia y libertad de conciencia. Normativa vigente en la salud en Uruguay¹

Conscientious Objection and Freedom
of Conscience. Applicable Law on Health
in Uruguay

Carmen Asiain Pereira

Consortio Latinoamericano de Libertad Religiosa
casiain@adinet.com.uy

RESUMEN: El derecho a la objeción de conciencia como derecho humano fundamental, desde su recepción por el Derecho Internacional de que Uruguay es parte, hasta su consagración constitucional y posterior reconocimiento y regulación específica en leyes, así como por la jurisprudencia —incluidos los recientes pronunciamientos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo—, y situaciones dilucidadas en sede administrativa. Los cambios suscitados recientemente en la tutela jurídica del derecho de objeción de conciencia y su planteamiento en variados y crecientes ámbitos —en la salud, tanto del lado del profesional como del paciente, en lo laboral, en la educación, la ejercida por funcionarios públicos— y los desafíos que plantea la actual regulación, así como cierta

Recibido: 20/09/16. Observado: 16/10/16. Corregido: 18/10/16. Aceptado: 25/10/16.

¹ NOTA: Este artículo corresponde a una línea de investigación sobre objeción de conciencia que la autora viene desarrollando y en relación con la cual ha hecho varias publicaciones. El objeto de este trabajo, entonces, no es la objeción de conciencia ni el derecho sanitario, sino la presentación de la normativa reciente que, sobre el tema y en el ámbito de la salud, se ha dado en Uruguay. Con mayor amplitud, el tema fue expuesto en el *XVI Coloquio del Consortio Latinoamericano de Libertad Religiosa*, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Hernandarias, Paraguay, 7-9 julio, 2016.

ambigüedad por la ausencia de un tratamiento sistemático y unitario del derecho, que arroja incertidumbres al operador jurídico. El proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario institucional y el recurso de *habeas conscientiam*.

Se ensayan unas reflexiones conclusivas acerca de la recepción del derecho de objeción de conciencia en el derecho uruguayo y el rol de la jurisprudencia como sumo garante de los derechos individuales y colectivos.

PALABRAS CLAVE: objeción de conciencia; aborto; recurso de *habeas conscientiam*; ética médica.

ABSTRACT: The right to conscientious objection as a fundamental human right recognized by International Law mandatory for Uruguay, acknowledged by the Constitution and subsequently regulated by laws and by the jurisprudence —including recent resolutions by the Administrative Court—, and cases ruled by the Administration.

Changes recently introduced in the legal protection of conscientious objection and its appearance in different and growing areas —healthcare, both from the professional as from the patient, in the workplace, in education, as exercised by public servants— and the challenges of the present regulation, as well as the ambiguities provoked by the absence of a systematic and integral consideration of the right, which creates uncertainty for the legal operator. The bill on freedom of conscience and institutional autonomy, introducing the writ of *habeas conscientiam*.

Some conclusive remarks as regards the reception of the right to conscientious objection and the role of jurisprudence as the utmost guarantee of individual and collective rights are proposed.

KEYWORDS: conscientious, objection; abortion; writ of *habeas conscientiam*; medical ethics.

SUMARIO: I. El derecho de objeción de conciencia y su reconocimiento como derecho humano fundamental. II. Recepción jurídica del derecho de objeción de conciencia en los ámbitos de la salud en general. 1. Principios generales luego desarrollados. 2. La negativa a someterse a determinada terapéutica. 3. La confidencialidad de la relación médico-paciente y la reserva del secreto profesional. 4. Objeción de conciencia del personal de la salud a la realización de determinadas prácticas. 5. Principios generales sentados por el Código de Ética Médica. III. Regulación específica del derecho de objeción de conciencia en determinados ámbitos de la salud, por leyes especiales. 1. La Ley de Voluntad Anticipada. 2. Aborto. 3. La llamada “salud sexual y reproductiva”. 4. Caso de la huelga de hambre y la alimentación forzada. IV. Falta de consagración expresa en leyes sensibles a la ética y bioética. 1. Cambio de Sexo. 2. Ley de Reproducción Humana Asistida. 3. Donación implícita de órganos. 4. Legalización de la marihuana. 5. ¿Objeción de conciencia por funcionarios públicos? 6. Impacto de las políticas sanitarias -en ética y bioética e ideología de género- en la educación. V. La jurisprudencia como sumo garante del derecho de objeción de conciencia. VI. El proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario. Recurso de *habeas conscientiam*. VII. La tutela del derecho de objeción de ideario institucional. VIII. Reflexiones conclusivas.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo es parte de una investigación que se desarrollara para ser expuesta como relación nacional por el Uruguay en el XVI Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, celebrado en Hernandarias, Paraguay, en julio de 2016.

Para el desarrollo de sus contenidos, la investigación siguió las pautas comunes establecidas para todas las ponencias por países, siguiendo la dinámica usual de los coloquios del referido Consorcio. En tal sentido, la versión original comprendía capítulos que pretendían cubrir el tema central del Coloquio “Cambios en la protección jurídica del derecho de objeción de conciencia” en los más variados ámbitos, incluyendo el servicio militar, en lo laboral y educativo, ante deberes cívicos, entre otros.

A los efectos del presente trabajo, se ha optado por circunscribir el análisis a la libertad de conciencia y el derecho de objeción de conciencia en una ámbito muy amplio pero específico: el de la salud, y en lo atinente a las cuestiones de ética y bioética, así como en su impacto en otros ámbitos, pero sólo en cuanto las innovaciones recientemente introducidas en la legislación han impactado en dichos ámbitos fuera de la salud, como ha ocurrido en la educación, por ejemplo. Por otro lado, se ha intentado actualizar el contenido del presente, a la fecha de la presentación de este trabajo (setiembre de 2016), por lo cual se incluyen recientes pronunciamientos jurisprudenciales y desafíos planteados, que no habían sido cubiertos en ponencia original, sobre la que este artículo se basa.

I.

EL DERECHO DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Desde la reforma constitucional de 1934 Uruguay incorporó el reconocimiento de la *independencia* de la conciencia moral y cívica de todo aquel que se hallare en una relación de trabajo o servicio (art. 53 de la Constitución de 1934). Esta disposición se ha mantenido en las sucesivas reformas constitucionales, hasta la vigente de 1967 con sus reformas hasta 2004, en el presente artículo 54:

Artículo 54. La ley ha de reconocer a quien se hallará 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.

El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado.”

La disposición, que no tiene antecedentes en el Derecho Constitucional Comparado ni en el Derecho Constitucional del país, *importa una manifestación de la tendencia que siguió al surgimiento de la reforma social* y se enmarca dentro del conjunto de derechos sociales, laborales y económicos que junto a este se incorporan a la carta, consagrando con fines tuitivos, los principios de esta reforma social que *se tradujo jurídicamente en un intento de asegurar la libertad efectiva del hombre, en todos sus aspectos, protegiéndolo contra la acción de los factores que, por la presión de su mayor fuerza económica, procuraban quitársela*².

A diferencia de lo ocurrido en el Derecho comparado, esta consagración no vino a posteriori, a intentar proteger conflictos entre conciencia y ley de los obligados al servicio militar, o a determinadas terapéuticas. La originalidad de esta disposición es doble: en primer lugar, se anticipa mediante una consagración positiva, y nada menos que en una norma de rango constitucional, a proteger una situación jurídica subjetiva aun antes de que se produzca un conflicto, a modo de profilaxis tuitiva. No responde esta consagración a una respuesta del constituyente frente al reclamo de personas a quienes se violó su libertad de conciencia, ni vino tampoco a resolver cuantiosos conflictos laborales que se estaban desa-

² Anibal Luis Barbagelata, “La independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador”, *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, De Ferrari, F. (coord.), T. V., N° 25 (Montevideo, abril de 1950), pp. 1-14.

rollando. El constituyente quiere plasmar una protección integral a quien presta servicios, y su conciencia le merece especial atención.

En segundo lugar, es de destacar que en Uruguay el celo por la protección de la libertad de conciencia surge en el ámbito del Derecho Laboral, aun cuando su enunciado pueda considerarse aplicable, por la universalidad del principio que consagra, a todos los ámbitos del quehacer humano. Véase que el contexto de la disposición constitucional refiere a la protección de la relación de trabajo. Así el propio artículo 54, protege otros aspectos del trabajador o equiparado —es decir de “quien se hallare en una relación de trabajo o servicio”—, ocupándose de cuidar *la justa remuneración, la limitación de la jornada, el descanso semanal, la higiene física y moral* y de regular con especial consideración *el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años*. Y el artículo se enmarca en un subgrupo de disposiciones a modo de subcapítulo dedicado al Derecho Laboral, desde el art. 53 que proclama que *el trabajo está bajo la protección especial de la ley*, hasta las normas sobre el Derecho Colectivo del Trabajo y los derechos sindicales.

Es este artículo 54 la consagración más explícita de la protección de la conciencia de todo aquel que se hallare en una relación de trabajo o servicio, y gracias a ello, la tutela aparece más personalizada, como “de diseño”.

Pero aun en la hipótesis de que esta disposición no se hallara contenida en la Carta, el intérprete arribaría a la misma conclusión tuitiva de la libertad de conciencia. Tal es la solución impuesta por la hermenéutica constitucional y por la aplicación del método de interpretación lógico sistemática teleológico propuesto por Esteva Gallicchio³: ateniéndonos a la axiología de la Constitución y a los principios fundamentales que ella recoge, habrá de acudir en primer término al principio general de libertad de los habitantes reconocido en el art. 7⁴ como preexistente al ordenamiento jurídico, y a los derechos implícitos consagrados en el art. 72⁵, norma que incorpora a la Carta todos los derechos y garantías que, aún no recogidos expresa o explícitamente, sean inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno. Siendo la libertad de conciencia y el derecho a la objeción

³ Cf. Eduardo G. Esteva Gallicchio, “La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya”, en E. Ferrer Mac-Gregor, A. Zaldivar Lelo de Larrea, (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, T. VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, ISBN 970-32-5381-4, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

⁴ Artículo 7°. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

⁵ Artículo 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

de conciencia derechos humanos fundamentales, se consideran contenidos, aún más, tutelados por la Constitución, aún en ausencia de la norma clara del art. 54.

He ahí que sostengamos que la previsión del art. 54 en cuanto a que la ley ha de respetar la conciencia, no aplica sólo a los que se hallaren en una relación de trabajo o servicio, sino a todo ser humano, por ser esta dimensión de la conciencia y su libertad, inherentes a la dignidad humana.

La Constitución manda al legislador a que *reconozca* la independencia de la conciencia moral y cívica, lo que implica que el derecho de los sujetos alcanzados por la norma es preexistente a la consagración constitucional, positivización que sólo viene a dar garantías para el respeto de este derecho.

Ha de tenerse presente además, que la Constitución mandata al legislador a que por medio de ley reglamente la protección de la independencia de la conciencia de los sujetos alcanzados. Como habremos de desarrollar, dicha ley aún no se ha dictado, es decir que el legislador sigue desde 1934 siendo omiso, contumaz incumplidor de este mandato constitucional, a pesar de haber existido algunas iniciativas en este sentido, desde el Proyecto De Ferrari de Código del Trabajo⁶, al más reciente Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario. Recurso de *Hábeas Conscientiam*⁷ redactado por nosotros.

La falta de reglamentación de esta garantía del art. 54 por medio de ley, no priva sin embargo a los habitantes de la república, de su protección, habida cuenta de que el constituyente también quiso anticiparse a la inactividad —dolosa o culposa— del legislador, cerrando el plexo constitucional con una disposición que asegure la *aplicabilidad directa* de los preceptos que reconocen derechos a los individuos, así como de los que imponen deberes a las autoridades públicas, disponiendo que la omisión del legislador sea en estos casos suplida recurriendo a otras fuentes, pero que sea suplida al fin⁸.

⁶ Citado por Aníbal Luis Barbagelata, “La independencia de la conciencia moral y cívica...”, p. 13, transcribiendo artículos del Proyecto de Código del Trabajo (anterior a 1950), entre los que se destacan: *Artículo 55. Queda prohibido a los patronos: ... d) obligar a sus obreros o empleados a que abandonen sus sindicatos o las agrupaciones políticas o religiosas a que pertenecieren.*” (si tenemos en cuenta que una persona puede llegar a ser expulsada de su confesión religiosa por transgredir sus mandamientos) y *Artículo 32: Se reputarán nulas y no obligarán a ninguna de las partes, aunque hubieren sido expresamente pactadas, las cláusulas siguientes: ... h) las que prohíben a los trabajadores formar parte de sindicatos y agrupaciones gremiales o profesar determinadas ideas filosóficas, políticas y religiosas.*” (teniendo presente que la *profesión de ideas religiosas* importa el conducirse de conformidad con dichas ideas o creencias, sin cuya manifestación aquellas serían vanas, pensamientos enclaustrados en el fuero interno que en nada afectan a la convivencia ni interesan al Derecho). Asimismo, preveía el Proyecto en su art. 123, que no podrían ser aprobados por la autoridad pública los reglamentos internos o de taller “*que impongan un régimen de trabajo contrario (...) al respeto que se debe a la persona del trabajador*”.

⁷ Proyecto presentado en diciembre de 2010 por el entonces Diputado Luis Lacalle Pou y el 15 de setiembre de 2015 reintroducido por la Senadora Carmen Asiaín en versión actualizada.

⁸ Artículo 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

Desde los llamados edictos constitucionales perpetuos que encabezando el texto constitucional, cimientan sus principios fundantes y marcan su teleología, hasta su conclusión en el art. 332 citado, la dogmática constitucional tiene como centro y fin a la persona humana, adhiriendo al iusnaturalismo. Sus primeras letras son para definir a la República como “*la asociación de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio*” (art. 1), la que “*es y será para siempre libre e independiente...*” (art. 2). La dogmática constitucional se sostiene sobre la columna vertebral formada por los artículos 7 que reconoce derechos de los habitantes —como el derecho al honor y a la libertad— como preexistentes a la Constitución, la garantía innominada del art. 72, salvaguarda del olvido o la falta de actualización en materia de derechos humanos del constituyente, y el artículo 332 que la sella, prestando el basamento necesario para el andar seguro de este cuerpo normativo, en pro de la persona. Entre las previsiones específicas ha de tenerse en cuenta en primer lugar la del art. 5^o que consagra la Libertad Religiosa y la no confesionalidad del Estado, principios ambos que correctamente aplicados propenderán a la protección de la libertad de conciencia mediante la objeción de conciencia, habida cuenta de que el Estado, incompetente en materia moral, se abstendrá de interferir en la adopción de una u otra postura moral por parte de las personas, así como de impedir el derecho de las mismas de conducirse de conformidad con dicha postura en materia moral. Y nos encontramos nuevamente con el analizado artículo 54, con lo que volvemos al punto de arranque: Artículo 54. “La ley ha de reconocer a quien se hallará en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; (...)”.

Además, el Uruguay ha suscripto las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos que proclaman el derecho a la libertad de conciencia y religión con todas sus dimensiones y manifestaciones.

Por consiguiente, y como lo ha declarado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo recientemente citando esta disposición constitucional¹⁰, en nuestro país, no sólo la libertad de conciencia es un derecho humano fundamental, sino también y concomitantemente, el derecho (subjeto) de objeción de conciencia es reconocido con rango constitucional y aún

⁹ Artículo 5°. “Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.”

¹⁰ Sentencia N° 586/15 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de 11/8/2015, en acción de nulidad promovida por un grupo de médicos ginecólogos contra las normas del Decreto del Poder Ejecutivo N° 375/12 (reglamentario de la Ley N° 18.987 de “Interrupción Voluntaria del Embarazo”), lesivas del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y del libre ejercicio de la profesión médica.

supraordenado en los instrumentos internacionales de derechos humanos¹¹, por lo cual y como ha dicho el Tribunal, lo que tiene carácter excepcional y debe interpretarse con carácter restrictivo es su limitación.

En reciente sentencia N° 396 de 19 de julio de 2016, si bien no referida en rigor a objeción de conciencia, al menos moral, se aportan elementos ordenadores de la jerarquía de los principios en juego, privilegiando el goce de la libertad como derecho preexistente al ordenamiento jurídico, En la sentencia referida el mismo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹² juzgando acerca de la negativa de una funcionaria pública a realizarse de modo periódico el examen de mamografía, resuelve apelando directamente al *derecho fundamental de la actora a ser protegida en el goce de la libertad* de que goza todo ser humano, que ha sido desconocido por la norma obligatoria, destacando *el Derecho a ser protegido en el goce de la libertad*¹³.

Como viene de anunciarse, no existe una norma general que contemple el derecho de objeción de conciencia en nuestro país, a pesar de los intentos que se han ensayado desde antes de 1950. Es por ello que sostenemos que es impostergable la necesidad de contemplar el recurso a la objeción de conciencia —*habeas conscientiam*— por ley general.

II

RECEPCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LOS ÁMBITOS DE LA SALUD EN GENERAL

1. PRINCIPIOS GENERALES LUEGO DESARROLLADOS

Postergando el tratamiento jurisprudencial del tema para un posterior capítulo, podemos afirmar que una de las primeras protecciones dadas por nuestro Derecho interno por medio de normas positivas a la conciencia, provino de un acto administrativo general y

¹¹ Asiain Pereira, C., “Objeción de conciencia: Tribunal de máximo rango anula con efectos generales y absolutos decreto que la restringía, en Revista Latinoamericana de Derecho y Religión”, Vol. 2, N° 1 (2016), ISSN 0719-7160, <http://www.revistatderechoyreligion.com/ojs/ojs-2.4.6/index.php/RLDR/index> y en *Revista de Derecho Público*, Mariana Blengio Valdes (Dir.), Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/48/asiain.php>, N° 48, Nov. 2015, ISSN 2301-0908

¹² Sentencia N° 396 de 19 de julio de 2016, “ROSENGURTT GARCÍA, ANA c/ ESTADO. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. Acción de nulidad” (Ficha No. 56/2013), sobre negativa a someterse a examen de mamografía de funcionaria pública, disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos.php>.

¹³ Sentencia N° 396/16 CONSIDERANDOS X y XI

para el ámbito de la salud: el Decreto del Poder Ejecutivo N° 258/992¹⁴, dictado durante la Presidencia de Lacalle Herrera.

El **Decreto del P.E. N° 258/992**, “Normas sobre conducta médica y derechos del paciente”, se dicta habida cuenta que “*desde hace milenios existen reglas destinadas a regir la realización del acto médico*”, y que en Uruguay “*no existe un conjunto orgánico de pautas de conducta profesional objetivadas a través de un acto-regla*”, por lo que se estima conveniente que desde el ámbito del Ministerio de Salud Pública se dicten estas pautas.

Si bien existían en el ámbito sanitario, los Códigos de Ética Médica¹⁵ que contemplaban la objeción de conciencia tanto del lado del paciente (Art. 15¹⁶), como del lado del médico (arts. 32¹⁷ y 44¹⁸), estos no eran Derecho positivo por no ser su fuente estatal. De todos modos, regían dentro del ámbito médico como referente deontológico, al igual que el Juramento Hipocrático, considerado como integrante del *ethos* esencial de la profesión médica¹⁹.

El decreto parte de considerar que “se ha optado por incluir una síntesis de los grandes principios a fin de enfatizar en su carácter didáctico y *respetar la conciencia de cada profesional, ámbito al que el Derecho no debe ingresar sino para garantizarlo*” (Considerando V). No hemos encontrado en el Derecho patrio, una consagración conceptual más sublime acerca del respeto debido por el orden jurídico a la libertad de conciencia y la correspondiente tutela necesaria para su protección, que el principio subyacente a esta disposición: la conciencia es tan sagrada, que el Derecho sólo es competente para garantizar su tutela.

Otras disposiciones del decreto inauguran en nuestro Derecho la protección de otros aspectos, que más tarde serán recogidos por leyes especiales o generales: la obligación del médico de *defender los derechos humanos relacionados con el ejercicio profesional, y especialmente el*

¹⁴ Decreto del Poder Ejecutivo del 9/6/1992, Ministerio de Salud Pública, D.O. 16/6/92, *Reglas de Conducta Médica. Se reglamenta un conjunto de normas sobre Derechos del Paciente*, disponible en <http://www.smu.org.uy/publicaciones/libros/laetica/ncmddydp.htm>, visitado 16/6/16

¹⁵ Código de Ética Médica del Sindicato Médico del Uruguay (SMU), 27.IV.1995, arts. 15 y 44 y de la Federación de Médicos del Interior (FEMI). Actualmente rige en su lugar el Código de Ética Médica plebiscitado y aprobado por Ley

¹⁶ Art. 15. Todo paciente tiene derecho a: 2. A consentir o rechazar libremente cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico que se le proponga. El médico debe respetar estas decisiones válidas salvo que perjudique a terceros o en emergencias extremas. El paciente debe firmar un documento escrito cuando rechaza un procedimiento indicado por el médico.

¹⁷ Art. 32. Tiene derecho a abstenerse de hacer prácticas contrarias a su conciencia ética aunque estén autorizadas por la Ley. Tiene en ese caso la obligación de derivarlo a otro médico.

¹⁸ Art. 44. No es válido éticamente que el médico imponga tratamientos que violen la decisión válida de un paciente que libremente ha decidido, por causa de su enfermedad o por estar haciendo huelga de hambre, rechazar los tratamientos que se le indiquen.

¹⁹ Teresita Rotondo, Doctora en Medicina, Máster en Bioética, Miembro de la Comisión de Bioética del SMU: *el Juramento Hipocrático es parte del ethos esencial de la profesión*

derecho a la vida a partir del momento de la concepción (art. 2²⁰); la obligación del médico de guardar *secreto profesional* (art. 4²¹) y el *derecho del paciente a negarse a determinada terapéutica* (art. 38²²).

Veamos cómo estos principios y derechos reconocidos van recibiendo consagración legislativa o administrativa en ámbitos particulares o generales de la salud.

2. LA NEGATIVA A SOMETERSE A DETERMINADA TERAPÉUTICA

En este punto de la negativa de algunos pacientes a someterse a determinada terapéutica, se habían generado dudas tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia en torno a la admisibilidad y juridicidad de la objeción de conciencia de los Testigos de Jehová opuesta a aceptar transfusiones de sangre, sobre todo cuando ésta era indicada por peligrar la vida del paciente. La duda razonable la planteaba el art. 44 de la Constitución²³, que establece el deber de todos los habitantes de cuidar su salud, así como de asistirse en caso de enfermedad.

Decíamos entonces²⁴ que en lugar de oponer como contrapuestos el valor vida y salud de un lado y el valor libertad de conciencia de otro, correspondía la conjugación de ambos valores, habida cuenta de que la Constitución no atiende únicamente a procurar la salud sólo orgánico-física de los habitantes, sino que de una interpretación contextual incluso intranorma, extraemos que se ordena al Estado procurar el perfeccionamiento “físico, moral y social” de los habitantes, de lo que se colige que la coherencia entre las creencias o conciencia y la conducta, es parte del perfeccionamiento moral y social de los habitantes, objetivo

²⁰ Art. 2. El médico debe defender los derechos humanos relacionados con el ejercicio profesional, y especialmente el derecho a la vida a partir del momento de la concepción (arts. 1.2 y 4.1 de la Convención Internacional de Derechos Humanos aprobada por la Ley N° 15.737 de 8.3.85 y Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Ley N° 16.137 de 28.9.90). En salvaguarda de los derechos y dignidad de la persona humana (arts. 7 y 72 de la Constitución) debe negarse terminantemente a participar directa o indirectamente, a favorecer o siquiera admitir con su sola presencia toda violación de tales derechos, cualquiera fuera su modalidad o circunstancias.

²¹ Art. 4. El médico debe guardar secreto frente a terceros sobre cuanto hubiera conocido en forma explícita o implícita, directa o indirecta, acerca de la enfermedad, vida privada o intimidad de quienes hubiera de asistir o examinar en el ejercicio de su profesión y guardar silencio al respecto en todo tiempo, incluso después de la muerte del paciente.

²² Art. 38. El paciente tiene derecho a negarse a recibir tratamiento y a que se le expliquen las consecuencias de esta negativa para su salud, sin perjuicio de las medidas que corresponda adoptar frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra.

²³ Constitución Artículo 44. El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

²⁴ Ver Carmen Asiaín Pereira, *Derecho Sanitario y Libertad de Conciencia en Uruguay, en Libertad de Conciencia y Derecho Sanitario en Iberoamérica*, COMARES, Granada, España, 2010, pp. 250-257 y 281-288 y Carmen Asiaín Pereira, *Hábeas Conscientia(m) y Objeción de Conciencia*, en *Anuario de Derecho Administrativo* T. XV, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, pp. 15-18, 37-39 y 47 para un desarrollo de esta discusión doctrinal.

que se encuentra plasmado en el resto del contexto constitucional. La salud, por otra parte, comprende también la paz psíquica y la espiritual, por lo que estas dimensiones deben considerarse comprendidas dentro del deber de cuidar la salud: cuerpo y alma o materia y espíritu; organismo y mente; físico y también conciencia.

Para dar un marco regulatorio a esta problemática específica, la primer respuesta positiva, más allá de la práctica que había sido respetuosa de la conciencia en general, provino del Hospital de Clínicas —Hospital Universitario estatal—, que en 2007 elaboró un Protocolo de actuación reconociendo el derecho de autodeterminación del paciente y estableciendo pautas de actuación sobre la base de los principios del consentimiento informado y válido dado por un adulto capaz. Para situaciones de emergencia o de incapaces se preveía el recurso a la Justicia²⁵.

La Ley de *Derechos y Deberes de los Pacientes*, N° 18.335,²⁶ de 2008, vino a zanjar estas dudas y a dar fuerza legal al principio que protege tanto la autonomía y dignidad del paciente, como el libre ejercicio de la profesión del médico, aplicando los principios éticos rectores.

El art. 11 establece que todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente y el profesional de salud, mediando consentimiento informado, salvo casos de urgencia. De conformidad con esta norma, el paciente podrá rehusar una determinada terapéutica indicada por el facultativo, aun en el caso en que peligrara su vida como consecuencia de esta negativa²⁷. El art. 17 con carácter general y sin restricciones dispone: “Todo paciente tiene derecho a un trato respetuoso y digno. Este derecho incluye, entre otros: (...) (F) *Que no se practiquen sobre su persona actos médicos contrarios a su integridad física o mental, dirigidos a violar sus derechos como persona humana o que tengan como resultado tal violación.*”²⁸

El Decreto del P.E. N° 274/010²⁹ reglamentó esta ley sin derogar el Decreto N° 258/992 en los puntos que hemos citado³⁰. Regula cómo debe recabarse el consentimiento

²⁵ Para ampliar sobre el Protocolo, ver Nicolás Cendoya et al. *Relevancia del consentimiento del paciente y situaciones en que éste no acepta el procedimiento terapéutico propuesto en centros asistenciales públicos*, Anuario de D. Administrativo, T. XIV, F.C.U., Montevideo, 2007, pp. 659 y ss.

²⁶ Ley N° 18.335. Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud, Publicada D.O. 26 ago/008

²⁷ Ley 18.335 Art.11. “Todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante —luego de recibir información adecuada, suficiente y continua— y el profesional de salud. El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Éste puede ser revocado en cualquier momento. El paciente tiene derecho a negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud. Cuando mediaren razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido, o cuando las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, se podrán llevar adelante los procedimientos, de todo lo cual se dejará precisa constancia en la historia clínica. En la atención de enfermos psiquiátricos se aplicarán los criterios dispuestos en la Ley N° 9.581, de 8 de agosto de 1936, y las reglamentaciones que en materia de atención a la salud mental dicte el Ministerio de Salud Pública.

²⁸ Cursivas del autor (NE).

²⁹ Decreto del P.E. N° 274/010 de 8/9/2010

³⁰ El art. 57 del Decreto 274/010 deroga el Título II del Decreto 258/992, no los puntos citados

to informado (art. 16 y ss.), así como la reserva de la historia clínica y la constitución de las comisiones de Bioética que prevé la ley reglamentada.

A mayor abundamiento, en cumplimiento de la Ley N° 18.591 de Colegiación de la Profesión Médica³¹, el Colegio Médico del Uruguay encomendó la redacción de un Proyecto de *Código de Ética Médica* que fue plebiscitado el 18 de noviembre de 2012 entre el cuerpo médico, si bien entró en vigencia en 2014 al ser homologado por ley N° 19.286³².

Reiterando el *principio de autonomía del paciente*, eleva a rango de *deber del médico* el respetar lo que aquel decida (art. 3 y ss.)³³, debiendo informarlo de las posibles consecuencias (arts. 13 d) y 30³⁴).

La reciente sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 396/16 funda su fallo en el principio de la autonomía del paciente, recogido y regulado por la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes, destacando que el consentimiento del paciente o usuario a someterse a una terapéutica o examen es preceptivo, y que debe ser informado integralmente, pues de lo contrario, “La Administración, al denegar la petición de la actora tendiente a que no resulte obligatoria a su respecto la realización del examen de mamografía, conculca sendos derechos fundamentales que le asisten a la accionante como ciudadana”³⁵, derecho que ha sido *reconocido a nivel internacional en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO del año 2005*³⁶. Respecto al fundamento y operatividad del instituto, la sentencia cita al Profesor en Medicina Forense Guido Berro, cuando expresa: “El consentimiento informado se considera la regla o norma de la bioética que efectiviza el principio de autonomía del paciente. Tiene, entonces, aspectos éticos, pero también legales, es un tema típicamente médico-legal ...”³⁷ “El consentimiento informado, al decir del desta-

³¹ Ley N° 18.591 de Colegiación de la Profesión Médica, D.O. 16 oct/009

³² Código de Ética Médica, Ley N° 19.286, Diario Oficial 17/10/14, disponible en http://colegiomedico.org.uy/Portals/1/Documentos/C%C3%B3digo_de_%C3%89tica_final.pdf

³³ Ley 19.286 Art. 3. Es deber del médico, como profesional de la salud, seguir los siguientes principios y valores fundamentales: a) Respetar la vida, la dignidad, la autonomía y la libertad de cada ser humano y procurar como fin el beneficio de su salud física, psíquica y social.

³⁴ Ley 19.286 Art. 13. Todo médico tiene el deber de: d) Respetar la libre decisión del paciente, incluido el rechazo de cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico propuesto, en el marco de las normativas vigentes. En ese caso lo informará sobre los riesgos o inconvenientes de su decisión. El médico podrá solicitar al paciente o a sus responsables, luego de la total y completa información del procedimiento propuesto, firmar un documento escrito en el que conste ese rechazo y en caso que no se lograra, dejar constancia en la historia clínica.

Art. 30. El médico propondrá los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que considere adecuados a la enfermedad del paciente, de acuerdo al conocimiento científico vigente, pero respetará la autonomía del paciente para recurrir a otras alternativas, explicándole las consecuencias que esa decisión pueda tener para su salud.

³⁵ Sentencia N° 396/16 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, CONSIDERANDO XII

³⁶ Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005), Art. 6: “*Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada*”, citado por la referid sentencia

³⁷ Guido Berro, *Consentimiento informado*, Revista Uruguaya de Cardiología, Volumen 28, N° 1, 2013, pp. 17-18), citado por sentencia N° 396/16 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

cado jurista argentino Alberto Bueres, “es la norma jurídica garantizadora de la libertad del paciente”... y volviendo a Berro, cita,

(...) siempre subyace en ese encuentro una delegación de derechos de una persona (paciente) hacia otra (médico). Esa delegación solo puede y debe ser consciente y voluntaria, otorgada con competencia”. Por último, “La necesidad del consentimiento informado, tal como surge claramente de la ley, opera tanto en hipótesis de procedimientos quirúrgicos y terapéuticos, como en supuestos de procedimientos preventivos y con fines de diagnóstico.

Como ha expresado nuestra Suprema Corte de Justicia, “En rigor, la autorización del paciente es la concreción, en el ámbito de la asistencia sanitaria, de su derecho fundamental de libertad (art. 7o. de la Carta) de autodeterminación y de decidir libre y autónomamente sobre su propio cuerpo, su integridad corporal y su futuro vital”³⁸.

3. LA CONFIDENCIALIDAD DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE Y LA RESERVA DEL SECRETO PROFESIONAL

Reconocido este principio en el Decreto N° 258/992 citado, era aplicado además en base a lo preceptuado por los Códigos de Ética Médica que —sin valor jurídico vinculante pero que obraban como Decálogo de valores fundamentales de la profesión— establecían el derecho-deber del equipo médico de “respetar el derecho del paciente a guardar el secreto sobre aquellos datos que le corresponden y ser un fiel custodio, junto con el equipo de salud, de todas las confidencias que se le brindan, y sobre las que no puede decidir sin consultar al paciente” y el “deber de respetar la confidencialidad y la intimidad del paciente”. Respecto a su relación con la Justicia explicitaban: “Los médicos deben reclamar a la Justicia que recurra a los medios propios para investigar un posible delito, sin coaccionar al médico a romper su deber de fidelidad para con el paciente”.

Sin embargo se habían suscitado discusiones en punto a los límites del deber de guardar secreto profesional en caso de constatarse la comisión de un delito —como el aborto³⁹—, habida cuenta del deber de denunciar delitos que tienen los funcionarios públicos,

³⁸ Sentencias de la Suprema Corte de Justicia N° 52/2010 y N° 188/2013 y del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° turno, N° 80/2012, todas ellas disponibles en BJN, citadas por sentencia N° 396/16 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

³⁹ Esto valía respecto al aborto delito, es decir, tanto antes de su despenalización por la ley 18.987, como después, si el acto es realizado fuera de los supuestos legalizados.

como cualquier particular inquirido por la Justicia, según el Código Penal⁴⁰. Al respecto e inclinándonos por el respeto de la confidencialidad médico-paciente y en general, del secreto profesional⁴¹, traíamos a colación para fundamentar la confidencialidad, tanto normas procesales que exigen del deber de testimoniar a quienes custodian el secreto profesional⁴², como normas del propio Código Penal que tipifican el delito de revelación de secretos⁴³ y específicamente, del secreto profesional⁴⁴.

La Ley sobre Derechos y Deberes de los Pacientes (N° 18.335 de 2008), si bien fue clara estableciendo la *confidencialidad de la historia clínica del paciente*⁴⁵, no logró disipar la discusión, sobre todo en plena lucha entre los movimientos pro despenalización del aborto y quienes querían impedirlos de todas formas y acudían a sostener que el secreto del médico debía ceder en esta circunstancia, para habilitar la persecución del delito.

A fines de 2012 esta discusión ya carecía de sentido, tras la despenalización del aborto por ley 18.987, de la que nos ocuparemos más adelante.

También a fines de 2012 se plebiscitó y aprobó el proyecto de Código de Ética Médica, que legislaba en el mismo sentido.

Homologado por ley en 2014, el **Código de Ética Médica**⁴⁶, este blindó el secreto profesional, enfocándolo como un derecho del paciente a su intimidad y designando al médico como *un fiel custodio, junto con el equipo de salud de todas las confidencias que se le brindan, las que no podrá revelar sin autorización expresa del paciente* (art. 3 e)⁴⁷, ni siquiera

⁴⁰ Código Penal, art. Art. 177. Omisión de los funcionarios en proceder a denunciar los delitos).- ... La misma pena se aplicará al funcionario policial que omitiera o retardare formular la denuncia de cualquier delito de que tuviere conocimiento por razón de sus funciones, y a los demás funcionarios, en las mismas circunstancias, de los delitos que se cometieren en su repartición o cuyos efectos la repartición experimentara particularmente. ...

Art. 178. Omisión de los que estando legalmente obligados a prestar su concurso a la justicia, no lo hicieren. El que llamado por la autoridad judicial, en calidad de testigo, perito, intérprete, jurado, con un falso pretexto se abstiene de comparecer, y el que hallándose presente, se rehusa a prestar su concurso, será castigado con multa...

⁴¹ Ver en Carmen Asiaín Pereira, *Derecho Sanitario y Libertad de Conciencia en Uruguay*, pp. 292-295 el desarrollo de la discusión y sus fundamentos

⁴² Código General del Proceso art. 156.2, exime del deber de testimoniar a *“aquellos que están amparados por el secreto profesional o que por disposición de la ley deban guardar secreto”*

⁴³ Código Penal art. 163: “El funcionario público que, con abuso de sus funciones revelare hechos, publicare o difundiere documentos, por él conocidos o poseídos en razón de su empleo actual o anterior, que deben permanecer secretos, o que facilitare su conocimiento, será castigado con...”.

⁴⁴ Código Penal Art. 302. Revelación de secreto profesional. El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa ...

⁴⁵ Ley 18.335 art. 18, lit. D incisos 5 y 6, “La historia clínica es de propiedad del paciente, será reservada y sólo podrán acceder a la misma los responsables de la atención médica y el personal administrativo vinculado con éstos, el paciente o en su caso la familia y el Ministerio de Salud Pública cuando lo considere pertinente. El revelar su contenido, sin que fuere necesario para el tratamiento o mediar orden judicial o conforme con lo dispuesto por el artículo 19 de la presente ley, hará pasible del delito previsto en el artículo 302 del Código Penal.

⁴⁶ Ley N° 19.286. *Código de Ética Médica, Publicada D.O. 17 oct/014*, disponible en http://colegiomedico.org.uy/Portals/1/Documentos/C%C3%B3digo_de_%C3%89tica_final.pdf

⁴⁷ Código de Ética Médica, art. 3: Es deber del médico, como profesional de la salud, seguir los siguientes principios y valores fundamentales: ... e) Respetar el derecho del paciente a guardar el secreto sobre aquellos datos que

después de su muerte⁴⁸. La obligación de confidencialidad se extiende a todo el personal de la salud, a los certificados y registros informáticos, en una regulación detallada (arts. 3, 20 a), c) y d), 21, 22 y 25). Específicamente se legisla respecto a la hipótesis de que el custodio del secreto sea presionado, incluso por instancias estatales, a revelar su secreto, condenándose como éticamente inadmisibles que el médico ceda ante dicha presión indebida (art. 21⁴⁹).

Existen, sin embargo, algunas circunstancias muy excepcionales que justifican la revelación del secreto (art. 22 b)⁵⁰. El Código hace extensivas las reglas de confidencialidad, seguridad y secreto, a los medios de comunicación sociales (art. 25⁵¹).

4. OBJECIÓN DE CONCIENCIA DEL PERSONAL DE LA SALUD A LA REALIZACIÓN DE DETERMINADAS PRÁCTICAS

Como se refirió al desarrollar las normas generales, la objeción de conciencia a la realización de determinadas prácticas por parte de los médicos, extensible al personal de salud venía amparada por el Decreto del P.E. N° 258/992 (Normas sobre conducta médica y derechos del paciente) citado y por los Códigos de Ética Médica⁵², pacíficamente aplicados aun sin fuerza jurídica vinculante, amén de la tutela genérica del art. 54 de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

le pertenecen y ser un fiel custodio, junto con el equipo de salud, de todas las confidencias que se le brindan, las que no podrá revelar sin autorización expresa del paciente.

⁴⁸ Ley 19.286, art. 20, El médico tiene la obligación de: a) Guardar secreto ante terceros de la consulta y de todo aquello que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente. ... c) Preservar la confidencialidad de los datos revelados por el paciente y asentados en historias clínicas, salvo autorización expresa del paciente. d) Propiciar el respeto a la confidencialidad por parte de todos los trabajadores de la salud. De igual manera, participará en la educación a este respecto. Los registros informatizados deben estar adecuadamente protegidos.

⁴⁹ Ley 19.286, art. 21. El secreto profesional debe respetarse aun en la redacción de certificados médicos con carácter de documento público. El médico tratante evitará revelar públicamente la patología concreta que aqueje a un paciente, así como las conductas diagnósticas y terapéuticas adoptadas. No es éticamente admisible que, exigiendo las instituciones públicas o privadas una conducta contraria, el médico ceda ante esta presión indebida. El médico queda liberado de la responsabilidad del secreto solo si el paciente lo consiente explícitamente. El médico certificador procurará el cumplimiento estricto de este artículo y denunciará al Colegio Médico del Uruguay cualquier tipo de presión institucional en contrario.

⁵⁰ Ley 19.286, art. 22, a) El respeto a la confidencialidad es un deber inherente a la profesión médica. b) Solo podrá ser relevado en los casos establecidos por una ley de interés general o cuando exista justa causa de revelación. Se consideran, por ejemplo, como justa causa de revelación las siguientes: Peligro vital inminente para el paciente (por ejemplo riesgo de suicidio). Negativa sistemática del paciente de advertir a un tercero acerca de un riesgo grave para la salud de este último (contagio de enfermedades transmisibles, por ejemplo). Amenaza concreta para la vida de terceros. Defensa legal contra una acusación de un paciente.

⁵¹ Ley 19.286 Art. 25. Las reglas de confidencialidad, seguridad y secreto se aplicarán a los medios de comunicación sociales, manteniendo los límites apropiados en la relación médico-paciente, de acuerdo con las normas éticas profesionales y legales, al igual que en cualquier otro contexto. Es importante que ninguna información identificable del paciente sea publicada en un medio de comunicación social.

⁵² Código de Ética Médica del Sindicato Médico del Uruguay (SMU), 27.IV.1995, arts. 15 y 44 y de la Federación de Médicos del Interior (FEMI). Actualmente rige en su lugar el Código de Ética Médica plebiscitado y aprobado por Ley

Sin embargo, una situación muy particular se planteaba en los hospitales públicos, cuando la autoridad hospitalaria decidía amparar la objeción de conciencia del paciente a transfundirse y ordenaba al médico tratante abstenerse de transfundir al practicar la intervención quirúrgica indicada, surgiendo lo que denominamos “inversión de la objeción de conciencia” u objeción ante la objeción⁵³. Para regular la objeción de conciencia del personal sanitario ante la obligación de atender al paciente en condiciones que no eran las que su ciencia y su conciencia indicaban como adecuadas para salvar su vida, se previó el relevamiento del deber funcional en el Protocolo de actuación elaborado por el Hospital de Clínicas, Hospital Universitario estatal⁵⁴ citado, disponiéndose su sustitución por otro facultativo no objetor. Con ello, quedaba excluida la comisión del delito de omisión de asistencia y la responsabilidad administrativa e incluso penal por omisión funcional de los deberes del cargo.

El Código de Ética Médica, homologado legalmente en 2014 vino a consagrar con carácter general el derecho a la objeción de conciencia del médico: “El médico tiene derecho a abstenerse de hacer prácticas contrarias a su conciencia ética aunque estén autorizadas por la Ley. En ese caso tiene la *obligación de derivar al paciente* a otro médico” (art. 36).

La norma es amplia en punto al respeto del derecho de objeción de conciencia en todo ámbito —incluso en los casos en que leyes específicas retacean el derecho, como en el caso de la ley del aborto N° 18.987 que lo niega en caso de grave riesgo para la salud de la mujer, como veremos más adelante—.

Habiendo sido el Código de Ética Médica aprobado por Ley 19.286 (posterior a la Ley del aborto 18.987), deroga por oposición superveniente desde el punto de vista formal y sustancial, aquel retaceo a la objeción de conciencia, siendo este derecho esgrimible y amparable en cualquier circunstancia. Ciertamente en este punto el Código de Ética Médica reglamenta más fielmente el mandato constitucional del art. 54 que ordena respetar la independencia de la conciencia moral y cívica de todo aquel que se hallare en una relación de trabajo o servicio, sin retaceo de tipo alguno. Es decir que será amparable la conciencia del médico, aún en la hipótesis en que la gravidez implique grave riesgo para la salud de la mujer.

Pero en cambio, el Código de Ética Médica, art. 36 citado, contraría esta misma disposición constitucional cuando pone de cargo del facultativo objetor, la obligación de derivar al paciente a otro médico, pues esta tarea también puede ser provocarle al objetor conflictos de conciencia.

⁵³ Carmen Asiaín Pereira, *Hábeas Conscientia(m) y Objeción de Conciencia*, pp. 13 y ss.

⁵⁴ Ver desarrollo en Carmen Asiaín Pereira, *Derecho Sanitario y Libertad de Conciencia en Uruguay*, pp. 281-288 y en Carmen Asiaín Pereira, *Hábeas Conscientia(m) y Objeción de Conciencia*, pp. 15-18, 37-48

Ya hemos discutido acerca de la delegación inconstitucional de atribuciones administrativas en personas privadas que este tipo de disposición legislativa entraña⁵⁵, amén de violar la libertad de conciencia del objeto. Nótese que de acuerdo a esta norma, sólo en este supuesto de objeción de conciencia, el empleador u organizador del servicio (que incluso puede ser el Estado) queda relevado de la responsabilidad por la organización y continuación del servicio, que se traslada —a fuer de gravamen— al objeto. Desconoce la norma que es el organizador del servicio (autoridad hospitalaria privada o pública) la encargada de proveer las sustituciones de su personal ante la imposibilidad de prestación de las tareas por estos, lo mismo que cuando se ausentan por licencia o enfermedad, y que no puede trasladarse esta responsabilidad al sujeto que con causa legítima se excusa de la prestación de dichas tareas. Una lectura de esta norma de modo que se armonice y no contradiga la disposición constitucional del art. 54, eliminará cualquier restricción del derecho a la objeción de conciencia, así como cualquier consecuencia desfavorable o gravamen para quien ejerza este derecho humano fundamental.

Mejor solución fue la adoptada por la ley que reglamenta el ejercicio de la profesión universitaria de enfermería,⁵⁶ que en su art. 8⁵⁷ remite al Convenio N° 149 de la OIT, Recomendación N° 157⁵⁸. Ésta —en su art. 18⁵⁹— dispone que el personal de enfermería será *dispensado*, sin resultar perjudicado, de tareas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que informe esta circunstancia, para habilitar la sustitución necesaria para que la asistencia a los pacientes no resulte afectada.

⁵⁵ Para ampliar, Carmen Asiaín Pereira, *Las instituciones sanitarias confesionales ante la implementación de las políticas de "Salud Sexual y Reproductiva" en Uruguay. La defensa de la autonomía de la Iglesia Católica en los casos jurisdiccionales contra el Estado*, en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, N° 33 octubre 2013, RI §413853, IUSTEL, pp. 39-43

⁵⁶ Ley N° 18.815 Reglamenta el ejercicio de la profesión universitaria de enfermería, D.O. 14/10/11

⁵⁷ Ley 18.815 Art. 8. Sin perjuicio de la aplicación de las normas legales nacionales pertinentes, las condiciones laborales del personal de enfermería en lo relativo al ambiente laboral, remuneraciones, aspectos de la tarea y de la organización institucional, tendrán presente lo estipulado en el Convenio N° 149 (Recomendación N° 157) de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la República Oriental del Uruguay por el Decreto-Ley N° 14.906, de 2 de julio de 1979.

⁵⁸ Recomendación N° 157 de la Organización Internacional del Trabajo, R157, Recomendación sobre el personal de enfermería, 1977, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:P12100_ILO_CODE:R157

⁵⁹ "Todo miembro del personal de enfermería debería poder ser dispensado, sin resultar perjudicado por ello, de desempeñar determinadas tareas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que informe de ello en tiempo oportuno a su superior jerárquico, a fin de que se adopten las medidas de sustitución necesarias para que la asistencia a los pacientes no resulte afectada".

5. PRINCIPIOS GENERALES SENTADOS POR EL CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

A. *El principio de la completa independencia del médico para decidir el tipo de atención médica al paciente*

Volviendo al Código de Ética Médica y para arribar a una interpretación pro hominem respetuosa del derecho de objeción de conciencia en todo supuesto, nos encontramos con un criterio general deslizado en una norma particular. En efecto, si bien incluido en una norma referida a los médicos que se desempeñan en instituciones militares, el Código de Ética sienta un importantísimo axioma con vocación de generalidad que sostenemos aplicable a todo ámbito, alineado además con el respeto de los derechos humanos: el de la completa independencia del médico para decidir el tipo de atención médica a brindar a la persona que se encuentra su responsabilidad profesional:

Artículo 55. El médico que trabaja para instituciones militares o policiales deberá actuar respetando todas las normas éticas que rigen para el ejercicio profesional. Los principios de este Código de Ética son superiores a cualquier reglamento. El médico tiene derecho a una completa independencia para decidir el tipo de atención médica para la persona bajo su responsabilidad.

Que los principios de este Código son superiores a cualquier reglamento no era necesario explicitarlo, ya que este cuerpo es ley, frente a la normativa infravalente que puede estar contenida en un reglamento. De todas maneras, es útil a la hora de defender su jerarquía allí donde sea desconocida.

La última frase, que recoge y reglamenta parcialmente el art. 54 de la Constitución cuando refiere a la *independencia para decidir el tipo de atención médica*, viene a sentar el principio rector en la materia. Cualquier contradicción en leyes anteriores y aún en el contexto del mismo Código, deberá confrontarse con la contundencia de este principio general, que primará —por proteger mejor el derecho— por sobre otra norma que lo contraríe.

B. *El “art. 72 constitucional” en el Código de Ética Médica de 2014*

Sirviendo de principio general de interpretación e integración y emulando el art. 72 de la Constitución de la República, el último artículo del Código de Ética Médica viene a suplir cualquier omisión incurrida en materia de derechos humanos:

Art. 81. La enunciación de principios, normas y deberes hecha por este Código no implica el desconocimiento de otros inherentes a los derechos y libertades fundamentales y a las bases éticas de la medicina.

III.

REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL DERECHO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN DETERMINADOS ÁMBITOS DE LA SALUD, POR LEYES ESPECIALES

1. LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA

Ha de tenerse presente en primer lugar que esta ley no habilita en su tenor literal la eutanasia. La Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes de la Salud, veda con carácter general y sin excepciones la *eutanasia*, tanto activa como pasiva⁶⁰. En el mismo sentido ha legislado más recientemente el Código de Ética Médica⁶¹.

La *Ley de Voluntad Anticipada*⁶² establece en su art. 1,

Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros; a expresar anticipadamente su voluntad (...) de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible. Implica oposición a recibir cuidados paliativos que correspondieren.

El art. 9 prevé explícitamente la objeción de conciencia del médico tratante: “De existir objeción de conciencia por parte del médico tratante ante el ejercicio del derecho del

⁶⁰ Ley N° 18.335. Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud, Publicada D.O. 26 ago/008, Dentro de los derechos de todo paciente () incluye el de: Art. 17 D). “Morir con dignidad, entendiendo dentro de este concepto el derecho a morir en *forma natural*, en paz, sin dolor, *evitando en todos los casos anticipar la muerte* por cualquier medio utilizado con ese fin (eutanasia) o *prolongar artificialmente la vida* del paciente cuando no existan razonables expectativas de mejoría (futilidad terapéutica)...”

⁶¹ Código de Ética Médica Art. 46. La eutanasia activa entendida como la acción u omisión que acelera o causa la muerte de un paciente, es contraria a la ética de la profesión.

Art. 48. En enfermos terminales, es obligación del médico continuar con la asistencia del paciente con la misma responsabilidad y dedicación, siendo el objetivo de su acción médica, aliviar el sufrimiento físico y moral del paciente, ayudándolo a morir dignamente acorde con sus propios valores. En etapas terminales de la enfermedad no es ético que el médico indique procedimientos diagnósticos o terapéuticos que sean innecesarios y eventualmente perjudiciales para su calidad de vida.

⁶² Ley de Voluntad Anticipada N° 18.473, Publicada D.O. 21 abr/009.

paciente objeto de esta ley, la misma será *causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda*”.

La recepción del derecho a la objeción de conciencia es sin limitaciones y sin imponer cargas al objetor como consecuencia de su ejercicio, en la misma línea que la previsión para el ejercicio de la profesión de enfermería.

Esta ley de 2009 fue reglamentada recién en 2013 mediante el Decreto del P.E. N° 385/013. Como ha sido práctica corriente, el decreto (acto administrativo de jerarquía jurídica inferior a la ley y cuya función es reglamentar la ley ajustándose a ella), se extralimita, exorbitando a la ley y contradiciéndola en algunos puntos, con lo cual incurre en ilegalidad. Como viene de observarse a través de la producción legislativa de nuestro país, la concepción acerca del derecho de objeción de conciencia va cambiando desde una recepción amplia, hasta malograrse, especialmente en el período 2010 – 2015 bajo la Presidencia de Mujica, mediante su limitación, denegación o la aplicación de consecuencias desfavorables o gravámenes para quienes lo ejerzan, y aun contradiciendo la ley, como ocurrirá en este caso y en el de la ley del aborto.

Tras reiterar el enunciado del art. 9 de la ley que reglamenta, el decreto en su enunciado resulta de aplicación más amplia, pues refiere a cualquiera que esté involucrado en los procedimientos, no sólo el médico tratante (art. 18) y a continuación define el concepto de objeción de conciencia, como “la decisión individual de aquellos que están involucrados en la práctica de un procedimiento de salud, de abstenerse de realizar un acto médico científico y legalmente aprobado, invocando la transgresión que la ejecución de dicho acto implica para su conciencia, o valores filosóficos o religiosos.”

Sin embargo, el decreto reglamentario de la ley de voluntad anticipada incurre en varias ilegalidades e inconstitucionalidades, no sólo en punto a la objeción de conciencia. Entre ellas, atribuye a la Dirección Técnica de la institución respectiva —no necesariamente calificada para dicha evaluación— la potestad de denegar la objeción de conciencia (“en caso de que la objeción sea de recibo a juicio de la referida Dirección”), contrariando la ley que reglamenta y la Constitución Nacional.

Adicionalmente exorbita a la ley y viola el derecho constitucional de objeción de conciencia cuando dispone que hasta tanto no se verifique la sustitución del médico objetor por otro no objetor, “el primero deberá seguir actuando a fin de no interrumpir la continuidad de la atención del paciente” (art. 18 inciso 2°).

Ha de tenerse presente la incidencia del Código de Ética Médica, aprobado por ley en 2014, que reitera el debido respeto por la voluntad del paciente⁶³, y prevé como principio general el derecho del médico de *abstenerse de hacer prácticas contrarias a su conciencia ética aunque estén autorizadas por la Ley* (art. 36), aunque le impone la *obligación de derivar al paciente a otro médico*. De conformidad con este artículo, contenido en una ley, el *decreto reglamentario* en cuanto previó la obligación al médico de seguir actuando *habría quedado derogado* por los criterios de temporalidad y de jerarquía, ya que la continuación de la atención médica en cumplimiento de una decisión anticipada también podría ser motivo de objeción de conciencia para el facultativo. Respecto a la limitación de la libertad de conciencia implícita en la obligación de derivar al paciente a otro médico (acto que puede ser también objetado), entendemos que deberán aplicarse los principios sentados en el art. 55 del Código médico: “Los principios de este Código de Ética son superiores a cualquier reglamento. El médico tiene derecho a una completa independencia para decidir el tipo de atención médica para la persona bajo su responsabilidad”.

2. ABORTO

Hasta la expedición de la ley que despenalizó el aborto, a fines de 2012⁶⁴, éste configuraba un delito⁶⁵, aunque existieran causas de atenuación o eximentes de pena, previstas en el Código Penal (arts. 325 y sigs): la violación, el honor, la penuria económica y la terapéutica; estos atenuantes operarían siempre y cuando el aborto fuere “realizado por un médico” y “dentro de los tres primeros meses de la concepción”, límite temporal general cuya única excepción la constituían las “causas graves de salud” de la madre⁶⁶.

Para los casos de “aborto terapéutico”, su regulación había quedado en la órbita del Ministerio de Salud Pública⁶⁷ que la desarrolló a través de una serie de normas administrativas. Según las Pautas para el Aborto por Indicación Médico-legal⁶⁸ del Departamento de

⁶³ Código de Ética Médica, Art. 49. El médico debe respetar la voluntad válida de un paciente que libremente ha decidido rechazar los tratamientos que se le indiquen, luego de un adecuado proceso de consentimiento informado.

⁶⁴ Ley N° 18.987 llamada de “Interrupción Voluntaria del Embarazo”, Publicada D.O. 30 oct/012

⁶⁵ Pedro Montano, *Análisis crítico del Proyecto de 16/VI/94 de despenalización del aborto*, La Justicia Uruguaya, Doctrina N° 30

⁶⁶ Para un tratamiento exhaustivo, ver Carmen Asiain Pereira, *El Aborto de la Ley del Aborto*, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 19, enero de 2009, IUSTEL, España, (RI §407323), http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&id_noticia=407323&id_categoria=8481&texto= y Carmen Asiain Pereira, C., *Objeción de Conciencia al Aborto en el Uruguay*, IUSTEL, abril 2010

⁶⁷ Resolución del M.S.P. de 27/5/1938 e Instructivo de la Dirección General de Salud, M.S.P., N° 2/91 de 25/01/1991

⁶⁸ Aborto por indicación médico-legal: pautas para su práctica institucional en Uruguay (2009), Dres. Hugo Rodríguez Almada*, Fabián Rodríguez†, Guido Berro Rovira‡, Departamento de Medicina Legal, Facultad de Medicina,

Medicina Legal, no cabía duda sobre *la admisibilidad de la objeción de conciencia*, tal como lo establecía el Decreto N° 258/92 y los Códigos de Ética Médica, definiéndosela como “*una opción personal, no institucional, por lo que, para el caso del aborto terapéutico, el médico que se excusara de practicarlo es responsable de asegurar la continuidad asistencial de la mujer*”. En desmedro de la loable recepción general y amplia del derecho, se incurrió en el cuestionable traslado de la responsabilidad por la continuidad del servicio sobre el objetor, desconociéndose que éste podía objetar también esta tarea de *asegurar la continuidad asistencial de la mujer* que se practicaba un aborto.

Como hemos expresado⁶⁹, la Ley del Aborto N°18.987 de 30 de octubre de 2012 no despenalizó el aborto, ni sólo lo toleró, ni sólo lo legalizó, sino que lo erigió —catapultándolo— en derecho exclusivo de la mujer —sin injerencia del padre—, exigible a las instituciones sanitarias integrantes del Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS), garantizado por el Estado y financiado por todos los aportantes al SNIS a través del Fondo Nacional de Salud (FONASA).

Tras proclamar que “El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana ...” y que “La interrupción voluntaria del embarazo, que se regula en la presente ley, no constituye un instrumento de control de los nacimientos”⁷⁰, despenaliza el aborto realizado durante las primeras doce semanas de gravidez —y contempla algunos supuestos en que sería legal más allá de dicho estado de gestación— siempre que se cumplan determinados requisitos.

Brevemente, los requisitos a cumplir para que el aborto sea legal son: a) consulta médica, b) consulta con un equipo interdisciplinario informándose acerca del procedimiento y sus riesgos, las alternativas al aborto y la posibilidad de dar al hijo en adopción; c) plazo de cinco días desde la reunión para habilitar la reflexión; d) ratificación de la voluntad de abortar ante el ginecólogo tratante; e) expresada mediante consentimiento informado.

Fuera de la edad gestacional máxima de doce semanas, el aborto también será legal hasta las catorce semanas en caso de violación (Art. 6 lit. c).

Y será legal el aborto a demanda sin límite alguno en punto al estado gestacional del embarazo en dos circunstancias: A) “Cuando la gravidez implique un grave riesgo para la

Universidad de la República. Montevideo, Uruguay, aprobadas por la Facultad de Medicina (Universidad de la República), la Sociedad de Ginecología del Uruguay y el Sindicato Médico del Uruguay, Revista Médica Uruguaya 2009; 25: 230-238

⁶⁹ Carmen Asiaín Pereira, *Objeción de conciencia: Tribunal de máximo rango anula con efectos generales y absolutos decreto que la restringía*, pp. 3-4

⁷⁰ Ley N° 18.987 de Interrupción Voluntaria del Embarazo, Publicada D.O. 30 oct/012, <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/TextoLey.asp?Ley=18987&Anchor=>. art. 1

salud de la mujer” y B) “Cuando se verifique un proceso patológico, que provoque malformaciones incompatibles con la vida extrauterina”⁷¹.

Anticipándose a la oposición que la realización de abortos a demanda suscitara en algunos profesionales de la salud, la ley previó una solución parcial al conflicto inminente, reconociendo el derecho de objeción de conciencia sólo para algunas personas y en determinados supuestos.

Más allá de los cuestionamientos al art. 11 de la ley, en punto a la constitucionalidad de una limitación de la libertad de conciencia que el art. 54 de la Constitución reconoce sin limitaciones⁷², de todas formas y con esa salvedad que no es menor, podemos afirmar que la ley contempla la objeción de conciencia individual de forma bastante amplia:

Artículo 11. (Objeción de conciencia).- Los médicos ginecólogos y el personal de salud que tengan objeciones de conciencia para intervenir en los procedimientos a que hacen referencia el inciso quinto del artículo 3º y el artículo 6º de la presente ley, deberán hacerlo saber a las autoridades de las instituciones a las que pertenecen.

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.

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.

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.”

Del articulado surge que la constatación médica de un *grave riesgo para la salud de la mujer* haría no amparable la objeción de conciencia. Más allá de las consideraciones de

⁷¹ Ley N° 18.987, 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) 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. B) Cuando se verifique un proceso patológico, que provoque malformaciones incompatibles con la vida extrauterina. C) Cuando fuera producto de una violación acreditada con la constancia de la denuncia judicial, dentro de las catorce semanas de gestación. En todos los casos el médico tratante dejará constancia por escrito en la historia clínica de las circunstancias precedentemente mencionadas, debiendo la mujer prestar consentimiento informado, excepto cuando en el caso previsto en el literal A) del presente artículo, la gravedad de su estado de salud lo impida.”

⁷² Constitución, Artículo 54: “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...”

inconstitucionalidad que esta norma legal exhibe, puede afirmarse que, según el tenor legal, el derecho de objeción de conciencia subsiste en todo su vigor para los casos de los literales b) y c) del artículo 6°, es decir, que se reconoce por vía legal el derecho a la objeción de conciencia aún en casos aborto por violación y aun cuando se verificara un “*proceso patológico, que provoque malformaciones incompatibles con la vida extrauterina*”, solución legal alineada con la normativa vigente en la materia hasta la despenalización del aborto⁷³.

Nótese que cuando el aborto estaba tipificado como delito y se instituían causas de no punibilidad —como el aborto terapéutico—, incluyendo el caso de *grave riesgo para la salud de la mujer*, la objeción de conciencia prevista lo era justamente para el caso de dicho aborto terapéutico, no siendo el voluntario legal. O sea que se protegía la objeción de conciencia aun en casos en que éticamente podría ser menos condenable —a juicio de algunos— el aborto. La ley de aborto significó entonces un *retroceso* en materia de reconocimiento del derecho de objeción de conciencia respecto al régimen anterior, amén de contradecir el texto constitucional.

El *Decreto N° 375/012*⁷⁴ reglamentario de la ley del aborto, exorbitando la ley que pretendió reglamentar, instituyó casos de negación del derecho e introdujo retaceos a la libertad de conciencia individual, la mayoría de los cuales fueron anulados con efectos generales y absolutos por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, según desarrollaremos más adelante.

Habiéndose anulado los arts. 7° inciso 2°, 8° incisos 1°, 2° y 3°, 12° último inciso, 13° literal b) inciso 2°, 16°, 28° inciso 1°, 29° inciso 1° del Decreto, subsistieron algunas de sus disposiciones reglamentarias de la objeción de conciencia, y otras fueron sustituidas por la *Ordenanza del Ministerio de Salud Pública N° 243/22*⁷⁵, con lo cual el derecho quedó reglamentado de la siguiente manera:

Art. 6. El ejercicio de la objeción de conciencia es individual, debe ser específico y referido a acciones concretas, vinculadas al procedimiento previsto en el Artículo 3 de la Ley N° 18.987. La objeción de conciencia deberá ser manifestada en forma previa y por escrito a la Dirección Técnica de la o las Instituciones donde el objetor presta servicios.

⁷³ Ninguna norma jurídica uruguaya limitaba hasta la expedición de la ley N° 18.987 de aborto, la objeción de conciencia de los médicos, siendo amplia su recepción en los casos del llamado aborto terapéutico. Vid, Carmen Asiaín Pereira, *La Protección Jurídica de la Libertad de Conciencia en el Uruguay*, en *Objeción de Conciencia – Derecho Humano Natural – Ideología de Género*, Comisión de Doctrina, Conferencia Episcopal del Uruguay, Librería Editorial Arquidiocesana, Montevideo, 2011 y Carmen Asiaín Pereira, *Objeción de Conciencia al Aborto en el Uruguay*.

⁷⁴ Decreto del Poder Ejecutivo N° 375/12 de 22/11/012, D.O. 29/11/2012

⁷⁵ Ordenanza N° 243/22 de 22/4/2016 disponible en <http://www.msp.gub.uy/comunicado/ordenanza-n%C2%BA-243-de-ive-de-fecha-22-de-abril-de-2016>, dictada por el MSP en cumplimiento del Decreto del P.E. N° 101/016 de 5/4/2016

7. El personal médico podrá objetar de conciencia en los procedimientos previstos en los incisos uno a cinco del Artículo 3 de la Ley N° 18.987, así como en las hipótesis reguladas por los literales B) y C) del artículo 6.

8. A los efectos de lo establecido en el Artículo 6, Literal A de la Ley N° 18.987, se entiende por grave riesgo para la salud de la mujer embarazada, toda circunstancia que, a criterio del médico o de los médicos actuantes, implique un grave riesgo para la salud o vida de la mujer.

Se plantea la duda acerca de si subsisten —por no haber sido anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (ya sea por no haber sido impugnados, o por su denegatoria por cuestiones formales)— algunas disposiciones del Decreto N° 375/012, que se transcriben, algunas de las cuales se consideran derogadas por la citada Ordenanza, por haber estado comprendidas sustancialmente en la anulación: “Art. 29 inciso segundo: 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. [lo consideramos derogado]”.

Si bien no fue objeto expreso de anulación, esta disposición puede considerarse derogada por la citada Ordenanza cuando dispone en el art. 6 citado que “*El ejercicio de la objeción de conciencia (...) debe ser específico y referido a acciones concretas, vinculadas al procedimiento previsto en el Artículo 3 de la Ley N° 18.987.*” Bastará entonces, con que el objetor incluya como prestación objetada, la de derivar personalmente a la paciente a otro médico, si fuera del caso. Esta interpretación es coherente, además, con lo juzgado por el Tribunal⁷⁶ en la Sentencia, cuando aclara que el concepto de “*procedimiento*” en referencia al aborto

[debe] entenderse como omnicompreensiva de todas las etapas necesarias para la práctica del aborto y no solo del acto concreto de la ejecución de aquél” y 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”. La obligación de derivar resulta comprendida, pues, dentro del concepto de procedimiento tendiente al aborto, y por consiguiente, susceptible de objeción de conciencia. Esta interpretación es armónica, además con el art. 54 constitucional.

Con respecto a esta otra norma, vale razonar lo siguiente:

⁷⁶ Sentencia N° 586/15 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de 11/8/2015

Art. 30: 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. [vigente formalmente, susceptible de ser desaplicada e impugnada]

No se podrá invocar objeción de conciencia en actos posteriores a la realización de la interrupción del embarazo. [derogada]

El primer inciso de este artículo 30 está vigente desde el punto de vista formal. La Sentencia N° 586/15 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo expresamente desestimó su impugnación, aunque lo hizo exclusivamente por cuestiones formales, pues los promotores (médicos ginecólogos) carecían de legitimación activa para accionar en representación de otros profesionales o personal de otro ámbito. A juicio del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, *“la norma no les alcanza en su esfera personal”*, y por ello se vio inhibido el Tribunal de pronunciarse. Impedido el Tribunal de ingresar al análisis de este agravio, de todas formas se expidió desde el punto de vista sustancial a su contenido expresando que el derecho está reconocido 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”*⁷⁷. A pesar de esta constatación, la norma está vigente. Entendemos que de todas formas podrán los paramédicos y demás personal de la salud esgrimir objeción de conciencia, ya en aplicación del principio de legalidad, ya en aplicación directa de la Constitución, habida cuenta de que el acto administrativo debe conciliarse con la normativa supraordenada y que el intérprete y aplicador del derecho deberá aplicar la norma superior y no el acto administrativo que la contradice. A diferencia de la ley, que requiere la declaración de su inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso concreto por parte de la Suprema Corte de Justicia, el acto administrativo contrario a la ley y a la Constitución debe ser desaplicado por el juez⁷⁸ y entendemos que puede ser resistido por cualquier intérprete.

En cuanto al segundo inciso de este artículo, entendemos que quedó derogado por oposición superveniente por la Ordenanza del MSP N° 243/22 art. 6 que vino a cumplir con la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por quedar comprendidos los *“actos posteriores a la realización de la interrupción del embarazo”*, en el concepto de *“procedimiento”*, según juzgó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Se mantendrían vigentes los artículos cuya anulación no fue acogida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, esto es:

⁷⁷ Sentencia del TCA N° 586/15 de 11/8/15, CONSIDERANDO IX, párrafo 3, p. 23.

⁷⁸ Horacio Cassinelli Muñoz, *Derecho Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, p. 34.

Art. 31 (presentación de la objeción por escrito), que habría quedado reformulado por el art. 6 de la Ordenanza N° 243/22 del MSP;

Art. 32 (sólo serán válidas las objeciones de conciencia que sigan los procedimientos establecidos en la presente reglamentación);

Art. 33 (desistimiento expreso de la objeción en cualquier momento por escrito que se interpretará extensiva a todas las instituciones donde trabaje el objetor);

Art. 34: Del desistimiento tácito a la objeción de conciencia: si una institución constatare que quien haya declarado ser objetor de conciencia realiza alguna de las actividades que dieron lugar a su objeción en ella o en cualquier otra institución en donde trabaje o preste algún tipo de servicio en ese sentido, se tendrá como desistido de su objeción de conciencia.

No se configura desistimiento tácito el caso de que el médico deba intervenir a efectos del cumplimiento del literal a, del artículo 6° de la Ley. 18.987.

Entendemos que configurada esta presunción de desistimiento de la objeción, si ésta no fuera la intención real del médico, bastará con que la exprese nuevamente, ya que de conformidad con la Ley 18.987 art. 11, el personal de salud podrá manifestar su objeción de conciencia en cualquier momento⁷⁹: “Art. 35 (no podrán ser eximidos de los procedimientos quienes no hayan presentado objeción o hayan desistido de la misma)”.

Incidencia del Código de Ética Médica: El art. 40 derogó el art. 11, último inciso, que remite al art. 6 lit. A) de la ley del Aborto. No hay excepciones al derecho de objeción de conciencia del médico, ni siquiera en la hipótesis de *grave riesgo para la salud de la mujer*.

Ha de tenerse presente que si bien la Ley del Aborto (N° 18.987 de octubre de 2012) excluyó del derecho a la objeción de conciencia “*Cuando la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer*” (art. 11 inciso último que remite al art. 6 lit. A de la ley), el *Código de Ética Médica* (Ley N° 19.286 de octubre de 2014), estableció específicamente en punto al aborto: “Artículo 40. Si el médico, en razón de sus convicciones personales considera que no debe practicar un aborto aun cuando esté legalmente amparado, *podrá retirarse de la asistencia*, debiendo derivar la paciente a otro médico”.

Se trata de una ley posterior a la del aborto, que legisla sobre el mismo punto específico de objeción de conciencia del médico frente al aborto, de forma ilimitada, derogando por

⁷⁹ Ley 18.987, Art.11. (Objeción de conciencia). Los médicos ginecólogos y el personal de salud que tengan objeciones de conciencia para intervenir en los procedimientos a que hacen referencia el inciso quinto del artículo 3° y el artículo 6° de la presente ley, deberán hacerlo saber a las autoridades de las instituciones a las que pertenecen. ¶ 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. ...

consiguiente la limitación que había establecido aquella para “*Cuando la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer*”.

No caben dudas acerca de esta derogación de acuerdo a los principios que regulan el ordenamiento jurídico: una ley posterior contradice explícitamente lo limitado por la anterior. Pero además, por si la aplicación del principio de temporalidad o derogación no fuese lo suficientemente contundente como lo es, de todas formas, habría de arribarse a la misma conclusión, en aplicación de los principios de interpretación del orden jurídico con su conjunto que indican en primer lugar que las limitaciones a un derecho constitucionalmente protegido son de interpretación estricta y excepcionales, y que en caso de existir dos normas que regulan un mismo punto, corresponde aplicar la *norma que mejor proteja el derecho, interna o internacional*. El derecho a la objeción de conciencia no fue limitado ni por el art. 54 de la Constitución ni por el derecho internacional de los derechos humanos (Convención Americana sobre los Derechos Humanos, art. 12, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18, entre otros).

Volviendo al principio “la ley posterior deroga a la anterior”, no será preciso obtener una declaración de inconstitucionalidad de la limitación al derecho de objeción de conciencia que imponía la Ley del Aborto (art. 11 último inciso que remite al art. 6 lit. A) por no adecuarse al bloque de constitucionalidad y de los derechos humanos, habida cuenta de su *derogación por ley posterior por el art. 40 del Código de Ética Médica*.

Sí sería necesario el control de constitucionalidad y de convencionalidad respecto a la última proposición de este artículo, en cuanto pone de cargo del objetor el deber de derivar a la paciente a un médico no objetor, como ya se expresó. Entendemos que el médico en tal caso podrá de todas maneras abstenerse de realizar dicha tarea, e impugnar las sanciones que le sean impuestas, y/o promover la declaración de inconstitucionalidad de esta norma en el punto que lo agravia, ya por vía de acción, excepción o defensa.

Habrá de tenerse presente además, el principio rector y de aplicación general sentado —casi de soslayo— por el art. 55 del mismo Código de Ética Médica: “Los principios de este Código de Ética son superiores a cualquier reglamento. El médico tiene derecho a una completa independencia para decidir el tipo de atención médica para la persona bajo su responsabilidad”.

Aún más, el art. 81⁸⁰ con que el Código se cierra, interpela al debido respeto de todos los derechos humanos y libertades fundamentales aunque no enunciados, y a las bases éticas

⁸⁰ Código de Ética Médica, art. 81: La enunciación de principios, normas y deberes hecha por este Código no implica el desconocimiento de otros inherentes a los derechos y libertades fundamentales y a las bases éticas de la medicina.

de la medicina, entre ellos el derecho a la vida, de un lado, y a la libertad de conciencia, de otro.

3. LA LLAMADA “SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA”

La ley llamada de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva de 2008⁸¹ (de la cual se había vetado la legalización del aborto y la limitación de la objeción de conciencia e ideario⁸²) proclamó como deber del Estado el garantizar *condiciones para el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población* (Art. 1) con el objetivo de *universalizar* su cobertura (art. 2). Entre las prácticas se incluyó el *acceso universal a diversos métodos anticonceptivos seguros y confiables y la ligadura tubaria y la vasectomía con consentimiento informado de la mujer y del hombre, respectivamente* (art. 3, literales f y g).

Habiéndose vetado los artículos que limitaban la libertad de conciencia, quedó un vacío aparente al respecto en esta ley. Vacío aparente, decimos, pues además de regir la normativa general en punto al derecho de objeción de conciencia de los obligados a prácticas en toda la materia de salud sexual y reproductiva, el Código de Ética Médica ha previsto especialmente la objeción de conciencia frente a la *esterilización de mujeres y hombres*:

Art. 41. La esterilización de mujeres u hombres deberá contar con el consentimiento libre y consciente de la persona, luego de haber sido debidamente informados de las consecuencias de esta intervención médica, valiendo las consideraciones hechas en el artículo precedente en cuanto a la objeción de conciencia.

La remisión es al art. 40, que dispone *podrá retirarse de la asistencia, debiendo derivar la paciente a otro médico*, norma que merece las mismas consideraciones realizadas ut supra en cuanto a la ilegitimidad de la imposición de una tarea —la derivación— que también es objetable.

Respecto al expendio de anticonceptivos o pseudo-anticonceptivos (que pueden ser abortivos) rige el régimen general del art. 36 del Código de Ética Médica, es decir, el reconocimiento del derecho de objeción de conciencia, pero menoscabado por la imposición del deber de derivar al paciente a otro facultativo. Recordemos que esta carga regiría, de acuerdo

⁸¹ Ley N° 18.426. Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, Publicada D.O. 10 Dic/008, disponible en <https://sip21-webext.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp5804295.htm>

⁸² Ver *VETO AL ABORTO. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1° Ed. 2012, 2° Ed., 2013, texto del veto, su análisis y comentarios, capítulos Carmen Asiain, *Veto a la Limitación de la Libertad de Conciencia* y Carmen Asiain, *Veto a la Limitación de la Libertad de Ideario Institucional*, entre otros.

al citado Código, sólo respecto al médico, y no respecto al personal de enfermería, “será dispensado, sin resultar perjudicado, de tareas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que informe esta circunstancia, para habilitar la sustitución necesaria para que la asistencia a los pacientes no resulte afectada”⁸³.

En clave del principio de intelección del orden jurídico que ordena dar preferencia a la norma que mejor proteja el derecho (de objeción de conciencia en este caso), habrá de acudirse al criterio rector sentado en el mismo Código de Ética Médica en el art. 55 última frase: “*El médico tiene derecho a una completa independencia para decidir el tipo de atención médica para la persona bajo su responsabilidad*”.

4. CASO DE LA HUELGA DE HAMBRE Y LA ALIMENTACIÓN FORZADA

En este caso el Código de Ética Médica se ocupa de preservar la libre determinación del huelguista, ordenando al médico que respete *la decisión válida de una persona que ha resuelto hacer huelga de hambre. La alimentación forzada no es éticamente aceptable*. (Art. 61). Subyace a esta disposición el principio de la tutela de la objeción de conciencia del huelguista que se prioriza frente a su obligación de alimentarse, derivada *ésta* del deber genérico de cuidar su salud que tiene todo habitante (art. 44 de la Constitución).

Se ha planteado recientemente esta discusión acerca de si es procedente o no la alimentación forzosa, vía parenteral, ante la huelga de hambre llevada a cabo por algunos ex presos de la cárcel de Guantánamo, EE.UU., que fueron acogidos en calidad de refugiados o asilados por el Uruguay. En 2015 un grupo de ellos, desconformes con el tratamiento recibido, acamparon frente a la Embajada de los EE.UU. en señal de protesta y en huelga de hambre⁸⁴. En dicha oportunidad se descartó su alimentación forzosa.

Este año 2016, la discusión volvió a plantearse en mayor profundidad debido a que uno de ellos⁸⁵ mantuvo la huelga de hambre por tiempo prolongado, llegando a desvanecerse y a quedar en estado inconsciente. Las opiniones jurídicas se dividieron en torno a la actitud a seguir⁸⁶. Algunos especialistas en Derecho Sanitario, opinaron que existiendo la Ley de

⁸³ Ley N° 18.815 Reglamenta el ejercicio de la profesión universitaria de enfermería, D.O. 14/10/11, art. 8 que remite al Convenio N° 149 de la OIT, Recomendación N° 157, art. 18

⁸⁴ The Washington Post, *Ex preso de Guantánamo se encadenará frente a embajada de EEUU*, 23/3/15

⁸⁵ Se trata del refugiado de origen sirio Jihad Diyab, quien tras haber viajado desde el Uruguay a Venezuela, fuera deportado desde aquel país de vuelta al Uruguay, quien reclama reunirse con su familia en Turquía, pero al que Turquía no ha admitido hasta ahora, y que por todo ello ha hecho huelga de hambre y se encuentra en delicado estado de salud. Una de tantas noticias de prensa: Diario El País, 21/9/16, <http://www.elpais.com.uy/informacion/entorno-jihad-diyab.html>

⁸⁶ Al momento de la paginación de este artículo, Jihad-Diyab ha finalizado su huelga de hambre y ha recibido el alta médica (28/10/16). <http://www.elpais.com.uy/informacion/jihad-diyab-hospitalizado-huelga-hambre.html>

Voluntad Anticipada (N° 18.473 de 2009), ésta preveía el mecanismo hábil para manifestar la negativa a someterse a un tratamiento médico con determinadas formalidades (art. 2⁸⁷), y que no habiendo el huelguista manifestado su voluntad en la forma establecida por la ley y estando en estado inconsciente y no estando en el país ninguno de los parientes próximos habilitados por la ley para decidirlo (art. 7⁸⁸), correspondía hacer primar el deber de cuidar la salud mediante la alimentación forzosa⁸⁹.

Discrepamos con esta opinión. Entendemos que la Ley de Voluntad Anticipada no vino a derogar el reconocimiento del principio de autonomía del paciente consagrado en la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes y Usuarios de la Salud N° 18.335, de fuente constitucional y de los derechos humanos, sino a proveer de una forma de pre-constituir la prueba de la manifestación de voluntad de una persona a oponerse a determinados tratamientos en determinadas circunstancias, tal como plasma su art. 1:

Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros. Del mismo modo, tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible.

Entendemos que el art. 1° de la Ley de Voluntad Anticipada sienta el principio del reconocimiento de esta autonomía, y que dicho reconocimiento no queda condicionado a una forma solemne de manifestarla. Será en todo caso, un tema probatorio. Pero en el caso, estando el huelguista consciente y manifestándose respecto a las posibles consecuencias de la medida que estaba desarrollando, es decir, a sabiendas de que podría deteriorarse su salud al punto de correr riesgo su vida, adelantó por medios de difusión masiva, su negativa a ser alimentado ni tratado.

El Código de Ética Médica en su art. 61 citado ut supra, refrenda nuestra postura. No exige formalidad alguna para la expresión de la voluntad del huelguista, es más, ordena

⁸⁷ Ley de Voluntad Anticipada N° 18.473 art. 2: La expresión anticipada de la voluntad a que refiere el artículo anterior se realizará por escrito con la firma del titular y dos testigos. En caso de no poder firmar el titular, se hará por firma a ruego por parte de uno de los dos testigos. También podrá manifestarse ante escribano público documentándose en escritura pública o acta notarial. Cualquiera de las formas en que se consagre deberá ser incorporada a la historia clínica del paciente.

⁸⁸ Ley de Voluntad Anticipada N° 18.473 art. 7 inciso 1°: En caso que el paciente en estado terminal de una patología incurable e irreversible certificada de acuerdo con las formalidades previstas en el artículo 5° de la presente ley, no haya expresado su voluntad conforme al artículo 2° de la presente ley y se encuentre incapacitado de expresarla, la suspensión de los tratamientos o procedimientos será una decisión del cónyuge o concubino o, en su defecto, de los familiares en primer grado de consanguinidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8° de la presente ley.

⁸⁹ Conceptualmente, la opinión del Dr. Decia, entrevistado *Las Cosas en su Sitio*, Radio Sarandí, 15 de setiembre de 2016, <http://www.radios.com.uy/sarandi/>.

al médico respetar dicha manifestación de voluntad y aún condena a la alimentación forzada como éticamente inaceptable.

IV.

FALTA DE CONSAGRACIÓN EXPRESA EN LEYES SENSIBLES A LA ÉTICA Y BIOÉTICA

En los escasos **últimos diez** años se han aprobado una serie de leyes consecuentes con una tendencia que se autodefine como progresista, que innova en temas sensibles a la ética y bioética y que plantean los mismos desafíos a la conciencia que las leyes ya analizadas. Pero en los casos siguientes, dicha legislación se ha expedido sin anticiparse a contemplar e intentar resolver los conflictos entre conciencia y ley que se puedan suscitar por la imposición jurídica de realizar determinadas prácticas.

Esta falta de previsión del derecho tiene sus ventajas y sus contras. Uno de los riesgos es que se sostenga que, como no está prevista, no rige. Ciertamente es útil tanto para posibles objetores, como para los acreedores de la conducta debida, como para el Juez, intérprete o aplicador del derecho el que la ley —tanto general, como particular en determinado ámbito—, contemple el derecho de objeción de conciencia, a modo de herramienta presta de la cual echar mano. En ausencia de ella, como ya hemos expresado, habrá de estarse en estos casos, al principio general proclamado por el art. 54 de la Constitución que reconoce el derecho a la objeción de conciencia como derecho fundamental. Si el obligado es un médico, regirá el Código de Ética Médica, debidamente armonizado para no contradecir a la Constitución, y si es personal de enfermería, la Ley N° 18.815 que reglamenta el ejercicio de esta profesión. Esta aparente desventaja de la falta de consagración legislativa contiene ínsita su propia ventaja: el recurso a los principios fundamentales recogidos en normas supraordenadas tutela mejor el derecho en cuestión; ni el legislador ni el administrador han tenido oportunidad de restringirlo.

1. CAMBIO DE SEXO

Cronológicamente corresponde referir a la ley que habilita el cambio de sexo⁹⁰. Proclama el “derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfoló-

⁹⁰ Ley N° 18.620. Derecho a la Identidad de Género y al cambio de Nombre y Sexo en Documentos Identificatorios, Publicada D.O. 17 nov/009. Disponible en <https://sip21-webext.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1738350.htm>

gico, hormonal, de asignación u otro” (art. 1), lo que incluye el derecho al cambio en los documentos *identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros*, incluso mediante anulación de la partida de nacimiento original y verificación de una nueva inscripción, todo ello sin exigir cirugía de reasignación sexual. Como consecuencia, *“El cambio registral del sexo permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición”* (art. 5 ordinal 3).

No está prevista la objeción de conciencia, lo que puede resultar más conveniente, pues regirá la tutela dispensada ampliamente por la Constitución.

2. LEY DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA⁹¹

Se entiende por técnicas de reproducción humana asistida *el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo* (art. 1), quedando incluidas las siguientes: Inducción de ovulación, inseminación artificial, microinyección espermática (ICSI), diagnóstico genético preimplantacional, FIV, transferencia de embriones, transferencia intratubárica de gametos, cigotos y embriones, criopreservación de gametos y embriones, donación de gametos y embriones y la gestación subrogada.

Serán prestaciones obligatorias para instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud, financiadas para mujeres menores de 40 años, quienes deberán cumplir una serie de condiciones.

Se prevé la fertilización con gametos de una persona fallecida, dentro del año de su muerte (art. 9). La conservación de gametos y embriones no transferidos será por el plazo que determine la reglamentación (art. 17), habilitándose además su donación sin generarse **vínculo filiatorio** (art. 14). El alquiler de vientre queda autorizado **sólo** para el caso en que la mujer padezca una enfermedad que le impida gestar, entre otros requisitos.

Siendo una prestación obligatoria para instituciones de salud públicas y la mayoría de las privadas (integrantes del SNIS), no está contemplada la objeción de conciencia del personal de salud.

⁹¹ Ley N° 19.167. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Publicada D.O. 29 nov/013, disponible en <https://sip21-webext.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4715437.htm>

3. DONACIÓN IMPLÍCITA DE ÓRGANOS⁹²

El artículo 1 de la ley parte de una ficción legal *iuris tantum*: “Todo mayor de edad que, en pleno uso de sus facultades, no haya expresado su oposición a ser donante (...) se presumirá que ha consentido a la ablación de sus órganos, tejidos y células en caso de muerte, con fines terapéuticos o científicos.”

No debe sorprender que no se haya previsto la objeción de conciencia en una normativa que parece perseguir un propósito tan loable, más allá de los cuestionamientos acerca de que se trate de una liberalidad y la voluntariedad de la ablación, pudiéndose tildar de expropiación por el Estado⁹³ y considerarse inconstitucional.

En la investigación citada, Vernazza plantea los problemas de diversa índole que tendrían los fieles de las religiones afroumbandistas ante esta disposición estatal de sus órganos, habida cuenta de que a menos que se hayan anticipado a registrarse como no donantes, operarían la presunción legal, y estando muertos se plantearían problemas de legitimación activa pues ya no podrían ser objetos.

4. LEGALIZACIÓN DE LA MARIHUANA. CULTIVO, COMERCIALIZACIÓN Y EXPENDIO⁹⁴

Por esta ley el Estado asume *el control y la regulación de las actividades de importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición a cualquier título, almacenamiento, comercialización y distribución de cannabis y sus derivados* (art. 2), creando un instituto estatal a tales fines. El objetivo es explicitado en el art. 4: “proteger a los habitantes de los riesgos del *vínculo con el comercio ilegal y el narcotráfico*, buscando *atacar las consecuencias sanitarias, sociales y económicas del uso problemático de sustancias psicoactivas, así como reducir la incidencia del narcotráfico y el crimen organizado*”.

Quedan habilitadas varias modalidades de producción, distribución y consumo (art. 5): plantaciones o cultivos autorizados previamente por el Instituto de Regulación y Control de Cannabis (IRCCA); plantación, cultivo y cosecha domésticos de hasta 6 plantas de can-

⁹² Ley N° 18.968 Donación y Transplante de Células, Órganos y Tejidos. Publicada D.O. 21 set/012, disponible en <https://sip21-webext.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp5795701.htm>

⁹³ Cf. Leonardo Vernazza, “*Es mi cuerpo... no son mis órganos*”. *Reflexiones a partir de la ley de donación implícita de órganos y la objeción de conciencia presentada por umbandistas*, en Carmen Asiaín Pereira, (coord.), *Derecho y Religión II. Recopilación de estudios del curso de posgrado 2012*, cap. 8.

⁹⁴ Ley N° 19.172. Marihuana y sus Derivados. Control y Regulación del Estado de la Importación, Producción, Adquisición, Almacenamiento, Comercialización y Distribución. Publicada D.O. 7 ene/014, disponible en <https://sip21-webext.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2735647.htm>

nabis de efecto psicoactivo destinados para consumo personal o compartido en el hogar (lit. E); lo mismo, realizados por clubes de membresía (lit. F); expendio por farmacias, previa licencia del IRCCA (lit. G), a personas previamente registradas, o con receta médica.

La objeción puede plantearse por los trabajadores dependientes de farmacias e instituciones sanitarias o de empresas agropecuarias, entre otros.

5. ¿OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS?

Nos referiremos a aquella que es esgrimida en el ámbito de la salud por un funcionario que se niega a someterse a determinada terapéutica —que se le exige como obligación—, o a realizar tareas que coliden con sus preceptos de conciencia, analizándose la procedencia, aplicabilidad del instituto a dichas personas, y en definitiva la legitimidad del ejercicio del derecho de objeción de conciencia por los funcionarios públicos.

La Constitución en su art. 54 no distingue entre prestadores públicos o privados a la hora de mandar que se reconozca *la independencia de la conciencia moral y cívica* de aquellos que se *hallaren en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado*.

Los funcionarios públicos tienen los mismos derechos humanos que los privados, simplemente porque son personas.

Cassinelli Muñoz ha hecho notar en nuestro medio que si bien el ámbito natural de aplicación de las normas de la Organización Internacional del Trabajo ha sido la relación laboral en la actividad privada, resultan aplicables también a los *funcionarios públicos* en tanto son también trabajadores dependientes cuyos derechos son garantizados por los convenios referidos⁹⁵.

Hemos argumentado⁹⁶, siguiendo a este prestigioso jurista⁹⁷, que de conformidad con el art. 58 de la Constitución⁹⁸, y aplicando un criterio a contrario, la prohibición de proselitismo se circunscribe a la actividad de los funcionarios públicos “*en los lugares y horas de trabajo*”, por lo que aplicando este argumento “a contrario”, nada obstará al ejercicio del derecho de objeción de conciencia por parte de un funcionario público, siempre que no incurra en el intento de convencer a otros, en los lugares y en los horarios de trabajo. La

⁹⁵ Horacio Cassinelli Muñoz, *Derecho Público*, F.C.U., Montevideo, 2002, p. 447

⁹⁶ Carmen Asiain Pereira, *Religión y Derecho Laboral en el Uruguay*. ..., pp. 6-45

⁹⁷ Horacio Cassinelli Muñoz, *Derecho Público*, p. 109

⁹⁸ Constitución art. 58: Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una facción política. En los lugares y horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie. No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes”.

restricción establecida por el art. 58 por ser tal es de interpretación estricta y no puede extenderse a otros supuestos que los explícitamente previstos por la norma.

Son varios los escenarios en que podría plantearse la objeción de conciencia por funcionarios públicos en el ámbito de la salud, cuando el prestador de salud —médico o paramédico o personal de la salud— ejerce su profesión en régimen estatutario, dentro de la función pública. Pero se presentan otros terrenos posibles, que acompañan las innovaciones introducidas en la legislación, en los que las consideraciones éticas y bioéticas influyen para determinar la objeción o dotarla de motivación, aun fuera del específico ámbito de la salud, pero vinculado tangencialmente a ella: pensemos en los jueces, al tener que fallar aplicando una normativa que objetan —tema arduamente debatido y no consensuado; en docentes y educadores que deban impartir determinados contenidos en materia de salud sexual y reproductiva, ideología de género o incluso uso de la marihuana, cuyos principios rechazan con fundamento en la moral; de funcionarios que deban intervenir en el cambio de sexo —ya registral, ya quirúrgico; aún en Oficiales de Estado Civil o cualquier otro interviniente en la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo⁹⁹, existiendo principios éticos y bioéticos implicados a juicio del objeto; imaginemos las objeciones que se pueden presentar a participar en el trámite de adopción de menores por homosexuales; a la plantación, cultivo, y demás tareas vinculadas a la producción y venta de marihuana, y toda la casuística que no somos capaces de predecir.

No existiendo norma específica, regirá la amplitud de los principios generales del bloque de constitucionalidad.

En el terreno de las *fuerzas de seguridad* cabe destacar que la Ley de Procedimiento Policial¹⁰⁰ dispuso límites a la obediencia debida, es más, prohibió al personal policial *cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que atenten contra los derechos humanos o el sistema republicano democrático de gobierno*, no obrando como eximente o atenuante la invocación por el agente de policía de estar prestando *obediencia a una orden superior*¹⁰¹.

No sólo se contempla la objeción de conciencia frente a órdenes que atenten contra los valores protegidos, más aún se ordena al agente abstenerse de cumplirlas en dichos casos.

⁹⁹ Ley N° 19.075. Matrimonio Igualitario. Publicada D.O. 9 may/013, disponible en <https://sip21-webext.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4929760.htm>

¹⁰⁰ Ley N° 18.315. Procedimiento Policial. Publicada D.O. 22 jul/008, disponible en <https://sip21-webext.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9633279.htm>

¹⁰¹ Ley N° 18.315 Art. 8. (Manifestación de la disciplina y límites a la obediencia debida).- La disciplina policial se manifiesta en la subordinación de grado a grado y por el respeto y la obediencia sin dilaciones a la orden legítima del superior. ¶ El personal policial tiene especialmente prohibido cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que atenten contra los derechos humanos o el sistema republicano democrático de gobierno. En estos casos, la obediencia a una orden superior nunca será considerada como eximente o atenuante de responsabilidad.

Lo problemático es que la valoración de la ilegalidad o violación de los derechos humanos o del sistema republicano democrático quedará en manos de quien no necesariamente posee la formación necesaria para tal juicio de ponderación. Pero ciertamente evitará violaciones claras, indiscutibles, gruesas, como la tortura o los tratos inhumanos o degradantes.

El reciente pronunciamiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Sentencia N° 396/16) vino justamente a amparar a una funcionaria pública en su negativa a someterse a exámenes periódicos de mamografía. La sentencia en cuestión la tutela en su libertad como ciudadana, sin hacer distingo alguno por su condición de funcionaria pública. El único voto discordante¹⁰², en cambio, fundó su discrepancia —entre otras consideraciones— en la condición de funcionaria pública de la objetora, *que, como tal, se encuentra en una situación estatutaria, en la cual se le reconocen ciertos derechos, pero que también se le establecen ciertas obligaciones y deberes.*

6. IMPACTO DE LAS POLÍTICAS SANITARIAS —EN ÉTICA Y BIOÉTICA E IDEOLOGÍA DE GÉNERO— EN LA EDUCACIÓN

Desde la expedición de las llamadas *leyes polémicas*, iniciada con la Ley de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva de 2008, seguida de las ya citadas, incluyendo la de Matrimonio entre personas del mismo sexo, se han sucedido varios intentos por parte de los gobiernos que se autodefinen como progresistas, de diseñar programas educativos obligatorios para ser impartidos en la educación pública y también en la educación privada —incluso en instituciones confesionales— alineados con la ideología de género y la universalización y promoción de la sexualidad desde temprana edad, entre otros temas que por su sensibilidad moral son de competencia de los padres y tutores en caso de menores y de los propios educandos, además de pertenecer al derecho de autonomía en el caso de instituciones de tendencia, confesionales o no. En ese sentido, la adopción, impulso e implementación de dichas políticas ha tenido y tiene, fuerte impacto en la educación, donde se plantean desafíos a la libertad de conciencia de docentes, de padres y educandos y del propio centro educativo en su derecho de transmitir determinado ideario, confesional o no, que puede colidir con los principios propuestos por los programas oficiales.

¹⁰² La sentencia N° 396/16 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo fue dictada por cuatro votos conformes (Dr. Echeveste (redactor), Dr. Tobía, Dra. Castro, Dr. Vázquez Cruz), con una discordia del Dr. Gómez Tedeschi.

Por ejemplo, el El Ministerio de Salud Pública (MSP) y la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP), acordaron estrategias a través de un convenio bilateral de cooperación para la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de niños, adolescentes y jóvenes. Con este acuerdo se organizarán actividades formativas, de capacitación y de difusión de estos derechos¹⁰³.

En este marco, el MSP, la ANEP y el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES) acordaron estrategias para cumplir el propósito de una educación para el nuevo abordaje sobre salud sexual para niños, y entre las actividades formativas se comenzó a repartir un kit conteniendo preservativos masculinos y femeninos, dispositivos intrauterinos (DIU), pastillas hormonales, pastillas anticonceptivas de emergencia (para las 24 horas posteriores a la relación sexual), anticonceptivos para madres que están dando de mamar, anticonceptivos inyectables, lubricantes y juegos didácticos que serían exhibidos y explicados en los centros de enseñanza pública de todo el país. Entre los materiales se entregaba un juego sobre sexualidad denominado “Elegí tu camino” y otro sobre el uso del preservativo masculino llamado “La carrera del condón”. Como expresa la iniciativa gubernamental, en algunos casos este material está destinado para el trabajo con niños, pero el grueso del material está pensado para púberes de entre 10 y 12 años, para adolescentes y para jóvenes¹⁰⁴. La oposición política al gobierno protestó, ANEP desistió de promocionar esta iniciativa, y se suspendió su continuación¹⁰⁵. “La distribución de un kit sexual en todos los centros de enseñanza pública del país a fines del mes de marzo causó sorpresa a varias autoridades educativas que no estaban al tanto. Incluso se frenó su distribución para un mejor análisis, que terminó por autorizar el reparto del material.”¹⁰⁶

Poco tiempo después el Consejo Directivo Central de la ANEP aprobó una guía en educación sexual titulada “*Elegiendo Nos. Guía en sexualidad y género para adolescentes*”, que mereció críticas de vastos sectores¹⁰⁷.

Si bien ni el kit ni la guía llegaron a distribuirse masivamente debido a falta de fondos presupuestales, la Asociación Uruguaya de Educación Católica (AUDEC) redactó un

¹⁰³ Acuerdo MSP-ANEP: Formar ciudadanos conscientes en el uso responsable de la sexualidad, disponible en http://www.msp.gub.uy/uc_5115_1.html, 04.05.2011

¹⁰⁴ Diario El País Digital, 28/3/12

¹⁰⁵ Diario El País Digital, 29/3/12

¹⁰⁶ El País Digital, http://www.elpais.com.uy/12/06/26/pnacio_648319.asp?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=text-link&utm_content=Kit%20sexual%20para%20alumnos%20omite%20una%20de%20las%20formas%20de%20contagio%20de%20VIH&utm_campaign=Resumen%20Matutino

¹⁰⁷ Ver Néstor Martínez, *Análisis crítico de la guía en educación sexual aprobada por el CODICEN: “Elegiendo Nos. Guía en sexualidad y género para adolescentes”*, en Revista Fe y Razon, 1/7/12, <http://www.feyrazon.org/Revista/FeyRazon70.htm#FV2>

programa alternativo, tanto sobre matrimonio, como sobre educación nacional, para ser implementado en todas las instituciones educativas católicas del país (5/8/13).

En 2014, el gobierno lanzó otra iniciativa: la Guía de la Diversidad Sexual. Detrás del parapeto del respeto por la diversidad, la Guía se propone —como ha sido hecho explícito por sus propulsores— la deconstrucción del modelo hegemónico de pareja y familia. El texto redactado por el Colectivo Ovejas Negras —que nuclea a homosexuales militantes— llama, entre otras cosas, a los profesores a «salir del armario», a crear baños mixtos en las instituciones educativas y hace hincapié en dar el mayor apoyo a los alumnos *trans*, pues, sostiene, son estos los que más volcados se ven a dejar los estudios debido a la discriminación. Uno de los redactores declaró: “*Fue un trabajo que se hizo en el marco de la leyes de educación y de derechos y oportunidades. De ellas se desprende un mandato de incorporar la perspectiva de género y de educación sexual*”¹⁰⁸.

A fines de 2014 se habían repartido unas 900 guías, pero las autoridades suspendieron su distribución, para una revisión del mismo.

Tratándose —como se explicitó— de un *mandato de incorporar la perspectiva de género y de educación sexual* —aunque más que incorporar, debería decirse, imponer como única verdad, pues no se suma esta perspectiva a otras con las que pudiera coexistir— pero tratándose en definitiva de un mandato de imponer unos contenidos sumamente sensibles a la moral y caros a las creencias en la educación, la iniciativa que tuvo principio de ejecución, fue resistida por varias confesiones religiosas.

La Conferencia Episcopal del Uruguay emitió una Declaración “*No a la discriminación, sí al respeto*”¹⁰⁹, entendiendo que el documento impone una ideología. El Arzobispo de Montevideo Mons. Daniel Sturla sdb. se reunió con el Presidente electo de la República, Dr. Tabaré Vázquez para plantearle su preocupación¹¹⁰.

El Consejo de Representatividad Evangélica del Uruguay pidió que se desistiera del uso en los centros educativos¹¹¹.

Hasta protagonistas del gobierno resistieron la medida, preguntándose irónicamente ¿Por qué no se incluye en la deconstrucción del modelo tradicional, la poligamia o la bigamia?¹¹²; “¿Quién dijo que el derecho a la diversidad sexual y la protección de ciertas

¹⁰⁸ Diario El País Digital, 7/11/15

¹⁰⁹ NOTICEU: 10-11-2014. *Declaración de la Conferencia Episcopal del Uruguay*, <http://iglesiacatolica.org.uy/noticeu/>

¹¹⁰ Diario El Observador 2/1/15

¹¹¹ www.sociedaduruguay.org, 13/11/14, CREU: <http://www.mapeosociedadcivil.uy/organizaciones/consejo-de-representatividad-evangelica-del-uruguay/>

¹¹² Esteban Valenti, (publicista, campaña electoral del partido de gobierno, Frente Amplio), *Soy heterosexual y a mucha honra*, en http://www.bitacora.com.uy/noticia_6854_1.html

orientaciones requiera la “deconstrucción” y la “desnaturalización” de otras orientaciones? ¿No se percibe que el proceso de “deconstrucción” y “desnaturalización” de los modelos mayoritarios de orientación sexual será vivido, por los niños y niñas que ya los han incorporado, como una agresión a su propia identidad?”¹¹³

No llegó a esgrimirse una objeción de conciencia formal a la imposición de estos contenidos educativos de tendencia, y por el momento, *La Guía de Educación y Diversidad Sexual morirá en un cajón. En su lugar, técnicos del organismo elaborarán una guía propia*¹¹⁴.

Más recientemente el Ministerio de Salud Pública MSP lanzó la aplicación para dispositivos móviles dirigida a adolescentes llamada “Gurú del sexo”¹¹⁵.

De insistirse en la implementación de una iniciativa similar, es de suponer que se levantarán objeciones de ideario —de las instituciones educativas que no alineadas con esa particular ideología— y objeciones de conciencia —de padres respecto a sus hijos y de los propios estudiantes, además de los docentes contra imposición—. Las acciones jurisdiccionales y movilizaciones realizadas en España contra el Programa Educación Para la Ciudadanía son un antecedente reciente, de segura referencia.

V.

LA JURISPRUDENCIA COMO SUMO GARANTE DEL DERECHO DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA

La omisión del legislador de cumplir con el mandato que le encomendó el constituyente en el art. 54 de la carta “La ley ha de reconocer a quien se hallará en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica;” no ha sido óbice para que el juez, aplicando directamente la Constitución y los Derechos Humanos, amparara y garantizara el ejercicio del derecho de objeción de conciencia en nuestro país. Ha sido el primero de los poderes del Estado en darle tutela y el último, no sólo en sentido cronológico —como veremos— sino como último recurso a una tutela jurisdiccional efectiva.

¹¹³ Helios Sarthou, *Sexo y enseñanza en Indisciplina Partidaria*, Semanario Voces , 13/11/14, <http://www.voces.com.uy/articulos-1/indisciplinapartidarialacolumnadehoenirsarthousexoyensenanza>

¹¹⁴ Diario El Observador, 12/3/15

¹¹⁵ Sitio web del Ministerio de Salud Pública, <http://www.msp.gub.uy/noticia/msp-lanz%C3%B3-aplicaci%C3%B3n-para-adolescentes-%E2%80%9Cgur%C3%BA-del-sexo%E2%80%9D>, 06/09/2016. <https://guru.msp.gub.uy/>: “En la aplicación Gurú del sexo te podés sacar todas las dudas sobre salud y sexualidad. Vas a encontrar información sobre espacios adolescentes, métodos anticonceptivos, interrupción voluntaria del embarazo, infecciones de transmisión sexual, salud mental, violencia de género y mucho más”.

Decíamos el primero de los poderes del Estado en amparar el derecho.

Como ha ocurrido en el Derecho comparado, han sido los Testigos de Jehová los que han provocado el pronunciamiento de los tribunales al rigor del Principio de inexcusabilidad, no pueden dejar de fallar en una causa que se someta a su resolución.

El conflicto se suscitó por la negativa de los Testigos de Jehová de someterse a transfusiones de sangre cuando éstas eran indicadas, y sobre todo, ante casos de riesgo de vida. Muchos de los casos fueron resueltos extrajudicialmente, ya sea amparando la objeción, sin mayores consecuencias para la salud, ya recurriendo a métodos terapéuticos alternativos. Los casos que han llegado a los tribunales han sido pocos, básicamente cuando ha existido riesgo de vida para el paciente. Los criterios de la jurisprudencia han sufrido una positiva evolución.

En un caso *se priorizó la vida del niño*, ordenando una transfusión de sangre no querida por sus padres¹¹⁶, en aplicación de uno de los límites del amparo de la libertad de conciencia y religiosa, cual es el daño a terceros.

Otra sentencia amparó el derecho de una paciente a negarse a recibir la transfusión, reconociendo *el magistrado que carecía de jurisdicción para sustituir la voluntad libre de una persona capaz que ejercía el derecho de autodeterminación inherente a su condición humana*¹¹⁷.

Otro fallo compartió el criterio de falta de jurisdicción, *no considerando vulnerados los límites que de acuerdo a las exigencias del orden público- habilitarían la acción del Estado*, citando textualmente la declaración “Dignitatis Humanae” del Concilio Vaticano II como

(...) un texto de carácter religioso pero de ámbito universal¹¹⁸: “Todos los hombres deben estar libres de coacción tanto por parte de personas singulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, de tal manera que en materia religiosa no se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida, dentro de los límites debidos, que actúe conforme a su conciencia en privado y en público, sólo o asociados con otros”.

Considera a la objeción de conciencia como especificación de la *libertad de pensamiento*¹¹⁹, sustentada por los derechos de autodeterminación e íntima dignidad, siempre que medie un consentimiento informado.

¹¹⁶ La Justicia Uruguaya, T 116, caso 13.289, Juzgado Letrado de 1ª Inst. en lo Contencioso Administrativo de 1º Turno, sentencia N° 3/97 de 7/II/97 (Juez Pedro Keuroglián), con cita de un fallo redactado por el Dr. Niccollielo (miembro de la Suprema Corte de Justicia 1985 - 1989).

¹¹⁷ Juzgado Letrado de 1º Inst. en lo Penal de 5º turno, 21/9/1998, La Justicia Uruguaya, T 120.

¹¹⁸ Juzgado Letrado de 1º Instancia en lo Penal de 13º turno, N° “omissus”, 30/I/97 (Cecilia Schroeder), LJU T 115, CASO 115006

¹¹⁹ Pedro Montano Gómez, La Justicia Uruguaya, T. 115, *Análisis crítico del proyecto de 16 de junio de 1994 de despenalización del aborto en el Uruguay*.

Además de la invocación de estos principios fundamentales, los pronunciamientos se fundaron en general en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Citaron doctrina nacional¹²⁰ y extranjera¹²¹, así como disposiciones de los Códigos de Ética Médica, que contemplaban la objeción de conciencia tanto del lado del paciente como del lado del médico, según hemos referido¹²².

El juez, garante último: no sólo cronológicamente le ha tocado al Juez poner las cosas en su sitio, sino que además el amparo jurisdiccional ha sido el último recurso cuando el resto del sistema jurídico-político ha fallado. Es la última garantía, en el caso concreto, del goce y ejercicio de los derechos, y ha tenido la última palabra.

El 11 de agosto de 2015 el Tribunal de lo Contencioso Administrativo —órgano del mismo rango jerárquico que la Suprema Corte de Justicia, encargado de controlar la adecuación a Derecho de los actos administrativos— anuló con efectos generales y absolutos varios artículos del Decreto del Poder Ejecutivo N° 375/012 que reglamentando la Ley del Aborto, restringía el derecho de objeción de conciencia y el libre ejercicio profesional de los médicos ante el aborto¹²³.

Hemos ya referido a este fallo al analizar el derecho de objeción de conciencia ante el aborto, debido a que la sentencia *ha obrado la eliminación de las normas jurídicas impugnadas del universo jurídico*.

[Partiendo] del reconocimiento de la libertad de conciencia y del derecho de objeción de conciencia como derecho inherente a la personalidad humana, tutelado por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, derecho fundamental que desde la perspectiva del Estado constituye un interés público del máximo rango, que al habilitar esta excepción al cumplimiento de una norma jurídica, exhibe el respeto por los derechos de las minorías y la pluralidad ideológica, acoge la demanda pues el Decreto es notoriamente limitativo del derecho de objeción de conciencia¹²⁴.

No se conocen casos actualmente sometidos a decisión judicial, fuera del referido a la negativa a someterse a mamografías periódicas, resuelto recientemente por el mismo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

¹²⁰ Daniel Domínguez, *Responsabilidad médica y libertad de conciencia*, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXVII, p. 660

¹²¹ Germán Bidart Campos, *La transfusión de sangre y objeción de conciencia religiosa*; El Derecho, T. 114, p. 113

¹²² Casos citados en Carmen Asiain Pereira, *Derecho Sanitario y Libertad de Conciencia en Uruguay*, pp. 284-285 y en Carmen Asiain Pereira, *Objeción de Conciencia al Aborto en el Uruguay*, IUSTEL.

¹²³ Para un análisis detallado, ver Carmen Asiain Pereira, *Objeción de conciencia: Tribunal de máximo rango anula con efectos generales y absolutos decreto que la restringía*.

¹²⁴ CONSIDERANDO VIII, párrafo 12, pág. 21 de la sentencia N° 586/15, disponible en file:///C:/Users/Carmen%20Asiain/Downloads/586-2015%20(10).pdf, sitio TCA <http://www.tca.gub.uy/fallos.php>,

VI.

EL PROYECTO DE LEY DE RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA E IDEARIO. RECURSO DE *HÁBEAS CONSCIENTIAM*.

En diciembre de 2010 el entonces Representante Nacional Dr. Luis Alberto Lacalle Pou presentó el proyecto de ley “*Derecho a la Libertad de Conciencia y de Ideario*”¹²⁵, que reglamentaba esta libertad fundamental. Redactado por nosotros, recabó el apoyo multipartidario y de vastos sectores de la diversidad ideológica de la sociedad civil¹²⁶.

El 15 de setiembre de 2015, asumiendo el Senado reintroducimos el proyecto, actualizándolo: “Proyecto de ley de Reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario y Recurso de Hábeas Conscientiam”¹²⁷.

Se trata de acercar a los habitantes un medio eficaz, rápido y sencillo de tutela y garantía del respeto de la libertad de conciencia e ideario que ya protege la Constitución de la República y los tratados internacionales de derechos humanos.

En su fundamentación y exposición de motivos, proclama el derecho de “formar libremente la propia conciencia, religiosa o no” y también de “actuar conforme a los imperativos de la misma, individual o colectivamente”, así como de “no ser molestado por razón de las propias convicciones éticas, morales o religiosas ni compelido a actuar en contra de ellas”, reconociendo además la dimensión colectiva de esta libertad y derecho, referido al “derecho de las instituciones de carácter privado —ya sean éstas o no personas jurídicas, tengan o no fines de lucro— de determinar su propio ideario institucional y de no ser obligadas a actuar en contra del mismo”, aludiendo a la objeción de ideario, conteniendo disposiciones para el ámbito sanitario en particular.

Para la garantía del ejercicio del derecho de objeción de conciencia e ideario, introduce, sin perjuicio de otras vías de solución como la administrativa o privada, el recurso judicial de *hábeas conscientiam*, denominación de cuño uruguayo que no existe en el Derecho comparado.

¹²⁵ Comisión de Derechos Humanos, Carpeta N° 559 de 2010, Repartido N° 467, Diciembre de 2010. Proyecto de Ley de Libertad de Conciencia e Ideario, Comisión de Derechos Humanos, Carpeta N° 559 de 2010 Repartido N° 467, dic. 2010, disponible en <http://www0.parlamento.gub.uy/repartidos/ AccesoRepartidos.asp?Url=/repartidos/camara/d2010120467-00.htm>

¹²⁶ Carmen ASIAÍN, *Comentarios al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario*, Revista de Derecho, Universidad de Montevideo, Año 12, n.22 (2012), pp. 11-24 http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&cid=71666

¹²⁷ Proyecto de ley de Reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario y Recurso de Hábeas Conscientiam, presentado por la Senadora Carmen Asiaín el 15/9/15, destinado a Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, Carpeta 363/2015, Asunto 126577, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/126577> <https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/comisiones/311/comision-asuntos>

Para fundar este instituto, hace un paralelismo con el recurso de *habeas corpus*, instituido por el ordenamiento jurídico para tutelar de una manera rápida y efectiva, el derecho de toda persona sobre su cuerpo, mediante un recurso o acción de *carácter sumario (urgente) y preventivo*, que operaría desde ante la eventual violación de estos derechos, en previsión de la potencialidad lesiva de la violación y para evitar que la violación se torne en irreparable.

Si la persona “*habeas corpus*” (posee su cuerpo), también la persona humana “*habeas conscientiam*”, (posee su conciencia). Así como el Derecho protege el derecho de toda persona sobre su cuerpo mediante los recursos de *habeas corpus*, procede el reconocimiento del derecho a la conciencia de toda persona y su protección mediante el instituto que se ejercita como “objeción de conciencia”.

Partiendo de la base de que reparación a posteriori del hecho consumado lesivo será siempre ineficaz para proteger el “derecho sobre el cuerpo” —o en nuestro caso del “derecho de libertad de conciencia”—, que ya se habría visto agredido sin posibilidades de recomponer las cosas al estado anterior a la agresión, propone este recurso de “*habeas conscientiam*”.

En particular, pone de cargo del Estado el proveer para que las prestaciones objetadas sean brindadas por terceros no objetores, liberando a los objetores de la carga de tener que buscar ellos a los sustitutos.

El proyecto quedado a consideración de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores.

VII.

LA TUTELA DEL DERECHO DE OBJECIÓN DE IDEARIO INSTITUCIONAL

Mucho hemos argumentado, fundamentando que nuestro Derecho, tanto de fuente interna como internacional, reconoce el derecho de instituciones, entidades, grupos —sean personas jurídicas o no— de adherir a un conjunto de principios rectores o ideario vinculado a determinadas creencias —no sólo religiosas— y de conducirse de conformidad con las mismas¹²⁸.

¹²⁸ Carmen Asiaín Pereira, *La Protección Jurídica de la Libertad de Conciencia en el Uruguay*; en Carmen Asiaín, *Veto a la Limitación de la Libertad de Ideario Institucional*, en *Veto al aborto. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez*; Carmen Asiaín, *Comentarios al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario*, p. 11-24, Carmen Asiaín Pereira, *Las instituciones sanitarias confesionales ante la implementación de las políticas de “Salud Sexual y Reproductiva” en Uruguay*, IUSTEL y en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley de Reconocimiento

Como hemos destacado, la oposición más férrea a este reconocimiento provino más de filas políticas alineadas con el gobierno que estaba implementando las políticas de salud sexual y reproductiva, y de técnicos ajenos a la disciplina jurídica, a veces médicos, a veces legos.

A consecuencia de la comparecencia de los miembros uruguayos del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa a la *Comisión Especial para el tratamiento de los proyectos de Interrupción Voluntaria del Embarazo*¹²⁹ abogando por el respeto por la libertad de conciencia individual y de ideario institucional, algunas de las observaciones realizadas a los proyectos fueron salvadas en el texto finalmente aprobado. En punto a la libertad de ideario institucional, fue tras la comparecencia de esta delegación de académicos que el instituto de “objeción de ideario” fue introducido en la ley, aunque no de forma plena en su ejercicio ni inequívoca en su admisión, como se verá. Pero se da carta de ciudadanía en el Derecho uruguayo a un término acuñado y proporcionado por la academia, el de objeción de ideario.

La Ley del Aborto N° 18.987 ya citada contempla la objeción de conciencia individual de forma bastante amplia —como hemos desarrollado— pero no aplica la misma lógica para tutelar a las instituciones confesionales, incurriendo el legislador en lesión a su autonomía y derecho de conducirse de conformidad con sus principios, libertad de asociación y empresa, de su libertad de expresión, lesión de los derechos de sus socios de entidades confesionales, todo ello agravada aún por la autoridad administrativa que en el Decreto reglamentario, ahonda la restricción del derecho¹³⁰.

Ley llamada de “Interrupción Voluntaria del Embarazo” N° 18.987,

Artículo 10. (Obligación de los servicios de salud).- Todas las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud tendrán la obligación de cumplir con lo preceptuado en la presente ley. A tales efectos, deberán establecer las condiciones técnico-profesionales y administrativas necesarias para posibilitar a sus usuarias el acceso a dichos procedimientos dentro de los plazos establecidos.

Las instituciones referidas en el inciso anterior, que tengan objeciones de ideario, preexistentes a la vigencia de esta ley, con respecto a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo que se regulan en los artículos anteriores, podrán acordar con el Ministerio de Salud

de la libertad de conciencia e ideario y Recurso de Hábeas Conscientiam, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/126577>; <https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/comisiones/311/comision-asuntos>

¹²⁹ Comparecencia de miembros uruguayos del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, Dres. Gabriel González Merlano y Carmen Asiaín a la Comisión Especial para el tratamiento de los proyectos de Interrupción Voluntaria del Embarazo, 22/8/12, disponible en ESPECIAL INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA EMBARAZO (C/1725/12) (C.RR.). Acta: 5. Versión taquigráfica: 1218, y <http://www.parlamento.gub.uy/websip/lificha/fichaap.asp?Asunto=107885>

¹³⁰ Ver desarrollo en Carmen Asiaín Pereira, *Las instituciones sanitarias confesionales ante la implementación de las políticas de “Salud Sexual y Reproductiva” en Uruguay*.

Pública, dentro del marco normativo que regula el Sistema Nacional Integrado de Salud, la forma en que sus usuarias accederán a tales procedimientos.

Como principio general, la ley arrasa con el principio de autonomía al asentar la *obligación de los servicios de salud* como principio universal, de practicar abortos. Incurrir en delegación inconstitucional de atribuciones al Poder Ejecutivo al otorgarle la facultad de acordar —o no— con las instituciones objetoras de ideario, la forma en que sus usuarias accederán a tales procedimientos. Decíamos: *se abortarán instituciones además de personas*.

La ley *consagra* la anticoncepción de instituciones confesionales, pues admitiendo sólo objeciones basadas en un ideario establecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, veda la erección de instituciones de salud confesionales cuyos principios les impidan la realización de los abortos, a menos que éstas declinen de antemano conservar dicho ideario.

Descarta de antemano la llamada *objección sobrevenida* —es decir, la de aquellas instituciones que cambien de postura y se nieguen a practicar abortos—, así como la de instituciones que no tengan explícita tal posición por escrito en su ideario: son mecanismos contraceptivos de idearios confesionales, es decir, que actúan post concepción del ideario.

El decreto reglamentario¹³¹, excediéndose de la potestad administrativa reglamentaria introdujo limitaciones al derecho de ideario institucional, que violan en principio de legalidad y que no pudieron ser anuladas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por falta de legitimación activa de su accionante, Arzobispado de Montevideo, quien comparecía para que no se obligara a sus instituciones sanitarias católicas (concreta y especialmente, al Círculo Católico de Obreros del Uruguay, quien no accionó contra estas imposiciones).

Sucintamente¹³², el Decreto constriñó de forma más severa, limitativa, *extra lege*, la libertad de ideario de instituciones confesionales, entre otras:

1. *Vedando la existencia de folletería o publicidad en contra del aborto* en la institución, es decir, impidiendo la el derecho a la profesión pública y privada de la fe, la divulgación de sus creencias, en contravención del art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica: Art. 13 lit. c) inc. 2º: Tampoco se permitirá dentro de la institución la existencia de folletería o publicidad a favor o en contra de la Ley 18.987. No está comprendida en esta disposición la folletería o documentación informativa elaborada por el Ministerio de Salud Pública.

¹³¹ Decreto del Poder Ejecutivo N° 375/12 de 22/11/012, Diario Oficial 29/11/012, reglamentario de la Ley N° 18.987

¹³² Ver desarrollo en Carmen Asiaín Pereira, *Las instituciones sanitarias confesionales ante la implementación de las políticas de "Salud Sexual y Reproductiva" en Uruguay*, pp. 38 y ss.

2. Reitera y amplía la exigencia de que conste en los estatutos el motivo de la objeción, “con anterioridad” a la ley (arts. 21 a 27 del decreto);

3. Incurrir en delegación inconstitucional de competencias al Ministerio de Salud Pública para la evaluación de la configuración de la objeción de ideario y la decisión de amparo o no a la objeción, resultando en una sustitución de la autoridad eclesiástica en la determinación de la doctrina religiosa sobre el punto: *paternidad subrogada*.

4. Introduce limitaciones temporales para el amparo de las objeciones que exorbitan la ley (15 días hábiles desde la entrada en vigencia del decreto, art. 22) que configuran una causal de caducidad del derecho a solicitar el amparo.

5. No exceptúa a las instituciones de la práctica en determinados supuestos (art. 24 del decreto), excediendo a la ley y a la normativa supralegal;

6. *Lo más grave*: establece que las instituciones amparadas en su objeción de ideario, en lugar de quedar eximidas de la intervención en las prácticas que constriñen su ideario, están obligadas a *celebrar convenios y contratos con terceras instituciones para la realización de las prestaciones* obligadas, debiendo hacerse cargo de todos los gastos (art. 25 del decreto), con lo cual no queda saneada la objeción de ideario que éstas presentaban, no siendo la contratación de un sicario moralmente admisible para las objetoras: *contratación de sicario*. “Art. 25: Las instituciones autorizadas ... deberán celebrar convenios y contratos para que las usuarias que soliciten la interrupción ... tengan garantizados sus derechos, debiendo la Institución Médica hacerse cargo de todos los gastos.”

7. Desconoce la autonomía de las entidades religiosas de *contratar y seleccionar el personal idóneo a los fines y principios religiosos de la institución*, al establecer en el art. 26 que las instituciones que se amparen a la objeción de ideario tendrán el deber de respetar la libertad de conciencia de sus dependientes, en cuanto con ello puede desvirtuarse la objeción de ideario presentada;

8. *Delega o atribuye el deber de asegurar la prestación del servicio legalizados, a las instituciones privadas* (art. 27), siendo que el responsable de la organización del servicio es el Estado, el que debe procurar que existan otras instituciones que no objetan la práctica resistida por la institución objetora. El decreto pone de cargo de la institución el derivar a la usuaria, en lugar de hacerse cargo de ello de forma previa el Estado, que ha despenalizado una práctica hasta entonces delito.

La anulación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de las normas del Decreto que limitaban el derecho a la objeción de conciencia de los médicos, tuvo im-

pacto, saneando en parte algunas restricciones que también afectaban el derecho al ideario institucional. *Obiter dictum*, la sentencia en cuestión se pronuncia exhibiendo una postura proclive al respeto de la libertad de ideario institucional cuando expresa el Tribunal de lo Contencioso Administrativo: “*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...*”¹³³.

Como nos hemos lamentado, de haber comparecido a impugnar el decreto los legitimados activos —léase representantes estatutarios del Círculo Católico de Obreros del Uruguay o del Hospital Evangélico o de cualquier otra institución sanitaria que objetara la realización de abortos— es previsible que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo los habría amparado también, anulando las normas del decreto ilegítimas.

VIII.

REFLEXIONES CONCLUSIVAS

a) El derecho de objeción de conciencia es reconocido como derecho humano fundamental, constitucionalmente protegido, aplicable directamente y supraordenado:

En Uruguay el derecho a la objeción de conciencia es reconocido como derecho humano fundamental constitucionalmente protegido¹³⁴ y preexistente a la misma Constitución, que desde 1934 mandató al legislador a que lo reconozca, sin perjuicio de su aplicabilidad directa. Es además, un derecho supraordenado, proclamado por el Derecho Internacional y Regional de los Derechos Humanos, que ordena a los Estados suscriptores a *Adoptar Disposiciones de Derecho Interno* para su efectividad (art. 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

b) La omisión del legislador de contemplarlo en una norma general causa inconsistencias en su efectivo goce y ejercicio, limitaciones o su negación:

La omisión del legislador de recoger en una norma general y regular el ejercicio del derecho de objeción de conciencia de la forma amplia como lo mandata el constituyente, causa inconsistencias en su efectivo goce y ejercicio, cuando no su retaceo y

¹³³ CONSIDERANDO III, párrafo 6, pp. 7 y 8 de la sentencia

¹³⁴ Sentencia TCA N° 586/15

limitación, lo que hace impostergable la necesidad de brindar esta garantía y certezas por ley general.

Cuando el legislador no ha consagrado expresamente el derecho en determinados terrenos —como el de la salud u otros—, el recurso a los principios fundamentales recogidos en normas supraordenadas, es el que servirá de mejor tutela del derecho en cuestión.

La recepción del recurso de *hábeas conscientiam* obraría como medio de garantía tanto para el objetor, como para el acreedor de la conducta obligada, como para el decisor.

Es impostergable brindar esta garantía —recurso de *hábeas conscientiam*— y certezas por ley general.

c) La protección puntal dispensada por ley en determinados ámbitos es incoherente, de dudosa vigencia y a veces contradictoria:

El legislador se ha anticipado a las objeciones de conciencia al cumplimiento de deberes de fuente normativa que se presentarían en algunos ámbitos, como en algunas áreas específicas de la salud. Pero no sólo ha omitido su recepción en otros ámbitos, sino que cuando la ha regulado, la objeción de conciencia ha sido articulada sin la debida sistematización, quedando la regulación atomizada e incoherente y arrojando dudas acerca de la vigencia de las sucesivas disposiciones que se superponen, a veces de forma contradictoria sobre el mismo punto. Esto obliga al operador jurídico a desplegar una ardua labor de depuración, interpretación e integración del orden jurídico en su conjunto que siendo artesanal y por sectores, carecerá en consecuencia del debido consenso para la interpretación y aplicación del derecho.

d) En el ámbito crucial de la salud, las contradicciones deberían salvarse aplicando el principio pro hominem y los principios fundamentales, además del control de su juridicidad:

El ámbito que ha merecido más atención por el legislador ha sido el de la salud, aunque no desprovista de fluctuaciones de difícil conciliación, en general salvadas por el Código de Ética Médica 2014, pero de forma insuficiente, pues aún éste contiene contradicciones que deberían ser salvadas y armonizadas en función del principio *pro hominem*, interpretadas de conformidad con la Constitución para no contradecirla y además, su ámbito subjetivo alcanza sólo a los médicos y no al resto de las personas que se desempeñan en la salud.

En general se respeta: la confidencialidad de la relación médico – paciente, la negativa a someterse a determinada terapéutica, el derecho de abstenerse de realizar prácticas por ser contrarias a la conciencia ética del obligado (con limitaciones ilegítimas, pero que pueden ser saneadas en una interpretación en favor de la constitucionalidad de la norma y *pro hominem*),

En materia de objeción de conciencia al aborto, ha de partirse del principio del art. 54 de la Constitución, que al mandar al legislador a reconocer la independencia de la conciencia moral y cívica a todo aquel que se hallare en una relación de trabajo o servicio, parte de la premisa de reconocer la libertad de conciencia como derecho humano fundamental y como tal lo recoge sin restricciones de tipo alguno.

La regulación del derecho de objeción de conciencia está prevista con relativa amplitud por la ley que despenaliza el aborto, y en los puntos en que resulta restrictiva del derecho (como en la hipótesis de grave riesgo de salud para la mujer), ha de considerarse derogada la restricción, por las previsiones sobre el punto del Código de Ética Médica (art. 40) que sin limitación prevé el derecho del médico a retirarse de la asistencia, si *en razón de sus convicciones personales considera que no debe practicar un aborto...*

El Código de Ética Médica ha incidido en la normativa tanto de aborto como de otros terrenos sanitarios, en general tutelando más amplia el derecho. En su virtud, no hay excepciones al derecho de objeción de conciencia del médico, ni siquiera en la hipótesis de *grave riesgo para la salud de la mujer*.

e) Su atención mediante actos administrativos (aunque sean generales) es inestable, parcial, atomizada, asistemática e inconstitucional

Además de resultar improcedente regular un derecho humano fundamental mediante resoluciones administrativas que atienden casos y ámbitos puntuales, la natural inestabilidad de los actos administrativos —revocables por la autoridad administrativa— los hace incapaces de ofrecer las certezas y seguridad jurídica necesaria al ser humano que pretende ejercer su derecho.

Por lo demás, se ha constatado una tendencia —sobre todo reciente, debido al posicionamiento ideológico de las autoridades políticas de estos últimos doce años— a introducir por vía de decreto reglamentario, limitaciones o denegatorias del derecho de forma *extra lege*, excediendo la potestad reglamentaria en violación del principio de legalidad y juridicidad. Esta tendencia ha intentado plasmar en actos administrativos —desprovistos de la garantía dada por la representatividad propia del debate parlamentario— las políticas de esta ideología autodenominada progresista, que no llegaron a alcanzar los consensos necesarios en el Poder Legislativo para ser consagradas por ley.

f) El juez ha sido el primordial y sumo —último— garante del derecho, aplicando directamente la Constitución y los derechos humanos y ejerciendo el control de juridicidad de las normas jurídicas, sobre todo administrativas, sin ingresar al análisis de la plausibilidad de la motivación del objetor.

Ha debido ser la función jurisdiccional la que, a impulso de los médicos lesionados en el caso de la objeción de conciencia al aborto, ha debido adecuar el accionar de la Administración a Derecho.

Ha afirmado que lo que tiene carácter excepcional y debe interpretarse con carácter restrictivo es la limitación del derecho a la objeción de conciencia.

Ha eliminado del universo jurídico las normas del decreto reglamentario de la ley del aborto, que limitaban la objeción de conciencia del médico y su libre ejercicio de la profesión.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Sentencia N° 596/15) ha proveído una síntesis respetuosa y acabada de la regulación jurídica de la objeción de conciencia, que además de haber adecuado el accionar de la Administración a derecho, corrigiendo su apartamiento, eliminando del universo jurídico las normas restrictivas del derecho, obra como la más prestigiosa doctrina amen de jurisprudencia acerca del derecho de objeción de conciencia —e incluso de ideario—. Será de referencia obligada, emulable dentro y fuera de fronteras.

g) El derecho a la objeción de ideario institucional, de fuente constitucional, no ha aprovechado a las instituciones:

En materia de libertad de ideario y derecho a la objeción de ideario institucional, con asiento constitucional en los derechos a la libertad de asociación y empresa y siendo un modo de ejercicio colectivo de la libertad de conciencia que jamás podría implicar el desconocimiento del derecho, finalmente fue reconocido por ley.

Si bien obtuvo carta de ciudadanía en la ley del aborto, fue concebida con limitaciones, las que se profundizaron hasta incurrir en su denegatoria. Llegando a desvirtuarla, tal y como fue regulada por el decreto reglamentario de la ley del aborto.

A pesar de la ilegalidad de las disposiciones restrictivas o negadoras del derecho contenidas en el decreto reglamentario de la ley del aborto, dichas antijuridicidades no han podido ser salvadas por el órgano jurisdiccional, debido a la ausencia de reclamo, más aun, a la complacencia de las instituciones obligadas.

Para citar este artículo: Asiain Pereira, Carmen, “Objeción de conciencia y libertad de conciencia. Normativa vigente en la salud en Uruguay”, *Revista de Derecho* 14 (dic. 2016), 11-64

BIBLIOGRAFÍA

- Altieri, Santiago, “El estatuto jurídico del cigoto. ¿Persona o cosa?”, Universidad de Montevideo, 2010
- Asiaín Pereira, Carmen, “Objeción de conciencia: Tribunal de máximo rango anula con efectos generales y absolutos decreto que la restringía”, *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 2016, Vol. 2, N° 1, <http://www.revistalatederechoyreligion.com/ojs/ojs-2.4.6/index.php/RLDR/index> y en *Revista de Derecho Público* (Fundación de Cultura Universitaria), Uruguay, N° 48, Nov. 2015, <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/48/asiain.php>.
- Asiaín Pereira, Carmen, “Religión y Derecho Laboral en el Uruguay. Intentando conciliar el “Ganarás el pan con el sudor de tu frente” con el “Amarás a Dios sobre todas las cosas” ante el César, en el Uruguay”, en José Antonio CALVI DEL RISCO, (Coord.), *Religión y Derecho Laboral. Análisis concordatario de su regulación jurídica en las Américas, Italia y España*, Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, Lima, Perú, 2013.
- Asiaín Pereira, Carmen, “Hábeas Conscientia(m) y Objeción de Conciencia”, *Anuario de Derecho Administrativo*, 2008, T. XV, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Asiaín Pereira, Carmen, “Derecho Sanitario y Libertad de Conciencia en Uruguay”, en Isidoro Martín Sánchez (coord.), *Libertad de Conciencia y Derecho Sanitario en Iberoamérica*, COMARES, Granada, España, 2010, pp. 235-310.
- Asiaín Pereira, Carmen, “El Aborto de la Ley del Aborto”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 19, 2009, IUSTEL, España, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&id_noticia=407323&id_categoria=8481&texto=.
- Asiaín Pereira, Carmen, “La Protección Jurídica de la Libertad de Conciencia en el Uruguay”, en Comisión de Doctrina, Conferencia Episcopal del Uruguay, *Objeción de Conciencia – Derecho Humano Natural – Ideología de Género*, Librería Editorial Arquidiócesana, Montevideo, 2011.
- Asiaín Pereira, Carmen, “Las instituciones sanitarias confesionales ante la implementación de las políticas de “Salud Sexual y Reproductiva” en Uruguay. La defensa de la autonomía de la Iglesia Católica en los casos jurisdiccionales contra el Estado”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, IUSTEL, N° 33, 2013.

- Asiaín Pereira, Carmen, “Objeción de Conciencia al Aborto en el Uruguay”, IUSTEL, 2010.
- Asiaín Pereira, Carmen, “Comentarios al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario”, *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Año 12, N. 22 (2012), pp. 11-24 http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=71666.
- Asiaín Pereira, Carmen, “Veto a la Limitación de la Libertad de Conciencia” en Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, VETO AL ABORTO. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez, Montevideo, 2012, 2° Ed. 2013.
- Asiaín Pereira, Carmen, “Veto a la Limitación de la Libertad de Ideario Institucional” en Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, VETO AL ABORTO. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez, Montevideo, 1° Ed. 2012, 2° Ed., 2013.
- Barbagelata, Aníbal Luis, “La independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador”, en De Ferrari, F. (coord.), *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, T. V., N° 25, Montevideo, 1950.
- Bidart Campos, Germán, “La transfusión de sangre y objeción de conciencia religiosa”, *El Derecho*, T. 114, Argentina.
- Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.
- Cendoya, Nicolás et al., “Relevancia del consentimiento del paciente y situaciones en que éste no acepta el procedimiento terapéutico propuesto en centros asistenciales públicos”, *Anuario de Derecho Administrativo*, T. XIV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007.
- Domínguez, Daniel, “Responsabilidad médica y libertad de conciencia”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVII, p. 660.
- Esteva Gallicchio, Eduardo G., “La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya”, en E. Ferrer Mac-Gregor, A. Zaldívar Lelo De Larrea, (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, T. VI, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- França Tarragó, Omar (coord.), “El aborto y la protección de toda vida”, Grupo Magro, Universidad Católica del Uruguay, 2014

- González Merlano, Gabriel y Asiaín Pereira, Carmen, “Actualidad del Derecho y Religión en América Latina. Uruguay”, *Annuaire Droit et Religion*, Vol. 5, 2010-2011, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille, pp. 129-151
- González Merlano, Gabriel, “Comentario a la Ley N° 18.987, sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)”, *Revista de Legislación Uruguaya*, Año IV N° 7, 2013, La Ley Uruguay, pp. 915-932
- Javier, Juvenal, “La objeción de conciencia. Su régimen jurídico vigente en Uruguay, con especial referencia a su ejercicio por los funcionarios públicos”, Tesis de Maestría defendida en la Universidad de Montevideo, 2015, disponible en <http://www.um.edu.uy/docs/tesis/der-laobjecion-de-conciencia-su-regimen-juridico-vigente-en-uruguay-juvenal-javier.pdf>
- Martín Sánchez, Isidoro (coord.), “Libertad de conciencia y salud”, Comares, 2008, Granada, España
- Martín Sánchez, Isidoro (coord.), “Libertad de conciencia y Derecho sanitario en España y Latinoamérica”, Comares, 2010, Granada, España
- Martínez-Torrón, Javier, “Las objeciones de conciencia en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Derecho y Religión*, Vol. IX, 2014, Delta e Instituto Metodológico de Derecho Eclesiástico del Estado, Madrid, pp. 37-58
- Martínez, Néstor, “Análisis crítico de la guía en educación sexual aprobada por el CODICEN: “Elegiendo Nos. Guía en sexualidad y género para adolescentes””, *Revista Fe y Razón*, 1/7/12, <http://www.feyrazon.org/Revista/FeyRazon70.htm#FV2>.
- Montano, Pedro, “Análisis crítico del Proyecto de 16/VI/94 de despenalización del aborto”, *La Justicia Uruguaya*, Doctrina, N° 30.
- Navarro Floria, Juan G., “El Derecho a la Objeción de Conciencia”, Abaco, 2004, Argentina
- Navarro-Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier, “Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia”, Editorial IUSTEL, 2012, Madrid.
- Rodríguez Almada, Hugo, Rodríguez, Fabián, Berro Rovira, Guido, “Aborto por indicación médico-legal: pautas para su práctica institucional en Uruguay”, Departamento de Medicina Legal, aprobadas por la Facultad de Medicina (Universidad de la República), la Sociedad de Ginecología del Uruguay y el Sindicato Médico del Uruguay, *Revista Médica Uruguaya*, 2009.
- Vernazza, Leonardo, ““Es mi cuerpo... no son mis órganos”. Reflexiones a partir de la ley de donación implícita de órganos y la objeción de conciencia presentada por umbandistas”, en Carmen Asiaín Pereira, (coord.), *Derecho y Religión II. Recopilación de estudios del curso de posgrado 2012*, Universidad de Montevideo, 2013.

Normas de derechos humanos: Colisión y complementariedad

Human rights standards:
Collision and complementarity

Laura Nahabetián Brunet

Universidad de la República
lnahabetian@gmail.com

RESUMEN: El artículo refiere al análisis de necesaria realización frente a la existencia de disposiciones normativas que reconociendo derechos fundamentales, pudieren verificarse en situación de complementariedad y eventualmente en aquella de colisión.

De esta forma se pretende avanzar sobre la consideración de los diferentes análisis que deben realizarse a partir de la existencia de las siempre presentes, antinomias normativas, considerando con especial énfasis la estructura de las normas continentales de derechos humanos, el significado de su limitación y su contenido esencial.

Asimismo, se analizan algunas consideraciones relacionadas con los principios que deben estar presentes en tanto sustento de las decisiones en la materia.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos; eficacia; límites; contenido esencial; principios.

ABSTRACT: This article is created due to the necessary analysis of law dispositions that recognize fundamental rights and can be verified both in situations of complementarity and collision.

In this scenario, the article intends to advance in the consideration of the different analysis that have to be done due to the constant existence of regulation antinomies, considering a special emphasis in the structure of regulations that refer to human rights, the meaning of their limitation and their essential content.

Furthermore, an analysis of some considerations related to principles that have to appear as sustentation of the decisions related to this matter is presented.

KEYWORDS: human rights; efficacy; limits; essential content; principles.

Recibido: 18/01/2016. Observado: 21/4/16. Corregido: 20/5/16. Aceptado: 15/6/16

SUMARIO: **1.** Introducción. a) Respecto de la constitucionalización del Derecho. b) Eficacia normativa de las normas constitucionales. c) Eficacia horizontal de los derechos fundamentales. d) Acerca de las antinomias normativas. e) Colisión o complementariedad. *I) Teoría negatoria. II) Teoría de la aceptación.* **2.** Estructura de las normas de derechos humanos. a) Disposiciones normativas y norma de derecho fundamental. b) Derechos fundamentales como normas de principio. c) Dimensiones subjetiva y objetiva de las normas que garantizan derechos fundamentales. **3.** Limitación a los derechos humanos. a) Limitar un derecho fundamental. b) Delimitación de los derechos fundamentales: límites internos. c) Límites de los derechos fundamentales en sentido propio: los límites externos. d) Límite de los límites: Contenido esencial de los derechos humanos. **4.** Principio de proporcionalidad. **5.** Principio de razonabilidad. Strict scrutiny. Intermediate scrutiny. Rational basis review. **6.** Interpretación normativa. La directriz de preferencia de normas. *La directriz de preferencia.* **7.** Ley de ponderación

1. INTRODUCCIÓN

A) RESPECTO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

El término *constitucionalización* no reviste precisamente exactitud. Tal y como se ha indicado por varios autores, implica la designación de una mutación de un estado a otro. Así, se lo designa como “un proceso al término del cual el Derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución”¹.

Es imposible por tanto, afirmar con rigurosidad en qué consiste con precisión este proceso. Sin embargo, sí es posible establecer que después de él, el derecho es diferente. En ese sentido, la constitucionalización implica una modificación de paradigma en relación con el antiguo Estado Legal de Derecho determinándose que “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entremetida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”².

Se trata de la Constitución y su poderoso efecto de irradiación, explicado como “el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento; ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado de chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional”³.

¹ Comanducci, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en *AAVV Neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta, 2003), 81.

² Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *AAVV Neoconstitucionalismo* (Trotta, Madrid, 2003), 49.

³ Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y garantismo”, en *AAVV Garantismo, Estudios en homenaje a Ferrajoli* (Trotta, Madrid, 2005), 48.

La pregunta inmediata es, qué sucede con aquella hasta este momento poderosa ley. Y la respuesta parece despejar casi todas las dudas. Así, Zagrebelsky señala que “la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta”⁴.

Tal y como estableciera Prieto Sanchís, la fuerza superior de la Constitución no es sino uno de los motivos del decaimiento de la ley: “el mantenimiento de la secular pugna con la potestad reglamentaria que hoy adquiere tintes más complejos”, así como “el abandono de las viejas cualidades de abstracción y generalidad a favor de una progresiva “reglamentarización” de la ley, a veces escandalosamente singular, cuando no dictada en beneficio (o en perjuicio) de una sola persona”⁵ son algunos de los elementos que explicarían la crisis de la ley.

Se trata sí de un fenómeno en construcción y permanente modificación, por lo que sus manifestaciones son múltiples y variadas, lo que dificulta la efectividad de su análisis. Tal vez a esto se deba, el hecho que una de las formas más recurrentes para intentar una explicación sea su concepción en tanto proceso que se ejecuta hacia el interior de cada uno de los diferentes sistemas jurídicos.

La constitucionalización es, un proceso; y en él, los sistemas jurídicos están más o menos constitucionalizados, según se adopten ciertas condiciones: Constitución rígida, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, la “sobre interpretación” de la Constitución, interpretación conforme de las leyes a la Constitución, e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas⁶.

De esta forma se verifica configurado, producto de la profunda influencia de la Constitución en el resto del ordenamiento jurídico, el éxito del modelo del Estado Constitucional de Derecho y con él uno de sus elementos centrales y por lo mismo más genuino, cual es el discurso de los derechos fundamentales.

Una muy fuerte mezcla teórica se produjo en la segunda mitad del siglo pasado, la que indudablemente sostiene el camino para la valoración del discurso de los derechos, que ha sustituido a la tradicional cultura del legalismo. Desde las posturas de Hart y su correspondiente ubicación en situación de preeminencia del juez en aquellos casos difíciles por la estructura abierta de las normas, Dworkin y el blindaje a los derechos fundamentales en tanto cartas de triunfo antepuestas a las concepciones de tipo utilitarista y luego, Alexy y la teoría de los derechos fundamentales en tanto principios y la ponderación como mecanismo de solución de conflictos entre estos derechos, hasta Ferrajoli y el garantismo como fórmula

⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid, Trotta, 2003), 40.

⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid, Trotta, 2009), 118.

⁶ Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, 49.

de implementación de los derechos fundamentales, indudablemente implican las bases constitutivas, coherentes o no, en torno a las cuales se ha construido este influyente discurso de los derechos fundamentales de fines del siglo XX y principios del XXI.

Este discurso de los derechos fundamentales enseña Alexy, se caracteriza, “por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objeto, tercero, de la máxima importancia con, en cuarto lugar, máxima indeterminación”⁷. Este discurso es conectado con el “garantismo jurídico”, que implica la formulación de “las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente”⁸.

Sin embargo, el discurso propio del constitucionalismo moderno, ha sido firmemente criticado. Tal vez la crítica principal al triunfalismo del discurso de los derechos proviene de quienes apuntan como Brown que: “si bien los derechos, pueden operar como una indiscutible fuerza emancipatoria en un momento de la historia - como el movimiento de los Civil Rights en Estados Unidos -, en otro momento pueden volverse un discurso regulador, un medio para obstruir o cooptar demandas políticas más radicales, o ser simplemente la más hueca de las promesas vacías”⁹.

A los efectos de esta ubicación, en tanto centralidad neurálgica del discurso de los derechos fundamentales, para el Estado Constitucional de Derecho será imprescindible una rearticulación de la idea de los derechos subjetivos que necesariamente está unida a la constitucionalización. Y esto es así, en mérito a que los derechos fundamentales están estructurados en normas con valor jurídico propio que no necesitan, en consecuencia, desarrollo infraconstitucional o legal - eficacia normativa - y segundo, los derechos fundamentales operan en todas las direcciones, incluso, entre privados - eficacia horizontal de los derechos fundamentales-.

B) EFICACIA NORMATIVA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Europa durante el siglo XIX verificaba una construcción jurídica donde primaba una “concepción predominantemente formalista y legalista de la Constitución. Las cartas de derechos eran meras declaraciones de naturaleza política (y no jurídica) que requerirían, si habían de tener algún poder normativo directo, de desarrollo y configuración legal”. De esta forma, los

⁷ Alexy, Robert, “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en *AAVV Neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta, 2003), 32.

⁸ Ferrajoli, Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, en *Isonomía* N° 16 (México, ITAM, 2002), 16.

⁹ Brown, Wendy, “Lo que se pierden con los derechos”, en *AAVV La crítica de los derechos* (Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003), 83.

derechos fundamentales “calificaban, no como reglas, sino como principios” y “la aceptación de que los derechos eran principios (contenidos en meras “declaraciones”) implicaba que no tenían la fuerza normativa directa para ser judicialmente reclamados. Los verdaderos derechos eran tan sólo posiciones directas y concretamente definidas en la ley sustantiva y procesal; los derechos constitucionales en cambio estaban lejos de definir directa y concretamente en qué ocasiones eran violados, en qué ocasiones se imponía su protección o qué remedios se imponían para su protección”¹⁰.

Sin embargo, avanzando en el tiempo, comienza a imponerse, a partir de los desarrollos del constitucionalismo de posguerra, la consideración que la totalidad de las normas constitucionales tienen plena eficacia vinculante, incluidas fundamentalmente aquellas que consagran o reconocen derechos fundamentales de las personas por lo que son susceptibles de producir efectos jurídicos sin necesidad de desarrollo infraconstitucional y fundamentalmente, sin que sea necesario avanzar en desarrollos de índole legislativo.

La Constitución “no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino, una norma como cualquiera otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe”¹¹. Esto remite directamente al significado de la eficacia normativa de la Constitución. Así, se reivindicará desde principios de la década de los ochenta a partir de García de Enterría fundamentalmente, que las disposiciones normativas constitucionales tienen efecto normativo¹², esto es, dejan de considerarse normas “con un valor meramente programático o como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como auténtica norma jurídica con eficacia directa e inmediata”¹³. Los textos constitucionales determinarán en forma expresa esta eficacia normativa de los derechos fundamentales. De ahí será que surja la afirmación que señala que, “es indiscutible que los derechos fundamentales son más que mera lírica constitucional”¹⁴. De esta forma, la “consecuencia más básica consiste en concebir a los derechos como normas supremas, efectivas y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda operación de interpretación y aplicación del derecho”¹⁵.

¹⁰ López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho* (Bogotá, Legis, 2004), 446.

¹¹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid, Trotta, 2009), 116.

¹² García Enterría, Eduardo, “La Constitución como norma jurídica”, en *AAVV La Constitución española de 1978. Estudio sistemático* (Madrid, Civitas, 1981), 97-160 y Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente de Derecho”, en *AAVV Constitución española y fuentes del Derecho*, Vol. I, (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979), 53-74.

¹³ Sastre, Santiago, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en *AAVV Neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta, 2003), 240.

¹⁴ Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?”, en *DOXA*, N° 30 (2007), 275.

¹⁵ Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en *AAVV Teoría del neoconstitucionalismo*, Carbonell (ed.) (Trotta, Madrid, 2007), 216.

Ahora bien, esa eficacia directa o normativa de la Constitución no se limita a la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (eficacia vertical), sino que asimismo, influye las relaciones entre particulares (eficacia horizontal).

C) EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Un elemento central en toda esta evolución constitucional se revela en la denominada “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, esto es, “la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor”¹⁶. Se trata de algo fundamental en la medida que “tradicionalmente se entendía que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales se aplicaban únicamente a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado; los derechos fundamentales habían aparecido históricamente como derechos de defensa frente a injerencias de los poderes públicos en la libertad de los particulares, y en consecuencia, no alcanzaban relaciones entre particulares”¹⁷.

Se trataba de una concepción unidireccional de los derechos fundamentales desarrollada al amparo de una filosofía de corte netamente liberal, en relación con la que se habían efectuado las conceptualizaciones de estos derechos.

La doctrina mayoritariamente sostendrá la recepción de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares¹⁸, lo que tiene su origen en las determinaciones normativas que indican en términos generales que la Constitución y el ordenamiento jurídico se aplican tanto a los ciudadanos cuanto a los poderes públicos.

Este consenso se verifica en la jurisprudencia internacional, tanto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han sostenido la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales.

La Corte Interamericana ha determinado que:

¹⁶ Peña, Carlos, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos* (Universidad Diego Portales, Santiago, 1996), 668.

¹⁷ Ferrer i Riba, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada* (Civitas, Madrid, 1997), 89.

¹⁸ Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales* (Tecnos, Madrid, 1998), 67; Ballarín Javier, “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEPC N° 24, (1988), 283 y sgtes.; Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, 205 y sgtes.

De la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *dritt-wirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares¹⁹.

La justificación de la recepción, entonces, de la eficacia horizontal entre los particulares se centrará, doctrinariamente, en relación con dos visiones, esto es, aquella que se enmarca en la propia naturaleza de los derechos fundamentales y aquella que determina la eficacia a partir del particular tipo de relaciones sociales -de poder- existentes entre los privados involucrados.

De esta manera, en el primer caso, la fundamentación de la eficacia horizontal estará determinada en el carácter objetivo de normas supremas de los derechos fundamentales. Se trata de derechos que por decisión constitucional exhiben la máxima jerarquía jurídica y por ende, su fuerza se impone al conjunto societario, independientemente de la situación de hecho en que se encuentran los particulares ínsitos en la relación.

De esta forma, se establece que estos derechos, en tanto, expresión de un orden básico de valores especificados en las disposiciones normativas de índole constitucional -justicia, libertad, igualdad- y que por tanto otorgan la dirección al ordenamiento jurídico, determinarán por ello “también la rama del Derecho Privado habrá de atenerse a dichos valores, que presentan una serie de exigencias objetivas para su logro”²⁰.

Así, “el posible alcance de una norma de derecho fundamental únicamente lo obtendremos, precisamente, a partir del análisis de la norma que lo pretende, no de su contexto”. Y considerando que se configurarán en un doble sentido, en tanto derechos subjetivos propiamente tales, como elementos objetivos y estructurales del ordenamiento jurídico “se irradian al conjunto de relaciones sociales, incluidas las que suceden entre particulares”²¹. Además, es menester considerar que es obligatorio aplicar los derechos fundamentales en este sentido horizontal, dada la existencia de relaciones sociales que reproducen, el poder que en forma originaria únicamente era ejecutado por el Estado en relación con los ciudadanos. Se afirma en consecuencia que “hay acuerdo en que la eficacia de que se trata debe ser distinta según la posición de poder que las partes de la relación que ocupen en la sociedad: la *Dritt-wirkung*

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC -18/03 de 17 de setiembre de 2003 párrafo 140.

²⁰ Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000), 200.

²¹ Mijanjos y González, Javier, *Los derechos fundamentales entre particulares* (Porrúa, México, 2007), 7.

es un reflejo de la idea misma de la Constitución como limitación del poder público, sólo que referida al abuso de poder privado o las situaciones en las que un particular goza de una posición de poder dominante en un ámbito determinado de relaciones²².

Entonces bien, cualquiera que sea el fundamento para la exigibilidad de los derechos fundamentales entre particulares no se verifican dudas vinculadas con su eficacia, ya que la centralidad de la consideración jurídica se ubica en forma en que los derechos se organizan en forma coherente en el interior de la vinculación entre privados.

Eficacia horizontal: directa o inmediata versus indirecta o mediata

Esta idea alemana, no verifica problemas de reconocimiento, sino de construcción en mérito a que “actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales rigen en las relaciones ciudadano/ciudadano y, en ese sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal. Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esta influencia²³”. Así se han desenvuelto dos versiones: eficacia directa o inmediata y eficacia mediata o indirecta.

La eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales conduce en forma directa las relaciones entre particulares, determinando su oponibilidad entre las partes sin que sea necesario una intermediación jurídica – sea legal o judicial – que facilite su desenvolvimiento. Implica “afirmar la virtualidad directa, sin mediaciones concretizadoras, de los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a violaciones procedentes de sujetos privados²⁴”.

En el caso de la eficacia mediata los derechos fundamentales sujetan sólo y directamente a las autoridades y poderes públicos, los cuales tendrán la obligación de dar aplicación a las relaciones entre particulares, mediatizados y traducidos en normatividad que los desenvuelvan o en interpretaciones de índole jurisdiccional que los señalen y determinen. En esta concepción –desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal alemán– los derechos fundamentales funcionan en tanto sistema objetivo de principios y valores que deben aplicarse por los organismos públicos, que intermedian entre esos derechos y los particulares. La mediación se efectúa por el legislador mediante el dictado de las leyes que los desenvuelven o por los jueces mediante fallos que interpretan la normativa legal vigente en consideración de derechos fundamentales, lo que indudablemente configura una interpretación con-

²² Ferrer i Riba, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, 99.

²³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007), 510.

²⁴ Bilbao Ubillos, Juan, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997), 238.

forme con la Constitución. Estos derechos obligan a los particulares “sólo indirectamente, como decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento y, en esa medida, vinculan al legislador y al juez: no son los actos de los sujetos privados, si no las normas de Derecho privado las que están directamente vinculadas a los derechos fundamentales”²⁵. De esta forma, los derechos “definen un sistema de valores incorporados a la Constitución, que, en cuanto dotado de un efecto irradiación, debe influir en la interpretación del ordenamiento en su conjunto y vincular a todos los poderes del Estado”²⁶.

El debate ha sido extensísimo²⁷. Por un lado, quienes se pronuncian a favor de la eficacia indirecta o mediata, destacan su mejor adecuación para con la autonomía de la voluntad, dado que no se aplican de golpe los derechos fundamentales al interior del derecho privado.

Por otro lado, los defensores de la eficacia directa sostienen que las relaciones entre privados se verifican regidas por los derechos fundamentales y ésta es la única forma de verdaderamente otorgar reconocimiento a la jerarquía superior de estos derechos, siendo que su vigor no puede quedar supeditado a la voluntad del legislador o del juez.

La tesis de la eficacia mediata es criticada por artificial, dado que se pretende atribuir las vulneraciones a los derechos fundamentales al legislador o al juez según corresponda, por un teórico error en la protección de estos derechos, ocultando de esa forma, que la vulneración tiene como agente inmediato a un sujeto particular.

No parece haber, aún, una tesis definitivamente consensuada. En la doctrina general aparentemente predomina la tesis de la eficacia inmediata y aún cuando nada es determinante, su alcance es cada vez mayor.

D) ACERCA DE LAS ANTINOMIAS NORMATIVAS

Una antinomia normativa, esto es, la colisión o contradicción entre normas jurídicas, se verifica cuando en un mismo sistema jurídico “se imputan consecuencias incompatibles a

²⁵ Venegas, María, *Derechos fundamentales y derecho privado* (Marcial Pons, Madrid, 2004), 115.

²⁶ Valdés Dal-Ré, Fernando, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, *Informe Congreso Mundial de Derechos del Trabajo*, Montevideo, 2003, 72.

²⁷ Bilbao Ubillos, Juan, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, 302 y sgtes., Mijanjos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, 11 y sgtes., Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Legis, Bogotá, 2005), 99-107, Estrada, Alexei, “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en AAVV *Teoría del neoconstitucionalismo* (Trota, Madrid, 2007), 133-135.

las mismas condiciones fácticas...”²⁸, es decir, cuando un mismo presupuesto de hecho tiene orientaciones que no son compatibles y por tanto no pueden lograrse en forma simultánea²⁹.

Prieto Sanchís, ha indicado que el problema se suscita porque los destinatarios de las normas jurídicas incompatibles están imposibilitados de dar cumplimiento al mismo tiempo a las correspondientes determinaciones, ya que no es viable. De esta forma, en caso de cumplirse la obligación establecida por una norma, se vulneraría la prohibición indicada en la norma contrapuesta; o, si se procediera al ejercicio de un derecho consagrado en otra disposición normativa, se incurriría en un ilícito tipificado por la norma que le es antinómica.

Existen diferentes clasificaciones en relación con las antinomias normativas siendo pertinente tener en cuenta aquéllas consideradas en abstracto y aquellas en concreto³⁰:

Antinomias en abstracto, internas, o propias del discurso de validez, son aquéllas que se verifican en relación con las normas cuyos presupuestos de hecho son conceptualmente contrapuestos, generando así una imposibilidad de compatibilidad en caso de verificarse concurrencia. Esta colisión es la que se sucede por ejemplo frente a la existencia de una norma que prohíba las penas crueles y otra que autorice la tortura en comunidades que tradicionalmente acostumbra a ese tipo de “justicia”.

En estos conflictos de tipo antinómico, en abstracto puede determinarse en forma anticipada que una de las leyes contradictorias, o bien será inválida, o constituirá una regla general que debe ceder siempre cuando se concretan circunstancias excepcionales.

Esta antinomia se verifica frecuentemente en las normas jurídicas cuya categorización es de reglas, ya que la configuración cerrada y completa de los supuestos de hecho que las componen, permite anticipar los casos de confrontación.

Antinomias en concreto, denominadas también como externas, o propias del discurso de aplicación, son las que no sugieren en su consideración abstracta incompatibilidad de tipo alguno, por lo que tampoco facilitan el conocimiento previo de los presupuestos de aplicación. Esto imposibilita detectar reglas seguras para solucionar la antinomia. Ambas normas son válidas y, en principio en la consideración del ordenamiento jurídico coherentes, pero eventualmente pueden verificar conflictividad “(...) ni es posible determinar exhaustivamente los supuestos de colisión, ni tampoco establecer criterios firmes para otorgar el triunfo a una u otra”³¹.

²⁸ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Trotta, Madrid, 2003), 175.

²⁹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 175.

³⁰ Comanducci, Paolo, “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas, UAM, Madrid, 2005), 108 y sgtes.

³¹ Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho* (Trotta, Madrid, 2005), 144.

Únicamente cuando en una causa particular se verifique la concurrencia de ambas normas, recién ahí será posible advertir la existencia de contradicción y, por lo tanto, la imprescindible justificación razonable y proporcional, que no siempre será igual en todos los casos.

Estas antinomias, son propias de las normas jurídicas que pertenecen a la categoría de principios, en razón de la ausencia de presupuesto de hecho o de su configuración fragmentaria, y especialmente de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Imprescindible es que ésta sea resuelta a los efectos de mantener la imprescindible coherencia del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en mérito a que “el Derecho es un sistema dinámico resulta perfectamente posible que existan contradicciones normativas; pero como, al mismo tiempo, el Derecho es también un sistema estático, de modo que el contenido de sus normas no puede entrar en contradicción con otras superiores, y singularmente con la Constitución, resulta que la coherencia se convierte en un postulado esencial del sistema”³².

Las antinomias en abstracto o internas en general se resuelven por parte de los operadores jurídicos a través de los tradicionales criterios para solucionar las contradicciones normativas³³. Ahora bien, los criterios jerárquico y cronológico no tienen utilidad de tipo alguno cuando la colisión se verifica entre normas cuyo origen es un documento legislativo, dado que aquellas tendrán la misma jerarquía y temporalidad en el ordenamiento. Frente a esta situación el criterio de especialidad aparece como el de adecuada consideración si de los presupuestos de hecho normativos es posible inferir una relación de generalidad y excepcionalidad entre las disposiciones en choque.

Este tipo de antinomia normativa en abstracto que apela finalmente al criterio de especialidad, no necesariamente está ausente en la normativa constitucional relativa a los derechos fundamentales.

Las antinomias en concreto o externas, por su parte, no son solubles mediante la utilización de los criterios tradicionales. Este tipo de antinomias se verifica con particularidades frente a la concurrencia de principios³⁴, normas jurídicas cuya pertenencia inmediata es el texto de la Constitución, de donde se extraen, independientemente de la existencia de principios fuera de la misma.

³² Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, 132.

³³ Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional*, Tomo I 8Edino, Guayaquil, 1999), 183 y 184.

³⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, 110.

Existen también principios infra constitucionales mas hay que considerar que “detrás de cada precepto legal siempre (o casi siempre) es posible encontrar un principio o norma constitucional que lo respalda, y también otro que lo contradice”³⁵.

Admitido que sea que en general son los principios constitucionales los que determinan este tipo de antinomias, ni el criterio jerárquico ni el cronológico son de utilidad para solucionar el conflicto normativo concreto. Tampoco aparece como eficaz el criterio de especialidad, ya que los principios estrictamente no poseen condición de aplicación e incluso teniéndola, su configuración es tan fragmentada que no es factible la determinación de una regla de excepción con permanencia que se concilie en una relación de especialidad.

En caso que los principios –en tanto enunciados deónticos carentes de condición de aplicación- no describen cuándo y cómo han de ser aplicados, no es posible establecer entre ellos una relación causal de generalidad a especialidad. La pregunta es de qué manera se puede determinar cuál de los principios es general y correlativamente cuál es especial. Para responder esta interrogante Guastini determina que esto se hará “reformulando en sede interpretativa uno de los principios y, precisamente, introduciendo en ellos una cláusula de excepción o exclusión”, lo que por otra parte, constituye según Prieto Sanchís, la ponderación misma³⁶.

Esto sucede con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Sin embargo, de acuerdo con la teoría jurídica contemporánea, los principios constitucionales pueden ser de tipo directriz, por lo que funcionan como mandatos de optimización, realizándose o concretándose teniendo en consideración las posibilidades fácticas y jurídicas existentes³⁷. La nota característica es que la estructura normativa de las directrices presenta una configuración abierta tanto de la condición de aplicación como de la consecuencia jurídica, no existiendo por tanto ninguna orientación para decidir por debajo de qué umbral de satisfacción hemos de considerar vulnerados dichos mandatos constitucionales³⁸. De esta forma, la concurrencia antinómica de principios constitucionales no encuentra respuestas en los criterios clásicos ya que el resultado esperado no admite que se elabore una regla de excepcionalidad constante ni una declaración de invalidez de uno de los principios en conflicto. Por lo tanto, es imprescindible utilizar a un criterio metodológico diferente: la ponderación.

³⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, 145.

³⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 180.

³⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 86.

³⁸ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 183.

E) COLISIÓN O COMPLEMENTARIEDAD

“Son bien pocos los derechos considerados fundamentales que no se encuentran en concurrencia con otros derechos considerados también como fundamentales y que no impongan, por tanto, en ciertas situaciones y respecto a particulares categorías de destinatarios, una elección (...)”³⁹.

A partir de esta manifestación de Bobbio es posible avanzar en la consideración de la existencia o inexistencia de conflictividad entre derechos fundamentales.

La primera determinación a realizar refiere a la consideración de qué es lo que sucede, siendo la referencia a conflictos, colisiones, choques de derechos o por el contrario, a la complementariedad que entre diferentes derechos existe.

Cada derecho o libertad, posee límites propios que habilitan la diferenciación de otros derechos o libertades por lo que en principio estos conflictos aparecen como inexistentes en la medida que se verifique una adecuada delimitación de los derechos, mediante el sentido común, su descripción correcta por parte del legislador.

Aún cuando esto sucediere la eficacia horizontal de los derechos fundamentales conjuntamente con la opción existente de “atacar” directamente aquellas acciones de las personas que impliquen infracciones a derechos fundamentales. A partir de lo anterior, en caso que éstas sean contra derechos o libertades constitucionalmente consagrados, esta afirmación implicará aceptar colisiones de derechos fundamentales.

Pero, es importante considerar la opinión de quienes han planteado su escepticismo en relación con esta posible colisión de derechos fundamentales. En esa línea, el Profesor Luis Cea Egaña ha señalado “planteamos aquí la tesis según la cual debe buscarse la conciliación entre derechos asumiendo como regla general que la colisión entre ellos es sólo aparente y resoluble”⁴⁰.

Por su parte, el Profesor Pablo Ruiz-Tagle establece que “esa anulación o privación de eficacia es precisamente el efecto que se produce con las concepciones que se basan en la intuición y/o que establecen órdenes rígidos o jerarquías que suponen de aplicación total o absoluta para la resolución de todos los conflictos de derechos”⁴¹.

³⁹ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos* (Editorial Sistema, Madrid, 1991), 45.

⁴⁰ Cea Egaña, Luis, *El sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica* (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1999), 171-175.

⁴¹ Ruiz-Tagle, Pablo, “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, en *Revista de Derechos Público*, 63 (Santiago de Chile, 2001), 179 y sgtes.

No hay acuerdo en relación con la forma de expresar esta posible colisión de derechos sin perjuicio que los diferentes autores aparentemente comparten un mismo criterio en la sustancia.

De esta forma, es posible señalar que – como ha indicado Peces Barba, incluso sin efectuar una referencia directa al conflicto sino refiriéndose a la eventualidad de un choque entre libertad de expresión y derecho a la intimidad o al honor, señalando “conflictos entre derechos que situamos con el límite del derecho ajeno” – se verifica colisión de derechos “cuando el ejercicio de un derecho fundamental lesione, o ponga en peligro de lesión, el derecho de un tercero”⁴².

Amplificando la noción de conflicto se incluye en su interior no solamente al enfrentamiento entre derechos fundamentales de dos o más titulares sino también entre el derecho fundamental de un titular y un principio constitucional.

La idea que se ubica por detrás de estos razonamientos remite a la consideración que indica que la colisión de derechos fundamentales se produce cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por una persona titular del derecho es incompatible con el efecto jurídico que es perseguido por otra persona a partir de su alegación de protección iusfundamental.

Normativamente, estaría implicando un conflicto entre dos o más normas de derecho fundamental que son aplicables a un determinado caso y que conducen a resultados diferentes que además son recíprocamente excluyentes. Esto es así, en mérito a que en la colisión las posiciones de los titulares de los derechos fundamentales se verifican enfrentadas de forma tal que el resultado que se pudiere adjudicar a uno de ellos necesariamente implica la negación de la protección que defiende el otro.

Ahora bien, en relación con las posibles colisiones entre derechos fundamentales se verifica la existencia de dos posturas que por otra parte, son antitéticas.

I) TEORÍA NEGATORIA

La teoría que niega la posibilidad – al menos desde un punto de vista conceptual – de la colisión de derechos fundamentales, parte de la consideración que indica que cada derecho fundamental verifica en sí mismo un límite que se ubica en los derechos de las demás personas, motivo por el cual su propio contenido y ámbito de protección por definición está delimitado por los derechos de los demás. De esta forma, si se produjere una colisión ésta

⁴² Peces Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales* (Universidad Carlos III, Madrid, 1999), 594.

solamente existiría desde un punto de vista conceptual cuando el titular de un derecho fundamental pretende el amparo de un derecho excediendo los límites que le son inherentes. Ignacio de Otto y Pardo sostiene,

(...) en realidad, el problema de los límites de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de colisión entre derechos o entre derechos y bienes aceptando que éstos estén definidos en términos tales que choquen entre sí, sino como un problema de interpretación de las normas en las que se trata de delimitar las fronteras de los derechos de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura derechos fundamentales⁴³.

El modelo teórico de negación de la colisión implica desde un punto de vista práctico una metodología para quien debe enfrentarse a demandas de tutela recíprocamente excluyentes. Así, Martínez Pujalte determina que la referencia a conflictos de derechos no es propiamente tal sino que debe entenderse como

“(...) pretensiones contrapuestas de los sujetos que invocan sus derechos proponiendo que el proceder adecuado” para resolver el aparente conflicto no consiste pues en la determinación del derecho prevalente sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos para así poder concluir cuál entra realmente en juego y cuál no, quien se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quien se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho⁴⁴.

II) TEORÍA DE LA ACEPTACIÓN

La tesis que acepta la eventual existencia de colisiones de derechos avanza a partir de la consideración de la producción de una contradicción entre la protección que se otorga a los derechos fundamentales de dos o más personas titulares de los mismos de tal manera que uno deberá prevalecer mientras que el otro tendrá que ser desplazado.

Así es que lo importante en esta teoría será la determinación de un criterio que facilite la determinación de la prevalencia que pudiere corresponder en consecuencia de unos derechos por sobre los otros derechos. En este sentido es que se verifica la existencia de varias alternativas, las que refieren a la consideración de un orden de prelación o jerarquía con posible determinación en sentido abstracto entre los diferentes derechos, la posibilidad de la

⁴³ De Otto y Pardo, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Lorenzo Martín Retortillo e Ignacio de Otto y Pardo, *Derechos Fundamentales y Constitución* (Civitas, Madrid, 1988), 135.

⁴⁴ Martínez Pujalte, Antonio, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997), 135.

ponderación de los derechos en el caso concreto, la idea de la armonización o del equilibrio adecuado.

Estas opciones revisten diferentes críticas que fundamentalmente refieren por un lado a que no existen criterios objetivos que establezcan la determinación de una jerarquía entre derechos fundamentales, o que habiliten a establecer una justificación para la ponderación en un determinado caso, o los mecanismos utilizables para lograr un máximo de protección para cada derecho colisionado. Asimismo, en términos generales no hay en los diferentes ordenamientos jurídicos constitucionales mecanismos que permitan una justificación adecuada que habilite una fundamentación positiva. Y esto es muy importante, ya que cualquiera sea la forma elegida para la solución del conflicto, ésta debe dar cumplimiento a una función de carácter dogmático y constituirse con elementos del propio ordenamiento constitucional.

2.

ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS

A) DISPOSICIONES NORMATIVAS Y NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL

La referencia a enunciado normativo debe entenderse efectuada a “una secuencia finita de palabras que expresan una o varias normas jurídicas y que, en el ámbito de los derechos fundamentales, suele adoptar la forma de un mandato, un permiso o una prohibición”⁴⁵.

La pretensión es la identificación del enunciado normativo con un precepto de una cierta norma jurídica, con la que se pretende aludir a la proposición de deber ser que es el resultado de los enunciados normativos, sin perjuicio que podrían no necesitar un soporte normativo.

Los derechos fundamentales, - desde el punto de vista de la consideración de su estructura -, son normas o conjuntos de normas que se pueden deducir de los enunciados normativos que pueden estar contenidos en preceptos de rango constitucional. De esta forma es que se hace referencia a derechos fundamentales simples o complejos.

En el primer caso, debe considerarse por tales, a aquellos derechos cuyo contenido subjetivo se verifica concretado en facultades jurídicas que permiten a su titular la exigencia

⁴⁵ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, (Editorial Ariel, Barcelona, 2007), 1.

de la observancia de los deberes de abstención o de acción recaídos sobre los poderes públicos o los particulares.

En el segundo caso, la característica fundamental es la inclusión de una pluralidad de técnicas de garantía.

Es necesario tener en cuenta los enunciados normativos que reconocen los derechos involucrados, fundamentalmente, será necesario avanzar en una interpretación de forma tal que se aclare tanto el sentido de las expresiones lingüísticas como aquél de la regla concreta que regula el caso específico y cuya investigación, requerirá la consideración de todos sus elementos.

Esta indagación del contenido de la norma puede ser compleja cuando los enunciados normativos son aquéllos propios de los derechos fundamentales, ya que generalmente se verifica una formulación abstracta y abierta, que al decir de Ignacio de Otto, se origina, o bien en la mención genérica de una conducta que en la realidad ha de verificarse siempre como algo concreto, susceptible de una multiplicidad de formulaciones, o bien, de la prescindencia de la pluralidad de facultades con que puede alcanzarse la finalidad a que sirve el derecho en tanto instrumento.

Se ha establecido que los enunciados normativos de las normas de derechos fundamentales son abstractos en tanto no incluyen referencias al modo, tiempo y lugar de ejercicio del derecho, y es calificado como abierto ya que, de principio, cualquier conducta que encaje en el enunciado normativo estará protegida por el derecho fundamental. Estos atributos convierten al derecho fundamental en una garantía de opciones, cuya concreción se verifica garantizada a menos que exista una expresa habilitación constitucional para su privación.

B) DERECHOS FUNDAMENTALES COMO NORMAS DE PRINCIPIO

Ronald Dworkin primero y Robert Alexy luego, han desarrollado dogmática y ampliamente la diferenciación entre principios y reglas.

De esta forma y siguiendo a Alexy, se afirma que un elemento determinante de la diferenciación entre reglas y principios viene dado por el hecho que éstos son normas que mandan que algo sea efectuado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Esta es la razón por la que se afirma que los principios son mandatos de optimización, cuya característica central se encuentra en el hecho de que pueden ser cumplimentados en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no depende únicamente de las posibilidades de hecho sino también de aquellas de derecho. En cambio,

las reglas implican normatividad que sólo podrá ser, o no, cumplida, de forma tal que su validez determina su exigibilidad completa.

Los derechos fundamentales en general han sido enunciados de manera genérica, sin perjuicio que las constituciones han querido otorgarles una protección jurídica preferente en determinados ámbitos sustantivos. De esta forma, el Tribunal Constitucional Español en un caso vinculado con libertad de expresión, por ejemplo, ha indicado que “no cabe duda de que cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles “especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones, que es claro que en otro contexto habrían de operar”⁴⁶.

Por tanto en las constituciones – múltiples - que han acogido un modelo mixto de principios y reglas, en términos generales, sus normas de derechos fundamentales responden al modelo de las normas de principio en la medida que se presentan mayoritariamente como enunciados que no especifican las reglas jurídicas concretas que se corresponden con las conductas protegidas y sus instrumentos de protección. Puede afirmarse que lo que efectúan mayormente es la ordenación a los poderes públicos y, particularmente, al legislador para que otorgue protección específica a la libertad determinada en la mayor medida posible, estableciendo reglas concretas que precisen la forma, el espacio y el tiempo del régimen jurídico que el derecho fundamental ha determinado para la conducta del sujeto, de los poderes públicos y de otros sujetos involucrados.

La configuración de las normas de derechos fundamentales en tanto “normas de principio” se visualiza especialmente al momento de verificarse una situación de conflicto entre diversas acciones con pretensión de amparo en un derecho fundamental. Es en estas situaciones, en las que la garantía del principio de proporcionalidad desdobra toda su eficacia, el carácter del derecho fundamental en tanto norma de principio, ya que la solución a esta conflictividad difícilmente se verifique de forma directa en el enunciado jurídico, sino que será ubicado a partir del proceso de concreción del objeto, contenido y límites del derecho en las específicas circunstancias del caso. Esto es así en mérito a la necesidad de remitirse al principio de proporcionalidad, dada su condición de técnica mediante la cual se concretiza el mandato de optimización que es parte en todo derecho fundamental.

⁴⁶ Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N°157/1996, de 15 de octubre de 1996 FJ 5 y Sentencia STC N°136/1999, de 20 de julio de 1999, FJ 15.

C) DIMENSIONES SUBJETIVA Y OBJETIVA DE LAS NORMAS QUE GARANTIZAN DERECHOS FUNDAMENTALES

En cada uno de los derechos fundamentales es factible la diferenciación entre una dimensión de carácter objetivo y una dimensión de carácter subjetivo.

El mandato de optimización tiene incidencia directa en el contenido y el objeto de los derechos fundamentales particularmente en relación con el contenido objetivo del derecho fundamental en la medida que el mandato impone, por una parte que todo poder público tiene el deber positivo de proteger los derechos fundamentales que puedan involucrarse en un determinado caso y por otra parte, determina la obligación de abstención en el desarrollo de actos que pudieren resultar contrarios al deber positivo señalado.

Por lo tanto, el resultado de este mandato, estaría implicando que los poderes públicos se instituirían como garantes de los derechos fundamentales en la medida que en el ejercicio de sus potestades se verifiquen implicados derechos fundamentales.

En relación con el objeto del derecho, el mandato de optimización implica que en mérito a la indefinición jurídica del comportamiento constitucionalmente lícito, en principio todas las facultades de actuación que pudieren corresponder dentro del ámbito de realidad determinado en forma abstracta en el precepto que contiene el derecho fundamental, son acreedoras de protección y, por lo mismo, queda imposibilitada la participación del poder público en ese ámbito.

Los derechos fundamentales son componentes estructurales centrales, ya que implican la expresión jurídica de un sistema de valores que tiene por finalidad informar a todo el entramado de la institucionalidad jurídica y política.

La condición de fundamentales que se atribuye entonces a ciertos derechos no deviene únicamente de su inmanencia al ser humano, sino también de la trascendencia que el sistema constitucional otorga a las personas y su funcionamiento en el entramado jurídico - institucional.

Entonces bien, la libertad y la igualdad, centrales en lo que hace a la dignidad de la persona y ésta devenida en uno de los fundamentos del ordenamiento político institucional, genera un importante reconocimiento a la doble dimensión individual y colectiva que ésta reviste.

La dimensión individual implica que la persona se considera en tanto sujeto de derechos, y la dimensión colectiva, que la dignidad se hace patente en relación con todos los individuos.

Con la centralidad adquirida por la dignidad de la persona y por tanto, por la libertad e igualdad de todas las personas, los derechos fundamentales se ubican en el centro de toda la normatividad, siendo que se despliegan todos sus efectos tanto frente a los particulares cuanto a los poderes públicos.

Del significado y finalidad de los derechos fundamentales en el marco del ordenamiento constitucional es posible extraer la importancia de la garantía de su vigencia plena que no es factible de ser limitada a la eventualidad del ejercicio de pretensiones por las personas, sino que debe también asumirse por el Estado.

De la obligación de someterse que todos los poderes tienen a la Constitución no se deduce solo la obligación negativa del Estado de evitar la lesión en la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino la obligación positiva de contribución a su efectividad, junto con los valores que representan, aún frente a la inexistencia de pretensiones de carácter subjetivo por parte de las personas.

3.

LIMITACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

A) LIMITAR UN DERECHO FUNDAMENTAL

El Tribunal Constitucional Español ha señalado:

Como ya ha declarado en anteriores ocasiones este Tribunal, es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las personas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social”. Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos⁴⁷.

⁴⁷ Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 159/1986, de 12 de diciembre de 1986, FJ 6.

Otto y Pardo ha establecido que “en el sentido propio del término (un límite a un derecho fundamental), es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección (del derecho fundamental) en virtud de una expresa habilitación constitucional”⁴⁸. De esta manera, es necesario indicar que la limitación de un derecho fundamental, cualquiera que fuere su naturaleza, implica sin excepciones la negación de la garantía iusfundamental a una conducta que podría ser encuadrada en la finalidad de este derecho.

Ahora bien, los elementos que caracterizan desde un punto de vista técnico a un límite de derecho fundamental, son tres: el carácter externo, la proyección que revista sobre el objeto del derecho fundamental y la necesidad de que la Constitución autorice al poder público la limitación de derechos fundamentales.

Un tema de singular importancia está determinado por quién puede crear o imponer límites a los derechos fundamentales.

Tratándose de límites de carácter interno⁴⁹, de principio no hay reglas determinadas vinculadas con su concreción ya que éstos poseen eficacia directa. Esto genera la paradoja de habilitar que quienes están dotados de la posibilidad de interpretar y aplicar la normativa podrían llegar a delimitar los derechos fundamentales mediante la concreción de sus límites internos.

Diferente es la situación con los límites de carácter propio⁵⁰ en la medida que éstos sí implican un límite – ya no una delimitación – al derecho fundamental que implica una previa y expresa habilitación constitucional que permite al poder público la creación de una disposición normativa de estas características.

Un límite a un derecho fundamental implica una suerte de habilitación al poder público para disponer del derecho. La limitación a un derecho fundamental determina que una norma infraconstitucional pueda disponer de la vigencia de la norma iusfundamental ya que podrá decidir si reduce el ámbito normativo de este derecho fundamental, lo que únicamente podrá suceder cuando en forma expresa la Constitución así lo autorice, en mérito a que por esta autorización se permite a un poder público la decisión de en qué casos se aplica una disposición normativa constitucional que tiene por finalidad el amparo de ciertas expectativas frente a la imposición unilateral de deberes jurídicos por los órganos del Estado.

⁴⁸ De Otto y Pardo, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art.53.1 de la Constitución”, en *Derechos fundamentales y Constitución* (Retortillo/Otto, Civitas, Madrid, 1988), 35.

⁴⁹ Límite interno: criterio de delimitación del objeto del derecho fundamental en cuestión.

⁵⁰ Límite externo: aquél creado por el poder público habilitado a tal fin por la Constitución.

Precisamente por esto y a los efectos que esta autorización no implique que el derecho fundamental pierda su condición de tal al resultar disponible, estas autorizaciones guardan relación con un canon constitucional. Este deriva de la indisponibilidad de los derechos que determina la exigencia a toda disposición normativa que especifique limitaciones a los derechos fundamentales y, a todo acto de concreción y aplicación de ese límite el cumplimiento de ciertas características que no son unívocas sino que varían en un caso u otro.

Múltiples y variadas son las exigencias que las Constituciones imponen a la creación de límites. Éstos fundamentalmente refieren a la obligación de que estén contenidas en una disposición normativa de rango legal que a su vez deberá establecer en forma precisa, cierta, expresa y previsible la limitación de que se trate y además no podrá generarse la restricción del derecho fundamental de forma tal que pueda violentar su contenido esencial.

Adicionalmente, la disposición normativa con carácter de disposición normativa de restricción de derechos fundamentales deberá respetar las exigencias relativas a su contenido con la finalidad de evitar que ésta incurra en arbitrariedad o lesione el principio de seguridad jurídica del que deriva la necesidad de que la fijación del límite se haga de forma expresa y cierta.

Los actos aplicativos siempre requieren de una expresa y precisa habilitación legal y, además, debe tratarse de un acto con una motivación especial y sometido al principio de proporcionalidad. Al decir del Tribunal Constitucional Español, “cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica prevista por la ley y que el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos que la legitiman”⁵¹.

El acto de restricción del derecho debe señalar - en primer lugar -, la fundamentación, es decir, su habilitación legal deberá ser previa y el bien constitucional que pretende amparar dentro únicamente, de los señalados por la ley habilitante.

En segundo lugar, las motivaciones por las que se considera que el comportamiento individual o colectivo corresponde a quienes se les aplica la restricción legal del derecho fundamental.

En tercer lugar, debe exteriorizarse el juicio de proporcionalidad con el que los magistrados y en caso de corresponder, la administración pública realizan, de ser ese el caso, el debido juicio de optimización de la libertad impuesto por el derecho fundamental en su condición de norma de principio.

⁵¹ Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 177/1998, de 10 de octubre de 1998, FJ 3.

B) DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LÍMITES INTERNOS

De acuerdo con lo señalado, es factible afirmar que existen derechos fundamentales que no son limitables dado que la Constitución no ha previsto límites externos, por lo tanto, no es posible que un poder público les pueda determinar límites.

Pero, en la medida que ningún derecho es ilimitado, porque de alguna forma, todos son pasibles a límites inmanentes cuyo origen está en su coexistencia con otras normas constitucionales, es interesante tener presente algunos señalamientos que indicaban que no hay derechos fundamentales. En este sentido, es interesante la consideración que hiciera el Tribunal Constitucional Español, al señalar:

En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos⁵².

Los derechos fundamentales se encuentran contenidos en disposiciones normativas constitucionales que en mérito al principio de unidad constitucional, comparte su existencia con otras de idéntico rango, motivo por el cual es necesario efectuar ajustes al contenido de ellos de manera tal que ninguna se verifique ni preferida ni soslayada por otra. De aquí que se señalara que tanto la igualdad de rango jurídico cuanto el principio de unidad son determinantes de la imposibilidad de contradicción entre estas normas, lo que a su vez trae como consecuencia que el ámbito de aplicación de un derecho fundamental de manera alguna puede extenderse al punto de impedir la aplicación de otras normas de igual rango también de aplicación al caso concreto. De ahí se derivan sus primeros y principales límites.

C) LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN SENTIDO PROPIO: LOS LÍMITES EXTERNOS

Esta limitación en sentido propio tiene un carácter externo, contingente y constitutivo. La característica central y definitoria remite a que son restricciones para cuya determinación la Constitución habilita a un Poder público, generalmente el legislador. De ahí que

⁵² Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 2/1982, de 29 de enero de 1982, FJ 5.

sean límites externos, ya que no devienen de la coexistencia entre derechos fundamentales ni son determinados en forma expresa por la propia Constitución. Esta otorga esa potestad a un poder constituido.

Los límites externos son contingentes, y, por otra parte, su creación es constitutiva. Sin embargo, es menester considerar que el Poder público constituye el límite de por sí, no sólo se limita a su concreción. La proyección del límite externo sobre el objeto del derecho fundamental es asimismo una cuestión importante; la potencialidad de fijación del límite no concretada, determina que éste no exista por lo que la expectativa de conducta eventualmente afectada por ese límite goza de la protección del derecho fundamental. Por otra parte esto debe asociarse con el principio de reserva de ley, en la medida que en general estas posibilidades de fijación de límites externos por el constituyente se pueden realizar únicamente dentro de determinadas pautas que la propia norma constitucional establece, ya que es precisamente ésta la que establecerá un criterio de carácter objetivo para el control de la constitucionalidad de la creación de esta limitación.

Dado que los límites externos son contingentes y constitutivos, el control de su constitucionalidad verifica una intensidad y alcance diversos a aquél para el control de la constitucionalidad de los límites internos.

Parecería que el legislador tiene mayores posibilidades frente a la fijación de límites de carácter externo que cuando delimita el derecho fundamental efectuando una concreción de sus límites internos. Esto se debe a que cuando interpreta la disposición de derecho fundamental para determinar sus límites internos concreta la norma fundamental sin tener la chance de avanzar más que hasta donde la propia norma lo establece. Es decir que el legislador en esta efectivización de los límites internos está directamente en vínculo con las determinaciones de tipo abstracto del derecho en cuestión, ya que la Constitución no le permite determinar lo que no ha sido indicado por ella misma.

Sin embargo, cuando el legislador crea límites externos, está utilizando la autorización que la propia Constitución le ha otorgado para restringir sin parámetros preestablecidos. Es decir que la propia habilitación le está atribuyendo al legislador la posibilidad de decidir sobre algo que no está propiamente en la Constitución. Ésta pretende que sea precisamente el legislador el que decida qué bienes o intereses jurídicos estarán presentes en la restricción del derecho fundamental. Esto es sin perjuicio que el legislador seguirá en vínculo con la determinación abstracta que el derecho fundamental otorga a su enunciado constitucional, en mérito al contenido esencial que es invulnerable. De esta manera se comprende que los

límites externos están asimismo limitados por el contenido esencial del derecho ya que éste implica el núcleo de indisponibilidad de todo derecho fundamental.

Estas limitaciones así indicadas de manera alguna significan que el legislador pueda fundamentar ese límite externo en la genérica garantía de un “interés público” o “general”⁵³. Al momento de la creación de un límite externo, se deberá exigir una no contrariedad con la definición constitucional de tipo abstracto del derecho fundamental y no una compatibilidad y conformidad con la norma iusfundamental.

El legislador tiene libertad para la fijación de límites externos a un derecho fundamental únicamente donde la Constitución en forma expresa lo habilita.

No cabe la posibilidad de fijación de límites implícitos a los derechos fundamentales donde no se verifique la existencia de una cláusula constitucional que expresamente habilite al legislador la determinación de restricciones a los derechos fundamentales, sea que tenga una cláusula de alcance general o que afecte solamente a un derecho fundamental específico

D) LÍMITE DE LOS LÍMITES: CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Loewestein establece:

Entre todos los límites impuestos al poder del Estado se considera que el más eficaz es el reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual en los que el Leviatán no puede penetrar. ... Estas esferas privadas, dentro de las cuales los destinatarios del poder están libres de la intervención estatal, coinciden con lo que se ha venido a llamar desde hace trescientos años los derechos del hombre o libertades fundamentales.

[Y avanza más], estas garantías fundamentales son el núcleo inviolable del sistema político de la democracia constitucional, rigiendo como principios superiores del orden jurídico positivo. En su totalidad, estas libertades fundamentales encarna la dignidad del hombre⁵⁴.

Los límites deben tener, a su vez, límites. Esto es, debe existir un núcleo de indisponibilidad para el legislador. Por tanto, aparece la búsqueda de un imprescindible equilibrio entre el derecho fundamental y sus límites. Éste es factible de ser alcanzado a través de la utilización de diversas técnicas: la del denominado “contenido esencial” de los derechos fundamentales, la del principio de proporcionalidad, la de la ponderación. “El contenido esencial de los derechos fundamentales es el reducto último que compone la sustancia del

⁵³ Tribunal Constitucional del Reino de España. Sentencia STC N° 37/1989, de 2 de marzo de 1989, FJ 7.

⁵⁴ Loewestein, Karl, *Teoría de la Constitución* (Ariel Derecho, Barcelona, 1976), 391.

derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la Norma Fundamental se refiere”⁵⁵.

De esta forma, el Tribunal Constitucional Español ha indicado que para la especificación del contenido esencial es posible avanzar en dos sentidos diferentes que deberían utilizarse en forma conjunta en tanto se verifican complementarios.

Así, un primer camino estará representado por la relaciones entre el lenguaje y las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas. A partir de esta determinación, podrá entonces entenderse por contenido esencial “el tipo abstracto del derecho preexistente conceptualmente al momento legislativo y en ese sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”. Por lo tanto, constituye contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro.

El segundo camino remite a la noción de intereses jurídicamente protegidos. De esta forma, el contenido esencial de los derechos y libertades, es aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que el interés jurídicamente protegible exista, necesaria para dar vida al derecho para que resulte real, concreta y efectivamente protegido. Esto implica, que el contenido esencial es aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo.

La noción de contenido esencial no es inmutable sino un concepto eminentemente histórico, sujeto a las transformaciones sociales que se vayan produciendo. Y es que ésta parece ser la única vía posible a fin de evitar un anquilosamiento o petrificación de nuestro ordenamiento jurídico⁵⁶. Con la consideración del contenido esencial, se busca asegurar la vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales de manera tal que éste únicamente fije límites en los estrictos términos que establece la Constitución. Si la limitación determinada al derecho fundamental genera afectación en su contenido esencial, lo que está efectuando no es una limitación sino una supresión o privación a su titular. De esta forma y tal y como lo estableciera el Tribunal Constitucional Español ya desde 1981, el contenido esencial implica un límite a los límites de los derechos fundamentales y proponía caminos alternativos para aproximarse a esta idea.

⁵⁵ Álvarez Conde, Enrique, *El régimen político español* (Editorial TECNOS, Segunda Edición, Madrid, 1985), 227 y sgtes.

⁵⁶ Álvarez Conde, Enrique, *El régimen político español*, 227 y sgtes..

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse⁵⁷.

Sin embargo, con el avance de los estudios en la materia el propio Tribunal ha efectuado una modificación en su jurisprudencia que es de destaque. Ha considerado que el contenido esencial de los derechos fundamentales está dado por su titularidad, objeto, contenido y límites en la forma abstracta determinada por la norma iusfundamental. Por lo tanto, no habrá un contenido esencial o necesario, y uno no esencial disponible por el legislador, sino que habrá un contenido cuya definición abstracta ha sido dada por la Constitución y un contenido que será concretado por el legislador que tiene una obligación de respeto por el contenido constitucional abstracto del derecho. Esta concreción por parte del legislador es reconocible en su contenido constitucional siendo acorde con el propósito garantista subyacente.

La sentencia STC N° 292/2000⁵⁸, reiterando la doctrina de la sentencia STC N° 11/1981⁵⁹, estableció que: “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. Y añade⁶⁰: “De otro lado, ha de señalarse, asimismo, que (...) dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (STC 11/1981, F.J. 15; 142/1993, de 22 de abril, F.J. 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, F.J. 7)”.

Esta modificación en la justicia constitucional trae por consecuencia que el respeto al contenido esencial deviene en una cláusula de garantía de la indisponibilidad del derecho fundamental y de su disponibilidad por su titular aplicable a toda concreción que el legislador haga de él. Así, el legislador deberá estar sujeto al contenido esencial al momento de la aplicación a las diferentes relaciones jurídicas con los particulares y las de éstos entre sí, así como frente a la fijación de sus límites.

⁵⁷ Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 11/1981, de 8 de abril de 1981, FJ 8.

⁵⁸ Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, FJ 10.

⁵⁹ Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 11/1981, de 8 de abril de 1981, FJ 8.

⁶⁰ Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, FJ 15.

La ya citada STC N° 292/2000, identifica al contenido esencial con la definición abstracta que del derecho hace la Constitución. Es decir que para el Tribunal el contenido esencial del derecho fundamental es el que le otorga la Constitución en una interpretación contextual de su enunciado. De esta forma, el contenido esencial de un derecho remite a su titularidad, es decir quien lo goza, a su objeto, esto es, las expectativas de conducta que se resguardan en la garantía *iusfundamental*, a su contenido en sentido técnico, esto es el conjunto de facultades y poderes jurídicos que son necesarios para que el objeto del derecho fundamental pueda efectivizarse por el titular, y, los límites internos y aquellos externos que la Constitución prevea.

El Tribunal Constitucional de la República de Chile, se ha manifestado para sostener que

(...) la esencia del derecho debemos conceptualarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todo y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia cuando se la prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide “el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranaban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica⁶¹.

El Tribunal Constitucional de la República de Colombia, señala que la propia Constitución consagra el núcleo esencial de los derechos, ya que en el mismo sentido de lo que expresa Häberle, indica que,

(...) se denomina contenido esencial, al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. ... Según la teoría del núcleo esencial de los derechos, éstos pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano ellos pueden ser moldeados, pero no pueden ser objeto de desnaturalización, así como cuando para el ejercicio de un derecho se establezcan requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mismo y que no desconocen su ámbito esencial, no pueda aducirse que se está violando de pleno tal derecho⁶².

⁶¹ Tribunal Constitucional de la República de Chile, Sentencia N° 43/1987, de 24 de febrero de 1987, Considerandos 20 y 21.

⁶² Tribunal Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-033/1993, de 8 de febrero de 1993.

En definitiva, el contenido esencial de un derecho fundamental será el resultado de su delimitación. Ese contenido es el que debe ser respetado por el legislador tanto cuando regula el ejercicio del derecho fundamental como cuando lo desenvuelve.

No es dable olvidar que los límites a un derecho fundamental, forman parte de su contenido esencial, lo que implica que éstos únicamente son los que expresamente están previstos por la Constitución o derivan de la coexistencia del derecho con otras disposiciones normativas que poseen el mismo rango constitucional. Si la pretensión del legislador fuera la determinación de límites no previstos en la Constitución se estaría vulnerando el contenido esencial del derecho fundamental. Es en este sentido en que el contenido esencial opera como un límite a los límites.

De interesante consideración es también la jurisprudencia y doctrina alemanas vinculadas con la interpretación del art. 19.2 Ley Federal de Bonn vinculadas con qué debe considerarse el contenido esencial como límite a los límites de los derechos fundamentales. La determinación normativa alemana refiere a la regulación del ejercicio de los derechos y no a la determinación de sus límites, tal el caso español, y tiene su fundamento en que los enunciados normativos de varios de los derechos fundamentales contenidos en la norma verifican la existencia de reservas de limitación. Éstas permiten al legislador la fijación de los límites de un derecho fundamental con un importante margen de libertad. Así el citado artículo 19 establece:

1. En tanto en esta LFB un derecho fundamental pueda ser limitado por una ley o con el fundamento de una ley, esa ley debe valer como general y no para un caso concreto. Además, la ley debe nombrar el derecho fundamental con indicación de su precepto". 2. En ningún caso, puede ser menoscabado un derecho fundamental en su contenido esencial". Doctrinariamente se ha indicado en consecuencia que esta cláusula no debe ser declarativa; parece obvio que toda norma constitucional tiene un contenido esencial que es indisponible al legislador en mérito a su posición de máxima jerarquía. A partir de esta afirmación se desarrollaron las teorías relativa y absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales.

La teoría relativa establece que la limitación a los límites está dada por la razonabilidad de la restricción impuesta al derecho fundamental. Es decir que la limitación debe ser razonable, y se prohíbe todo límite arbitrario. La consecuencia inmediata de esta teoría es que el contenido esencial del derecho fundamental será el resultado de la consideración razonable y justificada del límite impuesto. Si se verifica la razonabilidad no habrá invasión en el contenido esencial del derecho.

La teoría absoluta señala que el contenido esencial de un derecho fundamental es efectivamente aquél indisponible al poder limitativo de la ley. El derecho fundamental tiene que ser delimitado conceptualmente en forma previa para identificar este contenido esencial, y determinar cuál no es su contenido esencial, y de esta forma establecer cuál es el ámbito de actuación del legislador para la imposición de límites dentro de la razonabilidad.

En función de lo indicado se considera oportuno, referir en consecuencia a los señalamientos que al respecto efectúa el Prof. Risso Ferrand quien determina la siguiente compartida ordenación:

En primer lugar, los derechos preexistentes, los definidos previamente al ordenamiento jurídico, los que hacen reconocibles a cada categoría, no pueden ser limitados por ningún acto jurídico, sea éste legal o administrativo. Ni siquiera podría limitarse o privarse de estos derechos mediante una reforma constitucional, ya que el artículo 331⁶³ no puede autorizar a modificar al que es anterior a la propia Constitución y que la Carta sólo reconoce como existente.

Una ley que limitara de cualquier forma un derecho preexistente sería inconstitucional por afectar un derecho subjetivo de los individuos frente al Estado legislador; el legislador carece de competencias para la limitación, aun cuando pudiera invocar razones de interés general o nociones similares, que resultarían irrelevantes para limitar un derecho de este tipo.

Pero al mismo tiempo, y en tanto estos derechos preexistentes formulados con el grado máximo de abstracción y generalidad se asocian con la noción de contenido esencial de los derechos humanos, se aprecia que, además de no poder ser limitados, se transforman: i) en límites claros para la restricción por ley de otros derechos humanos sí limitables, en la medida que las restricciones que se dispongan a éstos (cumpliendo con la garantía formal de ser establecidas por ley formal – y garantías materiales – estar fundadas en razones de interés general u otros conceptos que maneja nuestra Constitución) no podrán nunca tener una entidad tal que impliquen la desnaturalización del contenido esencial (lo que transformaría en inconstitucionales por implicar una limitación indirecta de los preexistentes); y ii) el contenido esencial será una guía básica para el legislador y el administrador en cuanto al punto de partida mínimo de los derechos humanos que deben ser protegidos en un proceso expansivo de protección y reconocimiento.

⁶³ La referencia es a la Constitución de la República Oriental del Uruguay.

4.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad remite a “la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa”⁶⁴. Implica que toda determinación de autoridad que pudiera restringir un derecho fundamental únicamente será factible si es indispensable para el alcance de un objetivo constitucionalmente lícito, de acuerdo con las prohibiciones en el ejercicio del poder que son inherentes al Estado Constitucional de Derecho. Se indica que sirve como criterio de determinación de la legitimidad de la intervención legislativa. Así es posible señalar que este principio cumplirá con una función de tipo argumentativo en la interpretación de los principios fundamentales que pudieren afectarse en una determinada situación, para fijar el significado específico de las previsiones constitucionales a que son tributarios.

De esta forma los tradicionales criterios de interpretación jurídica no son suficientes para determinar las limitaciones a los principios constitucionales en caso de colisiones, en la medida que no han sido formulados para la estructuración abstracta y genérica de las disposiciones normativas constitucionales. Estos criterios sí son de recibo y aplicación para el esclarecimiento de algunos temas centrales de inicio como el significado de las disposiciones fundamentales pero no facilitan la determinación precisa de los límites de los principios constitucionales al momento de plantearse un conflicto con características particulares.

Así es que para la determinación de los límites de la relación entre bienes jurídicos es central la aplicación del principio de proporcionalidad, en mérito a que la precisión de conceptos, ideas y situaciones que puede aportar a los casos concretos, es un procedimiento adecuado para establecer la legitimidad de una medida legislativa que debe promover un bien público. “Con la proporcionalidad es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que son bastante aceptables, lo que justifica totalmente el método”⁶⁵.

La aplicación del principio de proporcionalidad es importante a los efectos de dejar de lado el criterio conflictivista de los principios constitucionales. Éste los considera como “opuestos”, y obliga a la imposición de uno de ellos sobre el otro al igual que lo hace con los bienes que tutela. Por el contrario, el principio de proporcionalidad pretende una armonía entre la contraposición.

⁶⁴ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004), 31.

⁶⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, (UNAM, México, 2005), 150.

El supuesto conflicto no es verificable entre los derechos abstractamente considerados sino entre las pretensiones de sus titulares en los casos concretos. Por tanto, la solución vendría a determinarse por la incidencia casuística de determinados criterios y elementos circunstanciales. No es factible, que un bien o derecho exija lesión de otro bien o derecho, sino que debe “conjugar su finalidad con la perspectiva aportada por la visión coexistencial; los principios constitucionales –como paradigmáticos derechos a la intimidad y a la libertad de expresión– sencillamente no son enemigos naturales”⁶⁶.

El Tribunal Constitucional Federal alemán se ha pronunciado respecto de este principio en múltiples oportunidades. Así, ha señalado:

(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad la ley que restrinja un derecho fundamental debe ser adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad deseada. Una ley es adecuada, cuando con su ayuda se puede lograr el resultado deseado; es necesaria, cuando el legislador no hubiera podido elegir otro medio, igualmente efectivo, que no restrinja o limite en menor grado el derecho fundamental. Para juzgar la idoneidad y necesidad del medio elegido para alcanzar los objetivos deseados, así como para llevar a cabo en este contexto la evaluación y pronóstico de los peligros que amenazan a los individuos o al interés general, se le ha atribuido al legislador un espacio de decisión, el cual sólo puede ser examinado por el Tribunal Constitucional Federal en forma limitada, dependiendo de la clase de asunto que esté en discusión y el bien jurídico que esté en juego, de modo tal que éste pueda dictar una sentencia suficientemente segura⁶⁷.

5.

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

“La razonabilidad implica que para que una medida sea constitucional es preciso un cierto contenido de justicia. El sentido común y el sentimiento racional de justicia de los individuos permiten apreciar lo que es razonable y lo que es arbitrario, lo que es conforme o no a la justicia, lo que tiene razón suficiente...”⁶⁸. En principio podría considerarse que razonabilidad y proporcionalidad son determinaciones similares cuya finalidad es parecida en la medida que su pretensión es evitar la arbitrariedad. Sin embargo, estricta y formalmente no son lo mismo.

⁶⁶ Castillo Córdova, Luis, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? Cuestiones Constitucionales2”, en *Revista mexicana de Derecho Constitucional* 12 (enero-junio 2005) UNAM, 128.

⁶⁷ Schware, Jürge, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, (Fundación Konrad Adenauer, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003), 48 y sgtes.

⁶⁸ Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional*, Tomo II (Editora Impresos Amigo del Hogar, Santo Domingo, 2012), 2da. Edición, 87.

Sin embargo, es posible afirmar la existencia de una relación de género a especie entre estos principios. Y esto es así, dado que la idea de razonabilidad implica la proporcionalidad, deviniendo ésta en una consecuencia o incluso una manifestación de aquella, por medio de la que es posible la determinación de si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin.

De acuerdo con Arancibia⁶⁹, en el juicio de proporcionalidad se pretende la determinación del límite constitucionalmente admisible de una intervención estatal en términos de compatibilidad con el respeto a los derechos. Implica la eliminación de la arbitrariedad, y de esta forma, el juicio de proporcionalidad supone el de razonabilidad.

Sapag⁷⁰ ha indicado que el origen del principio de razonabilidad puede ubicarse en el derecho anglosajón, vinculándose directamente con el denominado *due process of Law*, cuyas raíces pueden encontrarse en documentos tales como la Carta Magna de 1215. El origen conceptual, remite a la idea que para que los actos de los poderes públicos verifiquen validez, deben observarse ciertas reglas y procedimientos. Desde sus orígenes el debido proceso ha sido entendido como un principio de carácter procesal; sin embargo, también ha producido una mutación a partir de la interpretación que comenzara a realizarse por parte de la jurisprudencia norteamericana desde finales del siglo XIX.

La V Enmienda de la Constitución de Estados Unidos – ya en 1791 – incluye en forma expresa el principio del *due process*, indicando que “nadie estará obligado.... a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido procedimiento jurídico...”.

En 1868, con la inclusión de la Enmienda XIV, se ratifica la idea del debido proceso, ampliando su ámbito de aplicación “ningún Estado podrá dictar o poner en vigor ley alguna que menoscabe los derechos e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; y ningún Estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad, o la hacienda, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negar a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes”.

Es entre los años 1886 y 1905, y fundamentalmente a partir de las cláusulas sobre *due process*, que la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica desarrolló una doctrina acerca de la razonabilidad de los actos regulatorios del Estado, estableciendo:

⁶⁹ Arancibia, Jaime, “The intensity of judicial review in the commercial context: deference and proportionality”, en *Effective judicial review. A cornerstone of good governance*, Forsyth, Christopher; Elliot, Mark; Jhaveri, Swati; Ramsden, Michael, and Scully-Hill, Anne (Editores) (Oxford University Press, 2010), 287-289.

⁷⁰ Sapag, Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, en *Dikaion* 17 (2008), 163 y 164.

1. La potestad regulatoria de un servicio público no es ilimitada. Más precisamente, mediante ella no se puede encubrir una confiscación, a menos que exista una justa compensación o un debido proceso.

2. Al ejercerse la potestad regulatoria del Estado, las normas que sean consecuencia de ellas deben guardar relación sustancial con los objetivos de la regulación.

3. Al ejercerse la potestad regulatoria del Estado, las normas que sean consecuencia de ellas no pueden invadir de manera evidente los derechos y libertades.

4. Las limitaciones y regulaciones deben ser “prudentes”.

5. Las leyes regulatorias se presumen inconstitucionales, y el Estado debe probar que existe una relación razonable entre la regulación y el fin perseguido por ésta.

A partir de 1937, la jurisprudencia inicia un camino de distinción en el control de constitucionalidad de la actividad regulatoria del Estado, en mérito al cual, el control se efectúa o analizando que la medida adoptada es razonable desde el punto de vista del debido procedimiento, o a partir del principio de igualdad.

Considerando la redacción de la Enmienda XIV, la Corte analiza el control de una ley regulatoria aplicando el debido proceso sustantivo cuando la regulación remite a un derecho o libertad que afectará en igualdad de condiciones. Más si ésta genera diferencias entre grupos de personas, la Corte desarrolla el control teniendo en consideración la protección de la igualdad. Lo que se pretende es la comprobación de la existencia o no de una relación razonable entre la regulación legal y el fin con ella perseguido.

A partir de lo señalado, la Corte desarrolló una serie de test a los efectos de otorgar mayor objetividad al control de constitucionalidad cuya base es la Enmienda XIV. Los denominados *scrutiny* son tres: strict scrutiny, intermediate scrutiny el rational basis review.

• **Strict scrutiny**

Se trata del test más exigente. Este test parte de la presunción de inconstitucionalidad de la regulación de un derecho o libertad que tiene una consideración de preferencia. Se consideran tales, aquellos “derechos que no sólo exigen la más alta protección estatal, sino que también resisten la más mínima de las intromisiones de regulación”, tal es el caso de la libertad de información, el derecho a la privacidad, entre otros. El Estado tiene la carga probatoria de la finalidad de la regulación es la promoción de un interés estatal fundamental (compelling state interest) y que es adecuado a su obtención (narrowly tailored).

• **Intermediate scrutiny**

Este test verifica aplicación a las regulaciones de los derechos considerados importantes. Controla regulaciones estatales al ejercicio de derechos a los efectos de intereses estatales

legítimos. Así, la Corte tiene una presunción de inconstitucionalidad de la regulación, y el Estado tiene la carga probatoria de la regulación en el sentido de determinar el objetivo gubernamental importante, siendo imprescindible la existencia de una adecuación entre los medios y los fines.

No es imprescindible que la norma haya sido desarrollada a la medida, sin embargo, el tribunal podrá efectuar un juicio de necesidad sobre los medios utilizados considerando otras medidas con menor nivel de discriminación.

La diferencia entre *strict scrutiny* e *intermediate scrutiny* es meramente de grado. Podría aplicarse uno u otro dependiendo del carácter de la medida y el derecho regulado. Ahora bien, siempre se trata de derechos constitucionales.

La diferencia entre uno y otro test, remite a que en el caso del escrutinio estricto, la aplicación en general se efectúa en el caso de “libertades preferidas”.

• **Rational basis review**

Este test es de aplicación en defecto del *strict scrutiny* y del *immediate scrutiny*. Implica como su nombre lo establece un control de relación razonable.

Contrariamente a los anteriores, la regulación reviste una presunción de constitucionalidad, debiendo existir una relación razonable entre ella y el objetivo perseguido. La medida considerada constitucional debe mantener una relación de razonabilidad o racionalidad con el fin perseguido, así como legitimidad y adecuación para con los medios. Este test es de aplicación preferente en relación con el debido proceso⁷¹. Cianciardo ha indicado que “el principio de razonabilidad, viene a dar respuesta en todos los casos a una preocupación común: la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa”⁷².

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado en tanto criterio jurisprudencial a los efectos de la determinación de si una medida limitativa de Derechos Fundamentales es constitucional, racional y proporcional, que el análisis debe efectuarse en torno a los criterios de: análisis de la finalidad buscada por la medida, análisis de los medios empleados y análisis de la relación existente entre el medio empleado y la finalidad perseguida. En este sentido, la Sentencia C 673/2001, de 28 de junio de 2001, señala: “El test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos:

⁷¹ Sapag, Mariano, “El principio de proporcionalidad ...”, 163-164.

⁷² Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 31 y 32.

1. El análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. El análisis de la relación entre el medio y el fin...”

Según lo indicado por el Prof. Risso Ferrand:

- A) Las leyes que limitan, restringen o simplemente reglamentan derechos humanos deben ser “razonables” por oposición a arbitrarias. Esto deriva de la propia noción de Estado de Derecho sin dificultad alguna y no se requiere de previsiones expresas de interdicción de la arbitrariedad como ocurre en la Constitución española. Las leyes no pueden responder a caprichos sino que deben tener una finalidad y ésta debe ser razonable, racional. Debe procurar los fines explícita o implícitamente definidos por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una ley arbitraria, caprichosa, que no responda a ningún propósito o cuyo fin sea contrario a las normas superiores o simplemente resulte manifiestamente injusta, no puede ser considerada ajustada a la Constitución y deberá ser declarada inconstitucional por violar o exceder el parámetro de la razonabilidad.
- B) Además, para quienes separen las nociones de razonabilidad y proporcionalidad, la ley, además de razonable, deberá cumplir con el principio de proporcionalidad. En cambio, quienes analicen ambos principios en forma conjunta, concluirán que una ley que no cumple con los parámetros de proporcionalidad no puede ser razonable o, a la inversa, que no puede cumplir con la máxima de proporcionalidad una ley no razonable.
- C) Sin perjuicio de la opción que se prefiera es evidente que, además de lo mencionado en el precedente literal “A”, la ley deberá ser evaluada en cuanto a su proporcionalidad en la restricción o afectación de uno o varios derechos, lo que implica el estudio de (a) su idoneidad para lograr el fin perseguido; (b) la necesidad de la restricción (sólo puede admitirse la limitación cuando no haya otro camino para cumplir con el fin o no haya una forma menos gravosa para el derecho intervenido); y (c) que cumpla con la ponderación en sentido estricto.
- D) En el marco de un Estado de Derecho respetuoso de los derechos humanos, no puede admitirse la regularidad jurídica de ningún acto que no cumpla con un juicio de razonabilidad y de proporcionalidad en los términos indicados. No hay lugar ni puede ser admitido en un Estado de Derecho el actuar

fuera o contra el Derecho y no puede admitirse el actuar irrazonable ni el desproporcionado⁷³.

6.

INTERPRETACIÓN NORMATIVA

Es imprescindible avanzar en la consideración de las pautas de interpretación que se establecen para las normas vinculadas con derechos humanos, las que puede indicarse verifican una precisión considerable. En este sentido, se incluyen en éstas tres principios centrales que son el principio pro hómine⁷⁴, el principio pro víctima⁷⁵ y el principio pro libertatis⁷⁶. Y a partir de esto, es posible afirmar la existencia de una serie de importantes basamentos a la hora de la interpretación de las diferentes disposiciones normativas en la materia, sin perjuicio que los principios señalados no obstan a la aplicación del sistema de derechos humanos y la correspondiente interpretación compete al jurista a los efectos de realizar una compatibilización acorde con la pretensión última de permitir la convivencia de los diferentes valores jurídicos en juego.

A) LA DIRECTRIZ DE PREFERENCIA DE NORMAS

Ésta implica que en caso de existir diferente normatividad será necesario optar por la que resulte más favorable al derecho, independientemente de la jerarquía a que responda.

Los principios considerados, sin embargo, no van a implicar modificaciones al sistema de derechos humanos y será el jurista quien debe realizar la interpretación compuesta por la correspondiente armonización, en la que se efectúe el imprescindible equilibrio de valores, a los efectos de obtener la obligatoria compatibilidad y facilitar la convivencia de los diferentes derechos entre sí, o con las necesidades del bien común.

La directriz de preferencia

Implica que frente a la existencia de distintas opciones de interpretación de una normatividad, será imprescindible optar por aquella que sea más protectora para la persona. En

⁷³ Riso Ferrand, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos* (Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008), 125.

⁷⁴ Principio pro persona.

⁷⁵ Principio de protección a la víctima.

⁷⁶ Principio de libertad.

este sentido es que se hace necesaria la consideración del principio *pro libertatis* por el que se considera que lo fundamental es la interpretación de la disposición normativa de forma tal que lo más beneficiado sea precisamente la libertad en cuestión. Asimismo debe considerarse el significado del principio *pro hómine*, en la medida que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que implicará, por un lado, una interpretación por extensión de los derechos humanos y por otro lado, que las limitaciones deberán ser interpretadas en forma estricta.

Todas las normas sobre derechos humanos contenidas en nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas convencionales que son internacionales y, a la vez, derecho interno, ya que se han incorporado tales derechos por mandato del constituyente originario a nuestro orden jurídico, constituyendo límites a la soberanía, vale decir, al poder constituyente instituido o derivado y a todos los órganos y autoridades estatales⁷⁷.

Los derechos humanos siempre tienen fuerza interpretativa expansiva, ya que como indica el Prof. Fernández Segado, el derecho siempre debe interpretarse del modo más amplio posible, partiendo además de la necesidad de interpretación más beneficiosa para maximizar el contenido del derecho. Por lo mismo, las excepciones deberán interpretarse en forma absolutamente estricta, siendo por tanto inválidas, aquellas interpretaciones que pudieren ser de índole analógica o a contrario sensu de una norma que establece precisamente una excepción a una disposición normativa de derechos humanos.

7.

LEY DE PONDERACIÓN

La mayoría de la doctrina, cuando se refiere a colisión entre derechos fundamentales en realidad remite a tensiones entre los principios jurídicos que insuflan a tales derechos. Este punto de partida permite superar la postura del juez como mero aplicador de reglas de derecho preconcebidas y obligatorias, abriendo paso a la de intérprete e integrador de un derecho incompleto, compuesto no solamente por normas. Es la tesis de Dworkin, para quien certeramente, al canjearse reglas por principios, se sustituye la disyuntiva de su aplicación obligatoria, por la de medida en que debe aplicarlos. En definitiva, y como en tantos

⁷⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática de los derechos esenciales*. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1094/16.pdf>, (verificado el día 23/05/2015).

otros planos de la labor judicial, se ingresa aquí a la labor creadora de derecho que también cumplen los jueces.

Hay autores que han acuñado la noción de contenido esencial como aquellos elementos que definen el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales (Pérez Luño), y que por fuerza de su cometido hacen que las restricciones o limitaciones, constitucionales y legales, de los derechos fundamentales, no adquieran medida excesiva, ya que si así ocurriese desnaturalizarían y vaciarían de contenido al derecho fundamental en juego (Alexy). Por tanto, atrás de esta noción se pone de relieve un núcleo inaccesible a las limitaciones a los derechos fundamentales (Rodríguez Calero), lo que de todas maneras no implica que – fuera de dicho núcleo – quepan limitaciones indiscriminadas (López Piña)⁷⁸. Para ello, será imprescindible efectuar una ponderación de derechos a los efectos de concluir sobre el punto. “Los derechos humanos requieren de la ponderación”⁷⁹.

La ponderación implica una forma de aplicación de los principios, que en pureza significan normas que tienen estructura de mandatos de optimización, lo que al decir de Alexy ordena “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁸⁰. La ponderación se efectúa siguiendo tres pasos: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación del otro”⁸¹.

En mérito a lo establecido esta ponderación será necesaria de ser efectuada frente a la existencia de colisión de principios, la que se produce cuando frente a un caso concreto serán relevantes dos disposiciones jurídicas que en principio serían incompatibles. Esta precisamente será utilizada para ubicar una solución a esta incompatibilidad.

La ponderación es racional tanto desde el punto de vista teórico, como desde el punto de vista práctico. La ponderación es racional desde el punto de vista teórico, porque se propone como una estructura determinada, clara y libre de contracción para la aplicación de los derechos fundamentales. Esta estructura resulta de la combinación de la ley de colisión

⁷⁸ Bauzá, Marcelo, “Criterios para armonizar la protección de datos personales y el acceso a la información pública”, en *Anuario de Derecho Informático* N° X (2010) Montevideo, 84.

⁷⁹ Alexy, Robert, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, pág. 15. Consultable en: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/Roberto-Alexy-Los-derechos-fundamentales-y-el-principio-de-proporcionalidad.pdf> (Verificado el día 23/05/2015).

⁸⁰ Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66 (2002), Madrid, 86 y 87.

⁸¹ Durán Martínez, Augusto, *Derecho a la protección de datos personales y acceso a la información pública* (Editorial Amalio Fernández, Montevideo, 2008), págs. 93 y 94, citando a Alexy, Robert en *Teoría de los Derechos Fundamentales* a Rissso Ferrand, Martín, en *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*.

sión⁸², la ley de ponderación, la fórmula del peso⁸³ y la carga de la argumentación a favor del Legislador que ella establece. La ponderación es también racional desde el punto de vista práctico, porque su estructura argumentativa satisface las exigencias de la racionalidad del discurso jurídico y como consecuencia permite fundamentar correctamente sus resultados normativos en el marco del sistema jurídico⁸⁴.

Es posible que los principios que colisionan se encuentren en situación de igual jerarquía considerando la fuente normativa que los contiene, sin embargo, uno de éstos podrá prevalecer en función de la consideración de la predominancia valorativa societaria en un momento dado. También es importante que la ponderación facilite un cierto margen de acción a quien debe efectuar la interpretación sobre todo en relación con la elección de la preponderancia frente a la afectación de los principios. Ahora bien, el subjetivismo estará presente, al igual que las valoraciones que efectúen los jueces y éstas a su vez, constituirán un elemento de sustancia para la fundamentación de las diferentes decisiones a adoptar. Si bien la ponderación implica racionalidad aplicativa, esto no significa que se evitará la subjetividad en la determinación que se asumirá por parte del juez.

Finalmente, es preciso enfatizar que la ponderación es un tipo racional de pensamiento bien conocido y utilizado en diversas áreas de la reflexión humana, que no conduce a una jurisprudencia ad hoc. Incluso los escépticos de la ponderación llevan a cabo una ponderación cuando afirman que la ponderación solo satisface levemente las condiciones de racionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales y que, por tanto, debe preferirse otros métodos más racionales. Un juicio como éste implica hacer una ponderación entre los métodos para la aplicación de los derechos fundamentales. La manera de eliminar la ponderación, consiste en reemplazar su nombre por uno distinto o camuflar su existencia en medio de otra estructura argumentativa⁸⁵.

Para citar este artículo: Laura Nahabetián Brunet, "Normas de derechos humanos: Colisión y complementariedad", *Revista de Derecho-UCU*, 13 (julio 2016), pp.65-110

⁸² Bernal Pulido, Carlos, "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?" *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2007) Alicante, 287.

⁸³ Bernal Pulido, Carlos, "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios...", 285.

⁸⁴ Bernal Pulido, Carlos, "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios...", 284.

⁸⁵ Bernal Pulido, Carlos, "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?", pág. 287.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en *AAVV Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.
- Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm 66, Madrid, 2002.
- Alexy, Robert, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Consultable en: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/Roberto-Alexy-Los-derechos-fundamentales-y-el-principio-de-proporcionalidad.pdf> (Verificado el día 23/05/2015).
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Álvarez Conde, Enrique, *El régimen político español*, Editorial TECNOS, Segunda Edición, Madrid, 1985.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2007.
- Ballarín Javier, “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEPC N° 24, Madrid, 1988.
- Bauzá, Marcelo, “Criterios para armonizar la protección de datos personales y el acceso a la información pública”, en *Anuario de Derecho Informático* N° X. Montevideo, 2010.
- Bernal Pulido, Carlos. “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? ”, *DOXA* N° 30, Alicante, 2007.
- Bilbao Ubillos, Juan, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
- Brown, Wendy, “Lo que se pierden con los derechos”, en *AAVV La crítica de los derechos*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003.
- Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.

- Castillo Córdova, Luis, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? Cuestiones Constitucionales”, en *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm 12, enero –junio 2005. México, 2005.
- Cea Egaña, Luis, *El sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1999.
- Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.
- Comanducci, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en *AAVV Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.
- Comanducci, Paolo, “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Primera Edición, Editorial Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Madrid, 2005.
- De Otto y Pardo, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Lorenzo Martín Retortillo e Ignacio de Otto y Pardo, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid.
- Durán Martínez, Augusto, *Derecho a la protección de datos personales y acceso a la información pública*, Editorial Amalio Fernández, Montevideo, 2008.
- Estrada, Alexei, “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en *AAVV Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.
- Fernández Farrerez, Germán, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título II de la LOCT*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- Ferrajoli, Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, en *Isonomía* N° 16, ITAM, México, 2002.
- Ferrer i Riba, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997.
- García Enterría, Eduardo, “La Constitución como norma jurídica”, en *AAVV La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1981.
- Gavara de Cara, Juan, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006.

- Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *AAVV Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel Derecho, Barcelona, 1976.
- López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho*, Legis, Bogotá, 2004.
- Martínez Pujalte, Antonio, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Mijanjos y González, Javier, *Los derechos fundamentales entre particulares*, Porrúa, México, 2007.
- Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales” en *Ius et Praxis* Volumen 11 N° 2, Talca, 2005.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática de los derechos esenciales*. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1094/16.pdf> (Verificación el día 23/05/2015).
- Peces Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- Peña, Carlos, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.
- Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998.
- Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Segunda Edición, Editora Impresos Amigo del Hogar, Santo Domingo, 2012.
- Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y garantismo”, en *AAVV Garantismo*, Estudios en homenaje a Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en *AAVV Teoría del neoconstitucionalismo*, Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Primera Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Primera Edición. Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Risso Ferrand, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Fundación de Cultura Universitaria, Primera Edición, Montevideo, 2008.
- Risso Ferrand, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos fundamentales*, Fundación de Cultura Universitaria, Segunda Edición, Montevideo, 2011.

- Rivero, Juan, “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, en *AAVV El trabajo y la Constitución*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente de Derecho”, en *AAVV Constitución española y fuentes del Derecho*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
- Ruiz-Tagle, Pablo, “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, Volumen 63, Santiago de Chile, 2001.
- Sapag, Mariano, “El principio de proporcionalidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en *Dikaion*, Año 22 Núm 17, Bogotá, 2008.
- Sastre, Santiago, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en *AAVV Neoconstitucionalismo*. Trotta. Madrid, 2003.
- Schware, Jürge, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Fundación Konrad Adenauer, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2003.
- Tribunal Constitucional de la República de Chile, Sentencia N° 43/1987, de 24 de febrero de 1987.
- Tribunal Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-033/1993, de 8 de febrero de 1993.
- Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 11/1981, de 8 de abril de 1981.
- Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 159/1986, de 12 de diciembre de 1986.
- Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 177/1998, de 10 de octubre de 1998.
- Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 2/1982, de 29 de enero de 1982.
- Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 292/2000, de 30 de noviembre de 2000.
- Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 53/1985, 11 de abril de 1985.
- Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N° 66/1995, de 8 de mayo de 1995.
- Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N°136/1999, de 20 de julio de 1999.

Tribunal Constitucional del Reino de España, Sentencia STC N°157/1996, de 15 de octubre de 1996.

Tribunal Constitucional del Reino de España. Sentencia STC N° 37/1989, de 2 de marzo de 1989.

Valdés Dal-Ré, Fernando, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, Informe Congreso Mundial de Derechos del Trabajo, Montevideo, 2003.

Venegas, María, *Derechos fundamentales y derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Sexta Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Edino, Guayaquil, 1999.

La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa

The exception of non-performance in public contracts regulation

Gonzalo Rivera

Universidad Católica del Uruguay- Uruguay
griveramo@gmail.com

RESUMEN: El presente artículo analiza la procedencia de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito del derecho administrativo, cuestión sobre la cual se evidencian posiciones disímiles tanto en la doctrina nacional como en la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Las sentencias más recientes del citado Tribunal rechazan la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, considerando que el incumplimiento de la Administración no legitima al co-contratante para incumplir sus obligaciones. En discordancia con la posición de la Corporación, estimamos que debe admitirse de regla la operatividad del instituto en el campo de la contratación administrativa, siempre que se verifiquen determinados requisitos. Ello por cuanto la falta de cumplimiento de la Administración opera como causa de justificación y en consecuencia enerva la ilegitimidad del incumplimiento del co-contratante. En consecuencia, resultará ilegítimo, por estar viciado en sus motivos, el acto administrativo de rescisión unilateral del contrato que se funde en un incumplimiento del contratista que esté justificado por la inejecución de la contraparte.

Recibido: 22/02/16. Revisado: 30/9/16. Aceptado: 18/10/16)

PALABRAS CLAVE: excepción de contrato no cumplido; contratación administrativa; incumplimiento; rescisión unilateral del contrato; prerrogativas de la administración; Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

ABSTRACT: This article discusses the merits of the exception of non-performance in the field of administrative law, issue on which both national doctrine and the “Tribunal de lo Contencioso Administrativo” (Court of Administrative Litigation Law) show dissimilar positions. The most recent judgments of that Court reject the application of the *exceptio non adimpleti contractus*, considering that the failure of the public agency does not authorize the contractor not complying with its obligations. In disagreement with the position of the Court, we estimate that it must be allowed, as a general rule, the operation of the institute in the field of public contracts, provided that certain conditions are observed. This because the breach of the public agency operates as a justification and consequently eliminates the illegality of the failure of the contractor. Consequently, the administrative act of unilateral termination of the contract, which is based on a breach of the contractor that is justified by the failure of the counterparty, it is unlawful for being flawed in their motives.

KEYWORDS: exception of non-performance; public contracts regulation; breach of contract; unilateral termination of the contract; privileges of the public agencies.

SUMARIO: I. Planteo inicial. II. Ejecución de los contratos administrativos. Aspectos generales. III. Potestad de rescisión unilateral del contrato en mérito al incumplimiento del co-contratante. 1. Doctrina. 2. Jurisprudencia. IV. Defensas que puede ejercer el co-contratante ante la rescisión unilateral dispuesta por la Administración. V. La excepción de contrato no cumplido. Nociones generales. VI. Procedencia de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa: ¿el incumplimiento de la Administración legitima el no cumplimiento del co-contratante? 1. Doctrina. 2. Jurisprudencia. VII. Fundamentos para la recepción del instituto de la *exceptio* en el campo de la contratación administrativa. VIII. Requisitos para la aplicación del instituto en la contratación administrativa. IX. Vías para la aplicación del instituto. X. Competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para juzgar los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido. XI. Conclusiones.

I. PLANTEO INICIAL

El objeto del presente trabajo consiste en analizar la posibilidad de aplicación, en el marco de la contratación administrativa, del instituto de la excepción de contrato no cumplido, a efectos de examinar si la inexecución por parte de la Administración de las obligaciones a su cargo legitima o no el incumplimiento del co-contratante. Dicho en otros términos, se trata de determinar si la *exceptio non adimpleti contractus* puede ser opuesta por el particular que contrata con la Administración, cuando ésta le exige el cumplimiento de su obligación o ejerce la potestad de rescisión unilateral del contrato en mérito al incumplimiento del co-contratante.

Se estudiará el asunto con especial énfasis en la doctrina nacional y en la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), poniendo el foco en la procedencia o improcedencia de la aplicación de la *exceptio* en el ámbito de la contratación pública, en la forma en qué debería aplicarse el instituto en este campo, así como en la debatida cuestión acerca de si el mencionado Tribunal, ante la impugnación por parte del co-contratante del acto administrativo de rescisión unilateral, puede juzgar o no el cumplimiento de la Administración de las obligaciones a su cargo.

II.

EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ASPECTOS GENERALES

A la hora de estudiar la ejecución de los contratos administrativos, no puede perderse de vista que los contratos que celebra la Administración, sin perjuicio de sus particularidades, son ante todo contratos, y por ende se le aplican las reglas de la teoría general del contrato.

Así lo destaca reiteradamente Delpiazzo al señalar que el contrato, como categoría jurídica, trasciende las distintas ramas del Derecho, constituyendo objeto propio de la teoría general. El contrato es un género, que se adjetiva o califica en diversas especies, una de las cuales es aquella en que participa una Administración —o más modernamente, un poder adjudicador—. Y bien, para el análisis de dicho contrato, deben considerarse primordialmente las reglas básicas aplicables a todo contrato, propias de la teoría general, y solo en un segundo orden las reglas específicas, propias de la contratación administrativa —o más modernamente, contratación pública—¹.

En tal sentido, indica el autor que el Código Civil, cuando regula los contratos, si bien lo hace pensando de modo particular en los contratos de derecho privado, contiene un conjunto de reglas que pueden considerarse aplicables a todo tipo de contrato, cualquiera sea su especie². En la misma línea, señala Durán Martínez que cuando se regulan aspectos esenciales de instituciones que son comunes al derecho público y privado, los mismos son aplicables en ambos derechos, sin necesidad siquiera de acudir a la analogía³.

De este modo, entre las reglas generales aplicables a todos los contratos, inclusive los administrativos, corresponde incluir, a modo de ejemplo, al principio de eficacia vinculante del contrato (recogido en el art. 1291 inc. 1° del Código Civil), a la regla de que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden quedar librados al arbitrio de uno de los contratantes (prevista en el art. 1253 C.C.), y al principio de buena fe en la ejecución del contrato (estatuida en el art. 1291 inc. 2° C.C.).

¹ Carlos Delpiazzo, “Los contratos como reglas de Derecho”, en *Fuentes del Derecho Administrativo. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, coords. Rodríguez Arana, Jaime y otros (Buenos Aires: RAP, 2010), 668 - 669.

Décadas atrás, en esta misma línea, había indicado Sayagués que la regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusiva del derecho privado, sino que es un principio general, y por lo tanto rige también en el derecho administrativo (Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 7ª Ed. (Montevideo: FCU, 1998), 474).

² Carlos E. Delpiazzo, *Contratación administrativa*, 2ª Ed. (Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004), 218.

³ Augusto Durán Martínez, “Ejecución de los contratos administrativos”, en *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General* (Montevideo: Augusto Duran Martínez, 2003), 274.

En la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede destacarse la Sentencia N° 417/1988, en la cual se señala, con respecto a un contrato de función pública, que resultan “perfectamente aplicables al caso, los principios generales de la contratación manejados en la esfera privada, tales como el de que el contrato ‘es ley de las partes’ y el de que los contratos no solo deben celebrarse, sino también cumplirse de buena fe. Tales principios, en el terreno de la Administración Pública, solo ceden ante un texto claro, expreso, y desde luego aplicable al caso”⁴.

Las consideraciones anteriores no implican ignorar la categoría del contrato administrativo, que tiene sus peculiaridades salientes, como ser que la Administración está situada en una posición de supraordenación, con un conjunto de potestades exorbitantes atribuidas por la legislación, y sujeta también a limitaciones que no tienen los particulares, en función del distinto fin que persiguen una y otra parte (fin público el Estado, fin privado los co-contratantes). Antes bien, estas circunstancias determinan que los contratos en los que participa la Administración tengan un régimen jurídico particular, con reglas propias pertenecientes al derecho público, las cuales se ponen especialmente de manifiesto en la etapa de ejecución⁵. Ahora bien, en aquellos aspectos en los cuales el contrato administrativo carece de una regulación propia, será posible —en general— llenar los vacíos mediante la analogía con la normativa de derecho privado⁶.

En conclusión, estimamos que la ejecución del contrato administrativo se rige primeramente por las reglas generales aplicables a todo contrato, luego por las reglas específicas propias de la contratación administrativa, así como por las reglas especiales aplicables a determinadas especies de contrato administrativo, y finalmente por las reglas particulares dadas en cada caso por el pliego de condiciones y por el propio contrato celebrado ente la Administración y el co-contratante.

⁴ En igual sentido: Sentencia TCA N° 964/1999.

⁵ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 472.

⁶ Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García (Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León, 2008), 745.



POTESTAD DE RESCISIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN MÉRITO AL INCUMPLIMIENTO DEL CO-CONTRATANTE

En el marco de la ejecución del contrato administrativo, cabe hacer referencia a la potestad de la Administración para rescindir unilateralmente el contrato en virtud del incumplimiento del particular.

1. DOCTRINA

A juicio de la doctrina publicista clásica, la potestad de rescisión unilateral de la Administración resultaba implícita⁷. En tal sentido, señalaba Sayagués:

La rescisión procede, aunque nada se hubiera establecido expresamente en el contrato, cuando el particular incurre en incumplimiento de cierta gravedad. (...) En general admítase que la administración puede declarar unilateralmente la rescisión del contrato, sin necesidad de acudir a la vía judicial, aunque nada se hubiere estipulado al respecto. Esta solución se justifica por el interés público de que la ejecución del servicio no se paralice, lo cual ocurriría fatalmente si la administración tuviera que aguardar el pronunciamiento de la justicia.⁸

Sin embargo, en los últimos tiempos, autores de la talla de Cajarville, Durán Martínez y Delpiazzo, han cuestionado la existencia de una potestad de principio de la Administración de extinguir unilateralmente el contrato cuando se produce un incumplimiento del co-contratante⁹. Esgrime al respecto Cajarville:

La afirmación de que la Administración, en la contratación administrativa o en cualquier otra materia, tiene poderes exorbitantes, será cierta en tanto no se la considere un postulado a priori del cual deducir poderes, sino en cuanto sea una comprobación inductiva, a posteriori; será verdadera en la medida en que se demuestre que hay normas que confieren potestades exorbitantes. Pero es equivocado partir como postulado de que la Administración tiene potestades exorbitantes, para

⁷ Entre los autores nacionales que sostenían la existencia de dicha potestad unilateral de rescisión, enumera Cajarville a los siguientes: Sayagués Laso, Brito, Latorre y Prat (Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Extinción de los contratos de la Administración”, en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García (Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León, 2008), 804).

⁸ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 480-481.

⁹ Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Extinción de los contratos de la Administración”, 812-814; Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, 756; Carlos E. DELPIAZZO, *Contratación administrativa*, 251-252.

deducir de esa afirmación apriorística la existencia de un poder de modificar o extinguir unilateralmente el contrato, que no pueda fundarse en ninguna “regla de derecho”. Entonces, si existe una norma que atribuye expresamente el poder de extinguir un contrato a la Administración, la cuestión se traslada al análisis de la legitimidad de esa norma. No siendo así, para que pueda admitirse su existencia como potestad implícita deberán cumplirse los requisitos que conforme a la “teoría de los poderes implícitos” permiten sostenerla.¹⁰

Señala luego el autor que existen diversos supuestos de extinción del contrato, algunos de los cuales constituyen “hipótesis de conflicto entre la Administración y su cocontratante”, como ocurre con el caso del “incumplimiento del co-contratante”. Respecto de estas hipótesis, sostiene el doctrino que la actividad consistente en el dictado de actos imperativos que tengan por objeto resolver conflictos intersubjetivos concretos de pretensiones fundadas en derecho, es la esencia de la función jurisdiccional, por lo que compete, de regla, al Poder Judicial. Esa competencia no puede descartarse mediante una ley, pues una norma legal que atribuyera función jurisdiccional a órganos ajenos al Poder Judicial, sin autorización constitucional expresa, resultaría inconstitucional¹¹. Asimismo, tampoco puede descartarse dicha competencia del Poder Judicial por medio de una estipulación contractual que pretenda conferir dicha potestad a la Administración, pues la competencia de los Poderes es de orden público y no puede alterarse mediante un contrato. Y a su vez, tampoco puede entenderse que exista un “poder implícito” de la Administración para extinguir el contrato en forma unilateral en estos casos de conflicto, pues no se verifica uno de los requisitos de la “teoría de los poderes implícitos” (el relativo a que el poder “no esté expresamente atribuido a otro órgano”, que en el caso lo está al Poder Judicial)¹².

En la misma línea apunta Durán Martínez al expresar que el Estado, una vez celebrado el contrato, no puede esgrimir una posición privilegiada. “Queda atado por la regla que él mismo ha contribuido a crear. De más está decir que si la rescisión se pretende por razones de legitimidad o de incumplimiento del co-contratante particular, como ésas son hipótesis de conflicto ello es resorte de la función jurisdiccional. Con mayor razón, en estos casos resulta inadmisibles una rescisión unilateral”¹³.

¹⁰ Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Extinción de los contratos de la Administración”, 808-809.

¹¹ Si bien cabe señalar que no ha sido ésta la posición de la Suprema Corte de Justicia, la que ha admitido la constitucionalidad de la atribución por ley a la Administración de la potestad de rescisión unilateral de los contratos por incumplimiento del co-contratante (Sentencia SCJ de fecha 4/9/1998, en LJU 13.654).

¹² Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Extinción de los contratos de la Administración”, 812-814; en igual sentido: Carlos E. Delpiazco, *Contratación administrativa*, 251-252.

¹³ Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, 756.

2. JURISPRUDENCIA

Ahora bien, la posición de la moderna doctrina no es acompañada por la jurisprudencia del TCA, la cual admite la existencia de una potestad implícita de receso unilateral de la Administración por incumplimiento del co-contratante. Así, por citar un caso, señala el Tribunal en la Sentencia N° 201/2001:

No puede dudarse de que la “potestad” de proceder por “voluntad unilateral” a la rescisión del contrato, está ínsita en el propio contrato y forma parte indiscutible de la naturaleza del mismo. Así no se duda, que la Administración como cocontratante, cuenta con tal privilegio (inexistente en el derecho privado) en función de la naturaleza PÚBLICA de la contratación. Tal potestad responde entonces, no sólo a las características propias del contrato administrativo, sino a su “finalidad” que no es otra que la satisfacción del interés común. Es muy claro que esa potestad (exorbitante del Derecho Privado, al decir de MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo T. III A, pág. 403 y sgtes.), está legítimamente justificada”. “Vale decir entonces que ese “fortalecimiento” de una de las dos voluntades contratantes, está sobradamente justificado por los intereses en juego, que en el caso es el interés PÚBLICO”.¹⁴

En consecuencia, puede concluirse que actualmente doctrina y jurisprudencia se hallan en posiciones divergentes respecto de la existencia de dicha potestad de rescisión unilateral.

IV.

DEFENSAS QUE PUEDE EJERCER EL CO-CONTRATANTE ANTE LA RESCISIÓN UNILATERAL DISPUESTA POR LA ADMINISTRACIÓN

Ante el dictado por la Administración de un acto administrativo de rescisión unilateral del contrato por incumplimiento del co-contratante, se le abre a éste, de acuerdo a la actual redacción del art. 312 de la Constitución, la opción de promover —previo agotamiento de la vía administrativa— la acción de nulidad contra dicho acto rescisorio (vía contencioso anulatoria, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo), o de entablar directamente

¹⁴ En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corporación en las Sentencias TCA N° 294/1989, 327/1998, 996/1999, 249/2001, 616/2004, 45/2006, 58/2006, 291/2006, 829/2006, 313/2007, 295/2009, 334/2012, 356/2012, 211/2013, 353/2013, 703/2014, 709/2014, 189/2015 y 764/2015, entre otras.

la acción de reparación de los daños y perjuicios causados por dicho acto (vía reparatoria, ante los Juzgados Letrados en lo Contencioso Administrativo) ¹⁵.

A su vez, si el co-contratante considera que ha cumplido con sus obligaciones y que el incumplidor es el Estado, cuenta con la opción general prevista en el art. 1431 del Código Civil, conforme con la cual puede solicitar ante la justicia ordinaria la ejecución forzada o la resolución del contrato, con más los daños y perjuicios generados por el incumplimiento. En el marco de estas acciones, según lo entiende parte de la doctrina administrativista, el juez podrá desaplicar (descartar) el acto administrativo de extinción unilateral —siempre que entienda que el mismo es ilegítimo—, y ordenar a la Administración el cumplimiento del contrato (en la acción de ejecución), o disponer la resolución del vínculo contractual por incumplimiento del Estado (en la acción de resolución) ¹⁶.

En el presente trabajo, nos centraremos en la primera de las opciones enumeradas, esto es, la promoción de la acción de nulidad ante el TCA, la cual requiere indispensablemente el previo agotamiento de la vía administrativa.

Respecto a la procesabilidad ante la jurisdicción del Tribunal del acto de extinción unilateral del contrato, el Colegiado ha mantenido una jurisprudencia firme en el sentido de que el acto administrativo en cuyo mérito la Administración, por sí y ante sí, dispone la rescisión de un contrato, al tratarse de un acto separable del contrato (art. 23 Decreto Ley 15.524), resulta procesable ante la Sede ¹⁷.

En relación a las bases en qué puede fundarse una acción de nulidad contra un acto rescisorio, cabe señalar primeramente que en la tesis de la moderna doctrina nacional, conforme con la cual la Administración carece de una potestad de principio para rescindir unilateralmente los contratos que ha celebrado fundándose en el incumplimiento del co-contratante, sería suficiente para el particular con alegar dicha causal de ilegitimidad ante el TCA, para que la Corporación acogiera la demanda y en consecuencia dispusiera la anulación del acto de extinción unilateral.

No obstante, dado que el Tribunal ha mantenido su postura respecto a la existencia de una potestad implícita de la Administración para proceder a la rescisión unilateral del

¹⁵ Para la jurisprudencia mayoritaria es requisito necesario, para la promoción de la acción reparatoria, agotar previamente la vía administrativa, solución que es rechazada casi por la unanimidad de la doctrina.

¹⁶ Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Extinción de los contratos de la Administración”, 816-817; Carlos E. Delpiazzo, *Contratación administrativa*, 252; Felipe Rotondo, “El incumplimiento de la Administración en la concesión de servicios públicos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la UDELAR, Tomo 22* (2003): 173.

¹⁷ Véase en jurisprudencia las Sentencias del TCA N° 327/1998, 249/2001, 70/2005, 45/2006, 829/2006, 313/2007, 334/2012, 356/2012, entre otras. En doctrina, véase: Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Extinción de los contratos de la Administración”, 808; Carlos E. Delpiazzo, *Contratación administrativa*, 232-233 y 238-239; Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 481.

contrato en mérito al incumplimiento del co-contratante, cabe analizar qué otras causales de ilegitimidad puede invocar el particular al promover la acción de nulidad contra el acto de rescisión.

Una posibilidad que debe analizarse, en los casos en los que existe en el contrato una cláusula de rescisión, es si la Administración cumplió con las exigencias previstas en dicha cláusula¹⁸. De igual modo, el acto de rescisión unilateral puede resultar ilegítimo por no haberse verificado los requisitos previstos en el Pliego para que opere la rescisión¹⁹. También puede alegarse por el co-contratante que la extinción unilateral es ilegítima por no haberse producido el incumplimiento en el que se funda la rescisión²⁰, o que ha operado una causa extraña no imputable que justifica el incumplimiento del contratista²¹.

Por último, se discute si el co-contratante puede plantear ante el TCA, como justificativo de su falta de cumplimiento, la previa inexecución de la Administración, esto es, si opera en este ámbito la excepción de contrato no cumplido, aspecto sobre el cual nos detendremos en los siguientes apartados.

V.

LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO. NOCIONES GENERALES

El instituto denominado “excepción de contrato no cumplido” consiste, al decir de Gamarra, “en un derecho potestativo de resistir la demanda de cumplimiento (con lo cual se paraliza transitoriamente el derecho del adversario) si éste no cumple o demuestra que está pronto para cumplir a su vez con su obligación: no cumplo si tu no cumples. Así configurada

¹⁸ En una sentencia del año 2013, el Tribunal anuló un acto de rescisión unilateral dictado por AFE, “ante la evidente infracción a la regla de derecho, concretizada en el incumplimiento de la cláusula rescisoria del contrato, firmado entre las partes (...), cuya violación inficiona irremediablemente de nulidad, lo actuado por la Administración” (Sentencia TCA N° 211/2013).

¹⁹ En este sentido se pronuncia el Tribunal en un fallo del año 2007, señalando que “corresponde la anulación del acto impugnado, en virtud de no haberse verificado en el caso, las hipótesis que habrían habilitado a la Administración el ejercicio de la facultad rescisoria, en mérito a la cual aquél fue dictado. (...) La posibilidad de rescindir el contrato estaba acotada para la demandada por las reglas establecidas en el Pliego de Condiciones, las cuales estipulan que esa facultad sólo podía ser ejercida si la adjudicataria incurría: a) en tres incumplimientos sucesivos; b) no debidamente justificados; c) o de suma gravedad” (Sentencia TCA N° 313/2007).

²⁰ Véase en tal sentido las Sentencias del TCA N° 356/2012 y 416/2015, que anulan actos de rescisión unilateral por considerar que no existieron incumplimientos del co-contratante.

²¹ Véase la Sentencia TCA N° 353/2013, que descarta las circunstancias configurativas de causa extraña que habían sido alegadas por la actora, por cuanto “en la especie, ninguno de los hechos invocados reviste la nota de irresistibilidad característica del caso fortuito o fuerza mayor”.

la *exceptio n. a. c.* es una causa de justificación del incumplimiento; legitima la resistencia a cumplir del demandado”²².

A pesar de que el Código Civil carece de una regulación general del instituto, éste ha sido unánimemente aceptado en el ámbito del derecho privado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia vernácula. “No podría ser de otra manera —dice Gamarra—, porque se funda en elementales y básicas razones jurídicas, y en principios generales, como el de la igualdad entre los contratantes. Es evidente que, en un contrato bilateral, donde ambas partes se encuentran parificadas, ninguna de ellas puede exigir el cumplimiento a la otra si, a su vez, no cumple u ofrece cumplir con lo debido”²³.

El instituto está íntimamente vinculado con la figura del sinalagma funcional. En ese sentido, apuntan De Cores-Gamarra-Venturini que “la excepción de contrato no cumplido constituye uno de los principales mecanismos que revelan la existencia del sinalagma funcional. (...) En efecto, dada una situación de anomalía en el cumplimiento de las prestaciones a que una de las partes estaba obligada, es claro que ello repercute en la otra parte del contrato, la que debe contar con mecanismos de defensa para suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta tanto reciba la prestación de su contraparte.”²⁴

Añaden los citados autores que la *exceptio* constituye una causa de justificación del no cumplimiento, desde que, en tal supuesto, la conducta de retener el propio cumplimiento es un acto permitido por el derecho, del mismo modo que las causas de justificación eliminan la ilicitud tanto en el derecho penal como en el derecho civil. Se caracteriza, entonces, por constituir un medio de defensa que puede ejercerse tanto en la esfera judicial como en la extrajudicial. En la primera, opera como excepción. En la segunda, actúa como “causa de legitimación del incumplimiento”, que podrá ser evaluada posteriormente, cuando deba resolverse sobre la juridicidad de la conducta de las partes²⁵.

En cuanto a su radio de aplicación, debe señalarse que el ámbito natural de la excepción de contrato no cumplido es la acción de cumplimiento (o ejecución forzada). Sin embargo, se ha admitido progresivamente la posibilidad de oponer la *exceptio* ante una demanda de resolución del contrato, o bien de exigir como presupuesto de la demanda resolutoria el cumplimiento por parte del pretensor de la obligación principal a su cargo, lo que tiene

²² Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 1ª reimpresión (Montevideo: FCU, 1987), 93.

²³ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 94.

²⁴ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 1ª Ed. (Montevideo: La Ley Uruguay, 2013), 533-534.

²⁵ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 534-535.

como consecuencia que en caso de que éste no haya cumplido, la pretensión resolutoria será desestimada²⁶.

Por último, en lo que atañe a los efectos de su aplicación, dado que la *exceptio* opera como causa de justificación del incumplimiento del excepcionante, se entiende que las obligaciones que gravan a éste dejan de ser exigible, se enervan las consecuencias de la mora, y por ende no se deben daños y perjuicios, intereses ni cláusula penal²⁷.

VI.

PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: ¿EL INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN LEGÍTIMA EL NO CUMPLIMIENTO DEL CO-CONTRATANTE?

Tomando en consideración los precedentes postulados, y situando el análisis en el ámbito de la contratación administrativa, resulta apropiado preguntarse si el co-contratante requerido por la Administración para ejecutar su prestación, puede oponer ante aquella la excepción de contrato no cumplido y en consecuencia no cumplir con su obligación hasta tanto el Estado no cumpla con la suya, o demuestre que está pronto para cumplir. En otras palabras, se trata de examinar si la falta de cumplimiento de la Administración puede justificar (legitimar) el no cumplimiento del co-contratante, y tornar por ende ilícita la rescisión unilateral dictada por aquella en mérito a un alegado incumplimiento del particular.

²⁶ Sobre el punto, sostenía Layerle que el previo cumplimiento del acreedor no es un presupuesto de la acción resolutoria sino un elemento contingente, que solo tiene relevancia cuando el deudor, al evacuar el traslado de la demanda, opone la excepción de contrato no cumplido (Carlos Layerle, *La condición resolutoria legal* (Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna, 1966), 289).

La jurisprudencia seguía en general este criterio, el cual varió a partir de una nota de jurisprudencia de Tomás Guerrero en el Tomo XVI del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, quien sostuvo que dado que la parte requerida está legitimada por el no cumplimiento de su contraparte, caduca el presupuesto de mérito para acoger la demanda de resolución. En opinión del autor, la llamada “excepción de contrato no cumplido” no se trata propiamente de una excepción, sino de un requisito o presupuesto de las acciones de ejecución forzada y de resolución por incumplimiento (Tomás Guerrero, “Excepción de contrato no cumplido y acción de resolución de contrato por incumplimiento: si la primera es una defensa eficaz ante la segunda”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XVI, Jurisprudencia comentada* (1986) 127-131).

Tanto los Tribunales de Apelaciones como la Suprema Corte de Justicia se afiliaron a partir de allí a dicho criterio (entre otras: Sentencia SCJ N° 93/1991, 189/2001 y 248/2009, Sentencia TAC 4° N° 21/1990, Sentencia TAC 5° N° 99/2009).

²⁷ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 106-107; Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 539.

1. DOCTRINA

Apuntan Delpiazzo y Ruocco que la doctrina clásica del derecho administrativo postuló como uno de los caracteres singularizantes de los contratos que celebran las entidades estatales, la desigualdad de intereses (públicos y privados) perseguidos por ambas partes. “Como concreta manifestación de tal desigualdad, se sostuvo la inviabilidad para el cocontratante de hacer uso de la excepción de contrato no cumplido”²⁸.

En esa línea, señalaba Escola que el contrato administrativo persigue un fin de interés público, lo que origina que en él se reconozcan principios y potestades exorbitantes del derecho privado, entre ellos el principio de continuidad de la ejecución, que se vería afectado por la posibilidad de aplicación de la *exceptio*, instituto que encuentra su razón de ser en principios y fundamentos que no se concilian con los que dan basamento al derecho administrativo, con los cuales se halla incluso en contradicción²⁹.

En nuestra doctrina contemporánea, sostiene Cajarville que la falta de cumplimiento de la Administración no justifica el incumplimiento de la contraparte, salvo el caso de imposibilidad del co-contratante de continuar con su prestación. El co-contratante tiene que seguir cumpliendo estrictamente con sus obligaciones, pese al incumplimiento de la Administración, hasta que el contrato se extinga por la vía que corresponda por falta de la Administración. La consecuencia de esta extinción será la indemnización integral para el co-contratante³⁰.

El autor argentino Ismael Mata, en un trabajo que recopila las opiniones de diversos especialistas sobre el tema, indica que según la posición de Jèze, Bielsa y Escola, la *exceptio* no se aplica en este ámbito cualquiera sea el incumplimiento en que haya incurrido la Administración; mientras que, para otros autores como Marienhoff, Mo, Cassagne, Berçaitz y Merteikian, aquella puede aplicarse en casos de grave incumplimiento por parte de la Administración³¹.

En esta última posición puede ubicarse en nuestra doctrina al Maestro Sayagués, quien señalaba que el deber del particular de cumplir estrictamente sus obligaciones tiene límites, entre los cuales aparece, “en cierta medida, el incumplimiento de la administración a

²⁸ Carlos E. Delpiazzo y Graciela Ruocco, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo I*, 1ª Ed. (Montevideo: La Ley Uruguay, 2013), 375.

²⁹ Héctor Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos, Volumen I* (Buenos Aires: Depalma, 1977), 437.

³⁰ Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Extinción de los contratos de la Administración”, 797 (cita en su apoyo las opiniones de Brito, Prat, Jèze, García de Entrerría y Fernández, Berçaitz, Escola y Marienhoff).

³¹ Ismael Mata, “Prerogativas de la Administración en la contratación pública”, en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García (Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León, 2008), 47.

sus propias obligaciones”, añadiendo en nota al pie que no comparte las opiniones extremas que admiten la aplicación íntegra de la regla o la rechazan totalmente, puesto que, a su juicio, “en ciertos casos la falta de la administración es susceptible de excusar el incumplimiento en que incurriere el contratante”³².

La misma tesis sustenta Rotondo, con referencia específica al contrato de concesión de servicio público, cuando sostiene:

El incumplimiento de la administración concedente no puede hacer exigible la ejecución del servicio por el concesionario, específicamente si aquél fuera grave, creara una relevante dificultad o prácticamente una imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, incidiera también gravemente, o se extendiera temporalmente sobre la ecuación económico-financiera. En esos supuestos cabe la suspensión de la ejecución por parte del cocontratante ya que no puede admitirse que cumpla a costa de cualquier sacrificio. De persistir, correspondería la extinción del contrato, por vía de acuerdo o mediante decisión jurisdiccional, con la reparación de los daños y perjuicios.³³

Continúa exponiendo Mata, en el citado trabajo, que otros autores argentinos como Mairal y Gordillo admiten en principio la procedencia de la *exceptio* en la contratación administrativa, pero niegan la posibilidad de su aplicación en los contratos de concesión o licencia de servicios públicos, fundándose en el principio de continuidad del servicio público y la defensa del derecho de los usuarios, especialmente en los casos en que los servicios se prestan con carácter monopólico o en exclusividad³⁴.

Por su parte, en la posición más proclive a la recepción del instituto, se ubican autores como Durán Martínez, Delpiazzo y Ruocco, quienes sostienen la admisibilidad con carácter general de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito del derecho administrativo. En esta línea, señala Durán Martínez:

La *exceptio non adimpleti contractus* es admisible. No hay ninguna razón para que no se pueda esgrimir contra la Administración. La Administración no puede, si no cumple, exigir el cumplimiento de la otra parte. Eso no es justo y si no es justo, es antijurídico. Además, es de interés público la tutela de los intereses particulares. Justamente, el bien común está para el desarrollo de la persona humana, lo que implica que interés general e interés particular deben conjugarse en términos de coordinación y no en función del sacrificio de uno en aras del otro. Si la Administración no cumple, pretender que el co-contratante deba igualmente cumplir significa su ruina por hechos imputables a la Administración, lo que no es constitucionalmente aceptable.³⁵

³² Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 473 y 481.

³³ Felipe Rotondo, “El incumplimiento de la Administración en la concesión de servicios públicos”, 171.

³⁴ Ismael Mata, “Prerogativas de la Administración en la contratación pública”, 47.

³⁵ Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, 757.

Al fundar su posición, sostiene el autor que la no recepción de la *exceptio* en sede administrativa, al igual que la admisión de la potestad de modificación o rescisión unilateral del contrato por la Administración, implica un desconocimiento de disposiciones constitucionales (arts. 7, 8, 10, 32 y 72 de la Constitución), en tanto tales potestades “afectan la seguridad jurídica, o la libertad, o la igualdad, o los derechos adquiridos, o todos ellos”, por lo cual “solo por ley dictada por razones generales se podría admitir esas potestades. Por cierto que esas razones de interés general deben existir, y además la regulación prevista en esa forma no debe desnaturalizar el contrato ni, en definitiva “legitimar” un poder que vaya contra la persona humana”³⁶.

En la misma línea, apuntan Delpiazzo-Ruocco:

[La *exceptio*] no encuentra obstáculos para su procedencia, habida cuenta del principio de justicia en que ella reposa (la reciprocidad obligacional) ya que no sería justo que la Administración reclame el cumplimiento al contratista cuando ella incumple sus obligaciones ni tampoco que el contratante privado sea quien, en definitiva, soporte la carga financiera del contrato, aunque estuviera en condiciones de hacerlo. (...) si bien el contratante no puede, ante el incumplimiento de la Administración, interrumpir sin más o retirarse de la relación contractual y dar el contrato por extinguido, sí puede suspender sin responsabilidad, sin culpa, sus prestaciones hasta tanto se restablezca la ecuación en base a la cual se celebró el contrato.³⁷

2. JURISPRUDENCIA

En cuanto a la jurisprudencia del TCA, cabe destacar en primer término el pronunciamiento que más amplia y detalladamente examina estos aspectos, que lo es la Sentencia N° 807/1997, redactada por el Dr. Bermúdez. En el caso, la Intendencia de Canelones había aplicado una multa a la co-contratante por incumplimiento del contrato de servicios de barrido de calles y recolección de residuos domiciliarios. La accionante (contratista) invocaba reiterados incumplimientos de la Administración por atrasos en los pagos, que excusarían los que a ella se le imputaban. Reclamaba entonces la actora la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* como eximente de responsabilidad, que dejaría sin sustento apropiado al acto sancionatorio impugnado. Sobre el punto, se señaló en la fundada Sentencia N° 807/1997:

Ingresando al análisis de la *exceptio non adimpleti contractus*, para la doctrina, en tesis general, esta defensa perentoria o general es de total recibo a propósito de los contratos

³⁶ Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, 759.

³⁷ Carlos E. Delpiazzo y Graciela Ruocco, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo I*, 375.

administrativos, aun cuando el incumplimiento sea imputado a la Administración, como lo señala SAYAGUES LASO compartiendo la opinión de JEZE (...) Empero, es obvio que la “exceptio” no puede prosperar en el “contencioso anulatorio como en el ámbito de un proceso judicial por “resolución o incumplimiento de un contrato bilateral o sinalagmático, “dónde aquélla puede ser alegada, por la parte demandada y, en su caso, “por la parte actora si mediara PRETENSIÓN RECONVENCIONAL. La exceptio no opera sino como invocación del incumplimiento del Estado para excusar el propio incumplimiento del particular accionante, afectado por ciertos actos administrativos, como la rescisión unilateral de un contrato dispuesta por la Administración en ejercicio de los poderes exorbitantes que se le reconocen en ámbito del Derecho Público; o como la aplicación de una multa por presunta ejecución de las obligaciones contractuales asumidas. (...)

Es decir, en suma, que la “Exceptio” no procede en el contencioso anulatorio, en los términos, oportunidad y condiciones en que opera en procesos judiciales por resolución o ejecución del contrato. Pero ello no impide, como señala la doctrina, que en proceso anulatorio jurisdiccional la accionante pueda “... en ciertos casos, (invocar) la falta de la administración para excusar el incumplimiento en que incurriere el contratante” (SAYAGUES (...). La Dra. Cristina VAZQUEZ, siguiendo a SAYAGUES LASO Y DIEZ, a quienes cita expresamente, señala que: “... si las demoras son anormales y responden a mala voluntad de la Administración o revisten carácter extraordinario, provocando al contratista perjuicios no compensados con el solo pago de intereses, la Administración puede resultar obligada a indemnizar.... Dichas demoras pueden, también, motivar una demanda de rescisión o excusar la demora del contratista” (“Modalidades de ejecución de la obra pública”...).

Como enseña la doctrina, no CUALQUIER incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración da lugar a la invocación de tal hecho como excusa, porque el cocontratante puede acudir a ella cuando el hecho de la Administración le haya creado una “RAZONABLE IMPOSIBILIDAD” de cumplir con las obligaciones emergentes del contrato. De ahí que un atraso “grosero” en los pagos, señala MARIENHOFF, merite su alegación, pero no un atraso “tolerable”, y, concretamente, puede afirmarse que la morosidad de la Administración excederá toda noción de prudencia cuando la demora o atraso en el pago supere los lapsos o plazos requeridos al efecto por el trámite burocrático normal, y, con mayor razón, si dichos lapsos fueren excedidos con amplitud.

En suma: debe aceptarse que opera la justificante cuando un atraso en el pago de la Administración, le cree al contratante una “razonable imposibilidad” de cumplir el contrato en la parte que le incumbe (MARIENHOFF...). Pero tan decisiva circunstancias no pudo ser justificada por la actora, que no ofreció siquiera prueba al efecto, razón por la cual no puede aducir una imposibilidad razonable de continuar la prestación de sus servicios.

Si se analiza con detenimiento la fundamentación de la citada sentencia, puede colegirse que la posición que esgrime la Corporación en dicho pronunciamiento es que si bien la *exceptio* no procede en el contencioso anulatorio “en los términos, oportunidad y condiciones en que opera en procesos judiciales por resolución o ejecución del contrato”, ello no impide que en el proceso anulatorio jurisdiccional “la accionante pueda en ciertos casos,

[invocar] la falta de la administración para excusar el incumplimiento en que incurriere el contratante”; y se añade luego que “no CUALQUIER incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración da lugar a la invocación de tal hecho como excusa, porque el cocontratante puede acudir a ella cuando el hecho de la Administración le haya creado una “RAZONABLE IMPOSIBILIDAD” de cumplir con las obligaciones emergentes del contrato”.

Por el contrario, en la reciente Sentencia N° 189/2015, que confirma un acto dictado por la A.N.E.P. por el cual se rescindió en forma unilateral un contrato de obra pública en mérito al incumplimiento de la contratista, el Tribunal sostiene una posición tajantemente contraria a la aplicación del instituto en sede contencioso administrativa:

El incumplimiento de la empresa que motivó la rescisión del contrato de arrendamiento de obra se halla sobradamente probado. Tal incumplimiento no se justifica en función de presuntos incumplimientos de la Administración (que como se verá no fueron tales), por dos órdenes de razones: una de hecho y otra de Derecho. La de hecho, porque lo que la empresa en su demanda postula como supuestos incumplimiento de la Administración, no fueron tales. La de Derecho, porque como lo ha señalado el Tribunal en su reiterada jurisprudencia (ver por todas las Sentencias 807/1997 y 419/2008) y lo reafirma la mejor doctrina, el incumplimiento de la Administración —que en este caso no existió como se verá más abajo— no habilita a incumplir con las obligaciones que el contratista tiene a su cargo.

En otras palabras, no funciona en este ámbito, la excepción de contrato no cumplido. Si la empresa entendió que la Administración estaba incumpliendo con las obligaciones a su cargo podría, ora haber pedido la rescisión judicial del contrato ora recurrir al procedimiento arbitral pactado en el pliego (...). Pero sin embargo, no tomó ninguno de estos dos caminos y optó por mantener el vínculo contractual, lo que implicaba que debía cumplir con las obligaciones a su cargo.

(...) Como enseña nuestra doctrina la falta de cumplimiento de la Administración no justifica el incumplimiento de la contraparte, salvo el caso de imposibilidad del cocontratante de continuar con su prestación. El cocontratante tiene que seguir cumpliendo estrictamente con sus obligaciones pese al incumplimiento de la Administración, hasta que el contrato se extinga por la vía que corresponda por falta de la Administración. La consecuencia de esta extinción será la indemnización integral del cocontratante (Cf. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Extinción...”, cit., pág. 428).

En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal en la Sentencia N° 764/2015, respecto a un acto de rescisión unilateral de contrato de obra pública dictado por el B.H.U., caso en el cual la empresa accionante esgrimió, como justificativo de su incumplimiento, la inejecución de la Administración de sus respectivas obligaciones, defensa que fue rechazada por la Sala en base a iguales fundamentos a los ensayados en la Sentencia N° 189/2015. En

consecuencia, puede concluirse que la posición actual del TCA es claramente contraria a la aplicación de la *exceptio* en el ámbito de la contratación administrativa.

Resulta interesante indagar qué posición adoptó el Tribunal sobre este tópico en el período que va desde la primera sentencia citada a los últimos fallos que acaban de referirse.

Tras una exhaustiva búsqueda en la base jurisprudencial del TCA³⁸, comprensiva de las sentencias dictadas por la Sala durante el antedicho período (1997-2016), no hemos hallado ningún otro pronunciamiento, fuera de las referidas Sentencias N° 189/2015 y 764/2015, que sostenga terminantemente que el incumplimiento de la Administración no habilita a incumplir con las obligaciones que el contratista tiene a su cargo, o dicho de otro modo, que no funciona en este ámbito la excepción de contrato no cumplido.

Por el contrario, la jurisprudencia del TCA registra al menos cuatro casos en los que no se descartó de plano la posible aplicación de la *exceptio*, sino que se analizó la presunta inejecución de la Administración, alegada por los respectivos promotores como causa legítima de su propio incumplimiento³⁹.

Así ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia N° 698/2004, relativa a una multa impuesta por el M.T.O.P. a su co-contratante por incumplimiento de un contrato de suministro. La Corporación analizó el presunto incumplimiento de la Administración, que fuera alegado por la actora en su demanda como justificativo de su propio incumplimiento. Tras analizar el punto, el Tribunal estimó que no resultaba de recibo “la pretensión de la Empresa de querer exonerarse de responsabilidad basada en problemas relacionados con la importación, atribuidos a la tardanza de la Administración en resolver la adjudicación”, por lo que concluyó que no podía considerarse justificado el incumplimiento de la contratista.

En similar sentido, puede citarse la Sentencia N° 127/2015, recaída en un caso en que se impugnaba de nulidad el acto dictado por la Unidad Centralizada de Adquisiciones del M.E.F. por el cual se aplicaron sanciones a una empresa co-contratante por incumplimiento (temporal) en el suministro de un producto. La empresa alegó, como hecho legítimo de su incumplimiento, que la Administración pagaba siempre fuera de plazo. Al respecto, expresó el Tribunal que dicho aserto no había sido suficientemente acreditado en obrados, agregando que, sin perjuicio de ello, “no corresponde que sea alegado ahora como justificativo del incumplimiento de la actora, cuando tal extremo no se invocó en el momento de

³⁸ Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Jurisprudencia, <http://www.tca.gub.uy> (consultada el 23 de setiembre de 2016)

³⁹ Si bien en todos estos casos luego se concluyó por el Tribunal que el alegado incumplimiento de la Administración no había sido acreditado por los respectivos accionantes.

serle requeridas las entregas de la mercadería. No se verifican, en definitiva, las circunstancias configurativas de la excepción de contrato no cumplido, que resulten hábiles para legitimar el incumplimiento temporal configurado”.

Asimismo, en la Sentencia N° 249/2001, el Tribunal examinó la excepción de contrato no cumplido opuesta por la actora, si bien también la descartó por considerar no probado el alegado incumplimiento de la Administración. Se impugnaba en la especie una resolución del Directorio de A.F.E. por la que se había dispuesto la rescisión, por incumplimiento de la vendedora, del contrato suscrito entre el ente estatal y la empresa accionante para el suministro de “129.000 durmientes comunes de madera dura”. Sostuvo allí el Colegiado:

En lo que tiene relación con el aspecto sustancial, tampoco le asiste razón a la accionante que se ampara en la “exceptio non adimpleti contractus”, en tanto que señala que la entrega de los durmientes no se realizó, pura y exclusivamente porque no se abrieron en tiempo y forma las respectivas Cartas de Crédito y que, cuando se cumplió ese extremo, se lo hizo en forma defectuosa y violentando lo establecido contractualmente (fs. 9 vta. de autos). Tal como enseñan doctrina y jurisprudencia en materia civil, tal defensa sustantiva supone que, quien alega la misma, admite su incumplimiento, bien que pretende excusarlo y eliminarlo invocando el previo incumplimiento de su contraparte. (...) Resulta claro en el caso, que el contrato no fijó fecha para la apertura de las Cartas de Crédito, mientras que la entrega de los durmientes era una condición necesaria para que ésta pudiera pagarse. (...) De lo que viene de verse se puede concluir que en modo alguno pudo funcionar la cláusula invocada por la parte actora —de contrato no cumplido— ya que siempre y en todo caso, la entrega de durmientes era condición previa a la posibilidad de hacer efectivo el pago.

Finalmente, en la Sentencia N° 327/1998, en la que se impugnaba una resolución del M.V.O.T.M.A. que dispuso rescindir, por incumplimiento de la contratista, los contratos celebrados para la construcción de “Núcleos Básicos Evolutivos”, se señaló por la Sala:

La actora ha excusado su incumplimiento en la falta de pagos del M.V.O.T.M.A., así como en atrasos en los mismos; afirma que el acto es ilegítimo, que los motivos invocados en el mismo son falsos ya que en ningún momento hizo abandono de las obras, y aduce que la ejecución de las mismas estuvo precedida de un continuo incumplimiento de la Administración, por reiterados atrasos en los pagos estipulados en los contratos. En consecuencia, lo que pretende la actora, es de excusar el incumplimiento (no el avance de obras) en virtud del previo incumplimiento por parte del M.V.O.T.M.A., de una obligación esencial y respectiva: pagar a medida del “avance de obra”, como estaba estipulado. Sin embargo, el Tribunal por unanimidad de sus miembros integrantes, considera que la empresa demandante no acreditó en forma suficiente tal presunta inejecución del sinalagma, pues como sostiene el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo en su dictamen, el presunto atraso injustificado en el pago no está probado en autos.

En resumen, en todos estos casos el Tribunal no rechazó el funcionamiento de la *exceptio* en el marco de la contratación administrativa, sino que, por el contrario, analizó las circunstancias que eventualmente podían dar pie a la aplicación del instituto (los respectivos incumplimientos de la Administración), si bien en los cuatro casos registrados entendió que éstos no se habían acreditado.

VII.

FUNDAMENTOS PARA LA RECEPCIÓN DEL INSTITUTO DE LA *EXCEPTIO* EN EL CAMPO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Expuestas las distintas posiciones que se han sostenido por nuestra doctrina y jurisprudencia, corresponde ahora exponer nuestra opinión sobre el punto.

A nuestro juicio, no existe un fundamento contundente para rechazar la aplicación del instituto, con carácter general, en el ámbito de la contratación pública. El interés público o interés general, reiteradamente invocado como justificativo de potestades exorbitantes⁴⁰, no puede tener por efecto impedir en todos los casos la aplicación de la *exceptio* respecto de la Administración cuando ésta no cumple con sus obligaciones.

Cabe recordar las enseñanzas de Cajarville, cuando al analizar la potestad de extinción unilateral de los contratos, controvierte el argumento según el cual la Administración cuenta con tal facultad porque está en juego el interés público, afirmando que “también el respeto a los derechos de los individuos es de interés público”, lo cual “no es solo un postulado filosófico y de convicción política, es una solución constitucional del derecho positivo uruguayo”, por lo que “el interés público no exige en principio el desconocimiento de esos derechos, salvo que una ley establezca la necesidad de limitarlos por razones de interés general”⁴¹.

En similar enfoque, señala Durán Martínez que no es adecuado al principio de igualdad que “para satisfacer el interés general que la Administración persiguió al contratar, se obligue a un particular a sufrir un perjuicio o eventualmente a sacrificarse hasta la ruina para cumplir lo pactado”, añadiendo luego, con referencia específica a la admisibilidad de la

⁴⁰ Véase por ejemplo las Sentencias del TCA N° 334/2012, 291/2006 y 45/2006. En doctrina: Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 480-481; Héctor Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos, Volumen I*, 437.

⁴¹ Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Extinción de los contratos de la Administración”, 807; en similar sentido: Carlos E. Delpiazzo, *Contratación administrativa*, 251.

excepción de contrato no cumplido, que “interés general e interés particular deben conjugarse en términos de coordinación y no en función del sacrificio de uno en aras del otro”⁴².

De acuerdo a los conceptos señalados, puede admitirse a nuestro juicio la inaplicabilidad de la *exceptio* solamente cuando ello se justifique en razón del interés público en juego, pero no para la generalidad de los casos. Así, en los contratos de concesión de servicio público, cuando éste se preste por el concesionario en carácter monopólico o con exclusividad, puede resultar razonable la limitación de la *exceptio*, de forma de no perjudicar el interés general, tutelando de ese modo los derechos de los usuarios del servicio. En tales hipótesis, puede resultar aplicable el principio de continuidad del servicio público, impidiendo al co-contratante, en caso de incumplimiento de la Administración de las obligaciones a su cargo, hacer uso de la excepción de contrato no cumplido.

Ahora bien, constituyendo la inoperatividad de la *exceptio* una potestad claramente excepcional, que implica la desnaturalización del contrato (en tanto afecta seriamente el sinalagma funcional), aquélla solo puede provenir de un texto legal, dictado por razones de interés general, en función de la restricción de derechos fundamentales, especialmente del derecho de igualdad, que tal inaplicabilidad supone.

A falta de ley formal que otorgue esa potestad exorbitante⁴³, y como regla de principio, consideramos que el co-contratante puede oponer la excepción de contrato no cumplido frente a la Administración incumplidora cuando ésta le exige el cumplimiento de sus obligaciones, o cuando promueve judicialmente o bien dispone unilateralmente la rescisión del contrato. Ello por cuanto el incumplimiento de la parte estatal, de regla, legitima o justifica la falta de cumplimiento del particular.

Dicho en otras palabras, el incumplimiento contractual de la Administración tiene por consecuencia enervar la ilegitimidad del incumplimiento del co-contratante, por lo cual, excluida la antijuridicidad de este incumplimiento, resulta improcedente la pretensión judicial (o la decisión administrativa unilateral) de rescisión del contrato fundada en tal circunstancia, lo mismo que la intimación o pretensión de ejecución forzada que se deduzca por la Administración contra el co-contratante.

Desde que la *exceptio* se funda en principios generales que constituyen pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico todo, no pueden aceptarse las posiciones que descartan de plano su aplicación en el ámbito del derecho administrativo.

⁴² Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, 753 y 757.

⁴³ Tal como señala Durán Martínez, no existe ninguna ley que impida la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* contra la parte estatal (Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, 762).

De acuerdo con la opinión de Gamarra, el instituto “se funda en elementales y básicas razones jurídicas, y en principios generales, como el de igualdad entre los contratantes”, por lo que “es evidente que en un contrato bilateral, donde ambas partes se encuentran parificadas, ninguna de ellas puede exigir el cumplimiento a la otra si, a su vez, no cumple u ofrece cumplir”. La excepción de contrato no cumplido se funda en la relación sinalagmática, o más precisamente en el sinalagma funcional; dado que las obligaciones son interdependientes, deben cumplirse simultáneamente, salvo que las partes hayan establecido otra cosa⁴⁴.

En sentido similar apunta Carnelli, al afirmar que la racionalidad del instituto se encuentra “en la tutela de la contemporaneidad del cumplimiento de las obligaciones”, por lo cual tiene aplicación en los contratos sinalagmáticos, y también en las obligaciones que proceden de negocios conexos, además de ser aplicable en zonas no contractuales como el mutuo receso, la transacción y las restituciones⁴⁵.

Además del referido principio de igualdad, añaden De Cores-Gamarra-Venturini que el instituto se funda también en el principio de buena fe, de raíz constitucional, aplicable a la ejecución de los contratos⁴⁶.

Otros autores sostienen que la *exceptio* reposa en el principio de justicia, ya que no sería justo que la Administración reclame el cumplimiento al contratista cuando ella incumple sus obligaciones⁴⁷. Se dice así que la Administración no puede, si no cumple, exigir el cumplimiento de la otra parte, pues ello sería injusto y por tanto antijurídico⁴⁸.

En resumen, la excepción de contrato no cumplido constituye una causa de justificación del incumplimiento, que tiene por consecuencia la inexigibilidad de la obligación del sujeto requerido⁴⁹. Por tanto, cuando el particular oponga fundadamente la *exceptio* en virtud de la falta de ejecución de la Administración de las obligaciones a su cargo, ya no podrá hablarse técnicamente de “incumplimiento del co-contratante”, por más que éste no haya cumplido puntualmente con sus propias obligaciones, pues su falta de cumplimiento estará justificada por el incumplimiento de la parte estatal.

⁴⁴ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 94 y 96.

⁴⁵ Santiago Carnelli, “La renuncia anticipada al derecho a obtener la resolución judicial del contrato por incumplimiento y al derecho a invocar la excepción de incumplimiento”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXI* (1991): 433.

⁴⁶ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 535-537. Se cita allí la Sentencia del Juzgado Letrado en lo Civil de 7° Turno N° 224/1986, y se hace referencia asimismo a la opinión del autor italiano Francesco Galgano, para quien el instituto es una aplicación específica de la cláusula general de buena fe contractual.

⁴⁷ Carlos E. Delpiazzo y Graciela Ruocco, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo I*, 375.

⁴⁸ Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, 757.

⁴⁹ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 539.

En consecuencia, en tales hipótesis, el acto administrativo que disponga la rescisión del contrato “por incumplimiento del co-contratante” estará viciado en sus motivos, pues el presupuesto de hecho en el cual está fundado el acto resultará falso o erróneo⁵⁰.

VIII.

REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Admitida con carácter general la operatividad de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación pública, resulta necesario definir cómo debería aplicarse el instituto.

Genéricamente, las condiciones para que opere la *exceptio*, según la visión de Gamarra, son las siguientes: a) que se trate de un contrato bilateral; b) que la contraparte no haya cumplido con su obligación recíproca o interdependiente; c) que el contrato no imponga al excepcionante el deber de cumplir en primer término; d) que la excepción se ajuste al principio de buena fe⁵¹.

Respecto al primer requisito, resulta lógico que tratándose de un instituto que tiene su principal fundamento en la relación sinalagmática, corresponda su aplicación en aquellos contratos en que ambas partes se obligan recíprocamente, asumiendo obligaciones interdependientes.

Asimismo, la segunda condición enumerada está relacionada con igual fundamento. En efecto, si la *exceptio* tiene sustento en el sinalagma, es claro que puede oponerse cuando la contraparte (en nuestro caso, la Administración) haya incumplido su obligación principal, esto es, aquella que integra dicho sinalagma, y no cuando el incumplimiento sea de una obligación secundaria o accesorio; excepción hecha de los casos en que la obligación accesorio esté instrumentalmente predispuesta para la realización de la principal⁵², o en los que la normativa establezca expresamente la posibilidad de oponer la excepción en relación al incumplimiento de tal obligación secundaria⁵³.

⁵⁰ Sobre vicios en los motivos de los actos administrativos, y especialmente error en los motivos, véase: Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Sobre actos administrativos”, en *Sobre Derecho Administrativo, Tomo II* (Montevideo: FCU, 2008), 31-32.

⁵¹ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 99.

⁵² Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 98.

⁵³ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 535.

En lo que refiere a la constitución en mora, entiende la doctrina privatista que no es necesario que la contraparte haya incurrido en mora, sino que es suficiente con que su obligación sea exigible y no se haya cumplido, por cuanto el verdadero presupuesto de la *exceptio* no es propiamente el incumplimiento, sino que la otra parte “no haya cumplido” con su obligación recíproca⁵⁴.

Sin embargo, estimamos que para que pueda considerarse ilegítima la rescisión unilateral dispuesta por la Administración, tiene que haber existido un efectivo incumplimiento previo de su parte, pues solo en tal hipótesis podrá considerarse legitimado el incumplimiento que se le atribuye al co-contratante, que opera como presupuesto de hecho (o motivo) del acto administrativo de rescisión. Por ende, si lo que se endilga a la Administración es un incumplimiento de carácter temporal, ésta deberá estar incurso en mora (sea en forma automática o por interpelación); por el contrario, si el incumplimiento que se le atribuye a aquélla es de carácter definitivo, lógicamente será innecesaria la constitución en mora.

Por su parte, en lo que respecta a cómo contrarrestar la excepción, apunta Gamarra que la contraparte debe acreditar que ha cumplido su obligación, o que está “pronta para cumplir”; añade el insigne civilista que no alcanza con meramente formular la oferta de cumplir, sino que ésta debe ser seria y contener el compromiso de cumplir de inmediato, acreditando que tiene a disposición la cantidad de dinero requerida⁵⁵.

Ahora bien, a nuestro juicio, el estar “pronto para cumplir” puede operar la destrucción de la excepción en el marco de un proceso tendiente a la ejecución del contrato, no así en el marco de un proceso de resolución, pues allí la voluntad del pretensor ya no está dirigida al cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato. Del mismo modo, no parece razonable que en el marco de la acción de nulidad entablada contra el acto de rescisión unilateral, ante la acreditación por el co-contratante de que la Administración no cumplió con sus obligaciones recíprocas, ésta pueda esgrimir que estaba pronta para cumplir, y de ese modo pretender legitimar la decisión de rescindir unilateralmente el contrato.

Pasando a la tercera exigencia listada, relativa a que el contrato no imponga al excepcionante el deber de cumplir en primer término, ella está vinculada con la modalidad temporal del cumplimiento de las prestaciones.

En principio, las obligaciones que surgen de un contrato bilateral deben cumplirse simultáneamente, pero puede que el contrato (o el pliego de condiciones) haya dispuesto que la obligación del co-contratante deba cumplirse en primer término, en cuyo caso no será

⁵⁴ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 100; Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 538.

⁵⁵ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 103-104.

legítima la oposición de la *exceptio* que éste pretenda oponer ante la Administración que le exige el cumplimiento, o que solicita o dispone la rescisión.

Pese a ello, si existe un grave riesgo de no obtener la contraprestación sinalagmática, el co-contratante podría hacer uso de un instituto análogo a la excepción de contrato no cumplido, ejerciendo el “derecho de suspensión provisoria de la ejecución”⁵⁶, el cual, a diferencia de la *exceptio*, opera cuando la obligación de la contraparte aun no es exigible.

Finalmente, en cuanto al cuarto requisito, consistente en oponer la excepción conforme a la regla de la buena fe, apuntan De Cores-Gamarra-Venturini que la jurisprudencia italiana ha entendido que el contratante que opone la *exceptio* puede considerarse que está de buena fe solo si su propia resistencia a la ejecución del contrato constituye un comportamiento que resulta objetivamente razonable y lógico, en el sentido de que encuentra justificación en la inexecución de la contraparte, conforme al canon legal de la corresponsividad y contemporaneidad de las prestaciones⁵⁷.

En referencia al punto, señala Gamarra que la aplicación del principio de la buena fe en el campo de la *exceptio* debe hacerse atendiendo a todas las circunstancias del caso, entre las cuales se cuentan la entidad del incumplimiento y la proporcionalidad entre la inexecución de una y otra parte⁵⁸. En la misma línea, manifiesta Durán Martínez que la aplicación del instituto “debe ser razonable, proporcionada a la entidad del incumplimiento, tal como ocurre en los contratos de Derecho Privado”⁵⁹.

A nuestro juicio, compartiendo los precedentes postulados, no resultaría legítima la oposición de la *exceptio* por el co-contratante frente a un incumplimiento leve de la Administración, que no tenga la nota de gravedad –calificada según las circunstancias del caso–, pues tal actitud no se ajustaría a la actuación de buena fe en la ejecución del contrato.

Por lo demás, sin perjuicio de los cuatro requisitos generales ya examinados, estimamos que la normativa legal y reglamentaria, los pliegos de condiciones y los propios contratos, pueden establecer otras exigencias y condicionantes para que opere la excepción de contrato no cumplido en el marco de la contratación administrativa; pero ello siempre con el límite de que se respete tanto el efecto vinculante de todo contrato (art. 1291 C.C.), como el principio de que el cumplimiento de los contratos no puede quedar librado al

⁵⁶ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, pp. 111-112; Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 541-542.

⁵⁷ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 537-538.

⁵⁸ Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*, 105.

⁵⁹ Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, 757.

arbitrio de una sola de las partes (art. 1253 C.C.), reglas que más allá de su incorporación en el Código Civil, constituyen principios universales pertenecientes a la teoría general del contrato.

IX.

VÍAS PARA LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO

En cuanto a las vías para la oposición de la excepción de contrato no cumplido, entendemos que este medio de defensa puede oponerse tanto en la esfera jurisdiccional como extrajurisdiccional.

En la primera hipótesis, en que la *exceptio* se opone en juicio ante una pretensión de ejecución o de resolución del contrato⁶⁰, o como fundamento de la acción de nulidad entablada contra el acto de rescisión unilateral dictado por la Administración, será el juez o el TCA el que determinará si están dadas las condiciones para que aquélla proceda.

En el segundo supuesto, en que la defensa se ejerce fuera del ámbito jurisdiccional, la legitimidad de la resistencia al cumplimiento podrá ser evaluada posteriormente por los tribunales, en caso que se promueva un litigio por existir diferencias entre las partes respecto a si existió o no incumplimiento del co-contratante, hipótesis en la que el juez o el Tribunal se expedirán respecto de la juridicidad de la conducta seguida por las partes⁶¹.

X.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA JUZGAR LOS PRESUPUESTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Resta analizar la cuestión relativa a la competencia del TCA para evaluar los presupuestos que configuran la excepción de contrato no cumplido, en especial, si ingresa dentro

⁶⁰ En los casos de los procesos de resolución, entiende parte de la doctrina y de la jurisprudencia que técnicamente no procede la excepción de contrato no cumplido, pero lo que puede hacer valer el deudor es la falta de un presupuesto de la acción por no haber cumplido el accionante con la obligación a su cargo. Véase nota 26 de este trabajo.

⁶¹ Carlos De Cores, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*, 535.

de su “parquet competencial” el juzgamiento del cumplimiento o incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones a su cargo.

Sobre el punto, puede convocarse en primer lugar la Sentencia del TCA N° 291/2014, relativa a una rescisión de contrato dispuesta unilateralmente por O.S.E., en la que se señaló por el Tribunal:

A entender del actor, la Administración demandada incumplió con la contraprestación que tenía a su cargo; en consecuencia, procedió a ampararse en el instituto de excepción de contrato no cumplido. Pues bien; a juicio de los miembros integrantes de la Corporación, no corresponde juzgar en esta Sede si la *exceptio* fue legítimamente opuesta por el Sr. VIZCAÍNO; esto es, si se daban en el caso los presupuestos que, de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina civilistas, habilitan el funcionamiento de dicho instituto. Ello por cuanto, tal materia resulta indudablemente ajena a la justicia contencioso-anulatoria, y será resuelta por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Mercedes de 2° Turno, el cual viene entendiendo en el proceso relativo a la resolución del contrato por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios.

Del mismo modo, en la Sentencia N° 313/2007 se indicó por el Tribunal que el objeto de la contienda no era el contrato en sí mismo, “sino la facultad que se irroga la Administración de dar por finalizado el contrato en forma unilateral. Por tanto, no se trata de debatir y resolver sobre la ejecución del contrato —que en todo caso sería un tema de competencia de la Justicia Ordinaria— sino de la legitimidad del acto administrativo que extingue el vínculo por la sola voluntad de la Administración”. En la misma línea, en la Sentencia N° 419/2008, la Corporación consideró respecto al pretendido incumplimiento contractual de la Administración, que “no corresponde dirimir tal cuestión en la acotada competencia de la Corporación (art. 309 de la Constitución Nacional); esto es, su parquet competencial le inhibe conocer en una materia cuyo conocimiento le corresponde a órganos jurisdiccionales específicos del Poder Judicial”⁶².

En una línea distinta, en la Sentencia N° 807/1997 previamente analizada, se expresaba por la Sala que la *exceptio* “no procede en el contencioso anulatorio, en los términos, oportunidad y condiciones en que opera en procesos judiciales por resolución o ejecución del contrato”, pero luego se aclaraba que ello no impedía que “en el proceso anulatorio jurisdiccional la accionante pueda (...) en ciertos casos, (invocar) la falta de la administración para excusar el incumplimiento en que incurriere el contratante”.

Mientras tanto, en las Sentencias N° 127/2015, 698/2004, 249/2001 y 327/1998, anteriormente estudiadas, el Tribunal procedió a analizar si se verificaba el incumplimiento

⁶² En igual sentido: Sentencias TCA N° 236/2011, 189/2015 y 764/2015.

de la Administración que pudiera dar cima a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, o dicho de otro modo, que justificara o legitimara el incumplimiento del co-contratante. En todos esos casos se examinó por la Sala si la Administración había dado correcto cumplimiento a sus respectivas obligaciones.

Y bien, a nuestro juicio, es correcto el criterio seguido por el Tribunal en estas últimas sentencias, en las que se analiza si la Administración cumplió correctamente sus obligaciones. Ello por cuanto el acto administrativo de rescisión unilateral sería ilegítimo si el incumplimiento del co-contratante, que constituye el motivo fundante de dicho acto rescisorio, estuviera justificado o legitimado por un previo incumplimiento de la Administración.

En tal sentido, señala con frecuencia el Tribunal, citando a Cajarville, que cuando la Administración extingue unilateralmente un contrato, lo hace dictando un acto administrativo y por consiguiente, se trata de analizar si ese acto administrativo es o no arreglado a derecho, si es legítimo o ilegítimo⁶³. Una de las pautas que debe seguirse para juzgar la legitimidad de un acto administrativo es analizar la existencia y licitud de sus motivos. Ilustra al respecto el propio Cajarville:

En cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en sí misma de los hechos y su valoración jurídica (legitimidad o ilegitimidad), la Administración no goza de ninguna discrecionalidad. Si los hechos operantes como supuesto normativo, o motivo del acto administrativo, no existen o no son como la Administración pretende, el acto estará viciado por inexistencia de los motivos. Si los hechos son como la Administración pretende, pero no caben en el supuesto (determinado o indeterminado) de la norma atributiva del poder de dictar el acto, éste estará viciado por ilegitimidad de los motivos.⁶⁴

Trasladando tales conceptos al tema en estudio, puede afirmarse que el acto de rescisión unilateral que se funda en un incumplimiento del co-contratante que técnicamente no es tal, por estar la falta de cumplimiento excusada o justificada por el previo incumplimiento de la Administración, adolece de error o falsedad en sus motivos, y por ende constituye un acto administrativo ilegítimo.

Cabe concluir, entonces, que cuando el accionante expresa como agravio la existencia de un previo incumplimiento de la Administración, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe analizar si efectivamente existió tal incumplimiento, y si éste reviste las

⁶³ Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Extinción de los contratos de la Administración", 808; en la jurisprudencia del Tribunal: Sentencias TCA N° 189/2015, 709/2014, 356/2012 y 334/2012.

⁶⁴ Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Sobre actos administrativos", 31-32.

características necesarias para justificar o legitimar la falta de cumplimiento del co-contratante. Y en caso que así se verifique, corresponde que el Tribunal declare la nulidad del acto administrativo de rescisión unilateral, por existir vicio (error o falsedad) en los presupuestos de hecho o motivos del acto.

XI.

CONCLUSIONES

La jurisprudencia reciente del TCA rechaza la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación pública, señalando que el incumplimiento de la Administración no habilita al co-contratante a incumplir las obligaciones a su cargo (Sentencias N° 189/2015 y 764/2015).

A nuestro juicio, la referida posición del Tribunal no resulta convincente.

La *exceptio* se funda en principios generales que constituyen pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico todo, tales como el principio de igualdad (y sus corolarios: la relación sinalagmática y el sinalagma funcional), el principio de buena fe en la ejecución de los contratos y el principio de justicia. En consecuencia, fundándose el instituto en tales principios de portada general, no pueden aceptarse las posiciones que descartan de plano su aplicación en el ámbito del derecho administrativo.

En tal sentido, estimamos que no existe un fundamento contundente para rechazar la aplicación del instituto, con carácter general, en el campo de la contratación pública. El interés público o interés general, reiteradamente invocado como justificativo de potestades exorbitantes, no puede tener por efecto impedir en todos los casos la aplicación de la excepción de contrato no cumplido respecto de la Administración. Así, puede admitirse la inaplicabilidad de la *exceptio* en aquellos supuestos en que efectivamente está en juego el interés público, como podrían ser los contratos de concesión de servicio público, cuando éste se presta por el concesionario en carácter monopólico o con exclusividad. En tal supuesto, puede resultar razonable la limitación de la excepción, de forma de no perjudicar el interés general, tutelando de ese modo los derechos de los usuarios del servicio.

Ahora bien, constituyendo la inoperatividad de la *exceptio* una potestad claramente excepcional, que implica la desnaturalización del contrato y afecta el principio de igualdad, entendemos que solo puede ser concedida a la Administración mediante un texto legal dictado por razones de interés general. A falta de ley formal que otorgue esa potestad exorbitante,

y como regla de principio, consideramos que el co-contratante puede oponer la excepción de contrato no cumplido frente a la Administración incumplidora.

Para que dicha excepción sea acogida, deberán verificarse los siguientes requisitos: i) que se trate de un contrato bilateral; ii) que la Administración haya incumplido su obligación principal (o excepcionalmente una obligación secundaria); iii) que el contrato no imponga al co-contratante el deber de cumplir en primer término; iv) que la oposición de la excepción se ajuste al principio de buena fe; v) que el incumplimiento de la Administración tenga la gravedad suficiente para justificar la inejecución del co-contratante. Ello sin perjuicio de otros requisitos y condicionantes que puedan establecerse por la normativa legal o reglamentaria, los pliegos de condiciones y los propios contratos, pero siempre con el límite de que se respete tanto el efecto vinculante de todo contrato (art. 1291 C.C.), como el principio de que el cumplimiento de los contratos no puede quedar librado al arbitrio de una sola de las partes (art. 1253 C.C.).

Cuando se reúnan los antedichos requisitos, el incumplimiento de la Administración actuará como causa de justificación y por consecuencia eliminará la ilegitimidad del incumplimiento del co-contratante; por ende, en tales casos, resultará improcedente la pretensión (o la decisión administrativa) de rescisión del contrato fundada en tal inejecución del particular, lo mismo que la intimación o pretensión de ejecución forzada que se deduzca por la Administración contra el co-contratante.

Por último, en relación a la competencia del TCA para evaluar los presupuestos que configuran la excepción de contrato no cumplido, cuestión sobre la cual se han evidenciado posiciones divergentes en la jurisprudencia del Cuerpo, estimamos que lo correcto es que el Tribunal ingrese en el análisis relativo al cumplimiento o incumplimiento por la Administración de las obligaciones a su cargo. Ello por cuanto el acto administrativo de rescisión unilateral sería ilegítimo si el incumplimiento del co-contratante, que constituye el motivo fundante de dicha decisión, estuviera justificado o legitimado por un previo incumplimiento de la Administración. En tal hipótesis, el acto de rescisión unilateral adolecería de error o falsedad en sus motivos, y sería por ende ilegítimo.

Para citar este artículo: Rivera, Gonzalo, "La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa", *Revista de Derecho* 14 (dic. 2016), 111-142

BIBLIOGRAFÍA

- Cajarville Peluffo, Juan Pablo. 2008a. Extinción de los contratos de la Administración. En *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García, 789-817. Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León.
- _____. 2008b. Sobre actos administrativos. En *Sobre Derecho Administrativo, Tomo II*, 7-78. Montevideo: FCU.
- Carnelli, Santiago. 1991. La renuncia anticipada al derecho a obtener la resolución judicial del contrato por incumplimiento y al derecho a invocar la excepción de incumplimiento. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXI*: 425-437.
- De Cores, Carlos, Raúl Gamarra y Beatriz Venturini. 2013. *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato. Tomo I*. 1ª Ed. Montevideo: La Ley Uruguay.
- Delpiazzo, Carlos E. 2004. *Contratación administrativa*. 2ª Ed. Montevideo: Universidad de Montevideo.
- _____. 2006. Eficacia aplicativa de los principios generales de Derecho en la contratación administrativa. *Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XIII*: 65-77.
- _____. 2010. Los contratos como reglas de Derecho. En *Fuentes del Derecho Administrativo. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, coords. Jaime Rodríguez Arana y otros, 667-677. Buenos Aires: RAP.
- Delpiazzo, Carlos E. y Graciela Ruocco. 2013. *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo I*. 1ª Ed. Montevideo: La Ley Uruguay.
- Durán Martínez, Augusto. 2003. Ejecución de los contratos administrativos. En *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*, 263-279. Montevideo: Augusto Duran Martínez.
- _____. 2008. Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos. En *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García, 743-766. Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León.
- Escola, Héctor. 1977. *Tratado integral de los contratos administrativos, Volumen I*. Buenos Aires: Depalma.
- Gamarra, Jorge. 1987. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII*. 1ª reimpresión. Montevideo: FCU.

- Guerrero, Tomás. 1986. Excepción de contrato no cumplido y acción de resolución de contrato por incumplimiento: si la primera es una defensa eficaz ante la segunda. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XVI, Jurisprudencia comentada*: 127-131.
- Layerle, Carlos. 1966. *La condición resolutoria legal*. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna.
- Mata, Ismael. 2008. Prerrogativas de la Administración en la contratación pública. En *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García, 25-48. Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León.
- Rotondo, Felipe. 2003. El incumplimiento de la Administración en la concesión de servicios públicos. *Revista de la Facultad de Derecho de la UDELAR, Tomo 22*: 165-174.
- Sayagués Laso, Enrique. 1998. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*. 7ª Ed. Montevideo: FCU.

Los principios de igualdad y transparencia en la modificación de los contratos públicos. Su sentido y alcance en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹

The principles of equality and transparency in the modification of public contracts. The meaning and scope the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union

María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

Universidad de A Coruña. España

maria.rodriguez.martin-retortillo@udc.es

RESUMEN: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha matizado a través de su extensa jurisprudencia el significado de los principios generales de la contratación, matizando lo que ha de entenderse por el de igualdad de trato de los licitadores, el de

Recibido: 22/02/16. Revisado: 30/9/16. Aceptado: 18/10/16)

¹ Este artículo se corresponde con la comunicación presentada en el *Seminario Internacional sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción en la Contratación Pública: Instrumentos Administrativos y Penales en España y Brasil*, celebrado en el Rectorado de la Universidad de A Coruña del 13 al 17 de Julio de 2015 (Comunicación presentada con fecha 17-07-2015). Ha sido corregido y modificado conforme a las normas editoriales de la *Revista de Derecho*, para su publicación.

no discriminación por razón de la nacionalidad y el de transparencia. En este artículo se analizará su sentido en el contexto de la modificación de los contratos públicos, distinguiendo, por un lado, cuando es sustancial y cuando no reviste dicho carácter, y, por otro lado, cuando está prevista y cuando no.

PALABRAS CLAVE: principios; igualdad; transparencia; modificación.

ABSTRACT: The Court of Justice of the European Union has clarified through its extensive jurisprudence the meaning of the general principles of public procurement, clarifying what is meant by the equal treatment of tenderers, the prohibition of discrimination based on nationality and transparency. This article will analyze its meaning in the context of the modification of public contracts, distinguishing, on the one hand, when it is substantial and not substantial, and on the other hand, when it is planned and not planned.

KEYWORDS: principles; equality; transparency; modification.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Modificaciones Sustanciales 3. Modificaciones no Sustanciales 4. Modificaciones Previstas 5. Modificaciones no Previstas 6. Reflexiones Conclusivas 7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) puede inferirse que el objetivo fundamental de las normas comunitarias sobre contratación pública es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros².

Para su consecución, el Derecho comunitario aplica los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad, igualdad de trato de los licitadores y transparencia³.

El TJUE se ha preocupado por definir y clarificar el sentido y alcance de los principios de la contratación a lo largo de una extensa jurisprudencia en la que detalla minuciosamente el modo en que deben ser interpretados en aras a su correcta comprensión⁴. Así, ha puesto énfasis en señalar que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para que se garantice su respeto⁵. De igual modo continúa su argumentación afirmando que el principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica que éstas estén sometidas a las mismas

² Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, **apartado 31**; sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C26/03, Rec. p. 11, apartado 44.

³ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, **apartado 32**; sentencias de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C275/98, Rec. p. 18291, apartado 31; de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C324/98, Rec. p. I10745, apartados 60 y 61; sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C496/99 P, Rec. p. I3801, apartados 108 y 109.

⁴ Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Patrimonio, Comisión Consultiva de Contratación Pública, Junta de Andalucía, *Contratación pública. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. (España: Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Patrimonio, Comisión Consultiva de Contratación Pública, Junta de Andalucía).

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45; y C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91.

condiciones para todos los competidores⁶. A su vez, los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad suponen, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que son respetados y observados escrupulosamente.

Asimismo, se ha señalado que las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél⁷. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación⁸.

Por lo que respecta al principio de transparencia, éste tiene por objeto asegurar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Por ello supone necesariamente que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones⁹.

A su vez, se ha señalado reiteradamente en la jurisprudencia que el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de modo que, por un lado, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otro lado, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata¹⁰.

El TJUE también insiste en la exigencia relativa a que los poderes adjudicadores que deseen recurrir a la concesión de obras públicas den a conocer su intención a través de un

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construcción, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34.

⁷ Sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17; sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48.

⁸ Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 61 y 62; sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21; sentencia de 13 de abril de 2010, caso "Wall", asunto C-91/08, apartado 36.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 111.

anuncio que debe contener el objeto principal y los adicionales, la descripción y el lugar de las obras de la concesión y la cantidad o extensión global de las mismas¹¹.

Asimismo esta obligación de publicidad asegura un nivel de concurrencia que el legislador de la Unión Europea considera satisfactorio en el ámbito de las concesiones de obras públicas, ya que implica la posibilidad de comparar las ofertas y es acorde con los principios de igualdad de trato y transparencia, ya que “mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular consecuentemente su oferta”¹².

Se remarca que “aun cuando se admitiera que todos los licitadores entendieran de la misma forma su libertad de iniciativa, no es respetuoso con la Directiva 93/37 adjudicar sin transparencia alguna un contrato de concesión de obras públicas que incluye trabajos denominados «complementarios» que por sí solos constituyen «contratos públicos de obras» en el sentido de esa Directiva, y cuyo valor supere el umbral que allí se establece”, ya que de no ser así dichas obras se sustraerían a la obligación de publicidad y a toda forma de competencia y no sería posible comparar las ofertas¹³.

2.

MODIFICACIONES SUSTANCIALES

Para garantizar la transparencia y la igualdad, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público realizadas durante su validez constituyen una nueva adjudicación cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y ponen de manifiesto la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato¹⁴.

Por lo que respecta al alcance de la modificación de un contrato en vigor, ésta puede considerarse sustancial¹⁵:

¹¹ Sentencia de 22 de abril de 2010, “*Comisión Europea contra Reino de España*”, C423/07, apartados 54 y 55.

¹² Sentencia de 22 de abril de 2010, “*Comisión Europea contra Reino de España*”, C423/07, apartado 58.

¹³ Sentencia de 22 de abril de 2010, “*Comisión Europea contra Reino de España*”, C423/07, apartados 70 y 71.

¹⁴ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstetext*”, C454/06, **apartado 34**; sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C337/98, Rec. p. 18377, apartados 44 y 46.

¹⁵ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstetext*”, C454/06, **apartados 35 a 37**.

- a) cuando introduce condiciones que de haber figurado en el procedimiento de adjudicación inicial habrían permitido la participación de otros licitadores además de los admitidos inicialmente o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicial
- b) cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios no previstos inicialmente
- c) cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario de un modo que no estaba previsto en el contrato inicial.

El TJUE recuerda que¹⁶

(...) al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato (véanse, por analogía con los contratos públicos, las sentencias de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46, y de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 34).

Asimismo, insiste en que la modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede reputarse sustancial cuando introduce condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada¹⁷.

De este modo,

(...) cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento

¹⁶ Sentencia de 13 de abril de 2010, caso “*Wall*”, asunto C-91/08, apartado 37.

¹⁷ Sentencia de 13 de abril de 2010, caso “*Wall*”, asunto C-91/08, apartado 38; sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, **apartado 35**.

de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada¹⁸.

En esta misma línea, el TJUE recalca que “si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente”¹⁹.

3. MODIFICACIONES NO SUSTANCIALES

La jurisprudencia del TJUE ha realizado una labor de clarificación a la hora de discernir qué tipo de modificaciones tienen carácter sustancial y cuáles no revisten dicho carácter. En cuanto a las modificaciones subjetivas, en el caso “*Presstext*”²⁰ ha clarificado:

(...) que el término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

Dicho acuerdo representa una reorganización interna de la otra parte contratante que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial²¹.

¹⁸ Sentencia de 13 de abril de 2010, caso “*Wall*”, asunto C-91/08, apartado 43.

¹⁹ Sentencia de 29 de abril de 2004, “*Succhi di Frutta*”, C-496/99 P, apartado 116.

²⁰ Sentencia de 19 de junio de 2008, C454/06, **apartado 54**.

²¹ Sentencia de 19 de junio de 2008, C454/06, **apartado 45**.

Por lo que respecta a la modificación del precio, debemos recordar que se trata de una condición relevante en un contrato público²². Así, por lo que se refiere a los cambios introducidos con motivo del euro, la jurisprudencia²³ afirma:

(...) que, cuando, a consecuencia del paso al euro, un contrato existente se modifique en el sentido de que los precios inicialmente expresados en moneda nacional se conviertan en euros, no se trata de una modificación sustancial del contrato, sino únicamente de una adaptación de éste a circunstancias externas modificadas, siempre y cuando los importes en euros se redondeen conforme a las disposiciones vigentes y, en particular, las del Reglamento (CE) n° 1103/97 del Consejo, de 17 de junio de 1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro (DO L 162, p. 1).

Cuando dicho redondeo sobrepasa el importe autorizado por las disposiciones pertinentes, nos encontramos ante una modificación del importe intrínseco de los precios previstos por el contrato inicial y es preciso analizar si constituye una nueva adjudicación de contrato²⁴.

El hecho de modificar esta condición durante la vigencia del contrato a falta de una habilitación expresa que la contemple en los términos del contrato inicial supondría el riesgo de vulnerar los principios de transparencia y de igualdad de trato de los licitadores²⁵.

En este punto el TJUE ha señalado que “la conversión en euros de los precios de un contrato vigente puede acompañarse de un ajuste de su importe intrínseco sin que de ello resulte una nueva adjudicación de contrato, a condición de que tal ajuste sea mínimo y se justifique de manera objetiva, como ocurre en el caso de que pretenda facilitar la ejecución del contrato, por ejemplo, al simplificar las operaciones de facturación”²⁶.

En esta misma línea “no debe considerarse que el hecho de fijar, en un acuerdo adicional, descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular constituya una modificación sustancial del contrato y, por tanto, no implica una nueva adjudicación de contrato en

²² Sentencia Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, apartado 117; sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, apartado 59. De igual modo, las modalidades de pago constituyen una condición esencial. Así lo expresa la sentencia de 29 de abril de 2004, “*Succhi di Frutta*”, C-496/99 P, cuyo apartado 7 se remite al 77 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia: “Por consiguiente, la sustitución de manzanas o de naranjas por melocotones en pago de los suministros de que se trata y la fijación de los coeficientes de equivalencia entre estas frutas constituye una modificación importante de una condición esencial del anuncio de licitación, en concreto, las modalidades de pago de los productos que deben suministrarse”.

²³ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, apartado 57.

²⁴ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, apartado 58.

²⁵ Sentencia Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, apartado 121; sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, apartado 60.

²⁶ Vid. Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, apartado 61.

el sentido de la Directiva 92/50²⁷. A su vez, sostiene que “el aumento del descuento, cuyo efecto es reducir la remuneración percibida por el adjudicatario respecto a la inicialmente prevista, no modifica el equilibrio económico del contrato en beneficio del adjudicatario²⁸ y que “el mero hecho de que la entidad adjudicadora obtenga un descuento más elevado sobre una parte de las prestaciones que son objeto del contrato no puede suponer una distorsión de la competencia en detrimento de licitadores potenciales²⁹”.

Por último, tampoco nos encontramos con una modificación de las condiciones esenciales cuando se efectúa una referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial³⁰.

Por lo que respecta a la modificación del plazo, la jurisprudencia del TJUE analiza si la introducción de una cláusula por la que las partes se comprometen a no resolver durante un período determinado un contrato celebrado por tiempo indefinido es una nueva adjudicación de contrato. Lo procedente en este caso es discernir si dicha cláusula debe considerarse una modificación sustancial del contrato inicial³¹. En el asunto “*Presstext*”³² llega a la conclusión de que no posee dicho carácter argumentando lo siguiente:

De los autos no se desprende que, durante el período comprendido entre el año 2005 y el año 2008, a que se refiere la cláusula de renuncia a la resolución, la entidad adjudicadora hubiera tenido, en ausencia de tal cláusula, una perspectiva concreta de poner fin al contrato en curso y proceder a una nueva licitación. Aun suponiendo que hubiera pretendido hacerlo, la duración a la que se refería esta cláusula, es decir, tres años, no era de tal envergadura como para habérselo impedido durante un tiempo excesivo en relación con el tiempo necesario para la organización de tal operación. En estas circunstancias, no está acreditado que tal cláusula de renuncia a la resolución, siempre y cuando no se reintroduzca sistemáticamente en el contrato, suponga un riesgo de falsear la competencia, en detrimento de nuevos licitadores potenciales. Por consiguiente, no puede calificarse de modificación sustancial del contrato inicial.

Por tanto, no se produce en este supuesto una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50³³.

²⁷ Vid. Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartado 87.

²⁸ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartado 85.

²⁹ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartado 86.

³⁰ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartados 69 y 70.

³¹ Sentencia Comisión/Francia, apartados 44 y 46; sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartados 34 y 76.

³² Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartado 79.

³³ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartado 80.

4.

MODIFICACIONES PREVISTAS

Se ha señalado que el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores requiere que todas las ofertas sean conformes a las prescripciones contempladas en el pliego de cláusulas administrativas para garantizar una comparación objetiva que tiene que respetar en todas sus fases dicho principio y el de transparencia con la finalidad de que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas³⁴.

Cabe recordar al respecto que la entidad adjudicadora debe definir en el anuncio de licitación tanto el objeto como las condiciones del procedimiento. De este modo, la entidad adjudicadora ha de atenerse escrupulosamente a las condiciones que ha fijado y que indujeron a los licitadores a participar en el procedimiento y a presentar su oferta en función de las condiciones aplicables a la licitación³⁵.

Esta obligación persiste durante la fase de ejecución del contrato, ya que únicamente podrá desvincularse de las condiciones y modalidades previstas en los supuestos mencionados en el anuncio de licitación de forma expresa. Así lo afirma el TJUE³⁶ cuando indica que:

Esta obligación persiste durante todo el procedimiento, incluso durante la fase de ejecución del contrato celebrado por la entidad adjudicadora con el licitador seleccionado. Dicha entidad tan sólo podrá desvincularse de las condiciones y modalidades previstas en aquellos supuestos expresamente mencionados en el anuncio de licitación. Por tanto, no está facultada para ejecutar de la forma que considere más apropiada el contrato celebrado con la empresa o empresas seleccionadas.

En caso de que la entidad adjudicadora desee que puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación después de haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever esta posibilidad de adaptación de forma explícita, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación, de modo que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren en condiciones de igualdad al formular su oferta³⁷.

³⁴ Sentencia de 29 de abril de 2004, "*Succhi di Frutta*", C-496/99 P, cuyo apartado 7 se remite al 72 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia; sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, Rec. p. I-3353, apartado 37, y de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartados 54 y 70.

³⁵ Sentencia de 29 de abril de 2004, "*Succhi di Frutta*", C-496/99 P, apartado 37.

³⁶ Sentencia de 29 de abril de 2004, "*Succhi di Frutta*", C-496/99 P, apartado 38.

³⁷ Sentencia de 29 de abril de 2004, "*Succhi di Frutta*", C-496/99 P, apartado 118.

Ahondando en el sentido y alcance del principio de igualdad de trato entre los licitadores, como ya se ha señalado anteriormente, el mismo pretende favorecer una competencia sana y efectiva e impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas, lo que conlleva que estén sometidas a las mismas condiciones³⁸.

A su vez, el principio de transparencia pretende garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Requiere que las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y que la entidad adjudicadora pueda corroborar que las ofertas presentadas responden a los criterios aplicables al contrato³⁹.

5.

MODIFICACIONES NO PREVISTAS

Tal y como se ha expuesto anteriormente, la entidad adjudicadora debe definir en el anuncio de licitación el objeto y las condiciones del procedimiento, teniendo en cuenta que solamente podrá separarse de las condiciones y modalidades previstas en los supuestos contemplados en el anuncio de licitación de forma expresa.

El TJUE reitera esta idea cuando expone:

Esta jurisprudencia es aplicable al presente asunto. De ella se deduce que la Comisión estaba obligada a precisar claramente en el anuncio de licitación el objeto y las condiciones de la licitación, y a atenerse rigurosamente a las condiciones enunciadas, para que todos los licitadores dispusieran de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas. En concreto, la Comisión no podía modificar posteriormente los requisitos de licitación, especialmente los referidos a la oferta que debía presentarse, de una forma no prevista por el propio anuncio de licitación, sin violar el principio de transparencia⁴⁰.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 111.

⁴⁰ Sentencia de 29 de abril de 2004, "Succhi di Frutta", C-496/99 P, que en su apartado 7 se remite al 73 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

No obstante, “en caso de circunstancias excepcionales acaecidas con posterioridad a la adjudicación del contrato y que hagan necesaria una adaptación de las condiciones de licitación y a falta de una cláusula en el anuncio de licitación que permita otra solución, corresponde a la entidad adjudicadora anular el procedimiento y proceder a un nuevo anuncio de licitación en el que todos los licitadores anteriores puedan participar en condiciones de igualdad”⁴¹.

Incluso cuando la decisión de adjudicación haya sido ya plenamente ejecutada en beneficio de otros competidores, un licitador conserva un interés en que se anule esa decisión para conseguir una revisión adecuada para su situación o para que se obligue a la introducción, para lo sucesivo, de las modificaciones apropiadas en el régimen de las licitaciones si se declara que es contrario a determinadas exigencias jurídicas⁴².

6.

REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La transparencia, cuyo papel para evitar los conflictos de intereses y la corrupción en la contratación pública ha sido analizado por la jurisprudencia comunitaria, se erige como un principio de la contratación pública en su doble vertiente de publicidad y de transparencia de los procesos de licitación, constituye una concreción del principio de igualdad y guarda una íntima conexión con el principio de competencia⁴³.

Si bien la corrupción puede darse en todas las fases de la actividad contractual del Estado⁴⁴, existen actuaciones especialmente vulnerables a este fenómeno que se pueden materializar en cada una de las etapas de la contratación pública: “en la fase de formación de la voluntad de la administración se manipula la demanda pública (aspecto interno de la corrupción), en el proceso precontractual se distorsionan los mecanismos de adjudicación

⁴¹ Sentencia de 29 de abril de 2004, “*Succhi di Frutta*”, C-496/99 P, apartado 39.

Así lo expone cuando en su apartado 7 se remite al 81 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia afirmando que: “Aun suponiendo que en la Comunidad existiera tal indisponibilidad de manzanas que pudieran ser retiradas, correspondía a la Comisión fijar en el anuncio de licitación las condiciones precisas de una sustitución de las frutas previstas para el pago de los suministros de que se trata por otras, para respetar los principios de transparencia y de igualdad de trato. De no ser así, la Comisión estaba obligada a iniciar otro procedimiento de licitación”.

⁴² Sentencia de 29 de abril de 2004, “*Succhi di Frutta*”, C-496/99 P, en su apartado 63; sentencia de 6 de marzo de 1979, Simmenthal/Comisión, 92/78, Rec. p. 777, apartado 32.

⁴³ Agustín Cerrillo I Martínez, *El Principio de Integridad en la Contratación Pública. Mecanismos para la prevención de los Conflictos de Intereses y la Lucha contra la Corrupción*, (Navarra: Editorial Aranzadi, SA, , 2014), 104-105.

⁴⁴ Saggi Tascabili, *La lotta alla corruzione*, (Roma: Laterza, 1998), 82; AA.VV., “Elementos de la corrupción administrativa”, en *Corrupción y cambio*, coord. José Octavio López Presa, (México: Fondo de Cultura Económica, 1998), 185.

(aspecto adjetivo de la corrupción) y finalmente el proceso culmina con la ineficiencia en la ejecución del contrato (aspecto material de la corrupción)⁴⁵.

Por lo que se refiere a esta última fase, se ha apuntado que “durante la ejecución del contrato, la corrupción puede tener diferentes manifestaciones que se traducen en los sobrecostos de las obras; el abuso de la subcontratación; la revisión de precios en relación a las ofertas anormalmente bajas; o en la expedición de facturas y documentos falsos”⁴⁶.

Por su parte, la doctrina ha remarcado que “algunas figuras creadas con buenas intenciones, como la subcontratación, el *ius variandi*, las prórrogas del plazo o la revisión de precios, son utilizadas fraudulentamente para que un contrato público pueda ser ejecutado con un contratista, objeto, plazo y precio diferentes a los pactados con la Administración”⁴⁷.

Finalmente, cabe aludir a que en España la Junta Consultiva de contratación administrativa en su Informe 28 de 1971 ha señalado la existencia de tres límites al *ius variandi*: no es conforme a Derecho, ni cabe dentro del *ius variandi*, una modificación sustancial del primitivo negocio; el ejercicio del *ius variandi* debe respetar el equilibrio de intereses que sirvió de soporte al tiempo de la adjudicación del contrato y el *ius variandi* debe estar justificado en necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto, por lo cual no debe ocultar defectos de previsión o errores del proyecto que con un estudio más cuidadoso se hubieran evitado⁴⁸.

Para citar este artículo: Rodríguez Martín-Retortillo, María del Carmen, El principio de igualdad y transparencia en la modificación de los contratos públicos”, *Revista de Derecho* 14 (dic. 2016), 143-157

⁴⁵ Carlos Guillermo Castro Cuenca, *La corrupción en la contratación pública en Europa, Grupo de estudio contra la corrupción*, (España: Universidad de Salamanca, Ratio Legis, 2009), 59.

⁴⁶ Cerrillo I Martínez, *El Principio de Integridad en la Contratación Pública*, 47.

⁴⁷ Castro Cuenca, *La corrupción en la contratación pública en Europa, Grupo de estudio contra la corrupción*, 21-22.

⁴⁸ Castro Cuenca, *La corrupción en la contratación pública en Europa, Grupo de estudio contra la corrupción*, 87.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. 1998. Elementos de la corrupción administrativa. En *Corrupción y cambio*, coord. José Octavio López Presa, 185. México: Fondo de Cultura Económica.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo. 2009. *La corrupción en la contratación pública en Europa, Grupo de estudio contra la corrupción*. España: Universidad de Salamanca, Ratio Legis.
- Cerrillo I Martínez, Agustí. 2014. *El Principio de Integridad en la Contratación Pública. Mecanismos para la prevención de los Conflictos de Intereses y la Lucha contra la Corrupción*. Navarra: Editorial Aranzadi, SA.
- Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Patrimonio, Comisión Consultiva de Contratación Pública, Junta de Andalucía. *Contratación pública. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. España: Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Patrimonio, Comisión Consultiva de Contratación Pública, Junta de Andalucía.
- Sentencia de 6 de marzo de 1979, Simmenthal/Comisión, 92/78, Rec. p. 777, apartado 32.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, Rec. p. I-3353, apartado 37.
- Sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartados 54 y 70.
- Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C275/98, Rec. p. I8291, apartado 31.
- Sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C337/98, Rec. p. I8377, apartados 44 y 46.
- Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C324/98, Rec. p. I10745, apartados 60, 61 y 62.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34 y 111.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45 y C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91.
- Sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C496/99 P, Rec. p. I3801, apartados 7, 37, 38, 39, 63, 108, 109, 110, 111, 116, 117, 118 y 121.
- Sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C26/03, Rec. p. I1, apartado 44.

Sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17.

Sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48.

Sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21.

Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, **apartados 31, 32, 34, 35, 36, 37**, 45, 54, 57, 58, 59, 60, 61, 69, 70, 76, 79, 80, 85, 86, 87.

Sentencia de 13 de abril de 2010, caso “*Wall*”, asunto C-91/08, apartado 36, 37, 38 y 43.

Sentencia de 22 de abril de 2010, “*Comisión Europea contra Reino de España*”, C423/07, apartados 54, 55, 58, 70 y 71.

Tascabili, Saggi. 1998. *La lotta alla corruzione*. Roma: Laterza.

Unificación del Derecho Patrimonial Privado

Israel Creimer

Universidad de la República-Uruguay
creimer@adinet.com.uy

RESUMEN: En este trabajo, el autor hace un análisis sucinto de la nueva tendencia codificadora, que vuelve a reunir el Derecho Civil y el Derecho Comercial. Su objetivo es demostrar la conveniencia de la unificación del Derecho Privado. Tiene en cuenta la reforma argentina, que entró en vigencia en agosto 2015, para repasar la normativa uruguaya.

PALABRAS CLAVE: derecho privado, recodificación, Código Civil y Comercial

SUMMARY: In this paper, the author does a succinct analysis of the new tendency, that goes back together the Civil Right and the Commercial Right. His purpos is to show the suitability of the unification of the Private Right. It takes into account the Argentinian reform, that went in in force in August 2015, to review the Uruguayan rule.

KEYWORDS: private right, new codification, Civil and Commercial Code

A Susie; sin ella nada hubiera sido posible

1.

PRELIMINARES

Hace muchos años sostuvimos, en unas jornadas en la Asociación de Escribanos en homenaje al Prof. Cafaro, que éramos partidarios de la existencia de un único derecho privado patrimonial. Esta idea se ratificó por escrito, en el año 2007¹.

Por otra parte es indudable, que siempre habrá microsistemas jurídicos que se irán dando inevitablemente en el devenir del tiempo.

Con la presentación, de este trabajo, algo más extenso que el anterior, proponemos empezar un debate sobre la cuestión.

Sería bueno que otros se pronunciaran con sus comentarios, críticas o acuerdo con lo que se propugna. Creemos que el tema debe debatirse y resolver si la iniciativa es o no conveniente.

Alegría dice que los juristas tenemos “una misión, no necesariamente escrita de velar por el progreso del derecho dentro del marco de una sociedad cada vez más demandante de justicia y de igualdad”².

¹ Israel Creimer, “Obligaciones y Contratos Comerciales. Algunas observaciones complementarias generadas por el paso del tiempo”, publicado en *Estudios Jurídicos*. N° 3 (2007), 78.

² Héctor Alegría, en sus palabras al recibir en 2013 su designación como Doctor Honoris Causa de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República bajo el título: “Derecho Privado hoy y la innovación jurídica”. *Revista de Derecho Comercial*. Quinta Época, Año I, N° 1 (Enero-Marzo, 2016), 120.

2.

ANTECEDENTES

En la Argentina, la tercera fue la vencida. Hubo dos proyectos de códigos unificados preparados por excelentes juristas, eliminando la dualidad de códigos: (civil y el comercial) y fracasaron.

El tercer proyecto, no demasiado diferente de los anteriores, finalmente entró en vigencia el 1º de agosto de 2015. Es una obra atractiva, que cambia sustancialmente el derecho positivo argentino y que, a esta altura, ya tiene un análisis doctrinario muy importante³.

Por razones históricas recibimos, muy al principio del siglo XIX, dos códigos franceses: el de los civiles y el de la clase de los comerciantes.

El Derecho Comercial nació con las corporaciones post medioevales y se fue forjando por las necesidades de los mercaderes.

El Derecho Civil, con base romanística está pensado fundamentalmente para la contratación inmobiliaria.

El romano no era un derecho que regulara la circulación de bienes y servicios que los burgueses ofrecían en Ferias y Mercados. Los alfareros, herreros, peleteros, carpinteros y otros oficios se agrupaban en corporaciones. Ellas indicaban las normas técnicas del oficio y lo que, hoy llamaríamos, las relaciones laborales, las calidades de los productos y el derecho que regía sus actividades. Incluso tenían magistrados para resolver las controversias que se plantearan.

Con la llegada de la Revolución Francesa, que quiso romper el sistema corporativo medieval, no se quería conceder privilegios a una clase. Hubo que resolver este asunto para los comerciantes. De allí surge la idea del “acto de comercio” objetivo. El comerciante es quien realiza habitualmente estos actos. El listado de actos de comercio es anárquico y obedeció a cuestiones prácticas. Eran los temas que estaban bajo la competencia de los jueces de comercio. Pero la actividad de este comerciante terminó subjetivizando a la clase de los comerciantes con normas que sólo se aplicaban a ellos⁴.

³ Son innumerables los artículos y libros publicados. Debe señalarse especialmente el análisis exegético contenido en una vasta obra *-Código Civil y Comercial de la Nación-* cuyo director es Ricardo Lorenzetti, (Rubinzal-Culzoni Editores). También mencionaremos *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, cuyos directores son Julio César Rivera y Graciela Medina, editado por *La Ley*. En ambos casos intervienen multiplicidad de juristas en los análisis del Código.

⁴ Julio C. Rivera, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 8.

En definitiva, es por una razón histórica, no dogmática, que aparece un derecho comercial, distinto del civil. Tenemos dos regulaciones para los derechos privados patrimoniales. Creemos que esto no se justifica.

Hace más de un siglo que se propugna la unificación de los códigos ya que, la existencia de dos, al menos en algunas partes, no parece razonable.

Broseta⁵ habló en forma elocuente en uno de los capítulos de su libro sobre el tema: “La ‘progresiva generalización’ de ciertas reglas e instituciones mercantiles, la unificación del Derecho de las obligaciones y la autonomía del Derecho Mercantil”. Afirma que se produce una poderosa transfusión de los actos mercantiles a quienes no son comerciantes, un robustecimiento de las actividades mercantiles en todas las clases sociales y por tanto un sometimiento de los actos objetivos a la competencia de los Tribunales Mercantiles. Existe una vasta corriente doctrinal, en el sentido de que el Derecho Mercantil ha dejado de ser subjetivo para convertirse en objetivo.

Esto produce “una creciente emigración de normas e instituciones nacidas en el Derecho Mercantil al Civil, la “progresiva y creciente difusión del espíritu comercial” y que se comprueba una ‘progresiva postergación de los contratos civiles por los mercantiles’”. Cita en apoyo de sus afirmaciones a autores ilustres como Ascarelli, Ferrara, Garrigues y Ripert.

En América Latina se han extendido bastante los códigos unificados.

En este trabajo exponemos los temas tratando de ser objetivos. Pero hay ideas que, inevitablemente, se inclinan por soluciones que se creen justas y adaptadas a nuestras actuales circunstancias.

3. **¿CÓDIGOS?**

Hay una interrogante que, legítimamente, nos podemos hacer y es sí, a esta altura, es razonable la codificación. Esta supone una cierta estabilidad en el plexo normativo.

En la época en que vivimos, con cambios tan acelerados, ¿será conveniente cristalizar en códigos las normas que nos rigen?

El tema ha sido planteado por más de un autor. Entre nosotros, ha habido un pronunciamiento sobre esta cuestión: “A la decadencia de la organización económica liberal

⁵ Manuel Broseta Pont, *La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil* (Madrid, Tecnos, 1965), 198 y ss.

correspondió 'la destrucción' de su mayor creación jurídica: la noción de código como un sistema cerrado capaz de contener en si mismo la solución de todos los problemas jurídicos, sustentado sobre los principios de libertad e igualdad"⁶ Como muy bien lo señala López Rodríguez, la legislación moderna tiende a evadirse de los códigos.

Hemos visto que, desde hace décadas, el estatuto del Rematador salió del Código de Comercio, con una ley especial y luego, las cataratas de leyes recientes y no tan recientes, Títulos Valores, Mercado de Valores, Sociedades, Concursos, etc.

Está lejos de nuestra posición actual, la posibilidad de un Código multinacional, que propende a la uniformación del Derecho privado latinoamericano como se ha propuesto⁷.

El Prof. Arturo Caumont, en un trabajo reciente, reitera una posición que ha sostenido desde hace tiempo. Afirma que la dispersión legislativa con leyes especiales, genera una falta de certeza que no es buena. En consecuencia, propone revertir la corriente de decodificación a la recodificación.

Por supuesto, afirma como positivo el proceso de neoconcentración por la vía de la unificación del Derecho Civil y el Derecho Mercantil. Cita, a favor de su posición una extensa bibliografía⁸.

En similar sentido De Cores en un trabajo que no refiere estrictamente a este tema, sino a la teoría general del contrato, ha dicho: "En una muy breve síntesis, puede afirmarse que en este último lapso hemos pasado por la experiencia de la decodificación y de la recodificación del derecho contractual y de la fragmentación, así como de la revalorización de la unidad de la teoría general del contrato"⁹

Luego analiza la posibilidad de una única teoría general: "La tesis de la fragmentación sostiene que ya no existe una teoría general unitaria del contrato que, a partir de la sistemática clara del Código Civil, ejerza un imperio sereno sobre las relaciones económicas cotidianas de las gentes, que lejos está la época en que la dogmática civilista podía pretender que su construcción científica no presentara fisuras"¹⁰

⁶ Carlos López Rodríguez, "El Derecho Comercial en el siglo XX", en www.derechocomercial.edu.uy

⁷ Arturo Caumont, "Existencia y validez de los contratos. La búsqueda para la viabilidad del emprendimiento unificador del Derecho Privado Latinoamericano". *La Ley Uruguay* Año VI. N° 1, 51 y ss. En el mismo sentido: Carvajal Arenas, Lorena "La unificación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII. (Valparaíso, Chile. Segundo Semestre de 2006), 37-53.

⁸ Arturo Caumont-Santiago Miranda, "Neocentralismo y recodificación contemporánea del derecho privado: El valor del sistema central y de las reglas jurídicas de anticipación". *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. T. XLV (2014) F.C.U Págs. 875 y ss.

⁹ Carlos De Cores, "25 años que transformaron la teoría general del contrato" en *El Derecho entre dos siglos* T.I (Montevideo, Facultad de Derecho, UCU, 2015), 397.

¹⁰ De Cores, Carlos "25 años que transformaron...", 403-404.

Sostiene la necesidad de recodificar dadas las nuevas situaciones y se pregunta: “¿como recodificar?”. Y contesta:

La respuesta a esta pregunta no es fácil, pero la comunidad de los juristas se esfuerza por encontrar algunos criterios orientadores”.

“En primer lugar, es seguro que el sentido de una “recodificación” implicará además del tradicional el manejo de la coordinación entre la Parte general y la Parte especial del código, la incorporación de la perspectiva constitucional y de la legislación sectorial, fundamentalmente referente a las relaciones de consumo”¹¹.

Además de la tuición especial que ofrece el derecho del consumo, propone reglas para las pequeñas y medianas empresas. Como en el caso de Italia que prevé las situaciones de abuso de la dependencia económica (Ley N° 192 de 1998). Tesis difundida de la doctrina europea. Este también es un tema de enorme trascendencia que debemos considerar si buscamos realmente soluciones equitativas acordes con la realidad que vivimos. Los autores que estudian el derecho del consumidor hacen esfuerzos en este sentido¹². Convendría legislarlo expresamente para evitar dudas.

Finalmente concluye De Cores:

En definitiva, la necesaria uniformización del Derecho Contractual en los ámbitos de integración económica, sean ellos europeos o latinoamericanos, requiere el empleo a fondo de los marcos conceptuales de una teoría general del contrato, y el respeto del principio de libertad, subsidiariedad, y autonomía de la voluntad, sin perjuicio de la definición de ámbitos determinados y precisos de protección”¹³.

Y más adelante: “La utilidad y el valor de un esquema unitario abstracto, resulta reafirmada, en tanto ella no parece haber perdido, ni que pudiera perder, como categoría lógico-formal, su rol central en el cuadro de los actos de autonomía privada”¹⁴.

Obviamente, propone un esquema unitario.

Rivera¹⁵, por su parte, bajo el título “Codificación, Descodificación y Recodificación del Derecho Privado Argentino a la luz de la experiencia comparada”, trata el tema con su habitual profundidad. Señala que en la Argentina vino por la gran cantidad de leyes especia-

¹¹ De Cores, Carlos “25 años que transformaron...”, 407.

¹² Entre ellos, la Dra. Dora Szafir.

¹³ De Cores, Carlos “25 años que transformaron...”, 422-423.

¹⁴ De Cores, Carlos “25 años que transformaron...”, 425

¹⁵ Julio C. Rivera, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1.

les que se dictaron en diversas materias atinentes, en principio, tanto al Derecho Civil como al Comercial. Algo similar sucedió en el Uruguay.

Establece que la muerte de los códigos proviene de su envejecimiento. Los cambios del siglo XX empezaron a ser muy acelerados y, agregamos por nuestra parte, en lo que va del siglo XXI la aceleración sin duda continúa “Pero ello no implica abdicar del método si se concibe que la codificación no es en sí una meta inmóvil, sino un proceso, un conjunto esencialmente dinámico al cual constantemente se incorporan normas nuevas y se desechan las caducas y que por lo tanto exige su revisión permanente”¹⁶.

Este fenómeno también se ha dado en la legislación alemana¹⁷ con la BGB aprobada por el Parlamento Federal el 11 de octubre de 2001, vigente desde el 1 de enero de 2002. Estas normas surgieron después de 22 años de trabajo y están dirigidas, en las palabras de Rivera al “*ciudadano de carne y hueso que lucha diariamente contra las agresiones del mercado*”¹⁸.

Las fuentes que se tomaron en cuenta fueron la Convención de Viena de 1980 y los Principios de Unidroit.

4.

¿DOS CÓDIGOS?

El objetivo de este trabajo es abogar por la unificación del derecho de las obligaciones, en un solo código.

¿Porque tenemos normas repetidas en los códigos comercial y civil? Como lo dice el Mensaje de elevación del Proyecto de Código de Comercio vigente, se incluyeron en el mismo, normas de Derecho Civil, porque no existía en el país un Código Civil. Este se sanciona dos años después del Código de Comercio de 1866.

Nuestro Código de Comercio surge del trabajo de dos juristas: un uruguayo, Eduardo Acevedo y un argentino, Dalmacio Vélez Sarsfield que presentaron un Código de Comercio para la Provincia de Buenos Aires en Abril de 1857. Allí se dice textualmente: “En el estado actual de nuestros Códigos Civiles era imposible formar un Código de Comercio, porque las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas y parten de antecedentes ya prescriptos en el Derecho Común”.

¹⁶ Julio C. Rivera, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 17.

¹⁷ Julio C. Rivera, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 19.

¹⁸ Julio C. Rivera, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 19.

Este Código al que hacemos referencia fue aconsejado, en nuestro país por una Comisión que se expidió en Mayo de 1861. Fue sancionado y promulgado el 26 de Mayo de 1865 por el General Flores. Luego hubo reformas al Código pero, respecto del tema que tratamos nada se tocó.

Carvajal Arenas¹⁹ nos dice que:

(...) el ideal de la unificación privatística surgirá en Europa con los ‘juristas filósofos’: G. Montanelli y E. Cimbali. Los juristas historiadores como Endemann y Dermburg, verán en el Derecho Comercial no sólo una categoría histórica, sino una verdadera categoría transitoria, esto es, una categoría destinada a desaparecer”²⁰.

En el mismo sentido se pronuncia Rivera: “Han desaparecido las diferencias entre el derecho civil y el comercial que dieron lugar a la codificación separada del siglo XIX”²¹.

5.

LA TESIS REVISIONISTA

Vivante planteó en 1888 la unificación del Derecho Privado. Eso se plasmó, definitivamente, en el Código Italiano de 1942 que es muy conocido en nuestro medio por la difusión de la doctrina italiana.

Broseta dice textualmente: “El Código Civil Italiano no ha realizado una unificación sustancial del Derecho privado, sino sólo la unificación de la teoría general de las obligaciones y de los contratos, estableciendo una única regulación para unos y otros, suprimiendo su dicotomía de régimen”²²

Luego cita a Móller: “De todo ello concluye la existencia de graves síntomas en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina que le inclinan a pensar en la conveniencia de abandonar la distinción entre Derecho Civil y Derecho Mercantil, de elaborar un amplio

¹⁹ Carvajal Arenas, Lorena “La unificación del derecho...”, Pág. 4

²⁰ La autora cita a los siguientes autores: De Carvalho, Orlando, “Texeira de Freitas e a unificação do direito privado”, en *Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani* 21 (Padova, Cedam, 1998), 106 y ss. La distinción del derecho civil y comercial desde el punto de vista histórico propone también Ascarelli en su obra [cit., (n. 1), p. 250]: “La distinzione tra diritto civile e commerciale si presenta perciò come un fenomeno peculiare a alcuni diritti in alcune epoche storiche e la stessa proponibilità logica di una unificazione (prescindendo della sua opportunità) torna a dimostrare che si tratta di una distinzione che non possiede un valore logico indipendente dal tempo, ma che invece riposa su situazione storiche, storicamente determinate”.

²¹ Julio C. Rivera, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 27.

²² Manuel Broseta Pont, *La empresa, la unificación...*, 218.

Código Civil general y de regular por leyes especiales ciertas materias como el Derecho de Sociedades, Seguros y el Derecho Marítimo”²³.

Debe reconocerse que esto no ha pasado en otro referente muy importante del Derecho uruguayo, como el Derecho francés; sin embargo su doctrina considera la conveniencia de unificar el Derecho privado de las obligaciones.

Tampoco se ha dado en España, donde existen normas constitucionales que lo impiden. Garrigues observa una progresiva postergación de los contratos civiles por los mercantiles²⁴

El Código suizo de las obligaciones se remonta a 1881²⁵ y muchos países tomaron este camino: Túnez, Marruecos, Turquía, Líbano, Polonia, Unión Soviética, Perú, Paraguay, Cuba, Holanda, Mongolia, Vietnam, Federación Rusa, Taiwán, Tailandia, China, Québec y Brasil. El Código de Quebec es fuente de muchas disposiciones del Código Civil y Comercial Argentino, sus comentaristas elogian la calidad de sus soluciones.

El sistema anglosajón es unificado desde el Siglo XVIII por el cual las reglas comerciales predominan frente a las civiles y subsisten normas especiales para ciertas figuras mercantiles. En Inglaterra se produce por primera vez la unificación. Fusión entre la merchant law y el common law. Luego hay varias leyes que lo confirman.²⁶

6.

EL PROBLEMA URUGUAYO

Como se dijo, en el Código de Comercio uruguayo, como no existió una legislación civil codificada se incluyeron normas propias del Derecho Civil.

Los redactores del código creían que las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles y son una excepción a ellas²⁷. Hay una cantidad de normas que son idénticas en ambos códigos o tienen leves discrepancias.

Pérez Fontana sostuvo la derogación de esta parte del Código de Comercio por el Código Civil que es posterior en el tiempo²⁸. Mezzera, entiende lo contrario pues el art. 2390 del Código Civil deroga la legislación anterior en cuanto a aquellas materias que *“forman*

²³ Manuel Broseta Pont, *La empresa, la unificación...*, 220.

²⁴ Manuel Broseta Pont, *La empresa, la unificación...*, 224 y 204.

²⁵ Manuel Broseta Pont, *La empresa, la unificación...*, 207 y ss. lo explica detalladamente.

²⁶ Manuel Broseta Pont, *La empresa, la unificación...*, 206 y 207.

²⁷ Mezzera-Rippe, *Curso de Derecho Comercial*, T. III, Pág. 8 y ss.

²⁸ Pérez Fontana, Sagunto. Revista Sociedades Anónimas. T. XI, Pág. 293 y ss.

el objeto del presente código". Y dice que: "las leyes relativas a materias extrañas a este Código no se considerarán derogadas" y asimismo el art. 1260 dispone que: "las reglas particulares a las transacciones mercantiles en el Código de Comercio" por lo que concluye que los contratos calificados como comerciales serán regidos por el Código de Comercio.

Nuri Rodríguez y Carlos López²⁹ contravienen lo opinado por Pérez Fontana porque el art. 2390 establece que el Código Civil deroga todas las normas anteriores "sobre las materias que forman el objeto del presente Código". Asimismo los arts. 191 y 938 del Código de Comercio se remiten a las normas del Derecho Civil. El Derecho Civil es fuente del Derecho Comercial pero sólo en dónde el Código de Comercio no tiene una regulación integral. ¿Si el Código de Comercio estaría derogado no habría prueba de libros? Descartan dicha posibilidad.

El tema resulta bastante complejo y no es nuestra intención terciar en esta discusión que tiene bastante más de medio siglo.

La solución de nuestro derecho no es clara y ha dado lugar a dudas y, en éstos aspectos, cuánto más claridad se arroje, será mejor.

Si bien no hay dudas que el transporte y el seguro, son contratos comerciales y ellos sólo estaban regulados en el Código de Comercio, hoy ya tenemos leyes especiales –micro-sistemas- sobre estos contratos.

Hay una duplicidad de reglamentaciones en contratos, como por ejemplo, las compraventas en que hay sólo dos diferencias menores. Lo que, no deja lugar a dudas, es que no tiene porque haber regulaciones distintas en temas como las fuentes de las obligaciones, la extinción de las mismas y otros temas afines como los que se tratan en los Títulos I, II, III y IV del Libro II del Código.

Claro que puede haber algunas particularidades del Derecho Comercial en estos temas como, precisamente, en cuestiones de interpretación o integración del Derecho, donde la remisión a la costumbre y a las convenciones internacionales sobre ciertos tipos de negocios debe preservarse. Un ejemplo claro de ello son las cartas de crédito, tan relevantes en el comercio internacional, cuyo contenido normativo vive cambios muy frecuentes, que surgen de convenciones internacionales. Los Profesores Rodríguez Olivera y López Rodríguez analizan exhaustivamente la cuestión.³⁰

²⁹ Nuri Rodríguez Olivera- Carlos López Rodríguez, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, Vol. 2 del Tomo I Pág 7 y ss.

³⁰ Nuri Rodríguez Olivera-Carlos López Rodríguez, "Sobre la pretendida autonomía del Derecho Comercial" en www.derechocomercial.edu.uy

Rodríguez y López comienzan por preguntarse “¿Cuándo una rama del Derecho es autónoma respecto de las restantes?” Hay diversas autonomías, la didáctica, la legislativa o la jurídica o científica, situación que se da cuando el conjunto de normas tienen principios propios.

Tanto el Derecho Civil como el Comercial son parte del Derecho privado. Como ya lo hemos señalado, dicen que la aparición del Derecho Comercial se debe a motivos históricos “Estrictamente el Derecho Comercial no tiene autonomía jurídica pues **no tiene principios propios que lo distinguan del derecho Civil**” (resaltado en el original). Citan como respaldo a Hamel y Lagarde.

Y es más, afirman: “Sería deseable que en ciertos terrenos se llegara a la unidad”. Esta es exactamente la posición que sustentamos, la unificación en materia de obligaciones y contratos.

Con un Código único los problemas interpretativos se facilitan, sin perjuicio de normas especiales que sólo regirían para los comerciantes o empresarios.

Esto dicho con total deliberación: ¿es el Derecho Comercial el Derecho de la empresa? Mucho sobre esto ya se ha dicho y lo trataremos a continuación.

7.

EL DERECHO COMERCIAL COMO DERECHO DE LA EMPRESA

Esto ha sido afirmado por diversos autores y es la tesis del Código Italiano de 1942. Es obvio que tal tesis se encuentra vinculada a una determinada concepción política.

No es nuestra intención, definirnos en este tema, donde tantos y tan prominentes juristas se han pronunciado. Los argumentos a favor y en contra están explicados en diversos textos. Hay uno que lo resume todo que es el de Broseta, al cual nos remitimos y al cual hacemos referencia reiterada en este trabajo³¹.

Si bien puede discutirse que exista una identidad entre el Derecho Comercial y el de la Empresa, podemos hacer, sin hesitación algunas afirmaciones.

Tomemos como definición la más sencilla: empresa es la organización de capital y trabajo. Es claro que este concepto, importado de la economía, no es una persona, ni es un bien, es una organización.

³¹ Manuel Broseta Pont, *La empresa, la unificación...*, 165 y ss.

La gran mayoría de la actividad mercantil se hace a través de empresas. Incluso las actividades agropecuarias, tradicionalmente consideradas civiles, tienen organización empresarial. No advertimos porqué una fábrica de tornillos deba tener un régimen jurídico distinto a un tambo que produce leche.

¿Porqué un establecimiento pecuario que produce vacunos, que serán carne tenga un régimen distinto? No es razonable. Independientemente que muchas son sociedades que adquieren una comercialidad formal.

Incluso una asociación civil o una fundación tienen una organización empresarial.

Por eso, la ley concursal uruguaya (Ley N° 18.387) establece el mismo procedimiento para todos los sujetos. Sólo dejó afuera a los consumidores y algún caso más, por razones que nunca fueron claras.

Allí tenemos un claro caso de unificación. La misma norma, en caso de impotencia patrimonial, rige para todos los sujetos y ello simplifica y no acarrea problema alguno.

Es cierto que, por razones prácticas y políticas, algunos patrimonios, en caso de insolvencia, tienen otros regímenes como el caso de las instituciones de intermediación financiera y los patrimonios dados en fideicomisos. Son excepciones a la regla.

Sin perjuicio de los comentarios hechos precedentemente siguiendo nuevamente a Broseta³² reiteramos e insistimos en la “*la progresiva generalización de ciertas reglas e instituciones mercantiles*” Ha habido, sin duda, un avance del Derecho Comercial sobre el civil. La razón es clara. El derecho contractual civil está, en cierto modo, estancado, mientras que el derecho comercial está en permanente evolución. Es que están empujados por la realidad empresarial que permanentemente va evolucionando, tanto como el ingenio de los empresarios que es casi infinito.

Hay también –aunque soterrado– un tema de orgullos. Suele señalarse que los civilistas invaden al Derecho Comercial.

El Derecho es uno solo y su fraccionamiento en diversas disciplinas se hace para su estudio.

En la práctica los actos y los hechos de la vida se dan comprendiendo varios tipos de normas. En un contrato comercial es posible que estén vinculadas cuestiones de derecho administrativo, tributario, de familia, etc.

Lo que puede pensarse hoy es que hay un derecho de la empresa (o de los oferentes de bienes y servicios) y un derecho del consumidor. Pero, es obvio, que los oferentes también pueden ser consumidores.

³² Manuel Broseta Pont, *La empresa, la unificación...*, 198.

Como dijo Kennedy en su recordado mensaje a la Unión de los años cincuenta: “*todos somos consumidores*”.

Hay que pensar en cómo engarzar el derecho del consumidor en un Código único. ¿Debe integrarse o es mejor que tenga una ley aparte?

Los argentinos dejaron la ley pero la complementaron con normas del nuevo código.

8.

EL CÓDIGO ARGENTINO

El Código Civil y Comercial de la Nación- Ley N° 26.994 es omnicompreensivo y significó una labor muy importante. Si bien la comisión redactora estaba encabezada por Ricardo Luis Lorenzetti, Presidente de la Suprema Corte y otros juristas de nota, debe reconocerse que había un trabajo ya hecho por dos proyectos anteriores que no llegaron a entrar en vigencia, tal como se dijo.

Sus fundamentos básicos, se dice, entre otras cosas, están en la *identidad cultural latinoamericana* en la que está la tradición romana, hispánica y francesa, *la constitucionalización del derecho privado*, la *igualdad* y la *seguridad jurídica* en las transacciones comerciales. El ejercicio de los derechos según el Código debe estar basado en el principio de buena fe, el reconocimiento de que el abuso de derecho es contrario a los fines del ordenamiento jurídico, la condena del abuso de la posición dominante en el mercado, la preservación del orden público y la condena del fraude a la ley.

Se destacan como los principales temas que aborda el nuevo código las modificaciones a la legislación societaria, la cuestión de la sociedad de un solo socio, la sociedad entre cónyuges, la responsabilidad de los socios de la sociedad irregular y el desarrollo del tema de la inoponibilidad de la personería jurídica. Los exégetas del nuevo código argentino han encontrado ya múltiples contradicciones en el mismo, quizás debido a la multiplicidad de autores y la dificultad de unificación y armonización de la obra.

Muchos de los temas “estrella” del Código Civil y Comercial ya están clara y eficazmente regulados en el derecho uruguayo.

Quizás no estuviera mal, acometer una obra monumental como la argentina, como lo propone Caumont, según mencionamos *ut supra*, pero ello escapa a nuestra más modesta iniciativa. Pueden revisarse con mucha utilidad en el reciente código referido las normas

de los Libros Tercero, Cuarto y Sexto (a partir del art. 724). El Código también incursiona sustancialmente en los derechos del consumidor y en la regulación de los contratos.

Incluye además normas sobre los contratos más modernos que no están regulados en nuestros códigos y otros que están, o no, regulados por leyes especiales en nuestro país.

El nuevo código argentino nos puede servir de inspiración pues desarrolla conceptos bastante sofisticados. Sin embargo, algunos pueden ser contrarios a la tradición nacional como, por ejemplo, la recepción del principio de la lesión como un vicio (art. 332). Es un tema para pensar.

Lo que nos enseñaron como un dogma y está muy enraizado en la cultura jurídica uruguaya quizá puede ser revisado sobre todo después de los trabajos de Blengio³³, la consagración del principio de igualdad consagrado en el art. 8 de la Constitución nacional puede llevarnos a conclusiones diferentes a la mencionada tradición. Los juristas deben buscar la justicia, sin desconocer que la certeza en las transacciones es un valor a preservar.

Como todos los valores, están en tensión permanente entre ellos. El paso del tiempo y de los cambios sociales pueden llevar a cambiar la escala de valores.

El plazo de prescripción en principio es de cinco años (art. 2566) y, en algunos casos, plazos más breves de dos años.

En el Título Preliminar de la obra dirigida por Lorenzetti, se dice: *“El Código Civil distingue el derecho de la ley”*.

Este es un cambio fundamental respecto de toda una tradición anterior, que sólo se refería a la ley, y a la función del juez, que era aplicarla exegéticamente. En cambio, ahora el panorama se amplía sobremanera, ya que no se trata sólo de la ley, sino de todas las demás fuentes: doctrina, costumbres. Asimismo, el Código recepta disposiciones contempladas en la Constitución y en los tratados internacionales, y contempla no sólo las reglas determinadas, sino también los principios y los valores. Ello permite que el Código sea el eje articulador de todo el sistema brindando coherencia mediante reglas y principios generales³⁴

Es una invitación a reflexionar en profundidad.

De estos principios generales podemos inferir que algunas cosas en el Uruguay están muy mal, como el del plazo de prescripción recién señalado

³³ Juan Blengio, “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute”. Primera parte, en *ADCU* t. XXXII p. 571 y ss. 4. “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión revisitada y que se discute. Segunda parte”, en *ADCU* XXXIII p. 481 y ss. También el multicitado Rivera, nos habla del tema a lo que agrega la cuestión del derecho empresarial, *Código Civil y Comercial* 37 y ss.

³⁴ Ob. Cit. Pág. 25.

Creemos que estos plazos son mucho más acordes con la realidad actual. ¿Seguiremos con el mismo obscuro plazo de prescripción del Código francés de hace doscientos años? Hoy en el mundo hipercomunicado nuestros plazos de prescripción son totalmente injustificados.

Hay contenidos del Código de Comercio que ya están obsoletos como la noción de acto de comercio o la regulación de los agentes auxiliares del comercio³⁵.

9.

¿DESAPARICIÓN DEL DERECHO MERCANTIL?

Un autor argentino, ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de su país sostiene que se produce una esfumación del Derecho Mercantil³⁶. Cita a un autor peruano, Zegarra Mulánovich quien afirma la historicidad del Derecho Mercantil. Las fronteras entre el Derecho común y el Mercantil tienen un carácter transitorio, no puede asegurarse que el Derecho Mercantil será permanente.

Si las exigencias del Derecho Mercantil se generalizan pierden su virtud diferenciadora. Alude -como tantos- a la “comercialización del derecho Privado”.

Reconoce que no se advierten motivos serios, en materia de obligaciones y contratos, para someterlos a disciplinas diferentes. Cita a Ferri y a Broseta en apoyo a su tesis.

Otros autores argentinos se enfrentaron a esta posición³⁷.

Afirman que aunque se propuso, no se incluyó en el nuevo Código normas sobre el “Estatuto del comerciante”. Por ello algunos autores sostienen que el Derecho Mercantil ha perdido su autonomía legislativa, científica y funcional. En esta posición están Miguel Carlos Araya y Raúl Etcheverry.

Ahora, no solo los comerciantes tienen obligaciones contables sino que ello se extiende a otras personas. Subsisten institutos mercantiles como el seguro y el Derecho Bancario, la tarjeta de crédito, el fideicomiso, la prenda y otros. Cuando se usan estas normas, las mismas rigen para todos los sujetos, no necesariamente a los comerciantes.

Farina invocando a Messineo, refiriéndose al Código Italiano de 1942 sostuvo que la autonomía del Derecho Comercial debe considerarse conservada. Ferri sostenía que sustan-

³⁵ Julio C. Rivera, *Código Civil y Comercial...*, 41.

³⁶ Gustavo Cultraro, “La esfumación del derecho mercantil” en *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal* (Buenos Aires, Instituto Argentino de Derecho Comercial, 2015), 99 y ss.

³⁷ Marcelo Barreiro-Daniel Truffat, “Aunque no lo veamos, el derecho mercantil –como el sol- siempre está (a propósito de la supuesta desaparición del mismo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina)”;

cialmente el Derecho Comercial subsistía. Es un derecho para el mercado, la empresa o los negocios.

En definitiva, no ha desaparecido la categoría científica del Derecho Mercantil. Es que la realidad económica seguirá dando situaciones nuevas que deberán encauzarse en normas o decidir si se deja librado a la autonomía de la voluntad. Tema este no fácil de definir a priori.

El Prof. Héctor Alegría en su discurso ya mencionado ha dicho textualmente:

En este punto hemos de referir solamente que participamos de la idea de la unificación codicística legislativa de las materias civil y comercial, lo que no importa desconocer el mantenimiento de cierta particularidad didáctica y técnica del derecho tradicionalmente llamado comercial, vinculado a la empresa, su institucionalidad interna sus bienes, su actividad y sus relaciones contractuales o no contractuales con terceros ajenos a ella³⁸.

10. COLOFÓN

Si bien la aparición del código argentino, que unifica el derecho civil y el comercial, invita a la formulación de un trabajo similar. Nuestro objetivo, al menos por ahora, es mucho más limitado. Se propone, simplemente, empezar a pensar en la unificación del derecho privado patrimonial en el Uruguay.

Para citar este artículo: Israel Creimer, "Unificación del Derecho Patrimonial Privado", *Revista de Derecho-UCU*, 13 (julio 2016), pp.159-177.

³⁸ Héctor Alegría, en sus palabras al recibir en 2013 su designación como Doctor Honoris Causa de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República bajo el título: "Derecho Privado hoy y la innovación jurídica". *Revista de Derecho Comercial*, 122.

BIBLIOGRAFÍA

- Alegría, Héctor, “Derecho Privado hoy y la innovación jurídica”, *Revista de Derecho Comercial*. Quinta Época, Año I, N° 1 (Enero-Marzo, 2016), 120.
- Barreiro, Marcelo-Truffat, Daniel, “Aunque no lo veamos, el derecho mercantil –como el sol- siempre está (a propósito de la supuesta desaparición del mismo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina)”; en prensa.
- Blenzio, Juan, “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute”. Primera parte, en *ADCU* t. XXXII p. 571 y ss. 4.
- Blenzio, Juan, “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión revisitada y que se discute. Segunda parte”, en *ADCU* XXXIII p. 481 y ss. También el multicitado Rivera, nos habla del tema a lo que agrega la cuestión del derecho empresarial, *Código Civil y Comercial* 37 y ss.
- Broseta Pont, Manuel, *La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil* (Madrid, Tecnos, 1965).
- Carvajal Arenas, Lorena “La unificación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII. (Valparaíso, Chile. Segundo Semestre de 2006), 37-53.
- Caumont, Arturo, “Existencia y validez de los contratos. La búsqueda para la viabilidad del emprendimiento unificador del Derecho Privado Latinoamericano”, *La Ley Uruguay* Año VI. N° 1.
- Caumont, Arturo-Miranda, Santiago, “Neocentralismo y recodificación contemporánea del derecho privado: El valor del sistema central y de las reglas jurídicas de anticipación”. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. T. XLV (2014) E.C.U Págs. 875 y ss.
- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Julio César Rivera y Graciela Medina (coord..) (Buenos Aires, *La Ley*,).
- Creimer, Israel, “Obligaciones y Contratos Comerciales. Algunas observaciones complementarias generadas por el paso del tiempo”, *Estudios Jurídicos*. N° 3 (2007), 78.
- Cultraro, Gustavo, “La esfumación del derecho mercantil”, *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal* (Buenos Aires, Instituto Argentino de Derecho Comercial, 2015), 99 y ss.

De Cores, Carlos, “25 años que transformaron la teoría general del contrato”, *El Derecho entre dos siglos*, Miguel Tomé (coord.), T.I (Montevideo, Facultad de Derecho, UCU, 2015).

López Rodríguez, Carlos, “El Derecho Comercial en el siglo XX”, en www.derechocomercial.edu.uy

Mezzera-Rippe, *Curso de Derecho Comercial*, T. III, Pág. 8 y ss.

Pérez Fontana, Sagunto. *Revista Sociedades Anónimas*. T. XI, Pág. 293 y ss.

Rodríguez Olivera, Nuri- López Rodríguez, Carlos, “Sobre la pretendida autonomía del Derecho Comercial” en www.derechocomercial.edu.uy

Rodríguez Olivera, Nuri- López Rodríguez, Carlos, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, Vol. 2 del Tomo I Pág 7 y ss.

RESEÑA

**GUASTINI, RICCARDO,
La sintaxis del derecho, 1ª edición, Marcial Pons,
Madrid, 2016.**

1. INTRODUCCIÓN

El libro que comentamos, de reciente aparición, comporta un nuevo mojón en la teoría del derecho de Riccardo Guastini.

Guastini es uno de los autores más importantes de la “Escuela Genovesa”, siendo un precursor a nivel mundial en la elaboración de la teoría analítica del derecho.

Ha dedicado un lugar central en su bibliografía al estudio del problema interpretativo y el espacio que este ocupa en la teoría del derecho. Entre sus obras más importantes se destacan especialmente: *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho* (1999), *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (2008) e *Interpretar y argumentar* (2014).

A estas obras se suman ahora dos más, una publicada en el año 2015, llamada *Las Fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*, que destaca por el nivel de profundidad con que estudia una temática de gran transcendencia práctica y teórica, siendo la perspectiva de análisis adoptada por el autor altamente enriquecedora.

Por su parte, la segunda obra que mencionamos publicada en 2016, esto es, *La Sintaxis del Derecho*, demuestra una acabada exposición de aspectos que conjuntamente estudiados, permiten dar una mirada coherente al fenómeno normativo, lo que a su vez facilita enormemente la tarea de quien se aboca a estudiar la materia por primera vez.

2. ESTRUCTURA DE LA OBRA

La obra es ambiciosa en la pluralidad de temas que abarca. Pasa revista de temas tan generales como la filosofía del derecho y sus distintas concepciones, a asuntos tan específicos de la teoría del derecho como el concepto de norma, la estructura del sistema jurídico, los principios jurídicos, entre otros.

La *Sintaxis del derecho* se encuentra estructurada en una introducción y seis partes, en las que, separados por capítulos, se abordan una pluralidad de institutos y conceptos.

En este sentido, los núcleos temáticos son:

La Introducción, donde el autor traza una firme distinción entre derecho, jurisprudencia y filosofía del derecho positivo, concluyendo en dos posibles concepciones de la filosofía del derecho: (A) como meta-jurisprudencia o (B) como laboratorio conceptual.

1. La primera parte, dedicada a establecer algunas nociones del lenguaje, las normas y el derecho. Aquí el autor estudia la relación entre el derecho y la moral, la relación entre lenguaje y derecho, la noción de norma jurídica, los tipos de normas y los principios y derechos.
2. En la segunda parte, denominada “Dinámica del derecho”, se estudian las normas sobre producción jurídica, el concepto de fuentes legales y fuentes originarias y los actos y hechos normativos, tomando como eje de análisis la Ley.
3. La tercera parte refiere a la Constitución y el Poder Constituyente. Allí toma especial relevancia lo que se ha dado en llamar la “constitucionalización del ordenamiento”, empleando Guastini como punto de partida la Constitución italiana y su aplicación histórica.
4. La cuarta parte se denomina “La Arquitectura del ordenamiento” y tiene como objetivo retomar algunas distinciones conceptuales que han realizado los teóricos del derecho, tales como el concepto de ordenamiento, sus componentes y estructura, las jerarquías normativas, el concepto de validez, existencia y eficacia de las normas, y los conflictos normativos.
5. La quinta y penúltima parte de la obra hace abstracción y cambia el foco de análisis, pasando del concepto de ordenamiento al del Estado. Se analiza el concepto de Estado, la función y los poderes del Estado, su separación y equilibrio y se estudia la justicia constitucional así como el concepto de soberanía.
6. Finalmente, en la sexta parte el autor incursiona en los problemas de la interpretación, la indeterminación del derecho, el concepto de lagunas (normativas, axiológicas, técnicas, etc.), la construcción jurídica, aplicación del derecho y el rol de la jurisdicción y la legislación.

3. COMENTARIOS GENERALES

El valor fundamental de la obra que comentamos radica en la visión global que nos proporciona acerca del fenómeno normativo.

Asimismo, estos tópicos que *a priori* no parecen novedosos, una vez que pasan por el tamiz del autor adscribiéndoles un nuevo enfoque, hacen que su lectura sea simple, fácilmente comprensible y por tanto atractiva para el lector no experimentado en teoría.

Adicionalmente, es indudable que Guastini es un autor que detenta gran claridad conceptual, lo que facilita la lectura de temas complejos, al mismo tiempo que nos proporciona una matriz de análisis.

Por ello, creemos que el título de la obra permite advertir a cualquier lector con qué se encontrará cuando comience a leer.

“La sintaxis del Derecho” es una metáfora adecuada para señalar al lector el objeto de este libro.

Si por *sintaxis* hacemos referencia a aquella parte de la gramática que estudia el modo en que se combinan las palabras para expresar significados, entonces cuando hablamos de “sintaxis del derecho” todos podremos coincidir en que con ello se intenta exponer de qué forma se articulan los diversos conceptos comprometidos en la tarea de explicar de qué forma opera el fenómeno normativo.

Dr. Santiago Martínez

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
por la Universidad de la República.

Aspirante a Profesor Adscripto de Filosofía
y Teoría del Derecho en la Universidad de la República.

Normas de publicación

Revista de Derecho es una publicación de carácter semestral arbitrada —que publica sus respectivos volúmenes digitales e impresos en julio y diciembre— de la Facultad de Derecho, de la Universidad Católica del Uruguay. Se encuentra indexada en SciELO, Latindex (catálogo) y en EBSCO.

Tiene como objetivo la difusión de trabajos científicos sobre temas de derecho y afines, así como otros de interés para especialistas, investigadores y estudiantes de posgrado. Todos los trabajos deben ser originales e inéditos, pudiendo ser artículos, notas y comentarios de jurisprudencia.

LINEAMIENTOS GENERALES

1. El autor da fe de que el contenido que envía es original y no ha sido publicado en otra revista o libro, ni se encuentra sometido a evaluación para otra publicación. El contenido no está sujeto a otros derechos por ninguna publicación ni está en vías de publicación. El hecho de que los trabajos hayan sido comunicados a sociedades científicas no es un obstáculo para su publicación.
2. El autor no tiene ningún conflicto de intereses que declarar relacionado con el manuscrito.
3. En caso de ser aceptado el manuscrito, el autor concuerda en ceder los derechos de autor a la *Revista de Derecho*, para ser reproducidos, publicados, editados, fijados, comunicados y transmitidos públicamente en cualquier forma o medio, así como su distribución en el número de ejemplares que se requieran y su comunicación pública, en cada una de sus modalidades, incluida su puesta a disposición del público a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, para fines exclusivamente científicos, culturales, de difusión y sin fines de lucro, permaneciendo el autor como responsable de los contenidos y opiniones allí vertidos.
4. El autor concuerda en ceder los derechos de reproducción del artículo según la licencia *Creative Commons BY*, sistema de acceso abierto.
5. El autor acepta que su artículo sea sometido a un proceso editorial, cuyo primer paso es la evaluación preliminar por parte del Comité editorial, el que determina la pertinencia de su publicación (requisitos temáticos y formales). El segundo paso es la revisión por dos pares académicos, conforme al sistema de “doble ciego”, a quienes corresponde determinar: a) publicar sin cambios, b) publicar cuando se hayan producido correcciones menores, c) publicar una vez que se haya efectuado una revisión a fondo o d) rechazar. En caso de discrepancia entre ambos, el texto será enviado a un tercer árbitro, cuya decisión definirá su publicación. Los resultados del proceso del dictamen académico serán inapelables en todos los casos.

ENVÍOS

Las contribuciones propuestas pueden enviarse todo el año a: Dra. Marta Hanna de Rosa, mhanna@ucu.edu.uy, con copia a publicacionesdederecho@ucu.edu.uy.

La editora acusará recibo de los trabajos recibidos y oportunamente notificará su aceptación, propuesta de modificaciones o rechazo. El proceso de revisión de un trabajo insume un tiempo mínimo de tres meses, que pueden extenderse si el artículo fue presentado después de la fecha de cierre correspondiente a cada número. Los autores deben tener en cuenta este plazo, a la hora en que envían sus trabajos.

Aceptado un artículo para la publicación, los Editores se reservan el derecho de decidir en qué volumen y número será publicado.

FORMATO DE PRESENTACIÓN

1. Los trabajos deberán seguir en todas sus secciones los lineamientos del Manual *de Estilo de Publicaciones de Chicago- Deusto para Humanidades*, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>
2. Cada trabajo será acompañado por un **CV breve del autor/res**, que indique solo la filiación académica, área de especialización/investigación y correo electrónico.
3. Se aceptarán artículos, notas y comentarios de jurisprudencia, en español, inglés, portugués, italiano y francés. En todos los casos, el autor deberá presentar su trabajo con **título, resumen** (de no más de 150 palabras) y 3 o 4 **palabras-clave** sugeridas **en español e inglés**, además del idioma original.
4. El título no debe exceder los 40 caracteres, incluso si tiene subtítulo.
5. Toda contribución deberá estar en formato digital (Word o similar), tamaño A4, márgenes: superior e inferior: 2,5 cm izquierdo y derecho: 3 cm, en fuente Times New Roman tamaño 12 e interlineado de 1,5, alineación justificada y sangría en primera línea de 0,7 cm.
6. Las notas al pie, en el estilo indicado, deben ir en Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo y sin sangría.
7. Las citas que excedan las cinco líneas, irán en formato “Cita”, en párrafo aparte, sin comillas ni cursivas, en Times New Roman, 11, interlineado sencillo, espacio posterior 6, tabulación izquierda 1,1 y sangría de 1| línea 0,7.
8. Los **artículos** deberán tener una extensión mínima de 10 carillas y máxima de 30 (o 10.000 palabras), incluida la **bibliografía final**. Cuando se exceda este número, el autor lo planteará al Editor, fundando las razones del pedido. Las **notas** tendrán una extensión mínima de 5 carillas y máxima de 10; pueden ser la reseña de un libro, siempre que éste sea de reciente aparición. Los **comentarios de sentencia** podrán tener un máximo de 20 páginas y deberán ser acompañados por el texto de la respectiva sentencia, en el mismo formato pedido para los artículos.
9. Los artículos tendrán subtítulos que el autor recogerá en un índice o tabla de contenidos, al principio. Se sugiere que la estructura comprenda: Introducción, desarrollo del tema, Conclusiones y Referencias bibliográficas.

PUBLICATION STANDARDS

Revista de Derecho is a refereed biannual character publication - published their digital and printed volumes in July and December-the Faculty of law of the Catholic University of Uruguay. It is indexed in SciELO, Latindex (catalog) and EBSCO. It has as objective the dissemination of scientific works on law and related issues, as well as others of interest to specialists, researchers and graduate students. All the works must be original and unpublished, can be articles, notes and reviews of jurisprudence.

General Guidelines

1. The author attests that content that sends is original and has not been published in another journal or book, or is subject to assessment for another publication. The content is not subject to other rights by any publication or is in the process of publication. He made of that them works have been communicated to societies scientific not is an obstacle for its publication.
2. The author does not has any conflict of interest that declare related with the manuscript.
3. In case of acceptance the manuscript, the author agrees to transfer copyright to the journal of law, to be reproduced, published, edited, set, communicated and publicly transmitted in any form or medium, as well as their distribution in the number of copies required and their communication to the public, in each of its forms, including making it available to the public through electronic means optical or any other technology, for broadcasting purposes exclusively scientific, cultural, and non-profit, staying the author responsible for the contents and opinions there poured.
4. The author agrees to cede the rights of reproduction of the article under the license Creative Commons BY, open access system.
5. The author accepts that his article is subjected to an editorial process, whose first step is preliminary evaluation by the editorial board, which determines the relevance of its publication (thematic and formal requirements). The second step is the review by two academic peers, in accordance with the system of "double-blind", who is to determine: a) publish unchanged, b) publish when minor bugfixes, c) publish once you have made an in-depth review or reject d) have occurred. In case of discrepancy between both, the text will be sent to

a third arbitrator, whose decision will define your publication. The results of the process of the opinion academic will be final in all those cases

How to send your work

All contributions can be sent throughout the year to: Dr. Marta Hanna de Rosa, mhanna@ucu.edu.uy, with a copy to publicacionesdederecho@ucu.edu.uy.

The editor will acknowledge receipt of the work received and will promptly notify its acceptance, modification or rejection proposal. Review of a work process takes a minimum period of three months, which can be extended if the article was submitted after the deadline corresponding to each number. The authors should take into account this term, at the time they sent their work. Accepted an article for publication, the editors reserve the right to decide in what volume and number will be issued.

Presentation format

1. Works should follow guidelines in the Manual of style of publications of Chicago - Deusto for Humanities in all their sections, available at <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>
2. Each work will be accompanied by a brief CV of author/res, indicating only the academic affiliation, areas of specialization/research and email.
3. Articles, notes, and reviews of jurisprudence, in Spanish, English, Portuguese, Italian and French will be accepted. In all cases, the author must present their work with title, abstract (of no more than 150 words) and 3 or 4 keywords in Spanish and English, in addition to the original language.
4. The title must not exceed 40 characters, even if you have subtitles.
5. All contributions must be in digital format (Word or similar), size A4, margins: top and bottom: 2.5 cm; left and right: 3 cm, font Times New Roman size 12 and line spacing of 1.5, justified alignment and indentation in front of 0.7 cm.
6. The notes to the foot, in the style indicated, should go in Times New Roman, size 12, line-spacing simple and without bleeding.
7. The appointments that exceed them five lines, will be in format "cites", in paragraph apart, without quotes or italics, in Times New Roman, 11, leading simple, space rear 6, tab left 1.1 and bleeding of 1 | line 0.7.
8. Articles must have a minimal extension of 10 veneers and maximum of 30 (or 10,000 words), including the final bibliography. When this number is exceeded,

the author will pose to the Editor, founding the reasons for the order. The notes will have a minimal extension of 5 veneers and maximum of 10; they can be a book review, provided that this is emerging. Them reviews of sentence may have a maximum of 20 pages and must be accompanied by the text of the respective sentence, in the same format asked for those articles.

9. Those articles will have subtitles that the author will collect in an index or table of contents, to the principle. Suggests that the structure to include: introduction, development of the topic, conclusions and references.

