

# Revista de Derecho



# REVISTA DE DERECHO

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

2.<sup>a</sup> época. Año 13 N.º 16 - DICIEMBRE 2017

ISSN 1510-3714  
ISSN On line 2393-6193  
<https://doi.org/10.22235/rd.v2i16>

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 It publishes original and unpublished articles subjected to strict anonymous arbitration, "double-blind" referee system, based on clear ethical parameters, with full guarantees in terms of the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**

© 2017 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](mailto:publicacionesderecho@ucu.edu.uy) [mhanna@ucu.edu.uy](mailto: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:** Mariana López

**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](mailto:publicacionesderecho@ucu.edu.uy)

**Por canje:** Biblioteca P. Manuel Gutiérrez

Semprún, s.j.: [canje@ucu.edu.uy](mailto:canje@ucu.edu.uy)

**Por suscripción:** [publicacionesderecho@ucu.edu.uy](mailto:publicacionesderecho@ucu.edu.uy)

## COMITÉ EDITORIAL

### Director

*Álvaro Pacheco, S.J.*

Decano

(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

*Mariella Saettono*

(Universidad Católica del Uruguay)

*Martín Riso Ferrand*

(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

*Marta Hanna de Rosa*

Editora

(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** (*Unisinós 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 **Aguar 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*)



## Contenido

### AUTORIDADES

#### UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

**Mons. DANIEL STURLA SDB**  
*Gran Canciller*

**P. ALEJANDRO TILVE SJ**  
*Vice Gran Canciller*

**P. Dr. JULIO FERNÁNDEZ SJ**  
*Rector*

**Dr. DANIEL PERCIANTE**  
*Vicerrector de Investigación e  
Innovación*

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

**P. Dr. ÁLVARO PACHECO SJ**  
*Vicerrector de la Comunidad  
Universitaria.*

**Mag. MÓNICA ARZUAGA**  
*Vicerrectora de Programas Académicos*

**Dra. SANDRA SEGREDO**  
*Secretaria 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 SAETTONE**  
*Coordinadora Académica  
de Investigaciones*

### DOCTRINA

#### INCONSISTENCIAS PRÁCTICAS DERIVADAS DEL LITERAL C, ART. 7 DEL PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL

Practical inconsistencies arising from clause (C),  
article 7 of the Protocol of Buenos Aires  
on international jurisdiction in contractual matters  
*Rodrigo Almeida Idiarte*.....15

#### LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL: ¿UNA FUENTE DEL DERECHO O UNA FUENTE DE INTERROGANTES?

The principles in international law: a source of law  
or a source of questions?  
*María Angélica Benavides Casals,*  
*José Ignacio Núñez Leiva* .....31

#### DEMOCRACIA, INTOLERANCIA POLÍTICA Y DERECHOS HUMANOS: UNA VISIÓN REFLEXIVA A PARTIR DE LA REALIDAD BRASILEIRA CONTEMPORÁNEA

Democracy, political intolerance and human rights:  
a reflective view from contemporary Brazilian reality  
*Eduardo C. B. Bittar* .....47

¿SOLOS CON SU CUERPO? CAPACIDAD  
DE LOS ADOLESCENTES PARA ACTOS  
MÉDICOS EN ARGENTINA  
Alone with their body? Capacity of adolescents  
to medical acts in Argentina  
*Jorge Nicolás Lafferrere*.....67

LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO  
AMBIENTAL  
The principles in the environmental law  
*Ricardo Gorosito Zuluaga* .....101

REFORMA PENAL EN MÉXICO  
¿MAYOR SEGURIDAD O MAYOR VIOLENCIA?  
Penal reform in Mexico.  
Greater security or greater violence?  
*Alicia Hernández de Gante*..... 137

## **JURISPRUDENCIA COMENTADA**

LA EDUCACIÓN RELIGIOSA DE LOS NIÑOS  
Y SU PROPIA LIBERTAD.  
JUZGADO DE FAMILIA N° 3 - LA PLATA  
(PROVINCIA DE BUENOS AIRES), “T. G. D. C/ I.  
R. E. S/ ALIMENTOS”, CAUSA N° 119061  
Religious education of children and their own freedom.  
“T. G. D. C/ I. R. E. S/ Alimentos”, Causa N° 119061  
*Dr. Juan G. Navarro Floria*..... 167

LA VULNERABILIDAD DE LOS INTEGRANTES  
DEL NÚCLEO FAMILIAR EN LOS CASOS  
DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. COMENTARIO  
JURISPRUDENCIAL DE LOS AUTOS  
CARATULADOS “CARDOZO, RAMONA  
C/ ROSANO, JOSÉ. VIOLENCIA DOMÉSTICA.  
LEY 17.514”, IUE 436-283/2017  
*María José Briz, Stephanie Da Rosa, Elena Varela* .....181

## INVESTIGACIÓN

### JURISPRUDENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

*Martín Riso Ferrand, Alicia Rodríguez Galusso, Paula Garat, Stefania Rainaldi, Lucía Techera. Estudiantes: Victoria Azeves, Ornella Balarini, Nicolás Carriquiry, Ángeles Castaingdebat, Fabrizio Durán, Martín Guerra, Melanie Kazarez, Ana Lores, Emanuel Pintos, Aitana Ramos, Tomás Rodríguez, Luis Seguí, Leticia Teixeira .....197*

**Normativa para los autores ..... 233**



## COLABORADORES REVISTA DE DERECHO 16 (II- 2017)

**Rodrigo Almeida Idiarte:** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Contacto: rodrigoalmeidaidiarte@gmail.com

**María Angélica Benavides Casals.** Abogado. Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomada en Derecho Europeo con mención en Derechos Humanos, LL.M. Eur. y Doctora en Derecho, todos estudios en la Universidad del Sarre, Alemania. Profesora de Derecho Internacional Público, Directora de Investigación Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae. Contacto: mabenavides@uft.cl

**Eduardo C. B. Bittar:** É Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil - USP). Foi Secretário-Executivo (2007-2009) e Presidente (2009-2010) da Associação Nacional de Direitos Humanos (ANDHEP). É pesquisador N-2 do CNPq (2017-2019). Contacto: edubittar@uol.com.br

**María José Briz:** Abogada. Master en mediación. Directora del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho. Doctoranda UCA. Universidad Católica del Uruguay. Contacto: mbriz@ucu.edu.uy

**María Paula Garat.** Abogada. Especialización tributaria. Máster en Derecho Constitucional. Diplomada en Derecho Internacional y Sistemas de protección de los DDHH. Doctoranda en la Universidad de Sevilla. Profesora aspirante de Derecho Constitucional. Contacto: paulagarat@gmail.com

**Ricardo Gorosito:** Abogado. Consultor. Catedrático Universitario. Experto en Derecho Ambiental, Derecho del Ordenamiento Territorial. Profesor de la Universidad Católica del Uruguay. Contacto: ricardo.gorosito@gmail.com

**Alicia Hernández de Gante:** Dra. En Sociología. Profesora e investigadora de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), México. Contacto: aliciahdegante@gmail.com

**Jorge Nicolás Lafferriere:** Doctor en Derecho. Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Director de la Revista *Prudentia Iuris* de la Facultad de Derecho. Docente de Derecho Civil de la UBA. Profesor de Bioderecho de la Maestría en ética biomédica de la UCA. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia. Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires. Argentina. Contacto: nicolas\_lafferriere@uca.edu.ar

**Juan G. Navarro Floria:** Abogado y profesor superior de Ciencias Jurídicas. Profesor Ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la Facultad de Derecho (Principios de Derecho Privado y de Elementos de Derecho Civil), Facultad de Derecho Canónico (Derecho Eclesiástico Argentino e Instituciones de Derecho Civil) y en el Programa de Estudios Latinoamericanos (Iglesia y Estado en América Latina). Contacto: [jnavarro@nfla.com.ar](mailto:jnavarro@nfla.com.ar)

**José Ignacio Núñez Leiva:** Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho (DEA) por la Universidad de Castilla La Mancha. Doctor © en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Profesor – Investigador Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae, Chile. Contacto: [jinunez@uc.cl](mailto:jinunez@uc.cl) – [josenunez@uft.cl](mailto:josenunez@uft.cl)

**Stefanía Rainaldi.** Abogada. Diplomada en Derechos Humanos con énfasis en acceso a la justicia. Prof. Aspirante en Derecho Constitucional. Contacto: [srainaldi@ucu.edu.uy](mailto:srainaldi@ucu.edu.uy)

**Martín Riso Ferrand.** Abogado. Investigador ANII. Director del Departamento de Derecho Constitucional. Profesor de alta dedicación. Contacto: [mrisso@ucu.edu.uy](mailto:mrisso@ucu.edu.uy)

**Alicia Rodríguez Galusso.** Abogada. Profesora de Derecho Constitucional. Coordinadora de la carrera de Abogacía. Contacto: [aliciarod@ucu.edu.uy](mailto:aliciarod@ucu.edu.uy)

**Elena Varela:** Abogada. Maestranda en Especialización en Derecho Civil. Profesora de Consultorio Jurídico. Universidad Católica del Uruguay. Contacto: [mariaelenavr@hotmail.com](mailto:mariaelenavr@hotmail.com)

#### **Estudiantes de la Facultad de Derecho, UCU**

Victoria Azeves. Abogacía, 3° año.

Ornella Balarini. Abogacía, 3° año.

Nicolás Carriquiry. Abogacía, 4° año.

Ángeles Castaingdebat. Abogacía, 5° año.

Stephanie Da Rosa. Abogacía, 5° año.

Fabrizio Durán. Abogacía, 5° año.

Martín Guerra. Abogacía, 4° año.

Melanie Kazarez. Abogacía, 3° año.

Ana Laura Lores. Abogacía, 5° año.

Emanuel Pintos. Abogacía, 4° año.

Aitana Ramos. Abogacía, 4° año.

Tomás Rodríguez. Abogacía, 4° año.

Luis Seguí. Abogacía, 3° año.

Leticia Teixeira. Abogacía, 3° año.

# DOCTRINA

---



# Inconsistencias prácticas derivadas del literal C, art. 7 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual

Practical inconsistencies arising from clause (C), article 7 of the Protocol of Buenos Aires on international jurisdiction in contractual matters

Práticas inconsistências decorrentes de cláusula (C), o artigo 7, o do protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual

*Rodrigo Almeida Idiarte*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad de la República. Uruguay.

rodrigoalmeidaidiarte@gmail.com

<https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1468>

**RESUMEN:** En el presente artículo, se consideran los inconvenientes generados ante la elección del foro previsto en el literal C del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, a la luz de los aportes que la doctrina nacional ha efectuado al respecto y las consideraciones vertidas por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno en la Sentencia No. 100/2015 de fecha 18 de marzo de 2015.

**PALABRAS CLAVE:** jurisdicción, contrato, domicilio, derecho internacional.

---

Recibido: 15/08/2017. Revisado: 21/08/2017. Aceptado: 25/09/2017

**ABSTRACT:** In this article, we shall assess the inconveniences caused by the forum selection enshrined on Section 7, Subsection C of the Buenos Aires Protocol on International Jurisdiction on Contractual Matters, on the grounds of the contributions that local scholars have made in that regard and the considerations rendered by the Civil Appeals Court of 5th Term through Decision No. 100/2015, dated March 18th, 2015.

**KEYWORDS:** jurisdiction, agreement, domicile, international law

**RESUMO:** Neste artigo, consideramos o inconveniente gerado pela eleição do fórum previsto na literal C do artigo 7º do protocolo de Buenos Aires sobre a jurisdição internacional em matéria contratual, à luz das contribuições que a doutrina Nacional tem feito a este respeito e as considerações descarregadas pelo Tribunal de Apelações no civil de 5º turno na sentença n.º 100/2015 datada de 18 de março de 2015.

**PALAVRAS-CHAVE:** jurisdição, contrato, domicílio, direito internacional.

**SUMARIO:** 1. Planteo introductorio 2. Consideraciones generales 3. Un foro innovador: "los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación" 3.1. La doctrina nacional 3.2. La visión del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno 3.3. Reflexiones en torno a la Sentencia No. 100/2015 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno 4. Consideraciones personales 5. Consideraciones finales 6. Bibliografía.

## 1.

### PLANTEO INTRODUCTORIO

Desde la aprobación del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual de 1994 (en adelante “Protocolo de Buenos Aires”), los especialistas de nuestra disciplina han reparado sobre los inconvenientes prácticos que genera la posibilidad de que el actor plantee su acción ante los jueces de su domicilio o sede social.

En efecto, el literal c) del art. 7 del Protocolo de referencia, habilita la competencia del foro señalado en forma *condicionada*, requiriendo que el actor acredite el cumplimiento de su prestación a tales efectos. Sin embargo, es prácticamente nula la potencialidad de que los jueces del domicilio o sede social del actor actúen a la luz de tal disposición, en tanto el foro de referencia opera en la órbita de la jurisdicción subsidiaria.

No obstante ello, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno (en adelante “TAC 5º”), en Sentencia No. 100/2015 de fecha 18 de marzo de 2015, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el foro que nos asiste, formulando una serie de consideraciones respecto del curso argumental que la doctrina internacionalista ha desarrollado sobre el punto.

Indudablemente, el desafío del presente análisis radica en postular una visión integrada sobre los problemas que emergen de tal disposición.

## 2.

### CONSIDERACIONES GENERALES

Resulta insoslayable inmiscuirnos en el ámbito de aplicación sobre el que se enmarca el Protocolo de Buenos Aires, en tanto el foro sobre el que haremos gravitar nuestro análisis, resulta casi inoperante en la práctica judicial.

El art. 1 del Protocolo de Buenos Aires determina expresamente su ámbito de aplicación al expresar que “se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares- personas físicas o jurídicas: a) con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; b) cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado Parte del Tratado de Asunción y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de Este Protocolo”.

La primera advertencia que formular es que, el Protocolo se aplicará a la jurisdicción *contenciosa* internacional relativa a los contratos celebrados entre *particulares*, giro que descarta de su aplicación a los

actos gubernativos y de jurisdicción voluntaria. Los primeros, de todos modos, quedan excluidos al circunscribirse la norma a contratos celebrados entre particulares, sean personas físicas o jurídicas. Uno de los motivos que puede fundamentar esta limitación, es la incidencia que podría provocar la comparecencia de un Estado ante los tribunales de otro país, en la instancia que transita el proceso de integración regional.<sup>2</sup>

Asimismo, de la lectura de la disposición reseñada resulta claro apreciar que su ámbito de aplicación se encuentra enmarcado ante la exigencia de que las partes de la relación jurídica contractual –o al menos una de ellas– se encuentren domiciliadas o tengan su sede social en alguno de los estados mercosureños.

Cuando sólo una de las partes cumpliera este requisito, deben preceptivamente cumplirse con las exigencias previstas en la presente disposición.

La última de las exigencias referenciadas constituye uno de los corolarios del principio de la jurisdicción razonable que informa al Derecho Procesal Internacional.

---

<sup>2</sup> A. Dreyzin de Klor, “Jurisdicción internacional contractual en el Mercosur”, en *Derecho de la Integración*, Nº 3, 2º Encuentro de Especialistas en el Mercosur, Facultad Nacional de Rosario (1995): 169.

De igual forma, la exigencia de tal conexión ha constituido uno de los elementos normativos capaces de justificar el criterio objetivo a los efectos de determinar la internacionalidad del contrato. En esta línea, Lorenzo ha sostenido que

el Protocolo de Buenos Aires adolece de un vicio importante en la delimitación del ámbito de aplicación, de tal forma que resulta imposible desentrañar los verdaderos elementos que hacen que un contrato sea internacional a la luz de lo que surge de las propias normas. Todo lo cual lleva a concluir que las conexiones razonables pueden ser cualesquiera, confirmándose así que la internacionalidad del contrato debe ser evaluada sin limitarse a los elementos que nos da el propio Protocolo.<sup>3-4</sup>

Concomitantemente, a través de su artículo 2, se excluyen una serie de negocios, a saber: a) los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos; b) los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio; c) los contratos de seguridad social; d) los contratos administrativos; e) los contratos laborales; f) los contratos de venta al consumidor; g) los contratos de transporte; h) los contratos de seguros; i) los derechos reales.

Asimismo, se admite la elección de la jurisdicción, la que se concibe en los arts. 4 a 6 del Protocolo de referencia. En este sentido, serán competentes “los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo, puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales” (art. 4).

Sobre el punto debe destacarse que el consentimiento de las partes debe exteriorizarse a través de firma “*ya sea ésta de puño y letra o digital*”<sup>5</sup>. Igualmente, cuando el consentimiento se haya prestado por influjo de actos abusivos de la contraparte en la relación jurídica contractual, el acuerdo será nulo.

De conformidad con el art. 5 del Protocolo, el precitado acuerdo puede realizarse al momento de celebrarse el contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio.

En la misma línea, el art. 6 del Protocolo de Buenos Aires dispone que “Haya sido elegida o no la jurisdicción, ésta se entenderá prorrogada a favor del Estado Parte donde se

---

<sup>3</sup> G Lorenzo, *Derecho aplicable al transporte multimodal entre Uruguay y los demás países integrantes del Mercosur* (Montevideo, UM, 2005), 82.

<sup>4</sup> Aunque el punto escapa el objeto del presente análisis, compartimos con Lorenzo en considerar al criterio objetivo como el idóneo para determinar la internacionalidad del contrato. En esta línea, pregonamos también la calificación funcional, sobre la que tienen incidencia los sistemas positivos de los Estados con los que la relación jurídica presente vínculos objetivos. Para mayor abundamiento sobre el presente extremo, ver en “¿Cuándo un contrato es internacional?: análisis desde una perspectiva regional”, en *Avances del derecho internacional privado en América Latina: Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, FCU (2002), 105 – 132.

<sup>5</sup> Cecilia Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. II, vol. 2, 1ª (Montevideo: FCU, 2009), 175.

promoviere la acción cuando el demandado después de interpuesta ésta la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta”.

De la lectura conjunta de tales disposiciones debe destacarse la procedencia de la prórroga “pre-litem” como de la “post-litem”.

Tal como se ha advertido por Tellechea, la primera de las modalidades,

a) proporciona certeza acerca de la jurisdicción internacionalmente llamada a conocer en litigios relativos al negocio en que ha sido pactada; y b) previene un “forum shopping”, a veces excesivo, resultante de soluciones alternativas en las que la elección queda sujeta a la voluntad unilateral del actor, lo que favorece la asunción de competencias, en ocasiones exorbitantes, por los tribunales de algunos Estados.<sup>6</sup>

Sobre la prórroga “post-litem”, el precitado autor ha expresado que constituye una “Fórmula clásica de mayor protección de los intereses del demandado que la prórroga “pre-litem”, pues luego de planteada la demanda las posibilidades de presión contra aquel son sensiblemente menores”<sup>7</sup>.

Finalmente, el art. 7 del Protocolo de Buenos Aires, enmarcado en el capítulo II, denominado “*Jurisdicción Subsidiaria*”, expresa que, en ausencia del acuerdo referenciado, tienen jurisdicción **a elección del actor**: a) los jueces del lugar de cumplimiento del contrato; b) los jueces del domicilio del demandado; y c) **los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación**.

Asimismo, esta nómina de foros concurrente debe interpretarse a la luz de los arts. 8 y siguientes, del Protocolo de referencia, los que establecen una serie de lineamientos tendientes a determinar el lugar de cumplimiento, el domicilio del demandado, o la determinación del tribunal en hipótesis como litigios entre socios, litisconsorcio pasivo, etc. A los efectos de canalizarnos ya en el foro que nos asiste, nos remitimos a la lectura de ellos.

---

<sup>6</sup> E. Tellechea, “Soluciones concluidas en el Mercosur en materia de Jurisdicción Internacional. Análisis de los protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y de San Luis en materia de Responsabilidad Civil emergente de accidentes de tránsito”, en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 24 (2005): 78. FCU, Montevideo.

<sup>7</sup> Tellechea, “Soluciones concluidas en el Mercosur...”: 79.

La única precisión que nos merece esta serie de artículos es que, si bien no existen pautas para la determinación del domicilio del actor a los efectos del foro que nos aqueja, debe mediar una analogía sobre aquellas señaladas para determinar el domicilio del demandado.

En este sentido el art. 9 reza que

A los fines del artículo 7, literal b), se entenderá por domicilio del demandado: a) Cuando se tratare de personas físicas: 1. Su residencia habitual; 2. Subsidiariamente el centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, el lugar donde se encontrare la simple residencia. b) Cuando se tratare de personas jurídicas, la sede principal de la administración; Si la persona jurídica tuviera sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación se considerará domiciliada en el lugar donde funcional y sujeta a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen...<sup>8</sup>.

El literal c) sobre el que centralizaremos nuestro estudio, constituye un foro innovador en el ámbito del Derecho Internacional Privado, que a simple vista facilitaría al actor acceder a la justicia. No obstante ello, esta opción acarrea con insalvables inconvenientes que se pasarán a analizar.

---

<sup>8</sup> A nivel comparado se ha planteado el modo en que deben conjugarse las pautas contenidas en el art. 9 con el desarrollo contractual en el ciberespacio. Así se ha indicado que: "En el ciberespacio las partes de un contrato pueden tener un domicilio virtual, es decir, una dirección electrónica con un sufijo geográfico (ar, br, uy, pe, fr, es, etc.) que no necesariamente, coincida con el domicilio, residencia o lugar de establecimiento físico. Entonces, cabe preguntarnos si el domicilio virtual puede ser una pauta válida para determinar la jurisdicción competente. Debe tenerse presente que la elección de este criterio tiene el grave riesgo de que el deudor desplace muy rápidamente su dirección virtual para evadir la acción de la justicia.

En efecto, mientras el domicilio real es un criterio relativamente estable de localización, su par virtual puede resultar extremadamente fugaz. El primer problema que surge es, entonces, el de la localización del domicilio real, cierto, como criterio atributivo de jurisdicción internacional. Ya que no es determinante, en cambio, la ubicación del servidor mediante el cual el demandado se conecta a la red o la localización física de sus computadoras. En efecto, si fueran aceptados estos criterios, el deudor, en caso de ser perseguido, podría desplazar fugazmente su sitio al extranjero para evadir el sometimiento a la justicia [...] Sin embargo, ante la dificultad y hasta la frecuente imposibilidad de localizar el domicilio del demandado, se ha preconizado una interpretación amplia de dicho concepto: si aun siendo imposible determinar el domicilio actual del demandado, "existen elementos suficientes que lo vinculen con el país, los jueces argentinos podrían asumir jurisdicción internacional en virtud del llamado foro de necesidad, cuando el cierre del caso pudiera producir una efectiva denegación internacional de justicia" (Feldstein de Cárdenas, S., Scotti, L., "La jurisdicción internacional en los contratos de consumo celebrados a través de internet a propósito de un caso de jurisprudencia francesa: Sébastien Robert C. Sociéte Facebook Inc.", extraída de <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2013/06/art-10.pdf>, consultada el 1 de noviembre de 2015. Aunque lejos de encartar el caso en la órbita de aplicación del Protocolo de Buenos Aires, los autores efectúan un análisis de los distintos foros competenciales en virtud de los textos internacionales ratificados por Argentina, sopesando las cuestiones que emanan de la contratación online.

### 3.

## UN FORO INNOVADOR: “LOS JUECES DE SU DOMICILIO O SEDE SOCIAL CUANDO DEMOSTRARE QUE CUMPLIÓ CON SU PRESTACIÓN”.

### A) LA DOCTRINA NACIONAL

Sin perjuicio de que la jurisprudencia comparada ha expresado que “cuando se trata de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, esa voluntad consiste en dar certeza a una pluralidad de foros concurrentes, a fin de asegurar el derecho de las partes a acceder a la justicia”<sup>9</sup>, lo cierto es que el literal c) del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires ha generado en la doctrina nacional una serie de reparos en relación a los inconvenientes prácticos que ésta genera.

En este sentido, Tellechea expresa que “La solución, recibida por el **art. 7 literal c**, finalmente consensuada luego de una ardua negociación acerca de los criterios jurisdiccionales que el Protocolo acogería, premia con la opción de elegir el foro de su domicilio al demandante que acredite haber cumplido con las obligaciones contractuales a su cargo. Base jurisdiccional que en tanto condiciona la competencia a que el actor demuestre que cumplió con su prestación, puede originar dificultades serias, que el autor advirtiera al negociarse el texto, en casos en que precisamente se encuentre controversia tal circunstancia”<sup>10</sup>.

En igual línea, se ha expresado Véscovi al señalar que “solución ésta última de dudosa conveniencia, que puede dar lugar a no pocos problemas en su aplicación, pues justamente el cumplimiento o no de la obligación puede ser un elemento discutido por el demandado”<sup>11</sup>.

Asimismo, Fresnedo de Aguirre ha indicado que

Esta solución ha sido objeto de oportunas y acertadas críticas, en especial, acerca de los problemas prácticos que esta norma puede plantear, puesto que precisamente el cumplimiento o no de su prestación puede ser el asunto que discute el demandado. En consecuencia, para resolver

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en Sentencia de fecha 20 de octubre de 1998, en autos “*Exportadora Buenos Aires S. A. c. Holiday Inn’s Worldwide Inc.*”, extraída en <http://fallos.diprargentina.com/2007/03/exportadora-buenos-aires-c-holiday-inns.html>, consultada el 29 de octubre de 2015.

<sup>10</sup> Tellechea, “Nuevas regulaciones regionales en materia de jurisdicción internacional. Los vigentes protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito”, en *XII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (Maldonado: FCU, 2006), 485.

<sup>11</sup> E. Véscovi, E., *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el Mercosur y América* (Montevideo: Idea, 2000), 47.

sobre una excepción de incompetencia el juez deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto, y si lo hace habrá prejuzgado.<sup>12</sup>

En este sentido, la doctrina vernácula ha sido radical al señalar las disfunciones que supone la aplicación de la disposición en concreto, las que como se expresará, son compartidas en su totalidad.

## **B) LA VISIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 5º TURNO**

El TAC 5º, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto a través de la Sentencia No. 100/2015 de fecha 18 de marzo de 2015.

Según surge de los resultandos, la actora optó por promover su acción ante los jueces de su domicilio al abrigo de lo dispuesto en el literal c) del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires. Sin embargo, el magistrado actuante en primera instancia exigió que la actora acreditare el cumplimiento de sus obligaciones a los efectos de asumir competencia en el caso. Ello meritó la comparecencia de la actora con sus respectivos recaudos, advirtiéndole a quo que “no ha quedado demostrado el cumplimiento de la prestación conforme a la normativa invocada, declarándose incompetente para entender en la causa”.

Sobre tal pronunciamiento, se interpusieron los recursos de reposición y apelación en subsidio, siendo el TAC 5º quien debió pronunciarse sobre el agravio articulado.

En efecto, el precitado cuerpo de magistrados revocó la resolución impugnada entendiendo que “en la subcausa, el proceso que se anuncia es ordinario, de manera que la comprobación del cumplimiento de la prestación por parte del actor y su examen judicial no han de llevarse a cabo de modo definitivo ni implicando resolución sobre el fondo del objeto litigioso, sino que han de llevarse a cabo de modo provisorio, prima facie, al solo efecto de verificar si se configura competencia internacional al abrigo de la norma citada”<sup>13</sup>.

Asimismo, el TAC 5º ha propiciado una analogía que se produce entre tal demostración y la disposición de las medidas cautelares al indicar que

<sup>12</sup> Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho...*, 175.

<sup>13</sup> Tribunal de Apelaciones en lo Civil, 5º turno, Sentencia No. 100/2015 de fecha 18 de marzo de 2015, ficha 2-7761/2014, extraída de la Base de Jurisprudencia Nacional.

la situación parece ser análoga a la que se plantea en materia de medidas cautelares, donde doctrina y jurisprudencia pacíficas destacar el carácter provisorio, sumario, hasta superficial, que tiene el examen judicial de las cuestiones de mérito, sin que ello determine prejuizgamiento o impida el oportuno análisis de todas las cuestiones de fondo del litigio, una vez oídas ambas partes con todas las garantías, en la eventual sentencia definitiva.<sup>14</sup>

Frente a dicha sentencia, caben algunas reflexiones.

Prima facie, conviene destacar que la lectura que sobre el punto esboza el TAC 5º puede resultar atractiva. Ella pretende matizar el acceso a la justicia sin que el magistrado actuante prejuzgue al pronunciarse sobre su competencia.

Sin embargo, tal como se pretenderá explicar, el precitado cuerpo de magistrados no ofrece una lectura que permita disipar las inconsistencias sobre las que nuestra doctrina patria ha reparado.

En efecto, para explicitar esta ilación de advertencias que la sentencia en cuestión nos merece, resulta menester introducirnos en conceptos que hacen al Derecho Procesal, reflejando que las diversas ramas jurídicas no se presentan en los hechos como compartimentos estancos.

En este sentido, debe advertirse que la pretensión que se ventiló en los autos sobre los que recae la resolución, responde al proceso de estructura ordinaria conforme a lo dispuesto en nuestro Código General del Proceso (en adelante “C.G.P.”).

Aunque sin pretensiones de introducirnos en la secuencia de actos que constituyen la precitada estructura, debemos formular una serie de consideraciones, a saber:

- i) luego de haberse interpuesto la demanda, el magistrado receptor efectúa un control de admisibilidad sobre el acto inicial, pudiendo hacer relevo de los presupuestos procesales que no se encontraren presentes (arts. 119 y 133.2 del C.G.P.)<sup>15</sup>;
- ii) el demandado podrá contestar la demanda oponiendo excepciones, entre ellas la de incompetencia (art. 133.1 num. 1 del C.G.P.), la que según presumimos, se

---

<sup>14</sup> Sentencia No. 100/2015.

<sup>15</sup> El art. 133.2 del C.G.P. dispone que “*el tribunal relevará de oficio la incompetencia por razón de materia, cuantía, grado o turno*”. Aunque si bien se aprecia que la hipótesis que nos asiste no se encasilla con ninguna de las incompetencias enunciadas en el precitado artículo, lo cierto es que debemos armonizar la disposición procesal interna con el literal c del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires, concluyendo que tal relevamiento puede responder a que el actor no haya demostrado el cumplimiento de su prestación. Asimismo, esta conclusión puede ser considerada en función de lo dispuesto por el inc. 2 del art. 133 del C.G.P. el que establece que “La incompetencia excepto la que afecte la materia penal, solamente podrá ser relevada antes o durante la audiencia preliminar. Celebrada esta, precluye la posibilidad de plantearla...”, en tanto alude a un amplio margen de incompetencias en la que se puede circunscribir la que nos aqueja. Concomitantemente, conviene advertir de la presente disposición ofrece el momento en el que precluye la oportunidad para su relevo.

- opondrá en los casos en que el actor escogiere tal foro, en tanto el punto a debatir por el demandado podrá ser –será– el cumplimiento del actor en su prestación;
- iii) en el decurso de la audiencia preliminar, el magistrado deberá dictar una sentencia interlocutoria, la que en la jerga procesal se reconoce como “despacho saneador”, resolviendo sobre las excepciones opuestas a los efectos de depurar aquellas cuestiones que exceden el fondo del asunto (art. 341.5 del C.G.P.).

Sin embargo, los agravios que dieron mérito al pronunciamiento del TAC 5º, no se generaron por el dictado del despacho saneador, **sino por una resolución dictada en forma previa a que tal oportunidad procesal ocurriera**<sup>16</sup>.

Frente a esta situación, conviene volver a destacar que el TAC 5º ha expresado que: “la comprobación del cumplimiento de la prestación por parte del actor y su examen judicial no han de llevarse a cabo de modo definitivo ni implicando resolución sobre el fondo del objeto litigioso, sino que han de llevarse a cabo de modo **provisorio**, prima facie, al solo efecto de verificar si se configura competencia internacional al abrigo de la norma citada”.

Tal como lo expresa el Tribunal, el contralor efectuado es **provisorio** de conformidad con la etapa en la que se ha efectuado. En este sentido, y como es de lógica, debe advertirse que toda provisoriedad cesa en determinada oportunidad<sup>17</sup>. Ello acontece con las medidas cautelares, instrumentos procesales que bajo la óptica del TAC 5º resultan equivalentes a la demostración sobre la que nos hemos centrado.

La presente analogía nos exige que apreciemos algunos puntos en relación con las medidas cautelares para poder comprender el curso argumental al que arribó el TAC 5º en la sentencia de referencia, conjuntamente con las consideraciones que efectuaremos.

Por consiguiente, el insigne Couture ha definido a las medidas cautelares como “aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en él”<sup>18</sup>, por lo que se desprende de aquí que este tipo de medidas tienen como finalidad principal evitar el riesgo de inejecución de la sentencia definitiva, cesando ante la resolución que se pronunciare sobre el fondo de la cuestión.

Para su procedencia es necesaria la acreditación “superficial” –en la terminología utilizada en la sentencia en estudio– de los requisitos que la normativa legal exige: “*fumus bonis*

<sup>16</sup> Si bien el autor no pudo acceder al expediente, en tanto se encuentra reservado, ello surge de la lectura de la Sentencia de referencia.

<sup>17</sup> De conformidad con los conceptos elaborados por la Real Academia Española, tal concepto alude a lo que “*se hace, se halla o se tiene temporalmente*”. En <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=4NMLe3keQDX>, consulta el 18 de noviembre de 2015.

<sup>18</sup> Eduardo Couture, *Vocabulario jurídico*, 4ª edición (Montevideo: B de F, 2010), 497.

iuris” y el “periculum in mora”, sin perjuicio de la contracautela que se debe prestar a los efectos de sopesar los daños que se pudieran irrogar con su disposición.

Claro que la acreditación de los requisitos expuestos ut supra no conducen a un prejuizgamiento por parte del tribunal, al menos los jueces cuando las disponen no son demasiado profusos en sus argumentos para no trasponer esa barrera.

Sin embargo, parece claro que el nexo que el TAC 5º encuentra para efectuar tal analogía es el carácter provisorio<sup>19</sup> de éstas. En este sentido, Giuffra ha expresado que

Las providencias cautelares se caracterizan por ser provisorias o interinas, es decir, están destinadas a durar un tiempo determinado que transcurre entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia, sucesiva y esperada, que es la sentencia definitiva pudiendo esta última extinguirla, transformarla o afirmarla. El estado de provisoriedad se mantiene durante ese tiempo intermedio, que cesa una vez que adviene el evento esperado.<sup>20</sup>

Ahora bien, si extrapolamos la provisoriedad que atañe a las medidas cautelares a la demostración de la prestación por parte del actor que nos determina la competencia del tribunal en tales hipótesis, debemos precisar el momento en que cesa su provisoriedad y culmina ese “*tiempo intermedio*”, pues ha sido en estos términos que se ha planteado por el TAC 5º.

Consideramos que, a diferencia de las medidas cautelares, el carácter provisorio en estos casos debe cesar al momento en que el magistrado dicte el despacho saneador (de conformidad con la estructura del proceso ordinario), pronunciándose sobre su competencia.

Finalmente, en esta oportunidad es que, al resolver sobre la excepción de incompetencia, el tribunal se declarará competente si considera que el actor cumplió efectivamente con su prestación, incurriendo de esta forma en prejuizgamiento.

La provisoriedad no cae en otro momento, pues es ésta la oportunidad sobre la que opera la preclusión para que el magistrado determine la competencia según el tracto procesal que se ha otorgado por nuestro legislador, y que se enmarca en los elementos de carácter ordenatorio (art. 133.2 C.G.P.).

Y aunque el TAC 5º cite con recelo fragmentos de las deficiencias prácticas que la doctrina ha expresado sobre la disposición objeto de nuestro análisis, arriba a la misma solución que pasamos a detallar al expresar que

---

<sup>19</sup> Las medidas cautelares son provisorias no solo desde que se extinguen cuando se dicta la sentencia definitiva (que en general es aquella cuya eficacia, ejecución si es posible, quieren asegurar) sino porque, además, durarán en el tiempo siempre que se mantenga la situación de hecho que determine la existencia de peligro de daño o de frustración del derecho en cuestión. Según el art. 313 del CGP, el tribunal deberá determinar la duración de la medida cautelar (*establecer el término de su duración*, reza el 313.3).

<sup>20</sup> Carolina Giuffra, *Prohibición de innovar y medidas innovativas* (Montevideo: FCU, 2010), 21.

Cabe finalmente agregar que ni siquiera la determinación de la competencia realizada en este momento se halla exenta del control de la contraparte o del Tribunal en la fase de saneamiento de la audiencia preliminar, como sucede en cualquier proceso en que ab initio se considera el tema, que puede ser materia de cuestionamientos de partes o reexamen oficio del Tribunal, según los casos, de conformidad con la normativa procesal nacional.<sup>21</sup>

En conclusión, la provisoriedad a la que hace referencia el TAC 5º cesa llegada la audiencia preliminar, y ante el pronunciamiento que recaiga sobre la excepción de incompetencia. En este sentido, el magistrado prejuzga al dictar la precitada resolución, siendo que se pronunciará sobre el cumplimiento del actor, cuestión que hace al fondo del asunto.

Aunque los argumentos expuestos en la sentencia parezcan -a primeras luces- romper con el curso de argumentación arribado por la doctrina, una lectura más detenida nos conduce a justificar totalmente lo contrario.

#### 4.

### CONSIDERACIONES PERSONALES

Tal como venimos de detallar, la visión exteriorizada por el TAC 5º no hace más que aplazar el momento en que el juez deba toparse con los insalvables problemas sobre los que la doctrina nacional ha reparado.

Es así que, como hemos anticipado, ratificamos que el foro contenido en el literal c) del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires no solo obliga al juez a prejuzgar, sino que resulta claramente inconveniente en razón de las consideraciones que venimos de efectuar.

De este modo, alejándonos de todo tecnicismo jurídico, es posible comparar al foro en cuestión con un laberinto, al que no podemos sortear sin que el juez se pronuncie sobre el fondo del asunto con antelación al momento en que debiere dictar la sentencia definitiva.

Por el contrario, encontramos un matiz en las consideraciones formuladas por el TAC 5º. En este sentido, se comparte con los magistrados que: **los problemas que hemos detectado no parecen gravitar cuando la pretensión deba sustanciarse por un proceso de estructura monitoria.**

<sup>21</sup> Sentencia No. 100/2015, el resaltado nos pertenece.

Sobre este extremo, el TAC 5º ha expresado que

En procesos de estructura monitoria, tal comprobación y análisis liminares en nada dificultarían el acceso a la Justicia o el dictado de decisiones de mérito en la oportunidad debida y sin prejuizar, pues en esa estructura el Tribunal ha de resolver oyendo solamente al actor, sobre el fondo de la pretensión, sin perjuicio de la eventual impugnación posterior de su decisión a través de excepciones.<sup>22</sup>

Sin dudas, esta circunstancia constituye la válvula de escape a los problemas sobre los que hemos insistido en el cuerpo de este análisis. Como es sabido, la particularidad que atañe a los procesos de estructura monitoria es que luego de promovida la demanda, el juez efectúa un contralor sobre tal acto inicial, dictando una providencia inaudita altera pars en la que se pronuncia sobre el fondo del asunto.

Frente a esta estructura, se produce una ruptura respecto del tracto normal del contradictorio, pudiendo el demandado oponer excepciones contra la resolución que recaiga.

Pese a esta salvedad, no hay que obviar que pretensiones tales como la que se promovió en el caso de referencia, se sustancian por procesos de estructura ordinaria, lo que a los efectos prácticos no nos permite sanear los inconvenientes que apareja la disposición en análisis.

Por tanto, las consideraciones que se vienen de formular pueden tener relevancia desde el punto de vista teórico, pero pueden carecer de trascendencia en el plano real.

En resumen, el foro descripto no resulta recomendable para el actor, pues la deficiencia con la que fue redactado el lit. c) del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires, apareja inconsistencias sobre las que aún no prosperan soluciones, y difícilmente prosperarán.

## 5.

### CONSIDERACIONES FINALES

Del estudio aquí efectuado es posible extraer las siguientes conclusiones:

- a) El foro que habilita el lit. c) del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires, encierra inconsistencias de gran entidad, de manera que en los términos en los que se plantea conducen al juez actuante a prejuizar al momento en que deba resolver sobre la excepción de incompetencia.

<sup>22</sup> Sentencia No. 100/2015.

- b) La visión del TAC 5º a nuestro juicio no es del todo precisa, puesto que no ofrece una solución plena respecto de los problemas que pueden presentarse
- c) De lo expresado por el mencionado cuerpo de magistrados podemos concluir que, la provisoriedad sobre la demostración del cumplimiento de la prestación del actor cesa ante el dictado del “despacho saneador”.
- d) El foro sí se compatibiliza con procesos de estructura monitoria, aunque en los hechos son escasas las pretensiones que en materia contractual se sustancian por tal estructura.
- e) Finalmente, conviene concluir que no se trata de un foro conveniente, pues de la disposición que nos asiste se extraen inconsistencias imposibles de reparar.

---

Para citar este artículo: Rodrigo Almeida Idiarte: “Inconsistencias prácticas derivadas del literal C, art. 7 del Protocolo de Buenos Aires sobre la jurisdicción internacional en materia contractual”, <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1468> *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 1510-3714, 15-30.

---

## 6.

### BIBLIOGRAFÍA

- Couture, Eduardo, *Vocabulario jurídico*, 4ª edición, B de F, Montevideo, 2010.
- Dreyzin de Klor, Adriana, “Jurisdicción internacional contractual en el Mercosur”, en *Derecho de la Integración*, N° 3, 2º Encuentro de Especialistas en el Mercosur, Facultad Nacional de Rosario, 1995: 165 – 180.
- Feldstein de Cárdenas, Sara - Scotti, Luciana, “La jurisdicción internacional en los contratos de consumo celebrados a través de internet a propósito de un caso de jurisprudencia francesa: Sébastien Robert C. Société Facebook Inc.”, extraída de <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2013/06/art-10.pdf>
- Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado, t. II, vol. 2*, 1ª Edición, Montevideo, FCU, 2009.
- Giuffra, Carolina, *Prohibición de innovar y medidas innovativas*, Montevideo, FCU, 2010.

- Hargain, Daniel, “Contratos comerciales en el Mercosur: ley aplicable y juez competente”, en *Revista de derecho del Mercosur: Revista de direito do Mercosul*, año I, No. I (1997): 90 – 99.
- Klett, Selva, *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, tomos 1, 2 y 3, Montevideo, FCU, 2014.
- Lorenzo, Gonzalo, “¿Cuándo un contrato es internacional?: análisis desde una perspectiva regional”, en *Avances del derecho internacional privado en América Latina: Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, FCU (2002): 105 – 132.
- Lorenzo, Gonzalo, *Derecho aplicable al transporte multimodal entre Uruguay y los demás países integrantes del Mercosur*, Montevideo, UM, 2005.
- Tellechea, Eduardo, “Nuevas regulaciones regionales en materia de jurisdicción internacional. Los vigentes protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito”, en *XII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, FCU, Maldonado (2006): 469 – 491.
- Tellechea, Eduardo, “Soluciones concluidas en el Mercosur en materia de Jurisdicción Internacional. Análisis de los protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y de San Luis en materia de Responsabilidad Civil emergente de accidentes de tránsito”, en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 24, FCU (2005): 71 – 86.
- Véscovi, Enrique, *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el Mercosur y América*, Montevideo, Idea, 2000.
- Uriondo de Martinoli, Amalia, “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual”, en *Derecho de la Integración, N° 3, 2º Encuentro de Especialistas en el Mercosur*, Facultad Nacional de Rosario (1995): 255 - 260.

# Los principios en el derecho internacional: ¿una fuente del derecho o una fuente de interrogantes?<sup>1</sup>

The principles in international law:  
a source of law or a source of questions?

Os princípios do Direito Internacional: uma fonte de direito ou de uma fonte de perguntas?

*María Angélica Benavides Casals<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Universidad Finis Terrae, Chile.  
mabenavides@uft.cl

*José Ignacio Núñez Leiva<sup>2</sup>*

<sup>2</sup> Universidad Finis Terrae, Chile.  
jinunez@uc.cl  
<https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1476>

---

Recibido: 02/07/17. Evaluado y observado: 16/07/17. Aprobado: 20/08/17

<sup>1</sup> El presente trabajo es resultado de conclusiones preliminares en el análisis de una problemática que ha sido abordada por sus autores en diversos foros, pero especialmente en el núcleo de investigación de la Universidad Finis Terrae de Chile. Terminar el presente manuscrito habría sido imposible sin la valiosa colaboración de don Raúl Jesús Romero Díaz, estudiante colaborador del núcleo de investigación de nuestra institución. Los errores que contenga este trabajo son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

**RESUMEN:** El objetivo de este trabajo es aportar a la discusión jurídica mediante un análisis en el que converjan categorías normativas que permitan dialogar tanto a constitucionalistas, internacionalistas y teóricos del Derecho para el estudio de conceptos nucleares en la relación entre Derecho nacional y Derecho Internacional, específicamente en el rol que le corresponde desempeñar a los Principios en el Derecho Internacional y en el Derecho.

**PALABRAS CLAVE:** principios generales del derecho, principios generales del derecho internacional, principios Jurídicos, Derecho Internacional Público, Teoría del Derecho.

**ABSTRACT:** The aim of this work is to contribute to the legal discussion with an analysis in which normative categories converge that allow to dialogue both constitutionalists, internationalists and law theorists in the analysis of nuclear concepts in the relationship between national law and international law, Specifically in the role that plays the Principles in International Law and in the Normative Systems.

**KEYWORDS:** general principles of law, general principles of international law, legal principles, Public International Law, Theory of Law.

**RESUMO:** O objetivo deste trabalho é contribuir para a discussão jurídica de uma análise em que uma mistura de categorias políticas que permitem diálogo tanto constitucionalistas, internacionalistas e teóricos da lei para o estudo dos conceitos nucleares sobre a relação entre o direito nacional e direito internacional, especificamente para o papel que joga aos princípios de direito internacional e o direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** princípios gerais de direito, princípios gerais de direito internacional, os princípios do direito, direito internacional e teoria do direito.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Fuentes del Derecho Internacional Público. III. Los Principios Generales del Derecho Internacional Público. IV. ¿Principios del Derecho o un Derecho por Principios? V. The gift & the trick. VI. Múltiples historias para un mismo protagonista. VII. Reflexiones finales: Los Principios ¿... a plug in baby? VIII. Bibliografía.

*“Somos diferentes cielos en un mismo mapa”  
(Residente, Desencuentro)*

## I. INTRODUCCIÓN

Producto de la especial penetración del Derecho Internacional Público (en adelante DIP) en las esferas de los sistemas jurídicos nacionales, en cuyas sedes jurisdiccionales son aplicadas las fuentes de ese Derecho, se hace necesaria una revisión del conjunto de elementos normativos que nutren el DIP.

Desde esta perspectiva, ninguna fuente es objeto de tanta controversia, ni ha sido tan poco estudiada científicamente, como los llamados Principios Generales del Derecho internacional.

Atendido esto, el presente trabajo tiene como finalidad problematizar en torno a la naturaleza normativa de estos principios. La naturaleza, comprensión y extensión de ellos repercute en el alcance externo e interno del DIP. Y con ello en su aplicación en el orden doméstico.

Por tanto, el objetivo general de este estudio es aportar a la discusión jurídica mediante un análisis en el que converjan categorías normativas que permitan dialogar tanto a constitucionalistas, internacionalistas y teóricos del Derecho, en el estudio de conceptos nucleares para la relación entre Derecho Nacional y Derecho Internacional, específicamente en el rol que le corresponde desempeñar a los Principios Generales del Derecho Internacional en el Derecho.

A efectos de aproximarnos al objetivo reseñado, en primer lugar, y luego de una mención genérica a las fuentes del DIP, ensayaremos una conceptualización de los Principios Generales del Derecho en Derecho Internacional Público. Posteriormente se plantearán elementos para la discusión de la naturaleza de nuestro objeto de estudio a partir de la Teoría de la Norma. Además, se plantearán las tensiones generadas en este análisis, las que no se pretenden resolver en este trabajo, sino sólo instalar un punto de partida para estudios posteriores. Esto se justifica en las divergentes opiniones que los autores puedan sostener sobre el tema de este trabajo: en tal sentido aspiramos a plantear más preguntas que respuestas.

## II.

### FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Tradicionalmente entendido y aceptado es que las fuentes del DIP están contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>2</sup>. Este artículo refleja aquellas fuentes consideradas ya como tales antes del instrumento mencionado, de acuerdo con una constante práctica de los estados<sup>3</sup>.

Su relativa falta de adecuación a nuevas realidades, y el no pretender ser un *numerus clausus*, son razones que se atribuyen a que sea un “catálogo” imperfecto, esto es, incompleto<sup>4</sup>. Quedan efectivamente fuera de él importantes realidades jurídicas como son los actos jurídicos unilaterales<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniere.

Este artículo fue tomado del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia fundada una vez terminada la Primera Guerra Mundial.

<sup>3</sup> Karl Doehring, *Völkerrecht*, (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004), 121 y Julio Barberis, “Los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional”, *Revista del Instituto de Derechos Humanos*, (1991): 19 y ss.

<sup>4</sup> Seidl-Hohenveldern, *Lexicon des Rechts. Völkerrecht*, (Neuwied: Luchterhand, 2001), 330.

<sup>5</sup> Ver David Bondia García, *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados* (Barcelona: Bosch, 2004). En relación con otras manifestaciones del orden jurídico internacional, respecto de la cual se discute su categoría de fuentes, son el llamado soft law. Ver Mauricio Toro Huerta, *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2006.

Considerando cada una de las fuentes, es posible identificar que el núcleo radica en el consentimiento entregado a la generación de la obligación jurídica para cada estado<sup>6</sup>. Existe un ejercicio de autonomía soberana, a la vinculación jurídica, procediendo de ella la vinculación. Es aquél consenso el que da vigencia a la norma. Tanto los tratados, como la costumbre, las sentencias, los actos jurídicos unilaterales y el derecho derivado de las organizaciones internacionales reflejan siempre, en su origen la aceptación a la vinculación. Además de esto, cada una de esas fuentes si bien presenta problemas de interpretación y definición de contornos como el caso de la costumbre, debemos reconocer, que cada una de ellas, tiene elementos identificables respecto de los que ejercer interpretación, así como contiene elementos reconocibles sobre su origen voluntarista.

Sin embargo, una de las fuentes del DIP, los principios generales del derecho, presenta problemas para identificar claramente este fundamento de validez y que consideramos necesarios analizar de cerca.

### III.

## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Los principios generales del Derecho Internacional Público, como fuente del Derecho, están consignados expresamente en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, entendido como un catálogo incompleto de fuentes<sup>7</sup>. La historia de la norma nos señala que la inclusión de los principios generales fue una consecuencia del acuerdo adoptado entre los negociadores, donde finalmente su incorporación fue vista como logro por los iusnaturalistas, y por parte de los otros miembros positivistas una posibilidad de límite al intento principialista de los primeros<sup>8</sup>.

La alta heterogeneidad de la sociedad internacional actual sumada a la inmensa interdependencia de los sujetos de derecho, hacen de los principios una fuente compleja de conceptualización. Y debido a esto existe una intensa discusión respecto de estos principios<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Ver Francisco Orrego Vicuña, "Creación del derecho en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento?", en *Estudios Internacionales* 37, n° 146 (Jul.-Sept. 2004): 81-103.

<sup>7</sup> H. Mosler, "General Principles of Law", en *Encyclopedia of Public International Law* 2, ed. Por Rudolf Bernhardt, (Amsterdam, Lausanne, New York, Oxford, Shannon, Tokyo: North-Holland Publishing Company, 1995), 511 y ss.

<sup>8</sup> Marco Monroy Cabra, "Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional" en *Estudios Socio-jurídicos* 7, n° 2 (2005): 84. F. Novak, "Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho" en *Revista Agenda Internacional, PUCP* 4, n°9, (1997): 110 y sgtes.

<sup>9</sup> Julio Barberis, "Los principios generales de derecho como fuente del derecho Internacional", 28.

y sobre si ellos se identifican con los principios de derecho nacional (como por ejemplo el abuso del derecho o la violación de una obligación genera deber de indemnización), o bien éstos complementan los propios del derecho internacional (como por ejemplo para algunos la prohibición del uso de la fuerza y la autodeterminación de los pueblos), disputa que se extiende también a su naturaleza normativa, polémica que tiene importantes puntos de referencia en el denominado No Positivismo Principialista y en el Positivismo Contemporáneo o Post Positivismo y que fuerza a analizar el problema teniendo en cuenta categorías habitualmente desarrolladas por la Teoría del Derecho y la Teoría de la Norma. Y todo lo anterior repercute en la aplicación del Derecho Internacional a los Estados y en el uso intraestatal de este Derecho.

En tal contexto, es menester, distinguir dos entidades o realidades jurídicas: Los principios del derecho internacional y los llamados principios generales del derecho. Ambos con semejantes problemas en su definición de contenido y naturaleza normativa, e integrantes del DIP<sup>10</sup>.

1.- Los Principios Generales del Derecho (en adelante PGD) están contenidos en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas<sup>11</sup>”, serán entre otras fuentes consideradas por la Corte en la solución de los casos sometidos a su conocimiento.

Estos PGD serían enunciados emanados de los ordenamientos nacionales<sup>12</sup> y no de creación a nivel internacional. Son los principios que los estados reconocen en sus ordenamientos los que pueden ser elevados a fuente de DIP. Por tanto, estos principios, no pertenecen al DIP en su origen, sino más bien son aquellos contenidos en los ordenamientos jurídicos nacionales.

La transferencia de principios jurídicos de orden nacional al internacional genera problemas de interpretación y aplicación. Es por esto que parte de la doctrina ha entendido que éstos pueden ser considerados como eventual fuente, en caso de que se identifiquen, en los ordenamientos nacionales, como principios fundamentales y que al ser considerados en el ámbito internacional su contenido se adecue a ese particular ordenamiento jurídico. Además de esto se ha sostenido que serán subsidiarios en su aplicación una vez que se hayan agotado las posibilidades de encontrar norma convencional o consuetudinaria. Los PGD

---

<sup>10</sup> K. Ipsen, *Völkerrecht*, (Verlag C. H. Beck, 2004), 231 y ss. y Hernán Valencia, “La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo” en *Revista Facultad de Derecho y ciencias políticas* 36, n°106 (2007): 71.

<sup>11</sup> “Naciones civilizadas” es, unánimemente, una alocución anacrónica resabio del modelo europeocentrista del DIP, dominante hasta comienzos del siglo XX.

<sup>12</sup> K. Ipsen, *Völkerrecht*..., 231 y ss.

que tradicionalmente se consideran como tales en el orden internacional son aquellos más bien de orden procesal<sup>13</sup>.

2.- Los principios del DIP (en adelante PGDIP) serían no de aquellos contenidos en el artículo 38 y por tanto no derivados de los órdenes nacionales. Corresponden a principios particulares propios de la especificidad del DIP<sup>14</sup>.

Si consideramos que los PGD (aquellos del artículo 38) tienen una función procesal o son extraídos con función instrumental, a los principios del DIP, por el contrario, les corresponde una función sustantiva<sup>15</sup>. Ahora bien, ¿cuáles son éstos? Aquellos que el tráfico internacional requiere para su adecuado desarrollo. Entre ellos podemos mencionar: libre autodeterminación de los pueblos, independencia, igualdad soberana y buena fe, entre otros.

Si podemos considerar que en efecto existe una diferencia entre PGD y principios del DIP, no es posible asumir de forma unívoca una cuestión previa y fundamental que requiere de mayores análisis: la conceptualización de la naturaleza normativa de los principios, sean éstos PGD o principios del DIP.

#### IV.

### ¿PRINCIPIOS DEL DERECHO O UN DERECHO POR PRINCIPIOS?

En general, la literatura *No Positivista*, tiende a enfatizar el protagonismo de los Principios (sean PGD o PGDI o meramente *Principios*) en la construcción del Derecho contemporáneo. Pareciera ser que su éxito en la dogmática ha hecho eco en la jurisprudencia para impactar de lleno en el Concepto de Derecho – nacional o interno – especialmente en las doctrinas monistas. Las tesis fuertes sobre la ausencia de una conexión necesaria entre Derecho y Moral parecen debilitarse mientras las normas se nutren o desplazan en virtud de argumentaciones morales, insertadas o convocadas mediante los principios. Ejemplos de ello hay varios, tal vez el más significativo de la última década sea el mentado control de convencionalidad (sucedáneo pretoriano del bloque constitucional de derechos).

Con todo, la colonización de los principios, su afán expansionista – tanto respecto de los PGD o los PGDIP – son un regalo y un truco (*a gift & a trick*), pues su ductibilidad,

<sup>13</sup> F. Novak, “Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho”, 118.

<sup>14</sup> Paola Acosta “Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el orden internacional”, *Revista Derecho del Estado*, 25, (2010) 208 y ss.

<sup>15</sup> Monroy Cabra, Marco. “Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional”, 84.

aparentemente beneficiosa para despejar lagunas y juridificar casos a priori irrelevantes para el Derecho, tiende a estandarizar nomenclaturas de enunciados jurídicos bajo el rótulo de PGD, pero con una apertura semántico – normativa que difícilmente puede hacer coincidir significantes y significados en los conceptos que se estiman como un entramado que nutre al DIP. Algo no muy distinto acontece con los PGDIP. Problema que se agudiza en la medida que ni tan siquiera la doctrina ha alcanzado un acuerdo respecto del significado y alcance de este fenómeno normativo. El dilema es – entonces – que el concepto Principio, no tiene un significado unívoco entre los juristas.

## V.

### THE GIFT & THE TRICK

Siguiendo a Luis Prieto (2007)<sup>16</sup>, justamente aquello que Kelsen temía es hoy el sello de identidad del Derecho: gira en torno y se subordina a derechos, valores, principios y directrices. Y tales órbitas no ocurren producto del recurso a los principios como **metanormas** subyacentes en el Derecho. Se originan en enunciados normativos que para algunos resultan notoriamente diversos a otras normas: las reglas. En efecto, estas nuevas piezas fundamentales del Derecho son normas “muy generales”, “redactadas en términos particularmente vagos”, son “programáticas” en el sentido de que imponen la obligación de perseguir determinados fines, “expresan los valores superiores del ordenamiento jurídico” y sirven como “criterio de interpretación del Derecho”, por mencionar solamente algunos de los sentidos o características con que según Atienza y Ruiz Manero (1996)<sup>17</sup> se les ha atribuido.

Se suele destacar que los elementos más importantes en el Derecho contemporáneo son los principios y las directrices, aunque en el léxico jurídico el espectro denotativo del vocablo diste de ser preciso y uniforme. Por ejemplo, reciben el nombre de principios las normas que se suponen axiológicamente más fundamentales (la libertad o la justicia), las más generales o que inspiran amplios sectores del ordenamiento (la autonomía de la voluntad en Derecho privado o el principio de culpabilidad en Derecho penal), las que indican los fines de la acción estatal (el bienestar o el pleno empleo), las más vagas o que presentan indeter-

<sup>16</sup> Luis Prieto, “El Constitucionalismo de los Derechos”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, ed. por Miguel Carbonell (México: Trotta –UNAM, 2007), 215.

<sup>17</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz, *Las Piezas del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), 4.

minado el supuesto de hecho de su aplicación (la igualdad), las que recogen algunos tópicos interpretativos (lo accesorio sigue a lo principal, argumento a fortiori), etc.<sup>18</sup>

Con todo, se suele enfatizar al menos seis posibles significados<sup>19</sup> para los principios: normas con un peso especial e imposibles de ser aplicadas con un criterio de “todo o nada” (Dworkin), mandatos de optimización (Alexy), disposiciones con una estructura –abierta– y una funcionalidad particular en el razonamiento práctico (Atienza y Ruiz Manero), normas propiamente constitucionales (Zagrebelsky), entidades normativas con una endémica cualidad disposicional (García Figueroa), o como normas más exigentes para el intérprete (Prieto). A continuación repasaremos brevemente cada uno de ellos.<sup>20</sup>

## VI.

### MÚLTIPLES HISTORIAS PARA UN MISMO PROTAGONISTA

Aunque las traducciones al español de “El modelo de las normas I” de Ronald Dworkin (2010)<sup>21</sup>, contraponen normas con principios, parece –siguiendo a García Figueroa y Alexy, entre otros– que el contraste se efectúa realmente entre reglas y principios. En tal sentido el iusfilosofo anglosajón propone que la diferencia entre principios y reglas es de carácter lógico.

Ambas categorías apuntarían a decisiones jurídicas particulares en determinadas circunstancias, pero difieren en su orientación. Mientras las reglas serían susceptibles de una aplicación disyuntiva, al estilo de todo o nada, los principios no podrían ser aplicados de la misma forma pues no establecen consecuencias jurídicas que deban seguirse automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas por la norma.<sup>22</sup> Contendrían, más bien, razones no concluyentes para actuar o decidir en un sentido determinado.<sup>23</sup> De lo anterior, se derivaría en opinión de nuestro autor, que mientras las antinomias entre reglas resultan solubles en base a criterios proporcionados por el propio sistema (jerárquico, cronológico o de especialidad), tales recursos serían insuficientes en el caso de los principios, que se encuen-

<sup>18</sup> Luis Prieto, *Ley, Principios, Derechos* (Madrid, Dykinson, 1998), 48.

<sup>19</sup> Se incluye en este listado a autores que por opción propia o por atribución de terceros, se han entendido ligados tradicionalmente al Neoconstitucionalismo.

<sup>20</sup> Con todo, no nos haremos cargo de las críticas de las que son susceptibles cada una de estas posturas. La intención de este apartado es descriptiva no analítica. Una completa revisión crítica de la polisemia principialista puede ser encontrada en García Figueroa (1998), García Amado (2009) y Ratti (2013), por citar algunos.

<sup>21</sup> Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, (Barcelona, Ariel, 2010), 61.

<sup>22</sup> Ronald Dworkin, *Los Derechos...*, 75.

<sup>23</sup> Ronald Dworkin, *Los Derechos...*, 76.

tran dotados de una dimensión de peso o importancia, inexistente en la reglas, y que obliga a quien resuelve una colisión entre ellos a tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos, cuestión imposible de efectuar en abstracto y que sólo emergerá de los hechos.<sup>24</sup>

La idea de Principios como Mandatos de Optimización, como es bien sabido, procede de la obra de Robert Alexy (2008)<sup>25</sup>, quién en su Teoría de los Derechos Fundamentales erige una clasificación de normas entre reglas y principios a propósito de los derechos de tal índole. Así sostiene que la distinción más importante para la Teoría de los Derechos Fundamentales es la distinción entre reglas y principios. El factor decisivo para la diferenciación entre reglas y principios, señala el autor, consiste en que estos últimos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo tanto son *Mandatos de Optimización* caracterizados porque pueden cumplirse en diferente grado y el baremo de tal satisfacción depende de las posibilidades reales (los recursos extra jurídicos disponibles) y las jurídicas existentes, consistiendo las segundas en el perímetro delineado por los principios y reglas opuestos.<sup>26</sup>

Las reglas, por otra parte, serían normas que resisten únicamente dos alternativas: cumplimiento o incumplimiento. Si la regla es válida, sólo cabe efectuar con exactitud lo que ella prescribe, ni menos ni más. De esta manera, las reglas son portadoras de determinaciones en el aspecto de lo posible en la realidad y en lo jurídico. Lo anterior, concluye el profesor de Kiel, implica que entre reglas y principios existe una diferencia cualitativa y no de grado, además de que toda norma puede ser distribuida en una de las dos categorías.<sup>27</sup>

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, teniendo como punto de partida que existe una diferencia entre reglas y principios, se preguntan en un trabajo de 1991 ¿cómo se pueden distinguir los principios de las reglas?, interrogante que tratan de despejar acudiendo a dos enfoques. Uno estructural que consiste en ver las normas como entidades organizadas de una cierta forma y otro funcional, que se centra en el papel o la función que las mismas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios.<sup>28</sup>

Desde el primero de los enfoques –sostienen Atienza y Ruiz Manero– el problema parece ser éste: aceptado que las reglas pueden formularse siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso/solución (lo que no significa aceptar –ni negar– que

<sup>24</sup> Ronald Dworkin, *Los Derechos...*, 77.

<sup>25</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2008), 63.

<sup>26</sup> Robert Alexy, *Teoría...*, 68.

<sup>27</sup> Robert Alexy, *Teoría...*, 68.

<sup>28</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz “Sobre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°10 (1991): 107.

las normas sean entidades lingüísticas, sino tan sólo que pueden expresarse en un lenguaje) ¿puede decirse lo mismo de los principios? La concepción estructural de los principios conlleva la distinción entre dos clases de ellos: principios propiamente tales y directrices, variantes que comparten un grado de indefinición en su condición de aplicación o en el modelo de conducta prescrito.<sup>29</sup> Los primeros se caracterizan por estar formulados como enunciados que correlacionan siempre casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero de manera abierta. A diferencia de las reglas, carecen de una condición de aplicación determinada. No se trata de que posean una condición de aplicación con una periferia más o menos amplia, sino de que tales condiciones no se encuentran ni siquiera genéricamente determinadas.<sup>30</sup> Las segundas, directrices las llaman, su consecuencia jurídica (su modelo de conducta prescrita) no se encuentra determinada.<sup>31</sup>

Es la anterior caracterización la que impulsa a los mencionados autores a plantear que –dentro de otros importantes roles– los principios (especialmente en el plano constitucional) operan en la práctica como generadores de ilícitos atípicos, esto es el efecto que se caracteriza por la inversión del sentido de una regla que en una primera aproximación parecería autorizar la realización de una conducta, sin embargo y a consecuencia de su oposición a uno o más principios, tal conducta se convierte en ilícita, cuestión que a su juicio acontecería especialmente con el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder.<sup>32</sup>

Ahora bien, en perspectiva funcional, las reglas estarían destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los entes jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones “perentorias” o “protegidas”. Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado o adoptado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.<sup>33</sup> Pero, los principios explícitos serían razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la causa por la que son razones para la acción de los órganos jurisdiccionales, esto es, el motivo por el que deben entrar a formar

<sup>29</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz “Sobre principios y reglas”, 108-110.

<sup>30</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz, *Las Piezas...*, 9.

<sup>31</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz, *Las Piezas...*, 10.

<sup>32</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz, *Ilícitos Atípicos* (Madrid: Trotta, 2006), 27.

<sup>33</sup> Juan Ruiz Manero, “Principios Jurídicos”, en *El Derecho y la Justicia* editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Madrid: Trotta, 2000): 154.

parte del razonamiento justificatorio de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es el mismo que en el caso de las reglas: a saber, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.<sup>34</sup>

Gustavo Zagrebelsky (2004)<sup>35</sup>, por su parte, efectúa una tripartición de normas constitucionales al distinguir entre Valores, Principios y Reglas. En su esquema, los valores consignan fines en sí mismo, esto es bienes a los que el orden constitucional atribuye la máxima importancia. Los principios, por su parte, no serían “puntos de llegada” sino “puntos de partida” que consignan bienes valiosos que han de ser materializados mediante actividades consecuentes, dotadas de un “exceso de contenido deontológico y axiológico”, que les atribuye un estatus conceptual diferente –superior– al de las reglas.<sup>36</sup> Sin objetar las ideas como las de Dworkin, Alexy o Atienza y Ruiz Manero, el académico italiano postula que los principios, particularmente los constitucionales, serían normas portadoras de una especial jerarquía en razón de su contenido: normas propiamente constitutivas o constitucionales, mientras que las reglas –aun cuando se encuentren en la Constitución– no serían más que leyes reforzadas: a las reglas, por su simpleza, se las obedece, a los principios, se les presta adhesión.<sup>37</sup>

Quien sí se aparta de las tesis fuertes acerca de la diferencia entre reglas y principios es Alfonso García Figueroa (2010)<sup>38</sup>, que de manera tajante afirma que una distinción severa entre esta clase de normas es improcedente y distorsiona la realidad del Derecho bajo un Estado Constitucional. La mejor manera de conceptualizar los principios para este autor es afirmando su condición *disposicional* de normas derrotables.<sup>39</sup> Una norma es derrotable, cuando está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no es posible precisar por anticipado las circunstancias que operan como genuina condición suficiente de su aplicación,<sup>40</sup> sin que aquello obste su validez.

<sup>34</sup> Juan Ruiz Manero, “Principios...”, 154.

<sup>35</sup> Gustavo Zagrebelsky, *La Ley y su Justicia* (Madrid: Trotta, 2004), 174-176.

<sup>36</sup> Gustavo Zagrebelsky, *La Ley...*, 181.

<sup>37</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 2008), 110.

<sup>38</sup> Alfonso García Figueroa, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica” en *El Canon Neoconstitucional* ed. por Carbonell y García Jaramillo (Madrid: Trotta, 2010), 192.

<sup>39</sup> Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (Madrid: Trotta, 2009), 136.

<sup>40</sup> Ricardo Guastini “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación”, *Análisis Filosófico* 26, n°2 (2006): 279.

Una propiedad disposicional, por su parte, consiste en aquella característica *a priori* indetectable pero que se hace evidente concurriendo ciertas circunstancias. García Figueroa emplea a la sal como ejemplo de un elemento con propiedades dispocionales. Afirma que la solubilidad de la sal es imperceptible a menos que se verifique la condición de mezclarla con agua. Y no porque un gramo de sal nunca sea mezclado con agua podemos afirmar que aquella es insoluble. Pues bien, la derrotabilidad sería una propiedad disposicional: están sometidos a un desplazamiento en su eficacia o vigencia concreta ante la o las circunstancias en que otro principio resulte concurrente al caso de manera más justa o satisfactoria.<sup>41</sup>

Otro autor que se aparta de las tesis intensas acerca de la diferencia entre las clases de normas en estudio es Luis Prieto. Para el irremplazable ex Catedrático de Toledo, los contrastes entre reglas y principios pueden ser apreciados tanto en perspectiva estructural como interpretativa. Desde el primer punto de vista, nuestro autor sostiene que parece poco aconsejable trazar una frontera nítida entre la “apertura” de los principios y la “zona de penumbra” de las reglas, pues en ambos supuestos se precisa de un empeño interpretativo equivalente para definir la aplicación de la norma al caso concreto. De cualquier manera, de admitirse la diferencia, los principios en este sentido vendrían a ser las normas situadas en el extremo de la penumbra, esto es, aquellas cuya concreción exige un mayor protagonismo por parte del intérprete. La “apertura” de los principios representaría una suerte de delegación constitucional o legal a fin de que sea el juez quien fabrique la premisa mayor de su razonamiento; implicaría, de tal forma, un fortalecimiento de la posición del intérprete.<sup>42</sup>

Por su parte, desde la óptica interpretativa, la diferencia entre una y otra clase de norma, nos dice Prieto, provendría de la concurrencia a un caso concreto de dos enunciados a los que se les aplica la ponderación como mecanismo de solución de antinomias, pues solamente post ponderación<sup>43</sup> podríamos sostener que estamos ante principios y no reglas.<sup>44</sup>

Principios y directrices, los pilares de las fuentes del Derecho axiológicamente cargadas, implican que el Derecho se aproxima a la moral y que la moral se aproxima al Derecho.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> García Figueroa, *Criaturas...* 136.

<sup>42</sup> Luis Prieto Sanchis, *Apuntes de Teoría del Derecho* (Trotta, Madrid, 2008), 60.

<sup>43</sup> En el mismo sentido Ricardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional* (México: Fontamara, 2007), 128.

<sup>44</sup> Luis Prieto Sanchis, *Apuntes...*, 61.

<sup>45</sup> García Figueroa, *Criaturas...*, 44.

## VII.

### REFLEXIONES FINALES: LOS PRINCIPIOS ¿... A PLUG IN BABY?

El presente trabajo no aspira a proponer soluciones a un problema. Nuestro humilde propósito es, simplemente, identificar un nudo gordiano que impacta en el Derecho Internacional y en el Derecho: qué naturaleza normativa tienen los dispositivos denominados PGD o PGDI.

Lo anterior con miras a potenciar el impacto del Derecho Internacional Público, pues las zonas de penumbra en su comprensión/enseñanza/aplicación, conspiran en contra de su eficacia.

Con todo, no hay satisfacción en estos investigadores con la mera denuncia del problema. Divisamos algunas rutas de análisis para abordar el fenómeno.

En efecto, los posibles sentidos de la noción *Principio*, no son necesariamente incompatibles entre sí. De tal forma, como se puede observar en la literatura revisada, los significados atribuibles a *Principio* no son concluyentemente irreconciliables, entre sí ni con otras categorías. Por ejemplo, no es incompatible la idea de principio (sea PGD o PDGI) como norma más importante con una eventual naturaleza de regla de su enunciado. Pero de tal certeza deriva la incertidumbre ¿De cuánta discrecionalidad disponen hoy los órganos competentes para aplicar los PGD y los PGDI?

No obstante lo anterior, un sentido posible pero cuestionable de la noción en el ámbito internacional – al amparo de la Teoría del Derecho contemporánea – es el que asigna a las PGD y PGDI el valor de normas más importantes, pues aquello no se resuelve mediante atribuciones (subjetivas) de valor a institutos jurídicos, sino mediante una opción deliberada de los sujetos normativos que representan la soberanía popular. De ahí proviene la vigencia del problema planteado en este trabajo y sus proyecciones.

En fin, nuestra intención no es proponer una reacción a la acción - parafraseando a Newton – sino que simplemente poner sobre la mesa un problema que debe ser resuelto colaborativamente entre internacionalistas y constitucionalistas, en tanto compartan una vocación por la Teoría del Derecho, así, con mayúsculas. - ¿Por qué problematizar? Porque la contingencia y la teoría nos revelan que los Principios, los PGD y los PGDI han sido empleados como un *As – One Plug In Baby*- tanto en la resolución de casos a nivel internacional, como en la edificación de doctrinas a nivel nacional. El mejor ejemplo: el control de convencionalidad en sistemas de *Civil Law* sin cláusulas que atribuyan un especial valor al Derecho Internacional.

---

Para citar este artículo: María Angélica Benavides Casals, José Ignacio Núñez Leiva: “Los principios en el derecho internacional: ¿una fuente del derecho o una fuente de interrogantes?”, <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1476> *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 1510-3714, 31-46.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Paola. “Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el orden internacional”, *Revista Derecho del Estado*, 25, (2010) 193-219.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Atienza, Manuel y Ruiz, Juan “Sobre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº10 (1991): 108-110.
- Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Trotta, 2006.
- Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. *Las Piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Barberis, Julio. “Los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional”, *Revista del Instituto de Derechos Humanos* 14 (1991): 11- 41.
- Bondía García, David. *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*. Barcelona: Bosch, 2004.
- Doehring, Karl, *Völkerrecht*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004.
- Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Barcelona: Ariel, 2010.
- García Amado, Juan Antonio. *El Derecho y sus circunstancias*. Bogotá: Colombia, 2010.
- García Figueroa, Alfonso. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica” en *El Canon Neoconstitucional* ed. por Carbonell y García Jaramillo, 185- 207. Madrid: Trotta, 2010.
- García Figueroa, Alfonso. *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta. 2009.
- García Figueroa, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: CEPC, 1998.
- Guastini, Ricardo. “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación”, *Análisis Filosófico* 26, nº2 (2006): 277-293.

- Guastini, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México, Fontamara, 2007.
- Ipsen, K. *Völkerrecht*. Verlag C. H. Beck, 2004.
- Monroy Cabra, Marco “Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional” en *Estudios Socio-jurídicos* 7, n° 2 (2005): 77-91.
- Mosler, H. “General Principles of Law”, en *Encyclopedia of Public International Law* 2, ed. Por Rudolf Bernhardt, (Amsterdam, Lausanne, New York, Oxford, Shannon, Tokyo: North-Holland Publishing Company, 1995).
- Novak, F. “Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho” en *Revista Agenda Internacional, PUCP* 4, n°9, (1997): 109-133.
- Orrego Vicuña, Francisco. “Creacion del derecho en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento?” en *Estudios Internacionales* 37, n° 146 (Jul.-Sept. 2004): 81-103.
- Prieto, Luis “El Constitucionalismo de los Derechos”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, ed. por Miguel Carbonell. México: Trotta –UNAM, 2007.
- Prieto, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Trotta, Madrid, 2008.
- Prieto, Luis. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid, Dykinson, 1998.
- Ratti, Giovanni Battista. *El gobierno de las normas*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.
- Ruiz Manero, Juan. “Principios Jurídicos”. En *El Derecho y Justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, 133-147. Madrid: Trotta, 2000.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz. *Lexicon des Rechts, Völkerrecht*. Neuwied: Luchterhand, 2001.
- Toro Huerta, Mauricio. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2006.
- Valencia, Hernán. “La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo” en *Revista Facultad de Derecho y ciencias políticas* 36, n°106 (2007): 69-124.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo. *La Ley y su Justicia*. Madrid: Trotta, 2004.

# Democracia, Intolerância Política e Direitos Humanos: uma visão reflexiva a partir da realidade brasileira contemporânea

Democracy, political intolerance and human rights: a reflective view from contemporary Brazilian reality

Democracia, intolerancia política y derechos humanos: una visión reflexiva a partir de la realidad brasileira contemporânea

*Eduardo C. B. Bittar*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidade de São Paulo (Brasil)

edubittar@uol.com.br

<https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1470>

**RESUMO:** A atmosfera de intolerância nas democracias contemporâneas é incompatível com o conceito de democracia, num sentido mais amplo, o que demonstra o quanto existe uma íntima correlação entre democracia e direitos humanos, e, também, o quanto os déficits de direitos humanos se expõem com toda força em períodos de crise econômica e política. Este artigo procura tratar destas questões de modo interseccionado, a partir da experiência concreta da realidade brasileira contemporânea, voltando-se para a discussão da questão do quanto a democracia demanda a desrepressão do cotidiano para se afirmar, sustentar e consolidar nas práticas do convívio social.

---

Recibido: 02/07/2017. Revisado: 31/08/2017. Aceptado: 05/10/2017

**PALAVRAS-CHAVE:** intolerância, democracia no cotidiano, direitos humanos.

**ABSTRACT:** The atmosphere of intolerance in contemporary democracies are incompatible with the concept of democracy, in a broader sense, which shows the close correlation between democracy and human rights, and also how human rights deficits are exposed in periods of economic and political crisis. This article discuss these subjects in the brazilian contemporary reality, touching the point of social ordinary relationships.

**KEYWORDS:** intolerance, democracy in daily life, human rights.

**RESUMEN:** La situación de intolerancia en las democracias contemporáneas es incompatible con el concepto de democracia, en un sentido más amplio, lo que demuestra la íntima correlación entre democracia y derechos humanos, y también cuánto el déficit de una cultura de derechos humanos expone las interacciones sociales a vivencias de extremos, em períodos de crisis económica y política. Este artículo trata de estas cuestiones en la realidad brasileña contemporánea, desollando la noción de democracia como una cuestión de valores que contribuyen para la “des-represión” de las interacciones de convivencia social cotidiana.

**PALABRAS-CLAVE:** intolerancia, democracia en el cotidiano, derechos humanos.

**SUMARIO:** Introdução. 1. Intolerância política e direitos humanos. 2. Democracia, ação social e a vida em comum. 3. Democracia do convívio e republicanismo. Conclusões. Bibliografia.

---

## INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre o tema da democracia, e se dedica a situar o leitor no âmbito dos problemas do *convívio democrático*, no contexto da realidade brasileira contemporânea, uma vez que se encontra atravessada por fortes tensões políticas, sensação de ruptura do tecido social e descrença na legitimidade da classe política, das legendas partidárias e no papel da democracia. Em dois artigos recentes, publicados no Brasil, tive condições de, em primeiro lugar, diagnosticar que a crise brasileira está fundada num processo de **modernização incompleta**, o que ficou evidenciado no artigo de 2013, intitulado **O Decreto n. 8243/2014 e os desafios da consolidação democrática brasileira**,<sup>2</sup> e, em seguida, que a crise brasileira somente poderia ser superada por um processo de reavaliação do sentido da democracia, o que incluiria a reforma política, a partir de concepções exploradas teoricamente por inúmeras correntes do debate político contemporâneo, e isto foi feito no artigo de 2016, intitulado **Crise política e Teoria da Democracia: contribuições para a consolidação democrática no Brasil contemporâneo**.<sup>3</sup>

Em ambos os artigos, a preocupação era a mesma: o estado de instabilidade da democracia brasileira. O cenário de instabilidades não cede, e, seu epicentro com as manifestações de 2013 se arrasta com dificuldades, desde então, alcançando, a esta altura, cinco anos de corrente situação de crise política associada a baixo desempenho da economia e a perda de credibilidade da democracia. Não por outro motivo, o que foi diagnosticado nos artigos anteriores, ganha aqui, nesta nova reflexão, um sentido de continuidade e, também, uma nova

---

<sup>2</sup> Eduardo C. B. Bittar, «O Decreto no. 8243/2014 e os desafios da consolidação democrática brasileira», *Revista de Informação Legislativa* 51, n. 203 (2014): 07-38.

<sup>3</sup> Eduardo C. B. Bittar, «Crise política e teoria da democracia», *Revista de Informação Legislativa* 53, n. 211 (2016): 11-33.

perspectiva de contribuição. Mas, este artigo, intitulado **Democracia, Intolerância Política e Direitos Humanos: uma visão reflexiva a partir da realidade brasileira**, mantém a mesma preocupação de fundo, avançando, no entanto, no sentido da indicação de uma possível agenda de trabalho, consideradas as tarefas da **cultura da democracia** e do **respeito aos direitos humanos**. Aqui, passa a ficar claro o quanto o **passado autoritário** ainda se encontra entranhado no convívio social, bastando as crises se revelarem, para que venham à tona os padrões comportamentais autoritários e desafetos aos direitos humanos, deixando-se farto registro do quanto a tarefa da educação para a democracia e os direitos humanos tem desafios para adiante, considerados os rumos de um processo mais amplo de afirmação e consolidação da democracia brasileira.

## 1.

### INTOLERÂNCIA POLÍTICA E DIREITOS HUMANOS

O Brasil possui uma ‘imagem internacional’ que está muito associada à ‘festa’, ao ‘samba’ e à ‘cordialidade’ do povo.<sup>4</sup> Esta imagem, também como ‘auto-imagem’, engana a quem não se encontra imerso no cotidiano de sua realidade mais concreta e atual. Seja a sociologia romântica, seja o **marketing** global, seja a histórica miscigenação étnico-racial foram responsáveis por criar esta ‘imagem’ que, enquanto **ideologia**, nos afasta do enfrentamento necessário de nossas mazelas, agora plenamente reveladas, apenas a máscara de nossa ‘civilidade brasileira’ se esvaia diante de nossos próprios olhos, em contexto de crise econômica e política. No cotidiano das distinções das relações é que se percebe, no Brasil atual, o quanto se vive no ‘fio da navalha’, diante de um cenário de **polarização política**, de extremos na opinião pública, de escândalos de corrupção, de instabilidades institucionais e de paralisia econômica. A percepção de que se padece da **falta de rumo**, de que se vive na **desordem social** e de que se convive com a **desconfiança** define os traços do presente, e, pelas previsões que derivam dos estudos sociológicos, não deverão se dissipar tão cedo.<sup>5</sup>

**É evidente que todo este caldo de fatos, acontecimentos e situações - que vieram sendo denunciados pelas instituições legais e revelados pelas mídias - não de afetar a confiança na democracia, e não de afetar a dimensão das interações sociais.**

<sup>4</sup> A respeito, consulte-se Eduardo C. B. Bittar, «Violência e realidade brasileira», *Katálysis: Revista de Serviço Social* 11, n. 2 (2008): 214-234; Alfredo Bosi, «O que está acontecendo?», *Instituto de Estudos Avançados*, Universidade de São Paulo, Agosto de 2014, Acesso em 07 de setembro de 2014, [www.iea.usp.br/noticias/manifestacoes-de-rua](http://www.iea.usp.br/noticias/manifestacoes-de-rua).

<sup>5</sup> Domenico De Masi, *2025: caminhos da cultura no Brasil* (Rio de Janeiro: Sextante, 2015), ps. 214-215.

**Não por outro motivo, as pesquisas mais recentes no campo da Ciência Política** demonstram de forma clara o quanto a **confiança na democracia** está associada ao funcionamento do **sistema democrático** como um todo.<sup>6</sup>

**É certo que, do ponto de vista histórico, a crise econômica sempre despertou os ‘fantasmas’ mais adormecidos que existem, na medida em que os temores populares são aflorados e manipulados, tornando toda propensão à exploração do medo, à intolerância e ao desentendimento as fagulhas para a distensão do tecido social.** Mas, a crise econômica não é local, e não é um privilégio brasileiro; é global, e facilita extremismos em todas as partes do mundo, cada qual ao seu modo, como revelaram os atentados terroristas ocorridos na França (a exemplo do 13 de novembro de 2015, na cidade de Paris).

Em certa medida, todo período de *crise* se apresenta como uma oportunidade para a aparição do que estava oculto, trazendo à tona as contradições que se encontravam mal resolvidas. Para ficar em dois exemplos, no Brasil, trata-se **do lento e débil processo de consolidação da democracia**, e, já na França, a **tensa, polêmica e ainda não resolvida situação da imigração**. Estas tensões sociais, que clamam por soluções, irão, por isso, escorregar dos discursos cotidianos para as mídias e para os discursos institucionais e políticos, de forma a gozarem de aparições no âmbito dos discursos políticos. Não por outro motivo, períodos de crise são importantes para se colherem evidências do **processo civilizatório**, ou seja, do que foi realizado como verdadeira ‘expressão de civilidade’, e do que não foi realizado e faz restar ‘vestígios de barbárie’ sob a ‘capa da civilização’.<sup>7</sup>

O processo de **modernização** implica avanços e retrocessos, colhendo-se nesta perspectiva de análise, as observações da *Dialektik der Aufklärung*, de 1947, de Theodor Adorno e Max Horkheimer.<sup>8</sup> Estas são tomadas aqui como **advertências históricas**, traçadas pela Escola de Frankfurt, das **patologias do processo de modernização**, na medida em que suas desenfreadas estruturas libertam, como também oprimem. Apresentar a ‘modernidade’ como uma ‘história da liberdade’, pura e simples, é falsear uma avaliação mais crítica do processo de modernização. Os jogos sociais que envolvem etapas de **emancipação não são isentos de**

<sup>6</sup> José Álvaro Moisés e Rachel Meneguello (orgs.), *A desconfiança política e os seus impactos na qualidade da democracia* (São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013), p. 361.

<sup>7</sup> A respeito, consulte-se: Theodor Adorno e Max Horkheimer. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos* (Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985); Edson Teles e Vladimir Safatle. *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010); Francis Wolff, «Quem é bárbaro?». Em *Civilização e barbárie*, editado por Aduino Novaes (São Paulo, Companhia das Letras, 2004), ps. 19-44.

<sup>8</sup> “No sentido mais amplo do progresso do pensamento, o esclarecimento tem perseguido sempre o objetivo de livrar os homens do medo e investi-los na posição de senhores. Mas a terra totalmente esclarecida resplandece sob o signo de uma calamidade triunfal” (Theodor Adorno e Max Horkheimer, *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos* (Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1985), p. 19.

**tensões, conflitos e contradições. Mesmo quando se consideram como dadas certas conquistas de liberdade, na medida em que toda liberdade conquistada também pode ser imediatamente solapada por uma inovação da tecnologia,** por cenários de crise econômica, por um novo arranjo de forças políticas, ou por um cenário de incertezas sócio-históricas.

Num período tempestuoso, vale a advertência de que a **intolerância política** do passado já ceifou vidas demais na história. Por isso, a preservação das conquistas dos direitos humanos não pode sofrer retrocessos, nem em nome do ‘conservadorismo político’, no caso do Brasil, nem em nome da ‘segurança nacional’, no caso da França. Ainda que seja necessário combater a corrupção, no caso do Brasil, e prevenir atentados terroristas, no caso da França, estas ações não devem representar novos atentados em face dos direitos conquistados, arrastando-se a malha das redes de cidadania em direção ao desfiladeiro da exceção. A ameaça de retrocesso na cultura de respeito aos direitos humanos, na solidez do processo de consolidação da democracia e na crença na legalidade apontam muito mais para uma curva para trás, e não para frente, e propendem a apresentar-se nos desvãos de um passado não tão longínquo - no caso europeu, os totalitarismos, e no caso latino-americano, as ditaduras militares -, onde a tirania, o autoritarismo e as expressões do mal político se fizeram presentes.

No caso do Brasil, a situação é mais sensível, tendo em vista que sua democracia é instável, e, ainda pouco amadurecida. Após a ditadura civil-militar de 1964-1985, no período de restauração democrática da Constituição Federal de 1988, tem-se uma situação de três pedidos de **impeachment** apresentados a Presidentes eleitos pelo voto popular. No primeiro caso, o impeachment do Presidente Fernando Collor, após manifestações populares dos ‘caras pintadas’, com o consequente afastamento do cargo; no segundo caso, o pedido de impeachment da Presidente Dilma Rousseff, após manifestações populares pró e contra. E, neste exato momento, um terceiro caso, o pedido de impeachment do Presidente Michel Temer (ainda em tramitação, enquanto este artigo foi escrito, em julho de 2017), este que sucede como Vice-Presidente após a saída de Dilma Rousseff.

Mas, para além de situações concretas, o mais trágico do ponto de vista histórico para a **consolidação democrática brasileira** é o fato de que a realidade contemporânea ainda vem profundamente marcada por: desemprego galopante; legitimidade política em baixos níveis; baixo desempenho da economia; manifestações populares e greves, a cada novo epicentro de crise política; atos de hate speech espalhados de forma viral nas redes sociais;<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Walter Claudius Rothenburg e Tatiana Stroppa. «Liberdade de expressão e discurso de ódio: o conflito do discurso nas redes sociais», *Anais do III Congresso Internacional de Direito e contemporaneidade*, Acesso em 30 de dezembro de 2015, <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>.

violências pandêmicas;<sup>10</sup> desigualdades sócio-econômicas; expressões da opinião pública autoritária entre cidadãos por razões políticas e ideológicas; tentativas legislativas de regressos nas pautas e agendas de direitos humanos, especialmente no campo dos direitos das crianças e dos adolescentes; processo de justiça de transição incompleto;<sup>11</sup> degradação do diálogo político na esfera pública; forte pressão midiática sobre o governo; sensação generalizada de desgoverno; descrença generalizada na política e nas instituições democráticas. Todos estes são apenas **indicadores** concretos do quanto a crise econômico-financeira e a fragilidade da democracia vêm acompanhadas do destempero nas interações sociais, na falta de respeito à dignidade humana e aos mais basilares valores republicanos e de cidadania.

## 2.

### DEMOCRACIA, AÇÃO SOCIAL E A VIDA EM COMUM

Para efeitos desta análise, quer-se conceber o uso do termo **democracia** de forma mais conectada a um modo amplificado de compreensão, enquanto **forma de ação social**, e, portanto, muito associada a uma **prática de paridade social e respeito cívico**. Nesse campo, quando o filósofo Hans Kelsen<sup>12</sup> estuda a Teoria da Democracia, aponta para a ideia de que, ponto de vista psicológico, a ‘personalidade democrática’ é afeita à relação entre **eu e tu**. Com isso, fornece um argumento importante a favor da compreensão de que democracia não é apenas ‘do governo’, ou ainda, ‘das instituições’, pois democracia implica uma forma de ação e interação na esfera pública, ligada a um padrão de comportamento, que pode ou não se concretizar e, assim, se plasmar em instituições, valores, práticas, ações, trabalhos, projetos, resultados, concepções e visões de mundo. Assim, tendo-se presente esta abordagem, é possível avaliar o estado da cultura republicana e democrática a partir da forma pela qual os cidadãos estabelecem seus vínculos, se aproximando mais, de uma parte, da violência e da astúcia, ou, de outra parte, do respeito e da cidadania.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> A respeito, Paulo Sergio Pinheiro e Guilherme Assis de Almeida, *Violência urbana* (São Paulo: Publifolha, 2003).

<sup>11</sup> A respeito, consulte-se Ministério da Justiça. «*Relatório final*», Comissão Nacional da Verdade, Acesso em 10 de dezembro de 2014, <http://www.cnv.gov.br>.

<sup>12</sup> Hans Kelsen, *A democracia* (São Paulo: Martins Fontes, 2000), 180-182.

<sup>13</sup> Tem-se presente o conceito de cidadania aqui adotado: “A cidadania torna-se, portanto, num exercício de direitos, de busca pelos direitos de cada um e de aceitação dos direitos de outros no seio de comunidades jurídicas, políticas e sociais e até culturais que foram criadas com finalidades deste tipo”; John Pocock, *Cidadania, historiografia e res publica: contextos do pensamento político* (Lisboa: Almedina, 2013), 249.

Assim, nesta linha ampliada de significação que o termo «democracia» ganha ainda mais relevo, pois é compreendido como **forma de ação, de produção de valores sociais** e como **padrão de conduta**, devendo atravessar as relações intersubjetivas em seus diversos níveis. A pergunta elaborada no texto sobre Democracia na família, publicada em *Kinder der Freiheit* (1997), pelo sociólogo alemão Ulrich Beck (2006),<sup>14</sup> **não pode ser calada, e deve ressoar com força, quando se quer refletir - no campo da Filosofia Política e da Teoria da Democracia - sobre os desafios da sociedade contemporânea: democracia como forma de vida e não apenas como forma de governo.**

Nesta linha de raciocínio, a palavra «democracia» evoca o **modus vivendi** em que a partilha do que é comum é priorizada para a **alterização do convívio** e para a integração humana; nesta forma de ser, deve-se enfatizar a responsabilidade ético-democrática de **estar-em-comum**, e, por isso, o termo designa o modo de interação social voltado para a administração paritária do comum, e com o modo pelo qual os sujeitos se constroem identificados com o respeito-ao-outro e com o respeito-ao-que-é-comum. E isso é válido para políticos que usurpam o dinheiro público, dissolvendo a diferença entre o espaço privado e o espaço público, tanto quanto para cidadãos, que se apropriam do espaço público como se privado fosse,<sup>15</sup> **ai incluída a interação arbitrária e violentadora da esfera de direitos do outro. Assim, é na partilha do comum que se constituem os sujeitos ativos da democratização, onde individuação e socialização são apenas dois aspectos do mesmo processo. Com isso, se percebe que «democracia» implica encontro entre o eu-tu, mediado por instituições, no nível do governo, mas, sobretudo, encontro marcado pela igualdade ética, que é aquela que está atrelada à consideração do outro como pessoa moral, como constata Pedro Salazar Ugarte (2006)<sup>16</sup>.**

**É por isso que a palavra «democracia» sempre foi alvo de disputas entre concepções de mundo,<sup>17</sup> e, é também por isso que se pode ver nela a palavra que pode e deve atingir outras aplicações e usos, em diversas perspectivas e contextos para além de**

---

<sup>14</sup> “Cómo se convierten, pues, la libertad y la democracia no sólo en una forma de gobierno, sino también en una forma de vida?” Beck, *Hijos de la libertad*, 179.

<sup>15</sup> Domenico De Masi, *Caminhos da cultura no Brasil* (Rio de Janeiro: Sextante, 2015), 219.

<sup>16</sup> “El individualismo de la democracia es un individualismo ético que implica que todos los seres humanos se consideran personas morales que tienen la misma dignidad”. Pero Salazar Ugarte, *La democracia constitucional: una radiografía teórica* (México: Fondo de Cultura Económica; UNAM, 2006), 126).

<sup>17</sup> “Como salienta Burdeau, o Estado liberal, durante quase dois séculos, manteve a distinção entre o político e o social, de modo que as próprias lutas políticas não afetavam diretamente a sociedade. Essa é a razão pela qual muitos autores se referem à ‘democracia política’ como autônoma em relação à ‘democracia social’. Isto, porém, só é possível segundo a concepção que considera a participação política privilégio de uma elite social, o que é incompatível com a sociedade de massa do século XX”. Dallari, *O futuro do Estado* (São Paulo: Saraiva, 2010), 172.

**democracia política e democracia social.** Na perspectiva da **democracia econômica**, a fronteira da igualdade econômica se estabelece como desafio de justiça social, na perspectiva da **democracia cultural**, a promoção do acesso equilibrado aos bens culturais e à diversidade das formas de expressão humana, na perspectiva da **democracia global**, a construção do direito à democracia nas múltiplas fronteiras globais, para citar algumas frentes de trabalho. Esses breves apontamentos já indicam rumos e significam perspectivas inumeráveis de trabalho e construção, no sentido da amplitude da árvore semântica que deriva do termo «**democracia**».

De qualquer forma, o que se percebe é que, em todas estas dimensões apontadas, o termo é frequentemente invocado por seu profundo e grave sentido em face de **processos de socialização**, na medida em que o direito atribuído aos cidadãos de integrar como pares a vida social parece ser um dos traços fundamentais da vida democrática a implicar a própria noção de justiça.<sup>18</sup>

**É dessa forma que a renovação dos significados do termo «democracia»** permite ampliação de horizontes de trabalho e compreensão, a partir de onde se discute o sentido central de uma Constituição Democrática,<sup>19</sup> com necessários ganhos no processo de expressão do **significado** do termo, o que, sem dúvida nenhuma implica uma maior **complexificação** das tarefas práticas e dos compromissos efetivos assumidos no plano da realização da democracia e dos valores republicanos.

O que se percebe é que os ganhos de sentidos agregados ao termo acabam representando, também, fortes **inputs** no plano da aprendizagem coletiva dos sujeitos em democracias contemporâneas, o que coloca a abertura semântica do termo «**democracia**» no ponto-de-encontro de inúmeras outras co-relações de significação, a saber, **democracia e jogo aberto, democracia e redistribuição, democracia e reconhecimento, democracia e igualdade, democracia e diversidade, democracia e liberdade, democracia e justiça social, democracia e transparência, democracia e solidariedade, democracia e moderniza**

---

<sup>18</sup> “A justiça requer que todos participem como pares na vida social. Assim, superar a injustiça significaria eliminar todos os entraves a essa participação, sejam eles econômicos, culturais, políticos”. Flávia Inês Schilling, *Educação e direitos humanos: percepções sobre a escola justa* (São Paulo: Cortez, 2014), 47.

<sup>19</sup> Na proposta de Claudio Souza Neto, o conceito de constituição da democracia deliberativa aponta para: “A constituição da democracia deliberativa é um sistema aberto cujo núcleo substantivo é o repositório das tradições política que dão fundamento ao estado democrático de direito, reconstruídas democrática, discursiva e coerentemente, de modo a permitir a cooperação livre e igualitária de todos os cidadãos na deliberação democrática”. Claudio Souza Neto, *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática* (Rio de Janeiro: Renovar, 2006), 225.

**ção social.**<sup>20</sup> Estas novas dimensões abertas para o campo de significação da democracia, na história do presente, acabam funcionando como novas fronteiras de significação, e acabam pesando como fatores que determinam a constituição de processos de socialização de alto nível, apontando horizontes normativos a serem acenados como perspectivas da **ação social democrática**.

Não por outro motivo, a filósofa política alemã Ingeborg Maus<sup>21</sup> defende a ideia de que a eficácia da democracia é medida por sua capacidade de gerar transformação social e agregar liberdade ao convívio social, e é não somente o seu caráter procedimental de promotora de revezamento no poder que lhe confere este tipo de condição, mas também o fato de permitir a consolidação de certas prioridades práticas e reais que afetam a vida de todos(as) os(as) cidadãos(as). Assim, a democracia institucional em funcionamento é uma conquista importante, mas se faz enfraquecer, quando sob o véu democrático persistem a má distribuição de riquezas, a injustiça social, as desigualdades sociais abissais, as distorções de classe, a violência pandêmica, dominam o campo de ação da vivência cotidiana dos cidadãos. Seguindo-se de perto a visão de Robert Putnam, pode-se afirmar que a **modernização sócio-econômica** é tão decisiva para a estabilização democrática quanto o processo de democratização da política.<sup>22</sup>

A partir da realidade brasileira, estas questões acumuladas apontam para a ideia de que a democracia não é apenas uma **forma** do universo das relações políticas e de suas instituições. Pelo contrário, o que se quer afirmar, é que é mais do que isso, funcionando como um importante pressuposto das interações entre os(as) cidadãos(as). Mas, se trata de um pressuposto que é gerado pela própria **ação prática**, em estado de **inter-ação** e aprendizado de convívio, gerando-se uma espiral reversiva entre o plano das instituições e o plano da ação social derivado do convívio cotidiano e comum.

Por isso, entendida a sério, a democracia significa uma forma de interação capaz de *realizar justiça social, aprimorar a forma de distribuição de recursos e oportunidades, franquear*

---

<sup>20</sup> Salazar Ugarte, *La democracia constitucional...*, 108-178.

<sup>21</sup> “A legitimação democrática do Direito distingue-se, justamente nisso, da fundamentação de normas morais, no sentido de que elas tornam a característica consequente de leis justas dependentes de pressupostos bem exigentes na questão procedimental: a forma democrática de organização de processos, em razão de sua institucionalização, é mensurável e, por seu turno, avaliável segundo o grau de sua intensidade e realização”. Ingeborg Maus, *O direito e a política: teoria da democracia* (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 310.

<sup>22</sup> “Os sociológicos políticos desde há muito sustentam as perspectivas de um governo democrático estável dependem dessa transformação social e econômica. Empiricamente falando, poucas generalizações são tão fundamentais quanto aquela que diz existir uma correlação entre a verdadeira democracia e a modernização sócio-econômica”. Robert Putnam, *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna* (São Paulo: FGV, 2006), 97-98.

*espaços múltiplos de participação, tornar transparentes* as formas pelas quais os cidadãos são informados do que é relevante, promover inclusão e diversidade na interação social, abrindo campo para um processo de clareamento da vida pública, de ajuste social e de dinamização do convívio livre, justo e solidário, o que se reverte em maior capacidade de promoção de equilíbrio sócio-econômico, de inclusão e de oportunidades, fruto do próprio combate às formas de exploração, abuso e concentração cultural, política e econômica.<sup>23</sup>

Aqui, no atual quadro de realidade do Brasil, o que se percebe é que existe uma interconexão profunda entre a **estabilidade democrática** e a **estabilidade econômica**, não se podendo ignorar esta co-dependência inter-sistêmica, sob pena de se produzir uma visão capaz de enxergar apenas uma meia-verdade.<sup>24</sup> Assim, a crise econômico-financeira que se abateu sobre os mercados, foi a mesma que se tornou responsável pela escalada de depressão econômica, e, por conseguinte, pela desestabilização dos governos que souberam responder com dificuldades aos seus desajustes, desarranjos e desgastes. Assim, fica claro afirmar que o componente econômico não somente é determinante, como também serve para definir o quanto a economia floresce com efeitos positivos, na situação contrária, ou seja, quando o civismo se desenvolve mais acentuadamente.<sup>25</sup>

Acredita-se, neste sentido, que a situação de crise global econômico-financeira (2008-2017), bem como, a situação de crise político-social (2013-2017), estão intrinsecamente interligadas, devendo-se somar a estas últimas as revelações de escândalos de corrupção e malversação dos recursos do orçamento público, o que favorece um cenário de perda de credibilidade da democracia e de forte instabilidade política. Não por outro motivo, fica claro que, após o período da ditadura civil-militar (1964-1985), este período oferece o maior teste à democracia da história do Brasil, após um período de relativa calma e abundância consumista (1990-2010).

---

<sup>23</sup> A igualdade não precisa ser um pré-requisito da democracia deliberativa, mas é propriamente um fruto desta em sua construção: “A igualdade requerida pela democracia deliberativa, tal qual ocorre com a liberdade, também deve ser entendida como aquela necessária à instauração de um contexto propício para a interação cooperativa. A criação de tal contexto pressupõe a distribuição justa dos recursos sociais. Só há deliberação sobre o bem comum se os participantes do processo político percebem que, para além das diferenças, existe também um ‘nós’, porque todos têm interesse na manutenção da estabilidade democrática”. Souza Neto, *Teoria constitucional...*, 169.

<sup>24</sup> “A riqueza diminui os estorvos, tanto públicos quanto particulares, e facilita a acomodação social. A educação faz aumentar o número de profissionais qualificados e o grau de sofisticação dos cidadãos. O crescimento econômico incrementa a classe média, baluarte da democracia estável e eficaz”. Putnam, *Comunidade e democracia...*, 98.

<sup>25</sup> “Em suma, a economia não serve para prognosticar o civismo, mas o civismo certamente serve para prognosticar a economia, mais até do que a própria economia”. Putnam, *Comunidade e democracia...*, 166.

### 3.

## DEMOCRACIA DO CONVÍVIO E REPUBLICANISMO

Na realidade brasileira contemporânea, o cenário de crise econômico-política e de crise político-social, também traz consigo uma forte crise moral-cultural. A turbulência não é pouca e o furacão demora a ser superado.

E isso porque estes fatores não estão desligados entre si, estando correlacionados, de forma a se concatenarem. Quando a crise deixa um locus de manifestação para se expressar em outro, impõe-se a necessidade de revisão da **identidade cultural**, de crítica das **patologias sociais**, de reconsideração dos **parâmetros de socialização**, tendo-se presentes as **formas de interação social, o espírito de convívio democrático, a crença nas instituições, e o grau de cidadania** que sejam garantidores e afirmadores da democracia nas práticas de cidadania, num sentido ampliado. A disruptura do tecido social tem a ver com a conversão danosa do ‘ódio político’, da ‘insatisfação com o governo’, da ‘desesperança no estado da economia’, do ‘descontentamento com a qualidade dos serviços públicos’, da ‘descrença em partidos’, em ‘ódio social’, em ‘insatisfação com a totalidade social’, em ‘descontentamento generalizado’, em ‘descrença na cidadania’, em ‘desrespeito à alteridade’, de forma que esta migração torna contaminado pelas patologias da política mesmo aquilo que não é da esfera da política, de forma a torna o convívio social insuportável.

Operar este diagnóstico na realidade brasileira é, a um só tempo, perceber que se a democracia resiste nas instituições, debilmente se afirma nas falas e visões mais cotidianas, onde se percebe a facilidade com que se abandona o padrão republicano, para caminhar em direção ao padrão autoritário. Desta forma, o verniz civilizatório da democracia, da cidadania e dos direitos é rapidamente colocado de lado, para retomar o padrão do passado político e a repetição das mesmas fórmulas anquilosadas que reinaram na determinação do próprio processo histórico de colonização do país. Urge, neste sentido, descolonizar o imaginário político e fazer da autonomia, da igualdade e do respeito características intrínsecas ao processo de socialização em termos da vida democrática contemporânea e atual às exigências dos valores morais contemporâneos.

Mas, o cenário não é outro, senão o de divisão social, de disseminação do ódio político, de descrença política. Num certo sentido, parece que se roubou o **futuro** de um país que mal consegue enxergar o seu próprio **passado**, e, nesse sentido, que sequer completou o seu ciclo de modernização (social, política, econômica e cultural). Assim, a enormidade do **fosso da descrença** se combina com a ausência de um **horizonte claro** sobre o qual depositar as

esperanças políticas para propor projetos de médio e longo prazo; sem rumos, o país oscila entre a descrença e a autoflagelação.

No cenário atual do país, se está diante de um enorme teste de resistência para as instituições democráticas, seja para a tradição do Direito brasileiro, seja para a cultura cívica, se para os padrões mal consolidados de civilidade democrática, alcançando-se o mais alto nível de exigência da história da democracia contemporânea. Não por outro motivo, a sensação de ruptura do tecido social é tão intensa, revelando-se, inclusive, nos mais alarmantes índices de violações de direitos humanos dos tempos atuais. As redes sociais têm sido, no Brasil, um termômetro, neste sentido, demonstrando a forma bruta com a qual se exprimem as manifestações populares nas ruas, as opiniões políticas no ambiente virtual e o ódio político nos veículos das mídias.<sup>26</sup> É aí que a violência se torna uma **linguagem**.

Por isso, na realidade brasileira contemporânea, ganha força e importância a aposta na exploração dos usos mais ampliados do termo «**democracia**». Na história brasileira, a reconquista da democracia política (1985-1988) foi de fundamental importância para o país, apesar de a democracia brasileira compartilhar das mesmas mazelas que atingem as democracias contemporâneas em todo o mundo.<sup>27</sup> No entanto, a experiência de democracia tem de alcançar sentidos e práticas mais amplos.

A democracia brasileira contemporânea tem de romper barreiras no nível da cultura e no nível da economia, no nível da justiça e no nível da cidadania, no nível da educação e da política e, também, no nível de esclarecimento da opinião pública, preparando-se para a superação do ciclo de pré-modernidade que ainda permite ao Brasil manter clivagens sociais injustificáveis, relações sociais violentas fundadas na pura barganha pelo direito à vida, autoritarismo social dominante, intensos traços de truculência na determinação da convivência social.

**É nesta exata medida que começa a florescer, no debate contemporâneo em torno do termo, a perspectiva segundo a qual a radicalização da democracia -indo um pouco mais além da proposta contida em Direito e Democracia, de Jürgen Habermas (2003)<sup>28</sup>, da democracia de procedimentos para a democracia de convívio- hoje significa mais do que a reforma do ‘regime de governo’, e sim a construção de uma**

---

<sup>26</sup> “Um certo grau de violência, neles, funciona como publicidade. No rumor dos protestos, a violência é linguagem”. Eugênio Bucci, *A forma bruta dos protestos: das manifestações de junho de 2013 à queda de Dilma Rousseff em 2016* (São Paulo: Companhia das Letras, 2016), 30.

<sup>27</sup> Sobre este diagnóstico, leia-se: “As democracias contemporâneas se caracterizariam na realidade, pelo desinteresse generalizado pela política; pela grande influência do poder econômico sobre os processos eleitorais; pela manipulação da opinião pública pelos meios de comunicação; pela corrupção generalizada dos governos; pela ausência de fidelidade dos governantes aos princípios de seu partido e às propostas de campanha etc.”. Souza Neto, *Teoria constitucional...*, 168-169.

<sup>28</sup> Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade* (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003).

**democracia des-institucionalizada**, que esteja sustentada na base do elo moral entre os sujeitos democráticos em interação cidadã na esfera pública, ou seja, de uma forma de convívio que esteja entremeadado pelos valores republicanos, de forma a constituir-se a democracia independente das condições da política e até mesmo das instituições. Fala-se, assim, também, de uma democracia do convívio e do cotidiano, de uma democracia consolidada na base da negociação ético-racional, do entendimento dialógico e colaborativo, bem como da construção de valores que tornem possível o lugar do que é comum, o que significa, em suma, um convívio pautado pelo respeito aos direitos humanos.

Para isso, os atores sociais precisam se empoderar do que é **comum**, dentro do cultivo da res publica,<sup>29</sup> e daquilo que os torna uma comunidade de interesses e ações conjuntas; desta forma, não se trata de fazer democracia somente por meio das instituições políticas, mas estabelecer uma democracia no cotidiano das interações sociais; isto significa o desenvolvimento de elos sociais capazes de se construir por práticas democráticas, onde valores sociais do convívio são afirmados e reafirmados independentemente de normativas ou exigências de Estado.

Enquanto atitude democrático-radical, coletiva e individual, este tipo de reflexão filosófica implica antes de tudo, identificar as formas e métodos pelos quais se poderão promover, cultivar e disseminar as formas de internalizar e praticar no **diálogo um método de convívio e nos valores republicanos a substância moral** as mínimas condições para a estabilidade de padrões elevados de socialização, interação, entendimento e convívio sociais.

---

## CONCLUSÕES

O desafio do processo de **modernização democrática** do Brasil contemporâneo é enorme, e, por isso, sua fragilidade é já uma constante preocupação dos estudos acerca da democracia brasileira. Sabendo que, na realidade histórica brasileira, o passado pesa enormemente no presente, diante da escravidão, do genocídio indígena, das violências, dos déficits de políticas públicas, das desigualdades sociais, da ineficiência do Estado diante de diversas agendas do contemporâneo, e, portanto, diante dos legados de modernidade incompleta que se tem, a liberdade política, a consciência democrática e a cidadania são apostas estruturantes, sem as quais não há futuro possível, seja qual for o horizonte, nem na perspectiva

---

<sup>29</sup> A respeito, consulte-se John Pocock, *Cidadania, historiografia e res publica: contextos do pensamento político* (Lisboa: Almedina, 2013).

da teoria e nem na perspectiva da prática.<sup>30</sup> A preservação da democracia e os avanços da democracia não podem ignorar estes elementos e, muito menos, podem ignorar que os abalos sobre a vivência democrática do presente evocam o passado anti-democrático e despertam a falta de confiança no futuro da democracia. Por isso, a democracia do cotidiano e a prática de valores republicanos no convívio são questões consideradas de relevo, e a serem melhor exploradas no vocabulário político-intelectual contemporâneo, num cenário de crise econômica, política, social e moral, com vistas à afirmação ativa da cultura de integridade, respeito às leis e construção do que é comum no convívio.

Não em outra medida é que se deve avançar, sempre considerando que estas questões históricas, uma vez não atendidas, tendem a retornar em outras oportunidades, ainda que ocasionalmente negligenciadas ou escondidas. Por isso, ao se formular a noção contemporânea de «democracia», tem-se de considerar estes aspectos aqui tratados de modo mais profundo. Tem-se, também, de considerar o quanto o significado da radicalização da democracia é, assim, desafio para o processo de constituição do convívio social. O desacordo é algo tolerável nas democracias, mas o desrespeito contínuo a valores fundamentais do convívio, é algo que forma na incivilidade do convívio cotidiano, o caldo adequado para o fomento das intolerâncias e da ruptura do tecido social.

Por isso, chega-se ao ponto em que é possível afirmar que, enquanto não se avançar nestas novas fronteiras do conceito, a partir da prática, a «democracia» continuará a ter períodos de ‘assaltos’, ‘retrocessos’, ‘dúvidas’ e ‘indefinições’, ‘interrupções’, ‘hesitações’, ‘relativização’, pois nestes processos não se enxergam apenas ‘instituições políticas formais viciadas’, mas sim revelações mais profundas de ‘relações sociais cristalizadas em instituições’. Essas constatações definem rumos, e indicam por si mesmas, conclusões, todas elas apontando para a necessidade de se aprender com a crise econômico-financeira, que se tornou crise política, e, em seguida, crise social e moral, de constatar que os erros do presente estão nos déficits do passado, para que se possa avançar no sentido de se consolidar e estabilizar a «democracia» como valor. A cidadania pode estar munida de mais força, para o futuro, não no sentido de estar isenta de recair em novos ciclos de crise e destempero político, mas no sentido de se tornar mais imune enquanto cultura democrática, presente no cotidiano, ou seja, na vida individual e no espírito das trocas intersubjetivas, enquanto uma prática social e

---

<sup>30</sup> “En otras palabras, uno de los grandes interrogantes del futuro es como es posible la cohesión, la democracia en una sociedad posreligiosa, postindustrial, más allá de las viejas imágenes de los adversarios, y en el cual no todo sigue girando en torno al eje del trabajo retribuido. La respuesta que aportan los ensayos que componen este libro es que se realiza a través de la libertad política y la ciudadanía”. Beck, *Hijos de la libertad*, 336.

ativa, ali exatamente onde o eu e o tu se encontram, e onde os valores dos direitos humanos são mais severamente desrespeitados.

---

Para citar este artigo: Eduardo C. B. Bittar, “Democracia, Intolerância Política e Direitos Humanos: uma visão reflexiva a partir da realidade brasileira contemporânea”, DOI <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1470> *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 1510-3714, 47-65.

---

## BIBLIOGRAFIA

- Adorno, Theodor Wiesengrund e Horkheimer, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Almeida, Antonio de. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- Beck, Ulrich (org.). *Hijos de la libertad*. Traducción de Mariana Rojas Bermúdez. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Berman, Russell A. «Humanities and the public sphere». *Telos* 159 (2012): 171-186.
- Berten, André. «De uma justificação naturalista dos direitos humanos». En *Justiça global e democracia*, editado por Nythamar de Oliveira e Draiton Gonzaga de Souza, ps. 13-36. Porto Alegre, PUCRS, 2009.
- Bittar, Eduardo C. B. «Crise política e teoria da democracia». *Revista de Informação Legislativa* 53, n. 211 (2016): 11-33.
- Bittar, Eduardo C. B. «O Decreto no. 8243/2014 e os desafios da consolidação democrática brasileira». *Revista de Informação Legislativa* 51, n. 203 (2014): 07-38.
- Bittar, Eduardo C. B. «Violência e realidade brasileira». *Katálisis: Revista de Serviço Social* 11, n. 2 (2008): 214-234.
- Bittar, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos*: estudos de Teoria Crítica e Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2011.
- Bobbio, Norberto. «Democracia». En *Dicionário de política*, editado por Norberto Bobbio, Matteucci Nicola e Pasquino Gianfranco. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacais, 5.ed., vol. 1, verbete, ps. 319-328. Brasília: UNB; Imprensa Oficial, 2000.
- Bohman, James. «The coming of age of deliberative democracy». *The Journal of Political Philosophy* 6, n. 4 (1998): p. 400-425.

- Bosi, Alfredo, «O que está acontecendo?», *Instituto de Estudos Avançados*, Universidade de São Paulo, Agosto de 2014, Acesso em 07 de setembro de 2014, [www.iea.usp.br/noticias/manifestacoes-de-rua](http://www.iea.usp.br/noticias/manifestacoes-de-rua).
- Bucci, Eugênio. *A forma bruta dos protestos: das manifestações de junho de 2013 à queda de Dilma Rousseff em 2016*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- Bucci, Eugênio. *O estado de narciso: a comunicação pública a serviço da vaidade particular*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- Chade, Jamil, «Para ONU, País vive ‘cultura autoritária’», *O Estado de São Paulo*, 11 de setembro de 2014, A 25.
- Coelho, Maria José H.; Rotta, Vera (orgs.). *Livro dos votos da Comissão de Anistia*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.
- Dallari, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- Dallari, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Faoro, Raymundo. *A república inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.
- Ferrara, Alessandro. *Reflective authenticity*. New York: Routledge, 1998.
- Folha de São Paulo. «*Democracia é melhor regime para 66%, aponta DataFolha*», Acesso em 09.12.2014, <http://www1.folha.uol.com.br>.
- Forst, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.
- Gargarella, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- Habermas, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- Holanda, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- Honneth, Axel. *Disrespect: the normative foundations of critical theory*. Polity Press: Cambridge, 2008.
- Kelsen, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Varkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- Maricato, Ermínia (et al.). *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013.
- Masi, Domenico De. *2025: caminhos da cultura no Brasil*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.
- Maus, Ingeborg. *O direito e a política: teoria da democracia*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

- McCarthy, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Tecnos: Madrid, 1987.
- Ministério da Justiça. «*Relatório final*», Comissão Nacional da Verdade, Acesso em 10 de dezembro de 2014, <http://www.cnv.gov.br>.
- Moisés, José Álvaro e Meneguello, Rachel. *A desconfiança política e os seus impactos na qualidade da democracia*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.
- Mônaco, João Ferreira *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- Mônaco, João Ferreira *Três ensaios sobre a democracia*. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Cardim e Alario, 1991.
- Müller, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- Núcleo de Estudos da Violência. *4º. Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil*. São Paulo: NEV/ USP, 2010.
- Pinheiro, Paulo Sérgio e Almeida, Guilherme A. de. *Violência urbana*. São Paulo: Publifolha, 2003.
- Pocock, John. *Cidadania, historiografia e res publica: contextos do pensamento político*. Lisboa: Almedina, 2013.
- Putnam, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 5. ed. São Paulo: FGV, 2006.
- Ribeiro, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- Ribeiro, Renato Janine. «A república como déficit», *O Estado de São Paulo*, Publicado em 15 de novembro de 2014, Acesso em 20 de novembro de 2014, <http://alias.estadao.com.br>.
- Rocha, Camilo. «Google e Facebook viram réus da vez durante eleições», *O Estado de São Paulo*, 20 de outubro de 2014, B 14.
- Rothenburg, Walter Claudius e Stroppa, Tatiana. «Liberdade de expressão e discurso de ódio: o conflito do discurso nas redes sociais», *Anais do III Congresso Internacional de Direito e contemporaneidade*, Acesso em 30 de dezembro de 2015, <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>.
- Schilling, Flávia Inês. *Educação e direitos humanos: percepções sobre a escola justa*. São Paulo: Cortez, 2014.

- Souza Neto, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Souza, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Rio de Janeiro: IUPERJ; UFMG, 2006.
- Taylor, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013.
- Teles, Edson e Safatle, Vladimir. *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- Ugarte, Pedro Salazar. *La democracia constitucional: uma radiografia teórica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Velho, Gilberto. *Individualismo e cultura: nota para uma antropologia da sociedade contemporânea*. 7. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- Wolff, Francis, «Quem é bárbaro?». Em *Civilização e barbárie*, editado por Adauto Novaes, ps. 19-44. São Paulo, Companhia das Letras, 2004.



# ¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina

Alone with their body? Capacity of adolescents  
to medical acts in Argentina

Sozinho com seu corpo?  
Capacidade dos adolescentes  
para actos médicos na Argentina

*Jorge Nicolás Lafferriere*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires.  
Argentina.

nicolas\_lafferriere@uca.edu.ar

<https://doi.org/10.22235/rd.v0i16.1353>

**RESUMEN:** El Código Civil y Comercial de la Argentina en su artículo 26 introduce un sistema gradual de capacidad para las personas menores de edad en relación con los tratamientos médicos. Partiendo de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las leyes de Salud Sexual y de derechos del paciente, estudiaremos el artículo, sus fundamentos y la distinción entre los tipos de tratamientos médicos y las edades del niño. También analizaremos las otras disposiciones sobre la responsabilidad parental y las leyes especiales referidas a temas de salud que continúan vigentes. Procuraremos mostrar

---

Recibido: 31/05/2017. Evaluado: 08/08/2017. Aprobado: 24/08/2017

que la mayoría de edad anticipada en materia médica tuvo origen en el contexto de los debates sobre el acceso de adolescentes a los anticonceptivos y que la extensión que realiza el nuevo Código Civil a todos los “tratamientos médicos” resulta problemática, desordenada, insuficiente y contradictoria con otras normas recientes.

**PALABRAS CLAVE:** capacidad, tratamientos médicos, mayoría de edad anticipada, personas menores de edad.

**ABSTRACT:** The Argentine Civil and Commercial Code in its article 26 introduces a gradual system of capacity for minors in relation to medical treatments. Based on the Convention on the Rights of the Child and the Laws on Sexual Health and Patient Rights, we will study the article, its foundations and the distinction between the types of medical treatments and the ages of the child. We will also discuss the other provisions on parental responsibility and special laws on health issues that remain in force. We will try to show that the anticipated majority in medical matters originated in the context of the debates on the access of adolescents to contraceptives and that the extension made by the new Civil Code to all “medical treatments” is problematic, disorderly, insufficient and contradictory with other recent standards.

**KEYWORDS:** capacity, medical treatments, mature-minor doctrine, minors

**RESUMO:** O Código Civil e comercial do artigo Argentina 26 introduz um sistema gradual de capacidade para pessoas menores de idade em relação com tratamentos médicos. Com base na Convenção sobre os direitos da criança e as leis da Saúde Sexual e direitos do paciente, vamos estudar o artigo, suas fundações e a distinção entre os tipos de tratamentos médicos e a idade da criança. Também vamos discutir outras disposições sobre responsabilidade parental e as leis especiais relativas às questões de saúde que continuam em vigor. Nós nos esforçaremos mostrar de idade cedo no campo da medicina, originou-se no contexto das discussões sobre o acesso de adolescentes aos contraceptivos e Considerando que a extensão que faz o novo Código Civil para “tratamentos” problemático, confuso, insuficientes e inconsistentes com outras normas recentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** tratamentos médicos, capacidade, idade precoce dos menores.

**SUMARIO:** Introducción. I. La Convención sobre los Derechos del Niño. II. Los adolescentes y la ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación responsable. 1. Los alcances de la ley 25673 con relación a la salud adolescente. 2. Los fundamentos de la capacidad anticipada en materia de salud sexual. III. La legislación marco sobre adolescencia y consentimiento informado. 1. La ley 26061 de derechos de niños, niñas y adolescentes. 2. La ley 26529, reformada por la ley 26742, y el consentimiento por representación. IV. El art. 26 CCC y sus fundamentos. 1. Los tratamientos médicos implicados en el art. 26 CCC. 2. El adolescente entre 13 y 16 años. 3. El adolescente mayor de 16 años. 4. La responsabilidad parental y los casos difíciles. V. Proyecciones del art. 26 sobre otras leyes especiales en salud. 1. La ley 22990 de sangre. 2. La ley 24193 de ablación e implante de órganos. 3. La ley 25673 de Salud Sexual y Procreación responsable. 4. La ley 26130 de esterilización. 5. La ley 26743 de identidad de género. 6. La ley 26862 de acceso integral a las técnicas de reproducción médicamente asistida. VI. Conclusiones. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

Entre las reformas más novedosas que introduce el Código Civil y Comercial de la República Argentina (ley 26994, B.O. 8/10/2014, en adelante CCC) en materia de personas humanas se encuentra la adopción de un sistema gradual de capacidad para las personas menores de edad en relación con los tratamientos médicos.

El régimen general para las personas menores de edad indica que se trata de personas incapaces de ejercicio (art. 24 inciso b), que cuentan con la representación de sus padres o tutores (artículo 101 inciso b CCC)<sup>2</sup>. Ahora bien, en la regulación de la “responsabilidad parental”, el CCC incorpora como principio “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos” (art. 639 inciso b CCC). Esta “autonomía progresiva” se complementa con el principio que establece la primera parte del artículo 26: “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”.

Entre los actos que el ordenamiento jurídico les permite realizar, el mismo artículo 26 CCC contempla lo relativo a los tratamientos médicos a través de un régimen jurídico especial a partir de los trece años:

Artículo 26: Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

<sup>2</sup> Existe una postura en el derecho argentino que sostiene que las personas menores de edad están regidas por una regla de capacidad y que la incapacidad sería la excepción. Ver María Victoria Famá, «Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial», *La Ley* (20/10/2015): 1, AR/DOC/3698/2015. En cambio, es mayoritaria la opinión que entiende que la regla es la incapacidad y la capacidad de ejercicio es la excepción: Manuel Cobas, «Comentario a los artículos 22 a 30», en *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo I, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014), 115; Juan Pablo Olmo, «Comentario a los artículos 22 a 50», en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina (Buenos Aires: La Ley, 2014), 79; José W. Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», en *Código Civil y Comercial Comentado*. Tratado Exegético. Tomo I, dirigido por Jorge H. Alterini (Buenos Aires: La Ley, 2015), 207; Silvia Fernández, «Comentario a los artículos 22 a 50», en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo I, dirigido por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (Buenos Aires: Editorial Infojus, 2015), 67; Carlos Muñiz, «Régimen de capacidad de los menores en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado», en *Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial*, edición a cargo de Gabriel Limodio (Buenos Aires: EDUCA, 2016), 471.

En el presente trabajo<sup>3</sup> nos proponemos analizar este régimen jurídico. Para ello, luego de referir sintéticamente a la Convención sobre los Derechos del Niño, comenzaremos por los antecedentes legislativos con foco en tres normas: la ley 25673 (B.O. 22/11/2002) de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, la ley 26061 (B.O. 26/10/2005) de derechos del niño, niña y adolescente, y la ley 26529 (B.O. 20/11/2009) de derechos del paciente. En ese marco, ingresaremos luego al estudio del artículo 26 del CCC, considerando sus fundamentos y sus disposiciones. Tendremos en cuenta la distinción que realiza el artículo entre los tipos de tratamientos médicos, por un lado, y por el otro, entre las edades del niño. Luego consideraremos la relación del artículo 26 con la regulación de la responsabilidad parental, con especial referencia a los casos difíciles. Estudiaremos las proyecciones del artículo 26 CCC sobre otras normas especiales referidas a salud y finalmente formularemos las conclusiones.

Nuestra principal hipótesis es la siguiente: los planteos para otorgar una mayoría de edad anticipada en materia médica tuvieron origen en el contexto de los debates sobre el acceso de adolescentes a los anticonceptivos. En el CCC ese adelantamiento de la capacidad se extiende al resto de los “tratamientos médicos”, pero se realiza en forma problemática, asistemática, desordenada, contradiciendo otras normas recientes y sin considerar la multiplicidad de situaciones que pueden presentarse. Procuraremos analizar cómo percibe la nueva regulación al adolescente, sobre todo con relación a su familia, y también cómo impacta este nuevo marco normativo en la actuación de los profesionales de la salud. Así, procuraremos formular algunas propuestas para la revisión del sistema instaurado por el nuevo Código Civil y Comercial.

## I. **LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

En la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (Estados Unidos de América) el 20 de noviembre de 1989, encontramos una norma específica sobre el derecho a la salud. En efecto, dispone el artículo 24: “Artículo 24. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la

<sup>3</sup> El presente artículo se inscribe en el proyecto de investigación IUS 9/16 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina que se titula “Vulnerabilidad y capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”.

rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

El punto clave es la interpretación armónica del artículo 24 a la luz del artículo 5 de la misma Convención que dispone: “Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Igualmente, el artículo 3.2 referido al interés superior del niño también resulta importante para la interpretación: “2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Del juego de estos textos podemos sostener que en la Convención no se establece una obligación del Estado de conferir una capacidad para consentir actos médicos a los niños. Más aún, cuando se refiere el inciso f del artículo 24.2 a la prevención, se enfatiza la importancia de la “orientación a los padres”, en lo que constituye una pauta hermenéutica decisiva en la materia. En definitiva, cada legislación debe plasmar una regulación que armonice el respeto a los deberes y derechos de la familia, el interés superior del niño y el ejercicio de los derechos por sí.

## II.

### **LOS ADOLESCENTES Y LA LEY 25673 DE SALUD SEXUAL Y PROCREACIÓN RESPONSABLE**

#### **1. LOS ALCANCES DE LA LEY 25673 CON RELACIÓN A LA SALUD ADOLESCENTE**

Salud sexual y procreación responsable es la primera problemática médica en la que se discute a nivel legal la capacidad de las personas menores de edad para intervenir por sí mismos en lo que concierne a su salud. En efecto, cuando en 2002 se aprueba en Argentina la ley 25673, la discusión en torno a la capacidad de las personas menores de edad es uno de los puntos más álgidos del debate.

La norma quedó redactada de forma particularmente ambigua. El tema era tratado en tres artículos: “Art. 2º: Serán objetivos de este Programa: (...) inc. d) Promover la salud sexual de los adolescentes”. “Art. 3º: El programa está destinado a la población en general, sin discriminación alguna”. “Art. 4º: La presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad. En todos los casos se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 23.849)”.

La mención que hace este artículo 4 a la ley 23849 (B.O. 22/10/1990) resultaba significativa, pues la ley de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyó, en relación al artículo 24 antes señalado, una reserva que señala: “la República Argentina,

considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación de los padres y la educación para la paternidad responsable”. De esta manera, cuando la Argentina se obligó a llevar adelante la Convención, reconoció las responsabilidades indelegables de los padres en materia de planificación familiar.

Posteriormente, el art. 4º de la reglamentación de la ley (Anexo I del decreto 1282/2003, B.O. 26/5/2003) dispuso:

Art. 4º: A los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considérese al mismo beneficiario, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades. En las consultas se propiciará un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de CATORCE (14) años. Las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo con su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad. En todos los casos y cuando corresponda, por indicación del profesional interviniente, se prescribirán preferentemente métodos de barrera, en particular el uso de preservativo, a los fines de prevenir infecciones de transmisión sexual y VIH/ SIDA. En casos excepcionales, y cuando el profesional así lo considere, podrá prescribir, además, otros métodos de los autorizados por la ADMINISTRACION NACIONAL DE MEDICAMENTOS, ALIMENTOS Y TECNOLOGIA MEDICA (ANMAT) debiendo asistir las personas menores de CATORCE (14) años, con sus padres o un adulto responsable.

Sin entrar en el arduo debate planteado por este texto, se puede advertir que esta materia presenta una complejidad y delicadeza únicas y que la ley fue redactada haciendo referencia a la clara definición de la ley 23849, mientras que el decreto introdujo confusión al señalar que debía actuarse “procurando la asistencia de un adulto de referencia” en las consultas y con los “padres” o un “adulto responsable” en la prescripción de métodos, pero señalando que ello era particularmente necesario en el caso de los menores de 14 años. Es decir, se reemplazaba a los padres por “adulto de referencia” en algunos casos; se señalaba un deber de procurar contactarlos, pero sin precisión normativa; se ponía una edad de referencia, pero sin claridad sobre cómo proceder con las personas mayores a 14 años.

## 2. LOS FUNDAMENTOS DE LA CAPACIDAD ANTICIPADA EN MATERIA DE SALUD SEXUAL

Para comprender los debates vinculados con los adolescentes y la procreación responsable, resulta insoslayable referirse a la sentencia inglesa conocida como el caso “Gillick”<sup>4</sup>. En esa decisión se sostuvieron criterios relativos a la competencia para decidir sobre anticoncepción para menores de 16 años, aclarándose que no es suficiente que la niña implicada en el caso entienda la naturaleza de la información que se le está brindando, sino que además tiene que tener la “madurez suficiente” para entender qué está en juego. Y además se sostuvo que los derechos de los padres ceden ante el derecho del niño a tomar sus propias decisiones cuando alcanza una comprensión suficiente y un discernimiento para ser capaz de formar su propia decisión en la materia que requiere decisión.

Lord Fraser, quien plasma el voto mayoritario de la sentencia Gillick, reconoce que no duda que cualquier tratamiento médico importante para un niño menor a 16 años normalmente sólo se realiza con la aprobación de los padres y por eso es muy inusual para un médico aconsejar a un niño sin el conocimiento y el consentimiento de sus padres en materia de anticonceptivos. Pero, sostiene Fraser, la señora Gillick tiene que justificar su poder de veto absoluto y hay circunstancias en las que el doctor es mejor juez que sus padres. Además, entiende que es notorio que los niños de ambos sexos son renuentes a confiar en sus padres en asuntos de índole sexual y los lineamientos del Departamento de Salud muestran que abandonar el principio de confidencialidad para niñas bajo 16 años puede producir que no busquen ninguna ayuda profesional y se expongan a riesgos de embarazo y enfermedades de transmisión sexual<sup>5</sup>. Y luego precisa las condiciones para que se pueda requerir directamente el consentimiento de la menor sin la intervención de sus padres: “(1) que la niña (aunque sea menor de 16 años) entienda el consejo médico; (2) que el médico no pueda persuadirla de informar a sus padres o permitirle a él informar a los padres sobre el hecho de que está buscando consejo anticonceptivo; (3) que ella muy probablemente vaya a tener relaciones

<sup>4</sup> Gran Bretaña: Tribunal de la Cámara de los Lores, «Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security»

[1985] UKHL 7 (17 October 1985), <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>

<sup>5</sup> “Nor do I doubt that any important medical treatment of a child under 16 would normally only be carried out with the parents’ approval. That is why it would and should be ‘most unusual’ for a doctor to advise a child without the knowledge and consent of the parents on contraceptive matters. But, as I have already pointed out, Mrs. Gillick has to go further if she is to obtain the first declaration that she seeks. She has to justify the absolute right of veto in a parent. But there may be circumstances in which a doctor is a better judge of the medical advice and treatment which will conduce to a girl’s welfare than her parents. It is notorious that children of both sexes are often reluctant to confide in their parents about sexual matters, and the D.H.S.S. guidance under consideration shows that to abandon the principle of confidentiality for contraceptive advice to girls under 16 might cause some of them not to seek professional advice at all, with the consequence of exposing them to the immediate risks of pregnancy and of sexually-transmitted diseases.”

sexuales o continuar teniéndolas con o sin tratamiento anticonceptivo; (4) que si no recibe consejo contraceptivo su salud mental o física es probable que se afecte; (5) que su mejor interés requiere que el médico le brinde consejo contraceptivo, tratamiento o ambos sin el consentimiento de los padres”<sup>6</sup>.

Con posterioridad al caso “Gillick” la jurisprudencia británica dictó nuevas sentencias que fueron matizando y precisando los alcances de esta progresiva autonomía<sup>7</sup>. Basset sistematiza las limitaciones que se fueron desarrollando en los fallos ulteriores a “Gillick” en torno a cuatro tópicos: la estabilidad de la persona menor y que no esté sujeto a fluctuaciones anímicas, una ampliación del espectro de información que debe ser comprendido por el niño para ser considerado apto, la distinción entre la aptitud para consentir y la aptitud para rechazar y los poderes de la Corte para revisar el consentimiento de un niño apto<sup>8</sup>. Estos criterios en general no son tenidos en cuenta cuando se cita el caso “Gillick”.

En coincidencia con el citado caso, se advierte cómo, también en Argentina, la temática de salud sexual fue la primera en que se plantea una discusión sobre capacidad de los niños para intervenir por sí mismos en temas médicos y ello ocurrió en medio de no pocas polémicas y una cierta desconfianza de la ley hacia la familia. El criterio que se fue imponiendo apuntaba a permitir a las personas menores acceder a estos programas por sí mismos, tal como lo expresó el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires: “La limitación de la autoridad de los padres, correlativa a la concesión de un derecho a los niños y adolescentes en edad fértil, constituye un sacrificio razonable en aras de la consecución de los legítimos fines de la ley”<sup>9</sup>. Este fallo citó la sentencia del caso “Gillick”. Vale aclarar que la ley 418 (BOCBA N° 989, 21/07/2000) de la Ciudad de Buenos Aires, considerada en la sentencia citada, no contenía disposiciones tan claras sobre la responsabilidad de los padres como las que tiene la ley nacional 26573.

Probablemente en este punto quede en evidencia la complejidad que encierra la temática de la salud sexual en personas adolescentes. En general, prima un enfoque sanitarista que se concentra reduccionistamente en la distribución de anticonceptivos y se ha descuidado la

---

<sup>6</sup> “(1) that the girl (although under 16 years of age) will understand his advice; (2) that he cannot persuade her to inform her parents or to allow him to inform the parents that she is seeking contraceptive advice; (3) that she is very likely to begin or to continue having sexual intercourse with or without contraceptive treatment; (4) that unless she receives contraceptive advice or treatment her physical or mental health or both are likely to suffer; (5) that her best interests require him to give her contraceptive advice, treatment or both without the parental consent” (traducción del autor).

<sup>7</sup> Ver Úrsula C. Basset, «Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP*, octubre (2010): 228, cita online: AR/DOC/5473/2010.

<sup>8</sup> Basset, “Autonomía progresiva ...: 228.

<sup>9</sup> Argentina: Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sent. de 14 de octubre de 2003, «Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires», La Ley online (cita: AR/JUR/3606/2003).

integralidad que es la materia vinculada con el ejercicio de la propia sexualidad. Entonces, se legitima la “limitación” de la autoridad de los padres por los fines de la ley. Entendemos que, si bien la anticoncepción se inserta en un contexto médico, difiere de otros actos médicos en tanto involucra la sexualidad que excede en mucho a lo puramente médico y se vincula con valores humanos y espirituales como la intimidad, la castidad, el pudor, el amor y la capacidad de entrega personal<sup>10</sup>. Antes que recortar al adolescente de su familia con un enfoque sanitarista e individualista, entendemos que debería promoverse una integración de la familia y una educación para el amor más integral.

En consecuencia, se advierte que el planteo referido a la capacidad de las personas menores para actos médicos surge en torno a la anticoncepción, en la búsqueda de alternativas para eludir la autoridad de los padres y llegar a los adolescentes en forma directa. Así como nos permitimos discrepar con la política de salud reproductiva hacia las personas menores de edad, con más razón señalamos que no se verificaban las situaciones que llevaran a trasladar ese criterio a los actos y tratamientos médicos en general como hizo el art. 26 CCC. Pero volveremos sobre el punto luego.

### III.

## LA LEGISLACIÓN MARCO SOBRE ADOLESCENCIA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

### 1. LA LEY 26061 DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La ley 26061 de derechos de niños, niñas y adolescentes se refiere a su derecho a la salud en el artículo 14, redactado enfatizando las garantías que deben ofrecer los “organismos del Estado”.

En lo que concierne a la temática de capacidad, esta ley no introdujo modificaciones, de modo que continuaban vigentes las normas generales del Código Civil y los menores tenían derecho a ser oídos y expresar su opinión, pero la decisión recaía en sus padres o tutores. Incluso reconoce explícitamente el rol de la familia en materia de salud. Sólo cabe mencionar

---

<sup>10</sup> De hecho, en el caso Gillick, Lord Templeman sostenía en 1985 que lo que estaba en juego era la “competencia” para ejercer la sexualidad y usar la contracepción.

que el artículo 3 vincula la protección del interés superior del niño con el respeto de “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales” (art. 3 inciso d, ley 26061).

## **2. LA LEY 26529, REFORMADA POR LEY 26742, Y EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN**

La ley 26529 referida a los Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud regulaba lo referido al consentimiento informado. En la redacción original de la ley 26529, el artículo 6 disponía: “Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente” y el artículo 2 de la ley en su texto original se refería a las personas menores de edad: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.

Para Tobías, en la ley 26529 la aptitud para asentir requería de la capacidad de obrar para el acto, sin perjuicio de la facultad de los menores de edad con la suficiente madurez de ser oídos en los términos de la citada ley<sup>11</sup>. Este autor criticó la confusa redacción de la ley 26529 en el supuesto de incapacidad o de imposibilidad de comprender la información a causa del estado físico o psíquico y que el texto no planteaba un orden de prelación ni priorizaba al que en esos momentos se ocupa del paciente<sup>12</sup>.

Tomando nota de esta redacción ambigua, en 2012, la ley 26742 (B.O. 24/5/2012)<sup>13</sup>, modificó el artículo 6 de la ley 26529 que ahora dispone: “Artículo 6º: Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo

---

<sup>11</sup> José W. Tobías, «El asentimiento del paciente y la ley 26529», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP*, septiembre (2010): 171.

<sup>12</sup> Tobías, loc. cit.

<sup>13</sup> En este trabajo no profundizamos algunos aspectos críticos de la ley 26742 y sus disposiciones. Nos remitimos a Jorge Nicolás Lafferriere, «Entre el derecho a la vida y la autonomía de la voluntad. Comentario a la ley 26742», en *Muerte Digna*, dirigido por Andrés Gil Domínguez (Buenos Aires: La Ley, 2013).

anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

La reforma de la ley 26742 modificó la ley 26529 en relación con la situación de los niños, niñas y adolescentes, de los incapaces y de personas con “imposibilidad de brindar el consentimiento informado” en dos puntos:

- a) se explicita la potestad de los representantes legales de tomar decisiones sobre el final de la vida rechazando el encarnizamiento terapéutico;
- b) se precisa el orden de prelación en la toma de decisiones, remitiendo a la ley 24193 de ablación e implante de órganos.

Solari sostuvo sobre la ley: “En lo que compete a los niños, se mantienen los lineamientos del texto anterior, dándole participación al menor de edad, pues tienen derecho a intervenir y ser escuchados en los términos de la ley 26061. Su voluntad deberá tenerse en cuenta, a los fines de decidir al respecto. Se consagra, de esta manera, la capacidad progresiva del sujeto menor de edad”<sup>14</sup>. Sin embargo, queda claro que, en el sistema de la ley, “será el representante legal del niño quien, en definitiva, aceptará o rechazará la terapia o procedimiento médico o biológico en cuestión, en ejercicio de la representación legal”<sup>15</sup>.

Posteriormente, el 5 de julio de 2012 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 1089/2012 (B.O. 6/7/2012) reglamentario de la ley 26529, modificada por la ley 26742, y formuló nuevas precisiones:

Art. 5: (...) También operará este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento. Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente....

<sup>14</sup> Néstor E. Solari, «La situación del niño ante las leyes de muerte digna e identidad de género», *La Ley, Suplemento Especial Identidad de género-Muerte digna*, mayo (2012): 132.

<sup>15</sup> Solari, “La situación...: 132.

Igualmente, debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 10 del decreto 1089/2011: “Ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente, con la intervención del comité de ética institucional respectivo, fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas. Para ello, se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relación con una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento”.

La reforma y especialmente el decreto reglamentario intentaron precisar cómo se debe actuar en los casos en que la persona sea incapaz o bien esté imposibilitada de brindar el consentimiento. En lo que respecta a nuestro tema de estudio, se ratifica el doble criterio: por un lado, escuchar al niño; por el otro, ratificar que la decisión debe ser tomada por los representantes legales.

Como explica Tobías, con la ley 26529 se “consagraba un sistema que requería de la capacidad de obrar: su ausencia (como en el caso de los menores) imponía que el asentimiento lo brindaran los representantes legales, sin perjuicio de la facultad de los menores de edad con la suficiente madurez de ser oídos en los términos de la citada ley”<sup>16</sup>. Dos años después, los casos que trata esta ley son regulados también, aunque en forma más general, por el artículo 26 CCC. Entendemos que quedará abierta la cuestión interpretativa y, en tanto la ley 26529 no ha sido derogada, habrá que hacer un esfuerzo de interpretación sistemática para armonizar el artículo 26 CCC con esta norma todavía vigente.

## IV.

### EL ARTÍCULO 26 CCC Y SUS FUNDAMENTOS

En el marco de estos procesos legislativos llegamos al nuevo artículo 26 CCC. Metodológicamente, se ubica en el capítulo 2 dedicado a la capacidad, del título I denominado “Persona Humana”, del Libro I (“Parte General”). Este capítulo 2 se divide en tres secciones: 1) Principios Generales; 2) Persona menor de edad; 3) Restricciones a la capacidad.

Luego de definir a la persona menor de edad y al adolescente en el artículo 25, el artículo 26 se titula: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad” y dispone con relación a los tratamientos médicos: “Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos,

<sup>16</sup> José W. Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 216.

ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

En los fundamentos del Proyecto de ley elevado al Congreso leemos: “El Anteproyecto regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional”.

El párrafo transcrito resulta ambiguo en lo terminológico. Por un lado, señala que se pretende receptor la noción de “autonomía progresiva” y la diferencia de la capacidad civil tradicional. Sin embargo, unas líneas antes, se refiere a la regulación de “la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo”, recurriendo al mismo término de capacidad. Aunque no aparece mencionado el término, una buena parte de la doctrina argentina entiende que el artículo 26 CCC recepta la idea de “competencia”, siguiendo lo que sostuvo en 2001 Kemelmajer de Carlucci: “Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos; por eso, y por razones de seguridad jurídica, generalmente las leyes establecen una edad determinada a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad. Si el paciente no tiene esa edad, o no está emancipado, el contrato médico, por ser acto negocial, debe ser celebrado por los representantes legales. Competencia es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”<sup>17</sup>.

Sin embargo, la palabra “competencia” no aparece ni en el articulado del CCC ni en los fundamentos, mientras que se sigue usando la expresión “capacidad”. En todo caso, es

---

<sup>17</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, «El derecho del menor a su propio cuerpo», en *La persona humana*, dirigido por Guillermo Borda (Buenos Aires: La Ley, 2001): 255.

un debate teórico que excede los alcances de este trabajo centrado en el análisis estricto del artículo 26 CCC y que esperamos retomar en otro momento.

Más allá de lo terminológico, lo cierto es que no se brindan fundamentos ni argumentos que justifiquen por qué el artículo 26 CCC sienta reglas especiales para la “capacidad” en materia de tratamientos médicos. Estas reglas conjugan un “consentimiento” del adolescente, que en ciertos casos requiere la asistencia de sus padres, y que a partir de los 16 años se afirma que puede decidir como un adulto para el cuidado de su propio cuerpo. Con razón, Tobías se pregunta: “¿puede, por ejemplo, afirmarse que el menor de edad adquiere la aptitud de resolver complejas alternativas médicas para enfrentar un grave problema de salud antes de la requerible para celebrar un sencillo acto de naturaleza patrimonial? (para el que carece de capacidad)”<sup>18</sup>. El CCC extiende la “capacidad” anticipada relacionada con los anticonceptivos a todos los actos médicos, sin mayores explicaciones y sin dotar a la nueva regulación de un sistema más completo y sistemáticamente ordenado, que contemple adecuadamente a todos los actores en juego.

A continuación, analizaremos estas reglas y sus problemáticas.

## **1. LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS IMPLICADOS EN EL ART. 26 CCC**

Entrando en el análisis del texto del artículo 26, podemos advertir que comprende cuatro situaciones con relación a la capacidad de las personas menores de edad para consentir tratamientos médicos:

- a) En el caso de los menores de trece años, son los padres o tutores quienes brindan el consentimiento para tratamientos médicos, sin perjuicio del deber de escuchar al menor.
- b) El artículo establece como presunción que “el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”.
- c) En cambio, el adolescente entre trece y dieciséis años debe prestar el consentimiento con la “asistencia de sus progenitores” “si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida”. En este caso, “el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés

---

<sup>18</sup> Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 217.

superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”.

- d) El adolescente a partir de los dieciséis años “es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Comentando el artículo 26 CCC, Famá afirma que “la norma propone un sistema mixto que se construye a partir de dos variables: a) una subjetiva, vinculada con franjas etarias móviles; y b) una objetiva, relacionada con el tipo y complejidad del acto médico”<sup>19</sup>. El primer caso no presenta mayores innovaciones en cuanto a la cuestión de la capacidad de ejercicio. Ello no significa que no puedan suscitarse conflictos, pero a los fines de este trabajo nos concentraremos en los cambios que introduce el artículo 26 con relación al régimen ya vigente. Así, los otros tres casos configuran una nueva regulación jurídica que proponemos analizar a continuación.

En cuanto a los aspectos generales del artículo, se puede constatar una redacción poco sistemática e insuficiente. La falla sistemática viene dada por la utilización de términos distintos en el propio artículo y en relación con la normativa general sobre el tema del consentimiento (ley 26529). En relación con el mismo artículo 26, primero usa la expresión “tratamientos”, luego habla de “acto médico” y cuando se refiere a los mayores de 16 años habla de “cuidado de su propio cuerpo”. En lo que concierne a la coherencia con la ley 26529, podemos advertir que en esa ley se habla de “terapias o procedimientos médicos o biológicos” (art. 2 inciso e), “recibir información sanitaria” (art. 2 inciso f), “estudios y tratamientos” (art. 3), “procedimiento” (art. 5). Entendemos que se debería cuidar la redacción para que sea clara y no deje lugar a dudas, máxime que la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad se extiende a los actos “que le son permitidos por el ordenamiento jurídico” (art. 26 CCC). Según el Subcomité de ética clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría, la referencia a tratamientos debe interpretarse como inclusiva de “todo acto médico”<sup>20</sup>. En este punto, el mayor problema reviste, a mi entender, en la expresión “cuidado de su propio cuerpo” que encontramos en el último párrafo del artículo 26. Esta fórmula es muy amplia y parece comprender más que los actos médicos, en texto abierto que resulta difícil de compatibilizar con las normas sobre responsabilidad parental. Pero volveremos sobre el punto.

La insuficiencia de la redacción del artículo 26 se refiere a la excesiva simplificación de las distintas alternativas que presenta el genéricamente llamado “consentimiento infor-

<sup>19</sup> Famá, loc. cit.

<sup>20</sup> Submisión de Ética Clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría, «El principio de autonomía en pediatría en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Una comunicación de la Submisión de Ética Clínica», 6 de junio (2016), Acceso el 27 de abril de 2017

[http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/primer/2016/Subcom\\_DelValle\\_anticipo\\_25-8-16.pdf](http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/primer/2016/Subcom_DelValle_anticipo_25-8-16.pdf).

mado”. En efecto, el artículo 26 CCC parece reducir toda la problemática a una cuestión de “consentimiento”. Sin embargo, muchas veces los conflictos más serios se plantean con relación al “rechazo” de un procedimiento. Así, la ley 26529 que regula esta materia -más allá de sus deficiencias o aspectos criticables- es más precisa cuando en el artículo 2 inciso e dispone: “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”. Igualmente, la complejidad de los actos médicos implicados lleva a esa ley a establecer requisitos más rigurosos en cuanto a la forma (instrumento escrito y firmado) respecto a los siguientes casos: “a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación. f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto” (artículo 7, ley 26529).

Algunos autores han procurado realizar una casuística de aplicaciones del principio de autonomía progresiva del CCC y analizaron 63 posibles situaciones, desde actos médicos, hasta la partición de bienes, el testamento o el reclamo de alimentos<sup>21</sup>. En relación a los actos médicos, incluyeron: vacunación, extracción de sangre y otros estudios no invasivos, testeo HIV Sida, preservativos y anticonceptivos, sutura, colocación de yeso o bota por esguince o fractura, colocación de DIU, operación quirúrgica (tratamiento oncológico, operación riesgosa), actos no invasivos e invasivos de cuidado al propio cuerpo, operación mutilante (ej. cambio de sexo), tratamientos integrales hormonales, bloqueadores hormonales, ligadura de trompas o vasectomía, cirugía estética no reparadora, cirugía estética reparadora, tatuaje, piercing, donación de sangre, aborto, donación de material genético, criopreservación de material genético para casos de oncofertilidad, ser parte en investigaciones médicas, negativa a someterse a transfusión (testigos de Jehová) o a intervenciones que ponen en riesgo la vida, negativa a someterse a intervenciones que no ponen en riesgo la vida, ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante, implantación de médula ósea, ablación de órganos o materiales cadavéricos, directivas anticipadas, internación personas menores de edad, tratamiento por adicciones, tratamiento psicofarmacológico, utilización de

---

<sup>21</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación», 18 de agosto de 2015, Id SAIJ: DACF150461, Acceso el 17 de abril de 2017, <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-dacf150461-2015-08-18/123456789-0abc-defg1640-51fcantircod>

camas solares<sup>22</sup>. Esta larga enumeración permite comprender la complejidad de los distintos actos, médicos y referidos al cuerpo, que están implicados en el artículo 26.

Estos elementos nos permiten llegar a una conclusión: la incorporación de las reglas de capacidad con relación a los actos médicos en el CCC incurre en una simplificación excesiva de las situaciones implicadas, ignora las importantes distinciones que cabe realizar entre los distintos actos médicos y genera problemas de coherencia sistémica con relación a otras normas. Más allá de la diferencia de fondo con la opción del legislador, hubiera sido preferible que el tema fuera regulado en la normativa específica sobre derechos de los pacientes (ley 26529) para que hubiera una regulación más pormenorizada y más ajustada a la realidad del adolescente y su contexto vital integral, lo que incluye los deberes y derechos de los padres, y a las peculiaridades de la relación del paciente con los profesionales de la salud.

## 2. EL ADOLESCENTE ENTRE 13 Y 16 AÑOS

Como hemos visto, desde los trece años, la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en relación con los tratamientos médicos se torna compleja. Por un lado, porque la ley habla de una “presunción” de aptitud (art. 26 CC y CU), de modo que habrá que ver cómo se interpreta esa presunción y quién define la presencia o no de tal aptitud. Para Tobías, el significado de “capacidad presumida” requiere ser precisado<sup>23</sup>. ¿Significa que pueden darse situaciones o planteos para desvirtuar la presunción? ¿Quién formularía esos planteos? ¿Ante quién? ¿Bajo qué criterios se decide sobre la revocación de la capacidad presumida? La importancia del tema es decisiva, pues en caso de que se demuestre que no existe aptitud para asentir, sería aplicable el consentimiento por representación en los términos de la ley 26529. La ambigüedad afecta tanto al adolescente, como a sus padres y a los profesionales de la salud.

En segundo lugar, la presunción de aptitud “para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”, genera como regla general que el adolescente brinde su “consentimiento”. Nos preguntamos aquí si no existe ninguna previsión sobre las atribuciones de los padres, especialmente en caso de rechazo de tratamientos u otras situaciones especialmente delicadas. Adviértase que las normas sobre responsabilidad parental siguen vigentes (art. 638 CCC y siguientes) y que a los padres corresponde en primer lugar velar

---

<sup>22</sup> Discrepamos con muchas de las “aplicaciones” propuestas por el texto comentado, sobre todo en tanto tienden a considerar “no invasivos” a muchos procedimientos en los que el cuerpo es penetrado por una aguja.

<sup>23</sup> Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 219.

por el desarrollo integral de sus hijos, lo que incluye su integridad física y psíquica y su salud. Como dice Juan Navarro Floria, “se trata de una norma fuertemente invasora de la intimidad familiar, que deteriora en modo sumo la autoridad de los padres, necesaria para el orden familiar. Un niño de 13 años no podrá ser operado de apendicitis o someterse a un tratamiento de ortodoncia si él no está de acuerdo, y el disenso con sus padres deberá someterse al juez”<sup>24</sup>

Basset criticaba la regulación de la ley 26529 luego de la reforma por ley 26742 por no contemplar la complejidad del tema y señalaba la necesidad de considerar “la pregunta por el tenor de la intervención..., la pregunta sobre la relevancia de la intervención del niño, sobre los requisitos y los mecanismos con los cuáles se protegerá su vulnerabilidad, los dilemas cuya resolución rica hemos visto en los vaivenes posteriores del caso Gillick, en torno a qué actitud tomar si los efectos son decisiones del menor son de naturaleza irreversible, sobre la comprensión que el menor tiene de su propia muerte y sus implicancias, sobre el acompañamiento integral, sobre el estándar de influencia indebida”<sup>25</sup>.

Como hemos visto, los llamados “tratamientos médicos” configuran una pluralidad de situaciones: estudios diagnósticos, medicación, revisión física, intervenciones quirúrgicas, etc. A su vez, la toma de decisiones supone tanto el consentimiento como el rechazo de un “tratamiento”, o eventualmente la revocación del consentimiento, y estos tipos de decisión pueden tener graves consecuencias. Para Basset, debe distinguirse si están en juego consecuencias irreversibles para la salud, en cuyo caso el juez debería aplicar un estándar de escrutinio más estricto. También hay que adoptar ese criterio de mayor rigor en relación con el rechazo de tratamientos curativos. Un aspecto decisivo es cómo se evalúa la madurez suficiente, especialmente en esos casos más decisivos<sup>26</sup>.

Respecto a los “tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida”, el artículo 26 abandona la expresión “se presume” y habla que el adolescente “debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores”. Aquí ya no se trataría de un consentimiento por representación, sino que los “progenitores” actúan como “asistentes”. Entendemos que la presunción de la que habla el párrafo anterior sigue siendo la regla general en cuanto a la aptitud, pues quien no puede realizar por sí lo menos riesgoso, menos podría realizar lo más riesgoso. En este supuesto, el problema que puede plantearse es de tipo práctico: ¿qué sucede en un caso de urgencia cuando no es posible

<sup>24</sup> Juan G. Navarro Floria, *Los derechos personalísimos* (Buenos Aires: El Derecho, 2016), 71-72.

<sup>25</sup> Úrsula C. Basset, «La ley que regula decisiones sobre la muerte: la paradoja de restringir la autonomía personal del paciente bajo pretexto de ampliarla», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP* Agosto (2012): 161.

<sup>26</sup> Úrsula C. Basset, «El consentimiento informado de menores a tratamientos médicos en el Código Civil y Comercial Argentina (2014)», *Cuaderno Jurídico de Familia*, Nro. 57 (2014): 8.

encontrar a los padres? Entendemos que rige la regla del artículo 9 de la ley 26529 cuando dispone:

ARTICULO 9º. Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

Por su parte, Tobías considera desorientadora la propuesta de distinguir a partir del criterio de los actos que “comprometen la salud” pues “cualquier tratamiento médico busca mejorarla o preservarla y no comprometerla”<sup>27</sup>. Este autor también llama la atención sobre la problemática encerrada en la expresión “invasivo” pues no se aclara si se refiere a lo corpóreo o también a lo psíquico<sup>28</sup>. Según la Enciclopedia Médica Medline, “un procedimiento invasivo es aquel en el cual el cuerpo es ‘invadido’ o penetrado con una aguja, una sonda, un dispositivo o un endoscopio”<sup>29</sup>. En el texto sobre aplicaciones del principio de autonomía progresiva que hemos citado, escrito por Kemelmajer y otros, parecen adoptar un criterio distinto sobre la invasividad, al punto que sostienen que una sutura no es invasiva<sup>30</sup>. Por nuestra parte, entendemos que basta con que no se cumpla cualquiera de las condiciones del artículo 26 para que proceda la asistencia de los padres, a saber: que un tratamiento sea invasivo, o que comprometa la salud, o que provoque un riesgo grave en la vida o la integridad física. Igualmente, se podría haber hecho una remisión a los casos en los que se exige un consentimiento escrito y que están regulados en el artículo 7 de la ley 26529 que ya hemos mencionado, en tanto allí se explicitan supuestos considerados más riesgosos que requieren una mayor formalidad.

Otro aspecto a tener en cuenta es que la referencia a los “progenitores” debe entenderse como comprensiva de las otras figuras jurídicas de representación del adolescente, como el tutor, el guardador o quien ejerza la autoridad parental<sup>31</sup>. En este punto, no compartimos la interpretación extensiva realizada por el grupo de trabajo convocado por la Secretaría de

<sup>27</sup> Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 220.

<sup>28</sup> Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 220.

<sup>29</sup> Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos, Enciclopedia médica, Voz: Invasivo, Acceso el 17 de abril de 2017, <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002384.htm>

<sup>30</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

<sup>31</sup> Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 221.

Salud Comunitaria (Resolución 65/2015) que considera que un “referente afectivo” o “allegado” pueda sustituir a los padres<sup>32</sup>. Tampoco fue considerada por el artículo 26 la evaluación de si el menor sufre o no influencia indebida de su entorno y la inclusión del contexto familiar<sup>33</sup>.

Igualmente, creemos que es necesaria una más precisa y rigurosa regulación del deber médico de brindar información precisa y comprensible para la persona menor de edad. No creemos que pueda admitirse sin más que el menor queda equiparado al adulto, desconociéndose que subsiste durante toda la niñez hasta los 18 años (e incluso más allá) una vulnerabilidad que exige mayores garantías de parte de los actores que intervienen en torno a la salud de la persona menor de edad. Basset explica que en la jurisprudencia posterior a “Gillick” se precisaron mejor algunos requisitos sobre este punto, a saber: “i) la necesidad de prever un determinado rango de consecuencias especialmente exigente; ii) la exigencia de que el niño tenga cautela; iii) la necesidad de evaluar si el niño conoce o no plenamente las circunstancias y principios involucrados en su decisión para consentir un tratamiento”<sup>34</sup>.

Recapitulando, entendemos que la redacción del artículo 26 CCC deja varias cuestiones abiertas a interpretación o no resueltas y ello repercute tanto en los propios adolescentes, como en sus padres y los profesionales de la salud.

### 3. EL ADOLESCENTE MAYOR DE 16 AÑOS

Según el artículo 26 CCC, desde los 16 años la persona menor de edad se considera como un adulto para la toma de decisiones en salud.

Para Juan Pablo Olmo, “el párrafo sexto de la norma prevé lo que parte de la doctrina ha llamado un supuesto de ‘mayoría de edad anticipada’ para las decisiones relativas al cuidado del propio cuerpo, para lo cual el adolescente será considerado como un adulto a partir de los dieciséis años”<sup>35</sup>. Tal como hemos señalado antes, no se han explicitado suficientemente los fundamentos de esta decisión y cómo se articula con otras normas sobre capacidad de las personas menores de edad. En efecto, ¿por qué un adolescente de 16 años es capaz para decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo y por qué no puede testar (artículo 2464 CCC)?

---

<sup>32</sup> “El valor normativo y jurídico de esta interpretación es muy opinable” (Juan G. Navarro Floria, Los derechos personalísimos, 27).

<sup>33</sup> Úrsula C. Basset, «El consentimiento informado de menores a tratamientos médicos en el Código Civil y Comercial Argentina (2014)», 9.

<sup>34</sup> Úrsula C. Basset, «Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence».

<sup>35</sup> Juan Pablo Olmo, «Comentario a los artículos 22 a 50».

El artículo utiliza el término “adulto” y ello no es coherente desde la perspectiva sistémica. El CCC en ningún momento define “adulto”, sino que utiliza la expresión “mayoría de edad”. Igualmente es problemática la expresión “son considerados”. Para Tobías, lo más prolijo hubiera sido decir que gozan de capacidad de ejercicio para estos actos<sup>36</sup>.

La redacción del artículo 26 abandona en este párrafo la expresión “tratamientos médicos” y se refiere al “cuidado” del “propio cuerpo”. Nos encontramos ante un margen de actuación de “límites difusos”, que deberá ser evaluado también en el marco de la responsabilidad parental, del art. 5º de la Convención de los Derechos de los Niños y de la ley 26.061<sup>37</sup>. Nuevamente advertimos las dificultades emanadas de una norma demasiado amplia y general, que no permite considerar los importantes matices que presenta hoy la actividad médica y de salud en general. Esa dificultad se agrava porque la expresión “cuidado del propio cuerpo” parece tener un alcance mayor al que tiene la expresión “tratamientos” o “actos médicos”. Sin embargo, tampoco queda claro qué alcance tiene. Así, podemos mencionar como ejemplo que en el ya citado trabajo de Kemelmajer y otros, se considera que el uso de “camas solares”, la ligadura de trompas o vasectomía y la cirugía estética no reparadora exceden el cuidado del propio cuerpo<sup>38</sup>. Incluso autores como Silvia Fernández reconocen que el texto incluye “la libertad para disponer del propio cuerpo e integridad, si bien de modo no indiscriminado o imprudente”<sup>39</sup>. ¿Cuál es el límite? ¿Qué es cuidado y qué no lo es? ¿Participar en una investigación con seres humanos queda comprendido en “cuidado del propio cuerpo”? Las preguntas quedan sin respuesta y la ambigüedad vuelve a repercutir sobre el propio adolescente, sus padres y los profesionales de la salud. El punto es particularmente grave para los casos más difíciles, como las decisiones sobre rechazo de tratamientos médicos incorporadas en la ley 26529 por la ley 26742, u otras situaciones de riesgo de vida.

El Subcomisión de Ética Clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría considera que “enfrentados a una situación médica y sin dejar de respetar el derecho que le asiste a un adolescente a partir de los 16 años para la toma de decisiones por sí mismo, se debería evaluar la gravedad de la situación, la razonabilidad de la decisión y sus implicancias, así como (de ser posible) contar con el acompañamiento de los padres”<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 221.

<sup>37</sup> Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 222.

<sup>38</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

<sup>39</sup> Silvia Fernández E., «Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil», *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, 20 de junio (2012): 108, cita online: AP/DOC/2210/2012.

<sup>40</sup> Subcomisión de Ética Clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría, «El principio de autonomía en pediatría en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Una comunicación de la Subcomisión de Ética Clínica», op. cit.

Consideramos que hay que integrar a la interpretación del artículo 26 otras normas también vigentes y que permiten una comprensión más completa del cuadro por el que atraviesa un adolescente. Así, podemos mencionar que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bertoldi de Fourcade y Stein propusieron una ponencia que afirmaba: “La pauta fijada en el art. 26 in fine del C.C. y C., que se vincula al reconocimiento de la plena capacidad del adolescente a partir de los 16 años para la toma de decisiones relativas a su propio cuerpo, debe ser razonablemente interpretada. El profesional de la salud o quien afecte de alguna manera su cuerpo, deberá propiciar que las decisiones del joven de 16 años sean tomadas con el acompañamiento de los progenitores, pues consideramos que es en el contexto familiar donde se debería encontrar la debida orientación y contención, para operar responsablemente en el cuidado de su salud. Por lo tanto, estimamos que los progenitores no deben ser excluidos “prima facie” y el que actúe en la órbita del cuerpo del joven deberá tener en cuenta tal opinión, puesto que ella se desenvuelve en el marco de la responsabilidad parental. Esto de ningún modo atenta contra el diseño normativo, sino que entendemos, contribuye a fortalecer la protección de los hijos”<sup>41</sup>.

En síntesis, la mayoría de edad anticipada para actos médicos a los 16 años se establece como regla sin una adecuada fundamentación, sin considerar la armonización con las normas sobre responsabilidad parental y sin considerar los complejos matices que presentan las decisiones sobre actos médicos.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LOS CASOS DIFÍCILES

El artículo 26 CCC, con los alcances y ambigüedades que hemos visto, debe ser comprendido en el amplio contexto de la responsabilidad parental que no “cesa” durante esa etapa y continúa vigente, aun cuando se reconoce una autonomía progresiva. Es importante recordar la definición del artículo 638: “ARTICULO 638.- Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. Igualmente, relevante es el artículo 639 que se refiere a los principios para la actuación de los padres.

---

<sup>41</sup> Ver la ponencia de María Virginia Bertoldi de Fourcade, Patricia Stein, «Algunos aportes respecto a la capacidad del adolescente de 16 años para las decisiones relativas al cuidado de su propio cuerpo», *XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bahía Blanca, 2015, Comisión n° 1, Acceso el 28 de noviembre de 2016, [http://jndcbahiaablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Bertoldi-y-otro\\_ALGU.pdf](http://jndcbahiaablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Bertoldi-y-otro_ALGU.pdf)

Con específica referencia a los tratamientos médicos de personas menores de edad, de la lectura del texto de dichos artículos, surge con fuerza la necesidad de enfatizar que, incluso cuando el adolescente está habilitado para tomar decisiones por sí, los padres no pueden ser excluidos y conservan un deber y un derecho de actuar en busca del mejor interés de su hijo y de su protección, desarrollo y formación integral.

Creemos que este balance entre el artículo 26 y las normas sobre responsabilidad parental es clave, especialmente frente a los casos difíciles. Tobías enfatiza la importancia de revisión judicial en caso de negativa por parte del representante legal del incapaz cuando resulte abusiva, citando un fallo de Chile y la ley francesa Kouchner<sup>42</sup>. Gelli, señala la importancia de brindar información rigurosa en los casos de consentimiento por representación “para no inducir eventuales rechazos, en especial de familiares en un grado de parentesco más lejano”<sup>43</sup>. Aún Kemelmajer y otros reconocen que hay un “entrecruzamiento central y general entre los arts. 26 y 638” y consideran que para la interpretación hay que recurrir a los artículos 1 y 2 del CCC<sup>44</sup>. Basset explica que “en Re W la Corte sostuvo unánimemente que el precedente Gillick no le daba al niño el poder de vetar un tratamiento médico”<sup>45</sup>.

En este punto es bueno retomar lo que hemos dicho sobre el origen de esta capacidad anticipada. En efecto, en el debate en torno a la anticoncepción y ante una presunción de que los adolescentes no dialogaban con sus padres en torno a su sexualidad, se impulsó el criterio de avanzar directamente para que los adolescentes decidan por sí en estas materias. Ahora se extiende esa capacidad a todos los actos médicos y más aún a actos de cuidado del propio cuerpo. ¿Cuáles fueron las razones? ¿Se percibe una desconfianza hacia la familia en los adolescentes también en todo acto médico? ¿Por qué no se pensó en formas más armónicas de integrar al adolescente y la familia en la temática de salud? Advirtamos que el mismo CCC evitó incluir la emancipación por habilitación de edad y mantuvo para el menor emancipado por matrimonio las mismas restricciones a la capacidad incluidas en el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield (ley 340 aprobada el 25-9-1869), que incluyen la prohibición de aprobar las cuentas de los tutores, donar bienes recibidos a título gratuito o afianzar obligaciones (artículo 28 CCC). ¿Por qué este diferente tratamiento? ¿Es diferente la vulnerabilidad para la administración de bienes que para el cuidado de su persona?

---

<sup>42</sup> . Tobías, «El asentimiento del paciente y la ley 26529».

<sup>43</sup> María Angélica Gelli, «La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad», *La Ley, Suplemento Especial Identidad de género-Muerte digna*, mayo (2012): 93.

<sup>44</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

<sup>45</sup> Úrsula C. Basset, «Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence».

En nuestra opinión, la interpretación coherente y sistemática del artículo 26 debe llevar a procurar una constante integración de los padres en todo lo relativo a la salud de sus hijos. Ello resulta consistente con las normas sobre responsabilidad parental y permite comprender al adolescente en su contexto vital y no recortarlo de su familia como si fuera un individuo aislado. Una visión más relacional y no tan individualista y liberal permite acompañar los procesos de decisión en forma más realista y humana, sin lanzar a la soledad de la autonomía a los adolescentes, sustrayéndolos de su núcleo básico de afectos y relaciones, la familia.

## V.

### **PROYECCIONES DEL ARTÍCULO 26 SOBRE OTRAS LEYES ESPECIALES EN SALUD**

La redacción del artículo 26 en los puntos que estamos comentando plantea como problema si esa norma se aplica a leyes especiales que regulan distintos aspectos de la salud y las decisiones sobre el propio cuerpo. Al respecto, Marisa Herrera señala que la mayoría de edad anticipada en materia médica reconoce como excepción “lo dispuesto para algunos supuestos específicos en la legislación especial v.gr., art. 15 de la ley 24.193 (trasplantes de órganos y materiales anatómicos), art. 26 de la ley 26.657 (salud mental), art. 5° de la ley 26.743 (identidad de género)”<sup>46</sup>.

Nos encontramos con la inveterada cuestión de los conflictos entre la ley general y la ley especial. En este sentido, entendemos que, en tanto no sea derogada, siguen rigiendo las normas de la legislación especial para los específicos casos allí tratados, en tanto consideran situaciones particulares que fueron motivo de una regulación propia.

#### **1. LA LEY 22990 DE SANGRE**

En el caso de la ley 22990 (B.O. 2/12/1983) de sangre humana, encontramos una norma precisa en el artículo 44 que dispone:

ARTICULO 44. - Podrá ser donante toda persona que, además de los requisitos de salud que establece la presente ley y su reglamentación, se encuadre en las siguientes condiciones:

<sup>46</sup> Juan Pablo Olmo, «Comentario a los artículos 22 a 50».

a) Poseer una edad entre DIECISEIS (16) Y SESENTA Y CINCO (65) años. b) Los menores de DIECIOCHO (18) años deberán contar con la autorización de sus padres o de sus representantes legales...”

Se advierte, por un lado, una convergencia con el artículo 26 CCC en su última parte cuando se refiere a los adolescentes mayores de 16 años. Ellos pueden donar sangre tanto por la habilitación del artículo 26 CCC como por el artículo 44 Ley 22990. Sin embargo, según el inciso b) del artículo 44 deben contar con la autorización de sus padres o representantes legales. Se trata de una norma especial que precisa los alcances del artículo 26 CCC.

## 2. LA LEY 24193 DE ABLACIÓN E IMPLANTE DE ÓRGANOS

En materia de ablación e implante de órganos rige el artículo 15 de la ley 24193 (B.O. 26/4/1993) para la ablación de personas en vida, que dispone:

ARTICULO 15. — Sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años... En los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de dieciocho (18) años podrá disponer ser dador sin las limitaciones de parentesco establecidas en el primer párrafo del presente artículo. Los menores de dieciocho (18) años —previa autorización de su representante legal— podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados en el citado precepto. El consentimiento del dador o de su representante legal no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada. La retractación del dador no genera obligación de ninguna clase.

La norma especial contradice las disposiciones del artículo 26 CCC, de modo que en estos supuestos debe primar la ley 24193 y por tanto sólo las personas mayores de 18 años pueden ser dadores de órganos en vida. Por su parte, en el caso de ablación de personas menores de 18 años fallecidas, rige el artículo 19 ter incorporado por la ley 26066.

Vale señalar que aún Kemelmajer y otros en su artículo ya comentado indican que en materia de ablación de órganos rige la ley 24193 y no rige el artículo 26 CCC<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

### **3. LA LEY 25673 DE SALUD SEXUAL Y PROCREACIÓN RESPONSABLE**

Ya hemos mencionado las normas de la ley 25673 de Salud Sexual que se refieren a las personas menores de edad. En especial, destacamos que el artículo 4 dispone:

La presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad. En todos los casos se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 23.849).

Se advierte la dificultad para armonizar el artículo 4 de la ley 25673 con el artículo 26 CCC. Además, hicimos referencia a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pero con la específica referencia a la reserva argentina al art. 24 de la Convención formulada por ley 23849 y que ya hemos citado.

Al respecto, cabe mencionar una resolución de la Secretaría de Salud Comunitaria del Ministerio de Salud de la Nación (Resolución 65/2015, B.O. 8/1/2016) en la que se anexa como pretendido marco interpretativo del CCC, un documento de trabajo sobre el tema de los llamados “derechos reproductivos” emitido en noviembre de 2015. En ese documento, se considera que los métodos anticonceptivos transitorios no son prácticas invasivas que comprometan el estado de salud y de allí que consideren que se aplica el consentimiento del menor desde los 13 años sin necesidad de asistencia de sus progenitores. Además, en ese documento se hace una interpretación extensiva del término progenitor para incluir a todo allegado o referente afectivo.

Oportunamente, escribimos sobre esta cuestión y nos remitimos a esos trabajos, discrepando con la citada resolución ministerial<sup>48</sup>. Ciertamente, habrá que considerar ahora las implicaciones del artículo 26 CCC y armonizarlo con la disposición transcrita de la ley 23849.

### **4. LA LEY 26130 DE ESTERILIZACIÓN**

Dispone el artículo 1ro. de la ley 26130 (B.O. 29/8/2006) de intervenciones de contracepción quirúrgica: “ARTICULO 1º — Objeto. Toda persona mayor de edad tiene dere-

---

<sup>48</sup> Jorge Nicolás Lafferriere, «Patria Potestad y Salud Reproductiva», *El Derecho Legislación Argentina*, Tomo A (2003): 1285 a 1290.

cho a acceder a la realización de las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía” en los servicios del sistema de salud”. En consecuencia, consideramos que la regla general del artículo 26 cede ante la clara disposición de la norma especial, máxime si consideramos la gravedad y difícil reversibilidad que tiene la decisión de someterse a una esterilización. Adviértase que aún Kemelmajer y otros consideran que estas acciones exceden al cuidado del propio cuerpo y deben considerarse como permitidas recién desde la mayoría de edad<sup>49</sup>. Ello sin perjuicio de las objeciones de fondo que entendemos deben realizarse a la ley comentada y que exceden el ámbito de este trabajo.

## 5. LA LEY 26743 DE IDENTIDAD DE GÉNERO

Por ley 26743 (B.O. 24/5/2012) se reguló lo relativo a la “identidad de género”, entendida como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”<sup>50</sup>.

Como regla general, se dispone en el artículo 4º como requisito a cumplir por toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la ley, el de “acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años, con excepción de lo establecido en el artículo 5º de la presente ley”. En ese artículo 5 se establece:

ARTICULO 5º — Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a

<sup>49</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

<sup>50</sup> No entramos a considerar aquí las problemáticas de fondo de esta ley, por exceder los alcances del trabajo.

de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En específica relación a la temática de la capacidad, puede considerarse que las reglas del artículo 26 CCC no se refieren a esta temática, en tanto no se trata en sentido propio de un tratamiento médico.

El problema de las intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo, incluida la genitalidad, a la identidad de género autopercibida está regulado en el artículo 11 de la ley 26743, que dispone en cuanto se refiere a personas menores de edad:

ARTICULO 11. — Derecho al libre desarrollo personal. ... En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5º para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.

Este artículo modifica la regla del artículo 5, estableciendo el requisito de una autorización judicial para el caso de intervención quirúrgica total o parcial. En este sentido, el artículo 26 CCC no modifica esta disposición. Nuevamente en este punto, Kemelmajer y otros consideran que la operación de cambio de sexo excede el campo del cuidado del propio cuerpo y que con relación a los tratamientos hormonales hay que estar a lo dispuesto por la ley 26743<sup>51</sup>. Sin embargo, sin dar mayores fundamentos normativos, las autoras citadas consideran que los “bloqueadores hormonales” pueden ser administrados a personas menores de edad “a partir de los 10 años con su consentimiento y asentimiento de ambos progenitores”<sup>52</sup>. Por su parte, en postura que no compartimos, en el documento anexo a la Resolución 65/2015 de la Secretaría de Salud Comunitaria antes mencionada se considera que las prácticas de modificación corporal de la ley 26743 ingresan en el ámbito del artículo 26 CCC y que deben prescindirse de los requisitos del art. 11 de la ley 26743.

---

<sup>51</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

<sup>52</sup> Kemelmajer et al.

En este punto, nos permitimos expresar una discrepancia de fondo con la inclusión de las personas menores de edad en esta ley y con la necesidad de una regulación que no adopte visiones reduccionistas como la perspectiva de género, que ignoran la relevancia del dato biológico y exaltan las dimensiones culturales de la sexualidad.

## **6. LA LEY 26862 DE ACCESO INTEGRAL A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA**

En lo que concierne a la ley 26862 de acceso integral a las técnicas de reproducción médicamente asistida<sup>53</sup>, la regla general está sentada por el artículo 7 que dispone que los beneficiarios deben ser personas mayores de edad. Entendemos que el artículo 26 CCC no modifica esta disposición en tanto excluye a las personas menores de edad del acceso a las técnicas.

La única disposición que menciona a las personas menores de edad es el artículo 8 de la ley 26862 y se refiere a un supuesto muy específico, a saber: “También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro”. En este caso, dado que el artículo no contempla el mecanismo para la toma de esta decisión por parte de las personas menores de 18 años, entendemos que rige el artículo 26 CCC.

---

<sup>53</sup> Sobre nuestra valoración de esta ley, ver Jorge Nicolás Lafferriere, «La ley 26862 y el decreto 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas», *ErreparNews*, Agosto (2013).

## VI.

### CONCLUSIONES

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial viene a modificar los alcances del consentimiento por representación en las personas menores de edad ante los tratamientos vinculados con su salud, que había recibido una regulación específica en 2012 con la ley 26742 que modificó el régimen establecido inicialmente por la ley 26529.

En el balance, ante la laguna inicial de la ley 26529, en 2012 la ley 26742 había procurado precisar mejor el ámbito de actuación de los padres, había garantizado el derecho de la persona a ser oída, había regulado un procedimiento para el caso de conflicto y había dejado en claro que la decisión final la toman los representantes legales. Cambiando la perspectiva, tan sólo dos años después, en 2014 el nuevo Código cambia de criterio y otorga mayor capacidad jurídica a las personas menores de edad, dotándolas de una completa autonomía en lo que concierne a su salud desde los 16 años y de una situación de creciente autonomía entre los 13 y los 16 años, dependiendo del tipo de tratamiento implicado. Entendemos que quedará abierta la cuestión interpretativa y, en tanto la ley 26529 no ha sido derogada, habrá que hacer un esfuerzo de interpretación sistemática para armonizar el artículo 26 CCC con esta norma todavía vigente.

La anticipación de la mayoría de edad para temas médicos estuvo inicialmente pensada para el contexto de las decisiones sobre anticonceptivos. Ahora la legislación expande el criterio de forma desordenada al resto de los tratamientos médicos, de manera inexplicada, dejando como resultado una regulación fragmentada, contradictoria y ambigua.

En cuanto al artículo 26 CCC, se puede constatar una redacción poco sistemática e insuficiente, con una simplificación excesiva de las situaciones implicadas, ignorando las importantes distinciones que cabe realizar entre los distintos actos médicos, y con problemas de coherencia sistémica con relación a otras normas. En especial, falta una mejor armonización con los deberes y derechos de los padres emergentes de la responsabilidad parental.

Hubiera sido preferible una regulación específica de la capacidad de las personas menores de edad para tratamientos médicos en el marco de la ley de derechos de los pacientes (ley 26529). A su vez, esa regulación debería alejarse de una perspectiva individualista del adolescente como “recortado” de su familia y procurar integrarla en la toma de decisiones sobre salud. El punto es particularmente grave para los casos más difíciles, como las decisiones sobre rechazo de tratamientos médicos u otras situaciones de riesgo de vida. También hubiera sido preciso adoptar salvaguardas para prevenir influencias indebidas y para instalar

un estándar más riguroso en lo que concierne al deber médico de brindar información comprensible para la persona. Los problemas sistémicos y de regulación que presenta el artículo 26 resultan en ambigüedades que afectan al propio adolescente, a sus padres y a los profesionales de la salud intervinientes.

La armonización del art. 26 con otras leyes especiales deja entrever la dificultad inherente a la materia médica y la necesidad de tratamientos más precisos y completos, sin los límites inherentes a la necesaria generalidad del código en materia de capacidad.

Entendemos que la tendencia a otorgar autonomía a las personas menores de edad no siempre refleja la aptitud real concreta del niño de comprender los alcances de los actos implicados. Tal postura también conduce a una progresiva soledad del niño ante situaciones que pueden implicar una presión importante y proyecciones para toda la vida. Creemos que es necesario volver a confiar en la familia en las temáticas de salud y no construir elaboraciones teóricas alejadas de la realidad concreta de las personas y sus entornos existenciales.

---

Para citar este artículo: Jorge Nicolás Lafferriere: “¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina”, <https://doi.org/10.22235/rd.v0i16.1353> *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 1510-3714, 67-100.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Basset, Úrsula, «Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP*, octubre (2010): 228, cita online: AR/DOC/5473/2010.
- Basset, Úrsula, «El consentimiento informado de menores a tratamientos médicos en el Código Civil y Comercial Argentina (2014)», *Cuaderno Jurídico de Familia*, Nro. 57 (2014): 8.
- Basset, Úrsula, «La ley que regula decisiones sobre la muerte: la paradoja de restringir la autonomía personal del paciente bajo pretexto de ampliarla», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP* Agosto (2012): 161.
- Bertoldi de Fourcade, María Virginia - Stein, Patricia, «Algunos aportes respecto a la capacidad del adolescente de 16 años para las decisiones relativas al cuidado de su propio

- cuerpo», XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015, Comisión n° 1, Acceso el 28 de noviembre de 2016, [http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Bertoldi-y-otro\\_ALGU.pdf](http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Bertoldi-y-otro_ALGU.pdf)
- Cobas, Manuel «Comentario a los artículos 22 a 30», en Código Civil y Comercial Comentado. Tomo I, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014).
- Enciclopedia Médica, Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos, Voz: Invasivo, Acceso el 17 de abril de 2017, <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002384.htm>
- Famá, María Victoria «Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial», La Ley (20/10/2015): 1, cita online: AR/DOC/3698/2015.
- Fernández, Silvia «Comentario a los artículos 22 a 50», en Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo I, dirigido por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (Buenos Aires: Editorial Infojus, 2015), 67.
- Fernández, Silvia «Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil», Suplemento Jurisprudencia Argentina, 20 de junio (2012): 108, cita online: AP/DOC/2210/2012.
- Gelli, María Angélica «La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad», La Ley, Suplemento Especial Identidad de género-Muerte digna, mayo (2012): 93.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora - Fernández, Silvia, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación», 18 de agosto de 2015, cita online SAIJ: DACF150461, Acceso el 17 de abril de 2017, <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-dacf150461-2015-08-18/123456789-0abc-defg1640-51fcanirtcod>
- Kemelmajer de Carlucci, Aída «El derecho del menor a su propio cuerpo», en La persona humana, dirigido por Guillermo Borda (Buenos Aires: La Ley, 2001): 255.
- Lafferriere, Jorge Nicolás «Entre el derecho a la vida y la autonomía de la voluntad. Comentario a la ley 26742», en Muerte Digna, dirigido por Andrés Gil Domínguez (Buenos Aires: La Ley, 2013).
- Lafferriere, Jorge Nicolás, «La ley 26862 y el decreto 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas», ErreparNews, Agosto (2013).

- Lafferriere, Jorge Nicolás, «Patria Potestad y Salud Reproductiva», *El Derecho Legislación Argentina*, Tomo A (2003): 1285 a 1290.
- Muñiz, Carlos «Régimen de capacidad de los menores en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado», en *Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial*, edición a cargo de Gabriel Limodio (Buenos Aires: EDUCA, 2016).
- Navarro Floria, Juan G. *Los derechos personalísimos* (Buenos Aires: El Derecho, 2016).
- Olmo, Juan Pablo «Comentario a los artículos 22 a 50», en *Código Civil Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina (Buenos Aires: La Ley, 2014), 79
- Solari, Néstor E. «La situación del niño ante las leyes de muerte digna e identidad de género», *La Ley, Suplemento Especial Identidad de género-Muerte digna*, mayo (2012): 132.
- Subcomisión de Ética Clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría, «El principio de autonomía en pediatría en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Una comunicación de la Subcomisión de Ética Clínica», 6 de junio (2016), Acceso el 27 de abril de 2017, [http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/primero/2016/Subcom\\_DelValle\\_anticipo\\_25-8-16.pdf](http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/primero/2016/Subcom_DelValle_anticipo_25-8-16.pdf).
- Tobías, José W. «Comentario a los artículos 1 a 224», en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Tomo I*, dirigido por Jorge H. Alterini (Buenos Aires: La Ley, 2015), 207.
- Tobías, José W. «El asentimiento del paciente y la ley 26529», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP*, septiembre (2010): 171.
- Tribunal de la Cámara de los Lores, «Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security» [1985] UKHL 7 (17 October 1985) disponible en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>
- Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sent. de 14 de octubre de 2003, «Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires», cita: AR/JUR/3606/2003.

# Los principios en el Derecho Ambiental

The principles in the environmental law

Os princípios da lei ambiental

*Ricardo Gorosito Zuluaga*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad Católica del Uruguay.

ricardo.gorosito@gmail.com

<https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1471>

**RESUMEN:** En el campo de los estudios jusambientales, el tópico de los principios ha tenido y tiene un rol central en la organización del conocimiento científico jurídico de la materia ambiental, en toda su amplitud. Lo ha tenido desde una mera perspectiva biográfica o histórica descriptiva, en cuanto, los principios preceden en el Derecho Ambiental a la producción masiva normativa, legislativa, jurisprudencial y administrativa propiamente tal. Los documentos iniciales de exposición de los Principios del Derecho Ambiental (que se identifican aquí en las Declaraciones de Estocolmo de 1972 sobre Medio Ambiente Humano; la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 de la Asamblea General de la Naciones Unidas y de Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992), al momento de la misma fundación semántica y retórica de la disciplina, exponen precisamente “principios”. Y ese rol central se concreta, como poderosa arma epistemológica, en la dotación de explicaciones últimas sobre el ser mismo del Derecho Ambiental y del fundamento de la protección que lo tipifica o caracteriza, de manera que la innumerable producción de reglas jurídicas y técnicas que, día a día, explayan las regulaciones ambientales, no desvíen del camino central marcado por dichos principios o esas fuentes primarias que reponen las actuaciones contingentes en marcos seguros de hermenéutica y aplicación del Derecho Ambiental. En el presente artículo se realiza un examen de la cuestión de los Principios y del rol que los mismos

---

Recibido: 02/07/2017. Evaluado: 18/09/2017. Observado y corregido: 12/10/2018.

Aceptado: 17/10/2017

cumplen en el Derecho Ambiental, entendido como Derecho del Gobierno Planetario del Ambiente, asumido desde la forma en que ese Derecho Global se particulariza en el Uruguay y en cuyo contexto los “principios” existen, objetivamente afectados por la experiencia nacional.

**PALABRAS CLAVE:** principios, derecho ambiental, soft law, inherencia, ambiente.

**ABSTRACT:** At the field of the legal studies on Environment, the topic of the principles, have had and have a significant role in the organization of the scientific juridical knowledge of the environmental matter, in all their amplitude. They have had it from a very biographical or historic descriptive perspective, in as much as, principles precede in the Environmental Law such to the normative, legislative, mass production based on previous court resolutions and administrative properly. The initial documents of exposition of the Principles of the Environmental Law (that they provide evidence of their identity here on the Declarations of Stockholm of 1972 on Human Environment; The World Charter for Nature of 1982 proclaimed by the United Nations General Assembly and of Rio Declaration on Environment and Development of 1992), at the moment of the same semantic and rhetorical foundation of discipline, they expose principles precisely. And that central role becomes concrete, like powerful epistemological weapon, in the endowment of last explanations on being same of the Environmental Law and of the foundation of the protection than the characterizes, so the innumerable production of juridical and technical rules that, day by day, they expound the environmental regulations, do not lead away main station marked by said principles or those primary sources that the contingent behaviors in safe frames of hermeneutics and application of the Environmental Law replace. In the present article of accomplish an exam of the issue here of the Principles and of the role than the same they do their job in the Environmental Law, once Planetary Government of the Environment was known, assumed from the way that that Global Law particularizes him in the Uruguay and in whose context principles exist, objectively affected for the national experience.

**KEYWORDS:** principles, environmental law, soft law, inherence, environment.

**RESUMO:** No campo dos estudos de jusambientales, o tema dos princípios teve e tem um papel central na organização do conhecimento científico jurídico das questões ambientais, em toda sua amplitude. Ele tem perspectiva de um mero biográfica ou históricos descritivos, na medida do possível, os princípios precedem direito ambiental reguladoras, legislativas, jurisprudenciais e administrativas na produção em massa em si tal. A exposição inicial dos princípios dos documentos lei ambiental (aqui identificados nas declarações de Estocolmo de 1972 sobre ambiente humano; a carta mundial da natureza de 1982 da assembleia geral da ONU e) Declaração do rio sobre ambiente e desenvolvimento, de 1992), na época da fundação mesma semântica e retórica da disciplina, precisamente expostos «princípios». E esse papel central é especificada, epistemológica como poderosa arma, nas explicações de mais recentes da investidura no ser mesmo da lei ambiental e a Fundação de proteção que torna ou caracteriza-se, assim a produção de inumerável de normas jurídicas e técnicas que, dia a dia, explodir os regulamentos ambientais, não desviar a estrada central, marcada por tais princípios ou as fontes primárias que reabastecem ações contingente em quadros hermenêutica e aplicação do direito ambiental. Neste artigo da análise da questão dos princípios e do papel que preenchem em direito ambiental, entendido como o direito do governo planetário do ambiente, retirado da forma em que este direito de Global é particularizado em o Uruguai e em cujo contexto os “princípios”, objectivamente afectado pela experiência nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** princípios, direito ambiental, direito macio, inerência, ambiente.

**SUMARIO:** Precisión liminar. I. En el origen “los principios”. II. Funciones o roles. III. Las palabras y los documentos fundacionales y la explicitación de los principios. IV. Análisis de principios listados o explicitados. V. Los principios en el Derecho Ambiental en Uruguay. 1. En la Constitución de la República. 2. En la legislación uruguaya. VI. Final. Bibliografía.

---

## PRECISIÓN LIMINAR

Una obvia precisión corresponde hacer al inicio: aquí nos referiremos específicamente a los principios propios del Derecho Ambiental. En cuanto esta disciplina, con toda su autonomía, se integra al campo más amplio del Ordenamiento Jurídico, se aplicarán en ella también, en cuanto corresponda y proceda, los Principios Generales de Derecho que tradicionalmente la doctrina jurídica ha identificado como, por ejemplo, el principio de igualdad ante las cargas públicas, el derecho de defensa frente a la Administración activa, el derecho a la propia imagen y al nombre, el principio de irretroactividad de la ley penal, el derecho de resistencia a la opresión, el derecho a la información (con modulaciones propias y muy interesantes en el campo del Derecho Ambiental), el principio de amparo y el de que allí donde hay un derecho hay una acción, el principio de separación de poderes, el principio de especialidad, el principio de especialización, el principio de responsabilidad del Estado, el principio de libertad, etc.

Igualmente, participando las cuestiones ambientales de la materia jurídica más inmediata y directamente impactada por la actual eclosión del Derecho de los Derechos Humanos (DDHH), en cuanto sea procedente, se aplican también en ella, los principios hermenéuticos y de organización del trabajo jurídico propio de los Derechos Humanos (principio o directriz de preferencia; principio pro libertatis, etc.).

También es un distingo o precisión pertinente, desde el inicio, el de establecer que el acceso que aquí se formulará será a los principios de general aplicación en la disciplina del Derecho Ambiental. Por tanto, no se abordarán aquellos otros principios que pueden ser sectoriales a algunas regulaciones específicas dentro del vasto campo de la legislación ambiental. Con esto queremos decir se hará específica referencia a aquellos que se consideran y se menciona en listas de circulación doctrinaria, pero que no agotan los principios en el campo del Derecho Ambiental. Por ejemplo, en la regulación de los recursos naturales como los hídricos, cuando se trata de la utilización de esos recursos como compartidos entre Estados, se debe tratar el principio de soberanía, para resaltar que en general los ríos y espejos de agua están sometidos a la jurisdicción y en general son bienes públicos del Estado de radicación de los mismos; el principio de unidad física de los ríos o espejos de agua, por el cual se asumen como unidades geográficas a las cuencas a los efectos de su gestión y protección; el principio de la consulta previa en la gestión de los recursos y, el más importante de todos, el principio de no causar un perjuicio sensible al recurso y, a través de ello, a otro Estado. Como en este

caso, en materia de gestión de residuos o de gestión de patrimonios, se pueden identificar principios aplicables específicamente a esas actividades u obras.

## I. EN EL ORIGEN “LOS PRINCIPIOS”

El tema de los principios del Derecho Ambiental como conjunto normativo, entonces, de los que se ha dicho que tienen una relevante multi funcionalidad, es un gran tema de la Ciencia Jurídica Ambiental. Es un tema que da para uno o varios cursos completos, por lo que es muy difícil acotarlo por lo que todas las ideas y desarrollos tendrán un carácter resumido<sup>1</sup>.

Es un gran tema de la ciencia jurídico ambiental no sólo por la importancia intrínseca que la *principiología* tiene en cualquier disciplina jurídica, que sometida a la variabilidad incesante de la dinámica de respuesta normativa a las cambiantes circunstancias socioeconómicas, debe estar bien cimentada en unas líneas directrices axiomáticas para evitar la disolución en un derrotero errático e inseguro.<sup>2</sup>

Es un gran tema de la ciencia jurídica ambiental o del ius ambientalismo, porque en el ámbito de esta disciplina ellos despliegan toda la esencialidad conceptual de los principios puesto que el Derecho Ambiental nace, según lo prueban sus documentos fundacionales, por y con, la exposición de sus principios rectores o fundamentales. Si el término principio menta la idea de comienzo y por él debe entenderse, en cuanto vocablo de la lengua, “el primer instante del ser de una cosa; punto que se considera como primero en una extensión o cosa... cualquiera de las primeras proposiciones o verdades por donde se empiezan a estudiar las facultades, y son los rudimentos y como fundamento de ellas... cada una de las máximas particulares o donde cada cual se rige para sus operaciones y discursos...” (Diccionario de

---

<sup>1</sup> Este trabajo se genera en la participación que a su autor le cupo en el Primer Congreso Uruguayo de Derecho Ambiental en Uruguay, donde hizo una exposición resumida y general del tema, en forma oral, por lo que este trabajo es enteramente original.

<sup>2</sup> Eduardo Jiménez de Arechaga *Introducción al Derecho* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1981), 133, destaca este rol de los principios de dotar de coherencia y seguridad a la praxis jurídica, y a tal efecto cita incluso al juez Cardoso: “Tiene pues, gran importancia la determinación y aplicación de estos principios generales, el estudio de estos fundamentos últimos del derecho positivo, incluso desde el punto de vista práctico. Decía el juez estadounidense Cardoso, que estos principios generales y fundamentos últimos del orden jurídico “parecen conceptos generales abstractos, demasiado lejos de la realidad, demasiado elevados sobre la tierra, como para interesar al práctico del Derecho. Pero no es así. Son esas generalidades y abstracciones las que imprimen dirección al pensamiento jurídico, las que conquistan la mente de los jueces, las que determinan, cuando oscila el fiel de la balanza, el resultado del crédito dudoso”.

la Lengua, Real Academia Española), las proposiciones que los expresan exhiben, en estado originario, la materia a que se refieren. Y si en gran medida los principios y los aforismos en el mundo del Derecho han sido el producto, de generalizaciones y racionalizaciones construidas luego de una dilatada experiencia, en la praxis de las diferentes disciplinas jurídicas, en el campo del Derecho Ambiental la exposición sistemática de los principios ha precedido, cronológicamente, a la producción normativa propiamente tal. De aquí que mientras principios elaborados en el campo general del Derecho, o en otras ramas tradicionales del mismo, suponen un proceso de inducción, que permite ir desde la experiencia de los institutos jurídicos hacia los principios generales<sup>3</sup>, en el Derecho Ambiental, en cuanto Derecho, las determinaciones que configuran los diversos institutos jurídicos serán deducidos, en gran medida, de aquella exposición primigenia de los principios, documentalmente contenidos, en su primera formulación, en la Declaración de Estocolmo de 1972<sup>4</sup> como fuente de explicación de los mismos.

## II.

### FUNCIONES O ROLES

Profundizándose en la multifuncionalidad, o en los múltiples roles que los principios desempeñan en el campo del Derecho Ambiental, se ha dicho que ellos son: a) informadores porque dan cuenta de los contenidos que las regulaciones desarrollaran, muestran la materia

---

<sup>3</sup> El mismo Jiménez de Arechaga, en la página 134 del libro citado anteriormente, sostiene este carácter inductivo en la construcción, desde el saber jurídico tradicional, de los principios generales del Derecho: “¿Qué debe entenderse por principios generales del Derecho? Sostiene la doctrina italiana, que es la que mejor ha estudiado este concepto, que, por principios generales del Derecho, debe entenderse “los principios generales de la misma legislación positiva, que son los presupuestos lógicos necesarios de las normas legislativas, de las cuales, por abstracción, deben inducirse. Tienen valor de tales en cuanto han informado efectivamente al sistema positivo del Derecho nacional y han llegado a ser de este modo principios de derecho positivo vigente.” Como dice Carnelutti: “Los principios generales del derecho no son algo que existe fuera sino dentro del mismo derecho escrito ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino; constituyen el espíritu o la esencia de la ley.” De acuerdo con esta posición, el método para descubrirlos consiste en ascender progresivamente de las normas positivas concretas, por vía de generalización creciente, a reglas cada vez más comprensivas, hasta que el caso no previsto pueda ser resuelto por alguna de ellas.” Desde que en la génesis, y en la primera exposición de la materia jurídico ambiental, estuvieron presentes los principios, en la Declaración de Estocolmo, luego complementada por la Declaración de Río de 1992 y otros instrumentos, más allá de las diferentes denominaciones y determinaciones con que luego la doctrina y los derechos positivos los hayan trabajado y explicitado, la experiencia iusambiental es, en este aspecto, radicalmente diferente al Derecho tradicional y a las ramas tradicionales del Derecho. Creo que esta aseveración no niega que en la caracterización, históricamente progresiva de los principios del Derecho Ambiental, tanto en los expuestos en los documentos fundacionales del Derecho Ambiental como en los que puedan ir surgiendo a través de la producción normativa y doctrinaria, haya un lugar perfectamente legítimo para inducir, de la proliferación apabullante de normativa ambiental, tanto de fuente nacional como internacional, determinaciones nuevas, aceptadas como nuevos principios.

<sup>4</sup> Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo, Reino de Suecia, 5 al 14 de junio de 1972,

regulada; b) orientadores de la interpretación y de la integración en cuanto instrumentos hermenéuticos; c) que son delimitativos de esferas estatales; d) filtros en cuanto permiten la recepción o descarte de hechos, actos, casos o normas; e) cuñas que permiten horadar las regulaciones tradicionales y ampliar el ámbito subjetivo y objetivo del Paradigma Ambiental y sus implicancias normativas; f) legitimadores de perspectivas creadoras que dan fundamento a creaciones pretorianas; g) fundantes, en cuanto de su operatividad se derivan necesarias características para la actividad normativa, institucional o negocial; h) valorativos en cuanto será por la fidelidad a las implicancias totales de cada uno de dichos principios que se juzgará el grado y la intensidad de la protección ambiental y de la vigencia misma del Paradigma del Desarrollo Sostenible en un derecho objetivo, un acto, hecho u operación material concreta<sup>5</sup>.

Todas estas disquisiciones en torno a las funciones de los principios en las disciplinas jurídicas, están contextualizados por otros debates que en último término remiten a las polémicas sobre los sistemas jurídicos como “modelo de reglas” o “modelo de principios”, en lo que a las respuestas jurídicas para los casos y conflictos se refiere, siendo claro, desde esta perspectiva matricial o genética que asignamos a la principiología en el campo jus ambiental que postulamos la categórica incidencia del modelo de principios en los casos y conflictiva ambiental. El impacto del desempeño teórico de Dworkin es aquí central, en su búsqueda de la única respuesta correcta o verdadera para cada caso. Alexy (1998)<sup>6</sup>, comentando críticamente la clásica contraposición de Dworkin, dice que,

según el modelo de los principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta correcta. La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la constitución, las reglas de Derecho y los precedentes.

<sup>5</sup> Néstor Cafferatta, *Principios de Derecho Ambiental*, en Abed, S., Cafferatta, Gorosito Zuluaga, Casella, Abed, P y Santagada, *Régimen Jurídico de la República del Paraguay* (Asunción: IDEA, 2007), 125 y siguientes, dentro de la definición general dice que “los principios son ideas directrices, que sirven para la justificación racional de todo el ordenamiento jurídico”; sostiene que la “... función que cumplen los principios, brevemente resumida, en la siguiente: a) función informadora; b) función de interpretación; c) los principios como filtros; d) los principios como diques; e) los principios como cuña; f) los principios como despertar de la imaginación creadora; g) los principios como recreadores de normas obsoletas; h) capacidad organizativa/compaginadora de los principios; i) los principios como integradores”. El mismo autor, en la misma fuente, cita a Lorenzetti, sosteniendo que este autor “destaca entre estas funciones -función integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento; -función interpretativa: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de la política legislativa; -función delimitativa: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del Derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de las reglas; -función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas”.

<sup>6</sup> Robert Alexy. *Derecho y Razón Práctica* (México: Distribuciones Fontamara, 1998), 8.

Si bien Alexy trata luego de demostrar que los criterios de Dworkin, no atacan el núcleo de los problemas y por tanto no son un camino seguro para la respuesta jurídica única ante casos o conflictos, sí realiza una afirmación clave: la normatividad de los principios: “Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas”<sup>7</sup>. Y agrega seguidamente que, en todo caso, en la distinción entre Reglas y Principios “...se trata de una distinción dentro de las clases de las normas”.

La manifestación de voluntad que explicitó los Principios del Derecho Ambiental, desde Estocolmo, se tradujo en normas de Derecho Internacional, aunque originalmente normas de *soft law*, pero normas, que luego, por los mecanismos propios de su refrenda universal y aceptación en tratados y praxis, han adquirido la condición objetiva de normas de *jus cogens*. Y a partir de ahí, comienzan a desplegar toda la fuerza normativa de las normas o mandatos y a cumplir los múltiples roles o funciones en el campo del Derecho Ambiental, su construcción, su aplicación y cumplimiento.

Siendo perfectamente constatable está multi funcionalidad de todos y cada uno de los principios del Derecho Ambiental, y contando esta característica con una general aceptación doctrinaria, se perciben diferencias a nivel de los listados (¿cuántos son?),<sup>8</sup> así como de las denominaciones o posibles clasificaciones y agrupamientos entre los mismos.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Alexy, *Derecho y Razón Práctica*, 8.

<sup>8</sup> Emilio Biasco formula el siguiente listado de principios, relevado seguramente, aunque no lo dice, de diversas fuentes: “Se suelen señalar como principales principios rectores del Derecho Ambiental: 1. Principio de Precaución. 2. Principio de Prevención. 3. Principio quien contamina y daña paga. 4. Principio de responsabilidad objetiva. 5. Principio de Participación. 6. Principio de Acceso a la Información. 7. Principio de Autodeterminación. 8. Principio de la Introducción de la Variable Ambiental. 9. Principio de Libertad en el Uso de los Bienes Ambientales. 10. Principio de Visión Integral Ambiental. 11. Principio de Priorización. 12. Principio de Conjunción. 13. Principio de Aplicación de Tecnología más Apropiaada. 14. Principio de Multidisciplinariedad. 15. Principio de Razonabilidad y Objetividad. 16. Principio de Prohibición ab initio. 17. Principio del Consentimiento Previo Fundamentado. 18. Principio de Orden Público. 19. Principio de In Dubio Pro Natura. 20. Principio de Cooperación.”, Emilio Biasco. *Derecho Ambiental General* (Montevideo, FCU, 1999), 132.

<sup>9</sup> Autores hay que distinguen entre clases de principios, distinguiendo los principios estructurales de los principios funcionales como por ejemplo Luis Ortega Álvarez *Tratado de Derecho Ambiental* dirigido por Luis Ortega Álvarez y María Consuelo Alonso García (Valencia, Tirant lo Blanch, 2013), 36 y siguientes. Igual clasificación plantea Leonardo J Sánchez -Mesa Martínez, “Aspectos básicos del Derecho Ambiental: objeto, caracterización y principios. Regulación constitucional y organización administrativa del medio ambiente”, en María Asunción Torres López y Estanislao Arana García (Dir.) *Derecho Ambiental* (Madrid, Tecnos, 2012), 41 y siguientes. Ambos autores expresan seguir la enseñanza de Martín Mateo, aunque abandonando la denominación que el profesor español confirió a los principios que estos autores denominan estructurales. En efecto Martín Mateo identificó cinco principios a los que denominó “megaprincipios” y no principios estructurales: principio de ubicuidad (el hombre en cuanto agente, es a la vez víctima y victimario, en lo que tiene que ver con la contaminación); principio de sostenibilidad (las acciones de la presente generación para satisfacer sus necesidades vitales no pueden comprometer la capacidad de las generaciones futuras de atender a sus propias necesidades); principio de globalidad (los ecosistemas están integrados en un sistema que denominamos biosfera, del que depende la vida y la totalidad de los seres y especies); principio de subsidiariedad (impone pensar globalmente y actuar localmente, en la inmediatez de los hechos y de la fuente de los deterioros) y principio de solidaridad (impone la relevancia del interés colectivo y la equidad en el reparto de las cargas y beneficios de la protección ambiental). Corresponde tener presente que, teniendo como hemos dicho, el tópico de los principios de Derecho Ambiental la importancia interpretativa y hermenéutica que en general se le confiere, haya autores de gran prestigio que no tratan el tema del principio como tópico específico, sino que abordan aspectos comprendidos dentro de ese tópico, cuando tratan de los caracteres del Derecho

Igualmente es tema teórico de intenso debate el de la positividad de los principios: ¿tiene un principio, para ser tal, en el campo del Derecho en general, y del Derecho Ambiental en particular, que estar recepcionado por una norma de derecho positivo, de creación estatal o internacional, siguiendo el procedimiento previsto para la creación el respectivo acto jurídico por el órgano competente? ¿O, para su relevancia normativa, basta su esencia noética, racional? ¿Cuándo se enuncia y se pretende aplicar un principio, hay que encontrar la norma escrita y promulgada, inserta en la “pirámide de Kelsen”, que los contenga, explicito o revele?

En tesis, nos gusta dejar claro que nos afiliamos a la corriente adversa a la exigencia de recepción legislativa expresa para validar la relevancia jurídica de los principios como criterios orientadores de la praxis jurídica, derivados del Paradigma Ambiental una vez que éste ha sido constitucionalizado, como ocurre en el caso del Derecho Ambiental en Uruguay. Luego de los juicios de Nüremberg y Tokio, a mediados del siglo pasado, en que los principios mostraron una potencia tan fuerte como para mandar gente al otro mundo, gente que en muchos casos cumplió una legalidad formal para actos atroces, ya es valor aceptado que el Derecho es más que la legalidad, que todo el Derecho debe aplicarse desde el primado de la Constitución; que haya un bloque de constitucionalidad y convencionalidad que en el caso del Derecho positivo uruguayo, por la vía del dúo de los artículos 72 y 332 de la Constitución de la República, se abre a una universalidad que por convergencia de las concreciones normativas nacionales o regionales que, garantizando la protección ambiental, en cuanto es inherente la personalidad humana, han permitido identificar una **constitución cosmopolita ambiental** que está alineada en la perspectiva del neoconstitucionalismo, al refrendar el triunfo de las corrientes anti formalistas de que habló Justino Jiménez de Aréchaga, en los años 40 del siglo pasado, confiere a los principios jurídicos una naturaleza propiamente normativa y no meramente política.

---

Ambiental. Es el caso de Valls o de Magariños. En su Derecho Ambiental el destacado maestro argentino Mario F Valls no trata como un subtítulo específico el tema de los principios aun cuando el tema está de alguna manera afectado cuando se trata de la política ambiental y otros temas por el estilo Mario F Valls. Derecho Ambiental. Segunda edición (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012. Magariños, cuando ha expuesto su Teoría General, ha hecho referencia a los principios, sobre todo al resaltar el énfasis preventivo del Derecho Ambiental, pero no se ha detenido de una manera específica a exponer el tema. Por supuesto que roza de manera muy directa contenidos que la doctrina más modernamente encara al tratar de los principios, cuando expone sobre los caracteres formales del Derecho Ambiental y de los caracteres sustantivos del Derecho Ambiental. Ello se ve en la que específicamente trata tanto de la globalidad, cuando analiza el objeto global, como cuando analiza el énfasis preventivo como carácter sustantivo del Derecho Ambiental. Sin embargo, no debe perderse de vista que metodológica o científicamente caracteres y principios son temas distintos, desde luego, porque mientras el tratado de los caracteres del Derecho Ambiental tiene que ver con el resultado, conclusión o crítica del trabajo doctrinario, pertenece a la teoría, los principios tienen que ver con las actividades de creación normativa, están más vinculados a la praxis y a la aplicación. Mateo J Magariños de Mello editado y ordenado por Ricardo Gorosito Zuluaga. Medio Ambiente y Sociedad. Fundamentos de política y Derecho Ambientales. Teoría general y praxis (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005).

Esto que hemos afirmado, lo afirmamos en tesis, porque el problema de la positividad o no de los principios del Derecho Ambiental, desde la perspectiva en Uruguay, no se plantea, tanto por aquella consagración constitucional de la inherencia a la personalidad humana como factor de expansión de la normatividad de los derechos, deberes y garantías constitucionales, como por la asunción explícita de los principios en actos jurídicos convencionales y legislativos expresos como se verá más adelante (como adelanto, se refiere el artículo 47 constitucional, la ley 17.283 (ley General de Protección del Ambiente) y ley 17.712 Acuerdo Ambiental del Mercosur).

### III.

## LAS PALABRAS Y DOCUMENTOS FUNDACIONALES Y LA EXPLICITACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

En el ordenamiento ambiental, como se ha evidenciado, en el origen estuvieron los principios antes que las normas propiamente ambientales.

Para ello basta traer a colación las palabras fundacionales, que son el acervo semántico básico, del ambientalismo sociopolítico y de la preocupación ambiental como materia jurídica.

Obsérvese que las palabras contenidas en la Declaración de Estocolmo supusieron un consenso construido a través de una negociación trabajosa entre Estados con criterios muy disímiles en la relación entre productividad, producción, desarrollo y protección ambiental. Que ese texto expresa un consenso, por tanto, seguramente obtenido con la mínima ambición posible, es el punto o texto de convergencia de mínimo, para que pudiera reflejar los puntos de vista incluso de aquellos países y aquellas corrientes más desarrollistas y menos afectas a darle un realce político a la conservación ambiental. De aquí que un podamos afirmar que la Declaración de Estocolmo, contiene la convicción colectiva de los actores de la comunidad internacional con poder para definir estas cuestiones, y que en este sentido la Declaración asume un criterio legitimador de la juridificación de la materia ambiental como respuesta a los problemas del deterioro ambiental que la comunidad internacional asumió como un problema de la agenda política planetaria. Resulta evidente que más allá de la debilidad institucional con que la Humanidad ha enfrentado este problema<sup>10</sup>, en cuanto los ins-

---

<sup>10</sup> A la fecha no se ha instituido siquiera, en el campo ambiental y del desarrollo sostenible, una organización del tipo de la Organización Mundial del Comercio.

trumentos de Gobierno Planetario dependen de la voluntad política de los Estados, que son los mismos que ven limitada su omnipotencia soberana con el avance de Derecho Ambiental y sus Principios, la Declaración de Estocolmo, aunque sea originariamente un instrumento de *soft law*, contiene las bases de la parte dogmática de la Constitución Ambiental Global o Cosmopolita emergente y sus principios. La misma, en cuanto dice relación con los derechos, deberes y garantías inherentes en grado superlativo a la personalidad humana, adquiere una innegable proyección constitucional, creemos que en todo el mundo, pero con más razón en un ordenamiento constitucional como el uruguayo, que abre una puerta de interrelación de máximo rango normativo a la protección ambiental como derecho individual y colectivo y a los deberes de protección y sostenibilidad de las personas y de los Estados y a las garantías en el campo ambiental.

Nunca los principios han constituido una fuerza instrumental hermenéutica, heurística, informadora, orientadora más potente que en el campo del Derecho Ambiental.

Un símil sólo podría encontrarse en el Derecho Laboral, pero incluso en este caso, la gran diferencia radica en que los principios preceden a las normas; no son inducciones o deducciones desde una norma sobre las condiciones de trabajo asalariado; son enunciados aforísticos contruidos por la conciencia colectiva, como respuesta al deterioro ambiental, que nacen como materia o contenido jurídico, desde el derecho blando o las postulaciones políticas, fogoneados también por avances científicos o técnicos, hacia el Derecho Vinculante, cuya razón de ser será dar efectividad a esos principios.

Este carácter genético del principio como materialidad jurídica progresivamente formalizada, con los instrumentos disponibles del derecho de base estatista, revela tanto su importancia científica y regulatoria, como su particularidad conflictiva, en tanto, su plena realización jurídica, supondrá una condición de la superestructura jurídica institucional de base Ecosistémica planetaria, todavía lejana o en construcción. De aquí que, en su inserción en la realidad jurídica de la organización estatista nacional soberana, los principios del Derecho Ambiental sufran, padezcan, de una “*mediatización*” inevitable que, al subordinar su efectividad a los intereses nacionales estatales, los priva de alcanzar la plenitud regulatoria o normativa que alcanzarán un día bajo un efectivo Gobierno Planetario del Ambiente.

Dada esta trascendencia, la doctrina ha trabajado en clasificaciones y así hay autores que distinguen por ejemplo entre principios básicos y operacionales; otros entre principios sustanciales y procesales; otros, como se dijo antes, entre principios estructurales y funcionales; otros, en función de los impactos en el ser humano o impacto ambiental, o del daño, como criterio clasificador, distingue los principios que rigen la evitación del daño (como los

principios de prevención y de precaución o cautela) de los que se rigen la restauración de lo dañado (como el principio de la *restitutio in pristinum*, corrección de los atentados preferentemente en la fuente) y el principio de contaminador pagador (o limpiador, o restaurador etc.).

Volviendo sobre el carácter genético de los principios en la biografía del Derecho Ambiental, que les confieren un rol matricial de la materia jurídica ambiental, su explicitación se verifica en los documentos fundacionales del discurso normativo y científico del ordenamiento iusambiental, configurado, en una tríada de normas de *soft law*, que han ido con el tiempo, y por diversas vías, adquiriendo la dureza propia de normas obligatorias y no meramente de valor recomendatorio.<sup>11</sup> Esa tríada está compuesta por la Declaración sobre el

---

<sup>11</sup> Con respecto a las resoluciones adoptadas en Conferencias Internacionales o incluso en la propia Asamblea General de las Naciones Unidas, enseñó Eduardo Jiménez de Aréchaga que si bien tienen “el carácter de recomendaciones no obligatorias”, sobre todo cuando se trata de declaraciones las mismas van adquiriendo un valor jurídico más claramente mandatorio cuando “... pueden codificar reglas del derecho internacional preexistente;... cristalizar o dar forma concreta a normas que estaban en vías de formación, como la que proclamó la libertad de exploración del espacio ultraterrestre y, otras, por último, pueden orientar la práctica subsiguiente de los estados y de este modo llegar a consolidarse como normas de derecho consuetudinario...”, Jiménez de Aréchaga. Introducción al Derecho, 229. De manera que debe asumirse, que evidentemente las Declaraciones de Estocolmo, de Río y la propia Carta Mundial de la Naturaleza, han dejado hace mucho tiempo de ser instrumentos de derecho blando. En el caso concreto de estas Declaraciones, en el campo del Derecho Ambiental, por otra parte, las Declaraciones de Estocolmo y Río, sobre todo, han adquirido una fuerza jurídica plena, en cuanto normas de claro contenido convencional se han remitido a ellas, en un caso de reenvío normativo, sin perjuicio de las innumerables veces que las partes expositivas o de fundamentación de motivos, de Convenciones y Tratados hacen referencia expresa a dichas Declaraciones. Es el caso, por ejemplo, del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, aprobado por el parlamento uruguayo por ley 17712 de 27 octubre de 2003, cuyo artículo primero dice que los Estados Parte reafirman su compromiso con los principios enunciados en la Declaración de Río de 1992 y, por el artículo segundo, se asume por los Estados la obligación de analizar la posibilidad de instrumentación de los principios de la Declaración de Río que no hayan sido objeto de tratados internacionales. De manera que no se duda de la vigencia y el carácter mandatorio de dichos principios, sino que se reafirma que los Estados están comprometidos con los mismos, esto es, obligados. Una modalidad especial, de verificarse, la proyección de los principios del Derecho Ambiental es la contenida en las Declaraciones y aún en los primeros Tratados propiamente ambientales, en los últimos años del siglo XX. Presentan una modalidad de construcción normativa que, si bien no puede afirmarse que sean normas de derecho blando, aparecen con una obligatoriedad condicionada, técnica que se ha hecho frecuente en la generación de Tratados internacionales. En este sentido el doctor Julio Barbosa, destacadísimo diplomático argentino sostuvo, estudiando la Convención de Protección de la Diversidad Biológica (CDB) de las Naciones Unidas, que: “Hay una serie de obligaciones que están precedidas de un condicionamiento semejante al que ya vimos en la cooperación, para suavizar la injerencia que ellos impondrían a la soberanía de los Estados territoriales. No serían sin embargo “obligaciones de soft law, o, por traducirlo de alguna manera, “derecho blando” o “no obligatorio”, que no obligan para nada, más allá de su mero valor recomendatorio. Las presentes serían más bien obligaciones exigibles en la medida en que se cumplan las condiciones: cuando sea posible cumplirlas y cuando así proceda, un ejemplo. Aunque el cumplimiento de tales condiciones no estaría sujeto al solo juicio del Estado obligado, no cabe duda sin embargo sobre su debilidad.”, Julio Barbosa “La Convención de Protección de la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas”, en *Evolución Reciente del Derecho Ambiental Internacional*. Coordinación y dirección Raúl Estrada Oyuela y María Cristina Cevallos de Sisto (Buenos Aires, A Z Editora, 1993): 54. Seguidamente, este autor incluye entre esas obligaciones a medio camino entre el derecho blando y el derecho pleno, que denomina obligaciones generales, a la evaluación de impacto ambiental, a la notificación información y consultas previas; procedimientos de emergencia; responsabilidad internacional; estrategias y planes nacionales; conservación in situ, etc. Esta apreciación del valor jurídico de las Declaraciones de principios, en materia ambiental, cobra especial relevancia en nuestro derecho positivo constitucional uruguayo, visto desde la constitucionalización abierta y progresiva que se desprende del texto del artículo 72 de la Constitución, en cuanto los principios reconocidos en esas Declaraciones enumeran deberes (de la Comunidad Humana, de los Estados y de toda persona), fundamentales, de protección del ambiente, derechos y garantías, por lo que adquieren estatus constitucional en el Derecho Ambiental en Uruguay.

Medio Humano adoptada por la Conferencia de Estocolmo de 1972; la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, que recibió aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 7/37 y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de junio de 1992.

El ya mencionado diplomático y autor argentino Raúl Estrada Oyuela<sup>12</sup>, analizó la evolución del Derecho Ambiental en torno a los principios, centrando el análisis en tres declaraciones que considera especialmente significativas como la de Estocolmo, la Carta de la Naturaleza y la de Río. Enfatizando en que en ellas están contenidos principios que inspiran al Derecho Ambiental Internacional, sostiene que la declaración de Río ratifica la de Estocolmo y destaca especialmente que esta última “pone al hombre en el centro de toda la preocupación ambiental”, siguiendo en esto la concepción judeo cristiana y musulmana de universo en lo que se distingue claramente de la perspectiva de la Carta de la Naturaleza, a la que adjudica contener “poéticas ambigüedades que podrían comparar la especie humana con otras que habitan el Planeta, siguiendo una línea de aproximación evidente con “filosofías arraigadas en el lejano oriente”. El autor menciona en particular algunos principios que tienen sede en estos documentos: responsabilidad por el uso soberano de los recursos naturales; evaluación del impacto ambiental; notificación inmediata de desastres naturales u otras situaciones de emergencia; los deberes de información, notificación previa y consulta oportuna a otros Estados en caso de actividades peligrosas o riesgosas; la responsabilidad común pero diferenciada que supone estándares ambientales uniformes y derechos y obligaciones asimétricos; el principio de precaución; el principio de que quien contamina paga y el principio de la internacionalización del costo ambiental.

El mismo autor<sup>13</sup>, repasando los antecedentes de la principiología del Derecho Ambiental, en su faz internacional, sostiene que la Declaración de Estocolmo, explicita el repertorio de los principios, dice,

sobre los cuales la comunidad internacional pudo ponerse de acuerdo en aquel momento. Entre ellos se incluyen el derecho de todos los hombres a tener condiciones adecuadas de vida, la responsabilidad por la salvaguarda de la vida silvestre y su hábitat, el apoyo a la lucha contra la contaminación y la planificación de los asentamientos humanos y urbanizaciones para evitar daños ambientales, el carácter esencial de la educación ambiental, la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y la responsabilidad para asegurar que no se cause daño al medio ambiente de otros Estados.

---

<sup>12</sup> Estrada Oyuela, “Notas sobre la evolución reciente del Derecho Ambiental internacional”, en *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*: 10-12.

<sup>13</sup> Estrada Oyuela, “Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente y el desarrollo. Apuntes para su evaluación” en *Evolución reciente ...*: 30 y siguientes.

Colaciona luego los principios explicitados en la Declaración de Río, poniendo en primer lugar el que podríamos denominar el principio de preeminencia antropológica humana o el principio antropocéntrico. El hombre es el centro de la preocupación por el desarrollo sostenible. En este sentido dice Estrada que: “No fue sencillo avanzar en estas ideas porque existe una fuerte tendencia, casi panteísta, que equipara la vida humana con otras formas de vida. Optar por el hombre significa un gran paso en el tránsito desde las posiciones conservacionistas a ultranza hacia las posturas de racional preservación de la naturaleza.”<sup>14</sup> Luego alude al principio soberanista o de consagración del derecho soberano de los Estados de aprovechar sus recursos naturales según sus propias políticas, el que está unido funcional y normativamente a la responsabilidad de garantía de cada Estado de que las actividades realizadas bajo supervisión estatal no causen daño al ambiente de otros países. Afirma que este principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales y de responsabilidad por las actividades bajo jurisdicción se complementa con los principios de evaluación del impacto ambiental (principio 17); notificación de desastres o emergencias (principio 18) el principio de información y notificación previa y oportuna consulta (principio 19). Interesa destacar, en especial, la referencia que hace el autor al principio de precaución que aparece en el listado de principios con el número 15 de la Declaración y por el cual se sostiene que la ausencia de certeza científica no debe ser excusa para dictar medidas preventivas de la contaminación. Dentro del énfasis preventivo que toda la declaración asume, se formula con carácter de principios del Derecho Ambiental el principio de precaución, lo que supone una profundización y avance en la prevención.

La Carta Mundial de la Naturaleza, por su lado, en una perspectiva más ecocéntrica o biocéntrica que los otros documentos encuadrados en perspectivas claramente antropocéntricas, hace una referencia expresa a los principios que denomina “Principios Generales”, partiendo de la base de que precisamente la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba dicha Carta como proclamación de los principios de conservación con arreglo a los cuales debe guiarse o juzgarse todo acto del hombre que afecte a la naturaleza. Los principios generales explicitados en la Carta son: el principio de respeto a la Naturaleza y de prohibición de la perturbación de los procesos esenciales de la misma, el principio de prohibición de la amenaza a la viabilidad genética en la tierra, del que se deriva el principio de mantenimiento de población en un nivel suficiente de las especies silvestres y domesticadas para garantizar la supervivencia y el principio de salvaguarda de hábitat y, el principio de protección especial a las situaciones de carácter singular ejemplares representativos de diferentes tipos de ecosistemas y a los hábitat de las especies escasas o en peligro, el principio de administración

**114** <sup>14</sup> Estrada Oyuela. “Conferencia de las Naciones Unidas ...” en *Evolución reciente ...*: 31. *Revista de Derecho* (UCUDAL). 2da época. Año 13. N° 16 (dic. 2017). ISSN 1510-3714. ISSN on line 2393-6193

de los ecosistemas y organismos así como los recursos terrestres marinos atmosféricos bajo formas que permitan lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con las que coexisten y el principio de protección a la Naturaleza de la destrucción que causan las guerras u otros actos de hostilidad.

#### IV.

### ANÁLISIS DE PRINCIPIOS LISTADOS O EXPLICITADOS

---

De acuerdo con el contenido de las Declaraciones que se han mencionado y a los desarrollos, tanto a nivel nacional como internacional, es constatable que en los listados manejados en la literatura científica y en la doctrina autoral, suelen estar siempre presentes, los principios de:

**1. Sostenibilidad o de desarrollo sostenible:** Algunos lo han llamado “el principio de los principios” del Derecho Ambiental hoy: sobre este principio se estructura hoy el paradigma dominante en el campo del Derecho Ambiental, que está inserto en las normas básicas universales, o de *jus cogens* a nivel internacional y que ha sido constitucionalizado en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales del mundo y sin duda alguna en el ordenamiento constitucional en Uruguay. Este principio resulta ser una síntesis superadora de la oposición dialéctica entre conservación ambiental y desarrollo económico que estuvo presionando y mediatizando las políticas y las normas del Derecho Ambiental desde su mismo origen. Siendo una síntesis superadora supone una integración de estos dos intereses o propósitos, en un nivel superior de proyección humana, cultural y jurídica. Algunos autores han negado al desarrollo sostenible o a la sostenibilidad que constituya un principio y lo ubican en el ámbito de los modelos, metas u objetivos. Si hemos dicho que los principios tienen entre una de sus características la de formularse en carácter de aforismo o de axioma, digamos que la explicitación del principio de desarrollo sostenible o de sostenibilidad ha estado profundamente influida por el peso de las negociaciones internacionales y de las opciones de los organismos internacionales en la formulación consensuada de su propia políticas.

En este sentido, si bien como se dirá de inmediato, una formulación ha sido la que cuenta con más general aceptación, y ha tenido una amplia recepción en el Derecho

Comparado, y en especial en el derecho uruguayo, hubo diversas postulaciones al respecto, que seguramente están expresando concepciones filosóficas de base diferentes.

Por ejemplo, la publicación *Caring for the Earth*<sup>15</sup>, propuso en la década de los 90, que el principio se formulara diciendo que desarrollo sostenible es aquel que mejora la calidad de la vida humana mientras se vive dentro de la capacidad de carga de los ecosistemas de soporte<sup>16</sup>.

No obstante, como se mencionó antes, la formulación del principio que ha contado con la máxima receptividad es la definida por el Informe “Nuestro Futuro Común”, también conocido como el Informe Brundtland (*Brundtland Report*), de 1987 que es la siguiente: “desarrollo sostenible es aquel que atiende las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de atender sus propias necesidades.”

Resulta por demás obvio que esta última formulación responde a una perspectiva claramente antropocéntrica, aunque no economicista puesto que, como se afirmó, se trata de sintetizar o integrar la conservación ambiental y la actividad productiva y económica, en todo el proceso de toma de decisiones, y como también se afirma por UNEP, en el Training Manual citado, el principio de sostenibilidad o desarrollo sostenible supone la aplicación de otros conceptos o principios que son a su respecto instrumentales, lo que demuestra la ya anotada condición de interrelación entre principios. Esos otros conceptos destacados por UNEP son:

- Equidad intrageneracional e intergeneracional; esto es, acceso equitativo a los recursos ambientales tanto dentro de la presente generación como de las generaciones futuras;
- Aplicación del principio o perspectiva precuatoria; y
- Mantenimiento de la diversidad biológica y de la integridad biológica, pues ambas son vitalmente importantes para la existencia continuada de los ecosistemas.

**2. Solidaridad:** Este principio permite una asunción en términos actuales del principio de fraternidad, que junto a los de libertad e igualdad tuvieron la piedra angular que el basamento de la forma liberal del Estado Moderno. El bien jurídico ambiental está ubicado en la esfera social, ámbito que impone la necesaria coordinación de intereses y esferas jurídicas, coordinación esta que luego de los Objetivos del Milenio y de los Objetivos de Desarrollo

<sup>15</sup> Ese es el título de una publicación de IUCN, WWF y UNEP de 1991 que se subtitula *A Strategy for a Sustainable Living*, lo que da cuenta de su contenido.

<sup>16</sup> UNEP Environmental Law Training Manual, UNEP s/f, pág 7. Traducción libre. El texto dice en inglés: “Caring for the Earth defines “sustainable development” as: improving the quality of human life while living within the carrying capacity of supporting ecosystems”

Sostenible (ODS), exhibe como valor fundante el de la fraternidad o solidaridad. El principio de solidaridad tiene proyecciones bifrontes, en cuanto se conjuga en una dimensión intergeneracional y en otra intrageneracional, derivándose de la primera perspectiva los derechos y deberes de compensación a los sacrificios que de la aplicación efectiva de la protección ambiental se deriven para grupos o personas concretos y desde la segunda perspectiva, los derechos y deberes de salvaguarda de la capacidad de las generaciones futuras a obtener de otras especies y de recursos naturales, los medios suficientes para el mantenimiento del proyecto humano en el equilibrio de ecosistemas. El principio de solidaridad está inscrito en el principio de sostenibilidad o de desarrollo sostenible y de este principio Luis Ortega Álvarez<sup>17</sup>, ha dicho que:

El mismo ha estado presente en la Declaración de Johannesburgo, así pues, puede señalarse su Punto 17 en el que los Estados (comprometiéndose a favor del desarrollo sostenible) manifiestan que son conscientes de cuánto importa la solidaridad entre los hombres, que recomiendan el diálogo y la cooperación entre las civilizaciones del mundo sin distinción de raza, religión, cultura, etc.. A mayor abundamiento de los puntos 13, 21 y 22 se desprende la toma en consideración de que el medio ambiente mundial continúa siendo maltratado, que la sociedad mundial dispone de medios para hacer frente a la erradicación de la pobreza y tender al desarrollo sostenible, e invitan a los países desarrollados a realizar esfuerzos en forma de ayuda pública a escala internacional.

Del principio de solidaridad ha dicho el argentino Néstor Cafferatta que el mismo está consagrado en los principios 7 y 27 de la Declaración de Río<sup>18</sup> y que “está compuesto, al decir de buena parte de la doctrina, por los principios de *información* en sus tres variantes: de un estado al otro, o de una administración a otra o, información popular, vecindario países limítrofes, *cooperación internacional*, *igualdad entre los estados* y *principio de patrimonio universal* que considera el carácter internacional del ambiente”; y por esta vía el autor vincula, en la línea adelantada por Silvia Jacquenod, este principio con el concepto de patrimonio común de la humanidad o patrimonio común de los habitantes de la tierra<sup>19</sup>. El español Luis Ortega Álvarez sostiene, con acierto, que el “principio de solidaridad es la llave de cierre de

---

<sup>17</sup> Ortega Álvarez, *Tratado de Derecho Ambiental*, 41.

<sup>18</sup> El principio 7 reza, en lo que a la solidaridad se refiere: “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la tierra...”. El principio 27 dice: “Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del Derecho Internacional en la esfera del desarrollo sostenible.”

<sup>19</sup> Cafferatta en Sheila Abed (Coordinadora), Cafferatta y otros, *Régimen jurídico ambiental ...*,193.

la coherencia de los anteriores principios, ya que determinadas exigencias de la globalidad y de la sostenibilidad no es posible alcanzarlas sin la puesta en práctica de la solidaridad.”<sup>20</sup>

**3. Prevención:** Principio que alude a un rasgo esencial del Derecho Ambiental y más genéricamente de las políticas de protección ambiental. Ortega Álvarez dice que este principio “es fundamental en la actuación ambiental, debido al alto potencial de irreparabilidad de los daños ambientales, y se cifra, como es fácil colegir en la potestad del sometimiento de las actividades con riesgo ambiental a los respectivos controles, tanto previos, como de funcionamiento”.<sup>21</sup> Cafferatta, que lo trata bajo la denominación de principio de prevención del daño ambiental, sostiene que dada la trascendencia prácticamente irreversible de los daños ambientales configurados en procesos tales “como la extinción de las especies, los efectos radiactivos, la destrucción de la flora (y por consiguiente, de sus ecosistemas y diversidades biológicas milenarias), la desertización de áreas productivas entre otros”<sup>22</sup>, así como en los elevados costes de las remediaciones, la procura por evitar la producción de los daños ambientales, que actúe además como estimulante negativo de todo aquello que pudiera causarlo, está en la esencia de las finalidades protectoras del Derecho Ambiental. Siendo ésta la naturaleza del principio, y siendo tal su esencialidad en el sistema de protección, este autor y en general la doctrina, resaltan la naturaleza prospectiva de este principio, en el sentido de que el mismo anima y fundamenta la construcción de institutos e instrumentos precisamente ordenados a la evitación del daño ambiental. De aquí que una expresión práctica del principio se menciona en instrumentos tales como la evaluación de impacto ambiental o, en una proyección estrictamente procesal, el instituto de la tutela inhibitoria o preventiva, las medidas cautelares y autosatisfactivas. La formulación del principio preventivo está explicitada en la práctica totalidad de los textos y las Declaraciones de Estocolmo y Río, o en la Carta Mundial de la Naturaleza y, por supuesto, en la totalidad de los instrumentos convencionales. Tanto el principio 21 de Estocolmo como el principio 2 de Río aluden de manera expresa a la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de la jurisdicción de los Estados o bajo su control no causen daños al ambiente de otros estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. Esta redacción obviamente se deriva de carácter internacional de los instrumentos que los proclaman, pero debe entenderse que la misma obligación de evitación del año rige para las actividades que puedan afectar al propio

---

<sup>20</sup> Ortega Álvarez, *Tratado de Derecho Ambiental*, 39.

<sup>21</sup> Ortega Álvarez, *Tratado de Derecho Ambiental*, Álvarez, en Luis Ortega Álvarez y Consuelo Alonso García. *Tratado de Derecho Ambiental*, citado, página 40.

<sup>22</sup> Cafferatta, en Sheila Abed (Coordinadora), *Cafferatta y otros, Régimen jurídico ambiental ...*, 150.

ámbito jurisdiccional o el Medio Ambiente en general. Con acierto recuerda Cafferatta que el principio de prevención, por otra parte, expande su influencia conformadora al propio sistema de la responsabilidad por daño ambiental al otorgar “la pauta esencial” que es aquella que enfatiza el rol prioritario de la prevención frente a la reparación. Y en este sentido, recuerda este autor, que la ley General del Ambiente en la República Argentina, Ley 25.675 enuncia el principio preventivo en los siguientes términos: “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir.”<sup>23</sup> En la doctrina nacional, Mateo Magariños de Mello, sostuvo que entre los caracteres sustantivos<sup>24</sup> del Derecho Ambiental está el de ser un derecho de énfasis preventivo, de donde, el principio preventivo está en esta concepción ínsito en la propia materialidad jurídica ambiental. Dice Magariños que “toda la economía del Derecho Ambiental está orientada a la prevención del deterioro ambiental bajo cualquiera de sus formas.”<sup>25</sup>

**4. Precaución:** Principio también llamado precautorio o de cautela, explicitado en el principio 15 de la Declaración de Río cuando se expresa que: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medi-

<sup>23</sup> Cafferatta, en Sheila Abed (Coordinadora), Cafferatta y otros, Régimen jurídico ambiental ..., 151.

<sup>24</sup> Es frecuente en la doctrina que determinados aspectos sean clasificados o tratados como caracteres o principios, según los autores. Es el caso del referido principio de prevención, cuando la doctrina autoral los cataloga como caracteres sustanciales del Derecho Ambiental o de la protección ambiental stricto sensu. Algo similar pasa con la globalidad, la horizontalidad o la causalidad, calificados como principios o caracteres dependiendo de los autores. La globalidad, evidentemente, es un aspecto esencial de la protección ambiental en cuanto la misma denota, conceptualmente, la dimensión planetaria de los fenómenos de deterioro y consiguientemente de las respuestas jurídicas, erigiendo a la Humanidad en la entidad titular, en último término, y actuando por todos y cada uno de sus integrantes, de los intereses, derechos y deberes ambientales. El concepto de globalidad, carácter y/o principio, explicita la relación conflictiva entre de la materia ambiental y los principios de organización de las competencias y jurisdicciones, a nivel de la superestructura jurídico institucional. La horizontalidad o transversalidad, en cierto modo como derivación de la globalidad del objeto protegido, asume el fenómeno de la proscripción o reproche del tratamiento aislado de los problemas ambientales y de la necesaria coordinación de las políticas públicas y de las acciones privadas, y ello vale como constatación científica a nivel de un carácter o nota como a nivel de principio en cuanto mandato de optimización de dichas políticas y las normas que las concretan. Finalmente, y sin pretender que se haya agotado esta cuestión, la causalidad, no puede existir duda que es una nota propia de la fenomenología ambiental, pero también es vista como un principio, sobre todo a nivel de la doctrina europea fuertemente incidida por la política de la Unión Europea, y se expresa generalmente como el principio de corrección en la fuente. Al respecto Ortega Álvarez dice que este principio “obliga a no detener la acción preventiva reparadora en el escalón último donde se haya manifestado el daño ambiental, sino que deben recorrerse todos los escalones previos hasta averiguar cuál es la causa del resultado dañoso” y agrega que una derivación de este principio “lo constituye el principio de no traslación de la contaminación o el deterioro ambiental de un medio receptor a otro, lo que permite limitar la circulación de residuos y obligar a que su tratamiento se produzca en el lugar más próximo al de su origen. Este principio funcional aparece especialmente ligado, en este caso, al de globalidad ya que el origen de un daño ambiental en un punto del planeta puede tener su origen en actividades desarrolladas a miles de kilómetros de distancia”. Ortega Álvarez. Tratado de Derecho Ambiental, 41.

<sup>25</sup> Magariños de Mello en Medio Ambiente y Sociedad, 139.

das eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. La emergencia de este principio es connatural al desarrollo de las condiciones de la Revolución Científico Tecnológica en que se desarrolla la vida de las sociedades actuales, de aquí que, este principio que tiene su origen en el derecho de protección ambiental alemán de los años 70 (*Vörsorgerprinzip*), se haya expandido a otras esferas del Derecho como el de la salud o el de la bioseguridad, permitiendo incluso a la brasileña Casagrande Nogueira sostener que: “El principio precautorio ocupa actualmente una posición destacada en las discusiones sobre la protección del medio ambiente, siendo también cada vez más frecuentemente invocado en el tratamiento de cuestiones relativas a la salud humana, especialmente en el campo de la seguridad alimentaria.”<sup>26</sup> Respecto desde principio señalan María Asunción Torres López y Estanislao Arana García, que el mismo “constituye un refuerzo ulterior del principio de prevención. El mismo determina cómo deben afrontarse los supuestos de incertidumbre con respecto a la producción de daños al medio ambiente, teniendo por objetivo evitar las opciones arriesgadas (cuando no se sabe si una determinada actuación sobre aquel puede resultar dañina, lo mejor es adoptar una opción prudente y cautelosa que minimice la posibilidades de que un supuesto riesgo se transforme en daño efectivo) en la aplicación de este principio resultará clave la presencia de indicios razonables (dada la imposibilidad de alcanzar certeza de salud). Al espíritu de este principio responden también otros (derivados del mismo) como son el principio del elevado nivel de protección o el principio *stand still* (no degradación), que imponen, como línea de máxima y respectivamente, la preferencia por la adopción del máximo nivel posible de exigencia en la protección que disponga las medidas ambientales y el compromiso de no retroceder o rebajar dichos niveles de protección en el futuro”.<sup>27</sup> En referencia a este principio se ha manejado el concepto de “ejercicio activo de la duda” y enfatiza también la doctrina en que mientras el principio de prevención se elabora para organizar la respuesta jurídica en torno a la evitación de un daño que siendo futuro es sin embargo cierto, esto es, en un escenario de certidumbre en el evento dañoso futuro, en el principio precautorio la respuesta jurídica se organiza para la evitación de un riesgo y por tanto en un escenario de incertidumbre con referencia a los efectos dañosos. El brasileño Antonio Herman Benjamín<sup>28</sup> ha sostenido, tratando del concepto nuclear de precaución, que el principio de

---

<sup>26</sup> Ana Carolina Casagrande Nogueira, El contenido jurídico del principio de precaución en el Derecho Ambiental brasileño. Citada por Cafferatta, en Sheila Abed (Coordinadora), Cafferatta y otros, Régimen jurídico ambiental ..., 162.

<sup>27</sup> María Asunción Torres López y Estanislao Arana García (directores) Derecho Ambiental (Madrid, Editorial Tecnos, 2012), 54. Resulta interesante la vinculación que los autores establecen entre el principio de precaución o cautela con el principio de no regresión prácticamente.

<sup>28</sup> Antonio H Benjamín “Derechos de la naturaleza”, 31 y siguientes en Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001), citado por Cafferatta, en Sheila Abed (Coordinadora), Cafferatta y

precaución que en realidad y en esencia es un deber que determina exigencias elevadas de celo y cuidado ante amenazas de daños graves que comprometan la integridad del ambiente, es expresivo de la transición del paradigma de la reparación, de raíz marcadamente civilista hacia otro de mayor sofisticación y efectividad defensiva que impone la actuación precautoria. El principio a su juicio parte de asumir incertidumbre científica sobre la peligrosidad ambiental de actuaciones y a partir de allí, el principio se revela en toda su dimensión al responder a ciertas preguntas de hondo contenido metodológico : Quien tiene la carga de probar la ofensividad o inofensividad de una actividad, el proponente o el Órgano Público de Contralor? “Debe el Poder Público asumir el prior de prohibirla (o regularla, imponiéndole patrones de seguridad rigurosos ), o diversamente debe la intervención pública ocurrir cuando el potencial ofensivo haya sido claramente demostrado por el Órgano regulador o por los Representantes no gubernamentales , amparados en un raciocinio de probabilidades o, en los términos del derecho civil codificado, en el régimen de previsibilidad adecuada?”

El Jurista brasileño entiende que la precaución es el motor del cambio radical “ que el tratamiento de actividades potencialmente degradadoras viene sufriendo en los últimos años “ y que promueve la afirmación de la tesis – inclusive en el plano constitucional- de que hay un deber genérico y abstracto de no degradar el Medio Ambiente” , en cuyo marco se invierte en el campo de esas actividades potencialmente degradables el régimen jurídico de ilicitud “ ya que en las nuevas bases estas se presumen hasta que se demuestre lo contrario”.

**5. Contaminador pagador:** Este principio, frecuentemente es vinculado en la doctrina a otros como el de la internalización de los costos ambientales y también al de la corrección del daño en la propia fuente del mismo. Biasco lo define diciendo que por incidencia del mismo “el contaminador está obligado, a su costo, a corregir o recuperar el ambiente, impidiéndosele continuar con la acción inquinadora.”<sup>29</sup> Está sólidamente reconocido en el principio 16 de la declaración de Río que dice:

las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

---

otros, Régimen jurídico ambiental ...,173. Especialmente significativa, por lo aplicable, resulta la reflexión de Benjamín respecto de la raíz constitucional de la inversión de la carga de la prueba, en el derecho uruguayo a la luz de la redacción del artículo 47 de la constitución uruguaya en su primera oración donde efectivamente se explicita el deber genérico y abstracto de no degradar con lo cual resulta respaldado en el máximo nivel normativo la anticipación protectora bajo la forma del deber de abstención.

<sup>29</sup> Biasco, *Derecho Ambiental General*, 52.

Destacan María Asunción Torres López y Estanislao Arana García<sup>30</sup> que, más allá de su apariencia sancionadora, no se trata de un principio de tal carácter sino de un principio que incide básicamente en la prevención:

Se trata de que contaminar no salga gratis, en el sentido de que no resulte, a priori, rentable (sino más bien lo contrario: que se presente como rentable el no contaminar). Un ejemplo simple (y simplificado): ante la determinación del impuesto de circulación, resulta una decisión más rentable adquirir un coche poco contaminante que uno contaminante pues la cuantía del impuesto será menor (medida ambiental). Esto también resulta coherente con el principio de responsabilidad y presenta una finalidad, insistimos, no sancionadora sino compensatoria (diferente de los costes del eventual restauración en caso de daños ambientales). El objetivo aquí es evitar la producción del daño y, para lograrlo, se hace lo posible para no hacerlo rentable. La aplicación de este principio presenta su peligro, dado que, de no aplicarse correctamente puede generar un efecto contrario (especialmente cuando no se acierta con la medida adoptada y la misma no resulta adecuada para que los destinatarios perciban las acciones perseguidas como no rentable).

**6. Subsidiariedad:** Principio que apunta básicamente a la promoción de la eficacia de las acciones de protección y de cumplimiento de las normas, evitando la burocratización y centralización de decisiones que terminan impidiendo la concreción en los hechos de los objetivos de ordenación y protección. El estado no debe asumir acciones de protección de manera centralizada y cupular, cuando los particulares y sus asociaciones están en mejores condiciones de conocimiento y proximidad para ejecutar las planificaciones. Es este el principio que está evidentemente detrás de los principios 20, 21 y 22 de la Declaración de Río en cuanto establecen el principio de género, promoviendo la participación de la mujer cuando ésta desempeña un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo, el principio de movilización de la juventud para valorizar el aporte de sus propias acciones, así como en el caso de los indígenas y sus comunidades.

**7. Cooperación:** Claramente resalta este principio en las palabras iniciales de la Declaración de Río, cuando expresa que su objetivo magno es el de “establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas”. Su explicitación más contundente se encuentra en el principio 7 que establece el deber de los Estados de cooperar para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. Ya hemos aludido a que la condición global del objeto protegido y la propia vocación planetaria del

---

<sup>30</sup> Torres López y Arana García. *Derecho Ambiental*, 54 -55.

Derecho Ambiental ponen en cuestión los encierros egoístas, cuando de cuestiones ambientales se trata. Otras manifestaciones del principio, igualmente se consagran en el principio 5, en que se sienta el prominente principio de erradicación de la pobreza, en el principio 9 sobre el fortalecimiento y la creación de capacidad a través de la cooperación en los planos científico y tecnológico, y el principio 12 que resulta un articulador de los campos de la economía y del comercio, en unos términos bastante genéricos en cuanto se proclama la necesidad sistemas abiertos. Resulta por otra parte evidente, que la cooperación, política pública, es el camino de contrapeso de la incidencia de las soberanías nacionales en la gestión de recursos que son, como se ha dicho, globales y que comprometen por tanto a todos los estados.

**8. Responsabilidades comunes pero diferenciadas:** En la Declaración de Río y en el ya citado principio 7 se contiene la enunciación de un principio que, en cierta manera, es la clave de bóveda en orden a las relaciones diplomáticas ambientales internacionales, esto es el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. Dice dicho artículo en lo que interesa:

En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen el medio ambiente y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.

Este principio se ha expandido a diversos otros instrumentos internacionales incluso Tratados, es el caso del Tratado sobre Cambio Climático (Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático CMNNUCC), cuyo Artículo 3, en sus numerales 1 y 2, instituye como Principio sectorial este de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. Enfáticamente, el mencionado numeral 2 del Artículo 3 reza:

Deberían tenerse plenamente en cuenta (para la adopción de medidas para el logro del objetivo del Tratado y aplicar sus disposiciones) las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, y las de aquellas Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo, que tendrán que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la Convención.

El principio de la responsabilidad ambiental que se impone a nivel del principio 13 de la Declaración de Río como un factor de impulsión de la legislación nacional sobre responsabilidad e indemnización a las víctimas de la contaminación, tiene en este principio diferenciador de la responsabilidad, una peculiaridad que desde luego va en la línea de las disposiciones que tienen que ver con la internalización de los costos ambientales y la consideración de los contextos en la asunción de obligaciones, claramente explicitado en el Artículo 11 de la Declaración de Río oración final cuando dice que: "...Las normas aplicadas por algunos países puede resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países en particular los países en desarrollo".

**9. Participación:** Finalmente mencionaremos el principio **de participación**, que alguna doctrina une al principio de transparencia. Con la cuestión de la participación sucede algo similar a lo ocurrido con el principio de prevención en cuanto a que además de ser un principio es también uno de los caracteres fundamentales del propio Sistema Jurídico Ambiental. Por ejemplo, Magariños<sup>31</sup> estableció o identificó entre los caracteres sustanciales del Derecho Ambiental al que denomina **coparticipación ciudadana**, de la que dice que es

(una) participación dinámica, activa, formal y sustantivamente necesaria para que el Derecho Ambiental pueda ser eficaz. Y esto por dos razones: A- necesidad de apoyo político: porque el Derecho Ambiental afecta prácticamente todos los actos de la vida cotidiana de los hombres y está ligado a sus intereses más caros, su implementación tropieza con resistencias muy grandes. En los hechos, la pugna por la aplicación de normas protectoras del medio ambiente en todos sus sectores produce un clivaje social vertical, en el cual ni los países ni los partidos, ni las clases sociales, ni las profesiones juegan papel decisivo en tanto que instituciones o sectores sociales. Los núcleos de resistencia están ligados a cuestiones de orden fundamentalmente económico. Vencer las resistencias de los intereses creados es totalmente imposible sin un apoyo dinámico y concreto de la sociedad civil... B- necesidad de apoyo técnico: las ONGs, prestan considerable ayuda en la elección de temas, la realización de estudios, la formulación de denuncias e investigaciones, la difusión de conocimientos y la extensión de la formación y educación ambientales, la conservación de áreas merecedoras de protección especial, etc. Esa ingente labor no podría de hecho ser desempeñada exclusivamente por los gobiernos.

María Asunción Torres López y Estanislao Arana García<sup>32</sup> expresan que, si bien el principio de participación no es exclusivo del Derecho Ambiental, adquiere en el marco del mismo una especial relevancia,

<sup>31</sup> Magariños de Mello en Gorosito Zuluaga. Medio Ambiente y Sociedad, 140 y 141.

<sup>32</sup> Torres López y Arana García, Derecho Ambiental, 55.

dada la naturaleza colectiva de los intereses que protege ese Derecho. La protección ambiental tiene a todos los ciudadanos por destinatarios y, en este sentido, resulta coherente y adecuado que se implementen al máximo los mecanismos y vías para que sea efectiva su participación y la de las instituciones que los representan de forma más directa. En virtud de este principio se han potenciado con especial pericial insistencia en el marco del Derecho Ambiental, los instrumentos destinados a dar publicidad a las políticas y medidas ambientales y facilitar la participación efectiva de ciudadanos, tanto individual como colectivamente (especialmente en el seno de los procedimientos administrativos: reconocimiento de la acción popular, procedimientos de información pública, accesibilidad de información ambiental etc.).

## V.

---

# LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO AMBIENTAL EN URUGUAY

En el Derecho Ambiental en Uruguay, el tema de los principios juega en dos niveles o rangos normativos diferentes en cuanto a las fuentes de reconocimiento o consagración de los mismos: en el nivel constitucional y en el nivel legal, o sea, tienen su fuente en la Constitución o en la ley.

## 1. EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Por imperio del artículo 72 de nuestra Carta Política, los derechos, deberes y garantías enumerados en las Secciones I y II de la misma, no excluyen los otros que son inherentes a la personalidad humana. El vocablo los, en cuanto pronombre que menta un número plural, está afirmando la existencia de otros derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana, que no se han enumerado, pero que existen exhibiendo dichas calidades en cuanto situaciones jurídicas. El texto no dice que no se excluyen otros sino los otros, desechando la eventualidad pues el Constituyente no ha querido deliberadamente ser exhaustivo. Con razón el maestro Aréchaga dijo que el alcance de esta “fórmula amplísima” contenida en este texto constitucional, está a la espera de su desenvolvimiento jurisprudencial y legislativo. Agregó<sup>33</sup>:

---

<sup>33</sup> Justino Jiménez de Aréchaga. *La Constitución Nacional*. Tomo I (Montevideo, Edición del Senado de la República, 1998), 378.

Su alcance dependerá, naturalmente, en cada época, de las ideas dominantes en la comunidad. Los jueces y los legisladores estarán llamados a decir, para cada tiempo cuáles son los derechos, los deberes y las garantías que habrá que reconocer al individuo por ser inherentes a la personalidad humana.

Y concluía, con una aseveración, que remite a la naturaleza constitucional y a la proyección de este rango normativo a esta materia de los deberes derechos y garantías inherentes a la personalidad humana, proyección que no había quedado bien explicitada en las palabras anteriores que conferirían un rol fundamental a la legislación y a la jurisprudencia, y esa aseveración es que: "...Esta es una fórmula esencialmente elástica. Y es bueno que sea así porque ella permitirá que, sin necesidad de alterar el texto de la Constitución, se vaya desarrollando el concepto de la libertad personal conforme a las ideas dominantes en el seno de la comunidad política."<sup>34</sup> Es precisamente una idea dominante en la comunidad humana hoy, la protección ambiental, el desarrollo sostenible, y los derechos deberes y garantías que hacen a esos bienes y valores de máxima relevancia universal constitucional. Las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas y las Declaraciones tanto de la Asamblea General de las Naciones Unidas como de las Conferencias Mundiales que en su sistema se han producido, en cuanto los textos refieran o establezca derechos, deberes y garantías en la materia ambiental que es inherente a la personalidad humana y reconocida como de *jus cogens* universal, son la constatación clara de esas ideas dominantes, de esa convicción colectiva universal, que ingresa de modo indubitable en la materia de los derechos, deberes y garantías fundamentales, tanto en sus aspectos individuales como colectivos, y que se encuadran de manera natural en el discurso jurídicamente vinculante de los Derechos Humanos.

La expresión enumerados, según la Real Academia Española (RAE), proviene del latín *enumerare* y significa tanto como "*enunciar sucesiva y ordenadamente las partes de un conjunto*". Enuncia el que expresa con palabras una idea (RAE), y referido a la Constitución en cuanto norma de Derecho, esto es, en cuanto textualidad que expresa una voluntad de dominación o imperio sobre conductas humanas, el enunciar es mandar aun cuando el contenido concreto de esa voluntad de mando u ordenación sea un reconocimiento o declaración de una preexistencia normativa, de acuerdo con el jusnaturalismo.

Por consiguiente, las Secciones I y II de la Carta, en cuanto declaran o reconocen derechos, deberes y garantías, son textos normativos abiertos a su dinámica e indefinida completitud por las más diversas fuentes, nacionales e internacionales que enumeren, enuncien o reconozcan otros que sean inherentes a la personalidad humana.

<sup>34</sup> Jiménez de Aréchaga. La Constitución...378.

El texto del artículo 72 está en la Constitución desde 1934, por lo que desde el momento en que se comienza a reconocer, a nivel internacional y nacional, en los años 60 y 70 del Siglo pasado, la protección ambiental como deber del Estado, devenido garante y fideicomisario de los bienes ambientales y los derechos ambientales, en forma automática, se integraron al Derecho Constitucional General y Ambiental Constitucional en Uruguay, con el mismo valor y fuerza que los expresamente enumerados en la Constitución, desde que no puede haber nada más inherente a la personalidad humana que la sanidad del ambiente o la sostenibilidad del desarrollo. No debe olvidarse que el hombre, la Humanidad, todos y cada uno, no está en el ambiente sino que **es ambiente**. La inherencia es absoluta, tanto como lo son la vida y personalidad humana.

La doctrina siempre consideró, aún antes de la Reforma de 1996, que el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, estaba incluido en la Sección II de la Carta. Ese derecho no fue explicitado por el Constituyente con una textualidad asertiva de reconocimiento expreso, ni en su primera ni en su segunda intervención en el art. 47 constitucional (aunque en el 2004, en texto refiere a los derechos humanos “fundamentales” al acceso al agua potable y al acceso al saneamiento). Será en otro nivel jerárquico que el Sistema Jurídico Ambiental uruguayo, explicita esa consagración: el artículo 2 de la ley N° 17283, Ley General de Protección del Ambiente. Sin perjuicio de ello, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, consagra que “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios básicos...”. Este Protocolo adicional fue aprobado por Ley uruguaya N° 16519 de 22 de Julio de 1994. Naturalmente, dada su fuente internacional, que refleja el *jus cogens*, entendemos que en esencia esta norma, en cuanto es cubierta por el ámbito material de los otros derechos inherentes a la personalidad humana no enumerados, tiene rango constitucional.

La verdad es que deben considerarse de rango constitucional la totalidad o práctica totalidad de los principios enunciados en los documentos de *soft law* o de naturaleza convencional que reconozcan derechos, deberes y garantías en materia de protección ambiental y desarrollo sostenible por la ya mencionada inherencia a la personalidad humana. En particular, las Declaraciones de Estocolmo y Río, exhiben en la casi totalidad de los principios enunciados, la formulación y reconocimiento de derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana y que lejos de afectar o disminuir las protecciones conferidas por la Carta, las consolidan y afirman.

Así por ejemplo, cuando el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo dice: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones

de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras...” o, cuando el principio 1 de la Declaración de Río dice: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”, no hay duda alguna que estamos en un campo propio de la dogmática constitucional, tal como él es regulado en la Sección II de la Carta Uruguaya. De aquí que estas normas forman parte del nivel o bloque constitucional en el Uruguay. Y lo mismo puede afirmarse que todas aquellas regulaciones, que bajo la forma de los principios que sucesivamente se van exponiendo en ambas declaraciones imponen deberes fundamentales a las personas y las organizaciones políticas. Incluso regulaciones de claro contenido garantista como las que establecen instrumentos planificatorios y de gestión racional de los recursos naturales, evaluaciones de impacto ambiental y análisis de riesgos o las que imponen las obligaciones de cooperación, solidaridad, informaciones o consultas previas deben considerarse incluidas en el ámbito de las garantías constitucionales. Por supuesto otras normas, por ejemplo, en la Declaración de Estocolmo o de Río pueden no tener una referencia directa a los derechos, deberes y garantías como las que refieren a las condenas de las políticas colonialistas o de políticas comerciales especiales, que tienen una relación más remota, pero aun así no es fácil concluir que no exhiban valores constitucionalmente protegidos o pertenecientes a la Sección II de la Carta Uruguaya.

La constitucionalización expresa del Derecho Ambiental y del Paradigma del Desarrollo sostenible en 1997, sólo confirma esa naturaleza constitucional de los contenidos de las Declaraciones de Estocolmo y Río que reconocen o establecen derechos, deberes y garantías. El propio texto de la redacción original del art 47, poniendo el foco normativo en la protección del ambiente como cuestión de interés general y no en declarar expresamente el derecho al goce de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y, a renglón seguido, explicitar una norma de anticipación de la esfera de responsabilidad de todas las personas físicas y/o morales por la vía de un deber de abstención, va en la línea definitivamente protectora de los bienes ambientales y del macrobien ambiental que explicitan tanto las Declaraciones aludidas como la Carta de la Naturaleza.

Los principios consensuados universalmente y que se han ido proyectando al derecho convencional y consuetudinario internacional están significando, en nuestro tiempo histórico, el contenido mismo de la protección ambiental que es el concepto clave del art 47 constitucional. Ello permite otorgar a las Declaraciones un rol hermenéutico fundamental

para: a) interpretar el sentido último tanto de la expresión “interés general” contenida en la norma citada, como de la expresión “protección ambiental” y b) guiar la aplicación práctica de las normas protectivas ya que las redacciones o textualidad de los principios, tal como están escritas en su fuente internacional, recogiendo la convicción colectiva, permiten la aplicabilidad directa administrativa, judicial o negocial de los derechos, deberes y garantías que consagran en perfecta coherencia con la orientación *jus* filosófica de la Carta en cuanto a la preeminencia de la persona humana, a la preexistencia de los Derechos, Deberes y Garantía al propio Estado y a la soberanía en la definición de las políticas de explotación de los propios recursos ambientales y nacionales.

El artículo 47 de la Carta, ha constitucionalizado “por aproximaciones sucesivas”, la materia de protección ambiental. En esa biografía normativa del texto en comento, es dable discernir dos momentos sucesivos (en visión cronológica) que, una vez cristalizados en el texto de que disponemos, se constituyen en dos premisas o postulados en orden a las conclusiones correctas en el discurso regulatorio constitucional ambiental. En la Reforma de 1997, el Constituyente incorpora la protección ambiental al rango constitucional normativa, esto es, *constitucionaliza* dicha materia. Con ello, según es valor entendido en la mejor doctrina, la incorporación del Desarrollo Sostenible, como valor o meta valor, y la imposición al Estado y/o a la sociedad y las personas del deber de protección ambiental, resulta tipificante del Estado de Derecho Social y Ambiental de Derecho<sup>35</sup>. O sea, la protección ambiental se asume en un nivel jerárquico superior al del interés general que puede calificar el legislador, dimanante del artículo 7 constitucional, puesto que a esta calificación (de interés general a la protección del medio ambiente) se la reservó para sí el Constituyente (igual que a otros bienes y valores vulnerables como la infancia y juventud; la maternidad o el trabajo y las personas en relación de dependencia). Este interés general, en cuanto tiene como finalidad la protección del ambiente como bien jurídico global o mundial, se inserta en la regulación universal de *jus cogens*, transformándose en otro puente que interrelaciona, el Derecho Internacional y el Derecho Nacional, como ocurre también con el artículo 72 de la Constitución que es otra puerta o puente para convocar la aplicación constitucional de normas de fuente externa. De

<sup>35</sup> Biasco recuerda, en este sentido, la propuesta del italiano Letrera, respecto de la emergencia (escribió en 1990) de un Estado Ambiental “como superación del Estado de Derecho o de su forma más evolucionada: el Estado Social, portador de otros valores y “tendiente a buscar de nuevo el respeto de la igualdad sustancial a través de la vía de una diversa realización de los deberes de solidaridad económica” expandidos temporalmente no sólo hacia las generaciones presentes sino a las futuras. Biasco. *Derecho Ambiental General*, 49. La cita de Letrera realizada por Biasco es a *Lo Stato Ambientale* (Milano, Giuffrè, 1990), 14. Por su parte, Brañes sostuvo que “La prescripción constitucional de que el Estado y la sociedad civil deben proteger el medio ambiente implica, por sí misma, la idea de que la Constitución promueve un modelo de desarrollo sostenible”. Raúl Brañes. *Informe sobre el Desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano*. (México, PNUMA, 2001), 13.

aquí que, ya a esta altura, los avances regulatorios de fuente internacional se incorporan a la Carta, en cuanto dan contenido a los conceptos de medio ambiente, protección ambiental o interés general. En la Reforma de 2004, segunda volición imperativa del Cuerpo Electoral, dentro de los marcos generales de Paradigma ambiental ya previamente constitucionalizado, el texto profundiza precisamente en materia de principios que informan, pero imperativamente, las acciones del Estado, la sociedad y las personas. Y debe entenderse que el discurso (como razonamiento productor del sentido del mandato) del Constituyente parte de afirmar, como lo hacen de regla, las Declaraciones Internacionales, la relación esencial entre Vida y Medio Ambiente, siendo la particularización de las referencias normativas al agua y a su cuidado o salvaguarda, un instituto o garantía para la protección el medio ambiente y de la Vida. A partir de allí, el texto del artículo 47 constitucional, erige en bases de las acciones de Estado, relativas al agua y al saneamiento: a) al ordenamiento territorial, como primer instrumento y constitucionalizado, así, el principio rector de planificación en materia de ordenamiento territorial y desarrollo sostenible; b) la conservación y protección, lo que significa reconocer, los principios que a tales fines se consideran apropiados; prevención, precaución, precedencia de la recuperación o *restitutio in prístinum*, mentada en la confusa expresión “restauración de la naturaleza”; c) solidaridad y participación; d) la priorización del abastecimiento de agua potable a poblaciones, término restringido a las poblaciones humanas, en ese texto, pero que debe interpretarse armónicamente con el inciso segundo, cuarta oración, que proclama enfáticamente que el agua es un recurso natural esencial para la vida en general sin otra determinación o afectación; e) el principio de preeminencia de las razones sociales a las económicas en la prestación de los servicios de agua y saneamiento; f) el principio de integridad del recurso agua como bien del dominio público y g) un principio de gestión, ajeno a la materia ambiental, explicable por razones políticas, que dispone el monopolio constitucional del servicio público de saneamiento y abastecimiento de agua para consumo humano, a favor de personas jurídicas estatales.

El efecto inmediato de esta caracterización de los principios de las Declaraciones Ambientales que declaran o establecen derechos, deberes o garantías como integrando el Derecho Ambiental Constitucional en Uruguay, es el de la aplicación inmediata de los mismos en el ámbito doméstico o internacional, con valor y fuerza de norma constitucional y la reprobación e ilicitud de toda norma subordinada que resulte inconciliable con las mismas, la que será pasible de su declaración de inconstitucionalidad, anulación o no aplicación, según su rango y naturaleza, comprendiendo, desde luego, a las sentencias que no pueden violar los principios consagrados en la Constitución.

## 2. EN LA LEGISLACIÓN URUGUAYA

Los principios en la ley 17283 de 28 de noviembre de 2000 (Ley General de Protección al Ambiente).

El artículo 6° de la ley general de protección del ambiente, dice:

(Principios de política ambiental). La política nacional ambiental que fije el Poder Ejecutivo se basará en los siguientes principios:

Distinción de la República en el contexto de las naciones como “País natural”, desde una perspectiva económica, cultural y social del desarrollo sostenible.

La prevención y previsión son criterios prioritarios frente a cualquier otro en la gestión ambiental y, cuando hubiere peligro de daño grave o irreversible, no podrá alegarse la falta de certeza técnica o científica absoluta como razón para no adoptar las medidas preventivas.

Constituye un supuesto para la efectiva integración de la dimensión ambiental al desarrollo económico y social, la incorporación gradual y progresiva de las nuevas exigencias, sin que por ello deba reconocerse la consolidación de situaciones preexistentes.

La protección del ambiente constituye un compromiso que atañe al conjunto de la sociedad, por lo que las personas y las organizaciones representativas tienen el derecho-deber de participar en ese proceso.

La gestión ambiental debe partir del reconocimiento de su transectorialidad, por lo que requiere la integración y coordinación de los distintos sectores públicos y privados involucrados, asegurando el alcance nacional de la instrumentación de la política ambiental y la descentralización en el ejercicio de los cometidos de protección ambiental.

La gestión ambiental debe basarse en un adecuado manejo de la información ambiental con la finalidad de asegurar su disponibilidad y accesibilidad por parte de cualquier interesado.

El incremento y el fortalecimiento de la cooperación internacional en materia ambiental promoviendo la elaboración de criterios ambientales comunes.

Los principios antes mencionados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que pudieran suscitarse en la aplicación de las normas y competencias de protección del ambiente y en su relación con otras normas y competencia.

El propio legislador calificó a estos principios, de fuente legal nacional, como de política nacional ambiental.

¿Quiere esta calificación decir que son principios políticos foráneos al campo vinculante de Derecho y no adjudicables por los jueces?

Desde luego que no, pues son principios de política nacional y no principios políticos. Están en la esfera, no de las luchas o competencias por el poder o la estructura de autoridad sino en el ámbito de las acciones que se despliegan desde el Estado y el Gobierno para

obtener de modo planificado y coherente, valiosos objetivos o metas sociales. En términos de la *political science* anglosajona se trata de policy y no de politics, de acción arquitectónica y no agonal.

La propia configuración institucional del Estado uruguayo, desde su raíz constitucional, ha instituido al Poder Ejecutivo como conductor de las políticas sectoriales, según la recordada expresión contenida en un ya clásico trabajo de Cajarville Peluffó. Desde luego que, sin perjuicio de esta atribución, corresponden al Gobierno, en cuanto conjunto orgánico de efectivación y dirección del poder estatal (indirizzo), poderes deberes que se ejercen de acuerdo con la distribución competencial realizada por el constituyente, complementada por legislador.

En el ámbito de la protección ambiental, corresponde al Poder Ejecutivo la fijación de las políticas nacionales, dentro del cuyo conjunto orgánico al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, le compete la formulación, ejecución supervisión y evaluación de los planes nacionales de desarrollo urbano y territorial y la instrumentación de la política nacional en la materia, así como la formulación, ejecución, supervisión y evaluación de los planes nacionales de protección del medio ambiente y la instrumentación de la política nacional en la materia, según lo dispone los artículos 2 y 3 numerales 6 y 7 de la ley 16.112 que crea el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente y que se constituye en una norma fundacional, dando comienzo al proceso histórico específico del Derecho Ambiental en Uruguay, etapa que registra alcances trascendentes en materia de instrumentos como la ley 16.466 sobre evaluación de impacto ambiental; con la ley 17234, que crea el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, en cuyo contexto fundacional también tiene lugar la consagración de la constitucionalización el derecho ambiental en la reforma de 1997. En una etapa más avanzada del desarrollo del Derecho Ambiental, se consagran instrumentos que consolidan y afirman la autonomía de este ordenamiento, precisamente en torno a normas que explicitan los principios, generando un fenómeno de complementación legislativa de aquella función de fijación y formulación de las políticas que asume el Poder Ejecutivo. En este sentido las normas de consolidación en torno a los principios están constituidas por la ya mencionada ley 17283, ley General de Protección del Ambiente como por la también la mencionada ley 17712 de 27 octubre 2003 que aprueba el Convenio Ambiental del Mercosur y en cuyo artículo primero, se reitera y ratifica el compromiso de los Estados del Mercosur con los principios de la Declaración de Río. En una etapa subsiguiente, la modificación del artículo 47 de la Constitución, en el año 2004, recién aludida, en la denominada reforma del agua y de la vida, comienza un proceso

expansivo del Derecho Ambiental uruguayo, que en el texto constitucional incorpora el concepto de protección del medio ambiente al ordenamiento territorial, que tiene su máxima expresión con la ley 18308, ley de ordenamiento territorial y desarrollo sostenible, cuyo artículo 5 establece los que denomina principios rectores del ordenamiento territorial, y que se insertan, en el nivel legislativo del Sistema Normativo Ambiental Nacional, teniendo sin embargo el respaldo tanto de normas contenidas en las declaraciones de Estocolmo y Río (especialmente el 15 de la Declaración de Estocolmo sobre planificación de los asentamientos humanos y la urbanización) como en las declaraciones de las sucesivas Conferencias de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos (Hábitat I, II y III).

El texto de la ley 17283 en su artículo 6, dice que “La política nacional ambiental que fije el Poder Ejecutivo se basará en los siguientes principios: “Es interesante destacar que frente a este texto del acápite del artículo 6 legal que parece brindar una redacción conclusiva o exhaustiva de los principios en que deberá basarse la política nacional ambiental que fije el poder ejecutivo, la exposición de motivos que acompañó la revisión del texto de la iniciativa del Poder Ejecutivo al Parlamento en el año 1999 dice, al comentar el Capítulo Segundo de Disposiciones Generales, que “entre los principios de la política ambiental, el proyecto de ley establece como los fundamentales... “. Esta última redacción recoge la perspectiva de que en la enunciación subsiguiente de los diferentes literales del artículo sexto, no se estaría agotando la enumeración de los principios en el campo de la protección ambiental y sus políticas. Esta misma exposición de motivos nomina a los diferentes principios que son explicitados en los literales A) a F) del artículo sexto del Proyecto de la ley General de protección del ambiente, a saber: principio de distinción (A); principio de prevención y precautorio (B)<sup>36</sup>; principio de gradualidad y progresividad de las nuevas exigencias (C); principio de participación de personas y organizaciones (D); principio de transectorialidad (E) y principio de adecuado manejo de la información ambiental (F). En el texto aprobado figura otro principio con el literal G), y que no estaba en el proyecto originario y que es el principio de cooperación internacional en la materia apuntando su incremento y fortalecimiento.

También es sin duda un gran acierto del texto legal uruguayo el último inciso de este artículo relativo a los principios de la política ambiental cuando dispone que “los principios

---

<sup>36</sup> Corresponde destacar una peculiaridad muy acertada de la redacción con que la ley uruguaya recibe o recepción a que principio precautorio. Mientras que, en la Declaración de Río, por ejemplo, se describe el principio haciendo referencia a la incidencia de los costos en la adopción de las medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente, la formulación de la ley uruguaya no hace referencia alguna a condicionar o funcionalizar la procedencia del principio al tema de los costos. En este sentido la ley uruguaya ha avanzado sobre la formulación de la Declaración de Río, así como también sobre la ley argentina, ley número 25675 del año 2002, que al sentar el principio básico de política ambiental denominado principio precautorio, manteniéndose en la línea de la Declaración de Río, funcionaliza las medidas eficaces a la incidencia de los costos.

antes mencionados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que pudieran suscitarse en aplicación de las normas y competencias de protección del ambiente y en su relación con otras normas y competencias.”

## VI.

### FINAL

Como palabras de cierre es pertinente resaltar que la mayor importancia de los principios se revela ante la “incompletividad” de las normas ambientales derivadas de los grandes limitantes gnoseológicas de la ciencia ius ambiental: una, la limitación constituida por el activismo de los bienes ambientales (entendiendo por tal esa realidad existencial de los bienes ambientales, que invierte la dirección normal de la regulación jurídica respecto de las cosas, desde que en el campo del Derecho Ambiental la regulación va del bien ambiental -macro bien o micro bienes ambientales -al Derecho y no al revés; quién nos dice dónde está el umbral racional de un vertimiento a un curso de agua para no interrumpir los procesos biológicos ecológicos del recurso o del bien agua es el agua misma, esa agua intervenida), por ello muchos dicen que los principios y las regulaciones en materia de protección ambiental más bien son “descubiertos”, con la asistencia científica, que promulgados o establecidos.

Otra limitación o limitante es la vinculación de los instrumentos políticos, de manera relevante los instrumentos normativos del Derecho Ambiental con el nivel de riesgo socialmente aceptado. Tanto el Ecosistema Global, Biosfera o Naturaleza y los micro bienes ambientales (flora, fauna, suelo, agua) como los fines políticos de protección a alcanzar, se resisten a ser cristalizado por las normas. Todas las aplicaciones del Derecho Ambiental suponen un marco procesual, evolucionario y dinámico que se resiste a la fijación. A menor incompletividad de las normas jurídicas, mayor margen para los principios y directrices. Los principios son en la práctica iluminaciones o faros proveedores de pautas, criterios, reglas para orientar el proceso de construcción de la norma concreta, la regla de la experiencia jurídica (al decir de Carnelutti) para el caso específico. También orientan e informan al legislador. Tienen en el rango de la norma a la que sirven para interpretar, integrar o completar. Por tanto, adquieren rango constitucional, además, como hemos sostenido por incidencia del artículo 72 constitucional, interpretado coordinadamente con el artículo 332 de la Carta Uruguaya. Por tanto, si los principios dan cuenta de la esencia de la materia ambiental y por el régimen de los bienes vulnerables, en la Carta, la materia ambiental es y sólo puede ser,

protectora del ambiente y los principios contribuyen a determinar el nivel constitucional de protección, puede configurarse una inconstitucionalidad por decaecimiento o violación de los principios como delimitadores del marco ambiental de protección en lo sustantivo o competencial. Finalmente, el tema de los principios está y debe seguir estando, por sus categóricos roles científicos y prácticos, en la atención de la doctrina, tanto autoral como jurisprudencial, de manera que será de una alta conveniencia y provecho, que los estudios jurídicos ambientales, en todos sus ámbitos de expresión, tengan secciones permanentes de su agenda, para dar lugar a debates para el seguimiento científico y el monitoreo de los principios y su recepción en la administración, en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina, que sean como la quilla del barco del Derecho Ambiental, siguiendo intelectualmente la línea de aquel carácter de cuña expansiva y reorganizadora que algunos autores remarcan en el rol de los principios, que nos permite incorporar al trabajo y uso ambiental nuevos campos y preocupaciones como pueden ser las que tienen que ver con los impactos de las tecnologías en la salud y la alimentación.

---

Para citar este artículo: Ricardo Gorosito: “Los principios del Derecho Ambiental”, <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1471> *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 15103714: 101-136.

---

## BIBLIOGRAFIA

- Alexy, Robert. *Derecho y Razón Práctica*, México: Distribuciones Fontamara, 1998.
- Barbosa, Julio. *La Convención de Protección de la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas, en Evolución Reciente del Derecho Ambiental Internacional*. Coordinación y dirección Raúl Estrada Oyuela y María Cristina Cevallos de Sisto. A Z Editora, Buenos Aires, 1993.
- Biaso, Emilio. *Derecho Ambiental General*. FCU. Montevideo, 1999.
- Benjamín, Antonio H. *Derechos de la naturaleza*, en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2001.
- Brañes, Raúl. *Informe sobre el Desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano*. PNUMA. México, 2001.

- Cafferatta, Néstor. *Principios de Derecho Ambiental*, in Abed, S., Cafferatta, Gorosito Zuluaga, Casella, Abed, P y Santagada. *Régimen Jurídico de la República del Paraguay*. IDEA, Asunción, 2007
- Estrada Oyuela, Raúl A. *Notas sobre la evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*, en “*Evolución Reciente del Derecho Ambiental Internacional*”. AZ Editora S.A. Buenos Aires, 1993.
- Estrada Oyuela, Raúl A. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente y el desarrollo. Apuntes para su evaluación*, en “*Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*”. AZ Editora S.A. Buenos Aires, 1993.
- Jiménez de Aréchaga, Eduardo. *Introducción al Derecho. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, julio de 1981*.
- Jiménez de Aréchaga, Justino. *La Constitución Nacional*. Tomo I. Edición del Senado de la República. Montevideo, 1998.
- Magariños de Mello, Mateo J. Editado y ordenado por Ricardo Gorosito Zuluaga. *Medio Ambiente y Sociedad*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2005.
- Ortega Álvarez, Luis. *Tratado de Derecho Ambiental dirigido por Luis Ortega Álvarez y María Consuelo Alonso García. Tirant lo Blanch, Valencia 2013*.
- Torres López , María Asunción y Arana García, Estanislao (Directores). *Derecho Ambiental. Tecnos. Madrid, 2012*.
- UNEP *Environmental Law Training Manual*, UNEP s/f.
- Valls, Mario F. *Derecho Ambiental. Segunda edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2012*.

# Reforma penal en México ¿Mayor seguridad o mayor violencia?

Penal reform in Mexico. Greater security  
or greater violence?

Reforma penal no México são mais seguros  
ou mais violência?

*Alicia Hernández de Gante*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>B. Universidad Autónoma de Puebla.

aliciahdegante@gmail.com

<https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1474>

**RESUMEN:** La reforma al sistema penal realizada en México en 2008 significó un avance en materia de seguridad y justicia. El nuevo sistema penal acusatorio entró en vigor en todo el territorio nacional en 2016. Nuestro objetivo es analizar, cómo surgió la reforma, su naturaleza jurídica y sus alcances. No obstante, a un año de su implementación, se han elevado de forma inusitada los índices de violencia.

**PALABRAS CLAVE:** derecho transnacional, reforma penal, seguridad pública, violencia.

**ABSTRACT:** The reform of the criminal justice system in Mexico in 2008 meant a step forward in terms of security and justice. The new accusatory criminal system came into force throughout the national territory in 2016. Our objective is to analyze how the reform came about, its legal nature and its scope. However, one year after its implementation, the rates of violence have risen unusually.

**KEYWORDS:** transnational law, penal reform, public security, violence.

**RESUMO:** Reforma para o sistema de justiça penal, realizado no México em 2008,

---

Recibido: 28/08/2017. Evaluado: 20/10/2017. Aceptado: 26/10/2017

significado um avanço no campo da segurança e da justiça. O sistema penal acusatório novo entrado em vigor em todo o país em 2016. Nosso objetivo é analisar, fez a reforma, sua natureza jurídica e seu escopo. No entanto, um ano de sua implementação, as taxas de violência subiram de forma inusitada.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito transnacional, reforma penal, segurança pública, violência.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Notas sobre una reforma penal. a) El contexto global de una reforma. b) Los apoyos internacionales. 3. La reforma al sistema penal en México. a) El escenario nacional de la reforma. b) Naturaleza jurídica de la reforma penal. c) Nuevas figuras jurídicas ante un solo Código. 4. Reforma penal, inseguridad y violencia. a) Legislación de la seguridad. b) Seguridad pública. c) Sistema penal acusatorio y seguridad pública: qué dicen los hechos. 5. Reflexiones finales. Bibliografía.

## 1.

### INTRODUCCIÓN

En México, el antiguo sistema penal inquisitivo transitó a un sistema penal de corte acusatorio adversarial y garantista. Para ello, fue necesario realizar reformas constitucionales en la materia y crear un código que homologará el proceso penal en el país. El Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014, abrogó la reglamentación penal de 1934. El rezago de México en la procuración y administración de justicia era evidente.

El objeto del nuevo código señala que para el aseguramiento del acceso a la justicia se establecen una serie de normas para sancionar los delitos, proteger al inocente, procurando que el culpable no quede impune y que se repare el daño en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que sea parte el Estado mexicano.

A pesar de la ayuda financiera y jurídica que recibió México de organismos internacionales para su llevar a cabo su implementación en el plazo legal estipulado -junio de 2016- el sistema penal se puso en marcha con deficiencias de infraestructura, operativas, y vacíos legales que han suscitado tendencias en ámbitos jurídicos, académicos y grupos de la sociedad civil hacia una contrarreforma.<sup>2</sup>

En ese contexto, nuestro trabajo tiene como objetivo analizar si la reforma penal en materia de seguridad y justicia, en tanto su origen, naturaleza jurídica y alcances, ha impactado en la mejora de la seguridad pública y en el decremento de la violencia.

Para responder nuestra pregunta central de investigación, ¿Cuál ha sido el impacto de la reforma al sistema penal en la seguridad pública? hemos revisado básicamente, la legislación en materia penal y los programas de seguridad, así como fuentes oficiales que sustentan

---

<sup>2</sup> México Evalúa. *Hallazgos 2016. Seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México* (México, CIDAC, 2017), 139.

la reforma. Desde la academia, las voces críticas y las estadísticas nos apoyaron en el balance a la reforma del sistema penal implementado en México.

El contenido se desarrolla en tres apartados. En el primero se realiza un análisis en escenarios globales de lo que implica una reforma en materia de seguridad y justicia y de los apoyos internacionales que reciben los países miembros de organismos mundiales. Esta parte se justifica por las voces en contra que argumentaron la presión de instancias internacionales para implantar en México una reforma penal pro-mercado, más que con fines de mejora de la seguridad pública. En el segundo apartado, realizamos una revisión de la implementación de la reforma penal, su naturaleza jurídica y su normatividad, puntos necesarios para conocer su profundidad y sus pretendidos efectos. En el último, nos enfocamos a los temas que ponen en perspectiva el impacto de la reforma penal en un tema urgente para México: la seguridad pública. Se esperaría que la inseguridad y violencia que se han tornado en asuntos graves para la población en general, disminuirían por la expectativa que ocasionó la reforma, punto que nos conduce, en la medida de este espacio, a un balance sobre sus aciertos, vacíos y fallas; así como a las reflexiones finales.

## 2.

### NOTAS SOBRE UNA REFORMA PENAL

#### A) EL CONTEXTO GLOBAL DE UNA REFORMA

La pertenencia a organismos internacionales no únicamente trae beneficios para el crecimiento y desarrollo de los Estados, también van a la par obligaciones, particularmente, cuando los procesos de globalización económica, política, social y cultural, e incluso de avance tecnológico, acarrear consigo mismo los perjuicios del uso criminal del progreso. En esta perspectiva, se exige que en los sistemas jurídico-penales no exista desfase entre la tipificación de conductas ilícitas y las reglamentaciones que las sancionen, es decir, el derecho internacional señala a los Estados figuras delictivas que debe sancionar.

Algunos temas trascendentes de los cuales México forma parte en documentos internacionales refieren a la desaparición forzada, al derecho internacional humanitario, a la discriminación racial, a la extradición, genocidio, refugiados, tortura; y en el ámbito penal

internacional a acciones contra la corrupción, la trata de personas y diversas acciones sobre la delincuencia organizada transnacional.

Sobre esta última, y a manera de ejemplo, la Convención de Palermo, externó un reconocimiento a la comunidad internacional (157 países miembros) por “la voluntad política de abordar un problema mundial... si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley.”<sup>3</sup> Dicha Convención es considerada como uno de los principales instrumentos para el combate de las mafias transnacionales (México ingresó el año de su fundación, 2000, y está ratificado). Otro ejemplo es el Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI), del cual México forma parte asumiendo su presidencia en 2009 y 2015.<sup>4</sup>

Los argumentos que explican la emergencia de tratados que fijan el estándar internacional de combate a la delincuencia, y, por ende, a la violencia social, radica en que, al no haber fronteras para las operaciones ilícitas, frecuentemente las evidencias en su contra se encuentran fragmentadas en diversos países sujetas a las disímiles jurisdicciones de los Estados pudiendo ser en menoscabo de la impartición de justicia.

## B) LOS APOYOS INTERNACIONALES

Revisemos ahora los condicionantes de una reforma penal en el ámbito regional sin perder de vista a México. Señalamos tres puntos. 1. Para la globalización económica la vigencia del Estado de derecho en la región es una forma de garantizar el movimiento de la economía y el cumplimiento de los contratos y la propiedad de las inversiones.<sup>5</sup> Cuando la delincuencia organizada empieza a afectar la economía de los Estados (especialmente los poderosos), éstos buscan imponer sus medidas desde el derecho penal transnacional con legislaciones en armonía con los sistemas de justicia y en la actualización de los sistemas penales. El aspecto financiero se ha convertido en el componente esencial para emprender la lucha contra el crimen organizado con apoyos y cooperación internacionales, del cual México es vinculante.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> UNODC, Convención Nacional de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (Viena- Nueva York: ONU, 2004), iii.

<sup>4</sup> Integrado por 26 países y dos organismos internacionales, la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo; América Latina se integra a GAFILAT. Última actualización normativa en julio de 2017. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. FATF (2017). [http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las\\_Nuevas\\_40\\_Recomendaciones.pdf](http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf). Acceso 28/08/2017.

<sup>5</sup> Mauricio, Duce y Cristian Riego, *Proceso penal* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 3.

<sup>6</sup> Felipe Curcó, *La guerra perdida. Dos ensayos críticos sobre la política de combate al crimen organizado 2006-2010* (México: Ediciones Coyoacán, 2010), 25.

2. Las reformas en los sistemas de justicia en la región Latinoamericana han surgido desde el siglo pasado por apoyos de organismos financieros multilaterales como el Banco Mundial (BM), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Por ejemplo, parte de las actividades del BM han sido mediante la concesión de préstamos y labor consultiva con apoyo para reformas de las instituciones del sector justicia, la lucha contra la corrupción, la seguridad de los ciudadanos y el desarrollo económico para mejores climas empresarial y de inversión.<sup>7</sup> Asimismo, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID por sus siglas en inglés), ha auspiciado programas en la región tendientes a fortalecer las instituciones que administran la justicia, en especial en la modernización y actualización de sus legislaciones con métodos alternos para la resolución de conflictos y lucha contra la corrupción, considerando además, reformas administrativas, desarrollo institucional y mejoramiento de la infraestructura física e informática, sin perder el punto de la capacitación profesional del personal del poder judicial.<sup>8</sup>

3. Con relación a los dos puntos anteriores, existe un reconocimiento en la comunidad internacional por la defensa del Estado de derecho en *pro* de la justicia, particularmente, en una región que ha sufrido golpes militares, abusos de poder, gobiernos autoritarios, y que tiene, además, una distribución de la riqueza sumamente inequitativa. Pero, voces críticas hacen hincapié, más allá de la retórica de la intervención de estas agencias interesadas en las reformas judiciales, a otros objetivos.

La penetración y vigencia del discurso económico neoliberal como fundamento de las reformas legales y judiciales tiende a reducir la administración de justicia a un servicio... entre los que se consideran como privilegiados a los inversionistas... [desplazando] la justicia como valor y por sus resultados políticos, sociales y éticos.<sup>9</sup>

En este sentido, las reformas al sistema penal han estado muy lejos de cumplir con los objetivos ligados a la impartición de justicia, al menos en México, como veremos más adelante, porque, el acceso a la justicia en América Latina es un fenómeno profundamente desigual que tiene de origen vicios en cuanto a la producción de normas, a su aplicación discrecional y a la ejecución de la pena, tendiendo a producir-reproducir las desigualdades

<sup>7</sup> Banco Mundial, "La ONU y el Estado de derecho", *s/f*. <https://www.un.org/ruleoflaw/es/un-and-the-rule-of-law/world-bank/>. Acceso 30/01/2017.

<sup>8</sup> José María Rico, *Justicia penal y transición democrática en América Latina* (México: Siglo XXI, 1997), 64.

<sup>9</sup> Carlos A. Lista, "La justicia en riesgo: el Banco Mundial y las reformas judiciales en Latinoamericana", en *Anuario XI 2008* (Buenos Aires, C.IJS-UNC, 2009): 739-758. Ver, 755.

estructurales en el sistema de justicia;<sup>10</sup> “es ahí cuando la justicia mercantilizada, en tensión con la justicia como valor, se torna más riesgosa.”<sup>11</sup> Estas ideas se conjugan en la lógica de la modernización de los sistemas penales relacionados con la política criminal de los Estados y seguridad ciudadana que adopta el BID, que algunos autores identifican con un modelo de reforma judicial pro-mercado, buscando una correspondencia de objetivos entre el fortalecimiento de marcos institucionales eficientes que proporcionen seguridad jurídica y política a los actores del mercado para la estimulación de inversión privada.<sup>12</sup>

### 3.

## LA REFORMA AL SISTEMA PENAL EN MÉXICO

### A) EL ESCENARIO NACIONAL DE LA REFORMA

Las reformas procesales penales representan cambios jurídicos paradigmáticos, que apuntan al tránsito de un sistema inquisitivo a otro acusatorio, modificando las lógicas escritas, por lógicas y prácticas centradas en la oralidad como motor del sistema.<sup>13</sup> Las reformas tienen influencia de la cultura jurídica anglosajona, el sistema Common Law. Cabe señalar, su implementación en la región (en su variante estadounidense), sin considerar a fondo los problemas de los países creando falsas expectativas en su eficacia-eficiencia, pero que, no obstante, se evalúan por las agencias donantes con enfoques cuantitativos (costo-beneficio).<sup>14</sup>

En la lógica de este trabajo, señalamos que el Estado de derecho en países democráticos sustentado en la defensa de los derechos humanos y el respeto a los derechos fundamentales y garantías individuales, conforme lineamientos internacionales, exige la modernización del sistema penal, y el Estado mexicano, hacia 2007, aún se encontraba rezagado en materia de administración de justicia.

---

<sup>10</sup> Alicia, Hernández de Gante, “Entre las reformas estructurales del Estado mexicano y la violencia” en Del Alizal Arriaga, Laura (coord.) *Relaciones entre poderes del Estado: Acuerdos y Divergencias* (México: Anthropos-UAM, 2015), 131-148.

<sup>11</sup> Alejandro G. Manzo, “La reforma judicial en América Latina. Globalización y desigualdad social: Acceso a la justicia”, *Red de Sociología Jurídica en América Latina y el Caribe*, 13 de abril de 2011. <https://sociologiajuridica.org/category/publicaciones/page/14/>. Acceso 20/04/2017. Guillermo, O’Donnell, “Democracia y Estado de derecho”, en *Journal of Democracy*, Vol. 15, No. 4, octubre, (2004), 32-46; sobre la cita ver: Lista, “La justicia en riesgo...”, 755.

<sup>12</sup> Andrés Guzmán Rincón, *La reforma judicial del Banco Interamericano de Desarrollo en América Latina: caracterización, conceptualización y tendencia Pro-mercado* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011), 178.

<sup>13</sup> Jorge Witker, y Carlos F. Natarén, *Tendencias actuales del diseño del proceso acusatorio en América Latina y México* (México: UNAM-IIIJ, 2010), 1. La primera fue en Córdoba, Argentina en 1940.

<sup>14</sup> Rico, *Justicia penal...*, 64.

La Oficina en Washington para Latinoamérica (WOLA, por sus siglas en inglés) declaró en el marco de la Iniciativa Mérida<sup>15</sup> el respaldo a la reforma judicial mexicana –constitucional y legal– para enfrentar a la violencia organizada, puesto que el sector judicial es fundamental, no únicamente, para combatir el crimen y terrorismo, también es el sustento de acciones económicas y de competitividad con condiciones favorables para los inversionistas en beneficio del país.<sup>16</sup>

La pregunta que nos hacemos ahora es: ¿cuáles eran las condiciones del sistema de justicia en México antes de la reforma penal? Es oportuno señalar el Convenio entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA-OEA) para elaborar un diagnóstico sobre la justicia penal en México.<sup>17</sup> Las posibles respuestas, de éste y otros estudios, caerían en un vacío, puesto que, expertos en el área, coincidieron con la falta de datos, de estadísticas, de estudios empíricos, concretos y confiables sobre la impartición de justicia, lo que impidió dimensionar respuestas y dar un diagnóstico certero.<sup>18</sup>

No obstante, estaban a la vista fenómenos que imperaban en el sistema de justicia mexicano. Para Moreno<sup>19</sup>, la mayor generación de conflictos eran derivados de cuestiones económicas y sociales que habían rebasado la capacidad de las estructuras de justicia evidenciando lentitud e ineficacia, escasez de recursos materiales y humanos e injusticias flagrantes, es decir, problemas orgánicos y funcionales: falta de autonomía e imparcialidad; deficiencias cuantitativas y cualitativas de jueces y magistrados; corrupción administrativa en la función judicial; fenómenos que, en lugar de ser garantes de los derechos humanos los vulneran proyectando falta de legitimidad y confianza persistente.

---

<sup>15</sup> En marzo de 2007, los presidentes de México (Felipe Calderón) y Estados Unidos (George Bush) acordaron un plan bilateral de cooperación para el combate al narcotráfico. Tras complicadas negociaciones por la corrupción de las fuerzas de seguridad en México y la violación de los derechos humanos, en diciembre de 2008 se firmó la Carta de Acuerdo sobre la Iniciativa Mérida estructurada en cuatro pilares, el dos (Institucionalizar la capacidad para mantener el Estado de derecho), consideraba entre otros puntos, la reforma judicial y la revisión de sus códigos penales. Los apoyos otorgados son inciertos, aunque se afirma que, para junio de 2017, el gobierno de EU había asignado 247 millones de USD, incluyendo apoyo para capacitación de policías e investigadores, tecnología en juicios, infraestructura, acreditación, equipamiento en ciencias forenses y juicios orales, capacitación de estudiantes de derecho, jueces, ministerios y defensores públicos. Iniciativa Mérida, Embajada y Consulados de Estados Unidos en México. <https://mx.usembassy.gov/es/nuestra-relacion/temas-bilaterales/iniciativa-merida/>. Acceso 03/07/2017.

<sup>16</sup> “Insiste EU en reformar el sistema de justicia mexicano”, *La Jornada*, 31 de octubre de 2007.

<sup>17</sup> El estudio se realizó entre el 25 de febrero-16 de junio de 2008; comprende: metodología empleada en su elaboración; debate sobre el diseño de la reforma; e implementación de la reforma. Cabe resaltar que la aprobación de la reforma constitucional en materia penal se dio el 18/06/2008. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El sistema penal acusatorio en México: estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación* (México, SCJN, 2008).

<sup>18</sup> Moisés Moreno Hernández, “México”, en Julio, B. J. Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik (coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina* (Argentina: KAS, MPI, 2000), 543-604; José Nieves, Luna Castro, “Introducción y características generales del nuevo sistema de justicia penal”, en *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional* (México: Poder Judicial de la Federación, 2011), 25-52. Ver 32.

<sup>19</sup> Moreno, “México”..., 588-590.

Más adelante, y conforme las exigencias de la modernización, las asignaturas pendientes que se detectaban en México y presionaban para una reforma judicial eran: deficiencias en el acceso a la justicia; falta rendición de cuentas y transparencia; ausencia de una reforma procesal, incluyendo medios alternativos; vacíos en las relaciones de tribunales federales y locales a través del amparo judicial; carencias en la enseñanza del derecho, incluyendo la formación judicial.<sup>20</sup>

A estas apreciaciones vertidas por juristas, debemos agregar los escenarios de inseguridad, violencia y muerte en el territorio mexicano que trajo consigo la “guerra”<sup>21</sup> contra la delincuencia organizada que emprendió el entonces presidente Felipe Calderón (2006-2012) dos años antes de la reforma penal utilizando, polémicamente, a las Fuerzas Armadas de México. Los objetivos hacia la procuración e impartición de justicia en beneficio de la población en general, fracasaron. Aún, al día de hoy, el país sufre las consecuencias de una “guerra” improvisada, costosa, sin rumbo, ni planeación, improductiva e inútil, cuyos resultados catastróficos, han dejado a un Estado más debilitado, a una delincuencia más fortalecida y a miles de personas masacradas.<sup>22</sup>

El fracaso en las estrategias de “guerra” emprendidas en el sexenio pasado denotan un problema que Buscaglia,<sup>23</sup> explica así: la delincuencia organizada no es un fenómeno militar que pueda prevenirse o erradicarse mediante la represión, es un fenómeno social y económico que crece por los vacíos de poder y fallas de regulación del Estado acrecentando los grupos criminales, tal y como ocurrió en el sexenio de Calderón, con inusitados niveles de violencia. Sin embargo, las alertas fueron ignoradas y la respuesta del Estado mexicano ante las fallas y crisis en el sistema de justicia fue la urgencia de una reforma al sistema penal, obviando la esencia del principal fenómeno delictivo.

---

<sup>20</sup> Héctor Fix-Fierro, «La reforma judicial en México: ¿De dónde viene? ¿Hacia dónde va?», en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Vol. 1, No. 2, (2003), 252-324. Ver 314.

<sup>21</sup> La “guerra” (término usado por Calderón durante los primeros años de su gobierno) emprendida, no sólo contra los cárteles de la droga, incluso, en perjuicio del pueblo mexicano, fue negada y borrada de los discursos oficiales de la presidencia de la república, aludiendo equívocas de la opinión pública, puesto que sus discursos referían a la “guerra” entre los cárteles. Posteriormente, uso la palabra “lucha”. Erasmo Fernández Mendoza, Jr., “Calderón usó la palabra ‘guerra’ desde 2006”, 9 de diciembre de 2001, Comunidad Virtual de Periodistas. <http://www.periodistasenlinea.org/09-12-2011/27917>. Acceso 07/01/2017.

<sup>22</sup> Curcó, *La guerra perdida...*

<sup>23</sup> Edgardo Buscaglia, *Vacíos de poder en México. Cómo combatir la delincuencia organizada* (México: Debate, 2013), 22.

## B) NATURALEZA JURÍDICA DE LA REFORMA PENAL

El Congreso de la Unión aprobó en 2008 la reforma constitucional en materia penal con el sustento jurídico para establecer en México el nuevo sistema de justicia penal.<sup>24</sup> A partir de esa fecha se estableció un periodo de ocho años para su implementación y operación en todo el territorio nacional. Esta reforma implicó cambios a diez artículos constitucionales, sentando las bases para el tránsito de un modelo penal inquisitivo a uno acusatorio adversarial de justicia. Entre los aspectos más relevantes de la reforma, resumidos en la tabla 1, consideramos los siguientes:

**Tabla 1.** Reformas constitucionales en materia penal

ARTÍCULO	PUNTOS RELEVANTES
16	Orden de aprehensión sólo por autoridad judicial. Juez de control: Garantiza derechos de indiciados y víctimas.
17	Mecanismos alternativos de solución de controversias. Defensorías públicas.
18	Se limita la prisión preventiva.
19	Ninguna detención ante la autoridad judicial mayor a 72 horas. Plazos para dictar autos de vinculación a proceso.
20	Proceso penal acusatorio y oral con principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Juicios con presencia del Juez. Sin sentencia emitida por el juez de la causa, existe presunción de inocencia. El Ministerio Público garantiza la protección de todos los sujetos del proceso.
21	El Ministerio Público y la policía investigan de los delitos. Ambos coadyuvan en los objetivos de seguridad pública.
22	Se ratifica la prohibición de la pena de muerte y la tortura. La pena será proporcional al delito y al bien jurídico afectado.
73	Faculta al Congreso para legislar en materia de seguridad pública y delincuencia organizada.
115	La policía preventiva se rige con la Ley de Seguridad Pública de cada estado.
123	Precisa derechos, obligaciones y sanciones, sustentados en sus propias leyes, que tienen todos los servidores públicos.

Fuente: Elaboración propia con base a la CPEUM (DOF, 18 de junio de 2008).

<sup>24</sup> Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CPEUM (DOF, 18 de junio de 2008). Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

Estas disposiciones en los artículos constitucionales se aplican con otro régimen en caso de ilícitos cometidos por la delincuencia organizada, por ejemplo, reserva de datos, de testigos, de víctimas, de menores y de publicidad por razones que seguridad nacional y seguridad pública (artículo 20), o la confiscación de bienes que será jurisdiccional y autónoma en la materia penal (artículo 22), entre otros señalamientos.

### **C) NUEVAS FIGURAS JURÍDICAS ANTE UN SOLO CÓDIGO**

Lo que hemos señalado únicamente tiene sentido en el marco de un código penal que sea homogéneo para todo el territorio nacional. En México, coexistían 34 códigos procesales (federal, uno por cada entidad federativa, Distrito Federal y el militar) creando grandes dificultades en la administración de justicia. Algunas figuras delictivas diferían en su definición y en su pena. Ahora, por primera vez en la historia del país, los procesos penales federales y estatales tienen criterios homologados de jueces, concentrando las reglas procedimentales en materia penal para dar seguridad y certeza jurídica a la ciudadanía. En el contexto de las reformas constitucionales referidas, se crea la legislación que recoge el sistema procesal penal acusatorio: Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).<sup>25</sup>

Enseguida mencionamos algunos puntos relevantes del CNPP, mismos que están en plena concordancia con la reforma constitucional del 2008:

- Vela por la presunción de inocencia.
- Protege los derechos de las víctimas.
- Garantiza el respeto a los derechos humanos.
- Indica que las audiencias deben ser públicas y orales.
- Homologa las normas del procedimiento.
- Garantiza el principio de inmediación.
- Establece el juez de control y juez o tribunal de juicio oral.
- Incorpora mecanismos alternativos y formas de terminación anticipada.

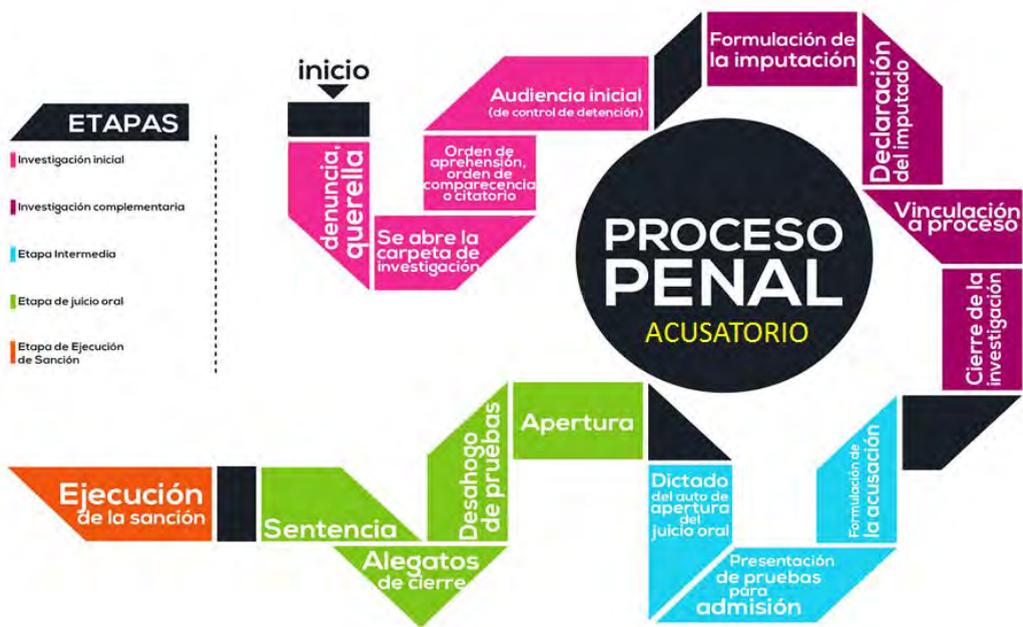
Con el CNPP se hizo necesario la creación de nuevas figuras. Únicamente tomamos el ejemplo de las etapas del procedimiento penal y la acción de los jueces. Anteriormente no se determinaba la especialización de los jueces: el mismo juez de la causa era la misma autoridad jurisdiccional que dictaba auto para ligar a un imputado a proceso, y que, a su vez, dictaba sentencia sobre su libertad o condena. Con el CNPP y el régimen de especialización, se introduce el juez de control, figura de gran relevancia quien resolverá las solicitudes de medidas cautelares y providencias precautorias que requieran control judicial garantizando

---

<sup>25</sup> *Código Nacional de Procedimientos Penales*, (DOF, 5 de marzo de 2014). Abrogó el Código Federal de Procedimientos Penales (DOF, 30 de agosto de 1934).

los derechos de todos los implicados en el proceso, asimismo, podrán realizar la supervisión de los acuerdos a los que lleguen las partes, a fin de no ir a juicio. Otra de las nuevas figuras que se crearon fue el juez de ejecución de la sentencia, quien es ahora el encargado de vigilar el cumplimiento, modificación y duración de las penas impuestas a los sentenciados.<sup>26</sup> En el diagrama 1 mostramos como se plasma en el proceso penal acusatorio, las disposiciones constitucionales en la materia, así como las etapas que exige el mismo proceso.

Diagrama 1. Etapas del Proceso Penal Acusatorio



Fuente: Procuraduría General de la República, *Reforma al sistema penal* (México, PGR, 2014), 4.

<sup>26</sup> INACIPE, *ABC del nuevo sistema de justicia penal en México*, 5ª ed. (México, INACIPE, 2011), 36-39.

## 4.

# REFORMA PENAL, INSEGURIDAD Y VIOLENCIA

## A) **LEGISLACIÓN DE LA SEGURIDAD**<sup>27</sup>

En el contexto internacional amenazado por la violencia ligada a la delincuencia organizada, el Estado mexicano implementó el Programa para la Seguridad Nacional (PNS, 2014-2018),<sup>28</sup> articulando políticas públicas de seguridad interior y de seguridad pública, esta última inmersa en nuestro tema de estudio. El Sistema de Seguridad Nacional (SSN) es en el documento rector en la materia que opera en la Ley de Seguridad Nacional (LSN). Cinco ejes lo sustentan: consolidación del SSN; desarrollo de una cultura de seguridad; seguridad interior; retos globales de seguridad; destacando el que refiere a su implementación debido a la posición geopolítica de México.

La legislación del Estado mexicano hace una diferencia entre seguridad nacional, seguridad interior y seguridad pública. Para los fines de nuestro estudio, las citamos conforme se definen en el PSN (2014-2018).<sup>29</sup> El SSN está integrado por,

Instituciones, procesos e instrumentos que la LSN establece con la misión de preservar la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado mexicano, mediante la generación de políticas públicas, la toma de decisiones políticas fundamentales y la ejecución de acciones coordinadas y dirigidas a hacer frente a las amenazas, riesgos y vulnerabilidades pendientes a dañar o poner en peligro los elementos esenciales que le dan existencia o que pueden obstaculizar el desarrollo nacional.

La Seguridad Interior es la

Condición que proporciona el Estado mexicano para salvaguardar la seguridad de sus ciudadanos y el desarrollo nacional mediante el mantenimiento del Estado de derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional. Se trata de una función política que, al garantizar el orden constitucional y la gobernabilidad, sienta las bases para el desarrollo económico, social y cultural de nuestro país, permitiendo así el mejoramiento de vida de su población.

<sup>27</sup> Este punto se desarrolla de forma esquemática con base a la legislación vigente. Existen fuertes debates sobre la congruencia entre los sistemas de seguridad que definimos y la reforma procesal penal que exigen trabajos profundos sobre el complejo tema de seguridad: ciudadana, pública, interior y nacional, que, al parecer, se absorben por esta última bajo el modelo estadounidense. José Luis Piñeyro, "Geopolítica y seguridad en América Latina: visión histórica y teórico-política", en *Sociológica*, Año 9, No. 25, mayo-agosto (1994), 26-41. Cfr. Sam C. Sarkesian, John A. William, & Stephen J. Cimballa, U. S. *National Security: Policymakers, Processes, and Politics*, 5<sup>th</sup> edition (USA: Lynne Rienner Pub, 2012).

<sup>28</sup> PSN, 2014-2018. "Una política multidimensional para México en el siglo XXI, Consejo de Seguridad Nacional" (DOF, 30 de abril de 2014).

<sup>29</sup> PSN, 2014-2018 (DOF, 30 de abril de 2014), 25-26.

Por su parte, la seguridad pública que se encuentra cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, y se define como la,

Función que tiene el propósito de velar por la observancia el Estado de derecho, el mantenimiento del orden público y la seguridad de los ciudadanos y sus bienes. Al buscar la salvaguarda de la integridad y de los derechos de las personas, la política de seguridad pública considera la reinserción social del individuo, al igual que la prevención especial y general de los delitos, así como su investigación y persecución.

Con estas precisiones, nos queda claro que mientras la seguridad nacional, persigue mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, la seguridad pública, sin estar ajena a la anterior, se enfoca a una agenda de desarrollo humano y bienestar de la población. Estas diferencias conceptuales son operativas, es decir, de ejecución, en tanto que los tres sistemas –nacional, interior y público- que legislan los ejes de la seguridad en México están integrados normativamente.<sup>30</sup> Los problemas que han acaecido por injerencias orgánicas y funcionales son motivo de otro trabajo.

## **B) SEGURIDAD PÚBLICA**

La reforma constitucional en materia penal abordó un punto de suma relevancia por la situación actual que vive México, el tema de seguridad pública. Literalmente, se reconocía que,

El cambio obedece al gran atraso e ineficacia del sistema actual para dar vigencia plena a las garantías individuales y derechos humanos que consagra la Constitución y brindar la seguridad debida a personas y propiedades. La delincuencia organizada tiene un gran poder económico y capacidad para operar internacionalmente, evadir la justicia.... En México existe una desconfianza extendida en el aparato de justicia, ya que las instituciones públicas han sido permeadas por la delincuencia, los procesos y juicios penales son burocráticos y lentos, escritos en expedientes interminables, y las cárceles son inseguras, no garantizan la reinserción social y son las “universidades del crimen”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Centro de Seguridad e Investigación Nacional, *Diferencias entre seguridad nacional y seguridad pública* (México, SEGOB-CISEN 2014).

<sup>31</sup> Gobierno Federal, *Reforma constitucional de seguridad y justicia. Guía de consulta. ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma* (México, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores, 2008), 1.

Ideas semejantes estuvieron presentes en la Exposición de Motivos para la aprobación del CNPP: “Son muestras de la crisis del actual sistema que justicia penal el incremento de la inseguridad pública provocada por el delito”, asimismo, lo que se persigue es “brindar a la sociedad un sistema penal que garantice de manera más efectiva la protección de sus bienes jurídicos frente al delito, que se combata eficazmente la delincuencia y la inseguridad pública provocada por ésta,” todo ello en un “marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.”<sup>32</sup>

En este contexto se aprueba la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP)<sup>33</sup> cuyo objeto es regular la integración, organización y funcionamiento de la seguridad en todo el territorio nacional, así como establecer las competencias y coordinación entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios (artículo 1). Cabe resaltar que Consejo Nacional de Seguridad Pública (CNSP), cuyo presidente es el ejecutivo federal, tiene entre sus muchas atribuciones, el “Establecer los instrumentos y políticas públicas integrales, sistemáticas, continuas y evaluables tendientes a cumplir los objetivos y fines ten la seguridad pública” (artículo 14), marcando las directrices y la esencia de la seguridad pública en México.

En las acciones realizadas tanto para la seguridad pública, como para la seguridad interior, se han utilizado las Fuerzas Armadas. El controvertido tema se puntualiza en el PSN (2014-2018). Ahí se advierte “que hacen necesaria e indispensable su participación en las operaciones para reducir la violencia y garantizar la paz social... cimiento sobre el que debe apoyarse el Estado mexicano frente a grupos delictivos organizados que cuentan con un gran poder económico, armamento y una presencia territorial en regiones específicas del país.” Más adelante, se justifica su despliegue por el territorio nacional aseverando que las “actividades vinculadas con la seguridad pública y la seguridad interior debe darse en un marco que permita su coordinación con otras instituciones federales para el intercambio de información e inteligencia.”<sup>34</sup>

La pregunta que surge es ¿qué tan efectivas han sido esas acciones en beneficio de la seguridad pública y protección de la población? Conviene señalar, que ha solicitud expresa de información de transparencia hacia la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) se ventiló a la opinión pública, que, a la fecha de noviembre de 2016, había recibido 12,408 quejas en contra de las Fuerzas Armadas por violación a las garantías individuales

---

<sup>32</sup> Código Nacional de Procedimientos Penales, 3 de diciembre, Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y Estudios Legislativos, Segunda (Senado de la República, LXII Legislatura, 2013) 13, 15, 117.

<sup>33</sup> Ley General del Sistema de Seguridad Pública (DOF, 2 de enero de 2009) Última reforma, 26/06/2017.

<sup>34</sup> PSN, 2014-2018 (DOF, 30 de abril de 2014), 13.

(trato cruel e inhumano, detenciones arbitrarias, uso excesivo de la fuerza, allanamiento, etcétera) en un periodo de los últimos 9 años y dos meses, es decir, en los dos últimos sexenios presidenciales, tanto de Felipe Calderón como de Enrique Peña.<sup>35</sup> Al respecto, muchas voces se han escuchado, incluso, al exterior de México, demandando al gobierno federal el regreso de las Fuerzas Armadas a sus cuarteles.

No obstante, lo expuesto, las tareas realizadas en apoyo a la seguridad pública por parte de las Fuerzas Armadas han sido reconocida en dos tesis jurisprudenciales emitidas por la SCJN. En una de ellas se expresa, interpretando el artículo 129 constitucional, que su participación en apoyo a las autoridades civiles no violenta la Constitución;<sup>36</sup> en la otra se indica, su participación a solicitud expresa de autoridades civiles en situaciones en las que no se suspendan las garantías individuales y en apego a la Constitución y a las leyes.<sup>37</sup>

Estas apreciaciones, al interior de México, no son ignoradas en espacios internacionales atentos a la percepción liberal democrática del derecho penal y el conjunto del sistema de justicia, en la medida que deben asegurar los derechos fundamentales del ciudadano contra la arbitrariedad y los abusos en el recurso de la fuerza por parte del Estado, es decir, la potestad punitiva estatal,<sup>38</sup> a todas luces violentada por el Estado mexicano. Así, por ejemplo, el Informe de Human Rights Watch (HRW)<sup>39</sup> de 2011 para México, entre otras recomendaciones, realizaba una al Congreso de la Unión para “Sancionar una ley nacional que regule el uso de la fuerza por todas las fuerzas de seguridad, incluidas las Fuerzas Armadas y la Policía federal, estatal y local sobre estándares reconocidos internacionalmente.”

Para el Informe HRW 2016 las cuestiones sobre seguridad pública no han mejorado, al contrario, durante el gobierno de Peña, se han elevado inusitadamente la inseguridad y la violencia al punto que se ha considerado el 2016, el año más violento de su sexenio<sup>40</sup>, en parte, por el clima de terror que aún persiste en las calles a lo largo y ancho del país, por la

<sup>35</sup> “Fuerzas armadas, entre las que más violan los derechos humanos: CNDH”, *La Jornada*, 3 de noviembre de 2016.

<sup>36</sup> Tesis Jurisprudencial P/J. 38/2000, 9ª Época, Pleno (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta XI, abril de 2000), 549.

<sup>37</sup> Tesis Jurisprudencial P/J. 36/2000, 9ª Época, Pleno (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta XI, abril de 2000), 552.

<sup>38</sup> Luigi Ferrajoli, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Tomo 1 (Buenos Aires, Hammurabi, S.L., 2013), 151-166.

<sup>39</sup> Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos Ejecuciones, desapariciones y tortura en la “guerra contra el narcotráfico” de México* (9 de noviembre de 2011). <http://www.hrw.org/es/report/2011/11/09/ni-seguridad-ni-derechos/ejecuciones-desapariciones-y-tortura-en-la-guerra-contra>. Acceso 07/11/2016.

<sup>40</sup> La relación fue de una proporción de 20 homicidios por cada 100 mil habitantes a nivel nacional, con la advertencia de que esta cifra “oficial” puede incrementarse porque se obtuvo de las estadísticas vitales de los registros administrativos de defunciones accidentales y violentas, cifras que no incluye a los miles de desaparecidos o a los cientos de muertos aparecidos en las fosas clandestinas. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Datos preliminares revelan que en 2016 se registraron 23,953 homicidios”, *Estadística de mortalidad, INEGI*, 26 de julio de 2017. <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/registros/vitales/mortalidad/default.aspx>. Acceso 27/07/2017.

“guerra” iniciada por Felipe Calderón y continuada por él; y por otra, porque se incrementan las graves violaciones a los derechos humanos y homicidios por parte de la Fuerzas Armadas, como ha documentado HRW a lo largo de varios años, inclusive, por la negación y desacato de las 14 recomendaciones emitidas por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2016 por el Estado mexicano.<sup>41</sup>

### **C) SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SEGURIDAD PÚBLICA: QUÉ DICEN LOS HECHOS**

A estas alturas, dos preguntas nos guían: ¿qué ha sucedido con la aplicación del CNPP? y particularmente, ¿con su impacto social en la seguridad pública? Estos cuestionamientos se sustentan en el precepto de que la seguridad pública es un derecho humano que debe ser tutelado y garantizado por el Estado<sup>42</sup> cuyo objetivo es “permitir que las personas puedan desarrollar sus actividades sin temor a ser víctimas del crimen y la violencia y sin sufrir abusos por parte de las autoridades, [se persigue] reducir el riesgo que enfrenta la población al desarrollar sus actividades cotidianas.”<sup>43</sup>

Con antelación, hemos presentado esquemáticamente las bondades de la reforma tomadas del discurso oficial, ahora es necesario mirar hacia las fallas o vacíos en su aplicación para coadyuvar, de alguna manera, en su mejora. A pesar de los apoyos económicos exteriores y federales destinados *ex profeso*, existe un rezago importante en varias entidades del país en la infraestructura de los espacios apropiados para los juicios orales, en equipamiento y recursos tecnológicos. Tampoco han sido suficientes los compromisos de las políticas públicas para capacitar a los actores jurídicos del proceso penal, policías, abogados, jueces y MP. Pese a ello, cabe resaltar la labor de las universidades actualizando los planes de estudio conforme el nuevo sistema judicial para formar profesionales en el área.

Se debe tener presente que estas reformas, implican un cambio cultural que va más allá del sistema jurídico. Exige cambiar las prácticas cotidianas del sistema. Más de un estudio sobre el tema ha mostrado preocupación por la complejidad organizacional y el peso decisivo de los liderazgos locales en la reforma procesal penal, así como la vulnerabilidad de los logros y la precariedad de los equilibrios; se señala que una reforma debe ser evaluada

<sup>41</sup> Human Rights Watch, Informe Mundial 2016. México. Eventos de 2016 (New York, HRW, 2016).

<sup>42</sup> Emilio, Álvarez Icaza Longoria, “La reforma constitucional sobre justicia penal y seguridad pública”, en Sergio García Ramírez y Olgas Islas de González Mariscal (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de justicia penal* (México, UNAM, INACIPE, 2010), 299-307.

<sup>43</sup> Enrique Galindo Ceballos, “La reforma penal de 2008 y la seguridad pública: retos y perspectivas”, en Arely Gómez González (coord.), *Reforma Penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México* (México, INACIPE, 2016), 355-366. Ver 356.

por lo que logra prevalecer de ella frente al peso de la inercia,<sup>44</sup> de aquellos que se resisten al cambio. Esto cobra relevancia en los cuerpos policiales. La policía es el primer vínculo entre los ciudadanos y el sistema de justicia, cumple la importante función de ser el Primer respondiente en el proceso, empero, la ciudadanía la percibe como una institución pública con los menores índices de confianza, y desde la seguridad pública, es el eslabón más débil del sistema penal.<sup>45</sup>

A los problemas de cultura jurídica y de operación, se suman las cuestiones propias del proceso penal, como la terminación anticipada del conflicto en delitos graves (fallando en la protección de los derechos de las víctimas en casos de vulnerabilidad, como es la violencia intrafamiliar), o cuestiones más serias que afirman que la aplicación del “CNPP se presta a la fabricación de culpables, a la tortura de los imputados y a la simulación de justicia, puesto que se vuelven a autorizar prácticas del viejo sistema penal que propició la impunidad.”<sup>46</sup>

Por encima de los vacíos en su contenido y deficiencias en su aplicación, hacemos especial énfasis en la prisión preventiva, tema debatido por sus implicaciones que cruzan con otros graves problemas como la sobrepoblación en las cárceles mexicanas, deterioro de los servicios, ingobernabilidad, vulnerabilidad de los derechos humanos, así como el costo social y monetario<sup>47</sup> por los brotes de violencia y la comisión de toda clase de delitos desde sus espacios en escenarios comunes de corrupción entre autoridades carcelarias y personas privadas de la libertad. Estudios en México y en otros países ha demostrado que el encarcelamiento no es garantía de rehabilitación social, inclusive, es preferible la libertad condicional a la prisión preventiva.<sup>48</sup> En este sentido, voces externas a México, como la del **Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Jan Jarab recién externó el rechazo a incrementar en el país** el catálogo de delitos que requieren prisión preventiva.<sup>49</sup>

Recordemos que el sistema penal acusatorio, mediante el principio de presunción de inocencia busca evitar el abuso de la prisión preventiva o dejarla como excepción permitiendo que el imputado siga su proceso en libertad.<sup>50</sup> Para tal efecto se crearon las Unidades Estatales

---

<sup>44</sup> Guillermo Zepeda Lecuona, “Directrices y referentes muy pertinentes frente a los desafíos de la reforma penal”, en *Desafíos de la implementación de la reforma penal en México* (México: INACIPE, CIDAC, 2010), 9-14.

<sup>45</sup> México Evalúa. *Hallazgos 2016...*, 81.

<sup>46</sup> Layda Negrete, “Reforma penal niega el derecho a la defensa: abogados”, (México, Red Nacional de Juicios Orales-México Evalúa, 10 de mayo de 2016).

<sup>47</sup> México Evalúa, *La cárcel en México: ¿Para qué?*, (México, CIDAC, 2013), 31-48.

<sup>48</sup> Javier Carrasco Solís, “Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares”, *Proyecto Presunción de Inocencia en México, Open Society Justice Initiative*, (noviembre 2009), 12-18. <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/819.pdf>. Acceso 15/07/2017.

<sup>49</sup> Jan Jarab, “La justicia que México necesita: mitos y realidades del nuevo sistema acusatorio”, Senado de la República (Congreso Nacional, 1 de agosto de 2017).

<sup>50</sup> “El juez ordenara la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así

de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso (UMECAS)<sup>51</sup> que operan en la mayoría de los casos con las deficiencias señaladas *supra*, a pesar de la importancia que tienen en el proceso penal con información que precisará ante el juez si se determina prisión preventiva u otra medida cautelar. Desafortunadamente, datos indican que el 33% de las UMECAS no atiende la solicitud de evaluación del riesgo del imputado.<sup>52</sup>

Un amplio estudio realizado en 2016 en 338 Centros Penitenciarios de las 32 entidades federativas arrojó que el 29.6% de las personas privadas de la libertad se encontraban en proceso de recibir sentencia. De ellas, el 43.4% lleva dos años o más recluida esperando sentencia (EPOL).<sup>53</sup> Estos hechos muestran que aún existen las viejas prácticas del anterior sistema penal por el número de casos sin resolver y porque las propias autoridades violan los plazos legales de detención. También se reveló que el 39.3% las personas privadas de su libertad fueron víctimas de actos de corrupción en alguna de las etapas del proceso penal (arresto, MP, proceso o centro penitenciario). Estas cifras, que han sido una constante en los centros penitenciarios a lo largo de décadas, indican la ineficacia de esta medida cautelar.

La importancia del tema nos lleva de forma directa a realizar un balance del nuevo sistema penal en la percepción tanto de la opinión pública, como de expertos en la materia. Para 2017 en México, se han encendido las alarmas sobre el aumento inusitado de la violencia y la delincuencia en vastas zonas del país. Algunas explicaciones se dirigen a que el incremento de delitos es consecuencia del sistema penal acusatorio que conforme a la norma ha liberado, al menos en la Ciudad de México, a 12 mil personas que estaban en prisión preventiva, según afirmó el jefe de gobierno.<sup>54</sup> Testimonios más contundentes como los del diputado Vera, afirman que el nuevo sistema penal no solamente genera más impunidad, sino más delincuencia propiciada por los arreglos reparatorios del daño, aun en delitos graves, como portación de armas.<sup>55</sup>

---

como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud” Artículo 19 constitucional, Segundo párrafo, CPEUM.

<sup>51</sup> Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Modelo homologado de UMECAS, Comisión Nacional de Seguridad, SEGOB. [http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/Modelo\\_homologado\\_de\\_UMECAS.pdf](http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/Modelo_homologado_de_UMECAS.pdf). Acceso 17/07/2017.

<sup>52</sup> David Lee, “Reforzar medidas cautelares”, *Manual de Seguridad para la Prevención de Delitos*, 30 julio de 2017. [http://www.manualdeseguridad.com.mx/seguridad\\_newsletter/](http://www.manualdeseguridad.com.mx/seguridad_newsletter/). Acceso 30/07/2017.

<sup>53</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Resultados de la Primera Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL), INEGI, 26 de julio de 2017. [http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enpol/enpol2017\\_07.pdf](http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enpol/enpol2017_07.pdf). Acceso 26/07/2017.

<sup>54</sup> “Aumento de delitos, por nuevo sistema penal acusatorio: Mancera”, Milenio, 22 de marzo de 2017.

<sup>55</sup> Vera Fábregat, Oscar, “Nuevo sistema penal acusatorio genera más violencia,” *El Heraldo*, 10 de junio de 2017.

Este último fenómeno se agudizó sustantivamente, como un efecto no calculado del sistema penal, antes, cuatro de cada diez asesinatos se cometían con un arma, ahora son siete de cada diez. Sales, Comisionado Nacional de Seguridad, urgió ajustes al sistema para cerrar la “puerta giratoria” a personas que ameriten prisión preventiva por la portación de armas exclusivas de las Fuerzas Armadas.<sup>56</sup> Estas apreciaciones son una muestra de una corriente que ha surgido como contrarreforma al sistema penal, específicamente, con demandas de nuevas reformas constitucionales y legales en temas del juicio de amparo, del arraigo domiciliario, de la portación ilegal de armas que hemos referido, así como de la prisión preventiva.

Las valoraciones anteriores, toman rostro con datos que muestran el alza de indicadores de violencia. Sí se consideró que 2016 fue el año con mayor violencia en el sexenio de Peña, para 2017 con el mantenimiento de cifras de los primeros meses sobre averiguaciones, tasa de víctimas y tasa estimada de homicidios (23.3 por cada 100 mil habitantes), este sería el año con mayor violencia en la historia reciente.<sup>57</sup> Esta apreciación está al margen de la implementación del sistema penal acusatorio. En ese estudio se afirma que el despunte de la violencia en México empezó años atrás, en 2011, agudizándose en 2015 y sin vinculación a la reforma penal, de hecho, las fluctuaciones en la violencia se constataron únicamente, en 202 municipios del país. Para Merino y Torreblanca es erróneo el diagnóstico que afirma: “el nuevo sistema penal quitó la prisión preventiva y entonces aumentaron los homicidios, ¿Y antes qué lo explicaba?”<sup>58</sup>

Si de acuerdo con estos autores no existen datos que conecten el nuevo sistema penal con el aumento de la violencia, ¿qué la está causando? En la realidad mexicana se han detectado ciertos factores de riesgo que originan la violencia y la delincuencia.<sup>59</sup> El principal es de carácter estructural vinculado con la marginación y la pobreza debilitando al tejido social y haciendo a la población vulnerable. Otros factores son, el acceso limitado a la educación y la deserción escolar por falta de recursos económicos. La desocupación, el desempleo y la falta de oportunidades laborales también son importantes detonantes mostrando disparidades sociales e inequidad económica. Mayores peligros se presentan en México en sectores específicos como comunidades indígenas, menores de edad y mujeres.

Estudios realizados en el territorio nacional también evidencian como factores desencadenantes de violencia y delincuencia, la “baja confianza en las autoridades encargadas

<sup>56</sup> “Aumentaron homicidios con armas de fuego: Sales Heredia”, *Milenio*, 5 de julio de 2017.

<sup>57</sup> José Merino y Carolina Torreblanca, “Sistema acusatorio y violencia: lo que dicen los datos”, 12 de julio de 2017. <http://www.animalpolitico.com/blogueros-salir-de-dudas/2017/07/12/sistema-acusatorio-y-violencia-lo-que-dicen-los-datos/> Acceso 28/07/2017.

<sup>58</sup> Merino “Sistema acusatorio...”

<sup>59</sup> Programa Nacional de Procuración de Justicia, 2013 – 2018 (DOF, 16 de diciembre de 2013).

de la operación de los sistemas que procuración de justicia... reflejada negativamente en los índices de impunidad y corrupción, así como en el ineficiente desempeño de las instituciones de justicia... la percepción de los ciudadanos sobre la procuración de justicia en México es, en términos generales, negativa.”<sup>60</sup>

En este sentido, ¿cómo explicar los problemas de violencia e inseguridad si no existen respuestas ni confianza en los administradores de la justicia? Enfocamos el análisis a dos posturas polémicas: la primera expresada por el notario emérito y ex procurador del estado de México, Aguilar Basurto, quien externó que la reforma no obedeció a una política del Estado mexicano preocupado por mejorar la administración de justicia, sino para cumplir con exigencias de organismos internacionales (BM, BID, OEA) para implantar en México el sistema de justicia anglosajón, así, la reforma nunca tuvo el objetivo central de incidir de manera directa y significativa en el problema y la crisis de inseguridad que padecemos.<sup>61</sup>

La segunda, expresada por el actual presidente de la SCJN, Aguilar Morales, quien recién expresó: “No es tarea ni responsabilidad del poder judicial de la Federación mejorar las condiciones de seguridad del país. Nosotros cumplimos juzgando frente a la sociedad, conforme los derechos reconocidos por la Constitución.”<sup>62</sup>

Es claro que para algunas autoridades no es primordial atacar las raíces de los actos de violencia, a pesar de la identificación de la problemática social prevenible. Mucho menos otorgar a la delincuencia organizada su dimensión económico-social, ni percibir el daño al tejido social, todo ello, se complejiza y significa un problema para la realización eficaz y eficiente de estrategias que aminoren la violencia. La prevención de la violencia y la delincuencia, por estar mal entendidas, se basan en mayor presencia de policías, de videocámaras en espacios públicos o de alarmas, todo lo cual no conforma sino medidas destinadas a fortalecer la percepción de un castigo esperado.<sup>63</sup>

En este orden de ideas, coincidimos con Buscaglia, quien afirma que se pierde el escenario completo del país, cuando exclusivamente se expiden nuevos marcos regulatorios de seguridad pública y seguridad nacional, cuando el problema en México estriba en los vacíos de poder y de fallas de regulación que alimentan la presencia económica de grupos criminales con altos niveles de violencia.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> PSN, 2014-2018 (DOF, 30 de abril de 2014), 12.

<sup>61</sup> “Arturo Aguilar Basurto: ¿Qué pasó con la reforma penal?”, *El Heraldo*, 13 de julio de 2017.

<sup>62</sup> Luis María Aguilar Morales, “La justicia...”

<sup>63</sup> Buscaglia, *Vacios de poder...*, 17.

<sup>64</sup> Buscaglia, *Vacios de poder...*, 22.

## 5.

### REFLEXIONES FINALES

La comunidad internacional de Estados, en la cual México se integra, comparte los múltiples beneficios de la globalización en espacios que impulsan crecimiento y desarrollo en áreas estratégicas de la economía mundial, pero que, desafortunadamente, también mueven a la delincuencia organizada. Este fenómeno global pone a prueba la cooperación entre naciones donde el derecho penal transnacional es fundamental. En 2007, México tenía un atraso de décadas sobre su sistema penal y administración de justicia. Como en otros países de América Latina, llegó la ayuda internacional económica y de asesoramiento jurídico por expertos.

Mucha expectativa generó en el país la reforma constitucional en materia penal por el tránsito del modelo inquisitivo al modelo acusatorio adversarial. Sería incorrecto considerar que, en un espacio reducido como éste, se pueda realizar un balance profundo de esos cambios, particularmente, por los grandes factores que lo conforman: soportes organizacionales, construcción de los espacios y de infraestructura y capacitación de todo el personal que conduce el proceso penal.

Los avances de la reforma al día de hoy contrastan por varias razones. Tal parece que al Estado mexicano pasó por alto el cambio en la composición social del fenómeno delictivo. Los cambios al sistema penal buscan ante todo que el sistema funcione eficazmente sin considerar los contextos socio-económicos de cada entidad federativa, por ejemplo, el asunto de la presunción de inocencia y la prisión preventiva, que ha dejado, para algunos expertos, fuera de la ley a personas que delinquen. Ciertos fenómenos delictivos que han sembrado violencia y muerte en zonas con dominio de la delincuencia organizada, no fueron considerados en la reforma, como la portación de armas de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas y del robo de combustible.

Las deficiencias en la aplicación del nuevo sistema penal se acrecientan por la resistencia del personal involucrado como jueces, abogados defensores y policías, que no sólo no confían en el sistema, lo perciben impositivo, o lo desconocen; sumado a que aún prevalecen vicios del sistema penal anterior. Los defensores del sistema penal acusatorio argumentan que no se trata del sistema en sí, sino de las fallas en su aplicación por la falta de capacitación y profesionalización de los operadores.

Los aciertos, vacíos y fallas en el actual sistema penal garantista, que han enfrentado posturas de contrarreforma porque perciben desprotección de los derechos humanos, contra

posturas pro-endurecimiento de las penas por vacíos en la ley, no eximen la responsabilidad de las autoridades encargadas de la justicia por el aumento inusitado de la violencia en todo el territorio mexicano.

El problema de la seguridad pública, al menos en México, es difícilmente ajeno a la delincuencia organizada (que opera con más de 20 delitos), complejizándose aún más, por las polémicas cifras disímiles entre las propias dependencias oficiales sobre los índices de violencia, delincuencia y muerte, “maquilladas” para atraer inversión económica. No obstante, la comunidad internacional está atenta y obligada a informar sobre las condiciones de seguridad en países con altos índices de violencia, a tal grado que Estados vecinos, Canadá y Estados Unidos, así como otros de la Comunidad Europea, España, Francia y Gran Bretaña han generado alertas sobre los peligros de visitar o radicar en México.

A la delincuencia organizada se le percibe como el gran mal que aqueja a México, el CNPP señala expresamente el régimen de excepción por los ilícitos que cometen, empero, el grave problema recae en las medidas cautelares aplicadas a enemigos políticos o públicos, o por el contrario, cuando gobernantes y funcionarios de todos los niveles se coluden con organizaciones de la delincuencia organizada, sin aplicarles la ley. Los males persistentes en las instituciones de procurar, administrar e impartir la justicia han sido, y son, la corrupción y la impunidad con cifras alarmantes.<sup>65</sup> En México, por las características tradicionales de las relaciones entre poderes del Estado, la confianza e independencia del poder judicial hacia el poder ejecutivo, han sido puntos constantemente cuestionados.

Finalmente comentamos que han sido erróneas las estrategias que han seguido los dos últimos gobiernos federales, a los cada vez mayores problemas en materia de seguridad. El enfrentamiento ha sido con mayores costos para el erario público y con mayores medidas punitivas: el Ejército continúa en las calles suscitándose más enfrentamientos con y entre los criminales con consecuencias extremas para una sociedad civil lastimada por el creciente número de muertos y de desaparecidos. La violencia es el vivir cotidiano de todo aquel que radique en suelo mexicano. En consecuencia, consideramos que el cambio en la inversión pública debe tener como ejes esenciales, la educación y el empleo. Más que centros penitenciarios, se requieren políticas públicas de acceso gratuito a la educación en sus distintos niveles, así como la creación de fuentes reales de pleno empleo.

<sup>65</sup> México ocupa el lugar 58 de 59 países encuestados con mayores índices de impunidad, ésta se mide por seguridad, justicia y derechos humanos. Juan Antonio Le Clercq, Ortega y Gerardo Rodríguez Sánchez Lara (coords.), Índice global de impunidad México. IGI-MEX 2016 (México, CESIJ-UDLAP, 2016.) Sobre la corrupción: México se ubicó en 2016 en el lugar 123 entre 176 países encuestados. Este índice internacional mide entre otros puntos: libertad de expresión, rendición de cuentas y acceso igualitario al sistema de justicia. Transparency International. The Global Coalition Against Corruption, Corruption Perceptions Index 2016, 25 January 2017. [https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016). Acceso 01/07/2017.

Se requiere generar cultura de la prevención, más que de la represión; de la confianza en la justicia, en lugar de la corrupción e impunidad. Queda claro, que sin tomar medidas radicales por más reformas penales y programas de seguridad pública que implemente el Estado mexicano, los índices de violencia y delincuencia no aminorarán.

---

Para citar este artículo: Alicia Hernández de Gante, “Reforma penal en México ¿Mayor seguridad o mayor violencia?”, <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1474>, en *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 1510-3714: 137-163.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Icaza Longoria, Emilio, «La reforma constitucional sobre justicia penal y seguridad pública», en Sergio García Ramírez y Olgas Islas de González Mariscal (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de justicia penal* (México, UNAM, INACIPE, 2010), 299-307.
- Banco Mundial, “La ONU y el Estado de derecho”, s/f. <https://www.un.org/ruleoflaw/es/un-and-the-rule-of-law/world-bank/>. Acceso 30/01/2017.
- Buscaglia, Edgardo, *Vacíos de poder en México. Cómo combatir la delincuencia organizada* (México, Debate, 2013).
- Carrasco Solís, Javier, “Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares”, *Proyecto Presunción de Inocencia en México, Open Society Justice Initiative*, (noviembre 2009). <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/819.pdf>. Acceso 15/07/2017.
- Centro de Seguridad e Investigación Nacional, *Diferencias entre seguridad nacional y seguridad pública* (México, SEGOB-CISEN, 2014).
- Código Nacional de Procedimientos Penales, (DOF, 5 de marzo de 2014).
- Curcó, Felipe, *La guerra perdida. Dos ensayos críticos sobre la política de combate al crimen organizado 2006-2010* (México, Ediciones Coyoacán, 2010).
- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF, 18 de junio de 2008).
- Duce, Mauricio, y Cristian Riego, *Proceso penal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

- Fernández Mendoza, Jr., Erasmo, “Calderón usó la palabra ‘guerra’ desde 2006”, 9 de diciembre de 2001, Comunidad Virtual de Periodistas. <http://www.periodistasenlinea.org/09-12-2011/27917>. Acceso 07/01/2017.
- Ferrajoli, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Tomo 1 (Buenos Aires, Hammurabi, S.L., 2013).
- Fix-Fierro, Héctor, “La reforma judicial en México: ¿De dónde viene? ¿Hacia dónde va?”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Vol. 1, No. 2, (2003), 252-324.
- Galindo Ceballos, Enrique, “La reforma penal de 2008 y la seguridad pública: retos y perspectivas”, en Arely Gómez González (coord.), *Reforma Penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México* (México, INACIPE, 2016), 355-366.
- Gobierno Federal, *Reforma constitucional de seguridad y justicia. Guía de consulta. ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma* (México, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores, 2008).
- Grupo de Acción Financiera de Latinoamericana, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Las recomendaciones del GAFI, FATF* (2017) [http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las\\_Nuevas\\_40\\_Recomendaciones.pdf](http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf). Acceso 28/08/2017.
- Guzmán Rincón, Andrés, *La reforma judicial del Banco Interamericano de Desarrollo en América Latina: caracterización, conceptualización y tendencia Pro-mercado* (Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011).
- Hernández de Gante, Alicia, “Entre las reformas estructurales del Estado mexicano y la violencia” en Del Alizal Arriaga, Laura (coord.) *Relaciones entre poderes del Estado: Acuerdos y Divergencias* (México, Anthropos-UAM, 2015), 131-148.
- Human Rights Watch, *Informe Mundial 2016. México. Eventos de 2016* (New York, HRW, 2016).
- Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos Ejecuciones, desapariciones y tortura en la “guerra contra el narcotráfico” de México* (9 de noviembre de 2011). <http://www.hrw.org/es/report/2011/11/09/ni-seguridad-ni-derechos/ejecuciones-desapariciones-y-tortura-en-la-guerra-contra>. Acceso 07/11/2016.
- INACIPE, *ABC del nuevo sistema de justicia penal en México*, 5ª ed. (México, INACIPE, 2011).
- Iniciativa Mérida, Embajada y Consulados de Estados Unidos en México. <https://mx.usembassy.gov/es/nuestra-relacion/temas-bilaterales/iniciativa-merida/>. Acceso 03/07/2017.

- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Datos preliminares revelan que en 2016 se registraron 23,953 homicidios”, Estadística de mortalidad, INEGI, 26 de julio de 2017. <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/registros/vitales/mortalidad/default.aspx>. Acceso 27/07/2017.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Resultados de la Primera Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL), INEGI, 26 de julio de 2017. [http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enpol/enpol2017\\_07.pdf](http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enpol/enpol2017_07.pdf). Acceso 26/07/2017.
- Le Clercq, Ortega, Juan Antonio y Gerardo Rodríguez Sánchez Lara (coords.), Índice global de impunidad México. IGI-MEX 2016 (México, CESIJ-UDLAP, 2016.).
- Lee, David, “Reforzar medidas cautelares”, *Manual de Seguridad para la Prevención de Delitos*, 30 julio de 2017. [http://www.manualdeseguridad.com.mx/seguridad\\_newsletter/](http://www.manualdeseguridad.com.mx/seguridad_newsletter/). Acceso 30/07/2017.
- Ley General del Sistema de Seguridad Pública (DOF, 2 de enero de 2009) Última reforma, 26 de junio de 2017.
- Lista, Carlos A., “La justicia en riesgo: el Banco Mundial y las reformas judiciales en Latinoamericana”, en *Anuario XI 2008* (Buenos Aires, CIJS-UNC, 2009), 739-758.
- Luna Castro, José Nieves, “Introducción y características generales del nuevo sistema de justicia penal”, en *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional* (México, Poder Judicial de la Federación, 2011), 25-52.
- Manzo, Alejandro G., “La reforma judicial en América Latina. Globalización y desigualdad social: Acceso a la justicia”, Red de Sociología Jurídica en América Latina y el Caribe, 13 de abril de 2011. <https://sociologiajuridica.org/category/publicaciones/page/14/>. Acceso 20/04/2017.
- Merino, José y Carolina Torreblanca, “Sistema acusatorio y violencia: lo que dicen los datos” 12 de julio de 2017. <http://www.animalpolitico.com/blogueros-salir-de-dudas/2017/07/12/sistema-acusatorio-y-violencia-lo-que-dicen-los-datos/> Acceso 28/07/2017.
- México Evalúa, *La cárcel en México: ¿Para qué?* (México, CIDAC, 2013).
- México Evalúa. *Hallazgos 2016. Seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México* (México, CIDAC, 2017).
- Moreno Hernández, Moisés, “México”, en Julio, B. J Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik (coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina* (Argentina, KAS, MPI, 2000), 543-604.

- Negrete, Layda, “Reforma penal niega el derecho a la defensa: abogados”, (México, Red Nacional de Juicios Orales-México Evalúa, 10 de mayo de 2016).
- O’Donnell, Guillermo, “Democracia y Estado de derecho”, en *Journal of Democracy*, Vol. 15, No. 4, octubre, (2004), 32-46.
- Piñeyro, José Luis, “Geopolítica y seguridad en AML: vision histórica y teórico-política”, en *Sociológica*, Año 9, No. 25, mayo-agosto (1994), 26-41.
- Procuraduría General de la República, *Reforma al sistema penal* (México, PGR, 2014).
- Programa de Seguridad Nacional, 2014-2018. Una política multidimensional para México en el siglo XXI, Consejo de Seguridad Nacional (DOF, 30 de abril de 2014).
- Programa Nacional de Procuración de Justicia, 2013 – 2018 (DOF, 16 de diciembre de 2013).
- Rico, José María, *Justicia penal y transición democrática en América Latina* (México, Siglo XXI, 1997).
- Sarkesian, Sam C., John A. William, & Stephen J. Cimbala, *U. S. National Security: Policymakers, Processes, and Politics*, 5<sup>th</sup> edition (USA, Lynne Rienner Pub, 2012).
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Modelo homologado de UMECAS, Comisión Nacional de Seguridad, SEGOB. [http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/Modelo\\_homologado\\_de\\_UMECAS.pdf](http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/Modelo_homologado_de_UMECAS.pdf). Acceso 17/07/2017.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El sistema penal acusatorio en México: estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación* (México, SCJN, 2008).
- Tesis Jurisprudencial P./J. 36/2000, 9<sup>a</sup> Época, Pleno (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta XI, abril de 2000), 552.
- Tesis Jurisprudencial P./J. 38/2000, 9<sup>a</sup> Época, Pleno (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta XI, abril de 2000), 549.
- Transparency International. The Global Coalition Against Corruption, *Corruption Perceptions Index 2016*, 25 January 2017. [https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016). Acceso 01/07/2017.
- UNODC, *Convención Nacional de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (Viena, Nueva York, ONU, 2004).
- Witker, Jorge y Carlos F. Natarén, *Tendencias actuales del diseño del proceso acusatorio en América Latina y México* (México, UNAM-IIJ, 2010).
- Zepeda Lecuona, Guillermo, “Directrices y referentes muy pertinentes frente a los desafíos de la reforma penal”, en *Desafíos de la implementación de la reforma penal en México* (México, INACIPE, CIDAC, 2010), 9-14.



# **JURISPRUDENCIA COMENTADA**

---



# La educación religiosa de los niños y su propia libertad. Juzgado de Familia N° 3 - La Plata (Provincia de Buenos Aires), “T. G. D. C/ I. R. E. S/ Alimentos”, Causa N° 119061

*Dr. Juan G. Navarro Floria<sup>1</sup>*

<sup>1</sup>Pontificia Universidad Católica Argentina

navarro@nfla.com.ar

<https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1477>

**RESUMEN:** A partir de una sentencia judicial (que se transcribe al final) en este artículo se reflexiona acerca de los niños como sujetos del derecho a la libertad religiosa y los posibles conflictos que pueden plantearse entre los padres en relación con la educación religiosa de los hijos, recordando que a aquellos les corresponde tanto guiar al niño en su iniciación religiosa, como elegir el tipo de educación que ha de recibir.

**PALABRAS CLAVE:** educación, libertad religiosa, patria potestad, niños.

---

## EL CASO

Según lo que puede reconstruirse a partir del texto de la sentencia de la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial de La Plata (provincia de Buenos Aires), los hechos serían los siguientes: se trata de una niña de cuatro años, cuyos padres no conviven (no está claro si están divorciados o nunca se casaron). La niña está bautizada en la Iglesia Católica, por una decisión tomada conjuntamente en su momento por padre y madre. Con posterioridad a la separación, la madre habría adherido a la religión de los Testigos de Jehová, y pretendido introducir a la pequeña en prácticas de esa confesión religiosa. El padre solicitó una medida cautelar consistente en la prohibición de innovar respecto de la religión de la niña y, consiguientemente, en la prohibición a la madre de hacerla “participar de actos, reuniones, peregrinaciones y campañas de divulgación de la fe” que ahora ella profesa.

La medida cautelar fue rechazada. Sin embargo, inexplicablemente, la decisión fue apelada por la madre, y aparentemente consentida por el padre. La Cámara rechazó la apelación con el razonable fundamento de que lo resuelto en la instancia anterior no causaba agravio a la apelante. No obstante, realizó una serie de afirmaciones que interesa comentar acá.

---

## LOS NIÑOS COMO SUJETOS DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

El conflicto planteado se refiere indudablemente al ejercicio de una de las libertades fundamentales, como es la libertad religiosa. Se trata de un concepto más amplio que la tradicional “libertad de culto” (que es una de sus especies o derivaciones), y está formulada hoy en algunos de los tratados internacionales de derechos humanos que tienen en la Argentina jerarquía constitucional.

De entre ellos cito uno: el Pacto de San José de Costa Rica que expresa en su artículo 12<sup>1</sup>:

Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás

Retengamos que el derecho es reconocido, en estos tratados, a “toda persona”. Los niños, obvio es decirlo, también son personas. Por lo tanto, titulares de este derecho. De eso se hace cargo la Convención sobre los Derechos del Niño, también con jerarquía constitucional (art.75 inc.22 CN) cuando expresa (art.14.1): “Los Estados Parte respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

Sin embargo, es claro que los niños necesitan recibir una educación o iniciación que les permita poder hacer consciente y libremente, y sostener, sus propias opciones. Por eso, la propia Convención continúa diciendo (art.14.2): “Los Estados Parte respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Se trata de una aplicación específica de un principio más general, contenido en el art.5 de la misma Convención:

Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Ese derecho y deber de los padres de guiar a sus hijos está también presente en los tratados generales de Derechos Humanos. Así, el Pacto de San José de Costa Rica dispone

---

1 Una norma equivalente es el art.18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sigue a su vez al art.18 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ambos con jerarquía constitucional (art.75 inc.22) al igual que el citado Pacto de San José de Costa Rica. Hay otros instrumentos internacionales, con y sin jerarquía constitucional, que completan la protección de la libertad religiosa; ver Juan G. Navarro Floria, Norberto Padilla, Octavio Lo Prete, *Derecho y Religión. Derecho Eclesiástico Argentino* (Buenos Aires: EDUCA, 2014), 31.

(art.14.4): “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Una norma equivalente es el art.18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se complementan con otras, como el art.13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dice:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

De manera coincidente, la Ley 26061 (art.19) reconoce la libertad religiosa de los niños, niñas y adolescentes, en estos términos:

**Derecho a la libertad.** Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad. Este derecho comprende: a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos.

De lo dicho sintéticamente hasta aquí y siempre en el contexto del deber del Estado de proteger la libertad religiosa, y del derecho de todas las personas (incluyendo a los niños) a gozar de ella, podemos extraer las siguientes primeras conclusiones:

- a) los niños tienen derecho a la libertad religiosa,
- b) los padres tienen derecho y deber de proporcionar a los hijos guía, orientación y educación en materia religiosa.

Si recordamos que de la misma Convención sobre los Derechos del Niño se deduce la idea de que los niños van ganando progresivamente autonomía, lo que ha sido erigido en un “principio” por el Código Civil y Comercial argentino (art. 639), podemos agregar una tercera conclusión:

- c) en la medida en que el niño va madurando y ganando madurez, aumenta su autonomía (también en materia religiosa) y correlativamente disminuye la facultad de los padres de guiarlo o tomar decisiones por él.

En este marco, en el caso que comentamos asoman por lo menos dos de los conflictos propios de esta materia, que podemos formular como preguntas:

¿A partir de qué momento puede el niño tomar decisiones autónomas en materia religiosa?<sup>2</sup>

Mientras llega ese momento (que podría plantear nuevos problemas, como el eventual conflicto entre el niño y sus padres por una elección de aquel divergente con la preferencia de estos), ¿qué ocurre si hay desacuerdos entre los padres en el ejercicio de su función de guías y formadores del hijo en materia religiosa?

---

## LAS DESAVENENCIAS ENTRE LOS PADRES EN MATERIA RELIGIOSA

Las normas citadas más arriba son claras al reconocer a “los padres” una serie de derechos referidos a la educación de los hijos, en general y en materia religiosa en particular. Esas normas sirven tal como están, para dirimir un eventual conflicto entre la familia y el Estado (por ejemplo, porque éste desconociera los derechos reconocidos a los padres y pretendiera imponer una educación religiosa o moral contraria a la elegida por ellos), o incluso entre los padres y un tercero ajeno a la familia. En esos casos, es clara la preeminencia otorgada a la familia y a los padres.

El problema, que se plantea en el caso analizado, es cómo dirimir un conflicto **entre** los padres, siendo ambos titulares en paridad de condiciones del derecho de orientar y educar religiosamente al hijo<sup>3</sup>. Este conflicto no lo resuelven las normas generales de los tratados internacionales, y ha recibido diversas soluciones en el pasado.

Una primera y algo tosca respuesta, actualmente inaceptable, consistió en decir que en la Argentina existe una religión “preferida” por el Estado, como es la religión católica, y que, por lo tanto, en la duda había que educar a los niños en la religión católica. Este criterio hoy resulta indefendible tanto política como jurídicamente, además de ser inaplicable cuando la oposición se plantea entre dos religiones distintas de la católica (por ejemplo, padre ateo y madre judía, o padre islámico y madre evangélica, o cualquier otra combinación).

---

2 Sobre esta cuestión ver María Moreno Antón, *Multiculturalidad y libertad religiosas del menor de edad* (Madrid: Fundación Universitaria española, 2007). También, Isidoro Martín Sánchez, “Minoría de edad, libertad religiosa y salud”, en *Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls* (Madrid: IUSTEL, 2013), 604.

3 Huelga decir que es un principio aceptado en el Derecho Internacional de los derechos humanos, y también en el derecho argentino interno, la completa paridad entre padre y madre o, dicho con la terminología impuesta en el vigente CCC, “los progenitores”.

En otros casos se razonó atendiendo a las decisiones previas de la pareja, asignándoles carácter vinculante para el futuro. Así, si la familia había sido fundada en un determinado contexto religioso (por ejemplo, habiendo contraído matrimonio religioso), se entendió que existía un compromiso implícito de educar a los hijos en esa fe entonces compartida. Por lo que, el posterior abandono de la fe común por parte de uno de los progenitores, no habilitaba a modificar unilateralmente ese acuerdo previo<sup>4</sup>. Que se veía reforzado si además los hijos hubieran sido ya iniciados en la religión inicialmente compartida (bautizados, circuncidados, etc.). Ciertamente, la idea vale cualquiera fuere la religión involucrada (no sería admisible, por ejemplo, sostenerla si los cónyuges eran ambos católicos y uno se convierte al hinduismo, pero no si ambos son musulmanes y uno se convierte al cristianismo).

La jurisprudencia italiana ha resuelto en ese sentido, precisamente en casos de conversión de uno de los progenitores a la religión de los Testigos de Jehová<sup>5</sup>.

Este razonamiento es valioso y útil. Sin embargo, tiene el inconveniente de no tomar en cuenta que las identidades religiosas son dinámicas, y que existe un derecho subjetivo al cambio de religión. Tampoco toma en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. No es lo mismo el caso de una familia con una identidad religiosa “fuerte” (cualquiera sea ella) donde al tiempo uno de los progenitores muda de credo, o lo abandona, que el caso de un matrimonio que celebró un matrimonio religioso por mera tradición social, y luego uno de los miembros asume un compromiso confesional diverso pero intenso y muy importante para su vida, que intenta compartir con sus hijos.

Un tercer razonamiento, parcialmente semejante al anterior pero no idéntico, pone el acento en la identidad religiosa del niño<sup>6</sup>. La diferencia con el anterior es que atiende no tanto a la identidad originaria de los padres, sino a la del niño mismo. Lo que tiene un sustento normativo importante, que podemos encontrar en la misma Convención sobre los Derechos del Niño. Ella dice (art.8): “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Y más específicamente, aunque en relación con niños “privados de su medio familiar”, el art.20.3 determina que “se prestará particular atención a la conveniencia de que haya

---

<sup>4</sup> Ver por ejemplo, CNCiv, sala A, 6/9/63, ED 5-618 y LL 113-514.

<sup>5</sup> Cfr. Rafael Navarro-Valls, «Matrimonio, familia y libertad religiosa», en *La Libertad Religiosa. Memoria del IX Congreso de Derecho Canónico* (México: UNAM, 1995), p.212. En casos así se ha llegado incluso en países europeos a privar de la custodia de los hijos a la madre que cambió de religión, lo que ha sido descalificado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como contrario a la convención europea en la materia (Cfr. Javier Martínez-Torrón, “La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea”, *ADEE*, vol. IX (1993), pp. 53-87).

<sup>6</sup> Apparentemente éste habría sido uno de los argumentos del padre en el caso comentado, para solicitar sin éxito la medida cautelar que buscaba.

continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”. También el art.30, referido a niños pertenecientes a minorías, menciona a la propia religión como elemento constitutivo de la identidad<sup>7</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que existe una violación del derecho a la identidad cuando un niño sustraído a sus padres es criado en un entorno religioso diferente del de su origen<sup>8</sup>.

El criterio de continuidad en la educación religiosa de los niños es el generalmente seguido en Europa, aunque ha sido puesto en duda en una controvertida sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>9</sup>.

En el caso comentado, la decisión parece haber sido distinta. Tomando nota del hecho de que ambos progenitores practicaban distintas religiones, la opción fue dejar que la niña recibiese educación de parte de ambos. Según la sentencia atribuye haber dictaminado a un cuerpo pericial, “permitir que ambos progenitores den educación religiosa conforme a sus creencias, facilita ‘una circulación lo más amplia posible, en ambos contextos parentales, asegurándole a la niña la mayor diversidad de opciones educativas y religiosas’”, evitando así “un camino prefijado”.

Para el Tribunal, esa sumatoria de educaciones religiosas contrapuestas es lo que conviene al interés superior del niño. Parece muy dudoso que así sea.

El razonamiento sería válido si se estuviera hablando, por ejemplo, de idiomas. Si en la casa del papá se habla español y en la casa de la mamá se habla italiano, es una ventaja para los hijos aprender los dos idiomas. Pero la religión es algo distinto, porque por su propia naturaleza, cada religión es excluyente de las demás y tiene pretensión de exclusividad.

No se trata de un deseable conocimiento intelectual de las diversas tradiciones religiosas, sino de una demanda de adhesión personal, del corazón, vital. Y esa adhesión no puede darse simultáneamente a dos religiones, sobre todo si entre ellas media un mutuo rechazo o acusación de falsedad, como ocurre en el caso que nos ocupa. Más que ofrecer a la niña diversidad de opciones, lo que probablemente ocurra es que se le provoque una enorme confusión y tensión interior.

---

7 El derecho de los niños a conservar su identidad religiosa en caso de adopción fue reconocido por la jurisprudencia argentina: CNCiv, sala G, 5/2/92, “E, N. c/B.S.”, ED 150-381. Coincide con lo expresado por la Declaración Internacional contra la Eliminación de toda forma de Discriminación fundada en la Religión o las Convicciones, aprobada por la Asamblea de la ONU el 25/11/1981, cuando dispone (art.5.4): “Cuando un niño no se halle bajo la tutela de sus padres o de sus tutores legales, se tomarán debidamente en consideración los deseos expresados por aquellos o cualquier otra prueba que se haya obtenido de sus deseos en materia de religión o de convicciones, sirviendo de principio rector el interés superior del niño”.

8 Corte Interamericana De Derechos Humanos, Caso Contreras y otros vs. el salvador, sentencia de 31 de agosto de 2011.

9 TEDH, 23 de junio de 1993, caso Hoffman c. Austria. Se trataba precisamente de una madre de una hija de corta edad, convertida en Testigo de Jehová. En el mismo sentido, 16 de diciembre de 2003, caso “Palau-Martinez c. Francia”.

En definitiva, la solución arribada parece salomónica y aparentemente neutral, pero en mi modesta opinión es totalmente desacertada. Es claro que este es uno de esos temas en los que los jueces no son las personas más idóneas para decidir, aunque parezca paradójico, pero es lo que mandan las normas como consecuencia inevitable de la estricta paridad de derechos entre los progenitores (art.642 CCC): “En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público”.

Todo hace pensar que, si la niña había sido ya iniciada en la religión católica, que era la común de ambos progenitores al tiempo de su nacimiento, la decisión razonable era mantener esa situación hasta tanto ella estuviese en condiciones de tomar otro camino. La religión forma parte de la identidad de la persona. Ciertamente es parte del aspecto “dinámico” de la identidad, que puede verse modificado en el tiempo. Pero por decisión propia, y no impuesta o inducida. Va de suyo que lo mismo habría que decir, si la religión original de la niña hubiese sido otra.

---

## LA ELECCIÓN RELIGIOSA DE LOS MENORES

La otra cuestión que sobrevuela la sentencia es la posibilidad de que sea la propia niña la que haga su elección religiosa. Como principio, es inobjetable. El problema en el caso concreto es que se está hablando de una niña de cuatro años.

Ni los tratados internacionales ni la ley interna argentina han definido el momento exacto a partir del cual el menor de edad puede hacer sus propias elecciones religiosas, incluso contraviniendo los deseos de los padres. Como antes dijimos, la cuestión de la elección religiosa nos coloca frente a una especie de balanza. De un lado está la orientación, guía y educación de los padres (dejando aparte por un momento el problema eventual de la divergencia entre ellos), y del otro lado el derecho del niño a sus propias elecciones religiosas. En el momento inicial “pesa” mucho más el primer platillo: son los padres los que educan, insertan al niño en su propia comunidad religiosa, lo inician en las prácticas y le inculcan la doctrina. Con el tiempo, el niño va madurando y teniendo aptitud de hacer su propio discernimiento, con lo que ambos platillos se equilibran hasta que, en algún momento, es el hijo el que decide.

La pregunta es si ese momento de decisión coincide con la mayoría de edad en la que el hijo se emancipa de sus padres, o es anterior. Todo indica que es anterior.

La mayoría de edad se relaciona con la capacidad para celebrar actos jurídicos. La elección religiosa pertenece más bien al ámbito del discernimiento, que como sabemos se adquiere antes que la capacidad (en nuestro derecho, a los trece años para los actos lícitos, como es el caso). Aunque en rigor de verdad tampoco se trata de tener el discernimiento necesario para la voluntariedad de los actos, sino algo más específico y propio de los derechos personalísimos: la competencia.

La competencia consiste en la aptitud de comprender plenamente las consecuencias de la decisión de que se trate. No depende de un límite temporal rígido, sino de haber alcanzado el grado de madurez necesario, que debería ser apreciado caso por caso (respecto de cada persona, y respecto de la misma persona con relación a cada tipo de actos o conducta de que se trate). El CCC, que asume como “principio” el respeto de la autonomía progresiva de los menores según su grado de madurez (art. 639 inc. b<sup>10</sup>), trae una aplicación concreta del concepto en el art.26, referido a las decisiones sobre el propio cuerpo.

¿Puede aplicarse analógicamente en criterio del art.26 a las elecciones en materia religiosa? En principio pareciera que sí. En tal caso, la edad para tomar decisiones aún en contra de la voluntad de los padres sería en principio los dieciséis años (y no los trece, en que se alcanza el discernimiento). Sin embargo, hay que notar que el mismo CCC requiere la mayoría de edad (o, en otros términos, exige el asentimiento de ambos padres mientras se trate de un menor) para una decisión relevante en esta materia, como es el «ingreso en comunidades religiosas» (art. 645).

En cualquier caso, sea la edad para hacer una elección en materia religiosa los trece, los dieciséis o los dieciocho años, ciertamente no lo es los cuatro años.

En ese sentido, es atinado el argumento que habría presentado la madre acerca de “la inmadurez de la niña para decidir lo que es conveniente para su educación espiritual”. Aunque la Cámara aclara que “no se trata en el caso de dejar librado a la voluntad de J. -de cuatro años- qué es lo conveniente para su vida”, sino de hacer un llamado a los padres a que en el ejercicio de sus derechos resguarden “el interés superior” de la niña. Concepto cuyo alcance, como suele ocurrir, queda en la nebulosa. “No es la niña J. quien ha de decidir qué es lo que debe hacer en cada caso, sino sus padres debiendo, toda decisión que la involucre,

---

10 “La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: ... b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”.

estar guiada por su “superior interés”, que atienda a sus necesidades reales en el marco concreto de su desenvolvimiento integral” (sic).

En definitiva, una poco práctica expresión de buenas intenciones. Seguramente el padre considerará que el “interés superior” de su hijita es ir a misa el domingo y asistir al catecismo en la parroquia. Y la madre considerará que ese mismo “interés superior” es llevarla a repartir revistas religiosas por las casas y concurrir al “salón del Reino” a ser adoctrinada. Con lo cual, “J.” posiblemente deba asistir un domingo a un lugar donde le digan que los Testigos de Jehová (entre ellos su madre) son una secta desviada, y el domingo siguiente a un salón donde le digan que los católicos (entre ellos su padre) son adoradores de Satanás.

Ya señalaba esto mismo hace años, con agudeza, Rafael Navarro-Valls:

en estos supuestos debe exclusivamente tenerse en cuenta el interés del niño, sin artificiosas construcciones que, al intentar ser supuestamente respetuosas con el derecho de libertad religiosa de los padres, en el fondo desconoce la dinámica propia del factor religioso y de las convicciones en él sustentadas. Por ejemplo, cuando se observa que no está demostrado que la “iniciación simultánea a dos religiones sea perjudicial para el niño”, como expediente para equilibrar los derechos de libertad religiosa de padres con religiones o creencias distintas, se utiliza el típico argumento conciliatorio que, si tal vez mitiga las pasiones encontradas, es evidente que deja insatisfechas las inteligencias. Nos encontramos aquí con uno de esos supuestos en que la jurisprudencia enjuicia manifestaciones de la libertad religiosa como si se estuviera ante meras elecciones de conveniencia: y eso, como se ha dicho, es “tratar a la religión como si fuera un hobby.”<sup>11</sup>

---

## CONCLUSIÓN

Ciertamente no estamos ante un caso de fácil resolución. Y tampoco es posible opinar en concreto sin conocer las particularidades del mismo caso y de las personas involucradas, las motivaciones que guiaban realmente a cada uno, el estilo de relación entre esos padres más allá de su desavenencia religiosa, y tantos otros elementos necesarios para una visión completa del asunto.

Es loable que se haya querido enfocar el caso desde la perspectiva de la libertad religiosa, que es el bien jurídico a resguardar. Tanto la de los padres, como la de la hija, que es también titular de ese derecho.

Hay sensatez en la afirmación de que no corresponde a la niña de cuatro años tomar decisiones en materia religiosa. Sin embargo, no queda claro cómo se evitará que ella sea víc-

---

11 Rafael Navarro-Valls, “Matrimonio, familia y libertad religiosa”, *ADEE* vol. XII (1996), p.394.

tima de un tironeo que claramente no está en condiciones de resolver o superar, si no media diálogo y prudencia por parte de los padres. Y si los padres ya han llegado a los Tribunales por este asunto, es de temer que no estén en las mejores condiciones para afrontar la situación.

Da la impresión de que los jueces han eludido resolver un conflicto, y que las consecuencias al final de día las sufrirá la niña. Por mucho que se invoque su “interés superior”.

Es algo que no debería sorprender. Como enseña Rafael Palomino<sup>12</sup>,

Habitualmente los Tribunales civiles pretenden, en la medida de lo posible, dejar de lado la cuestión de la libertad religiosa de los cónyuges y de los hijos cuando se les presenta un matrimonio en crisis y resulta necesario decidir sobre la custodia de los hijos y, en consecuencia, sobre su educación religiosa. La razón es clara: apenas se entra en contacto con esta delicada materia —la religión de los ciudadanos— el Estado puede estar abandonando su posición de neutralidad, o violentando de forma sutil la inmunidad de coacción que la libertad religiosa exige.

El problema es que los jueces tienen el deber de resolver los casos llevados a su conocimiento. Aun los que parecen insolubles, como éste.

---

Para citar este artículo: Juan G. Navarro Flória, “La educación religiosa de los niños y su propia libertad. Comentario de jurisprudencia”, <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1477>, en *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 1510-3714, 167-180.

---

## BIBLIOGRAFÍA

Martín Sánchez, Isidoro “Minoría de edad, libertad religiosa y salud”, en *Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls* (IUSTEL, Madrid, 2013).

Martínez-Torrón, Javier, “La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea”, ADEE, vol. IX (1993).

Moreno Antón, María, *Multiculturalidad y libertades religiosas del menor de edad* (Madrid, 2007).

Navarro Flória, Juan G., “Patria potestad, elección de colegio y educación religiosa de los hijos”, en *ED Familia*, nº 32 (septiembre 2012) p.17.

---

<sup>12</sup> Rafael Palomino, “Familia y libertad religiosa”, en <http://eprints.ucm.es/6010/1/shivalencia.pdf> (visto el 23/11/2016)

Navarro Floria, Juan G.; Padilla, Norberto y Lo Prete, Octavio, *Derecho y Religión. Derecho Eclesiástico Argentino* (Buenos Aires, EDUCA, 2014).

Navarro-Valls, Rafael «Matrimonio, familia y libertad religiosa», en *La Libertad Religiosa. Memoria del IX Congreso de Derecho Canónico* (UNAM, México, 1995).

Palomino, Rafael, “Familia y libertad religiosa”, en <http://eprints.ucm.es/6010/1/shivalencia.pdf> (visto el 23/11/2016).

JUZGADO DE FAMILIA N° 3 - LA PLATA (Provincia de Buenos Aires),  
“T. G. D. C/ I. R. E. S/ ALIMENTOS”, Causa N° 119061

La Plata, 17 de Julio de 2015.

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:

I. Vienen las presentes actuaciones a fin de resolver el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto a fs. 132/141 vta. contra el auto de fs. 120, en cuanto intima a los progenitores de la niña J. T. a abstenerse de contrariar el deseo y voluntad de la niña respecto a su derecho a practicar libremente un culto religioso, en tanto la participación en el mismo no resulte contraria a su interés superior.

II. Sostiene la apelante en la fundamentación de su recurso que el sentenciante no ha ponderado la inmadurez de la niña para decidir lo que es conveniente para su educación espiritual. Agrega que desconoce el derecho de los progenitores a brindar educación moral y religiosa a su hija y que ha atribuido erróneamente perjuicios psíquicos a la niña por recibir educación espiritual. Sostiene que el resolutorio atacado no fundamenta cómo ha de protegerse la integridad psíquica de su hija al ordenarse a sus progenitores a no contrariar sus deseos de acompañarlos a una actividad educativa o espiritual y que hacer recaer en los deseos y voluntad de una niña de 4 años las decisiones relativas a cuánta educación religiosa obtendrá, es lo que precisamente señalan los expertos como perjudicial. Aduna que el pronunciamiento apelado impone una jerarquización subjetiva de la “vida social” por sobre la educación religiosa y plantea como interrogante que pasara si alguna vez asiste a la iglesia y su hija quiere quedarse sola en la casa mirando la televisión, preguntándose que debería hacer. Por último, sostiene que se violenta la libertad de culto. Ofrece prueba documental, confesional, informativa, testimonial y pericial psicológica y ambiental y solicita se designe una audiencia por ante este Tribunal.

III. Liminarmente, cabe señalar que a fin de no dilatar el trámite recursivo y resultando innecesario la celebración de la audiencia peticionada por la apelante en la fundamen-

tación de su apelación atento la cuestión planteada, cabe desestimar el pedido efectuado al respecto (art. 36, C.P.C.C.). Lo propio cabe resolver sobre el ofrecimiento probatorio formulado ante esta Instancia en la fundamentación del recurso en tratamiento (fs. 139 vta./141), debiendo ser igualmente rechazado. Ello así toda vez que en la apelación concedida en relación el procedimiento legal ante la alzada es meramente decisorio, debiendo el Tribunal pronunciarse sobre la base del material producido y agregado en primera instancia (arts. 246, 270 C.P.C.C.).

IV. El resolutorio atacado se dictó como consecuencia del pedido efectuado por el progenitor de la niña J. a fs. 86/94, tendiente a que se decrete como medida cautelar la prohibición de innovar en la elección religiosa de la niña. El señor G. T. solicitó que se prohíba a la madre de su hija hacerla participar de actos, reuniones, peregrinaciones y campañas de divulgación de la religión que aquella profesa –Testigos de Jehová-. En dicha oportunidad el señor T. expresó que J. había sido bautizada en la fe católica por acuerdo de ambos padres y que tal decisión –conjunta- no podía ser variada unilateralmente por la madre. Encontrándose involucrado el interés superior de un niño menor de edad, corresponde analizar desde esta óptica la cuestión traída y que, por las características de los derechos cuya tutela se pretende, se impone se atiendan incluso de oficio (art. 3, inc. 1 y conc. Convención sobre los Derechos del Niño). El “interés superior” de los niños es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de su persona y sus bienes dado y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés puramente abstracto, el que deja de lado toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (conf. SCBA C.102.719, sent. del 30-III-2010, C 111631, S 21/06/2012). La resolución cuestionada rechazó la medida cautelar peticionada e intimó a los progenitores de la niña J. a abstenerse de contrariar el deseo y voluntad de su hija respecto de su derecho a practicar libremente un culto religioso, en tanto la participación en el mismo no resulte contrario al interés superior de la niña, aclarando que con esa libertad no se vulnere el desenvolvimiento normal de su vida cotidiana educativa y social (fs. 120). Como se aprecia de lo expuesto, el auto apelado rechazó la medida cautelar peticionada por el padre de la niña -que estaba enderezada a prohibir que la aquí recurrente introduzca a la hija de ambos a la religión que ella profesa- de manera que el mismo no ocasiona perjuicio alguno a la apelante. Tal resolutorio no hace más que receptar la libertad religiosa y el derecho de ambos progenitores a brindar educación moral y religiosa a su hija, pero respetando el límite del interés superior de la niña. Ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el

desarrollo de su hijo, debiendo ser su preocupación fundamental atender el interés superior del niño (arts. 12, Pacto San José de Costa Rica; 14, 18, Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849). No se trata en el caso de dejar librado a la voluntad de J. –de 4 años de edad– que es lo conveniente para su vida, sino simplemente de fijar como límite de las decisiones de los adultos que tienen a cargo su crianza, respetar el interés superior de quien también tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho a la educación, al juego y a una vida social acorde a su edad (arts. 14, 27, 28, 29, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 75 inc. 23, C.N.; 36 incs. 2, Const. Prov.). El marco de la educación moral y religiosa no puede contraponerse con la obligación de los padres de brindar a sus hijos educación y garantizar su derecho al esparcimiento y vida social acorde con su edad (doct. arts. 14, 31, Convención sobre los Derechos del Niño; 264 ter, Cód. Civil). No es la niña J. quien ha de decidir que es lo que debe hacer en cada caso, sino sus padres debiendo, toda decisión que la involucre, estar guiada por su “superior interés”, que atienda a sus necesidades reales en el marco concreto de su desenvolvimiento integral. El pronunciamiento atacado no prohíbe que la apelante eduque a su hija en la religión que ella profesa, sino que tan sólo respete como límite de ello el interés superior de la niña. De manera que lo recurrido no le ocasiona perjuicio alguno (art. 242, inc. 3, C.P.C.C.). Antes bien, se impone preservar a J. en cuanto sujeto de derechos y no como objeto de obligaciones, respetándosele como ser humano volitivo en etapa de desarrollo, lo que intensifica el deber de cuidado y protección de la niña. En ese orden, se aprecia que el pronunciamiento atacado recepta lo aconsejado por el Cuerpo Técnico, toda vez que al rechazar la cautelar en los términos peticionados y permitir que ambos progenitores den educación religiosa conforme a sus creencias, facilita “... una circulación lo más amplia posible, en ambos contextos parentales, asegurándole a la niña la mayor diversidad de opciones educativas y religiosas contribuirán a evitar una sobreadaptación que luce como un camino prefijado...” (fs. 117 y vta.).

Por todo lo expuesto, el auto apelado debe ser confirmado, con costas (arts. 68, 69, C.P.C.C.).

POR ELLO, se confirma el apelado decisorio de fs. 120, con costas (arts. 68, 69, C.P.C.C.). REGISTRESE. NOTIFIQUESE (art. 135 del C.P.C.C.). DEVUELVA CON CARACTER DE URGENTE. FRANCISCO AGUSTÍN HANKOVITS ANDRÉS ANTONIO SOTO

**La vulnerabilidad de los  
integrantes del núcleo familiar  
en los casos de violencia  
doméstica**  
**Comentario jurisprudencial  
de los autos caratulados  
“CARDOZO, RAMONA c/  
ROSANO, JOSÉ. Violencia  
Doméstica. Ley 17.514”, IUE  
436-283/2017**

*María José Briz\**

\*Universidad Católica del Uruguay.  
mbriz@ucu.edu.uy

*Stephanie Da Rosa\*\**

\*\*Universidad Católica del Uruguay.  
stephaniedarosa5@gmail.com

*Elena Varela\*\**

\*\*\*Universidad Católica del Uruguay.  
mariaelenavr@hotmail.com  
<https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1478>

---

Recibido: 10/09/2017. Evaluado: 10/10/2017. Aceptado: 17/10/2017

**RESUMEN:** Este comentario es un somero análisis de sentencias interlocutorias, producidas durante un proceso por Violencia doméstica. El caso fue llevado por la alumna Stephanie Da Rosa, de 5º año de Abogacía, como trabajo de Consultorio jurídico y bajo la supervisión de las profesoras a cargo. El trabajo es también obra del equipo.

**PALABRAS CLAVE:** violencia doméstica, derecho a la vivienda, interés superior del menor.

**SUMMARY:** This comment is a mere analysis of interlocutory sentences, produced during a process of domestic violence. The case was carried out by the student Stephanie Da Rosa, 5th year of advocacy, as a legal office and under the supervision of the teachers in charge. The work is also the work of the team.

**KEY WORDS:** Domestic violence, the right to housing, best interests of the child.

**RESUMO:** este comentário é uma mera análise de frases interlocutoras, produzidas durante um processo de violência doméstica. O caso foi realizado pela aluna Stephanie da rosa, 5º ano de advocacia, como um escritório legal e a supervisão dos professores responsáveis. O trabalho é também o trabalho da equipe.

**PALAVRAS-CHAVE:** violência doméstica, o direito à habitação, os melhores interesses da criança.

## 1

### INTRODUCCIÓN

Este caso fue gestionado por el Consultorio Jurídico de la Universidad Católica; asignado a la estudiante Stephanie Da Rosa; supervisado y asistido por las docentes Elena Varela y María José Briz.

Correspondió al Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia Especializado de 4.º Turno.

Se encuadra dentro de un caso de violencia doméstica en el cual se involucra a otros integrantes del núcleo familiar, quienes ven vulnerados sus derechos mediante las sentencias dictadas por el tribunal objeto de análisis.

## 2.

### ANTECEDENTES DEL CASO

La Sra. Cardozo se encontraba casada con el Sr. Rosano desde el año 2004. Fruto de ese matrimonio nació su hija menor, Cinthia. Hace aproximadamente tres años, el Sr. Rosano decidió retirarse del hogar. A raíz de este hecho, y habiendo tomado conocimiento la esposa de que el motivo había sido iniciar una relación con otra persona, comenzaron a suscitarse discusiones de diversa índole.

Sin perjuicio de este hecho, la Sra. Cardozo venía padeciendo una situación de agresión y violencia intrafamiliar, traducida en un maltrato psíquico y emocional que lesionó su derecho a la dignidad e integridad personal desde ya hace mucho tiempo.

Los hechos que dieron lugar a la denuncia policial se basaron en que el Sr. Rosano no le dirigía la palabra, la ignoraba, y si le hablaba era para agredirla psicológicamente.

Asimismo le hizo amenazas, tales como que le quemaría la vivienda y la camioneta. En ocasiones ejerció violencia física sobre ella, llegando a tomarla del cuello delante de su propia hija.

Todo ello llevó a la Sra. Cardozo a una situación de constante estrés, temor, desconfianza, así como a un nivel de autoestima muy bajo que no le permitían a formular la correspondiente denuncia. Ella comenzó a hacerse cargo de su hogar, tanto económica como afectivamente, para poder de este modo solventar los gastos y sacar adelante a su familia.

Era consciente de la capacidad de manipulación y agresión del Sr. Rosano, pero a pesar de ello vivió durante tres largos y pesados años en una situación de total sumisión, protegiendo el interés de su menor hija, ya que no tenía medios económicos para mudarse.

A raíz de la situación narrada y como resultado de la escalada del conflicto, durante una discusión tomó un arma de fuego que había en el hogar y se la exhibió al Sr. Rosano. En el mismo momento guardó el arma, pero a raíz del hecho, evaluando la gravedad de su propio gesto, tomó coraje y el 26 de marzo del corriente año formuló la respectiva denuncia, con lo que se judicializó el tema objeto de análisis.

En el caso intervino la Sede de Familia Especializada de 4.º turno, la cual dispuso para el Sr. Rosano prohibición de acercamiento y comunicación a menos de 300 metros del hogar y convocó audiencia para el 27 de marzo. En esa instancia se mantuvieron las medidas de rápida efectividad por un plazo de 20 días.

### 3.

## ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS DICTADAS EN EL CASO

El Juzgado Letrado de Familia Especializado de 4.º turno, frente a la denuncia presentada por las partes, celebró audiencia el 27 de marzo de 2017. Se tomaron declaraciones a ambas partes, quienes ratificaron sus dichos. De las manifestaciones de la víctima surge que recibía de su cónyuge un trato humillante y no soportaba más la convivencia, así como que se encontraba en etapa de diagnóstico de un probable cáncer. Centró el conflicto en la ocupación de la finca, manifestando que no tenía otro lugar para vivir.

El demandado expresó también que el conflicto estaba centrado en quién ocuparía la vivienda y negó haber ejercido violencia sobre la denunciante.

De ambas declaraciones surge que la ocupación de la vivienda era el centro del conflicto. La prueba solicitada por el magistrado reveló que la denunciante presentaba un nivel intelectual marginal, con escasos recursos internos para la resolución de problemas, lo que la hacía vulnerable.

Frente a esta situación, el juez proveyó otorgar a la denunciante un plazo de 15 días a los efectos de que acreditara asistencia al equipo de violencia doméstica de la Médica Uruguaya y al Grupo Pitanga (organización especializada en violencia de género).

Mantuvo la medida de prohibición de todo tipo de comunicación y contacto del denunciado respecto de la denunciante por un plazo de 20 días, estableciendo un radio de exclusión de 300 metros del hogar y de cualquier otro lugar que la denunciante frecuentara. Dispuso que, vencido el plazo, volvieran.

La defensa del denunciado anunció apelación y la fiscalía adhirió a ella.

En el plazo previsto, con fecha 30 de marzo de 2017, la denunciante compareció presentando constancia de haber asistido al Grupo Pitanga y haber sido atendida por un psiquiatra en la Médica Uruguaya.

Vencido el plazo, el 18 de abril de 2017, la fiscal del caso solicitó al juez la convocatoria de audiencia con la mayor brevedad posible, la cual fue convocada por el decreto 1661, del 20 de abril de 2017, para el 3 de mayo de 2017.

El 3 de mayo se celebró audiencia en la que la denunciante manifestó que el denunciado no se había presentado en la casa en ningún momento y que ella continuaba viviendo allí con sus hijas (una en común con el denunciado y otra de un matrimonio anterior), ya que no tenía adónde ir ni los medios económicos para sustentarse.

Planteó la posibilidad de dividir la vivienda para poder “convivir separados”. El fundamento para ello era que el juez había decidido no mantener las medidas dispuestas, lo que sumado a la falta de medios económicos para alquilar otra vivienda hacía de esta opción la única manera de continuar viviendo de una forma lo más digna posible en la finca.

El denunciado declaró estar en situación de calle y manifestó que no encontraba en las características de la vivienda las condiciones para dividirla.

La defensa de la denunciante solicitó una pensión alimenticia provisoria para la menor y que se continuara con la medida de prohibición de comunicación, de acuerdo a lo recomendado por la organización especializada en violencia doméstica.

La defensa del denunciado solicitó el levantamiento de las medidas y el reintegro del denunciado a su hogar de inmediato. En cuanto a la solicitud de pensión por la parte

denunciante, expresó que, si bien no era objeto del proceso, ofrecía una y media base de prestaciones y contribuciones en concepto de pensión a favor de la menor.

El fiscal consideró que, de acuerdo a los hechos denunciados, no se trataba de una situación de violencia en sentido estricto, por lo que correspondería el levantamiento de las medidas dispuestas. No se opuso a la pensión alimenticia y consideró adecuado el monto ofrecido por el demandado.

En dicho estado, el juez dictó la providencia 1938 de 2017, la cual:

1. Fijó una pensión alimenticia provisoria a favor de la menor de una y media base de prestaciones y contribuciones, que se haría efectiva del 1 al 10 de cada mes a través de Abitab S.A., en la que el denunciado asumiría el costo del giro.
2. Procedió al levantamiento de las medidas dispuestas. Otorgó un plazo de 48 horas a los efectos de que el denunciado fuera reintegrado a su hogar, cometiendo para ello a la alguacil de la sede y oficiando a tales efectos a la seccional policial. Cumplido esto, dispuso el archivo de las actuaciones.

Un análisis crítico de esta providencia permite deducir que tanto la fiscalía —que lo manifestó expresamente— como el juez —quien estableció el levantamiento de las medidas dispuestas otorgando un plazo de 48 horas para el reintegro del denunciado a la casa— consideraron que no existía violencia que implicara vulneración o amenaza de un derecho intrínseco al ser humano (fundamento legal de las medidas establecidas en el artículo 13 de la Ley de Violencia Doméstica, 17.514).

Dicha providencia no fue apelada por la parte actora, ya que la víctima estaba de acuerdo en habitar el mismo terreno que el demandando, convirtiendo la finca en dos viviendas independientes, en el entendido de que la convivencia en el mismo hogar era inviable y que la demandante carecía de medios económicos para solventar los gastos que implica mudarse y alquilar otra vivienda con sus hijas.

Es evidente que la situación que generaba dicha providencia no era la ideal para la víctima ni para el demandado, ni tampoco para su menor hija, quien había presenciado hechos de violencia, lo que genera un claro perjuicio psicológico. Sin embargo, en ciertas circunstancias en que no existe disponibilidad de medios económicos, muchas veces este tipo de solución es la única salida viable.

Mientras las letradas patrocinantes de ambas partes gestionaban extrajudicialmente el conflicto planteado sobre cómo se dividiría la vivienda para lograr una convivencia óptima y erradicar el ciclo de violencia que había comenzado años atrás, la víctima tomó conocimiento de la providencia que el juez había dictado con fecha 5 de mayo de 2017 (decreto

2061/2017), a través de la cual amplió el numeral 2 del auto 1938/2017 y dispuso que, dentro del plazo de 48 horas otorgado para el reintegro del denunciado al hogar, la denunciante debía retirarse de este.

Por lo tanto, a tan solo 48 horas de haber dictado la providencia analizada y sin expresión de fundamento alguno, el juez encargado de la causa dictaba una nueva providencia en la que, manteniendo el reintegro del denunciado al hogar conyugal, disponía el retiro de la víctima y, por consiguiente, de las dos hijas que vivían con ella.

Dicha medida carece de fundamento alguno. Deja a la actora y a su hija menor de edad en una situación de total vulnerabilidad y no cumple la ley en su artículo 9, que establece que el juez deberá ordenar todas las medidas que correspondan para proteger la vida y la integridad física y emocional de la víctima, su seguridad y libertad personal, así como la asistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar.

No es comprensible el contenido de dicha sentencia interlocutoria, ni menos aún de su decreto ampliatorio, considerando los hechos que emanan de las declaraciones en audiencia de las partes involucradas, los que a continuación se resumen:

- a. La víctima declara que no cuenta con los medios económicos para retirarse de su hogar con la hija que tiene en común con el denunciado, y deja sentado que el vínculo de la menor con el padre no es bueno debido a los hechos acaecidos. El propio denunciado manifiesta su interés en que la víctima no trabaje a los efectos de cuidar la hija que tienen en común y su voluntad de servir una pensión alimenticia; por lo tanto, queda claro que la tenencia de la menor corresponderá a la madre. Es decir, resulta evidente que decretar que la víctima se retire de la finca implica que también lo hará la menor.
- b. Existe una evidente violación al artículo 18 de la ley, el cual establece que el principio orientador en la toma de las decisiones será el de evitar la victimización secundaria, protegiendo el interés de los menores que estén involucrados.

Frente a esta providencia, y en los plazos legales establecidos, el 8 de mayo de 2017 la Sra. Cardozo interpuso recurso de reposición y apelación en subsidio, ya que aquella les generaba un grave perjuicio a la denunciante y a la menor hija de ambos.

El 10 de mayo de 2017, siendo subrogado el juez interviniente, la jueza que asumió la causa estableció, a través del decreto 2150, que se diera traslado de los recursos interpuestos por el término legal al denunciado y al Ministerio Público, y dispuso que se cumpliera con lo dispuesto en el decreto 1938 de 2017 en todos sus términos, es decir, que el alguacil llevara a cabo el reintegro del demandado y el retiro del hogar de la denunciante.

En ese período, la víctima y su menor hija continuaron viviendo en la casa. El 5 de mayo se presentó allí el hijo del denunciado, quien amenazó a la denunciante con matarla a ella y a su hija —es decir, su propia hermana— si no se retiraba de la vivienda. La víctima denunció el hecho en la seccional correspondiente.

Evidentemente este hecho escaló el círculo de violencia ya existente, al grado de una amenaza de muerte por el hijo del denunciado a la víctima y a su propia hermana, lo cual agravó el deterioro de la relación y generó aún mayor vulnerabilidad en las partes involucradas.

Con fecha 12 de mayo de 2017, la juez dictó la providencia 2191, la cual estableció que, atento a que había asumido la titularidad de esa sede el 9 de mayo, consideraba pertinente revisar la situación planteada y suspender la medida de retiro del hogar de la denunciante. Si bien esto cambió la situación de la víctima en cuanto a que legalmente no debía retirarse del hogar, los hechos acaecidos como efecto de las providencias dictadas la habían dejado, como también a su hija, en un estado de total vulnerabilidad, con el temor de que familiares del denunciado pudieran atentar contra su vida.

La víctima temía por su vida y la de su hija ante el reintegro del demandado a su hogar, por lo que decidió, más allá de lo que la juez había decretado frente al recurso de reposición interpuesto, retirarse del hogar con sus hijas y trasladarse transitoriamente a la casa de una vecina, hasta que pudiera conseguir un lugar donde vivir.

#### 4.

### CONCLUSIONES

La providencia 2061, dictada por el juez el 5 de mayo de 2017, generó agravios, por cuanto padeció de falta de fundamento en lo que respecta al retiro del hogar de la víctima, sin dar cumplimiento al artículo 197 del CGP. El resultado es una resolución totalmente arbitraria.

En primer lugar, si el magistrado actuante entendía que podía cesar las medidas dispuestas y reintegrar al denunciado al hogar (tal como surge de lo dispuesto por providencia 1938/2017), carecía absolutamente de sentido que dispusiera una nueva medida que implicaba el retiro de la víctima de la finca, hecho que contradice el principio de congruencia.

Analizando la ley regulatoria de la materia (ley 17.514) con referencia a su artículo 10, que entre las medidas dispone aquellas tendientes a la protección de la víctima, una de

las cuales es el retiro del agresor y el reintegro de la víctima al hogar, en el caso de autos, con el respeto que merece la sede, se decretó todo lo contrario.

La decisión adoptada ampara al agresor y expone a la víctima y a su menor hija a una situación de mayor vulnerabilidad. Asimismo, la medida no es coherente con el fin que la ley establece en su artículo 1, de erradicar y/o prevenir los hechos de violencia doméstica como forma de proteger los derechos humanos, y los hechos se agravan en una situación en que convive una menor de edad.

También es importante en este marco analizar que la providencia fundamenta el retiro de la víctima del hogar en el hecho de que el denunciado manifestó —aunque no acreditó en autos— ser propietario o tener mejor derecho que la víctima para permanecer en el hogar.

En primer lugar, se trata de una propiedad ubicada en un asentamiento; por lo tanto, no existe documentación que pueda acreditar que sea un bien propiedad del denunciado. Por el contrario, de acuerdo a la prueba que surge de autos (recibos de UTE, OSE y facturas de compra de materiales), la víctima hacía más de dos años que afrontaba los gastos del hogar y le hacía al bien constantes mejoras, lo que generaba ánimo de dueña.

Por otro lado, no corresponde a la sede con competencia de urgencia tomar decisiones en cuanto al derecho que las partes puedan tener sobre un bien (tal como surge de la sentencia 70 de 2013 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno), sino atender a la protección de la parte más débil, víctima y menores de edad, que resulta totalmente ajena a la decisión la situación dominial del bien asiento de hogar familiar.

Haciendo un resumen de las providencias dictadas, los hechos se plantearon de la siguiente manera:

- a. Frente a la denuncia presentada por la víctima se dictaron medidas de no acercamiento, considerando, según surge de autos, que el conflicto estaba centrado en quién ocuparía la vivienda, y el juez dejó constancia de que la denunciante presentaba un nivel intelectual marginal, con escasos recursos internos para la resolución de problemas, lo que la hacía vulnerable.
- b. Se dictó una providencia en audiencia que dispuso reintegrar al hogar al denunciado, generando una situación de vulnerabilidad de la víctima y su hija menor (en común con el denunciado). La situación fue aceptada como única alternativa posible por la víctima, quien trató de buscar una solución de convivencia independiente en el mismo inmueble, ya que no tenía los medios económicos necesarios para alquilar otra vivienda.

- c. Tan solo 48 horas después, sin ningún fundamento de hecho ni de derecho, la sede decidió retirar a la denunciante del hogar e implícitamente a su hija —ya que de autos surge que la tenencia de esta la tendría la víctima—. Esto implicaba dejar a ambas en situación de calle, ya que no tenían dónde vivir.
- d. La denunciante apeló dicha decisión, pero, mientras la sede resolvía, los hechos de violencia escalaron a tal punto que, según surge de autos, la víctima denunció haber recibido amenazas de muerte del hijo del denunciado, hermano de su menor hija.
- e. Este hecho, obviamente, agravó la situación de vulnerabilidad de la víctima y su hija, quienes decidieron retirarse del hogar por miedo a que atentaran contra su vida. Sin embargo, la sede cambió de posición y suspendió la medida que ordenaba a la víctima retirarse del hogar.

Es evidente que el tratamiento de los sujetos involucrados en situaciones de violencia doméstica debería tomar en consideración no solo a estos como sujetos de derecho, sino que los magistrados deberían evaluar su situación de vulnerabilidad estructural dentro de marcos no siempre jurídicos, teniendo en cuentas pautas culturales, prejuicios, valores de cada sector y subcultura social.<sup>1</sup>

De los hechos brevemente narrados se desprende un tema de capital importancia para los operadores jurídicos: la protección integral del núcleo familiar en sede judicial en situaciones de violencia doméstica.

A dichos efectos cabe detenerse en los deberes del tribunal como aplicador de la ley 17.514 y en la especial situación en la se encuentran los menores de edad que son víctimas secundarias de violencia.

Mediante la acordada 7755 de la Suprema Corte de Justicia, de 2012, se establecieron las prácticas que deben ser implementadas por los magistrados a efectos de brindar mayor protección a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Entre ellas se destaca el deber de fundar todas las resoluciones adoptadas en el proceso, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 10 y 13 de la ley 17.514.

Sobre el tema corresponde hacer especial referencia al Código de Ética Judicial Iberoamericano (acordada 7688).

---

<sup>1</sup> Edgardo Ettlín, “Consideraciones jurídicas sobre el tratamiento de las víctimas de violencia doméstica por las autoridades policiales y judiciales”, *La Ley Uruguay*, 2011 (4), UY/DOC/111/2011

También se destaca que, cuando la violencia doméstica es ejercida contra personas mayores o menores integrantes de una misma familia, será conveniente dar una respuesta integral inmediata.<sup>2</sup>

En cuanto a la importancia de fundamentar las decisiones judiciales, Soba<sup>3</sup> señala que, complementada con el principio de publicidad, la fundamentación asegura el conocimiento de las razones que tuvo en cuenta el juez o magistrado para adoptar su decisión. En ese sentido, constituye una garantía de control del ejercicio de la función jurisdiccional por la colectividad, que se basa en los artículos 12, 18 y 72 de la Constitución, en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 7, 11, 140, 184, 197 del Código General del Proceso. La debida motivación se erige así en un resguardo contra la arbitrariedad en todos los planos del razonamiento jurisdiccional.

Ettlin,<sup>4</sup> al referirse a las decisiones judiciales en materia de violencia doméstica, señala que se trata de contemplar las especiales condiciones de la intimidad del núcleo, o de las relaciones en las que esta es ejercida, en las cuales vive la víctima. Por eso debe tomarse en cuenta que los hechos constitutivos de la violencia doméstica están relacionados con la intimidad del hogar y de los vínculos, cuyo conocimiento es asequible en ocasiones solo por los cohabitantes (no hay testigos terceros) y a veces solo por la víctima (artículo 19 de la Ley de Violencia Doméstica). Por eso considera que la justicia, además de poner el acento en la prueba y en sus cargas procesales para obtenerla (artículos 137 a 139 del CGP), sobre los hechos constitutivos de la violencia doméstica debe hacer hincapié en la protección integral de los derechos de las víctimas directas —la persona del núcleo familiar agredida— e indirectas —hijos o personas del núcleo afectadas por la situación que sean vulnerables afectiva y económicamente—, tomando en consideración los arts. 18, 19 y 22 de la misma ley.

La legislación de violencia doméstica debe aplicarse con el objetivo de defender los derechos de los individuos en el núcleo familiar. Los menores se encuentran, por su limitada autonomía, tanto legal como real, en una situación de especial vulnerabilidad.

El artículo 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) consagra el derecho de todo niño o adolescente a las medidas especiales de protección que su condición de sujeto en desarrollo exige por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

---

2 Beatriz Giralдино, "Implementación de tecnología de verificación de presencia y localización de personas en caso de alto riesgo en violencia doméstica", *Revista de Legislación Uruguaya*, 2013, 379, UY/DOC/76/2013

3 Ignacio Soba Brasesco, "Las reglas de la experiencia y el sentido común en la decisión jurisdiccional. Con reseña y análisis de jurisprudencia", *La Justicia Uruguaya*, 2016 UY/DOC/602/2016

4 Edgardo Ettlin, "Consideraciones jurídicas sobre el tratamiento de las víctimas de violencia doméstica por las autoridades policiales y judiciales" UY/DOC/111/2011

En hogares violentos, los padres fallan, aun sin intención, en su deber de brindar a los hijos un ambiente sano y seguro donde puedan desarrollarse como personas.

Y aún más: el numeral 3 del artículo 7 del CNA pone de cargo del Estado el deber de desarrollar las actividades necesarias para el ejercicio y goce de los derechos de los menores ante el defecto o la insuficiencia de los padres y demás obligados.

En el caso de referencia, si bien el decreto no dispone el retiro de la menor y su hermana del hogar, de las declaraciones de las partes se desprende claramente que ellas vivirán con su madre, por lo que correrán con su misma suerte. En efecto, el denunciado ofreció el pago de una pensión alimenticia, situación propia del progenitor que no posee la tenencia; manifestó también su voluntad de que se le permitiera ver a su hija, lo que implica que no viviría con ella, y su intención de que la denunciante no trabajara y se dedicara a cuidarla.

Por otra parte, ante tales circunstancias cabría la posibilidad de que para las menores se dispusieran medidas de protección tendientes a disminuir el daño causado, como la atención psicológica o el acogimiento en un hogar alternativo, entre otras.

Las cautelas deben ser siempre ordenadas bajo el criterio de la temporalidad, con la audiencia evaluatoria de precepto, sobre todo en casos como el narrado, donde el daño al núcleo familiar es palpable.

---

Para citar este artículo: María José Briz et. al, "La vulnerabilidad de los integrantes del núcleo familiar en los casos de violencia doméstica. Comentario de jurisprudencia", <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1478> , en *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 1510-3714, 181-194.

---

## BIBLIOGRAFÍA

Ertlin, Edgardo, Consideraciones jurídicas sobre el tratamiento de las víctimas de violencia domestica por las autoridades policiales y judiciales. Cita online: UY/DOC/111/2011.

Giraldino, Beatriz, "Implementación de tecnología de verificación de presencia y localización de personas en caso de alto riesgo en violencia doméstica", *Revista de Legislación Uruguay*, 2013 (marzo), p. 379.

Soba Brasesco, Ignacio, "Las reglas de la experiencia y el sentido común en la decisión jurisdiccional. Con reseña y análisis de jurisprudencia", *LJU*. Cita online: UY/DOC/602/2016.

---

## SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS COMENTADAS

### **MONTEVIDEO, 27 DE MARZO DE 2017.**

Atento a lo solicitado por las defensas de las partes y la vista fiscal que antecede, se dispone:

1. Otórgase a la denunciante un plazo de 15 días a efectos de que acredite concurrencia al Equipo de Violencia Doméstica de la Médica Uruguaya y al Grupo Pitanga (organización especializada en violencia de género).

2. Mantiénesse la medida dispuesta en mandato verbal que antecede por un plazo de 20 días (art. 10 nral. 1, 3 y 4 ley 17514), vencido el plazo de 20 días vuelvan.

Dr. Pablo Misa - Juez Letrado

### **MONTEVIDEO, 3 DE MAYO DE 2017.**

Atento a lo solicitado por las defensas de las partes y la vista fiscal que antecede, se dispone:

1. Fíjase una pensión alimenticia provisoria a recibir por parte del denunciado, Sr. José Rosano, a su menor hija, Cinthia, siendo efectiva su madre, la denunciante, Sra. Ramona Cardozo, de 1 BPC y media, del 1 al 10 de cada mes, mediante giro en red Abitab, siendo de costo del denunciado el giro.

2. Procédase al levantamiento de las medidas y otórgase un plazo de 48 horas a los efectos del reintegro del denunciado a su hogar, cometiéndose a la Sra. Alguacil de la Sede y oficiándose a la seccional policial, cumplido pasen las presentes actuaciones al archivo sin perjuicio.

Dr. Pablo Misa - Juez Letrado

### **MONTEVIDEO, 5 DE MAYO DE 2017.**

Atento a lo dispuesto por auto 1938/2017 de fs. 34, ampliase el mismo en el literal 2º en referencia [a] que el plazo otorgado en el mismo de 48 horas es a los efectos del reintegro del denunciado a su hogar y al retiro de la denunciante del mismo.

Dr. Pablo Misa - Juez Letrado

### **MONTEVIDEO, 10 DE MAYO DE 2017.**

Al escrito de fs. 45: por presentada.

De los recursos interpuestos traslado por el término legal al denunciado y al Ministerio Público, por su orden.

Asimismo, cúmplase con lo dispuesto en el decreto 1938/2017 en todos sus términos, debiendo sin más trámite girarse los autos a la Sra. Alguacil de la Sede a efectos de que se lleve a cabo el reintegro del denunciado a su hogar, atento a que sobre tal extremo debió anunciarse el recurso en audiencia, lo que no se realizó.

### **MONTEVIDEO, 12 DE MAYO DE 2017.**

Atento a que la proveyente asumió la titularidad de esta Sede con fecha 9 de mayo del corriente, considera pertinente revisar la situación planteada en obrados.

En efecto, teniendo presente que en ocasión de celebrarse la audiencia que luce de fs. 32 a 35, el anterior titular de la Sede dispuso por providencia dictada en la misma el decreto 1938/2017, que expresa en el numeral 2 el levantamiento de las medidas cautelares (retiro del hogar del denunciado y prohibiciones de acercamiento y comunicación hacia la denunciante, fs. 9) y se otorgó un plazo de 48 horas a los efectos de que el denunciado Sr. Rosano sea reintegrado a su hogar, lo que implicaba en los hechos retomar la convivencia, lo cual no fue objeto de agravio por ninguna de las partes en la referida audiencia.

Además la orden de retiro del hogar de la denunciante Sra. Ramona Cardozo fue dispuesta en decreto posterior (fs. 36), sin pedimento de parte; por lo que corresponde estar a las resultancias de la audiencia sin perjuicio de ulterioridades, atento a los recursos interpuestos.

En consecuencia, se resuelve:

Con carácter transitorio, suspéndese la medida de retiro del hogar de la Sra. Ramona Cardozo por cuanto el ánimo de convivencia puede extraerse de lo expresado por la misma a fs. 47 vto.

Notifíquese personalmente a las partes sin más trámite por intermedio de la Sra. Alguacil de la Sede.

Dra. Gabriela Araujo - Juez Letrado

# INVESTIGACIÓN

---



# Jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado

(Avance de investigación<sup>1</sup>)

*Martín Riso Ferrand, Alicia Rodríguez Galusso,  
Paula Garat, Stefanía Rainaldi, Lucía Techera.  
Estudiantes: Victoria Azeves, Ornella Balarini,  
Nicolás Carriquiry, Ángeles Castaingdebat,  
Fabrizio Durán, Martín Guerra, Melanie  
Kazarez, Ana Lores, Emanuel Pintos, Aitana  
Ramos, Tomás Rodríguez, Luis Seguí, Leticia  
Teixeira.\**

\*Universidad Católica del Uruguay

---

<sup>1</sup> Este trabajo es el resultado de la primera etapa (de tres), de una investigación sobre jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado y amparos no médicos contra el Estado, llevada a cabo por el Departamento de Derecho Constitucional. Las labores han sido dirigidas por el Dr. Martín Riso F., director del Departamento, y las profesoras Alicia Rodríguez Galusso, Paula Garat, Stefanía Rainaldi; han participado 15 estudiantes y la Dra. Lucía Techera, egresada UCU, quienes tuvieron a su cargo el examen de más de 1.600 sentencias (trienio julio 2014 a julio 2017).

---

## INTRODUCCIÓN

A partir de 1985, con base en lo que algunos han denominado “memoria histórica”, Uruguay recuperó rápidamente sus niveles en tanto sistema democrático y como Estado de Derecho. En el “Democracy Index” de The Economist, que clasifica a todos los países del mundo en cuatro categorías (democracias plenas, democracias defectuosas, sistemas híbridos y sistemas autoritarios), solo dos países de América aparecen como democracias plenas: Canadá y Uruguay.

En el mismo sentido existen numerosos estudios que evalúan muy bien a nuestro Poder Judicial, destacando la independencia institucional (de otros poderes o centros de autoridad o de interés) y la interna (independencia de los jueces).

Sin perjuicio de esto, sabemos que no todo puede ser perfecto y que todo es mejorable.

Existe desde hace mucho la impresión y comentarios de abogados que se dedican a litigar contra el Estado o que siguen la jurisprudencia en esta materia, en cuanto a que es muy difícil ganarle al Estado o, con más precisión, que existen criterios jurisprudenciales que favorecen, en general, al Estado.

Esta misma sensación se presentó hace algunos años respecto al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pero en este caso y debido a que la inmensa mayoría de los expedientes refieren a acciones de nulidad, resultó sencillo determinar: el número de sentencias por año, el número de rechazos de demandas por motivos formales, el número de rechazo por razones de fondo y el número de sentencias que acogían la demanda. El resultado fue elocuente y los porcentajes de rechazo de las demandas elevadísimos. Cabe consignar que hoy dicha jurisprudencia ha cambiado y se puede afirmar que el Tribunal responde adecuadamente a su rol de último garante del derecho de los accionantes.

Pero respecto al Poder Judicial aparecieron en años recientes algunos indicios problemáticos que reforzaron las impresiones preocupantes referidas. Por ejemplo, cuando por Decreto 319/2010, de 26 de octubre de 2010, el Poder Ejecutivo uniformizó el horario de

trabajo en los Ministerios y sus dependencias, se promovieron muchos juicios por diferencias salariales (el argumento era simple, se aumenta el horario de trabajo, pero se mantiene el salario, por lo que se reclamaba una compensación por la extensión horaria). Es cierto que había muchos casos diversos: a) funcionarios que tenían acordados regímenes horarios especiales y desde hacía mucho tiempo (incluso había algunos convenios colectivos), b) funcionarios que desde su origen tuvieron un horario distinto, c) funcionarios que trabajaban seis horas diarias como exigía el Decreto, pero los jefes aumentaron a ocho; etc. Todas las sentencias que conocemos rechazaron las demandas en este sentido, tanto en primera como en segunda instancia, pero con argumentos que parecían estar superados, totalmente, desde hacía muchísimos años: la existencia de una doble regulación del trabajo en la Constitución (una para los trabajadores privados y otra, separada, para los públicos); no aplicación del principio de realidad y opción por argumentos meramente formales (lo que implicaba retrotraerse a conjeturas presupuestales, muchas veces no acreditadas, y creaba, además, problemas en la valoración de la prueba); afirmación de que el Estado puede modificar unilateralmente las normas laborales, incluso sin ajustar la remuneración o en términos que implicaba una rebaja salarial; invocación de argumentos desacertados respecto a las posibilidades del Estado en materia presupuestal; incorrecta interpretación del artículo 59 de la Constitución; desconocimiento de los actos propios del Estado; invocación, a veces, de una posición de privilegio del Estado frente a sus empleados, etc.

Esta realidad demostraba, sin lugar a duda, la pertinencia de una investigación jurisprudencial a los efectos de revisar cuál es la situación de los juicios contra el Estado dentro del Poder Judicial.

Se estableció entonces una ampliación en una línea permanente de investigación del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay, que refiere al seguimiento de la jurisprudencia constitucional (en sentido amplio, esto es, las sentencias en que se aplique la Constitución) y se acordaron tres etapas:

1. Comenzar con un estudio cuantitativo de sentencias de responsabilidad del Estado (luego se extendió el objeto de estudio a los amparos no médicos) en un período determinado. El período de estudio sería de tres años. En esta etapa se procuraría obtener información sobre a) número de casos resueltos sobre responsabilidad del Estado, b) qué porcentaje de sentencias acogieron las demandas en forma total y parcial y qué porcentaje representan los rechazos, c) la información anterior se procuraría en números totales y distinguiendo primera instancia, segunda instancia y casación, d) asimismo, se buscaría información para poder

comparar entre los distintos tribunales, tanto en primera como en segunda instancia, e) similar información se procuraría sobre los amparos no médicos y f) adicionalmente, contar con información sobre cuáles son los organismos demandados. Asimismo, se buscaría determinar los montos económicos demandados y los que fueron objeto de condena. Se pensaba encarar luego esta información con la óptica de la “previsibilidad”. Este aspecto no fue posible relevarlo en esta etapa, en la medida que tanto las frecuentes remisiones al artículo 378 del C.G.P., como las distintas monedas y reajustes de los reclamos, lo hacen particularmente complejo. De todas formas, este estudio no está descartado, sino que se postergó para la segunda etapa.

2. En la segunda etapa, y siempre sobre las sentencias relevadas, se comenzaría a hacer análisis crítico de la jurisprudencia (esto ya ha comenzado<sup>2</sup> y se espera continuar con publicaciones en diversas revistas). Cuando se obtenga un número representativo de análisis crítico se podrá pasar a la siguiente etapa.
3. La tercera etapa, refiere a la realización de un balance y análisis crítico de todo el estudio realizado.

Por supuesto que para que la investigación fuera posible se debieron tomar otras decisiones que acotaran el campo de la investigación. Así, se acordó:

1. Tomar el período comprendido entre marzo 2014 y febrero 2017.
1. A los efectos de poder utilizar la Base de Jurisprudencia Nacional Pública (BJNP), se optó por limitar el estudio a los tribunales de Montevideo y fue necesario excluir a los juzgados civiles por no estar sus sentencias en la BJNP, por lo que solo se relevaron los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo.
2. En el mismo sentido se procedió al estudio de la jurisprudencia de los siete Tribunales de Apelación en lo Civil. Pero se limitó el análisis solo a apelaciones provenientes de las sentencias relevadas conforme el apartado “B” precedente.
3. El estudio refirió a los casos de responsabilidad del Estado y de amparo contra el Estado, pero excluyendo, entre otros, los amparos médicos objeto de estudios en el pasado reciente, por lo que no era necesario un nuevo relevamiento<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Martín Riso, “Resolución de casos de derechos humanos: acción de amparo y derecho de propiedad”, en *Revista de Derecho Público*, UdelaR, N° 51, 2017, Montevideo. Y del mismo autor, “Acción de amparo sobre el acceso a los servicios de comunicación audiovisual de personas con discapacidad auditiva”, preparado para la *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, UdelaR, 2017 (en imprenta).

<sup>3</sup> La Mag. Cecilia Barnech, defendió su tesis de maestría en el año 2016, y esta comprende un relevamiento jurisprudencial minucioso de las acciones de amparo médicos. La tesis está en proceso de edición.

Cabe reiterar, por último, que esta es la primera etapa de la investigación, que refiere al estudio formal y, en el futuro, se procederá a la segunda y a la tercera parte.

---

## INFORMACIÓN RELEVANTE OBTENIDA

Sin perjuicio de que el análisis de fondo de la jurisprudencia se realizará en la segunda etapa de la investigación y el balance final en la etapa III, el trabajo realizado ya permite extraer algunos elementos relevantes.

Al iniciar el trabajo se previó que con la BJNP se iba a poder obtener toda la información necesaria, pero esto no fue así. Si bien la base es una herramienta básica que debemos celebrar, se encontraron algunos problemas no menores. Por ejemplo, no hay sentencias de todos los juzgados de primera instancia, lo que es una limitación importante. Asimismo, no hay referencias electrónicas al resultado del proceso, por ejemplo, si se acogió la demanda en todos sus términos, si acogió parcialmente o si se desestimó. La falta de información obliga a un trabajoso estudio caso por caso. Otras insuficiencias y problemas son señalados en el Anexo.

En estos casos, si bien se contó con la muy buena disposición del personal de los juzgados y de varias reparticiones de la Corte, parece que se trata de información relevante y que fácilmente podría ser obtenida si se dispusieran algunos ajustes en la BJNP y se ampliara las sentencias a todos los juzgados. La transparencia del Poder Judicial podría aumentar considerablemente.

Un buen ejemplo de estos problemas lo encontramos respecto a las acciones de amparo no médico contra el Estado o personas jurídicas de derecho público no estatal. Al no poder el abogado acceder a información estadística sobre esto, le falta información importante para la decisión de litigar. Sería útil saber cuántos amparos con dichas características se han presentado (si son pocos, puede ser clara la falta de confianza de los abogados en la herramienta procesal y si los porcentajes de rechazo son muy elevados, seguramente habrá problemas que posiblemente conduzcan a descartar la vía para aquel lesionado en sus derechos humanos).

En lo que refiere a los amparos se desprende información importante que, sin perjuicio del estudio posterior de cada sentencia, ya se pueden ver algunos problemas.

Descartando amparos contra particulares, en que la competencia es de los Juzgados Civiles y se aprecia, en algunos casos (por ejemplo, ocupación de empresas por los sindi-

catos), una jurisprudencia garantista muy sólida y fundada, quedan los amparos contra el Estado, sin duda los más frecuentes en otros países. Dentro de esta categoría, se encuentra un número razonablemente elevado de amparos médicos, en donde su resultado es variable y se advierten diferencias importantes entre los distintos Tribunales de Apelaciones, así como dificultades en la interpretación y aplicación de la Constitución. Pero el gran problema surgió en los amparos no médicos contra el Estado.

Los amparos no médicos contra el Estado en Montevideo, en un período de tres años, ascendieron solo a 74. O sea, 24 amparos no médicos por año y, si llevamos esto a lo cuatro Juzgados, se advierte que el promedio fue solo de 6 demandas de amparo no médico por año y por Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo. Estos números demuestran algo que muchas veces se comenta en el foro y es que los abogados no confían en las posibilidades de éxito de los amparos no médicos en nuestro país. No puede haber otra explicación. No puede aceptarse que el Estado en sentido amplio lesione derechos humanos con ilegitimidad manifiesta solo en 24 casos por año. Hay un problema de fondo y, tratándose de una de las principales garantías de los derechos humanos, deberá coincidir en que el problema es muy grave. La principal herramienta constitucional casi no se usa contra el Estado. O peor, cada vez se usa menos.

Cuando sobre este número reducido se va a las sentencias, se advierte que la solución final (primera instancia o segunda instancia si hubo apelación) es sorprendente: de 74 amparos solo uno fue acogido totalmente y cuatro solo se acogieron parcialmente. Esto, sobre lo que se volverá más adelante al analizar el entorno contextual de la investigación (se señalarán algunos problemas muy notorios), es muy grave y debe ser analizado con profundidad.

Advertir que la principal garantía de los derechos humanos casi no se usa en Uruguay y, cuando se usa, casi no se obtienen fallos favorables, es algo que pone en entredicho el funcionamiento del Estado constitucional de Derecho. Todos tenemos explicaciones e hipótesis para esta situación de problemas serios a la hora de aplicar la Constitución, pero, en este caso, solo corresponde adelantar un problema muy grave y desear que comience ya el análisis del tema.

El estudio de las sentencias de responsabilidad del Estado, a diferencia de los amparos no médicos, no permite llegar a conclusiones categóricas, por lo que se deberá continuar el análisis en las siguientes etapas. Como ya se adelantó, no fue posible cuantificar el significado de los acogimientos parciales de la demanda; esto es, si se trató: a) prácticamente de un rechazo (o acogimiento parcial simbólico), b) prácticamente un acogimiento (rechazando algún aspecto no sustancial o no significativo de la pretensión) y c) una sentencia media en

lo que refiere a la distancia entre el acogimiento o el rechazo. Obtener esta información, que se espera lograr en la siguiente etapa de la investigación, es muy importante, especialmente por las resultancias de los preocupantes elementos contextuales que se indicarán.

Lo anterior, es solo a título de adelanto y el resultado del estudio se podrá ver en su totalidad en el anexo al presente trabajo.

No puede terminar esta sumaria referencia a la información, sin señalar que hay datos preocupantes y que requieren de análisis inmediato y, por supuesto, de solución.

---

## EL CONTEXTO PARA EL ANÁLISIS DE LOS DATOS OBTENIDOS

Es necesario obtener algunos criterios, elementos o pautas que permitan entender la forma en que se abordan desde el punto de vista de los órganos jurisdiccionales los casos en que es parte una entidad estatal. A estos efectos se tomarán tres elementos para el análisis contextual de la información obtenida: a) criterios generales de la Suprema Corte de Justicia para abordar cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, b) las diversas interpretaciones respecto al artículo 312 de la Constitución (íntimamente ligado a la responsabilidad del Estado), y c) la problemática de los amparos no médicos.

Se eligieron estos elementos para el análisis contextual en la medida que son representativos de casos en que el Estado o una persona de derecho público es demandada y por existir mucha información disponible.

## INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

En la sentencia 79/2016, los ministros Jorge Larrieux, Elena Martínez y Felipe Hounie<sup>4</sup>, siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte, señalaron:

El análisis de las eventuales inconstitucionalidades de una disposición legal debe hacerse partiendo de dos premisas: (i) la presunción de constitucionalidad de la ley y (ii) que el contralor del acierto o desacierto legislativo no corresponde a la Corte y está fuera del control de constitucionalidad.

A continuación, agregan que la presunción de regularidad constitucional de la ley se mantiene hasta que se pruebe lo contrario. También, como ha hecho muchas veces la Corte, cita la opinión de Véscovi cuando decía “la constitucionalidad de la ley es el principio y la ilegitimidad la excepción”.

---

<sup>4</sup> SCJ, sentencia 79/2016, p. 13 y ss.

Todavía señalaron que la incompatibilidad de la ley con la Carta debe ser manifiesta ya que no se debe declarar la inconstitucionalidad si el acto puede ser coordinado con la Carta con una interpretación razonable.

El Poder Judicial administra justicia, pero no gobierna el país y, de lo contrario, puede caerse en el “gobierno de los jueces”, lo que constituye una arbitrariedad grave.

El Juez no debe interferir con la labor de otras autoridades, sino que debe actuar con moderación y mesura (self-restraint) a la hora de pronunciarse en casos de inconstitucionalidad.

Estas consideraciones, que corresponde reiterar que representan la posición de la Suprema Corte de Justicia desde hace muchos años, generan algunas dudas: por lo que omite (que genera un desbalance en el enfoque) y también por algunas cosas que dice.

En primer término, corresponde destacar que, si se toman como premisas o puntos de partida para el análisis de los casos de inconstitucionalidad solo los anteriormente mencionados, se están dejando fuera aspectos de extraordinaria relevancia. Por ejemplo, el Juez, y en este caso la SCJ, no considera su rol en la defensa y tutela de los derechos humanos de los sujetos (personas físicas o jurídicas) frente a las leyes inconstitucionales (esto se vincula con la noción de “guardián de la Constitución”<sup>5</sup>). Incluso parecería que lo que se señala en la sentencia como premisas o puntos de partida, en realidad, son criterios o instrumentos que conducirían a no cumplir, plenamente, con el rol de defensa de la Constitución y de los derechos humanos.

El 20 de mayo de 2016, en el marco del Seminario sobre enseñanza del Derecho organizado por la Fundación Konrad Adenauer, en la sesión realizada en la ciudad de Karlsruhe, en la sede del Tribunal Constitucional Federal alemán, se preguntó a una de las juezas cuál era la causa del inmenso prestigio de la Corte Constitucional. Pero la pregunta no refería al prestigio internacional, jurisprudencial y académico del Tribunal, sino concretamente al prestigio y confianza que le dispensa la población alemana, muy por encima de otras autoridades e incluso del Poder Judicial. La jueza Sibylle Kessal-Wulf, señaló tres razones básicas: i) la imagen de austeridad que desde hace décadas transmite el Tribunal; ii) la transparencia constante de su gestión; y iii) especialmente, la actuación histórica del Tribunal le ha demostrado a la población que la Corte Constitucional cumple a cabalidad y sin dudas con su rol principal de proteger los derechos de los habitantes y de ser el guardián de la Constitución. Incluso señaló que existe un dicho en Alemania, cuando fracasan todas las gestiones para evi-

<sup>5</sup> Y no volvamos a las discusiones históricas en cuanto a quien debe ser el guardián, si el juez o el poder político, pues esta discusión la ganó Kelsen hace décadas (Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?* (Madrid, Edit. Tecnos, 1999); edición original de 1931. Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución* (Madrid, Edit. Tecnos, 1983). También Risso, “¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia vs. aristocracia con toga”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2012, pág. 393/414.

tar una situación de violación de los derechos de un sujeto por parte de autoridades, cuando no hay más alternativas, se dice “me voy a Karlsruhe” como una referencia al lugar donde sí se defenderán sus derechos.

No deja de ser curioso que la jurisprudencia histórica de la Suprema Corte, y ahora el pronunciamiento en mayoría, no mencione siquiera, dentro de las premisas o puntos de partida, al que es, al juicio del Tribunal Constitucional alemán, el principal rol de la Corte en estos procesos: la defensa de los derechos humanos de los distintos sujetos que accionan frente a ella y la condición de ser el guardián de la Carta.<sup>6</sup>

Reafirmar el rol de la Suprema Corte como guardián de los derechos de la gente y de la propia Constitución, no implica en lo más mínimo caer en el “gobierno de los jueces” ni en ninguna forma de activismo judicial. Significa simplemente cumplir con el rol constitucional. Además, el Juez violaría tanto la Carta por excederse en sus funciones como por retraerse inconstitucionalmente (se puede violar la Constitución por actuar en más o en menos), y ambas cosas son graves e inconstitucionales. Tan grave es un gobierno de los jueces como un gobierno político sin límites por falta de actuación de los jueces. Entre ambos extremos es que debe buscarse la solución correcta.

Por supuesto que cuando se habla del rol del Juez como protector de los derechos humanos y guardián de la Constitución, no se está postulando un Juez parcial a favor del derecho en juego y contrario a la ley. Por el contrario, el Juez será siempre imparcial, pero aceptando que su rol es la protección de los derechos constitucionales de los individuos vulnerados por leyes inconstitucionales.

Es cierto que históricamente, casi desde el nacimiento del Estado de Derecho, dos grandes modelos se presentaron. Por un lado, el modelo francés clásico o francés revolucionario, que fue el más prestigioso en Europa, se basaba en el rol central del Parlamento<sup>7</sup>, la primacía de la ley<sup>8</sup> y la desconfianza respecto a los jueces con un principio de separación de poderes rígido<sup>9</sup>. Y, por otro lado, el modelo estadounidense, que se caracterizó por la aceptación de los contralores judiciales contra-mayoritarios y la posibilidad de que leyes

<sup>6</sup> De la lectura de la discordia a la sentencia 79/2016, del Dr. Jorge Chediak, para advertirse una posición claramente diferente a la de la mayoría.

<sup>7</sup> La formulación teórica más clara de la soberanía popular, basada en la noción de “contrato social”, fue formulada por Rousseau (*El contrato social*, edit. Aguilar, Buenos Aires, 1965, p.66) en el sentido de que cada sujeto pone su poder bajo la suprema dirección de la “voluntad general” que se transforma en soberana.

<sup>8</sup> Se asocia así (i) la ley como expresión de la voluntad general (expresamente establecido en el artículo 6 de la Declaración de Derechos Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789: “la ley es la expresión de la voluntad general”) y (ii) el Parlamento como encargado lógico de establecer las leyes y expresar la referida voluntad general. Esta concepción preferente de la ley y del Parlamento se mantuvo casi inalterada hasta la reforma constitucional de 1958 en la que con la “zona de reserva reglamentaria” se amplió significativamente el rol e importancia de la rama ejecutiva.

<sup>9</sup> Montesquieu (Charles de Secondant, barón de La Brède y de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Grandes Clásicos del Derecho, vol. 5, Oxford University Press, México, 1999, pág. 108).

inconstitucionales no sean aplicadas por los jueces en el caso concreto que deben resolver (con un principio de separación de poderes dinámico concebido como un sistema de frenos y contrapesos)<sup>10</sup>.

Esto es importante: nuestro Derecho Constitucional siempre siguió el modelo de USA y, desde 1934, con textos expresos (artículos 256 y ss. de la Carta)<sup>11</sup>.

Pero incluso debe todavía repararse en que el principal crítico del “gobierno de los jueces”, Edouard Lambert<sup>12</sup> no creía en el principio de separación de poderes, lo consideraba imposible pues, según él, a la larga un poder iba a primar sobre los otros y este autor prefería dar la primacía directamente al Legislativo. Siendo incompatible esta visión con nuestra Constitución las expresiones de Lambert y sus seguidores deben analizarse con la máxima cautela.

El riesgo de excederse o limitarse demasiado es inevitable (es el margen de error de la función jurisdiccional y de cualquier actividad) y con él el Juez debe convivir<sup>13</sup>. Como dijo el Juez Marshall en 1821 (Cohen v. Virginia):

Es muy cierto que este tribunal no asumirá jurisdicción si no debe; pero es igualmente cierto que debe ejercer jurisdicción cuando le corresponda hacerlo. El Poder Judicial no puede, a diferencia del Legislativo, evitar una medida porque ella se acerca a los límites de la Constitución. Nosotros no podemos pasarla por alto porque es dudosa. Cualesquiera sean las dudas o dificultades que presente un caso, debemos decidirlo, si es traído a nosotros. No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción que nos es conferida, que el de usurpar la que no nos es dada. Una u

---

<sup>10</sup> El judicial review, sin perjuicio de algunos antecedentes (incluso en la propia Corte Suprema), nace en el caso *Marbury v. Madison*, en 1803.

<sup>11</sup> Fernández Segado (Fernández Segado, Francisco, “Fétichisme de la loi, separation des pouvoirs et gouvernement des judges. Tres ideas fuerza para el rechazo de la constitucionalidad de las leyes en Francia”, en *Teoría y realidad constitucional*, N° 19, setiembre de 2007, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 58 y ss.), refiriendo a la noción de “gobierno de los jueces” y lo que se ha denominado el “efecto parálisis”, señala un elemento de notable influencia en Francia y fuera de dicho país, que está marcado por la edición en 1921 de la obra “El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos”, del famoso jurista Edouard Lambert. Señala que este concepto implicó un freno muy fuerte al Poder Judicial como contralor de los otros poderes e implicó un retroceso de la Justicia y un avance de los poderes políticos. Es interesante ver como este concepto mítico de “gobierno de los jueces” (pues su contenido no responde exclusivamente a consideraciones racionales) se utiliza a veces para criticar a los jueces que actuarían como freno frente a los avances sociales (como fue la crítica de Lambert) y otras veces exactamente para lo contrario, para criticar los excesos de ciertos jueces que ante una invocada pasividad o inoperancia de los poderes políticos, se habrían atribuido competencias de las que carecerían (en general se basaría esto último en la defensa de los derechos humanos). En los Estados Unidos, en el siglo XX, el caso *Lochner* (Bernstein David E., 2004, “The Story of *Lochner v. New York*: Impediment to the Growth of the Regulatory State”, en *Constitutional Law Stories*, Editor Michael C. Dorf, Foundation Press, New York, p. 325.) sería buen ejemplo de la crítica a la Corte por constituir un freno a la legislación social, mientras que “*Brown v. Board of Education*” (Sullivan, Kathleen M. y Gunther, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004, p. 641), en el que la Corte Suprema terminó con el criterio de “iguales pero separados” que permitía transporte, escuelas, etc. para blancos y afrodescendientes, sería buen ejemplo de lo contrario.

<sup>12</sup> Edouard Lambert, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos* (Madrid, Edit. Tecnos, 2010), 15/25.

<sup>13</sup> Con el riesgo de caer en el gobierno de los jueces y en sus no deseadas consecuencias.

otra cosa constituiría traición a la Constitución. Pueden presentarse cuestiones que de buena gana evitaríamos; pero no podemos evitarlas. Todo lo que podemos hacer es ejercitar nuestra mejor capacidad de juzgar, y conscientemente cumplir con nuestro deber.

La Corte ha usado otro concepto que ha sido problemático y que refiere a la presunción de constitucionalidad, llevada a extremos máximos. De todas formas, no se podrá en este trabajo profundizar en el tema<sup>14</sup>.

Es un buen ejercicio para aclarar estos conceptos el análisis de la jurisprudencia europea (alemana, española o el propio Tribunal Europeo de los Derechos Humanos) o norteamericana o latinoamericana, para ver hasta dónde se llega en el control de constitucionalidad de los actos emanados del Legislativo y del Ejecutivo.

Todavía, en estos criterios o puntos de partida de la mayoría de la Corte, está presente, explícita o implícitamente, la “objección democrática” con lo que se destaca que los jueces, a diferencia de los legisladores, no cuentan con plena legitimidad democrática pues no han sido electos por el cuerpo electoral.

Esta objeción es más efectista que real. En efecto, los legisladores han sido elegidos por el Cuerpo Electoral pero no debe olvidarse que también ese cuerpo electoral, en un acto de plebiscito constitucional, estableció que el producto legislativo sería controlado, en cuanto a su regularidad constitucional, por la Suprema Corte de Justicia. Por esta razón, y sin perjuicio de ser evidente que la Corte no se integra por elecciones, su legitimidad democrática está dada por el plebiscito constitucional en que se estableció esta competencia de la Corte. Al cumplir con sus funciones constitucionales, la Corte no hace más que cumplir con un mandato expresado, democráticamente, a través de un plebiscito.

En definitiva, parece seguir presente un problema importante en los puntos de partida. En lugar de partir del rol de defensor de los derechos humanos del accionante y de guardián de la Constitución, se parte de autorrestricciones que implican, o pueden implicar, el retroceso de la Corte como punto de partida.

## EL ARTÍCULO 312 DE LA CONSTITUCIÓN

El artículo 312 de la Constitución, en el texto que se le dio en la reforma de 1951, generó una polémica doctrinal respecto a si establecía la prejudicialidad del agotamiento de la vía administrativa para (a) la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso

---

<sup>14</sup> Nos remitimos a Risso, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, (Montevideo: FCU, segunda edición ampliada, 2011).

Administrativo (lo que es tan incuestionable como injusto y de clara incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos) y, (b) en lo que interesa a este trabajo, si también establecía la prejudicialidad respecto a la vía reparatoria ante el Poder Judicial<sup>15</sup>. La jurisprudencia, por su parte, fue terminante y salvo alguna excepción muy aislada, exigió el previo agotamiento para que fuera posible la acción reparatoria.

Esta interpretación restrictiva de los derechos de las personas fue fuertemente cuestionada y, en general, la doctrina, se fue afiliando a la tesis de la no prejudicialidad. Hasta que, en 1996, cuando los partidos políticos estaban negociando la reforma constitucional que entró en vigor en 1997, decidieron corregir esta situación. A estos efectos, y con la expresa directiva de suprimir la prejudicialidad respecto a la vía reparatoria, se cometió a una comisión integrada con un representante de cada partido, con evidentes conocimientos en Derecho Constitucional (Gonzalo Aguirre Ramírez, José Korzeniak y Miguel Semino), que redactaran un nuevo artículo 312, cosa que hicieron y fue incluido en el proyecto de ley constitucional.

Desde la entrada en vigor de la reforma, distintos autores comenzaron a opinar sobre el artículo 312, todos señalando, y hasta festejando, el fin de la prejudicialidad para la vía reparatoria<sup>16</sup>, con la excepción del Prof. Carlos Labaure que entendió que la prejudicialidad subsistía<sup>17</sup>. Existió alguna otra vacilación al respecto, pero pronto fue superada a favor de la interpretación mayoritaria.

Sin perjuicio del respeto que merece la opinión del Prof. Labaure, esta visión tiene algunos problemas poco frecuentes. Si bien desde Jiménez de Aréchaga se señala que el valor de los antecedentes referidos a la elaboración de la reforma constitucional, tienen un valor muy inferior al que presentan respecto a las leyes<sup>18</sup>, y pese a que se ha relativizado este as-

---

<sup>15</sup> La doctrina estuvo dividida.

<sup>16</sup> Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Visión actual del contencioso administrativo”, en *Rev. Judicatura*, N° 44 (2006): p. 49. Federico Berro, “Competencia del Poder Judicial para decidir sobre actos administrativos ilegales. Comentarios sobre el nuevo texto del artículo 312 de la Constitución”, en *Revista Tributaria*, tomo XXIV, N° 140: 583. Mariella Saetone, “La acción reparatoria y la prejudicialidad (artículo 312 y DTyEL)”, en *Reforma constitucional 1997*, Universidad Católica del Uruguay y Rev. U. de Derecho Constitucional y Político, serie Congresos y Conferencias, N° 16, Montevideo, 1977, p. 177; Augusto Durán Martínez, *Contencioso Administrativo* Montevideo, FCU, segunda edición, 2015), 425 y ss.. Horacio Cassinelli Muñoz, “La acción de reparación patrimonial en la reforma constitucional”, en *Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996*, (Montevideo: FCU, 1998). Daniel Hugo Martins, “Algunos aspectos del reparatorio patrimonial”, en *Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996* (Montevideo: FCU, 1998). Cristina Vázquez, “Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por actos administrativos, introducidos en virtud de la reforma de 1997”, en Correa Freitas R. y Vázquez, MC, *La reforma constitucional de 1997* (Montevideo: FCU, 1997). Entre otros.

<sup>17</sup> Carlos Labaure, “El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del artículo 312 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público*, 1998, N° 13: 41/44 y en “Contencioso anulatorio y de reparación patrimonial”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo VI, FCU, (1998): 33/43.

<sup>18</sup> Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, tomo I (Montevideo: Ed. Cámara de Senadores, 1992), 149 y ss.

pecto<sup>19</sup>, no puede dejar de señalarse que esta interpretación minoritaria es manifiestamente contraria a la voluntad de los partidos políticos que acordaron la reforma y al objetivo perseguido por los redactores del artículo 312.

Existen tres tipos de argumentos para afiliarse a la posición doctrinal mayoritaria respecto al artículo 312: a) los argumentos de fondo expresados por los autores que se han ocupado del tema (a los que remitimos); b) los antecedentes que demuestran en forma inequívoca qué se quiso hacer con esta disposición (la posición minoritaria implica ir contra la voluntad de los redactores): un texto con un sentido claro, redactado por especialistas y que consagrara, plenamente y sin prejudicialidades, el derecho de acceso efectivo a la justicia (o tutela judicial efectiva); y c) es la solución compatible con la CADH.

Pese a lo anterior, en los últimos veinte años, muchos fueron los tribunales que optaron por la tesis minoritaria, la más protectora de los intereses estatales y que no protege los derechos de los particulares, en especial el de acceso a la justicia.

La jurisprudencia ha sido variable. Puede destacarse la sentencia 128/2016, de 4 de mayo de 2016, de la Suprema Corte de Justicia, que siguió la posición del cuerpo respecto al artículo 312, en la sólida jurisprudencia anterior, por ejemplo, en la sentencia 148/2006. Se adhería a la posición doctrinal mayoritaria y se descartaba la prejudicialidad frente a la acción reparatoria.

Pero por sentencia 220/2016, de 27 de julio de 2016, la Corte modificó la posición anterior, con los votos de Jorge Larrieux, Elena Martínez y Felipe Hounie y con las discordias de Ricardo Pérez Manrique y Jorge Chediak. Es interesante señalar que se ha producido el cese del Dr. Jorge Larrieux y el ingreso del Dr. Eduardo Turell y también ha cesado el Dr. Ricardo Pérez Manrique sustituido por la Dra. Bernadette Minvielle. El Dr. Eduardo Turell, siendo miembro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno, participó de la posición más favorable al Estado, por lo menos en la sentencia 77/2009.<sup>20</sup> En la sentencia de la Suprema Corte N° 682, de 27 de setiembre de 2017, la posición en favor de la prejudicialidad se sostuvo por cuatro votos, con la única discordia de la Dra. Bernadette Minvielle.

No corresponde en este momento ingresar en el fondo del asunto y analizar los argumentos de ambas posiciones, sino solo advertir que el cambio de jurisprudencia implica un paso atrás en la protección de los derechos y una posición absolutamente opuesta al acuerdo de todos los partidos políticos y al propósito de los redactores de la disposición. Esta interpretación es contraria al derecho de acceso a la justicia y su único efecto es proteger excesi-

<sup>19</sup> Martín Riso Ferrand, *Derecho Constitucional*, Tomo I (Montevideo: FCU, edición 2015), 75 y ss.

<sup>20</sup> De todas formas, la sentencia hace una cita a la opinión del Dr. Augusto Durán Martínez, que combate fuertemente las teorías de la prejudicialidad, por lo que se generan algunas dudas.

vamente al Estado. Es, además, contraria a la CADH y debe enmarcarse en un esquema de criterios que tienden a favorecer la posición del Estado.

## **AMPAROS NO MÉDICOS**

El análisis de las sentencias recaídas en acciones de amparo, dentro del período estudiado, resulta especialmente relevante para completar el contexto en que se enmarca esta investigación.

La gran mayoría de las acciones de amparo del período estudiado refieren a amparos médicos, con resultados variados. No se realizó un estudio de esta temática pues está en vía de publicación la tesis de maestría de la Mag. Cecilia Barnech, que analiza los amparos médicos en un período similar al estudiado por nosotros.

No deja de llamar la atención en los amparos médicos las vacilaciones a la hora de interpretar la oración final del artículo 44 de la Constitución (“El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”), pues es claro que se trata de una norma preceptiva, que da una orden (usa el verbo en imperativo) de dar (proporcionar algo) y muy clara en cuanto a su alcance. Es la norma más protectora en lo que a derecho a la salud refiere de América Latina y no se comprenden las dudas que genera su texto claro. No parece que pueda haber dos interpretaciones de esta disposición. Puede estarse en desacuerdo con la disposición constitucional, pero no puede dejar de aplicarse.

En cuanto a los amparos no médicos del período en estudio, se relevaron 74 expedientes con 116 sentencias, 74 de primera instancia y 42 de segunda instancia. El resultado final, contando primera instancia y apelación, nos muestra que de los 74 casos solo en un caso se acogió totalmente el amparo y en 4 se acogió la demanda parcialmente (un proceso fue clausurado). Las restantes demandas fueron rechazadas.

También parece surgir de los anexos un criterio más estricto y menos protector en vía de amparo no médico de los tribunales de apelaciones frente a los tribunales de primera instancia. Tres sentencias de segunda instancia revocaron sentencias que habían acogido el amparo parcialmente y solo en un caso se revocó una desestimatoria aceptando el amparo.

Con la lectura de estas sentencias se aprecia la existencia de algunas consideraciones y omisiones que, se reiteran, y resultan relevantes para definir el contexto de la presente investigación.

## 1. TIPOS DE AMPARO Y DISTINTAS REGULACIONES

Podemos encontrar en nuestro derecho tres acciones de amparo que aparecen superpuestas: el amparo internacional, el constitucional y el legal<sup>21</sup>.

Un rápido repaso de las principales normas internacionales de derechos humanos nos permite constatar la existencia de una acción de amparo internacional.

Así el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

El artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos expresa:

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

También debe recordarse el artículo 25 de la Convención Americana (que debe interpretarse en el marco de los artículos 1 y 2 de la CADH).

La existencia de un amparo de rango internacional, para garantía de las personas contra las violaciones de sus derechos fundamentales, no puede discutirse. Así como las exigencias del proceso en cuanto a que sea **sencillo, rápido y efectivo**.

Nuestra doctrina no ha sido unánime en cuanto a cuál es la base constitucional del amparo, aunque sí ha existido una cierta unanimidad en reconocerle rango constitucional. Así, algunos autores como Cassinelli Muñoz han señalado que la base del amparo se encuentra en el artículo 7º de la Constitución, cuando se consagra el derecho de los habitantes a ser *protegidos* en el goce de los derechos preexistentes<sup>22</sup>. Es obvio que *proteger* es sinónimo de *amparar*, e incluso puede mencionarse que el derecho chileno denomina al amparo como *acción de protección*. Otros, en cambio, señalaron el rango constitucional de la acción de amparo, pero con base en el artículo 72 de la Constitución ya que, advirtiendo su condición de garantía inherente a la persona humana, fácilmente la norma referida da pie para admitir dicho instituto en nuestra Carta<sup>23</sup>. En realidad, parece claro que a ambas posiciones doctri-

<sup>21</sup> Risso, "La acción de amparo", op.cit.

<sup>22</sup> Horacio Cassinelli Muñoz, "Acción de amparo", en *Rev. de la Oficina Nacional del Servicio Civil*, pág. 24 y ss. También, Daniel Ochs Olazabal, *La acción de amparo* (Montevideo, Edit. FCU, 2013), 33 y ss.

<sup>23</sup> José Korzeniak, *Derecho Constitucional* 2º cit., pág. 88. En el mismo sentido, Daniel Hugo Martins *El amparo de los Derechos Fundamentales ...* cit., etc. Alberto Ramón Real, "La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo", en *Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1963.

nales —no coincidentes— les asiste razón y son susceptibles de armonización total. En efecto, no puede ignorar el intérprete que asiste razón a Cassinelli Muñoz cuando destaca el derecho a ser *protegido* en el goce de los derechos preexistentes como fundamento claro del amparo, pero también es obvio que el amparo aparece incuestionablemente como una garantía inherente a la personalidad humana.

La jurisprudencia nacional, basándose en los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución, sin texto legal reglamentario del instituto, admitió la procedencia de la acción de amparo, señalando sus principales características<sup>24</sup>. En definitiva, sin reglamentación legal, de acuerdo con la doctrina, y perfilando acertadamente su contenido y alcance básico, nuestra jurisprudencia comenzó a aceptar la procedencia de la acción de amparo mediante la aplicación directa de las normas constitucionales referidas<sup>25</sup>.

Y, por supuesto, encontramos también el amparo legal, regulado por la ley 16.011, de 19 de diciembre de 1988. Sin duda este es el amparo más restrictivo o, si se prefiere, menos protector de los derechos humanos.

Estas tres regulaciones, todas en vigor, pueden presentar discordancias normativas, que deberán resolverse conforme la directriz de preferencia de normas, esto es, optando y aplicando siempre la solución más favorable al derecho en juego, la opción más protectora.

Llama la atención que no se encuentren mayores referencias a esta triple regulación, sino que, en general, los tribunales, se limitan a aplicar la regulación legal. Esta ausencia, y la aplicación de la regulación más restrictiva del amparo, conduce inevitablemente a una visión limitada del amparo y a que muchos casos queden fuera por razones derivadas de la ley y que no están en las normas superiores (plazo de accionamiento, por ejemplo).

## 2. PLAZO DE CADUCIDAD

El plazo de caducidad que no está ni en la regulación constitucional ni en la internacional (sería absurdo que estuviera, tanto como poner un plazo de caducidad a un hábeas corpus, lo que conduciría a que la persona se mantenga en prisión indebida si caducó el recurso), ha sido uno de los principales problemas.

---

<sup>24</sup> Ver por ejemplo sentencia N° 219 de 26 de diciembre de 1984, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en *Rev. Urug. de Derecho Constitucional y Político*, tomo I N° 5. También Eduardo Esteva Gallicchio, “Algunos aspectos de la acción de amparo ante la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el proyecto de ley reglamentaria elaborado por el Poder Ejecutivo”, en *Rev. Urug. de Derecho Constitucional y Político*, Tomo I, N° 6, (1985): 260 y ss.

<sup>25</sup> Ver sentencias en *Revista Urug. de Derecho Constitucional y Político*, tomo II, N° 10-11; tomo III, N° 13 y 14, pág. 75 y ss. y pág. 79 y ss.; tomo III, N° 16-17, pág. 406 y ss. N° 19-20, pág. 73 y ss., pág. 84 y ss., pág. 93 y ss. LJU caso 10.819, caso 10.939, etc.

En una acción de amparo contra la Intendencia de Montevideo, en que se solicitaba que se ordenara al demandado que resolviera recursos administrativos pendientes, y que fue acogido por el Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Primer Turno, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno, revocó la sentencia y desestimó el amparo. La cuestión fue desde cuándo se computaba el plazo de caducidad de treinta días: el actor pretendía que se computara desde que tuvo acceso a los antecedentes administrativos (y conoció el estado de las actuaciones), el Tribunal consideró que el plazo debía computarse desde la configuración de la denegatoria ficta. Con el criterio del actor no había caducidad, pero sí con el criterio del Tribunal. Entre dos posibles interpretaciones se optó por la que era más favorable a la entidad estatal demandada y más perjudicial para el titular de los derechos humanos (sentencia de 22 de julio de 2016).

### 3. OTROS MEDIOS IDÓNEOS

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno (sentencia de 27 de abril de 2015), desestimó un amparo promovido contra el Ministerio del Interior. Si bien parecen surgir elementos de juicio que justifican el rechazo de la acción, hay algunas expresiones más que discutibles. Por ejemplo:

Considerando IV: “Por demás, el actor ha iniciado la vía administrativa y, de serle adversa su resolución, tiene abierta la vía anulatoria ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y, eventualmente, la reparatoria ante el fuero competente en el Poder Judicial.

Al final del Considerando VII insiste en el tema señalando que luego de los recursos administrativos interpuestos, puede acudir al TCA, **“cuya alegada tardanza en resolver los litigios planteados no significa que sea ineficaz o inidóneo para la tutela de un derecho”**.<sup>26</sup>

Pero si vamos a la ley encontramos que el artículo 2 de la ley 16.011 establece que **“La acción de amparo sólo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal B) del artículo 9 o cuando, si existieren, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho”**.<sup>27</sup>

El resultado que prevé el artículo 9, que se obtiene en un breve plazo de pocas horas, no puede ser comparable con una vía recursiva que suele terminar en denegatoria ficta (plazo

---

<sup>26</sup> NE: Resaltado por los investigadores.

<sup>27</sup> NE: Resaltado por los investigadores.

mínimo 150 días que se amplía si hay recursos subsidiarios), ni con un proceso de dos o tres años en el TCA<sup>28</sup>.

En efecto, es obvio que no constituye un medio idóneo que excluya el amparo: a) un juicio ordinario (no menos de un año solo en primera instancia y esto en forma excepcional), b) la vía recursiva (150 días mínimo<sup>29</sup>), c) la acción de nulidad ante el TCA (unos tres años), c) el procedimiento de suspensión de la ejecución del acto previsto en el artículo 2 de la ley 15.869 (un par de años), d) los recursos contra las personas de derecho público no estatales. Ninguna de estas vías cumple con la pauta de ser sencillas, efectivas y breves, ni encuadran en el artículo 2 de la ley 16.011. La tardanza impide considerar a estas vías como idóneas.

En definitiva, los criterios jurisprudenciales en análisis no se ajustan al artículo 2 de la ley 16.011, ni a las regulaciones internacionales, ni constitucionales del amparo.

#### 4. ILEGITIMIDAD MANIFIESTA

La sentencia de 4 de setiembre de 2013, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno, si bien, al igual que la anterior, parece, en principio y según lo que se puede apreciar solo con la lectura de la sentencia, como razonable, presenta el problema de la noción de la ilegitimidad manifiesta. Así, en el Considerando IV, recurre a los conceptos habituales en cuanto a que la ilegitimidad debe ser clara, notoria, indubitable, inequívoca, cierta, ostensible, palmaria, etc.

Lo anterior no es otra cosa que lo que dice la doctrina antigua y la jurisprudencia mayoritaria: habrá **ilegitimidad manifiesta** cuando la ilegitimidad de la lesión sea palmaria, escandalosa, se pueda apreciar in continenti, aparezca como más allá de toda duda razonable, no pueda contestarse seriamente la existencia de ilegitimidad, etc.<sup>30</sup>. A su vez, se ha señalado que el amparo no procede cuando se trata de cuestiones opinables<sup>31</sup>.

En los primeros tiempos de la acción de amparo en Uruguay, y con las dudas que siempre genera lo nuevo (que en este caso implicaba un problema especial al requerir la aplicación directa de la Constitución a lo que los operadores jurídicos uruguayos no estaban acostumbrados), la jurisprudencia fue tan exigente con la ilegitimidad manifiesta que prácti-

<sup>28</sup> Sobre otros medios impugnativos: LJU casos 11.554, 11.575, 11.599, 12.005, 12.673, 12.320, etc.

<sup>29</sup> Aunque los plazos del jerarca y eventualmente del Poder Ejecutivo en caso de anulación se redujeron con base en la ley N° 17.292. Al respecto: Augusto Durán Martínez, "Recursos administrativos. Modificaciones dispuestas por la Ley N° 17.292", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, N° II. Y del mismo autor *Contencioso Administrativo* (Montevideo, FCU, 2015).

<sup>30</sup> Ver: LJU casos 12.746, 12.802, 12.673, 12.320, 10.939, 10.482, 10.573, 11.135, 11.755, 11.699, 11.726, 12.005, 10.753, 11.394, 11.395, etc.

<sup>31</sup> Ver *Revista U. de Derecho Procesal*, N° 1/92, casos 505, 507, 509, 512, 513. N° 2/90 caso 449.

camente ningún amparo procedía. Esto, en algún momento, generó una suerte de desmotivación y el número de acciones de amparo se redujo significativamente.

Pero en la actualidad, cuando podríamos considerar superadas las dudas derivadas de la novedad, de la sumariedad del proceso y de la aplicación directa de la Constitución, no parece ser razonable seguir con tantas exigencias en cuanto a la ilegitimidad manifiesta, sino que se podría analizar esta noción con otra tranquilidad. Dentro de la lógica del amparo ¿qué significa esta exigencia? Su fundamento radica en no lesionar los derechos del demandado (que cuenta de un exiguo plazo para defenderse) y entonces, en función de esto, conviene situar la ilegitimidad manifiesta en sus justos términos. El tribunal concluirá que hay ilegitimidad manifiesta cuando considere que el proceso puede resolverse con razonable grado de seguridad por el procedimiento sumario del amparo. Nada de exigir ilegitimidades escandalosas, obvias, evidentes y palmarias. Lo único que precisa el Juez es que la ilegitimidad sea lo suficientemente clara como para resolver por este proceso con el grado de seguridad habitual (no con mayor certeza)<sup>32</sup>.

Incluso recordemos el famoso caso “Marbury v. Madison”, que si bien presentaba complejísima cuestiones (basta pensar en los límites entre la jurisdicción y la política, nacimiento del judicial review, etc.), sí se pudo dictar sentencia en el marco del “writ of mandamus”, que es el antecedente del actual amparo.

En definitiva, el concepto extremo y antiguo de ilegitimidad manifiesta que se utiliza con frecuencia parece ser excesivo y no compatible con las regulaciones constitucionales, internacionales y legales del amparo.

## 5. DAÑO IRREPARABLE

En la sentencia de 22 de diciembre de 2013, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, se rechaza la demanda por entender que no hay ilegitimidad manifiesta y “tampoco se advierte la existencia de un daño irreparable que ni siquiera fue alegado en la demanda como fundamento de la pretensión”.

Desde los primeros años de vida de la acción de amparo, la jurisprudencia desarrolló el concepto (con base en muy viejos aportes doctrinales) de que el amparo tendría naturaleza excepcional y por ende solo se puede aceptar en casos excepcionales. Este concepto es más que problemático. La solución de principio es que los sujetos tienen derecho a la más rápida y efectiva protección de sus derechos constitucionales y esto se realizará a veces a través del

<sup>32</sup> Martín Riso, “La acción de amparo”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, 2015, N° 12, edit. La Ley.

amparo y otras veces por otros medios como el hábeas corpus, hábeas data e incluso el juicio ordinario. La cuestión no es una excepcionalidad que no exige ni la Constitución ni la ley, sino determinar cuál es la vía correspondiente. A nadie se le ocurre decir que el juicio ejecutivo es de excepción, sino que es un proceso que procede en ciertos casos. Lo mismo pasa con el amparo por lo que no deben exigirse excepcionalidad ni limitar su alcance con conceptos que no contiene ni la Constitución ni la ley.

Otras veces, creemos que, por reflejo inadvertido de los primeros tiempos del amparo, se exige que haya un **daño irreparable**. La exigencia no puede aceptarse: a) primero, pues ni la Constitución, ni del DIDH, ni de la ley, exigen esto y no puede el intérprete, por sí solo, limitar el alcance de una garantía constitucional con nuevas exigencias; b) segundo, con este criterio el amparo desaparecería ya que todo, salvo la vida, puede ser objeto de reparación económica; y c) la Constitución en el artículo 7 ordena “proteger” los derechos humanos y no permite, implícitamente, dejar que se violen los derechos para luego “indemnizar” los daños causados (el DIDH habla de recurso rápido, efectivo y sencillo), por lo que el argumento no es aceptable. Si se dan los elementos exigidos por la ley para el amparo, no se puede agregar nuevas exigencias, no establecidos en el orden jurídico, para limitar la garantía.

## 6. PROBLEMAS DE FONDO

También podemos encontrar algún problema de fondo, como en la sentencia de 1 de marzo de 2017, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno, en el que se hace mención, correctamente, a que los derechos tienen dos límites, a) los provenientes de actos de autoridad y b) los que surgen de la coexistencia con derechos de otros sujetos. Sin advertir que se estaba en la hipótesis “a”, pretende realizar una armonización que solo es válida en la hipótesis “b” (armonización entre derechos de distintos sujetos, pero no es viable frente a actos de autoridad -las autoridades no son titulares de derechos- que deben ajustarse a derecho).

## 7. SÍNTESIS

¿Qué se quiere señalar con estas referencias generales a las acciones de amparo no médicos? Pues que en general, por supuesto que no en todos los casos, se advierte el uso de criterios e interpretaciones altamente discutibles, en favor del Estado y en perjuicio de quien invoca la lesión de sus derechos humanos.

Algunos porcentajes hablan por sí solos.

## OTROS ELEMENTOS RELEVANTES

Pese a no ser elementos en sentido jurídico estricto, debe recordarse el entorno político de la temática en estudio.

El Poder Ejecutivo está buscando por todos los medios, posibles y prohibidos por la Constitución, eludir el pago de sentencias ejecutoriadas que condenan al Estado al pago de diferencias salariales para funcionarios del Poder Judicial. Así ha venido obstruyendo el trámite de excepciones de inconstitucionalidad, demorando la designación de fiscales, ha presentado al Legislativo y logrado la aprobación del artículo 733 de la ley 19.355, que difería el pago de las sentencias de laudos y sentencias contra el Estado, por varios años, si tenían un contenido salarial. Declarada la inconstitucionalidad del artículo anterior<sup>33</sup>, en la ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal, N° 19.535, se logró la aprobación de un artículo (el 15) similar al artículo 733, que por un lado mejora la solución en la medida que el diferimiento del pago de sentencias solo abarca a sentencias superiores a determinado monto, pero, por otro lado, empeora la situación pues no comprende solo a las sentencias y laudos arbitrales de naturaleza salarial, sino a todos.

El entorno político es claro en la búsqueda de ventajas y privilegios indebidos para el Estado, especialmente, en los juicios de responsabilidad del Estado. En lugar de preocuparse de no causar daños y, cuando los causa, repararlos rápida y adecuadamente, la preocupación es cómo evitar el pago de la indemnización.

---

## COMENTARIOS FINALES

Parece ser claro que, tanto limitando el estudio a los aspectos jurisdiccionales (básicamente amparos no médicos), como ampliándolo a cuestiones políticas, se aprecia una fuerte tendencia que termina, muchas veces, en una injustificada y excesiva protección de los intereses estatales, lo que va, inequívocamente, en desmedro de la protección de los derechos de los habitantes de la República y de la protección de la propia Constitución.

Este entorno debe necesariamente ser tenido en cuenta a los efectos de evaluar la información que surge de los anexos y, en el futuro, para las etapas siguientes de esta investigación.

La siguiente fase del proyecto insumirá todo el año 2018 y refiere a la realización de un análisis de fondo del mayor número posible de las sentencias relevadas en la fase primera.

---

<sup>33</sup> Sentencia 576/2017, de 8 de mayo de 2017.

---

Para Para citar este artículo: Martín Risso et al., “Jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado (Avance de investigación). Departamento de Derecho Constitucional y DDHH, UCU”, en *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 1510-3714, 197-232.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Bernstein David E., “The Story of *Lochner v. New York*: Impediment to the Growth of the Regulatory State”, en *Constitutional Law Stories*, Editor Michael C. Dorf, Foundation Press, New York, 2004.
- Berro, Federico, “Competencia del Poder Judicial para decidir sobre actos administrativos ilegales. Comentarios sobre el nuevo texto del artículo 312 de la Constitución”, en *Revista Tributaria*, tomo XXIV, N° 140, 1997 (ISSN 07973489) p. 583/596.
- Cajarville Peluffo, Juan Pablo, “Visión actual del contencioso administrativo”, en *Rev. Judicatura*, N° 44, 2006, p.35/53.
- Cassinelli Muñoz, Horacio, “La acción de reparación patrimonial en la reforma constitucional”, en *Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996*, FCU, Montevideo, 1998.
- Cassinelli Muñoz, Horacio, *Acción de amparo*, en *Oficina Nacional del Servicio Civil*, 1989.
- Correa Freitas R. y Vázquez, MC, *La reforma constitucional de 1997*, FCU, 1997.
- Durán Martínez, Augusto, *Contencioso Administrativo*, segunda edición, FCU, 2015.
- Esteva Gallicchio, Eduardo, Algunos aspectos de la acción de amparo ante la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el proyecto de ley reglamentaria elaborado por el Poder Ejecutivo, en “*Rev. Urug. de Derecho Constitucional y Político*”, Tomo I, N° 6, Montevideo, 1985, ISSN 02560151, pág. 260/265.
- Fernández Segado, Francisco, “Fétichisme de la loi, separation des pouvoirs et gouvernement des judges. Tres ideas fuerza para el rechazo de la constitucionalidad de las leyes en Francia”, en *Teoría y realidad constitucional*, N° 19, setiembre de 2007, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, ISSN 11395583, pág. 45/73
- Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Edi. Cámara de Senadores, Montevideo, 1992.
- Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?* edit. Tecnos, Madrid, 1999 (edición original de 1931).

- Labaure, Carlos, “Contencioso anulatorio y de reparación patrimonial”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo VI, FCU, 1998 (ISSN 07970463), pp. 33/43.
- Labaure, Carlos, “El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del artículo 312 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público*, 1998, N° 13 (ISSN 07974302), pp. 41/44.
- Lambert, Edouard *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Edit. Tecnos, Madrid, 2010.
- Martins, Daniel Hugo, “Algunos aspectos del reparatorio patrimonial”, en *Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996*, FCU, Montevideo, 1998.
- Montesquieu (Charles de Secondant, barón de La Brède y de Montesquieu), *El espíritu de las leyes*, *Grandes Clásicos del Derecho*, vol. 5, Oxford University Press, México, 1999.
- Ochs Olazabal, Daniel, *La acción de amparo*, Edit. FCU, Montevideo, 2013.
- Risso Ferrand, Martín, *Derecho Constitucional*, Tomo I, FCU, edición 2015.
- Risso, Martín, “¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia vs. aristocracia con toga”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2012 (ISSN 15104974), pág. 393/414.
- Risso, Martín, “La acción de amparo”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 12, Montevideo, edit. La Ley (ISSN 16888006), 2015, 463/496.
- Risso, Martín, “Resolución de casos de derechos humanos: acción de amparo y derecho de propiedad”, en *Revista de Derecho Público*, UdelaR, N° 51, Montevideo, 2017 (ISSN 07974302), p. 177/189.
- Risso, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, FCU, segunda edición ampliada, 2011.
- Rousseau, JJ, *El contrato social*, edit. Aguilar, Buenos Aires, 1965.
- Saettone, Mariella, “La acción reparatoria y la prejudicialidad (artículo 312 y DTyEL)”, en *Reforma constitucional 1997*, Universidad Católica del Uruguay y *Rev. U. de Derecho Constitucional y Político*, serie *Congresos y Conferencias*, N° 16, Montevideo, 1977.
- Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid 1983.
- Sullivan, Kathleen M. y Gunther, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004.

---

## ANEXO I – METODOLOGÍA

A los efectos del estudio cuantitativo correspondiente se fijó como meta inicial estudiar:

1. El resultado en cada etapa de los procesos seguidos contra el Estado en cuanto a si se hizo lugar a la pretensión, si se lo hizo en forma parcial, o si se la desestimó.
2. La relación entre las distintas sedes, es decir, el mantenimiento o la revocación de los fallos en sus correspondientes instancias.

Se tomó como objeto a las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas dictadas por los Juzgados Letrados en lo Contencioso Administrativo (en adelante “JLCA”) durante el periodo de marzo de 2014 y marzo de 2017. Para el caso de que se hubiese interpuesto el recurso de apelación contra alguna de ellas, se computaron los fallos pronunciados por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil (en adelante “TAC”) que conocieron en la respectiva segunda instancia. También se tuvo en cuenta los pronunciamientos de la SCJ en virtud de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias de los TAC.

El relevamiento de las sentencias se desarrolló según las dinámicas propias de cada sede judicial. En consecuencia, la actividad tuvo dos momentos: un primer período en que se contabilizó las sentencias dictadas por los JLCA de 2º y 3º Turno y sus eventuales instancias posteriores; y una segunda fase en que se computó las sentencias dictadas por los JLCA de 1º y 4º Turno.

Con respecto al primer momento, es dable destacar que las sedes de 2º y 3º Turno permitieron el acceso a sus respectivos libros de sentencias definitivas, de los cuales se extrajo el número de los fallos, los autos en que fueron pronunciados, el número de Identificación Única de Expedientes, y su fecha en orden cronológico. Las sentencias de los homólogos de 1º y 4º Turno las facilitó en formato digital la “División Tecnología” del Poder Judicial.

En esta línea, el análisis de las sentencias judiciales referidas se circunscribió a los casos de responsabilidad del Estado en sentido amplio y acciones de amparo, con la salvedad que se detallará. Por su parte, cabe recalcar que la elección de estas materias no obedece a un motivo meramente arbitrario, sino que responde a diversas razones, siendo una de ellas la existencia de un tratamiento previo del tema en cuestión, tal como sucede con los amparos médicos, que han sido tratados por investigaciones anteriores. Asimismo, en esta primera etapa no se analizaron montos por la complejidad manifiesta que esto hubiese aparejado.

El presente trabajo, entonces, dejó por fuera del objeto de estudio:

1. Sentencias interlocutorias simples.
2. Sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva dictadas por los JLCA de 2º y 3º turno<sup>34</sup>.
3. Amparos médicos.
4. Expropiaciones.
5. Asuntos laborales.
6. Piezas de procesos de liquidación de sentencia.
7. Piezas de proceso de regulación de honorarios.
8. Sentencias de segunda instancia provenientes de Juzgados de Paz Departamentales.
9. Ejecución de sentencias.

Para la obtención del total las sentencias analizadas en el presente trabajo se emplearon, principalmente, las siguientes herramientas:

1. Base de Jurisprudencia Nacional Pública
2. Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales del Poder Judicial

Ahora bien, hubo casos en los que no se pudo encontrar alguna sentencia por ninguno de estos medios digitales, en cuyo caso fue necesario recurrir a la División Tecnología del Poder Judicial e, incluso, al propio Juzgado en que tramitó el expediente.

El número de sentencias relevadas asciende a 1.456. Categorizando las mismas en función de la instancia a las que corresponden, en primer lugar, podemos observar un total de 782 que pertenecen a tribunales de primera instancia de las cuales el 56% desestimaron la demanda. En cuanto a los TAC, los datos recabados fueron sobre 512 sentencias y desestimaron la demanda el 56%.

## **DIFICULTADES ENCONTRADAS**

Sin perjuicio del cumplimiento de los objetivos inicialmente perseguidos por este trabajo, no puede dejarse de desconocer una serie de dificultades encontradas en el camino que, si bien no han obstado a la obtención de un resultado, sí han dificultado el procesamiento de datos previamente explicado, así como la celeridad del trabajo en algunas oportunidades.

---

<sup>34</sup> Dado que las sentencias interlocutorias con fuerza definitiva no se encuentran identificadas en el cuaderno de sentencias definitivas de las Sedes mencionadas.

Ante ello se hace menester recalcar simplemente con carácter enunciativo las siguientes:

1. La BJNP adolece de un sensible retraso en la carga de sentencias definitivas para su ubicación a través del sistema de su búsqueda. Si bien las mismas no pueden ser ingresadas al sistema antes de ser firmadas por el juez o ministros y de su notificación a las partes, la demora en su habilitación resulta un impedimento para quien pretende el acceso a una jurisprudencia reciente y actualizada. Esto hace necesario recurrir a la herramienta de Consulta de Expedientes. A su vez, el motor de búsqueda de la BJNP presenta algunas falencias, ya que hay sentencias que no se encuentran por el sistema de búsqueda simple, pero sí a través de la búsqueda selectiva. También se constató que el motor de búsqueda avanzado presenta fallas tales como no obtener resultados cuando se completa el campo del número de la sentencia, pero sí cuando se filtra por el nombre de las partes o por el IUE y viceversa.
2. Como consecuencia de las carencias de la BJNP antes mencionadas, en lo que respecta a fines académicos que requieren la localización y acceso a sentencias vía web, más específicamente en el caso de la herramienta Consulta de Expedientes, es dable de constatar que, al acceder a los movimientos de cada expediente en cuestión, todas las actuaciones, tanto sentencias definitivas, audiencias de lectura de sentencias así como decretos de mero trámite, aparecen diferenciados únicamente por el factor cronológico. Con lo cual, si se desea atender únicamente a un aspecto en concreto, como lo es en este caso la lectura de la sentencia definitiva, este sistema se reputa ineficaz en tanto dificulta una búsqueda ágil.
3. Dentro del sistema brevemente desarrollado en el literal anterior, resulta asimismo que muchos de los movimientos no resultan estar en orden. En este sentido puede constatar que en diversas actuaciones, luego del dictado de la sentencia definitiva, surgen decretos de fechas anteriores pero registrados en forma posterior.
4. Como ya fue mencionado, los asuntos laborales no fueron objeto de esta investigación. Sin embargo, en reiteradas ocasiones expedientes laborales fueron caratulados como “Daños y Perjuicios”. Este imprevisto, de hecho, fue detectado cuando ya había concluido el relevamiento completo de las sentencias. Es por esto por lo que existen algunos fallos dictados debido a conflictos individuales de trabajo que formaron parte de la muestra, pero ello se debió a una incorrecta identificación del expediente.

5. Existió una serie de sentencias de primera y segunda instancia que no han podido ser localizadas ni en la BJNP ni por medio de Consulta de Expedientes. A raíz de esto, fue necesario concurrir al Juzgado en que fue dictada la sentencia y acceder al expediente o, en caso de que este no se encontrara físicamente en la oficina, al legajo de sentencias.

En lo que respecta a las sentencias de casación debemos destacar que:

1. No se encuentran disponibles en la herramienta de Consulta de Expedientes, sino que, para acceder a ello se debe acudir a la Base de Jurisprudencia Nacional. La que en diversas ocasiones no ha brindado una búsqueda satisfactoria al respecto, razón por la cual se hace imperioso acceder a la propia página web del Poder Judicial y buscar dentro de la sección “sentencias de casación”. Si bien no es posible sostener que se trate de un caso de ausencia de información, en tanto puede ser encontrada, sí puede reconocerse una cierta inconveniencia a la hora de realizar la búsqueda en cuestión.
2. Las sentencias no presentan un sistema de seguimiento del expediente, aspecto que dificulta la búsqueda.
3. La disponibilidad y acceso a las sentencias se ve dificultado a raíz de la demora en cargar los fallos en los sistemas de búsqueda web referenciados.

## ANEXO II – ANÁLISIS NUMÉRICO

### EXPEDIENTES Y EXCLUSIONES

El total de expedientes a los que se accedió asciende a 1.527.

En primer lugar, se procedió con las exclusiones mencionadas en el Anexo I. En esta línea, se excluyeron 669 expedientes: (a) 494 amparos médicos, (b) 4 escrituraciones forzadas, (c) 20 expropiaciones, (d) 75 procesos laborales, (e) 55 iniciados en Juzgados de Paz Departamentales, (f) 14 regulación de honorarios, (g) 2 reservados, (h) 4 liquidaciones de sentencias y (i) 1 ejecución de sentencia.

Por lo que, los expedientes cuyas sentencias de primera instancia, segunda instancia y casación fueron analizados equivalen a 858.

### TOTAL DE SENTENCIAS ANALIZADAS

Se procedió con análisis de 1.456 sentencias, cuyo desglose por instancia es el siguiente:

1. 782 sentencias definitivas de primera instancia
2. 84 sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva de primera instancia
3. 512 sentencias definitivas de segunda instancia
4. 36 sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva de segunda instancia
5. 42 sentencias de casación.

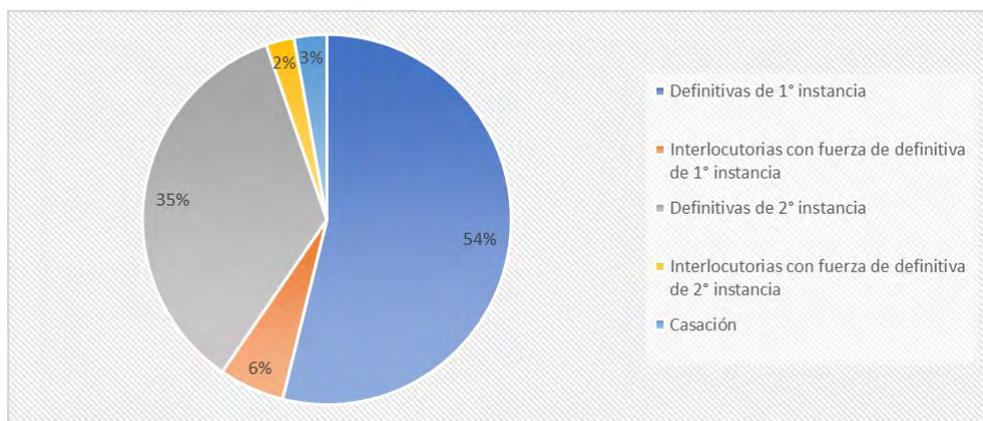


Figura 1: Total de sentencias analizadas. Fuente: Elaboración propia

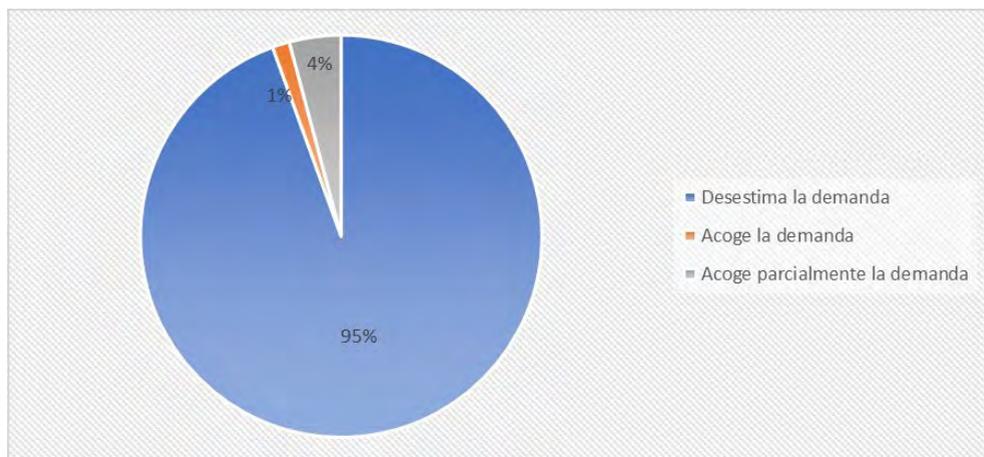
## ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE AMPAROS (NO MÉDICOS) CONTRA EL ESTADO

En total se analizaron 116 sentencias de amparos no médicos: 74 sentencias de primera instancia y 42 de segunda instancia.

En lo que refiere a la clasificación por resultado de las 74 sentencias de primera instancia: 3 sentencias acogieron la demanda (4%), 4 sentencias acogieron parcialmente la demanda (5%) y 67 sentencias desestimaron la demanda (91%).

De las 74 sentencias anteriormente mencionadas, 42 llegaron a segunda instancia, y el resultado fue el siguiente: 39 sentencias desestiman finalmente la demanda (36 confirmando la sentencia de primera instancia y 3 revocando y pasando a desestimar la pretensión); 2 sentencias acogen parcialmente la demanda y la restante revoca la sentencia interlocutoria de primera instancia y ordena sustanciar la pretensión.

Los resultados finales (teniendo en cuenta primera y segunda instancia) respecto a los 74 amparos planteados son los siguientes: 1 proceso fue clausurado, 1 sentencia acogió el amparo en su totalidad, 4 amparos fueron acogidos parcialmente y 68 amparos fueron desestimados.



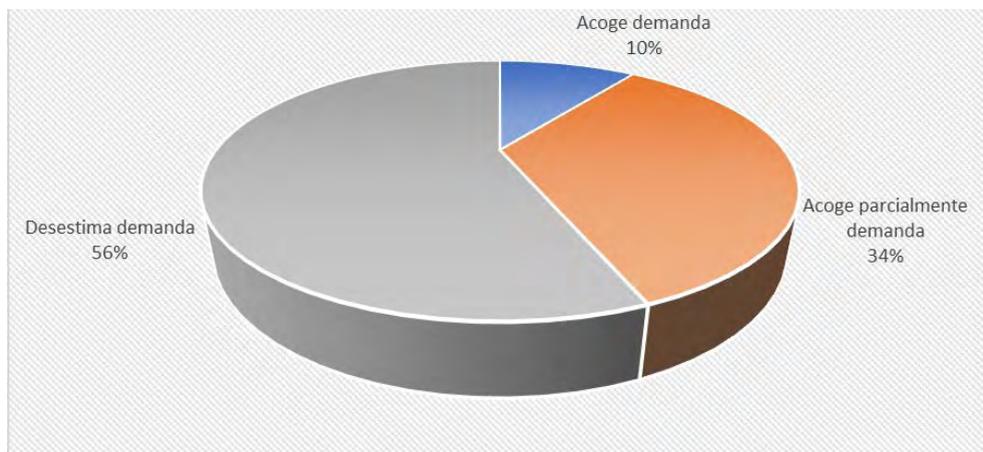
**Figura 2:** Sentencias de amparos no médicos. Fuente: Elaboración propia

## ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

A continuación, se expone un análisis de las sentencias según su resultado: (a) acogimiento de la demanda, (b) acogimiento parcial de la demanda y (c) desestimación de la demanda. A su vez, las clasificamos según se trate de sentencias de primera instancia, segunda instancia y casación.

### i. Sentencias definitivas de primera instancia

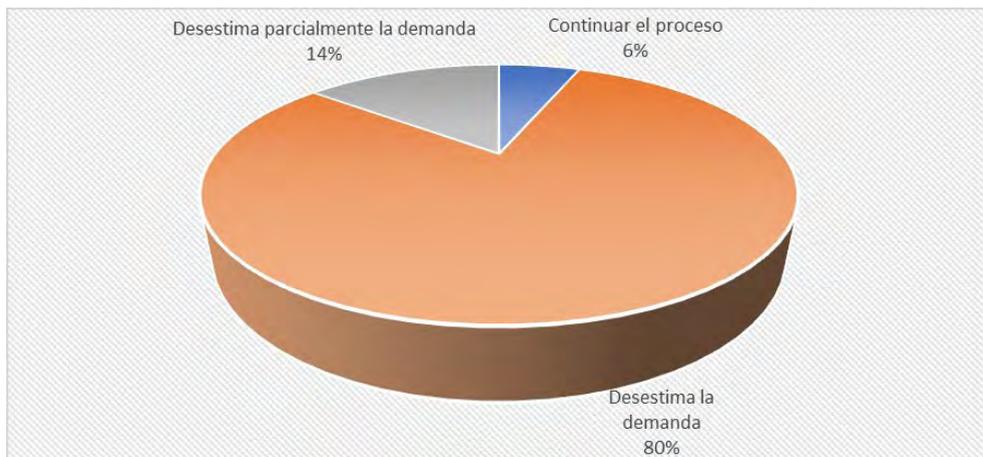
En total se analizaron 782 sentencias definitivas de primera instancia, de las cuales: 79 acogieron la demanda, 263 acogieron parcialmente la demanda y 440 desestimaron la demanda.



**Figura 3:** Sentencias definitivas. Fuente: Elaboración propia

### ii. Sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva

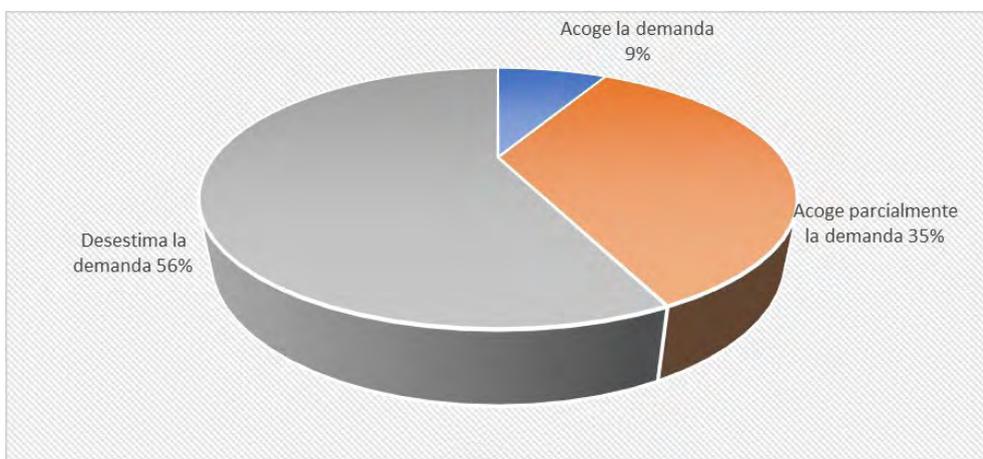
Las sentencias interlocutorias que ponen fin al proceso analizadas ascienden a 119 en total sumando primera y segunda instancia. Las sentencias interlocutorias de primera instancia son 84 de las cuales: 5 ordenan continuar con el proceso, 67 desestima la demanda y 12 desestiman parcialmente la demanda. Llegan a segunda instancia 35 de las cuales 27 desestiman la demanda y 8 ordenan continuar con el proceso.



**Figura 4:** Sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas. Fuente: Elaboración propia

### iii. Sentencias definitivas de segunda instancia

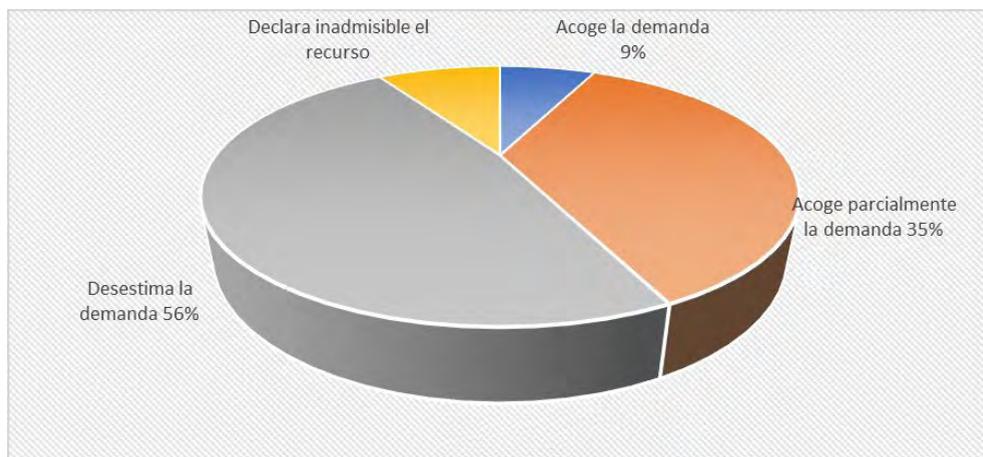
En total fueron analizadas 512 sentencias definitivas de segunda instancia. De las cuales, si nos centramos en el resultado respecto de la demanda, finalmente: 44 acogieron en su totalidad, 179 acogieron parcialmente y 289 desestimaron la demanda.



**Figura 5:** Sentencias definitivas de segunda instancia. Fuente: Elaboración propia

#### iv. Sentencias de casación

En total se analizaron 42 sentencias de casación, de las cuales: 3 acogen la demanda, 15 acogen parcialmente la demanda, 20 desestiman la demanda y 4 declaran el recurso inadmisibile.



**Figura 6:** Sentencias de casación. Fuente: Elaboración propia

#### ANÁLISIS COMPARATIVO DE RESULTADO POR ETAPA

A continuación, un análisis comparativo y evolutivo de las sentencias, teniendo en cuenta su resultado y recorrido por las diferentes instancias. Para ello, en primer lugar, se clasifican las sentencias por resultado (en línea con el capítulo anterior: acogimiento, acogimiento parcial o desestimación de la demanda) y, luego, si se modifica o mantiene el resultado cuando recorre las diferentes instancias.

Lo que permite observar, finalmente, cuántas pretensiones fueron acogidas, acogidas parcialmente o desestimadas finalizado el proceso en todas sus instancias.

En esta línea, tal como fue mencionado, de las 782 sentencias definitivas de primera instancia: (i) 79 acogieron la demanda, (ii) 263 acogieron parcialmente la demanda y (iii) 440 desestimaron la demanda.

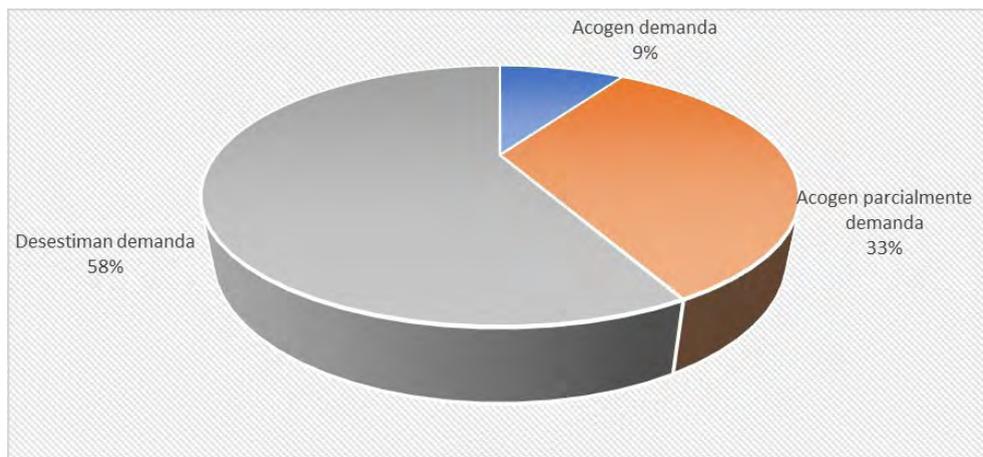
1. En el primer escenario, de las 79 sentencias que acogieron la demanda, 54 fueron apeladas. De las cuales se revocaron 18 sentencias: 6 sentencias pasaron a

acoger parcialmente la demanda y 12 desestimaron la demanda. Sobre una de estas últimas sentencias se interpuso un recurso de casación y la SCJ confirmó la sentencia de segunda instancia, desestimando la demanda. Las restantes 36 sentencias de segunda instancia, ya sea por medio de la confirmación (en el caso de 25 sentencias) y por revocación parcial (en el caso de 11 sentencias) acogen la demanda en su totalidad.

2. En el caso de las 263 sentencias que acogieron parcialmente la demanda, se interpuso recurso de apelación contra 182 sentencias. De las cuales 48 sentencias fueron revocadas y modificaron el fallo inicial: 1 pasó a acoger la demanda en su totalidad y 47 desestimaron la demanda. Las restantes 134 sentencias de segunda instancia, luego de confirmar (en el caso de 43 sentencias) o de revocar parcialmente (en el caso de 91 sentencias), continúan acogiendo parcialmente la demanda. Por último, se interpusieron 16 recursos de casación, de los cuales 3 sentencias declararon inadmisibles el recurso y el resto mantuvieron el fallo de segunda instancia (6 sentencias confirmaron desestimando la demanda, mientras que las siete restantes confirmaron acogiendo parcialmente la demanda).
3. Las sentencias que desestimaron la demanda son 440 y llegaron a segunda instancia 276. De las cuales se revocaron y modificaron el fallo 45 sentencias: 6 sentencias acogieron totalmente la demanda y 39 acogieron parcialmente la demanda. Las restantes 230 sentencias mantuvieron el fallo desestimando la demanda. Se interpuso recurso de casación contra 24 sentencias, de los cuales 2 fueron declarados inadmisibles. Se modificó el fallo de segunda instancia y revocaron 3 de las sentencias: 1 revocó desestimando la demanda, 1 revocó acogiendo la demanda y 1 revocó parcialmente acogiendo parcialmente la demanda. Las restantes 19 sentencias de casación confirmaron la sentencia recurrida (14 sentencias que desestimaban la demanda y 5 que acogían la demanda).

En esta línea, las modificaciones por revocaciones a lo largo del proceso influyen en los datos finales relativos a los resultados. Por lo que, los resultados finales de las 782 sentencias definitivas de primera instancia que utilizamos como base para el análisis son los siguientes:

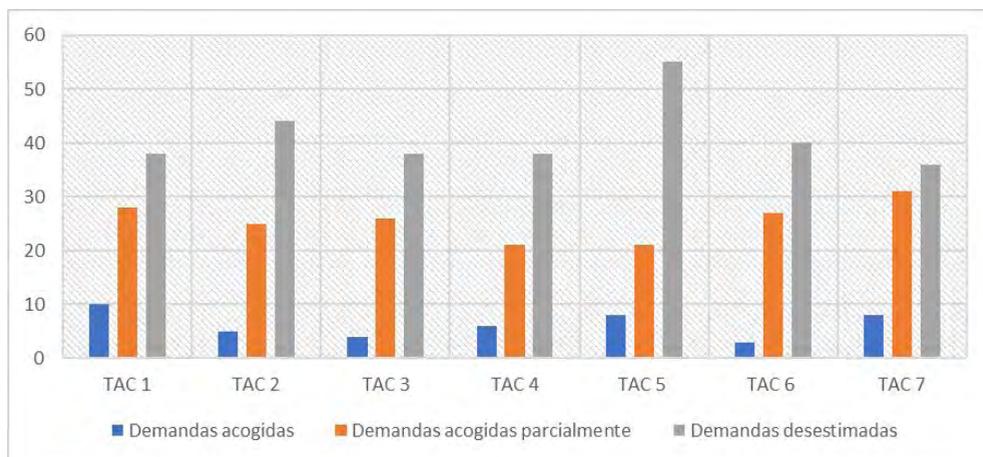
1. 72 demandas acogidas en su totalidad
2. 261 demandas acogidas parcialmente
3. 454 de demandas desestimadas



**Figura 7:** Análisis comparativo por etapas. Fuente: Elaboración propia

### **ANÁLISIS COMPARATIVO DE SENTENCIAS DE SEGUNDA INSTANCIA POR TRIBUNAL Y RESULTADO**

En total se analizaron 550 sentencias de segunda instancia. En el gráfico que se adjunta inmediatamente, se puede observar la comparación entre los resultados de las sentencias de segunda instancia clasificadas según el Tribunal de Apelaciones en lo Civil correspondiente.



**Figura 8:** Análisis comparativo 2° instancia por tribunal. Fuente: Elaboración propia

Se analizará la gráfica comparativa planteada según el resultado de la sentencia con relación a la demanda y resaltaremos los casos en los que, por medio de la revocación, el TAC modificó el fallo de primera instancia.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno:** corresponden a este Tribunal 76 sentencias de segunda instancia, de las cuales 10 acogen la demanda, 28 acogen parcialmente la demanda y 38 desestiman la demanda. A su vez, de las 76 sentencias mencionadas el TAC 1° revocó (total o parcialmente) 35 sentencias de las cuales 5 acogen la demanda, 24 acogen parcialmente la demanda y 6 desestiman la demanda.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno:** corresponden a este Tribunal 74 sentencias de segunda instancia, de las cuales 5 acogen la demanda, 25 acogen parcialmente la demanda y 44 desestiman la demanda. A su vez, de las 74 sentencias mencionadas el TAC 2° revocó (total o parcialmente) 35 sentencias, de las cuales 4 acogen la demanda, 19 acogen parcialmente la demanda y 12 desestiman la demanda.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno:** corresponden a este Tribunal 68 sentencias de segunda instancia, de las cuales 4 acogen la demanda, 26 acogen parcialmente la demanda y 38 desestiman la demanda. A su vez, de las 68 sentencias mencionadas el TAC 3° revocó (total o parcialmente) 25 sentencias, de las cuales 1 acoge la demanda, 19 acogen parcialmente la demanda y 5 desestiman la demanda.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno:** corresponden a este Tribunal 65 sentencias de segunda instancia, de las cuales 6 acogen la demanda, 21 acogen parcialmente la demanda y 38 desestiman la demanda. A su vez, de las 65 sentencias mencionadas el TAC 4° revocó (total o parcialmente) 24 sentencias, de las cuales 1 acoge la demanda, 15 acogen parcialmente la demanda y 8 desestiman la demanda.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno:** corresponden a este Tribunal 84 sentencias de segunda instancia, de las cuales 8 acogen la demanda, 21 acogen parcialmente la demanda y 55 desestiman la demanda. A su vez, de las 84 sentencias mencionadas el TAC 5° revocó (total o parcialmente) 34 sentencias, de las cuales 4 acogen la demanda, 17 acogen parcialmente la demanda y 13 desestiman la demanda.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno:** corresponden a este Tribunal 70 sentencias de segunda instancia, de las cuales 3 acogen la demanda, 27 acogen parcialmente la demanda y 40 desestiman la demanda. A su vez, de las 70 sentencias mencionadas el TAC 6° revocó (total o parcialmente) 34 sentencias, de las cuales 2 acogen la demanda, 18 acogen parcialmente la demanda y 14 desestiman la demanda.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno:** corresponden a este Tribunal 75 sentencias de segunda instancia, de las cuales 8 acogen la demanda, 31 acogen parcialmente la demanda y 36 desestiman la demanda. A su vez, de las 75 sentencias mencionadas el TAC 7° revocó (total o parcialmente) 32 sentencias, de las cuales 2 acogen la demanda, 24 acogen parcialmente la demanda y 6 desestiman la demanda.

# 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.

