

Edición Homenaje al 70° Aniversario
de la Declaración Universal de Derechos Humanos

REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO

DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

Nº 54

Director Fundador
José Aníbal Cagnoni

Directora
Mariana Blengio Valdés



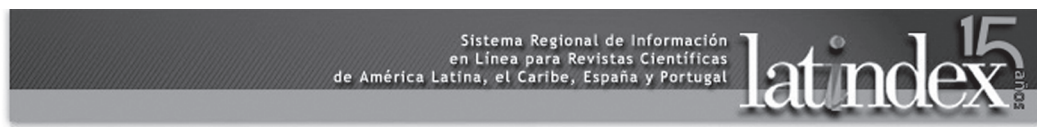
FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

Revista de Derecho Público
Publicación semestral
Año 27. Número 54. Diciembre 2018

Revista incluida en la base de datos:

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

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



Este número contó con el apoyo de Guyer & Regules

Correspondencia, canje y colaboraciones académicas: Dirección electrónica: ius@netgate.com.uy

Dirección postal: Juan Carlos Gómez 1348 esc. 201. Montevideo – Uruguay. CP. 11.000

Suscripción versión papel digital: Anual: \$ 1000 (Uruguay). U\$S 50 (USA). Euros 40 (Europa)

La Revista de Derecho Público no se responsabiliza por las opiniones emitidas por los autores en los trabajos, las que serán siempre responsabilidad de quienes la emiten.

© FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

25 de Mayo 583 - Tel. 2916 11 52

C.P. 11.000 Montevideo - Uruguay

DERECHOS RESERVADOS

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin la autorización expresa del editor.

ISSN 0797-4302

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

DIRECTORA

Mariana Blengio Valdés (Universidad de la República. Uruguay)

COMITÉ DE REFERENTES ACADÉMICOS

Sara Alvarez (Universidad de la República. Uruguay)

Salvador Darío Bergel (Cátedra UNESCO de Bioética UBA. Argentina)

Guido Berro (Academia Nacional de Medicina. Uruguay)

Pascale Boucaud (Université Catholique de Lyon. Francia)

María Casado (Universidad de Barcelona. España)

Ruben Correa Freitas (Universidad de la República. Uruguay)

Carlos E. Delpiazzi (Universidad de la República. Uruguay)

Augusto Durán Martínez (Universidad de la República)

Carmelo Faleh Pérez (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. España)

Ronaldo Gialdino (Universidad de Buenos Aires. Argentina)

Francisco Leita (Universidad Degli Studi di Padova. Italia)

Mario Armando Márquez (Asociación Argentina de Derecho Constitucional)

Alejandro Pastori (Universidad de la República)

Ana Pita (Universidad de Vigo. España)

José Enrique Pons (Academia Nacional de Medicina. Uruguay)

Martín Risso Ferrand. (Universidad Católica del Uruguay)

María Elena Rocca (Universidad de la República)

Felipe Rotondo (Universidad de la República)

Mariela Rubano (Universidad de San Sebastián. Chile)

Jaime Ruben Sapolski (Universidad de la República. Uruguay)

José Luis Shaw (Universidad de la República. Uruguay)

Frederic Vacheron (Oficina Regional UNESCO. Uruguay)

EQUIPO DE APOYO EDITORIAL

Miguel Bonomi

Rodrigo Díaz Inverso

Gastón Lapaz

Mariel Lorenzo Pena

María Emilia Miller

Valentina Pereira Laport

Jean Paul Tealdi

Camila Umpiérrez Blengio

CONTENIDO

DOCTRINA

Derechos humanos y delitos de lesa humanidad. Un análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sobre imprescriptibilidad de los delitos de la dictadura <i>Alicia Castro</i>	7
Dignidad humana y principio “pro hómine” en los litigios sobre derechos humanos <i>Carlos E. Delpiazzo</i>	35
Tras setenta años de vigencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos. ¿Podría considerarse el nuevo derecho natural de la Humanidad? <i>María Luisa Marín Castán</i>	47
El Convenio del Agua de la UNECE: ¿Un instrumento compatible con la Convención de 1997 para regular los usos del agua dulce internacional? Un análisis comparado <i>Alejandro Pastori Fillol</i>	65
Los derechos políticos de la mujer en la evolución constitucional uruguaya <i>Camila Umpiérrez Blengio</i>	83
Nuevo marco jurídico de la salud mental en Uruguay. Ley N° 19.529 de 19 de septiembre de 2017 <i>Natalia Veloso Giribaldi</i>	101
NOTA DE JURISPRUDENCIA	
Principio de progresividad en relación al derecho a la salud y sus consideraciones desde la ética y el derecho <i>Mariana Blengio Valdés</i>	121
Normas de publicación para autores. Revista de Derecho Público	132

DOCTRINA

DERECHOS HUMANOS Y DELITOS DE LESA HUMANIDAD

UN ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA SOBRE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LA DICTADURA

*Alicia Castro**

RESUMEN. Las declaraciones de derechos humanos de 1948 -americana y universal- reconocieron derechos a la vida, libertad y seguridad, prohibieron la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y exigieron un recurso efectivo contra actos que violenten derechos fundamentales. Setenta años después, Uruguay sigue discutiendo la impunidad de los delitos cometidos en el marco del terrorismo de Estado. Sucesivos obstáculos han bloqueado los avances de jueces y tribunales hacia la identificación y procesamiento de los responsables. El más reciente es la jurisprudencia de la SCJ que rechaza por mayoría la imprescriptibilidad de esos delitos. Mi propósito es analizar la argumentación que sustenta esa decisión.

ABSTRACT. The 1948 Human Rights Declarations, both the American and the Universal, recognized the rights to life, freedom and security, prohibited torture and other cruel, inhuman or degrading treatments or punishment, and required an effective remedy against acts violating fundamental rights. Seventy years later, Uruguay still discusses over impunity of crimes committed within State terrorism. Progress made by judges and Courts towards the identification and prosecution of those responsible has been blocked by subsequent hindrances. The most recent Supreme Court of Justice case law rejects by majority vote the imprescriptibility of such crimes. The purpose of this paper is to analyze the arguments underpinning such decision.

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Profesora Agregada en Filosofía del Derecho, actual Directora del Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho, Ex- Magistrada Judicial y ex- Presidenta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Correo electrónico: aliciacastrorivera@gmail.com

KEY WORDS. Crimes Against Humanity. Human Rights. Imprescriptibility. Law n° 18,831. Transitional Justice. Expiry Law. Unconstitutionality. Ius cogens.

PALABRAS CLAVES. Delitos de Lesa Humanidad. Derechos Humanos. Imprescriptibilidad. Ley N° 18.831. Justicia transicional. Ley de Caducidad. Inconstitucionalidad. Ius cogens.

1. PROPUESTA

En 1948, un amplio conjunto de naciones concluía que “... *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”⁽¹⁾. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá en abril y en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre, fue reconocido el derecho de todas las personas a la vida, integridad física y psíquica, libertad y seguridad entre muchos otros, poniendo énfasis en la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, así como en el derecho a un recurso rápido y efectivo ante los tribunales nacionales contra actos que violen derechos fundamentales.

La comunidad internacional había comprendido que, para poder salir del delirio y la alienación provocados por regímenes autoritarios que habían incurrido en violaciones graves y sistemáticas de esos derechos de las personas, era necesario restablecer la continuidad institucional y juzgar los crímenes cometidos. Comprendió que no puede haber paz sin justicia, por lo menos sin un mínimo de justicia. Es el origen de la idea de justicia transicional que todavía cuesta comprender y practicar.

A setenta años de esas declaraciones, más de treinta de los Pactos Internacionales de Derechos y casi treinta de la Convención Americana de Derechos Humanos, persisten en Uruguay obstáculos para cumplir con el imperativo de establecer la verdad y hacer justicia en los crímenes de lesa humanidad del pasado reciente. Al día de hoy, no hemos resuelto el problema de la impunidad de los delitos contra los derechos humanos de muchos uruguayos durante el período de crisis del orden constitucional que llevó al gobierno de facto que terminó el 28 de febrero de 1985.

Nadie cuestiona seriamente la existencia ni la gravedad de esas conductas, pero la investigación y el juzgamiento de sus autores ha encontrado obstáculos que han dificultado el avance de jueces y tribunales en la averiguación y juzgamiento de los responsables. Esto es reprochado con insistencia por organizaciones sociales que reclaman verdad y justicia y es reiteradamente observado por los organismos internacionales que monitorean el cumplimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los Estados Partes.

Si bien el primer obstáculo fue la Ley N°15.848 de 22.12.1986, que declaró la caducidad de la pretensión punitiva estatal y confirió al Poder Ejecutivo la facultad de decidir si cada denuncia encuadraba o no en el marco de esa indisimulada amnistía, el obstáculo actual

¹ Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos

es la discusión sobre la prescripción de los delitos amparados por aquella ley y la constitucionalidad de los arts.2 y 3 de la Ley N° 18.831 de 26.10.2011.

Mi propósito es analizar un problema jurídico que no ha podido ser resuelto porque desde que se planteó, hace siete años, nuestra Suprema Corte de Justicia ha dictado decisiones contradictorias dependientes de mayorías circunstanciales, acerca de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de los delitos cuya investigación obstaba la Ley N°15.848 de 22.12.1986. El resultado de esa jurisprudencia aleatoria no puede ser más desconcertante para quienes siguen reclamando por la violación de sus derechos, para quienes son indagados en esas causas y para el conjunto de la población que se interesa en estos temas.

Ofrezco una síntesis de los argumentos formulados en sentencias a favor o en contra de la imprescriptibilidad de esos delitos -que sintetiza la reciente sentencia SCJ 680/2017- y algunas observaciones críticas a la argumentación jurídica mayoritaria.

2. ESTADO DE SITUACIÓN

En líneas generales, desde el 1.3.1985 se inician numerosas indagatorias judiciales por hechos de privación de libertad, lesiones, violaciones, homicidio, que fueron delitos según el derecho penal uruguayo de la época. En ese contexto, el 22.12.1986 se dictó la Ley N° 15.848 de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado que permitió al Poder Ejecutivo impedir las indagatorias judiciales. El 2.5.1988, por sentencia SCJ 184/1988 -dictada por mayoría con tres votos- la Suprema Corte de Justicia desestimó la acción de inconstitucionalidad promovida contra los arts.1 a 4 de dicha Ley y, más tarde, el 16.4.1989 fracasó el recurso de *referendum* contra esa ley, al obtener en el plebiscito convocado sólo el 42,4 % de los votos.

Más de veinte años después la SCJ por sentencia N° 365 de 19.10.2009, declaró la inconstitucionalidad de la Ley N° 15.848 y habilitó el juzgamiento de un caso -y luego de otros- dando claras señales del camino a seguir para habilitar la investigación de los hechos denunciados.

Debido al tiempo transcurrido entre el momento en que fueron cometidos los delitos, todos anteriores al 1.3.1985, el momento en que fueron denunciados y el momento en que pudiera recaer sentencia de condena, apareció segundo obstáculo: la aplicación de normas penales nacionales sobre la prescripción de delitos hacía inminente la prescripción extintiva de todos los delitos antes alcanzados por la ley de caducidad.

Queriendo evitar ese efecto y, a la vez, dar cumplimiento a la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 22.2.2011 en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, se dictaron el Decreto 322/011 de 30.6.2011 que revocó por razones de legitimidad los actos del Poder Ejecutivo que habían impedido la investigación de denuncias y la Ley No.18.831 de 27.10.2011 que restableció el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985, comprendidos en la Ley N° 15.848 (art.1), declarando que fueron crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales (art.3) e impidió computar plazo de prescripción o caducidad por el período comprendido entre el 22.12.1986 y la entrada en vigencia de esta ley (art.2).

A partir de entonces, la defensa de los imputados ha planteado reiteradamente la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 y la prescripción de los delitos que se investigan. La Suprema Corte ha reflejado desacuerdos, tomando decisiones erráticas, en que domina la tendencia a admitir la prescripción.

La primer sentencia que aborda ese problema -ante un recurso de casación penal de sentencia de condena- rechaza la prescripción pero ya muestra una división en su enfoque del tema, con discordia del Ministro Dr. Van Rompaey⁽²⁾. Con posterioridad, admitiendo un recurso inadmisibles⁽³⁾, fueron casadas sentencias interlocutorias que rechazaban la prescripción, y mayoritariamente admitidas excepciones de inconstitucionalidad contra los arts. 2 y 3 de la Ley N° 18.831⁽⁴⁾.

Como adelanté este trabajo, se centra en la sentencia SCJ 680/2017 de 25.9.2017, que representa la posición de la Suprema Corte en su última integración, a la que se remite en las decisiones adoptadas este año⁽⁵⁾.

Es claro que, aunque en la mayoría de las sentencias, la cuestión a resolver es la inconstitucionalidad de la Ley N°18.831 en cuanto declara la imprescriptibilidad de los delitos protegidos por la Ley N° 15.848, la decisión de la Suprema Corte expresa su posición sobre la prescriptibilidad de los delitos investigados en esas causas⁽⁶⁾.

3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 18.831, QUE LOS DECLARA “DELITOS DE LESA HUMANIDAD” IMPRESCRIPTIBLES.

La mayoría que decide en la sentencia SCJ 680/2017, en su fundamentación remite a lo expresado en las sentencias SCJ 20/2013 de 22.2.2013 y SCJ 1501/2011 de 6.5.2011, ambas dictadas por integraciones anteriores, que -con discordias- aceptaron la prescriptibilidad de los delitos que estuvieron amparados por la Ley N°15.848 y la inconstitucionalidad de la Ley N°18.831 en sus arts.2 y 3. A lo que agrega argumentos para refutar la tesis de la imprescriptibilidad como fuera sostenida por el Ministro Dr. Cardinal (en integración) y por el Ministro Dr. Hounie en adelante.

² SCJ Sentencia 1501/2011 de 6.5.2011, aclarada por Resolución 887 de 30.5.2011. Caso Gavazzo, Arab y otros y también SCJ Sentencia 2294/2011 de 20.7.2011

³ Según el Código del Proceso Penal vigente entonces art.269 “procede el recurso de casación por infracción de la Ley en el fondo o en la forma, contra todas las sentencias dictadas en la segunda instancia, así como las resoluciones de segunda instancia que pongan fin a la acción penal o hagan imposible su continuación” Sin embargo, rechazado por SCJ Sentencia 1620/2014 de 10.9.2014, se revocó y admitió por SCJ Sentencia 2123/2014 de 24.11.2014. Actualmente la SCJ mantiene el criterio correcto y no admite el recurso en tales casos SCJ Sentencia 2433/2017 de 20.12.2017.

⁴ Salvo cuando mayorías circunstanciales llegaron a desestimar totalmente la impugnación

⁵ SCJ Sentencia 658/2018

⁶ RISSO FERRAND, Martín. “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX Bogotá, 2013, p.639-653. En ese trabajo el Prof.Risso señala que la Ley N° 18.831 no tiene otra consecuencia que facilitar a los indagados la posibilidad de oponer la excepción para dilatar el avance de la causa porque no impide que aún después de que se declare la inconstitucionalidad, el juez prosiga investigando y que el problema deba ser analizado finalmente si recae condena, cuando llegue a casación penal, siempre que se mantenga la posición hoy mayoritaria.

El argumento central es que las conductas delictivas que puedan haberse cometido en nuestro territorio durante el período de ruptura del orden constitucional deben ser juzgadas según la ley penal nacional vigente al tiempo en que ocurrieron, lo que excluye toda posibilidad de condenar a ningún imputado por delitos que no estaban tipificados en la legislación penal nacional de entonces o imponerles una pena más severa.

Nuestro derecho penal prevé la prescripción como modo de extinguir los delitos cuando ha pasado determinado tiempo de que fueron consumados sin que haya recaído sentencia de condena. Como los delitos a que refiere la Ley N°15.848 deben ser juzgados según el derecho penal uruguayo vigente entonces, no es posible negar la prescripción, puesto que cuando se cometieron eran prescriptibles.

La incorporación al derecho uruguayo de los “delitos de lesa humanidad” y su imprescriptibilidad resulta de leyes posteriores que, entre 2001 y 2006, ratificaron la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y Crímenes de lesa humanidad (1968) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), siendo que recién por Ley N° 18.026 de 25.9.2006 se incorporan a nuestra legislación penal “crímenes de lesa humanidad” y se establece su imprescriptibilidad⁽⁷⁾.

Sostener que fueron delitos de lesa humanidad y por tanto, imprescriptibles es claramente contrario a principios fundamentales recogidos por la Constitución Nacional, como el principio de legalidad y el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, expresados en el viejo adagio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuya larga historia y amplia recepción en el mundo se reseña extensamente. Esos principios están incorporados a nuestra Constitución en el art.10 y también en el art.72.

En el precedente invocado -SCJ 20/2013 de 22.2.2013- el Ministro Dr. Chalar, ensayó respaldar la tesis de la prescripción con una extensa referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, citando en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Estatuto de Roma⁽⁸⁾.

⁷ La Ley N°17.347 de 13.6.2001 ratifica la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad del 26.11.1968. Según la tesis mayoritaria, todas las convenciones internacionales que declaran imprescriptibles y ordenan investigar y sancionar conductas de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, desaparición forzada de personas y otros delitos de lesa humanidad fueron ratificadas por leyes dictadas con posterioridad al 1.3.1985, o sea, posteriores a la época en que ocurrieron los hechos que se juzgan. Por tanto, ninguna de esas normas puede aplicarse en estos procesos.

⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), ratificado por Ley 13.751 de 11.7.1969. Art.14 num.7: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país” Art.15. “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. [...] Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” Convención Americana de DDHH (1969), ratificada por Ley 15.837 de 8.3.1985. Artículo 7. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dicta. Artículo 8.4: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos”. Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos e. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable al momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de el.

Expresando que *“nada puede justificar que el Estado-parte de dichos sistemas deba o pueda llevar a cabo acciones que sean contrarias a los Derechos Humanos reconocidos a los individuos por su legislación interna, tanto como por la normativa con fuente en tales sistemas. No existe pretexto que justifique ignorar la normativa tutelar de derechos fundamentales”*⁽⁹⁾, sostuvo aceptar la imprescriptibilidad de los delitos indagados violentaba los derechos humanos de los eventuales encausados, por lo que debía ser rechazada.

En la misma sentencia, la Corte rechazó el argumento de que el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24.2.2011 en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, le obligara a rechazar la prescripción de los delitos indagados en otros casos, sosteniendo que no está alcanzada por la cosa juzgada y marcando su discrepancia con dos tesis fuertes de la Corte supranacional: el valor que atribuye a su jurisprudencia interpretativa como precedente vinculante y su exigencia de que los jueces y tribunales nacionales realicen un control de convencionalidad de las normas nacionales que vayan a aplicar.

Para rebatir la tesis de la imprescriptibilidad, la mayoría ahora cita opiniones del Prof. Cajarville, del constitucionalista Martín Rizzo y del teórico alemán Rober Alexy y sostiene que el ingreso de normas internacionales de derechos humanos por la vía del art. 72 de la Constitución, estaría sujeto a la condición de que los nuevos derechos no entraran en colisión con los derechos reconocidos antes en nuestra Constitución Nacional: hay que hacer un esfuerzo de armonización y, en el caso excepcional en que no se logre, hay que decidir cuál debe prevalecer. La imprescriptibilidad colide con los derechos de libertad y seguridad jurídica, incorporados en el texto y pese a que concluye que *“nada impide la armonización de tales derechos, manteniendo el contenido esencial de cada uno de ellos, sin sacrificar a ninguno”*, en el fallo opta por los segundos.⁽¹⁰⁾

Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Estatuto de Roma (1998), ratificado por Ley N° 17.510 del 27.6.2002. Artículo 5.1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes... b) Los crímenes de lesa humanidad; Artículo 11.1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. 2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12. Art.20.1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. Art.22.1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto. Art.24.1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

⁹ SCJ 20/2013 Considerando III-b

¹⁰ Expresa la mayoría: “Aún cuando no hubiera obstáculos para el ingreso a nuestro ordenamiento jurídico de la categoría de los delitos de lesa humanidad y de su régimen jurídico, a través de lo que dispone el artículo 72 de la Constitución, debemos plantearnos si tal ingreso puede implicar la modificación o derogación de alguna disposición constitucional expresa o de derechos también ingresados a través del

4. ARGUMENTOS CONTRA LA PRESCRIPCIÓN Y A FAVOR DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 18.831.

Se han intentado distintas líneas de argumentación para derrotar la tesis de la prescripción, algunas por jueces y Tribunales y otras por la Suprema Corte de Justicia, en las escasas sentencias que rechazaron la prescripción o la inconstitucionalidad, o en extensas y reiteradas discordias. Su análisis muestra variantes y una positiva evolución en la calidad de la argumentación ⁽¹⁾.

4.1. El primer argumento es que no puede computarse el plazo de prescripción desde que se cometió cada delito y tampoco desde el 1.3.1985, porque siempre existieron obstáculos que impidieron a las víctimas acceder a la justicia y a jueces y fiscales cumplir sus funciones.

Si soslayamos la imposibilidad de obtener la comparecencia de los indagados a los juzgados cuando los citaron, el primer obstáculo relevante fue la Ley N° 15.848, hasta que se declaró su inconstitucionalidad por sentencia SCJ 365 del 19.10.2009. Para otros, el obstáculo persistió hasta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó el 22.2.2011 la sentencia sobre el Caso Gelman. Otros entienden que el obstáculo recién se removió cuando el Poder Ejecutivo por Decreto N°322/011 de 30.6.2011 revocó por razones de ilegitimidad los actos administrativos que habían declarado muchos casos comprendidos en la Ley de Caducidad o se promulgó la Ley No.18.831 de 27.10.2011, que reactivó la pretensión punitiva del Estado.

Es principio general indiscutido que no corre plazo de prescripción mientras quien tiene un derecho -pedir la tutela judicial- o tiene que ejercitar su función como juez o fiscal está, legalmente o de hecho, impedido de ejercitar ese derecho o función. Por esas razones nunca pudo completarse el tiempo exigido para prescribir.

4.2. El segundo argumento refiere a casos de desaparición forzada.

Si bien ese delito fue tipificado en el derecho penal nacional por Ley N° 18.026 de 25.9.2006, se lo calificó como “delito permanente”, por lo que, según posición consolidada en la dogmática y jurisprudencia uruguaya, debe entenderse que continúa consumándose mientras persista la desaparición, o sea, mientras no aparezca la persona o sus restos ⁽¹²⁾. De modo que al entrar en vigencia esa ley persiste la conducta delictiva y ningún plazo ha corrido.

En su discordia en la sentencia SCJ 1501/2011 de 6.5.2011, el Ministro Dr. Van Rompaey destaca que el caso en examen encuadra en la tipificación de la Ley N°18.026, enfatizando la singularidad y gravedad del ilícito: *“los hechos incriminados en autos no se ajustan típicamente a la figura delictiva del homicidio, en razón de que la singularidad de tal imputación no considera la multiplicidad de bienes jurídicos lesionados, que no se limitan a la privación de libertad del detenido y a su ejecución clandestina, al vulnerarse los derechos de los familiares de las víctimas, a la convivencia civilizada en sociedad, a*

art.72 de la Constitución...” “el ingreso de los delitos de lesa humanidad sólo puede tolerarse con el límite impuesto por el principio de legalidad y el de irretroactividad, ambos derivados del derecho a la libertad y a la seguridad jurídica”

¹¹ Notoriamente, el Juzgado Letrado en lo Penal de 7° Turno, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno. y los Ministros de la Suprema Corte Dres. Van Rompaey, Pérez Manrique, Cardinal, Hounie, Minvielle.

la seguridad jurídica y a las bases esenciales del estado de Derecho". La excepcional gravedad de la conducta hace que sea un delito pluriofensivo... "*... constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, coloca a la víctima en estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos*" y también agrede a sus allegados, porque incluso "*la hostilidad del Estado hacia los familiares, constituye un "tratamiento inhumano" en el sentido del art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y del art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos*". A lo que cabe agregar que la participación estatal y el proceder metódico del Estado de suspender toda protección legal al desaparecido, configura a la vez, la lesión a bienes jurídicos colectivos. Todo lo que, indudablemente, continúa en el tiempo mientras dure la desaparición.

También el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno sostuvo entonces que "*la inexistencia de la consagración del delito hasta el 25 de setiembre de 2006, desde cuando rige la ley 18.026, no contradice este precepto... -refiere al art.15 del Código Penal-... ni tampoco los principios fundamentales del derecho penal, principalmente el de legalidad (nullum crime sine legge). Y esto es así, porque la desaparición forzada es y se trata como un delito permanente. Este carácter asignado al delito, acarrea efectos particulares sobre su aplicación temporal. El art. 119 del CP señala que para ellos, la prescripción comienza a partir del día en que cesó la permanencia; o sea, cuando se produce la terminación de la situación antijurídica, constituida en el caso, por el voluntario ocultamiento (conducta o modalidad omisiva) del paradero de los detenidos*"⁽¹³⁾.

4.3. El tercer argumento sostiene que la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24.2.2011 en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, condenó al Estado Uruguayo, entre otras obligaciones de hacer y de no hacer, a "*garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.. no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia*"

Esa referencia a los párrafos 253 y 254 remite a lo dicho allí: "*... el Estado deberá asegurar que (la Ley de Caducidad) no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay*" (253) y "*En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada...*" (254).

¹² En la Ley N° 18.026, la desaparición forzada de personas se tipifica como "*El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado, procediere a privar de libertad a una persona, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte*" (art.21.1), aclarándose expresamente que "*El delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima*" (art.21.2).

¹³ TAP 1, sentencia 250/2011 de 28.7.2011. CIDH, Caso Velazquez Rodríguez

Interpretando el alcance de la mención de **“otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”** el Prof. Riso y también la propia CIDH en su Resolución del 20.3.2013 de “Supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada en el Caso Gelman vs. Uruguay” entienden que la sentencia ordena a fiscales y jueces, que obviamente integran el Estado, que investiguen, juzguen y sancionen a los responsables de otras graves violaciones de derechos humanos que ocurrieron y les prohíbe admitir eximentes de responsabilidad, entre otras, la prescripción⁽¹⁴⁾.

En ese enfoque, la Ley N° 18.831 no cambia nada y no interesa si es o no constitucional, se trata de cumplir un fallo que es cosa juzgada y cuyo incumplimiento irroga responsabilidad internacional al Estado uruguayo. Así lo ha entendido y cumplido en caso similar la Corte Suprema de la Nación Argentina⁽¹⁵⁾. Observa el Prof. Riso que es llamativo que, mientras muchos magistrados lo han entendido, continúan investigando y rechazan la prescripción, la Suprema Corte no se entiende obligada por el fallo a actuar del mismo modo. Para este constitucionalista, la Suprema Corte debe rechazar la prescripción de esos delitos con fundamento en el fallo de la Corte Interamericana, en lugar de declarar inconstitucional la Ley 18.831, que no innova al respecto

Cabe destacar que en este argumento no está en juego el tema de la vinculatoriedad de los precedentes, que critica nuestra SCJ en la sentencia 20/2013, porque no se trata de seguir un precedente sino de cumplir derechamente un fallo internacional de condena que es cosa juzgada.

4.4. En ocasiones, para evitar la excepción de inconstitucionalidad, algunos jueces optan por rechazar la prescripción sin invocar la Ley N° 18.831 y los Tribunales de Apelaciones en lo Penal confirman de igual modo, lo que ha llevado a veces a que la Suprema Corte de Justicia por mayoría, declare la inadmisibilidad de la excepción de inconstitucionalidad porque no se verifica el supuesto que habilita a oponerla, según lo previsto por el art.258 de la Constitución⁽¹⁶⁾.

¹⁴ RISSO FERRAND, Martín. “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX Bogotá, 2013, p.639-653.

¹⁵ El TAP 1 en sentencia 426/2017 releva la decisión de la Corte Suprema de Justicia Argentina en un caso como el presente: la justicia nacional había declarado la prescripción del delito y la CIDH dictó una sentencia similar a la del Caso Gelman. Entonces, la Corte Suprema entendió aunque ese fallo agravara derechos fundamentales del reo, protegidos por el Pacto de San José de Costa Rica, se debía cumplir la obligación de acatarlo y continuar el proceso. Observó que *“se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Americana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional...”* *“...el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable -íntimamente vinculado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho...”* (Ochs, Daniel. “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay” en Estudios Jurídicos N°9/2011, Montevideo, UCUDAL, 2011, p. 104).

¹⁶ El citado art.258 regula la legitimación activa y establece que “La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo” por dicha ley. El argumento lo

4.5. Otra línea de argumentación, que ha ocupado un lugar central en la discusión y ha sido especialmente resistida por la mayoría en nuestra Suprema Corte, sostiene que cuando ocurrieron esas conductas ya eran calificadas por el derecho internacional como “crímenes de lesa humanidad” y ya estaba dispuesto que debían ser investigadas y sus responsables sancionados⁽¹⁷⁾.

La tesis es que los actos cometidos por la dictadura no pueden ser juzgados desde la óptica del derecho penal nacional, sino que corresponde aplicar la normativa supranacional, no debería ser ignorada por ningún tribunal nacional porque son normas de “orden público internacional” (*ius cogens*) y estaban en vigencia antes de que se cometieran las atrocidades que tuvieron lugar en Uruguay entre 1968 y 1985⁽¹⁸⁾, por lo cual, Uruguay no puede dejar de investigar y juzgar aunque el derecho nacional disponga otra cosa.

Por demás, como se trata de proteger y garantizar derechos inherentes a la personalidad humana, debe entenderse que esas normas siempre fueron obligatorias entre nosotros por el art.72 de nuestra Constitución y es precisamente el art.72 el que impide la prescripción de esos delitos.

La razón por la que la comunidad Internacional considera que esos actos son crímenes, aún si no lo fueran para el orden jurídico estatal, es porque agreden la humanidad de las personas a la que es preciso proteger del modo más eficaz. Por eso tales crímenes deben ser investigados y castigados sin que pueda oponerse amnistía ni prescripción, ni cosa juzgada nacional, ni ningún otro obstáculo.

Como esto es especialmente discutido, requiere una justificación más detallada, explicitando y completando lo dicho en las discordias.

4.5.1. Un poco de historia no muy reciente. Para empezar, como señala el Ministro Dr. Pérez Manrique en su discordia a la sentencia SCJ 20/2013 de 22.2.2013, es posible reconstruir un hilo histórico relevante desde el final de la Segunda Guerra Mundial, que empieza en 1945 en el Acuerdo de Londres, con la aprobación del Estatuto de los Tribunales de Nuremberg y Tokio.

En efecto, el 8.8.1945 el Acuerdo de Londres dispuso constituir Tribunales Militares Internacionales para enjuiciamiento y castigo de los principales crímenes de guerra cometidos por el Eje y aprobó una Carta de Constitución y un Estatuto para esos Tribunales. El 12.11.1945 Uruguay, por decisión del Poder Ejecutivo, según lo aconsejado por el Comité Jurídico Interamericano reunido en Rio de Janeiro a mediados de ese año, adhirió al Acuerdo de Londres⁽¹⁹⁾. El 11.12.1946, la Asamblea General de ONU, por resolución 95/1946 resolvió “*confirmar los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del*

introducen los Ministros Pérez Manrique y Minvielle en la sentencia SCJ 382/2014 de 7.4.2014 y se convierte en posición aceptada por mayoría desde la sentencia SCJ 794/2014 de 4.9.2014, seguida también por el Ministro Larrieux, en otras sentencias como SCJ 878/2014, SCJ N° 1061/2015, 10/2016 y 124/2016.

¹⁷ Esos crímenes de Derecho Internacional son de tres tipos: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y estos últimos incluyen asesinato, exterminio, esclavización, deportación u otros actos inhumanos cometidos contra población civil y la persecución que, por motivos políticos, raciales o religiosos, se lleve a cabo en relación con delitos contra la paz o crímenes de guerra.

¹⁸ Periodo señalado por Ley N° 18.596 de 18.9.2009

¹⁹ Ese Comité Jurídico Interamericano existía desde 1942, como sucesor de la Comisión Permanente de Jurisconsultos, con sede en Rio de Janeiro y el 30.7.1945 emitió su dictamen sobre La condición jurídica internacional de los criminales de guerra .

Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal” y en 1950, aprobó un documento recogiendo esos “*Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg*” donde se señala especialmente que “*El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido*”.

De modo que desde entonces existen crímenes contra la humanidad que deben ser juzgados y castigados, aún si no fueran delitos para el ordenamiento penal nacional respectivo. Siguen la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948) declarado también “*delito de derecho internacional*” y que los Estados deben prevenir y sancionar, y los Convenios de Ginebra (1949) que establecen que los Estados “*se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves... como atentados contra la vida, mutilaciones, toma de rehenes, tortura, tratos humillantes, crueles y degradantes*”. Uruguay ratificó ambos instrumentos, la primera en 1967 y los segundos en 1969 o sea antes de los hechos que se juzgan hoy.

Por lo que a fines de la década del sesenta no podía caber duda de que determinados actos eran delitos de derecho internacional -crímenes de lesa humanidad- y que la comunidad internacional exigía a los Estados impedirlos y si no, investigar, juzgar y sancionara los responsables.

La seriedad del argumento planteado por el Ministro Dr. Pérez Manrique requería que la mayoría diera alguna buena razón, si la hubiera, para dejar de lado ese contexto histórico y jurídico que parece incuestionable y según el cual no es aceptable argumentar que los delitos de lesa humanidad recién fueron creados por el derecho uruguayo con posterioridad al 1.3.1985.

Siguiendo el hilo histórico cabría agregar que durante la dictadura, en momentos de dura represión, por Decreto-ley 14.728 de 28.11.1977, Uruguay ratificó la Convención Interamericana para prevenir y sancionar los Actos de Terrorismo (1971), asumiendo la obligación de tomar todas las medidas necesarias “*para prevenir y sancionar los actos de terrorismo y en especial, el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al Derecho Internacional, así como la extorsión conexas con estos delitos*” (art.1). La Convención también dispone que “*toda persona privada de su libertad por aplicación de la presente Convención gozará de las garantías del debido proceso*” (art.4) y debe garantizársele “*el más amplio derecho de defensa*” (art.8 lit.c).

La interpretación sesgada que el gobierno de facto pudo hacer de esta Convención desde el marco de la nefasta doctrina de la seguridad nacional, restringiendo el concepto de terrorista a toda persona no grata al régimen⁽²⁰⁾, no deja de mostrar que ni siquiera cumplió su obligación de respetar el debido proceso y el derecho de defensa de quienes eran acusados.

²⁰ CHOMSKY, Noam. Piratas y emperadores: terrorismo internacional en el mundo de hoy. Barcelona, Marcial Pons, 2004. El autor observa el uso de los términos como expresión del poder de nombrar de quien habla y precisamente lo ejemplifica con el término “terrorismo”.

Huelga decir que además incumplió la Convención porque incurrió en todos los actos descriptos como terrorismo, como han reconocido gobiernos constitucionales posteriores, tácitamente por el hecho de aprobar la Ley N° 15.848 para asegurar la impunidad de los militares y policías y explícitamente al dictar la Ley N° 18.596 de 18.9.2009 en la que admite que hubo “terrorismo de Estado” (21).

Tampoco los gobiernos constitucionales siguientes cumplieron su deber de “sancionar los actos de terrorismo y en especial, el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas”, ocurridos bajo la vigencia de las normas internacionales que ya habían sido ratificadas y tras el conocimiento cabal de la práctica sistemática de terrorismo de Estado en el período precedente.

Además, en 1968 se había aprobado la Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que incorporaba una norma consuetudinaria declarando imprescriptibles esos crímenes, **cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido**. Si bien Uruguay la ratificó recién por Ley N° 17.347 de 13.6.2001, su ratificación no era necesaria para aplicarla por la razón que se explica seguidamente y, una vez que la ratificó, tenía el deber de investigar y sancionar esos crímenes **cualquiera que sea la fecha en que se hubieran cometido**.

4.5.2. El concepto de orden público internacional (ius cogens). Es preciso recordar que el derecho internacional de los derechos humanos pretende obligatoriedad universal que se impone sobre cualquier orden jurídico nacional que disponga otra cosa.

Se sostiene que integra un conjunto de normas que califican como de “orden público internacional” o *ius cogens*, del que ningún Estado puede apartarse.

El Prof. SANCHEZ PATRON lo explica de este modo: *“Para los órganos internacionales no hay duda de que determinadas prácticas con las que se ponen en peligro o se conculcan los derechos humanos son inadmisibles. La prohibición de los actos que conforman los crímenes contra la humanidad tienen la consideración de normas de ius cogens. Esto significa que esta norma singular no admite disposición normativa en contrario (excepto las que fuesen del mismo carácter), lo que explica que la legislación nacional que sea contraria a la misma deba considerarse nula ab initio. Asimismo, las normas de ius cogens se caracterizan por el hecho de que de las mismas se derivan obligaciones erga omnes, lo que permite extraer como consecuencia el que terceros estén facultados para actuar con ocasión de la trasgresión de este tipo de normas internacionales. Esta facultad no sólo es extensible a terceros Estados sino a los propios particulares, a los que se les legitima para exigir el esclarecimiento de prácticas prohibidas y el castigo de los que hayan participado en las mismas”* (22).

²¹ Ley 18.596 de 18.9.2009. Artículo 1°.- Reconócese el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985. Artículo 2°.- Se reconoce la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional.

²² SANCHEZ PATRON, José Manuel, Trabajo citado “La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en Uruguay” en Revista de la Facultad de Derecho (UDELAR) N° 25, p.

El concepto es recogido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) según la cual existen “*normas imperativas de derecho internacional*” aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional “*como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*” (art.53). Expresamente se acuerda la prohibición de “*invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*” (art.27). Esa Convención Internacional fue ratificada por Uruguay por Decreto-Ley N°15.195 de 10.10.1981, esto es, durante el gobierno de facto y es regularmente invocado por la doctrina y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aplicando el concepto a esta materia, el Prof. Héctor Gros Espiell decía que “*el deber de respetar los derechos del hombre constituye una norma imperativa de derecho internacional general, un caso de jus cogens, quizás el más característico de nuestra época, con todas las consecuencias que de esta afirmación se derivan, cuyo respeto y vigilancia se vinculan con la idea de “orden público internacional” lo que implica también efectos de obvia importancia*”⁽²³⁾

Para confirmar que por imperio del *ius cogens* internacional ciertos delitos califican como lesivos para la humanidad y son imprescriptibles, basta una rápida mirada a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en particular, las sentencias de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Así, en la sentencia del 26.9.2006, del caso Almonacid Arellano vs. Chile se invoca el *ius cogens* para exigir a Chile que investigue y sancione los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la Operación Condor, rechazando expresamente el argumento sobre la prescriptibilidad planteado por el Estado demandado. También en la sentencia del 22.9.2009, del Caso Anzualdo Castro vs. Perú, juzgando sobre una desaparición forzada, la Corte recuerda que “*en su jurisprudencia constante sobre este tipo de casos ... ha reiterado que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos... particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado..*” y como tal, “*dada la particular gravedad de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados... implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano y cuya prohibición ha alcanzado el carácter de jus cogens...*”

En la misma sentencia, la Corte Interamericana aclara que la imprescriptibilidad de esos delitos no surge con la Convención Internacional aprobada en 1968 sino que “*está reconocida en ella*” como norma consuetudinaria de *ius cogens* que data de tiempo atrás⁽²⁴⁾. También el reconocido penalista R. Zaffaroni, Ministro de la Corte Suprema de la

²³ GROS ESPIELL, Héctor. Estudios sobre derechos humanos, Caracas, Ediciones del IIDH, 1985, p.298

²⁴ STEINER, Christian y URIBE, Patricia. “Introducción general” en la obra colectiva compilada por ambos Convención Americana sobre Derecho Humanos. Comentario, Argentina, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, dicen que “La costumbre legal internacional son las obligaciones internacionales de los Estados que no se encuentran escritas y se compone de dos elementos: una práctica estatal consistente y uniforme, y la *opinio juris*, que es la creencia de que existe una obligación legal para seguir esa práctica. Algunos derechos humanos esenciales son obligatorios para los Estados por formar parte del derecho consuetudinario internacional, esto se traduce en obligaciones directas para los Estados aún cuando el Estado no haya ratificado el instrumento internacional que reconoce ese derecho”.

Nación Argentina ha consignado que la Convención “...se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extingüía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal”⁽²⁵⁾. Al ratificar esa Convención sin reserva alguna -reitero- Uruguay se obligó a perseguir esos crímenes “**cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido**”. Ese criterio ha sido aceptado y cumplido por Cortes Supremas de varios Estados del sistema interamericano, entre otras, la Corte Argentina en sentencia de 13.7.2007 del Caso Mazzeo⁽²⁶⁾ y de la Corte Suprema de Justicia de Colombia - Sala Penal, en sentencia del 14.3.2011 en el de la Caso Masacre de Segovia⁽²⁷⁾.

El fundamento del valor normativo superior del *ius cogens* es que esas normas, se apoya en su amplia aceptación internacional y su singular valor para proteger la dignidad humana y la paz. Por eso requiere aplicación inmediata y directa por las autoridades estatales, incluyendo a los tribunales, y prevalece sobre normas nacionales de cualquier rango⁽²⁸⁾. Por lo que, aunque no existiera el art.72 en nuestro texto constitucional, ese derecho vendría a integrar la normativa jurídica aplicable por jueces y tribunales con preferencia a la normativa de origen nacional.

Este *ius cogens* y su fuerza obligatoria fue reconocido por nuestra Suprema Corte en la sentencia SCJ 365/2009 en la que, citando a la Corte argentina, dijo que «*las leyes de amnistía similares a la nuestra no tienen en cuenta... el carácter de jus cogens que ostentan las normas internacionales, ya sean creadas por pactos o convenciones, ya sean de carácter consuetudinario*».

Esa sentencia -citando un trabajo publicado en esta Revista⁽²⁹⁾- recordaba que, por lo menos desde 1985, es ampliamente reconocido entre nosotros el valor jurídico normativo del derecho internacional de los derechos humanos, que esas normas constituyen un “orden público internacional” y no requieren aceptación o ratificación de un Estado en particular sino que prevalecen sobre las normas nacionales de cualquier rango, siendo de aplicación inmediata y directa por las autoridades nacionales, incluyendo a los tribunales⁽³⁰⁾.

²⁵ Sentencia del Caso Arancibia Clavel, citado por TAP 1° Sentencia 426/2017.

²⁶ Caso Mazzeo. <http://observatoriointernacional.com/?p=1852>

²⁷ Caso Masacre de Segovia. <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/-273744931>

²⁸ El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, agregado a la Carta de Naciones Unidas de 26.6.1945, identifica como normas válidas de derecho internacional, aplicables para decidir las controversias, tanto las que son resultado de acuerdos internacionales aprobados por el país, como las que forman parte de la costumbre internacional o son principios generales de derecho (art.38). Las primeras referencias al *ius cogens* llegaron aquí en 1985 con el Prof. Héctor Gros Espiell, Director del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, mucho antes de que, por Ley N°16.173 de 30/3/91, ratificáramos la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados aprobada en Naciones Unidas el 23.5.1969.

²⁹ CASTRO RIVERA, Alicia, «La Ley No.15.848 y la Constitución (I). Una sentencia que no pudo clausurar el debate» en Revista de Derecho Público Número 35, Montevideo, 2009, p.125-154.

³⁰ El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, agregado a la Carta de Naciones Unidas de 26.6.1945, identifica como normas válidas de derecho internacional, aplicables para decidir las controversias, tanto las que son resultado de acuerdos internacionales aprobados por el país, como las que forman parte de la costumbre internacional o son principios generales de derecho (art.38). Las primeras referencias al *ius cogens* llegaron aquí en 1985 con el Prof. Héctor Gros Espiell, Director del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, mucho antes de que, por Ley N°16.173 de 30/3/91, ratificáramos la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados aprobada en Naciones Unidas el 23.5.1969.

Actualmente, la Ministra Dra. Minvielle desarrolla particularmente el concepto en su discordia a la sentencia SCJ 680/2017 en términos que merecen reproducirse⁽³¹⁾.

Entre nosotros, la exigencia de aplicación directa por jueces y tribunales nacionales y la preferencia que les exige un control de convencionalidad, ha suscitado entre nosotros dificultades y resistencias que apunta la sentencia SCJ 20/2013, en la que pesan el antiguo dualismo y una pretensión de soberanía nacional a ultranza.

Desde el ámbito internacional la Corte Interamericana sostiene que todos los jueces nacionales -como instituciones estatales que han de aplicar las normas protectora de los derechos humanos, sean de fuente nacional o supranacional y resolver los potenciales conflictos- deben practicar un «control de convencionalidad» del derecho nacional y cuando éste se aparta de las directivas o soluciones del derecho internacional, deben priorizar este último.

La mayoría en la sentencia SCJ 20/2013 cuestiona ese «control de convencionalidad» a cargo de los jueces⁽³²⁾ y también su alcance a la Constitución Nacional, afirmando derechamente la primacía del orden interno en base al principio de soberanía nacional. Sin embargo, lo dispuesto en la Constitución Nacional en sus arts. 72 y 332, indica que el derecho internacional en esta materia tiene jerarquía constitucional y por ende, deben ser tenido en cuenta para juzgar la constitucionalidad de las leyes. Así que, sin necesidad de definir si el *ius cogens* prevalece o no sobre la Constitución Nacional, basta saber que prevalece sobre las leyes que pretendan desconocerlo.

También cuestiona la sentencia SCJ 20/2013, la tesis de la Corte Interamericana de que, en materia de derechos humanos, sus propias decisiones tienen valor obligatorio más allá de los casos concretos que resuelven, como *res interpretata* y precedente vinculante para los casos venideros⁽³³⁾.

Como dije, no sería éste un caso en que se afirma el valor vinculante de un precedente, porque la Corte Interamericana entiende haber resuelto en la sentencia del *Caso Gelman* el rechazo de la prescripción en todos los casos y lo considera cosa juzgada. Sin embargo, es cierto que ha sostenido en varias otras sentencias, que por ser la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos, sus decisiones sobre la interpretación de los derechos en el sistema interamericano y su compatibilidad con las normas internas de los Estados partes, tienen particular valor decisorio en otros litigios en que se plantean

³¹ «los crímenes de lesa humanidad en tanto pueden considerarse atentados a los básicos derechos humanos universalmente aceptados son tales, no por la voluntad del Estado, ...sino por imperio de normas internacionales inderogables que constituyen el *ius cogens* internacional y que nos confieren la certeza de la existencia de una conciencia y convicción moral universal que va desde Nuremberg a La Haya y que proclama que ciertos delitos atentatorios de derechos humanos básicos, ejecutados en virtud de un plan y de manera generalizada, deben ser perseguidos siempre y por todos en cualquier confín de la tierra»

³² Entre nosotros, dado que todos estos derechos se consideran de jerarquía constitucional, hay quienes afirman que quien debe decidir ese conflicto es la Suprema Corte de Justicia. Hay diferencia clara entre sostener que no corresponde hacer un control de convencionalidad del derecho nacional y reclamar la competencia exclusiva para decidir eventuales conflictos entre derechos fundamentales que tienen jerarquía constitucional.

³³ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. «Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (*res interpretata*). Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*» en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX Bogotá, 2013, p.607-638.

cuestiones similares⁽³⁴⁾. Siendo la única instancia jurisdiccional en el sistema, es claro que su interpretación de la Convención tiene alto valor como precedente en el sistema regional y su consulta no puede ser soslayada al momento de analizar y decidir sobre el mejor modo de interpretar los derechos humanos porque constituyen una guía inestimable por su amplia experiencia y alta calidad técnica y también teniendo en cuenta que tiene la última palabra en esta materia. Esto no significa que se deban seguir de modo acrítico tales precedentes, cualquier órgano jurisdiccional tiene reconocida su independencia de criterio y está habilitado para disentir y apartarse del precedente -aún siendo vinculante- pero el apartamiento de precedentes prestigiosos exige una carga argumentativa que es preciso satisfacer y no se satisface negando genéricamente la relevancia de los precedentes.

4.5.3. No existe conflicto entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y nuestra Constitución Nacional.

En nuestro país no puede plantearse conflicto entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y nuestra Constitución Nacional.

Doctrina y jurisprudencia, incluso de la Corte⁽³⁵⁾, admiten que el art.72 de la Carta asegura la sintonía entre el orden constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos y permite admitir la jerarquía constitucional todos los derechos y garantías que éste último reconoce.

Si el problema consiste en armonizar la normativa de uno u otro origen, se ha identificado algunos criterios para orientar la tarea del intérprete o aplicador: principios, de complementariedad y progresividad de los derechos, además del criterio *pro persona*, que prioriza la norma que mejor protege el derecho en el caso. Sin embargo, en casos como el que resuelve la SCJ, el criterio es lisa y llanamente la exclusión del derecho nacional contrario al derecho internacional y eso está muy claro desde el Estatuto de Nuremberg hasta la Convención de Viena.

Y entre nosotros no sólo es la solución desde el derecho internacional sino que también es la solución constitucional, debido al art.72 y en razón de que se trata de garantizar derechos fundamentales reconocidos.

La mayoría -que empezó planteado únicamente el derecho de los indagados a la prescripción de sus delitos, sin mencionar derechos de las víctimas- finalmente asume que hay un conflicto de orden constitucional y lo resuelve mal, a mi juicio. No se ve cómo la armonización entre el hipotético derecho de los indagados y el derecho de las víctimas pueda terminar, sin darse una sola razón, priorizando el primero y sacrificando completamente el segundo⁽³⁶⁾.

³⁴ La CIDH sostiene ese criterio desde la Opinión Consultiva 7/1986, basándose en el art.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para verlo más ampliamente, remito al trabajo recién citado de FERRER MAC GREGOR, p. 621-628.

³⁵ SCJ Sentencia 365/2009.

³⁶ Expresa la mayoría: «Aún cuando no hubiera obstáculos para el ingreso a nuestro ordenamiento jurídico de la categoría de los delitos de lesa humanidad y de su régimen jurídico, a través de lo que dispone el artículo 72 de la Constitución, debemos plantearnos si tal ingreso puede implicar la modificación o derogación de alguna disposición constitucional expresa o de derechos también ingresados a través del art.72 de la Constitución...» «el ingreso de los delitos de lesa humanidad sólo puede tolerarse con el límite impuesto por el principio de legalidad y el de irretroactividad, ambos derivados del derecho a la libertad y a la seguridad jurídica»

Entre nosotros, un eventual conflicto como el que plantea la mayoría, sería, en todo caso, un conflicto entre derechos fundamentales de rango constitucional. De acuerdo con la dogmática constitucional, una situación de tensión o conflicto entre derechos de rango constitucional, un desacuerdo acerca de cuál ha de prevalecer y en qué medida, consiste, en puridad, en un problema de interpretación constitucional o, en último caso, de balance entre derechos.

Lo cierto es que ni siquiera existe conflicto entre derechos desde que el derecho internacional de los derechos humanos tiene resuelto que no hay derecho a la prescripción de los crímenes de lesa humanidad. En otras palabras, ante una duda sobre un hipotético conflicto, la normativa supranacional establece el criterio para resolver el dilema del decisor: prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas y no existe ningún derecho del eventual responsable de crímenes de lesa humanidad a la prescripción del delito.

Comentando el tema, expresa el Prof. Sánchez Patrón que *«considerar prescritas las acciones que hubieran podido ejercitarse en relación con unos hechos delictivos, sólo se justifica en aras de la seguridad jurídica de los sujetos afectados por las mismas, ya que no se les puede obligar a dichos sujetos a responder de los hechos delictivos después de que haya transcurrido un periodo de tiempo considerable desde su comisión. Ahora bien, esta concepción y finalidad de la institución de la prescripción no resulta aplicable a los hechos ocurridos durante el llamado «período de facto»* (37)

En la misma línea, la Dra. Minvielle en su discordia recuerda que la prescripción de los no se puede calificar como un derecho fundamental porque nada tiene que ver con proteger derechos humanos. Es un instituto del derecho penal interno que responde a razones muy distintas -de oportunidad y conveniencia de terminar una situación que no se resuelve- y es precisamente por eso que el derecho de la comunidad internacional no la admite para delitos de la mayor gravedad, como son los delitos de lesa humanidad (38).

5. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ARGUMENTACIÓN.

Desde las exigencias de las teorías de la argumentación jurídica racional, una decisión jurídica debe estar justificada por un razonamiento lógicamente correcto a partir de premisas que, a su vez, han sido aceptadas o correctamente justificadas. Por lo cual es necesario -en primer lugar- mostrar que el fallo se infiere de las premisas seleccionadas y luego, dar cuenta también de las razones de la elección de esas premisas, como presupuestos de la mejor decisión posible según el derecho vigente y aplicable al caso a resolver.

5.1. El primer problema que advierto es que la mayoría declara la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley 18.831, que impide computar plazo de prescripción o caducidad entre el 22.12.1986 y el 11.11.2011, sin dar ninguna razón.

³⁷ SANCHEZ PATRON, José Manuel «La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en Uruguay» en Revista de la Facultad de Derecho (UDELAR) N° 25, Montevideo, FCU, 2006, p.261-286.

³⁸ Señala la Ministra Dra. Minvielle en su discordia que «la prescripción de los crímenes no constituye un derecho esencial de las personas... constituye una práctica de oportunidad convertida en norma ...» citando un trabajo de Graven «Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription?» en Revue Penale Suisse, T. 81

Si bien este artículo 2 es claramente inconsistente con la imprescriptibilidad declarada por el artículo 3⁽³⁹⁾, si se rechaza la imprescriptibilidad, es necesario justificar por qué la suspensión del plazo durante el tiempo en que el ejercicio de la pretensión punitiva estuvo impedido por la vigencia de la Ley de Caducidad sería violatoria de la Constitución. La suspensión del plazo no colide necesariamente con los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal invocados contra el art. 3⁽⁴⁰⁾.

5.2. En segundo lugar, en una argumentación racional no es admisible sustentar la decisión en premisas normativas que son irrelevantes o falsas, excluyendo otras que debieron ser tenidas en cuenta de modo principalísimo

Como se dijo, la cuestión a resolver es si los delitos indagados son o no «crímenes de lesa humanidad» y, por tanto, imprescriptibles.

La mayoría elige plantear la discusión desde un tópico o lugar que supuestamente le permitiría justificar su decisión: recorta la normativa aplicable tomando sólo el derecho nacional, sostiene que según nuestro Código Penal existe un derecho a la prescripción de cualquier delito e, invocando el artículo 10 del texto constitucional, del que infiere los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal, considera que la imprescriptibilidad vulnera un derecho fundamental.

Hay ahí dos falacias. La primera es afirmar que el universo normativo a considerar es únicamente el Código Penal Uruguayo y los principios de legalidad e irretroactividad. El texto constitucional por el art. 72 remite al derecho internacional de los derechos humanos e impone otro enfoque normativo, que incluye toda la normativa internacional protectora de los derechos reconocidos a las personas en razón del valor atribuido a la condición humana. En ese universo normativo la imprescriptibilidad de los delitos que los agreden no vulnera el principio de legalidad ni de irretroactividad de la ley penal porque para los crímenes que el orden internacional califica como de lesa humanidad la imprescriptibilidad estaba prevista desde antes de 1968. Por lo cual esos principios no son relevantes en este problema, no hay ninguna violación a ellos.

La segunda falacia es que con tales principios se pretende proteger a las personas contra la posibilidad de imponerles penas por conductas que eran lícitas cuando se realizaron, lo cual no aplica en este caso. Como observaba el Ministro Dr. Van Rompaey en la sentencia SCJ 1501/2011 y reitera la Ministra Dra. Minvielle en su discordia a esta sentencia SCJ 680/2017, no se penalizan conductas que en aquel momento eran lícitas, sino que *ab initio* encuadraban en figuras delictivas previstas en el derecho uruguayo anterior al quiebre institucional, eran delitos graves (privación de libertad, homicidio, lesiones, violación, atentado violento al pudor, entre otros) y tampoco se les aumenta la pena que les correspondía según las leyes vigentes. La mayoría adopta, a sabiendas, una premisa falsa⁽⁴¹⁾.

³⁹ Hay indudable inconsistencia entre los arts. 2 y 3. Si se admite la imprescriptibilidad (art. 3), es contradictorio lo dispuesto en el art. 2 y podría ser considerado inconstitucional en la medida en que permite interpretar que, para los delitos comprendidos en el artículo 1, si bien no se computa plazo de prescripción por el período 22.12.1986 a 26.10.2011, podría computarse luego de esa fecha. Esta contradicción de la ley fue también señalada por la Dra. Mariana Mota en su comentario «Crímenes de lesa humanidad, imprescriptibilidad, irretroactividad de la ley penal» Revista de Derecho Penal 25, Montevideo, FCU, 2017 p. 337-346.

⁴⁰ El tema del cómputo del plazo ha sido desarrollado sumariamente en el párrafo 4.1.

⁴¹ La mayoría insiste en que «es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena» como si fuera posible creer que quienes llevaron

La mayoría cita disposiciones del derecho penal nacional y retoma afirmaciones del penalista Dr. Bayardo Bengoa -destacado integrante del gobierno cívico-militar- que extienden el principio de irretroactividad a la prescripción de los delitos, sin tener en cuenta que, para la comunidad internacional que integramos desde 1945, esas conductas, insertas en un contexto de persecución terrorista por parte del Estado, eran crímenes desde el momento fundacional de la Organización de Naciones Unidas, desde el Estatuto de Nuremberg de 1945 y los Convenios de Ginebra del 12.8.1949, con aprobación de la Asamblea General de Naciones Unidas ⁽⁴²⁾. No hay ninguna violación del principio de legalidad ni aplicación retroactiva de la ley penal más severa. Tales crímenes siempre se consideraron imprescriptibles y así lo declara la Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968.

En suma, no están en discusión ni el principio de legalidad ni la irretroactividad de la ley penal más severa. El discurso sobre la libertad, la seguridad jurídica, la legalidad y la irretroactividad de la ley penal resulta un ejercicio retórico destinado a evitar la investigación y sanción de hechos que bajo ninguna óptica pueden suponerse como lícitos en el momento en que se realizaron. No es correcto soslayar que, según el derecho internacional de los derechos humanos, universalmente obligatorio, los actos que se juzgan eran calificados -desde antes de que se perpetraran- como crímenes de lesa humanidad, imprescriptibles, y su investigación y el juicio a sus responsables era ya un deber de todos los Estados que integran el sistema universal y el sistema regional, sin importar el momento en que se hubieran cometido, siendo inadmisibles invocar el derecho interno para incumplir ese deber ⁽⁴³⁾.

5.3. Siempre desde la perspectiva de la argumentación, quisiera agregar alguna consideración sobre la corrección jurídica de la respuesta que ofrece la mayoría como la decisión de un caso difícil, entendiendo por tal un caso que podría admitir soluciones diversas.

En tales casos el desafío es encontrar la mejor respuesta posible desde el derecho, que no sólo deberá ser consistente con el sistema jurídico vigente y aplicable al caso -y ésta no lo es- sino también coherente con los valores que ese sistema jurídico sustenta, atendiendo especialmente a las consecuencias que esa decisión pueda tener en el contexto del sistema de justicia, de quienes resultan afectados por ella y del resto de la sociedad. Como ha dicho el teórico escocés Neil MacCormick, la decisión debe tener sentido en el derecho y en el mundo ⁽⁴⁴⁾.

adelante una represión violatoria del derecho a la vida, a la integridad física, sexual y psíquica y libertad de sus víctimas pudieran haber ignorado que sus conductas configuraban ilícitos penales

⁴² En 1950 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los «Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg»

⁴³ La Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 es especialmente clara en cuanto a que tales crímenes «son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido» y «aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos» (art.1) así como sobre el compromiso de los Estados partes de evitar la aplicación de la prescripción de la acción penal o de la pena en esos casos (art.4).

⁴⁴ Mac CORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford, Clarendon Press, 1978, p.103: «...legal decisions must make sense in the world and they must be also make sense in the context of the legal system».

En esa línea, deberíamos pensar en una decisión que represente la mejor versión del derecho y haga que nuestro mundo sea un poco mejor. Una decisión coherente con los valores y principios que representa el Derecho y cuyas consecuencias contribuyan a mostrar que el Derecho es una herramienta valiosa para proteger a la comunidad y para las personas que la integran. La visibilidad actual del sistema de justicia nos exige ser conscientes de que la legitimidad del Poder Judicial se juega fundamentalmente en la calidad jurídica y moral de sus decisiones.

En reciente comentario, la ex magistrada Dra. Mariana Mota, luego de observar que la decisión «*contradice frontalmente la anterior adoptada por ese mismo organismo respecto de la ley 15.848*», la ha criticado como «*respuesta que la justicia da a los crímenes más graves cometidos contra la persona humana en un contexto de sistemática y masiva vulneración de derechos ocurrida en tiempos de dictadura*» señalando que «*pronunciamientos como el que venimos de analizar, que no mira por las consecuencias gravísimas que derivan de su decisión, se traduce en una justicia que no afronta las conductas aberrantes, pero además que no cumple con la función principal que es la de decir el derecho ante el requerimiento de los justiciables a través de un proceso desarrollado con garantías procesales*»⁽⁴⁵⁾.

La crítica apunta a cuestiones realmente cruciales.

Es evidente que la decisión mayoritaria implica un cambio radical respecto de lo que la Suprema Corte sostuvo en la sentencia 369/2009 -también redactada por el Ministro Chediak cuando asumió su cargo, ocho años antes- tanto por que se resolvió, remover el obstáculo para investigar los hechos del pasado, como en su expresión de fundamentos, en la que seguía la mejor doctrina, con beneplácito general, incluso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La nueva jurisprudencia contradice lo dicho entonces acerca de la relevancia del derecho internacional de los derechos humanos, reconocido como *ius cogens* y citando ampliamente precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los que se atribuía singular valor. Se desconoce ahora el derecho reconocido entonces a *las víctimas y sus familiares «de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar»*⁽⁴⁶⁾.

Ese cambio de orientación debía haber sido justificado haciendo una revisión crítica de los argumentos expuestos entonces, como es de rigor cada vez que un órgano jurisdiccional varía su jurisprudencia y, más aún, tratándose de un tema harto sensible. Por demás, tal cambio debía ser especialmente justificado ya que marca un retroceso en materia de protección de derechos humanos y vuelve a la defensa de la impunidad.

Desde un enfoque de teoría de la decisión judicial, es también evidente -como señala con acierto la crítica- la decisión mayoritaria nunca podría ser presentada como la mejor lectura posible del derecho actual y menos aún es el esfuerzo que pide Ronald Dworkin, para alcanzar el ideal de «la única respuesta correcta».

Como es evidente, la función de los jueces es especialmente trascendente para la vigencia efectiva del «Estado constitucional de Derecho» cuya legitimidad social funda

⁴⁵ MOTA, Mariana «Crímenes de lesa humanidad, imprescriptibilidad, irretroactividad de la ley penal» Revista de Derecho Penal 25, Montevideo, FCU, 2017 p.337-346.

⁴⁶ SCJ 365/2009.

precisamente en la protección de derechos que son esenciales para cualquier proyecto de vida personal autónomo. Por eso importa que exista un sistema judicial independiente e imparcial, fuertemente comprometido y proactivo en la tutela judicial de los derechos de todos. No puede perderse de vista que la Suprema Corte de Justicia, es el intérprete último de la Constitución Nacional en el orden interno y sus decisiones son la última garantía que tienen las personas en ese ámbito, y que ellas lo saben y lo exigen ⁽⁴⁷⁾.

Al mismo tiempo la tarea judicial es más visible que nunca y esa visibilidad sirve al control ciudadano su actuación. El Poder Judicial, como poder estatal se legitima en una sociedad democrática no sólo por la elección parlamentaria de los integrantes del máximo órgano del sistema, pero también tomando decisiones que cumplan con estándares de corrección que, racional y razonablemente, pueden exigirse a esa institución en una sociedad republicana y democrática.

6. EL PESO DE OTRAS RAZONES

Aunque aquí me propuse enfocar el problema desde una perspectiva de la argumentación jurídica, es imposible soslayar que esta cuestión es relevante desde otras perspectivas que gravitan con mucho peso sobre las decisiones prácticas. No es posible ignorar que las razones de corrección moral y las razones políticas tienen indudable incidencia sobre nuestras decisiones interpretativas, especialmente en asuntos controversiales.

6.1. Un punto de vista moral.

Es ampliamente admitido hoy que en la toma de decisiones prácticas, y las decisiones judiciales lo son, pesan siempre razones morales. Todas las concepciones actuales del Derecho aceptan que el razonamiento jurídico no excluye la reflexión moral y no niegan valor a las razones morales. Incluso, alguna concepción teórica presenta al derecho como un sector específico de la moralidad, concretamente de la moral política ⁽⁴⁸⁾.

Desde luego, esto no significa que los jueces estén autorizados a decidir prescindiendo de las normas del sistema jurídico, sino tan solo de admitir que sus decisiones son, de algún modo, decisiones interpretativas del derecho vigente en que juegan preferencias valorativas. La idea es que la interpretación constitucional procure comprender lo mejor posible las palabras de la Constitución como expresión de un acuerdo sobre un gobierno justo y eso implica *«esforzarnos al máximo, dentro de las limitaciones de la interpretación, para hacer de la ley fundamental de nuestro país lo que nuestro sentido de la justicia aprobaría...»* ⁽⁴⁹⁾

El desacuerdo en cuestiones que nos parecen moralmente importantes es un hecho corriente, pese a lo cual la discusión moral no es una práctica frecuente entre nosotros, al menos entendida como deliberación racional acerca de lo que moralmente corresponde hacer. No estamos familiarizados con ese tipo de debates y nos cuesta dar razones en apoyo de nuestras convicciones morales más firmes.

⁴⁷ CASTRO, Alicia. «Los jueces en la mira» en Revista Judicatura N° 44, Montevideo, 2006, p.69-77

⁴⁸ DWORKIN, R. Justicia para erizos (2011). Trad. H.Pons, B.Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014

⁴⁹ DWORKIN, R. obra citada p.502-503

Desde una perspectiva bastante generalizada el dilema moral parece plantearse por muchos como opción entre verdad y justicia o indiferencia e impunidad, mientras que para otros es más complejo que eso.

De todos modos, no advierto que existan razones morales para apoyar una interpretación constitucional que prefiere cerrar el camino a la investigación de graves agresiones a sus derechos humanos, permanecer indiferente ante reclamos de quienes afirman haber sido sus víctimas y defender la impunidad de quienes, desde lugares de autoridad, agredieron sistemáticamente los derechos que debían garantizar. Jamás podría ser aceptada como la mejor lectura posible de nuestra Carta Fundamental.

6.2. El punto de vista político.

Sintetizando la experiencia de lo ocurrido, Pablo Galain expresa que *«En Uruguay la dictadura cívico-militar actuó como un «Estado Terrorista» ejerciendo un gobierno de facto para garantizar la «seguridad nacional» y el «desarrollo» de un modelo económico capitalista. Estos aparatos organizados de poder se convirtieron en dueños de la vida y de la muerte de los opositores políticos de sus regímenes. El miedo, el terror, la tortura, la desconfianza, el individualismo la desinformación y el temor a una desaparición forzada fueron las características de la «lucha contra la subversión»... «la unión de de las inteligencias militares apoyadas por la CIA y por miembros del ejército francés con experiencia adquirida en «guerras sucias» en Africa y Asia permitió el trabajo organizado del terrorismo de estado más allá de las fronteras nacionales (Plan Condor)» que alcanzó a todos los disidentes «convertido en sospechosos, subversivos y sediciosos como primer paso para ser posteriormente considerados enemigos internos.. a quienes se podía desaparecer...»* Además de esos crímenes, *«la dictadura cercenó todas las libertades, cometió delitos contra la propiedad y también realizó negocios ilícitos de los que nunca tomó conocimiento la justicia»* ⁽⁵⁰⁾.

Completando ese marco, un estudio de Burt, Fried y Lessa recuerda el costo humano de la dictadura uruguaya: *«entre 1973 y 1977, Uruguay tenía el mayor porcentaje de presos políticos per cápita en el mundo, con más de 60.000 detenidos y unos 6.000 prisioneros de largo plazo. Alrededor de 200 uruguayos/as fueron desaparecidos/as por la fuerza; la mayoría en Argentina, en el marco del Plan Cóndor, pero también en Uruguay mismo. Varios niños y niñas, detenidos/as con sus padres o nacidos/as en cautiverio, fueron separados/as de sus familiares para ser adoptados/as ilegal y clandestinamente por familias de militares y policías, robándoles su identidad y alterándola en secreto. Alrededor de 250.000 uruguayos/as se vieron obligados/as a exiliarse»*. En síntesis, afirman que Uruguay *«fue la aproximación más cercana al estado orwelliano totalitario en América del Sur»* ⁽⁵¹⁾.

Todos recordamos que, hacia el final de la dictadura, se concertó un pacto político entre altos mandos militares y algunos dirigentes políticos en el que, según la opinión generali-

⁵⁰ GALAIN PALERMO, Pablo (Ed.) A modo de introducción en *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*. Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p.25-32. La cita está en p.27-28

⁵¹ BURT, Jo-Marie, FRIED AMILIVIA, Gabriela y LESSA, Francesca «La sociedad civil y el resurgir de la lucha contra la impunidad en Uruguay (1986---2014)» en *International Journal of Transitional Justice*, 2013, p.1- 22. <http://alternativas.osu.edu>.

zada, se acordaron condiciones -que permanecen ignoradas hasta hoy- para el retorno al régimen constitucional y democrático. De ese modo a fines de 1984 se hicieron elecciones, con exclusión de algunos partidos y candidatos, y entre el 15 de febrero y el 1 de marzo de 1985 asumió el gobierno electo.

6.2.1. La justicia de transición. En ese contexto, nuevo para nosotros aunque vivido por otras sociedades desde mediado del siglo pasado, se plantea el problema de la transición y, en particular, de la justicia respecto de los hechos criminales cometidos por quienes ejercieron el poder en el período de quiebre institucional.

La idea de una «justicia transicional» está aún en construcción pero su objetivo es claro: procura la pacificación social, sobre la base de poner punto final a prácticas inaceptables desde la perspectiva de los derechos humanos y de procesar lo ocurrido en el pasado reciente mediante reconstrucción de la verdad, juicios de responsabilidad y reparación de las víctimas. Como dice Engelhart, *«el objetivo de hacer justicia con el pasado procura dar mecanismos indicadores de la forma de reaccionar a los crímenes contra los derechos humanos que todavía no han sido tratado apropiadamente»*. Se entiende que sólo así puede lograrse una paz duradera, con fortalecimiento de la democracia y del Estado de Derecho⁽⁵²⁾.

En la misma línea, Galain insiste en que se trata de *«un modelo de justicia asociado a períodos de cambio político, que pretende encontrar respuestas políticas y legales para enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores»* en el entendido de que ese conflicto del pasado tiene repercusiones presentes y que habrán de perdurar⁽⁵³⁾.

Como concepto político, es claro que no hay un modelo único de justicia transicional, porque siempre es preciso balancear el ideal con las posibilidades reales, por lo que cada transición tiene su propia lógica y características que la tornan única y le obliga a decidir cuándo, cómo y a quienes investigar y también cuánto hay que olvidar para asegurar a la vez, la institucionalidad y la convivencia pacífica⁽⁵⁴⁾.

El caso uruguayo es, en cierto sentido, especial porque, según anota el autor, *«el pueblo no parece sentir responsabilidad por los crímenes del pasado reciente cometidos en nombre de la «seguridad nacional para el desarrollo económico», no comparte el sufrimiento de las víctimas, no tiene mucho interés en la investigación y castigo de los responsables...»* y conjetura que, tal vez se deba al éxito de cierto discurso impuesto desde el inicio de la transición, que explicó la dictadura como consecuencia de la actuación revolucionaria de grupos de izquierda, logrando dirigir la atribución de responsabilidad hacia las víctimas, como iniciadores de la violencia que nos perjudicó a todos. Ese discurso exhortaba a no mirar hacia atrás para poder tener un cambio en paz⁽⁵⁵⁾. De ese modo, la justicia transicional no tendría lugar y al plantear la necesidad de *«una salida honorable para los militares»* y *«afirmar que no habrá revancha»* se proponía la impunidad y el olvido de todo lo que hubiera ocurrido⁽⁵⁶⁾.

⁵² ENGELHART, Marc. «Objetivos de la justicia de transición» en GALAIN PALERMO, Pablo (Ed.) ¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado. Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p.35-70. Cita en p.36

⁵³ GALAIN, trabajo citado p.31

⁵⁴ GALAIN, trabajo citado p.31-32

⁵⁵ GALAIN, trabajo citado p.29-30

⁵⁶ PEREIRA, Marcelo. 1980-1984. Operación Sanguinetti, Montevideo, Centro Uruguay Independiente, 1985 p.79. Hay muchísima literatura sobre lo ocurrido en ese período, lo explícito y lo implícito, que es ampliamente conocida.

De todas estas cuestiones quisiera comentar dos aspectos: el argumento de la salida pactada y el de las dos consultas al cuerpo electoral realizadas en 1989 y 2009.

6.2.2. La salida pactada. Con base en la salida negociada, se ha entendido que la impunidad es un precio a pagar a cambio del retorno a la democracia.

Siguiendo la lógica del discurso militar, según la cual hubo una guerra interna en la que debieron enfrentar un enemigo encubierto -la mítica «subversión»- debía haber amnistía para los dos bandos y eso habría estado implícitamente incluido en el Pacto del Club Naval.

No hay razones para aceptar esa tesis pero, en todo caso, si lo acordado hubiera incluido esa condición, el compromiso sólo podía obligar personalmente a quienes participaron en ese pacto. La negociación se hizo con representantes políticos de ciertos sectores partidarios elegidos por el gobierno de facto como interlocutores, excluyendo expresamente a líderes políticos indiscutibles de dos de los cuatro partidos invitados, y nada indica que la ciudadanía les hubiera conferido plenos poderes para pactar la impunidad.

Sin desconocer que el tema ha dado lugar a discusión, comparto el enfoque de quienes sostienen que este tipo de cuestiones conciernen a derechos irrenunciables que, por añadidura, en el caso corresponden a otras personas y no pudieron ser objeto de una transacción legítima que deba ser respetada. Por demás, el sistema político ha negado ese acuerdo y decisiones del Ejecutivo y del Parlamento han despejado los obstáculos para la investigación y juzgamiento de los hechos. Resulta paradójico que sea la Suprema Corte de Justicia, que abrió la brecha de la impunidad en el año 2009, quien ahora la defiende, queriendo levantar una muralla, según la desafortunada metáfora de uno de sus Ministros.

6.2.3. Los plebiscitos de 1989 y 2009.

Desde lo político se ha hecho el argumento que llamaría «la objeción democrática», que señala que la expresión de la voluntad ciudadana en el plebiscito que desestimó el recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad (1989) y luego, en el que rechazó la propuesta de reforma constitucional para la anulación de la misma ley (2009), debe interpretarse como voluntad nacional de aprobar la impunidad.

Quien ha formulado ese argumento con mayor seriedad -a mi juicio- ha sido el filósofo y jurista argentino Roberto Gargarella, en su crítica a la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Gelman vs. Uruguay ⁽⁵⁷⁾.

Gargarella abraza con verdadero fervor el ideal habermasiano de la democracia deliberativa y parece rechazar con determinación cualquier idea que pretenda sustraer derechos fundamentales a la decisión de las mayorías, como la esfera de «no decidible» de que habla L.Ferrajoli o el «coto vedado» de E. Garzón Valdés.

No cabe duda de que la idea de una democracia deliberativa es un ideal regulativo incuestionable, pero nuestras democracias reales están lamentablemente muy lejos de ese modelo ideal, que requiere ciudadanos formados en el ejercicio del sentido crítico e informados sobre las cuestiones de interés público sobre las que deben decidir y requiere,

⁵⁷ GARGARELLA, Roberto. «Justicia penal internacional y deliberación democrática» en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo - WENCES, Isabel (Coord.) La América de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016. p.409-433.

además, ámbitos adecuados de discusión donde puedan participar en igualdad de condiciones todas las personas concernidas por el asunto a decidir. La democracia deliberativa es un ideal regulativo altamente valioso y es claro que basta en votar de vez en cuando para elegir entre listas de gobierno o votar sí o no en consultas sobre cuestiones complejas que no han sido objeto de un debate amplio y participativo.

Quienes hemos vivido los dos plebiscitos sabemos que en cualquiera de las dos instancias, la consulta popular fue por sí o por no, sin haber sido precedida de un debate amplio y participativo centrado en el análisis de razones, y tuvieron lugar en contextos marcadamente condicionantes. En el primero fuimos llamados a votar bajo la presión política de una supuesta amenaza militar a la recién reconquistada democracia y de un discurso que nos incitaba a no mirar hacia atrás (*«no tener los ojos en la nuca»*). En el segundo, se planteaba una cuestión jurídica hartamente discutible -una reforma constitucional para anular una ley- que nunca fue cabalmente explicada a la ciudadanía por quienes la impulsaron⁽⁵⁸⁾.

En suma, nunca se plebiscitó una propuesta de amnistía para los funcionarios militares y policiales que habían participado en violaciones graves de los derechos humanos. Se intentó un recurso de *referendum* para dejar sin efecto una ley declaraba la caducidad de la pretensión punitiva del Estado y ese *referendum* fracasó. Luego se intentó una reforma constitucional para anular esa misma ley y también fracasó⁽⁵⁹⁾.

Desde lo político hubo particular empeño en leer el resultado del *referendum* como un respaldo del cuerpo electoral a la amnistía de militares y policías y también en leer el fracaso de la reforma constitucional en el mismo sentido, pero la motivación del voto ciudadano nunca obedece a una única razón, ni tiene siempre una única lectura posible.

Por otra parte, cabe preguntarse si el supuesto respaldo de la ciudadanía puede convertir en legítima una ley que no lo es. Así lo observó la Suprema Corte de Justicia en la reiteradamente citada sentencia SCJ 365/2099 y entendió que no, adhiriendo a la idea garantista de que los derechos humanos, en tanto bases fundamentales que deben asegurarse a todas las personas al construir un sistema institucional que ha de ejercer el poder público, son un reducto que debe quedar blindado ante las decisiones políticas que puedan tomar mayorías contingentes.

Ese argumento puede defenderse aún sin poner en duda que *«la decisión política democrática tiene un valor intrínseco y proporciona una clase de legitimidad que no puede encontrarse en otras formas de gobierno»*⁽⁶⁰⁾. En primer lugar porque derechos de rango constitucional no pueden ser suprimidos por ley ni aún invocando razones de interés general y, en segundo lugar, porque decisiones como la que se discute -no juzgar crímenes de lesa

⁵⁸ Luego del fracaso, un sector fuerte en votos expresó su pesar por no haber «ensobrado» la papeleta con sus listas, dando por cierto que de ese modo se habrían obtenido los votos faltantes, lo que es indudablemente cierto, pero también dice mucho la idea subyacente: el ciudadano votó lo que tenía en el sobre del sector político que quería votar. Donde está entonces la deliberación racional sobre la propuesta plebiscitada?

⁵⁹ En el referendum de 1989 el voto contra la Ley de Caducidad obtuvo 42,4% contra 57,6% a favor y en el plebiscito de 2009 los resultados fueron de 52,64% contra 47,36%.

⁶⁰ MARQUISIO AGUIRRE, Ricardo. «La idea de una autoridad democrática» en Revista Facultad de Derecho N° 40, (UDELAR) Montevideo, 2016, p.189.

humanidad- exceden el marco de lo que puede decidir una comunidad estatal, porque en esa materia los Estados han declinado su soberanía y han cedido su regulación a la comunidad internacional. Lo cual no sólo fue una decisión tomada dentro del marco democrático, sino que se justifica porque es la mejor forma de defensa de esos valores compartidos contra agresiones que provienen de autoridades ilegítimas que ejercen terrorismo de Estado. Por tanto, la comunidad relevante y, en definitiva, la autoridad legítima en estos temas es la comunidad internacional y, en el sistema regional, hemos reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana. El derecho a una tutela judicial efectiva forma parte de ese recinto protegido por normas jurídicas internacionales y ningún Estado está habilitado para decidir contra normas calificadas de orden público internacional.

7. RECAPITULANDO.

Como se trata de un debate que permanece abierto, mi defensa de una de las posiciones en pugna ha pretendido ofrecer argumentos que entiendo como aportes a la discusión, consideraciones a tener en cuenta especialmente por quienes se propongan defender derrostrarlos en defensa de la posición contraria, cuya justificación, por ahora, es claramente insatisfactoria.

En síntesis:

1. En materia de derechos humanos el derecho aplicable según la Constitución de la República, no se limita al derecho interno sino que remite a todo el derecho creado en el orden internacional. No es jurídicamente admisible juzgar los delitos que agredieron sistemáticamente derechos humanos, soslayando la normativa de carácter supranacional.

2. En ese ámbito, se ha impuesto una construcción jurídica destinada a blindar los derechos fundamentales, que habla de normas de «orden público internacional» (ius cogens), de mecanismos de supervisión periódica, de precedentes jurisdiccionales vinculantes y de control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales.

3. De acuerdo con esa normativa ningún Estado puede rehusarse a investigar y sancionar como crímenes de lesa humanidad, ciertas violaciones de los derechos humanos, cualquiera sea el tiempo en que hayan ocurrido. A su vez, todos los Estados del sistema interamericano tienen el deber de cumplir las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

4. Ninguna consideración jurídica de derecho interno o de conveniencia política puede justificar el incumplimiento de ese deber, que compromete la responsabilidad del Estado.

5. La impunidad en Uruguay es parcial -porque han habido algunas condenas- y no parece imputable a los jueces, que en general asumieron una actitud receptiva y proactiva, llegando hasta donde han podido, aunque con enormes dilaciones.

Si la justicia no ha logrado su objetivo, ha sido por obstáculos legales, por resistencias que encontró en la investigación y para la prueba, por chicanas de los abogados de los indagados, por traslados de jueces y, en ocasiones, también por decisiones jurisdiccionales de sus superiores procesales.

6. En esta materia la jurisprudencia constitucional ha sido problemática. Resulta paradójico que la Suprema Corte de Justicia demorara veinte años en declarar inconstitucional a la Ley de Caducidad y, superado el obstáculo, dicte decisiones contradictorias sobre

la prescripción de los delitos amparado por esa ley, pareciendo consolidarse como mayoritaria la tesis favorable a la extinción de esos delitos. Ese cúmulo de circunstancias ha generado desconcierto y desconfianza que perjudican la imagen institucional del Poder Judicial, que no aparece como último reducto garantista sino último reducto de la impunidad cuando los otros poderes del Estado han cambiado notoriamente su actitud.

7. No es jurídica ni moralmente defendible una opción que signifique priorizar derechos de los agresores sobre derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABRAHAN, Manuela. «El Poder Judicial durante el terrorismo de Estado en Uruguay. Un enclave autoritario ausente del debate» en SERPAJ Derechos Humanos en el Uruguay, Informe 2016, Montevideo, 2016 p.103-115.
- ANTKOWIAK, Thomas: “Principio de legalidad y de retroactividad” en STEINER Christian y URIBE, Patricia (Edit.) “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p.255-262.
- BLENGIO VALDÉS, Mariana. “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay”, Revista de Derecho Público N° 39 , Montevideo, FCU, 2011.
- BLENGIO VALDÉS, Mariana. «La interpelación de los derechos humanos en veinte años de democracia» en CAETANO, Gerardo (Comp) 20 años de democracia. Uruguay 1985-2005: Miradas múltiples, Montevideo, Taurus, 2005, p.155-192.
- BURT, Jo-Marie, FRIED AMILIVIA, Gabriela y LESSA, Francesca «La sociedad civil y el resurgir de la lucha contra la impunidad en Uruguay (1986--2014)» en International Journal of Transitional Justice, 2013 p. 1-22 <http://alternativas.osu.edu>.
- ENGELHART, Marc. «Objetivos de la justicia de transición» en GALAIN PALERMO, Pablo (Ed.) ¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado. Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p.35-70
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo. «Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata). Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay» en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX Bogotá, 2013, p.607-638.
- GALAIN PALERMO, Pablo (Ed.) A modo de introducción en ¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado. Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p.25-32.
- GARGARELLA, Roberto. «Justicia penal internacional y deliberación democrática» en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y WENCES, Isabel (Coord.) La América de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016. p.409-433.
- GARRIDO MUÑOZ, Asier. «El vanguardismo universalista de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos : expansión y contracción del derecho de acceso a la justicia» en MACHETTI, Pablo y WENCES, Isabel (Coord.) La América de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016. p.191-214.
- LARRIEUX, Jorge T. «Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y control de convencionalidad» en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX Bogotá, 2013, p.589-606
- LESSA, Francesca. «Justicia sin fronteras. El juicio por el Plan Condor» en SERPAJ Derechos Humanos en el Uruguay, Informe 2016, Montevideo, 2016 p.25-41.
- MARCHESI, Aldo. «Revolución y contrarrevolución en el Cono Sur. La Operación Condor en la guerra fría latinoamericana» en SERPAJ Derechos Humanos en el Uruguay, Informe 2016, Montevideo, 2016 p. 17-24
- MARQUISIO AGUIRRE, Ricardo. «La idea de una autoridad democrática» en Revista Facultad de Derecho N° 40, (UDELAR) Montevideo, 2016
- MOTA, Mariana «Crímenes de lesa humanidad, imprescriptibilidad, irretroactividad de la ley penal» Revista de Derecho Penal 25, Montevideo, FCU, 2017 p.337-346.
- OCHS OLAZÁBAL, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman con Uruguay”, Año IV No. 7, La Ley Uruguay, julio 2011;

- PEREZ GONZALEZ, Carmen. «El tiempo y el Derecho en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: a propósito de la competencia *ratione temporis* de la Corte en los casos de desapariciones forzadas» en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo - WENCES, Isabel (Coord.) La América de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016. p.133-150
- PEREZ PEREZ, Alberto. «Las gravísimas violaciones de los derechos humanos ante la jurisprudencia interamericana» en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo - WENCES, Isabel (Coord.) La América de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p.87-107.
- RISSO FERRAND, Martín. «Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831» en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX Bogotá, 2013, p.639-653.
- RISSO FERRAND, Martín. «La ley de amnistía uruguaya, los pronunciamientos populares y las sentencias nacionales e internacionales» en GALAIN PALERMO, Pablo (Ed.) ¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado. Valencia, Tirant lo blach, 2016, p.151-
- RODRIGUEZ, Roger. «La sempiterna impunidad» en SERPAJ Derechos Humanos en el Uruguay, Informe 2016, Montevideo, 2016 p.50-58
- SANCHEZ PATRON, José Manuel «La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en Uruguay» en Revista de la Facultad de Derecho (UDELAR) N° 25, Montevideo, FCU, 2006, p.261-286.
- STEINER, Christian y URIBE, Patricia. «Introducción general» en la obra colectiva compilada por ambos Convención Americana sobre Derecho Humanos. Comentario, Argentina, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- TORREZ ZUÑIGA, Natalia «Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derecho Humanos» en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo - WENCES, Isabel (Coord.) La América de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016. p.483-507.

Fecha de recepción: 3 noviembre 2018.

Fecha de aceptación: 11 noviembre 2018.

DIGNIDAD HUMANA Y PRINCIPIO “PRO HÓMINE” EN LOS LITIGIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Carlos E. Delpiazzo *

RESUMEN. En el Estado Constitucional de Derecho, la relación entre la persona y el Estado cada vez más se funda en la centralidad de la primera, que encuentra su fundamento en la dignidad humana y que proyecta consecuencias en todas las dimensiones de la vida humana (individual, social y trascendente). Siendo así, es indiscutible la relevancia del principio «pro hómine» para la resolución de los litigios en los que están en juego los derechos humanos. Particularmente, reviste especial interés la proyección de dicho principio en los deberes de la Administración cuyo ser y obrar se sustentan en la esencial servicialidad que la caracteriza.

PALABRAS CLAVES. Dignidad humana. Principio «pro hómine». Servicialidad administrativa. Centralidad de la persona. Dimensiones de la personalidad

ABSTRACT. In the Constitutional Rule of Law, the relationship between the individual and the State is increasingly based on the centrality of the former, which finds its foundation in human dignity and that projects its consequences in all dimensions of human life (personal, social and transcendental). In this context, the relevance of the *pro homine* principle is unquestionable for the purposes of the resolution of disputes involving human rights. The projection of such principle over the Administration's duties is particularly interesting, considering that the Administration exists and acts pursuant to its characteristic essential services.

KEY WORDS. Human Dignity. *Pro Homine* Principle. Administrative Services. Centrality of the Individual. Dimensions of Personality.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Director de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo y Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Correo electrónico: carlos.delpiazzo@delpiazzo.com

I. INTRODUCCIÓN

La conmemoración del 70 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos es ocasión más que propicia para reflexionar acerca de la importancia de los principios que rodean a la dignidad humana cuando se trata de resolver conflictos en los que están en juego los derechos edictados en dicha Declaración.

En la medida que el Derecho se construye no sólo a partir de normas sino también del principios, en los litigios en que aparecen en juego derechos fundamentales -especialmente los que involucran a las Administraciones públicas- es preciso mirar con nuevo enfoque lo que tradicionalmente hemos llamado la relación jurídico administrativa.

En ella, la centralidad de la persona humana y la servicialidad de la Administración son como las dos caras de una misma moneda, o los dos términos de una ecuación fundamental.

En efecto, lo propio del Estado constitucional de Derecho, que impregna todo el Derecho Administrativo contemporáneo, es el reconocimiento de la primacía de la persona humana, derivada de su eminente dignidad, de la que se desprenden todos y cada uno de los derechos fundamentales y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse: el legislador, absteniéndose de sancionar leyes que los contravengan; el juez al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción, y cualquier autoridad administrativa al cumplir sus cometidos¹.

Siendo así, adquiere singular relevancia la servicialidad de la Administración, no sólo como cualidad inherente a su ser y quehacer -administración quiere decir servicio tanto en sentido subjetivo cuanto objetivo- sino como correlato justificante de su propia existencia, a la cual no es ajena el principio “pro hómine”. Cada vez más la jurisprudencia acude a estos aspectos.

II. CENTRALIDAD DE LA PERSONA HUMANA

1. La dignidad humana como fundamento

Desde el punto de vista conceptual, la centralidad de la persona -“protagonismo originario” lo llamaba Mariano BRITO² - como destinataria del quehacer estatal y foco para la interpretación de las relaciones emergentes es la lógica consecuencia de que, cualquiera sea su edad o normalidad, el hombre ostenta una dignidad que le viene no de ser un hombre de dignidad sino de tener la dignidad de un hombre; de esa dignidad eminente o intrínseca extraen su razón de ser los derechos humanos, cuyo titular no es la humanidad en su abstracción genérica ni un determinado tipo de hombre sino cada hombre en su personal concreción³.

¹ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 89 y sigtes.

² Mariano R. BRITO – “Libertad y autoridad del Estado”, en A.A.V.V. – “Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización” (F.C.U., Montevideo, 1991), pág. 28; y en “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” (U.M., Montevideo, 2004), pág. 245.

³ Arturo ARDAO - “El hombre en cuanto objeto axiológico”, en “El hombre y su conducta. Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi” (UPRED, Buenos Aires, 1980), págs. 73 y 74.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, cabe suscribir la enseñanza de Jesús GONZALEZ PEREZ en el sentido de que la dignidad de la persona actúa “como principio informador y límite de la actividad administrativa” ya que “es incuestionable que cualquiera que sea la finalidad perseguida por la Administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona”⁴.

Es que la dignidad humana es intangible y de máximo valor no por imperio de disposición alguna sino por el origen y naturaleza del hombre, impregnando, por tanto, todas las ramas del Derecho⁵ e incidiendo en la recta jurisprudencia sobre los derechos humanos⁶.

Con palabras de José Aníbal CAGNONI, “la dignidad es consideración, respetabilidad, estimación de cada uno por sí y con respecto a todos los demás, es lo que merece la persona por su humanidad, es lo adecuado a esta esencialidad que hace singular en el universo a esta especie de seres vitales que somos los humanos”⁷.

Desde el punto de vista jurisprudencial, cada vez es más frecuente invocar esa dignidad como cualidad inherente a toda persona dotada de fin propio y no como un simple medio para los fines de otros.

Así, en México, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que “la dignidad del hombre es inherente a su esencia, a su ser. Se trata del reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, pues se trata del derecho a ser considerado como ser humano, como persona, es decir, como ser de eminente dignidad. Es un derecho absolutamente fundamental para el ser humano, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana. Así, de la dignidad humana se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle integralmente su personalidad”⁸.

Del mismo modo, en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “la dignidad del ser humano no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las

⁴ Jesús GONZALEZ PEREZ – “La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo” (Jurua, Curitiba, 2007), pág. 13.

⁵ Mariana BLENGIO VALDES – “El derecho al reconocimiento de la dignidad humana” (A.M.F., Montevideo, 2007), pág. 55 y sigtes.; Néstor SAGÜES – “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, en Rev. de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1996), tomo XII, N° 72, pág. 679 y sigtes.; Ricardo Francisco SECO – “Un contenido para los términos dignidad de la persona humana. Aportes desde el Derecho del trabajo y el pensamiento social cristiano”, en Rev. Derecho Laboral (Montevideo, 2010), tomo LIII, N° 239, pág. 459 y sigtes.; y Raúl CERVINI – “El Derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana”, en Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2010), N° 5, pág. 36.

⁶ Mariano R. BRITO - “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo” (F.C.U., Montevideo, 2012) pág. 165 y sigtes.; Mariana BLENGIO VALDES – “El derecho al reconocimiento de la dignidad humana” cit., pág. 63 y sigtes; y José CHAVEZ FERNANDEZ POSTIGO – “La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano” (Palestra, Lima, 2012).

⁷ José Aníbal CAGNONI - “La dignidad humana. Naturaleza y alcances”, en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - “Dignidad Humana” (Montevideo, 2003), pág. 65.

⁸ Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos de 6 de enero de 2009.

autoridades o poderes, toda vez que resulta intrínseca o inherente a cada una de las personas y por el solo hecho de serlo”⁹.

En reiterados pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha entendido que “El ser humano, por el solo hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son reconocidos en protección de su dignidad”¹⁰.

En Uruguay, es criterio firme de la Suprema Corte de Justicia que “Todos los seres humanos son libres y son iguales en dignidad y derechos desde que nacen. La dignidad no es pues un derecho que se conquista como una suerte de patrimonio moral sino que se sustancia de la individualidad”¹¹.

2. Proyección de la dignidad en las dimensiones de la vida humana

Al menos desde Aristóteles, es lugar común destacar que el hombre tiene una dimensión individual y una dimensión social, que conlleva la política sin confundirse con ella, a las que corresponde agregar una dimensión trascendente, siendo todas inescindibles entre sí porque la persona humana es una sola¹².

Por lo que refiere a la dimensión individual, surge de lo antedicho que los derechos fundamentales lo son por derivar de la naturaleza del hombre, de modo que la fuente de los mismos radica en su eminente *dignidad humana*¹³.

Ya la legislación de Partidas reconocía que “La persona del home es la más noble cosa del mundo” (Ley 26 de Partida VII, Título I), precepto que el proverbio castellano tradujo por “Nadie es más que nadie” para poner de manifiesto que la supremacía del ser humano se manifiesta en que todos los hombres son iguales en dignidad¹⁴.

En Uruguay, así lo proclama expresamente el art. 72 de la Constitución cuando explicita que “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la persona humana”¹⁵.

⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 21 de setiembre de 2004.

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, de 20 de marzo de 2009.

¹¹ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 88 de 8 de diciembre de 1993.

¹² Carlos E. DELPIAZZO - “Las dimensiones del administrado”, en “Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo” (U.M., Montevideo, 2014), pág. 227 y sigtes.; y “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2017), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 228 y sigtes.

¹³ Mariano R. BRITO - “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo” cit., pág. 155 y sigtes.

¹⁴ Jesús GONZALEZ PEREZ - “La dignidad de la persona” (Civitas, Madrid, 1986), pág. 24.

¹⁵ Héctor GROS ESPIELL - “La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - “Dignidad Humana” (Montevideo, 2003), pág. 9 y sigtes.; José Aníbal CAGNONI - “La dignidad humana. Naturaleza y alcances”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2003), N° 23, pág. 11 y sigtes., y “La primacía de la persona: el principio personalista”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2004), N° 24, pág. 135 y sigtes.; María Elena ROCCA - “Toda nuestra Constitución reposa sobre la noción de persona”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2004), N° 24, pág. 139 y sigtes.; y Marcelo LABORDE - “No sólo de derechos vive el hombre. Los deberes de las personas en el artículo 72 de nuestra Constitución”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo” (F.C.U., Montevideo, 2012), pág. 185 y sigtes.

Con palabras de Alberto Ramón REAL, “Inherente significa que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa que no se puede separar”, de modo que “derechos inherentes a la personalidad humana son pues, aquellos inseparables por su naturaleza de dicha personalidad, de los que se goza por el solo hecho de ser hombres”¹⁶.

Consecuentemente, todos los derechos inherentes a la condición humana se imponen no sólo al legislador sino también al constituyente por cuanto preexisten a la organización estatal; no son creados por acto jurídico alguno sino que nacen con el hombre mismo, cualquiera sea su condición, sea varón o mujer, joven o viejo, enfermo o sano, cualquiera sea su raza, religión o ideología.

En cuanto a la dimensión social, es evidente que “El hombre no es sólo en tanto que individuo, en dimensión de interioridad; se abre a los otros, formando el nosotros, o, inevitablemente, se mutila y empobrece, y aún se destruye... Por exigencia racional no puede alcanzar su perfección solo; reclama la apertura, referencia y vinculación a los demás”¹⁷ en diversos ámbitos.

Entre ellos, merece destaque en primer lugar la *familia* ya que el hombre es inconcebible sin relaciones familiares. Por eso, la generalidad de la doctrina destaca que la importancia de la familia es enorme en la vida social y política de los países como institución interpuesta como entidad autónoma entre el individuo y el Estado destinada a generar vida y preparar para vivirla¹⁸.

Es que la familia es una comunidad de personas ligadas por una unidad de origen: todo hombre es hijo y nunca deja de serlo. Ser hijo es incluso más radical que ser varón o mujer, porque indica el modo de originarse uno mismo: nacer. Ser hijo significa depender, proceder de, tener un origen determinado, reconocible en nombres y apellidos: es la estirpe a la que uno pertenece¹⁹.

Por lo tanto, la familia es una institución natural y permanente, que constituye lo que Adolfo GELSI BIDART llamó con acierto “el lugar de la persona”²⁰. En la familia se aprende a vivir y se obtiene un perfil genético propio, tanto en lo físico como en lo psíquico (carácter, aptitudes, urdimbre afectiva, aprendizaje de conducta, costumbres, gestos, modos de hablar, cultura práctica, etc.). Pero además, la familia es el depósito de los valores que más profunda y permanentemente quedan grabados en el espíritu de sus miembros mediante la educación (actitudes religiosas, virtudes morales, modos de valorar, ideales, etc.).

De ahí el indiscutible valor de la familia, y de ahí también el sólido fundamento de su ser y existir perdurable que las Constituciones reconocen con expresiones tales como “base”, “fundamento”, “núcleo fundamental”, “elemento natural y fundamental”, que califican la importancia y situación de primacía de la familia.

En segundo lugar, la producción y la obtención de los medios necesarios para satisfacer necesidades mediante la técnica y el trabajo encuentran su expresión en la *empresa*,

¹⁶ Alberto Ramón REAL – “Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya” (Montevideo, 1965), pág. 24.

¹⁷ Mariano R. BRITO - “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” cit., págs. 59 y 60.

¹⁸ Carlos E. DELPIAZZO – “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), pág. 37 y sigtes.

¹⁹ Ricardo YEPES STORK - “Fundamentos de Antropología” (EUNSA, Pamplona, 1996), págs. 285 y 286.

entendida genéricamente como la organización de capital y trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o servicios.

La naturaleza social del hombre lo llevó muy pronto a descubrir las ventajas que aporta la coordinación de varios individuos y la utilización de instrumentos apropiados, conforme a un plan, para alcanzar los propósitos perseguidos.

Independientemente de la diversidad de formas jurídicas que puede adoptar, la empresa es una institución integrada por personas, bienes materiales e inmateriales, puesta al servicio del interés común en el resultado económico pretendido²¹.

En tercer lugar, es preciso añadir que familia y empresa no agotan el elenco de manifestaciones de la dimensión social del hombre, existiendo *otras comunidades intermedias* que las personas pueden formar en ejercicio de su derecho de asociación y que conlleva el derecho a la institucionalización de la asociación²².

En cuarto lugar, es preciso destacar que se habla de comunidades intermedias para diferenciarlas de la sociedad como colectividad jurídicamente organizada en el *Estado*, como expresión mayor de la dimensión social de los seres humanos²³, dentro de cuyo ámbito se desarrolla la *Administración* como organización servicial que tiene a su cargo, como actividad primordial, el ejercicio de la función administrativa²⁴.

Respecto a la dimensión trascendente, con independencia de convicciones religiosas o posturas ideológicas, es una realidad evidente que la persona humana tiene un espíritu, aspecto en el cual se diferencia de todos los demás seres vivos.

Como tal, tiene una *conciencia* o espacio interior al que nadie puede acceder si uno no quiere y que permite a cada hombre direccionar su conducta sin que ningún cautiverio o castigo sea capaz de suprimirle ese nivel de libertad interior para sostener una creencia, pensamiento o deseo²⁵.

A partir de la libertad de conciencia queda claro que cada ser humano es la fuente de su actuar, de la que derivan los derechos a la libertad de expresión, a la libre discusión en la búsqueda de la verdad, a la libertad religiosa (que incluye no sólo creer sino también practicar), a vivir según el dictado de las propias convicciones y, en definitiva, a realizar el proyecto vital que cada uno elija.

De ahí la importancia vital en el Estado constitucional de Derecho de la *objeción de conciencia* como derecho fundamental a incumplir un deber jurídico por motivos de

²⁰ Adolfo GELSI BIDART - “La familia y el Derecho”, en Américo PLA RODRIGUEZ y Ana María RANZETTI (Coordinadores) - “El Derecho y la Familia” (F.C.U., Montevideo, 1998), pág. 248.

²¹ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Especial” (A.M.F., Montevideo, 2010), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 483 y sigtes.

²² Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “Libertad de asociación, personalidad jurídica y Poder Ejecutivo”, en Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración, tomo 65, pág. 273 y sigtes.

²³ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 29 y sigtes.

²⁴ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa - UNAM, México, 2005), pág. 7.

²⁵ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 234 y sigtes.

conciencia ya que de nada valdría la libertad de conciencia si no se la pudiera hacer valer en el momento en que ella es vulnerada ²⁶.

Como bien se ha dicho, recordando los ejemplos de Sócrates, Antígona y Tomás Moro, “violentar la conciencia es la peor afrenta que puede inferirse a un ser humano, ya que allí radica lo más esencial de su ser. No están en juego valores de enorme importancia, tales como la libertad física, la propiedad o aún la vida, sino algo aún más esencial: la libertad de ser lo que cada uno piensa que está llamado a ser. Sin eso, se estará encarcelado aún libre, se estará despojado aún rico, se estará muerto aún vivo” ²⁷.

III. TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO “PRO HÓMINE” EN EL OBRAR ADMINISTRATIVO

1. La servicialidad como fundamento

Desde el punto de vista conceptual, ya ha quedado dicho que la contracara de la centralidad de la persona humana es la servicialidad de la Administración, que proviene de su propia *etimología* ya que la palabra “administrar” proviene del latín “ad” y “ministrare”, que significa “servir a” ²⁸.

Quiere decir que el fundamento y la justificación de la existencia de la Administración radica en su servicialidad ²⁹ y se realiza concretamente en el servicio a la sociedad como tal y en cada uno de sus integrantes y grupos intermedios, de lo que deriva su naturaleza instrumental ³⁰ a fin de que los componentes del cuerpo social -todos- puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

Tal carácter de servicialidad adquiere especial importancia al presente, cuando, con el advenimiento del Estado constitucional de Derecho, “está reapareciendo la idea de que el Estado está para fomentar, promover y facilitar que cada ser humano pueda desarrollarse como tal a través del pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos. Por tanto,

²⁶ Rafael NAVARRO VALLS y Javier MARTINEZ TORRON – “Conflictos entre conciencia y ley (Iustel, Madrid, 2012), 2ª edición revisada, pág. 29 y sigtes.; Juan G. NAVARRO FLORIA – “El derecho a la objeción de conciencia” (Abaco, Buenos Aires, 2004); Juvenal M. JAVIER – “Reflexiones sobre la objeción de conciencia e ideario en el Uruguay a partir las leyes N° 18.987 y 18.473”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2013), N° 43, pág. 33 y sigtes.; Bruno BERCHESE – “Objeción de conciencia. ¿Sabemos qué significa?”, en Rev. Jurídica La Ley Uruguay (Montevideo, 2010), Año III, N° 3, pág. 446 y sigtes.; y Marta HANNA – “Recepción jurisprudencial de la objeción de conciencia”, en Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica de Uruguay (Montevideo, 2015), N° 12, pág. 217 y sigtes.

²⁷ Alberto M. SANCHEZ – “La objeción de conciencia en el agente estatal”, en Víctor HERNANDEZ MENDIBLE – “Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela” (Paredes, Caracas, 2009), tomo I, pág. 283 y sigtes.

²⁸ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 59; y “Derecho Administrativo Uruguayo” cit., pág. 7.

²⁹ Eduardo SOTO KLOSS - “Derecho Administrativo” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo I, pág. 83 y sigtes.; y “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 507 y sigtes.

³⁰ Mariano R. BRITO - “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo”, en La Justicia Uruguaya, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes., y en “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” cit., pág. 259 y sigtes.

el ser humano, la persona, es el centro del sistema; el Estado está a su servicio y las políticas públicas también”³¹.

Es que “El Estado de Derecho viene a configurarse – definirse conceptualmente por su finalidad: concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana. Es regla paradigmática del Estado de Derecho la aceptación de una sustancia impenetrable para el Estado: la dignidad personal del hombre, que en su interioridad se desenvuelve y cuya protección necesaria (la libertad exterior) plantea el reclamo de tutela”³².

Desde el punto de vista jurisprudencial, esa servicialidad ha sido puesta de manifiesto, por ejemplo, respecto a los llamados derechos de prestación, que suponen el obrar administrativo para el logro del bien común, en tanto implica el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a todos y a cada uno el logro más pleno y más fácil de la propia perfección.

Así, a juicio del Tribunal Constitucional del Perú, “en el Estado social y democrático de Derecho, la *ratio fundamentalis* no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos del prestación que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana”³³.

En términos similares, ha dicho el mismo Tribunal que “Bajo este principio [de dignidad humana] el Estado no sólo actuará respetando la autonomía del individuo y los derechos fundamentales como límites para su intervención -obligaciones de no hacer- sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida –obligaciones de hacer–”³⁴.

En Argentina, invocando específicamente el principio “pro hómine”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la aplicación e interpretación de las normas debe orientarse hacia la solución que proteja en mayor medida a la persona³⁵.

2. Proyección del principio “pro hómine” en los deberes de la Administración

Como ya lo he señalado antes de ahora, el formulado como principio “pro hómine” se dirige no sólo al juez sino también a la Administración y su eficacia aplicativa es de gran

³¹ Jaime RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ - “Ética, Poder y Estado” (RAP, Buenos Aires, 2004), pág. 75.

³² Mariano R. BRITO – “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en Rev. Ius Publicum (Santiago de Chile, 2001), N° 6, pág. 63 y sigtes., y en “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” cit., pág. 256.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de 12 de mayo de 2006.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de 5 de octubre de 2004.

³⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Madorrán, citado por Juan Carlos CASSAGNE – “Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo” (La Ley, Buenos Aires, 2015), pág. 49.

amplitud ya que apunta a preservar la dignidad humana, alentar el desarrollo de los seres humanos, y ampliar y asegurar los derechos fundamentales de todos sin excepciones³⁶.

A los efectos expositivos, intentaré la aproximación a su proyección a través de las tres señaladas dimensiones de la persona humana.

Por lo que refiere a la dimensión individual, cabe tener presente que una manifestación de este principio, que la Constitución uruguaya recoge en el art. 72, puede encontrarse en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al tenor del cual los Estados no podrán:

a) suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

La jurisprudencia de nuestros países se ha pronunciado sobre estos deberes en situaciones especiales, tales como la de los adultos mayores, los trabajadores dependientes, los discapacitados o los privados de libertad, entre otros casos.

Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha entendido que “En cuanto al marco general de protección de la persona adulta mayor, la Constitución Política define al Estado Costarricense como un Estado social de Derecho, lo que implica garantizar un mínimo necesario para vivir de acuerdo con el reconocimiento de la dignidad de la persona humana como fundamento del orden constitucional mismo”³⁷.

En similar sentido, ha afirmado que “La protección de la salud de los trabajadores es indispensable para garantizar el respeto a su dignidad”, por lo que “el trabajador tiene derecho a ejecutar sus funciones en un ambiente apropiado, cuyas condiciones garanticen la protección de su derecho a la salud”³⁸.

Igualmente, ha postulado que “las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación en razón de su incapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”³⁹.

Asimismo, ha dicho que “Debe siempre tener presente la Administración penitenciaria que la condición de persona y la dignidad inherente a ella acompañará al ser humano en

³⁶ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 237.

³⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, de 23 de mayo de 2014.

³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, de 16 de diciembre de 2016.

³⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, de 23 de julio de 2014.

todos y cada uno de los momentos de su vida, cualquiera que fuere la situación en que se encontrare”⁴⁰.

En cuanto a la dimensión social, según lo reconocen los instrumentos internacionales y Constituciones americanas, la *familia* es acreedora de la protección estatal, la cual se expresa en un doble sentido: mediante la actuación y mediante la abstención.

Por un lado, a partir de la afirmación de la familia como sociedad natural y anterior a la sociedad civil -ya que la parte (la familia) es anterior al todo (la sociedad civil)- resulta con evidencia que el Estado tiene el deber de protegerla para la procura de sus derechos fundamentales⁴¹.

Por otro lado, la familia también tiene derecho al cuidado estatal a través de la abstención. En efecto, al Estado no le cabe introducirse en los aspectos que hacen al fuero personal de los integrantes de la familia, especialmente en lo que refiere a la aptitud para la trasmisión de la vida. Una injerencia estatal sustituyente de la familia en sus misiones naturales sería lesiva de la dignidad humana⁴².

Respecto a la dimensión trascendente, el principio “pro hómine” obliga, en general, a interpretar en forma favorable a la persona las normas que reconocen o amplían los derechos humanos y, a la inversa, en forma restrictiva los que imponen limitaciones o restricciones.

En particular, dicho principio impone el deber de respetar la conciencia de cada persona y, concretamente, la objeción de ella.

En Uruguay, a juicio del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, “el reconocimiento del derecho de objeción de conciencia deriva de los derechos fundamentales del individuo, ya sea se lo relacione con el derecho a la libertad de conciencia, o con el derecho a la dignidad humana”⁴³.

IV) CONCLUSIÓN

El neoconstitucionalismo contemporáneo revaloriza y acentúa la centralidad de la persona humana, como lo reconoce el art. 1º de la Constitución alemana al proclamar que “La dignidad humana es intangible”.

Como bien se ha puesto de manifiesto, asistimos a la instalación de nuevos paradigmas del Derecho público, entre los cuales el principio “pro homine”, sustentado en la dignidad de la persona, refuerza la visión instrumental de las instituciones al servicio de los derechos fundamentales⁴⁴.

Por eso, “Hoy en día en el mundo occidental se afirma lo que se ha llamado el Estado constitucional de Derecho, basado en la primacía de la Constitución o, mejor dicho, del

⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, de 12 de junio de 2015.

⁴¹ Mariano R. BRITO - “El cuidado de la familia por el Estado y la procuración del bien común en nuestros países”, en Rev. de Derecho Público (Santiago de Chile, 1995), N° 57 – 58, pág. 170 y sigtes.

⁴² Mariano R. BRITO - “Funciones del Estado en relación a la familia”, en Américo PLA RODRIGUEZ y Ana María RANZETTI (Coordinadores) - “El Derecho y la Familia” cit., pág. 205 y sigtes.

⁴³ Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 586 de 11 de agosto de 2015.

⁴⁴ Juan Carlos CASSAGNE – “Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo” cit., pág. 49 y sigtes.

bloque de la constitucionalidad... Ese bloque de constitucionalidad reposa en la dignidad de la persona humana”⁴⁵.

Y tal dignidad no deriva de ningún tratado, Constitución o ley sino que es innata a la naturaleza humana⁴⁶, por lo que el aludido bloque de constitucionalidad comprende los derechos humanos reconocidos o no por la Constitución, contenidos o no en las convenciones internacionales⁴⁷.

Siendo así, en el marco de las relaciones de la Administración (servicial) con los administrados (cada persona y sus comunidades intermedias), éstos ostentan una posición de centralidad que, no obstante, no lo exonera de deberes y responsabilidades. Pero son mayores los de la Administración como consecuencia de su propia naturaleza instrumental, de su ser para cada uno de los integrantes del cuerpo social a los que se debe vicarialmente.

BIBLIOGRAFÍA

- ARDAO, Arturo - “El hombre en cuanto objeto axiológico”, en “El hombre y su conducta. Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi” (UPRED, Buenos Aires, 1980), pág. 73 y sigtes.
- BERCHESI, Bruno - “Objeción de conciencia. ¿Sabemos qué significa?”, en Rev. Jurídica La Ley Uruguay (Montevideo, 2010), Año III, N° 3, pág. 446 y sigtes.
- BLENGIO VALDES, Mariana - “El derecho al reconocimiento de la dignidad humana” (A.M.F., Montevideo, 2007).
- BLENGIO VALDÉS, Mariana. “La dignidad humana como parámetro de interpretación en fuentes de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Bioética. ¿La definición inexistente? Revista de Derecho Público No. 49. Montevideo, 2016, pp. 31 a 54. Disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/49/archivos/Blengio49.pdf>
- BRITO, Mariano R. - “Libertad y autoridad del Estado”, en A.A.V.V. - “Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización” (F.C.U., Montevideo, 1991), pág. 28 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. - “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” (U.M., Montevideo, 2004).
- BRITO, Mariano R. - “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo”, en La Justicia Uruguaya, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. - “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo” (F.C.U., Montevideo, 2012) pág. 165 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. - “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en Rev. Ius Publicum (Santiago de Chile, 2001), N° 6, pág. 63 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. - “El cuidado de la familia por el Estado y la procuración del bien común en nuestros países”, en Rev. de Derecho Público (Santiago de Chile, 1995), N° 57 - 58, pág. 170 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. - “Funciones del Estado en relación a la familia”, en Américo PLA RODRIGUEZ y Ana María RANZETTI (Coordinadores) - “El Derecho y la Familia” (F.C.U., Montevideo, 1998), pág. 205 y sigtes.
- CAGNONI, José Aníbal - “La dignidad humana. Naturaleza y alcances”, en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - “Dignidad Humana” (Montevideo, 2003), pág. 65 y sigtes., y en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2003), N° 23, pág. 11 y sigtes.
- CAGNONI, José Aníbal - “La primacía de la persona: el principio personalista”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2004), N° 24, pág. 135 y sigtes.

⁴⁵ Mariano R. BRITO - “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo” cit., pág. 164.

⁴⁶ Jesús GONZALEZ PEREZ - “La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo” cit., pág. 6.

⁴⁷ Augusto DURAN MARTINEZ - “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo” (La Ley Uruguay, Buenos Aires, 2012), pág. 845.

- CASSAGNE, Juan Carlos – “Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo” (La Ley, Buenos Aires, 2015).
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio – “Libertad de asociación, personalidad jurídica y Poder Ejecutivo”, en Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración, tomo 65, pág. 273 y sigtes.
- CERVINI, Raúl – “El Derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana”, en Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2010), N° 5, pág. 36 y sigtes.
- CHAVEZ FERNANDEZ POSTIGO, José – “La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano” (Palestra, Lima, 2012).
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Las dimensiones del administrado”, en “Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo” (U.M., Montevideo, 2014), pág. 227 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2017), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Derecho Administrativo Especial” (A.M.F., Montevideo, 2010), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa – UNAM, México, 2005).
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001).
- DURAN MARTINEZ, Augusto – “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo” (La Ley Uruguay, Buenos Aires, 2012).
- GELSI BIDART, Adolfo - “La familia y el Derecho”, en Américo PLA RODRIGUEZ y Ana María RANZETTI (Coordinadores) - “El Derecho y la Familia” (F.C.U., Montevideo, 1998), pág. 248 y sigtes.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús – “La dignidad de la persona” (Civitas, Madrid, 1986).
- GONZALEZ PEREZ, Jesús – “La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo” (Jurua, Curitiba, 2007).
- GROS ESPIELL, Héctor - “La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - “Dignidad Humana” (Montevideo, 2003), pág. 9 y sigtes.
- HANNA, Marta – “Recepción jurisprudencial de la objeción de conciencia”, en Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica de Uruguay (Montevideo, 2015), N° 12, pág. 217 y sigtes.
- JAVIER, Juvenal M. – “Reflexiones sobre la objeción de conciencia e ideario en el Uruguay a partir las leyes N° 18.987 y 18.473”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2013), N° 43, pág. 33 y sigtes.
- LABORDE, Marcelo – “No sólo de derechos vive el hombre. Los deberes de las personas en el artículo 72 de nuestra Constitución”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo” (F.C.U., Montevideo, 2012), pág. 185 y sigtes.
- NAVARRO VALLS, Rafael y MARTINEZ TORRON, Javier – “Conflictos entre conciencia y ley (Iustel, Madrid, 2012), 2ª edición revisada.
- NAVARRO FLORIA, Juan G. – “El derecho a la objeción de conciencia” (Abaco, Buenos Aires, 2004).
- REAL, Alberto Ramón – “Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya” (Montevideo, 1965).
- ROCCA, María Elena - “Toda nuestra Constitución reposa sobre la noción de persona”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2004), N° 24, pág. 139 y sigtes.
- RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime - “Ética, Poder y Estado” (RAP, Buenos Aires, 2004).
- SAGÜES, Néstor – “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, en Rev. de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1996), tomo XII, N° 72, pág. 679 y sigtes.
- SANCHEZ, Alberto M. – “La objeción de conciencia en el agente estatal”, en Víctor HERNANDEZ MENDIBLE – “Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela” (Paredes, Caracas, 2009), tomo I, pág. 283 y sigtes.
- SECO, Ricardo Francisco – “Un contenido para los términos dignidad de la persona humana. Aportes desde el Derecho del trabajo y el pensamiento social cristiano”, en Rev. Derecho Laboral (Montevideo, 2010), tomo LIII, N° 239, pág. 459 y sigtes.
- SOTO KLOSS, Eduardo - “Derecho Administrativo” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo I.
- SOTO KLOSS, Eduardo - “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 507 y sigtes.
- YEPES STORK, Ricardo - “Fundamentos de Antropología” (EUNSA, Pamplona, 1996).

TRAS SETENTA AÑOS DE VIGENCIA DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

¿PODRÍA CONSIDERARSE EL NUEVO DERECHO NATURAL DE LA HUMANIDAD?

*María Luisa Marín Castán**

“La Declaración Universal de Derechos Humanos es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU y, como tal, fuente de un derecho superior de un higher law, cuyos principios no pueden desconocer sus miembros.” (R. CASSIN)

RESUMEN. La presente reflexión plantea la posibilidad de rehabilitar la propuesta iusnaturalista, que tanto ha contribuido históricamente al desarrollo de los derechos humanos, aplicada al texto de la Declaración Universal de 1948. Se trataría, en cualquier caso, de una propuesta inscrita en el iusnaturalismo deontológico y crítico (no ontológico), donde el Derecho Natural se configura como ética jurídica y parámetro de valoración de la legitimidad de los ordenamientos positivos. En este sentido la Declaración Universal constituye todavía el primer y más significativo documento para la construcción de una ética universal y planetaria.

PALABRAS CLAVES. Declaración Universal. Derechos humanos. Dignidad de la persona. Iusnaturalismo deontológico. Consenso valorativo. Ética universal

ABSTRACT. The present reflection raises the possibility of rehabilitating the natural law proposal, which has historically contributed so much

* Profesora titular de Filosofía de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y miembro del Observatori de Bioètica i Dret de la Universitat de Barcelona. Correo electrónico: mlmarincastan@gmail.com

to the development of human rights, applied to the text of the Universal Declaration of 1948. In any case, it would be a proposal inscribed in deontological and critical natural law (not ontological), where Natural Law is configured as a legal ethic and a parameter for assessing the legitimacy of positive orders. In this sense, the Universal Declaration is still the first and most significant document for the construction of a universal and planetary ethics

KEY WORDS. Universal Declaration. Human rights. Dignity of the person. Deontological Iusnaturalism. Valorative consensus. Universal ethics.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el próximo 10 de diciembre se conmemora el 70 aniversario de La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU en 1948. Este texto ha constituido, sin duda, un avance sin precedentes en el largo camino hacia la civilización de la dignidad humana y el hito más importante del vasto proceso de internacionalización de los derechos humanos, concebidos todos ellos como concreciones de este valor o principio fundamentador, en cuya virtud ha sido posible una concepción común de los mismos. A partir de la Declaración se han elaborado y aprobado en el contexto de Naciones Unidas una serie considerable de instrumentos dirigidos a desarrollar y dotar de eficacia las disposiciones de la Declaración, que han venido a materializar una concepción común de la dignidad propia del mundo contemporáneo.

Es innegable que la Declaración Universal ha puesto los cimientos para un mundo más justo y que, desde luego, se ha avanzado mucho en la protección de los derechos humanos desde 1948, aunque todavía quede mucho por hacer. Este significativo texto, que es el primero de carácter jurídico-internacional que formula un catálogo omnicompreensivo de derechos humanos con pretensión de validez universal es el punto de partida del combate moderno para la protección de tales derechos¹. Estos aparecen enunciados en sus treinta artículos, donde se explícita el sistema de valores fundamentales universales que concretan y desarrollan las ideas de dignidad humana, libertad, igualdad y justicia.

Se puede afirmar, en consecuencia, que a partir de la Declaración se produce un cambio de paradigma en la concepción del Derecho internacional contemporáneo. A diferencia del Derecho internacional clásico, que era de carácter estado céntrico, concebido como un derecho entre Estados, se consagra hoy el reconocimiento del interés humano en el orden de los valores y, consecuentemente, la obligación de los Estados de hacer de dicho interés -concretado en la idea de dignidad y derechos fundamentales- uno de los principios constitucionales del nuevo orden internacional. Así, el hombre, la persona humana o la humanidad en su conjunto aparecen actualmente como sujetos de Derecho internacional.².

¹ Sommermann, K.P. "El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, coord. A.E. Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 98.

² Carrillo Salcedo, J.A. *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 16 y 17.

La Declaración es la piedra angular del sistema de Derecho internacional de los derechos humanos.

Como sostienen prestigiosos especialistas en la materia, la internacionalización de los derechos humanos, lejos de obedecer a una evolución natural, constituye una auténtica ruptura pues supone una etapa que no es prolongación natural de las anteriores.³ Con sumo acierto, René Cassin, uno de los padres de la Declaración, consideraría esta como el primer documento ético que haya jamás adoptado la humanidad organizada.

Las siguientes páginas tienen por objeto suministrar algunas reflexiones realizadas en el ámbito de la filosofía del derecho y la filosofía moral sobre la pertinencia -habida cuenta del consenso sobre los valores y principios que implica la Declaración Universal para evaluar la legitimidad de los derechos positivos - de considerar ésta como el nuevo Derecho Natural de la Humanidad. Lógicamente, no nos estamos refiriendo con ello a un iusnaturalismo tradicional, radical o dogmático, sino a un iusnaturalismo abierto, flexible y crítico, más compatible con la forma de entender el consenso sobre los valores en la actualidad, que sostiene la existencia de principios morales y de justicia universalmente válidos para inspirar y orientar necesariamente los derechos positivos.

La pauta de reflexión que sugiero se concreta, pues, en la idea de una posible rehabilitación y recuperación de la propuesta iusnaturalista que tanto contribuyó en otras etapas de la Historia a la reivindicación de los derechos humanos universales, concebidos bajo el prisma de los derechos naturales. Se trata, por tanto, de rescatar, mediante la propuesta que formulamos, lo que consideramos todavía como el núcleo válido y rescatable de esta tradición que tanto juego ha dado a lo largo de la de la cultura jurídica y que, como sabemos, constituye una constante recurrente en el pensamiento jurídico occidental. Para ello partimos de algunas significativas contribuciones a la filosofía del derecho y a la filosofía moral que nos van a ayudar a fijar el significado, el contenido y los términos en los que se articularía y concretaría la adopción de la perspectiva epistemológica del iusnaturalismo, aplicada al análisis de las formulaciones contenidas en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

II. DEL DERECHO NATURAL ONTOLÓGICO AL DERECHO NATURAL DEONTOLÓGICO

En una primera aproximación, suele entenderse por iusnaturalismo una multiplicidad de teorías y corrientes doctrinales, ciertamente muy diversas, pero con un denominador común: la creencia en un orden superior o supra positivo, de carácter universal, permanente e inviolable en el que se contienen los principios últimos del obrar humano y que resultan racionalmente cognoscibles. El iusnaturalismo defiende, por tanto, la superioridad del Derecho natural sobre el Derecho positivo.

Sin embargo, pese a las múltiples versiones de la doctrina del Derecho Natural, que no se deben presentar como un bloque unitario, se pueden diferenciar dos niveles distintos de análisis, según se aluda al Derecho natural concebido como ontología o al Derecho natural como deontología. En la primera fórmula el derecho natural aparece como el "ser" del derecho; en la segunda como sistema universal e inmutable de valores, como "deber ser" del derecho positivo, como la pretensión del derecho positivo que pretende ser justo.

Así pues se puede decir -siguiendo a Elías Díaz- que la primera concepción, el derecho natural ontológico, que es la más tradicional en el iusnaturalismo escolástico- medieval, resulta englobante de la segunda (Derecho natural deontológico): el “ser” (natural) del derecho se constituye como “deber ser” del derecho positivo. Por el contrario, no ocurre lo mismo en sentido inverso: la segunda concepción no es englobante de la primera; esto quiere decir que cabe admitir la existencia de valores universales e inmutables sin considerar que esto sea propia y auténticamente derecho, sino más bien ética. Esta última postura, heredera del iusnaturalismo racionalista moderno a partir de la separación efectuada entre derecho y moral, difiere, por consiguiente, de la primera (del Derecho natural trascendente ontológico), dónde además de aparecer el Derecho natural como sistema inmutable, necesario y universal de valores, es este, únicamente, el verdadero y auténtico derecho y el derecho positivo solo lo es si concuerda exactamente con aquel.⁴

En efecto, la concepción del Derecho Natural ontológico, que es la más tradicional y a la que también se califica de “dogmática” o “metafísica”, “sostiene una concepción objetiva y absoluta de la justicia. Esta aparece arraigada en el ser del Derecho y, en consecuencia, el mismo se concibe como un sistema completo que puede solucionar todos los problemas que surjan en la realidad jurídica. El Derecho Natural es aquí auténtico derecho. Mientras esta concepción, pese a ser la más pura y genuina del iusnaturalismo y contar todavía con algunos autorizados exponentes, resulta minoritaria en nuestros días⁵, no ocurre lo mismo con la concepción deontológica, que ocupa un lugar importante en el pensamiento jurídico contemporáneo, aunque a su vez diste mucho de ofrecer un contenido doctrinal homogéneo y sea susceptible de muchas y variadas versiones.

En un somero recorrido a lo largo del pasado siglo, podemos referirnos, en el ámbito de la cultura jurídica alemana, al famoso “Derecho natural de contenido variable” que ya formulara en su día R. Stammler (1856 – 1938), pasando por la doctrina de la naturaleza de la cosa de G. Radbruch (1878- 1949) o W. Maihofer (1918-2009). También debe incluirse aquí el iusnaturalismo de base existencialista, de R. Marcic (1919-1971), el de la inspiración fenomenológica de Maihofer o H. Coing (1912-2000), quién atribuye a la idea de Derecho un contenido ético del que deduce normas que se encuentran condicionadas por el modo en el que en un determinado periodo histórico los miembros de una determinada sociedad interpretan los valores. Se debe añadir el de Welzel, con su teoría de las estructuras lógico-ónticas, expresada en su *Introducción a la filosofía del derecho, Derecho Natural y justicia material* (1951)⁶, hasta planteamientos más recientes, como los de K. Larenz *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (1978) o A. Kaufman con su idea de “búsqueda en un derecho natural histórico -concreto⁷. E incluso también podría tener cabida en este rótulo la

³ Imbert, P. H. “Los derechos humanos en la actualidad”, en *Derechos humanos y constitucionalismo...* op. cit. p.73.

⁴ E., *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1977 págs. 279 y 280.; Vid. Fernández, E: “El iusnaturalismo”, en *El derecho y la justicia* eds. E. Garzón Valdés y F. Laporta, Trotta- C.S.I.C. B.O.E., Madrid, 1996, págs.. 55 a 64.

⁵ Vid. un panorama de estas orientaciones en Hernández Gil A. *De nuevo y sobre el Derecho Natural*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1983. En relación a nuestro país, específicamente, puede consultarse AAV *El Derecho Natural hispánico*, Escélicer, Madrid, 1973.

⁶ *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y Justicia material*, Trad F: González Vicén, Aguilar, Madrid, 1971.

⁷ Kaufman, A. y Hassemmer W. (eds.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed.española de G, Robles, Debate, Madrid 1992. Una exposición de las principales doctrinas iusnaturalistas contemporáneas

propuesta crítico-marxista y utópica de E Bloch expresada en su obra *Derecho Natural y dignidad humana*.

Desde otra perspectiva y en un contexto intelectual diferente, el del pensamiento angloamericano con la renovación de los planteamientos en la filosofía moral, jurídica y política como reacción al utilitarismo y la actitud crítica frente a algunos planteamientos de la filosofía analítica llevada a cabo en la década de los 70, también contamos con importantes contribuciones muy próximas a estos planteamientos- siempre y cuando adoptemos una perspectiva iusnaturalista inclusiva - que incorporan aspectos nuevos e interesantes que conviene tener en cuenta. De este modo, no sin algunas reservas y matices, podemos incluir desde una acepción sumamente abierta de la expresión “iusnaturalismo” las concepciones de R. Dworkin⁸ o J. Rawls, quien en su propuesta del Derecho de Gentes alude a “lo que las leyes de todos los pueblos tienen en común, una concepción política de la equidad y la justicia que se aplica a los principios y a las normas del Derecho Internacional y a su práctica”⁹ Si bien es cierto que la mayor parte de las veces no hay en ellas invocación expresa alguna al término “Derecho natural”, sino que, por el contrario gran parte de sus exponentes - tratando de superar el círculo vicioso de la antítesis iusnaturalismo-positivismo -se refieren a los “derechos morales”.

Como señala Pérez Luño se utiliza aquí el término iusnaturalismo en su acepción deontológica funcional y abierta, teniendo cabida dentro de este rótulo posiciones tales como las que se han venido a caracterizar de iusnaturalismo atípico o iusnaturalismo relativo frente al iusnaturalismo absoluto, iusnaturalismo en sentido débil, frente al iusnaturalismo ontológico que sería iusnaturalismo en sentido fuerte o iusnaturalismo dogmático, que resultaría muy poco compatible con las sociedades multiculturales, plurales y diversas propias del tiempo que nos ha tocado vivir¹⁰.

Las posiciones reseñadas, en relación con el tema de los derechos humanos, constituyen, por tanto, un tipo de teorías de la justicia que sostienen la existencia de una serie de principios y exigencias morales, que en un momento histórico determinado se consideran universales e intangibles. Consecuentemente con ello, propugnan la necesidad insoslayable de que todo orden jurídico reconozca los derechos básicos de quienes lo integran y que son previos a las instituciones jurídico políticas (pre institucionales) por su especial relevancia; toda vez que responden, precisamente, a exigencias éticas, bienes, valores y principios morales que afectan a todos los seres humanos por el mero hecho de serlo, así como también dichas teorías defienden la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales aspiraciones, valores o necesidades que demandan una pretensión de ser incorporados a los sistemas jurídicos positivos si no lo estuvieran todavía.¹¹

en Alemania, puede verse en Ellscheid, G., “El problema del Derecho Natural. Una orientación sistemática”, *ibidem*, pp. 145 y ss.

⁸ Dworkin, R., *Los derechos en serio* Ariel, Barcelona, 1984.

⁹ Rawls, J. *El Derecho de Gentes y una revisión crítica de la idea de razón pública*, Paidós, Barcelona, 2001, p.14.

¹⁰ Pérez Luño, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 137.

¹¹ Vid. Sobre el tema Añón, M.J. “Los Derechos Humanos como derechos morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez”, en Ballesteros, J. (ed). *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 61 y ss.

Teniendo en cuenta lo anterior el marco de reflexión en el que se sitúa el problema que nos ocupa es el de este conjunto de teorías ciertamente heterogéneas, plurales y variadas, que coinciden en afirmar la existencia de una serie de principios y exigencias morales universales e inviolables derivadas de una cierta idea de dignidad humana y que tiene que asumir y garantizará todo orden jurídico positivo para merecer la condición de Derecho justo o al menos el más justo posible en determinar la coyuntura espacio-temporal. Estos principios constituyen, pues, el modelo de moralidad de los derechos positivos.

Como en su momento ya escribiera Welzel: “lo que queda del mundo de ideas el derecho natural no es un sistema de principios jurídicos materiales eternos, sino la exigencia frente al derecho positivo- una exigencia que hay que cumplir bajo condiciones siempre nuevas- de la que la lucha en torno a la confirmación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica entre ideas y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre.”¹²

III. EL CONSENSO SOBRE LOS VALORES

Sostenía ya hace más de dos décadas N. Bobbio que hay tres modos de fundar los valores: 1º) deducirlos de un dato objetivo y constante, por ejemplo, la naturaleza humana; 2º) considerarlos como como verdades evidentes por sí mismas; 3º) descubrir que en un determinado período histórico son generalmente consensuados (la prueba, precisamente, del consenso). Desde su posición de positivista crítico, el autor citado deja claro que, aunque el primer modo ofrecería la mayor garantía de su validez universal requeriría admitir como hipótesis previa la idea de si realmente existe la naturaleza humana como dato constante e inmodificable, así como el que pudiéramos conocerla en su esencia, ante lo que objeta que, “la historia del iusnaturalismo nos demuestra que la naturaleza humana ha sido interpretada de los modos más diversos y que la apelación a la misma ha servido para justificar sistemas de valores e incluso opuestos entre sí.” El segundo modo -la apelación a la evidencia- tiene el defecto de presentarse más allá de toda prueba y rechazar cualquier otra posible argumentación de carácter racional. Sin embargo, el tercer modo de justificar los valores es mostrar que están apoyados en el consenso, según el cual un valor estaría tanto más fundado cuanto más compartido fuese.

Así pues, con el argumento del consenso se sustituye la prueba de la objetividad -considerada esta última por Bobbio imposible o extremadamente incierta -por la de la intersubjetividad. Se trata ciertamente de un fundamento histórico y, como tal, no absoluto; pero lo histórico del consenso es el único fundamento que puede ser probado factualmente. En tal orden de cosas debe aceptarse la Declaración Universal de Derechos Humanos, “como la mayor prueba histórica que nunca haya existido del *consensus omnium gentium* acerca de un determinado sistema de valores No sé si nos damos cuenta de hasta qué punto la Declaración Universal representa un hecho nuevo en la historia, en cuanto que por primera vez un sistema de principios fundamentales de la conducta humana ha sido libre y expresamente aceptado, a través de sus gobiernos respectivos, por la mayor parte de los hombres que habitan la tierra. Con esta Declaración un sistema de valores es (por primera vez en la historia) “universal”” no en principio, sino “de hecho”, en cuanto que el consenso

¹² *Introducción a la Filosofía del Derecho...* op. cit. p. 267.

sobre su validez e idoneidad para regir la suerte de la comunidad futura de todos los hombres, ha sido explícitamente declarado”.¹³

Conforme a ello, según dicho autor, “la Declaración Universal de Derechos Humanos representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y por tanto reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez. Los iusnaturalistas habrían hablado de *consensus omnium gentium o humani generis*”¹⁴.

Las palabras citadas -independientemente de cualquier consideración polémica acerca de la virtualidad del consenso en la fundamentación de los valores o en torno a la naturaleza de tal consenso (política histórica y no precisamente ética) y que ha sido puesta de relieve recientemente por excelentes cultivadores de la Filosofía del Derecho española¹⁵ -entrañan una envidia digna de comentario. En efecto, por primera vez en la historia de la cultura jurídica nos encontramos con un denominador axiológico común que se produce por el acuerdo expreso sobre las ideas de dignidad libertad e igualdad humanas, como eje en torno al cual gira el articulado del documento que analizamos- y que se plasma en un texto escrito, la Declaración Universal de las Naciones Unidas- que consagra unos derechos humanos básicos sustentados sobre tales valores a los que ha de dotar de concreción y realización.

Con la Declaración ha sido, pues, posible llegar a este consenso, que lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías se concreta en sus treinta artículos y recibe su soporte material del conjunto de necesidades básicas de los seres humanos. Únicamente a partir de la aprobación de dicho documento se ha tenido la constancia histórica de que toda la humanidad comparte determinados valores y principios que han sido explícitamente declarados, previo el logro del acuerdo desde muy diferentes concepciones del mundo, de la vida, del hombre y de la sociedad.

Como escribe Rabossi, la Declaración Universal” supone con carácter esencial un diálogo y una discusión racionales, regidos por reglas procedimentales explícitas y dirigidas a obtener un acuerdo generalizado respecto de lo que en la propia Declaración se denomina *el ideal común de la Humanidad*. Supone así un salto cualitativo de primera magnitud en la historia de la humanidad, toda vez que se caracteriza por ser una empresa de carácter universal basada en un consenso, también universal, logrado y positivizado acerca de un

¹³ Bobbio, N. “Presente y porvenir de los Derechos Humanos” en *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1990, pp. 66 y 67.

¹⁴ *Ibidem*, p. 64.

¹⁵ Vid. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989; De Lucas, J. “De algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos”, en Ballesteros J. *Derechos humanos...*, op. cit. p 13 y ss.; Ollero Tassara, A. *Derechos humanos y Metodología Jurídica* C. E. C., Madrid 1989 pp. 149 y ss; Robles Morchón, G, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Cívitas, Madrid, 1992; Lucas Verdú, P. Los derechos humanos como religión civil. “Derechos humanos y concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos pendientes”, en *Consolidación de derechos y garantías :los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, CGPJ,, Madrid, 1999,, pp 225 y ss. Puy Muñoz, F.” ¿Qué tiene que fundamentar una fundamentación teórica de los derechos?”, en *Derechos Humanos: Problemas actuales. Estudios en homenaje al Profesor Benito de Castro*, UNED,, Madrid, 2013, Vol I, pp.141 y ss.; Martínez García, J.I. “Reconocimiento constitutivo de los derechos humanos”, *ibidem*, pp.75 y ss.; Barranco Avilés, M. C. “Las teorías de los derechos humanos en el siglo XXI”, en *EL tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, M. Revenga y P. Cuenca (eds), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 13 y ss.

plexo valorativo y de principios básicos que tiene como núcleo principal las ideas de dignidad, de igualdad, de libertad y de justicia”.¹⁶

La compatibilidad entre la fórmula del consenso en la determinación de los valores y los planteamientos de este iusnaturalismo “latu sensu” o iusnaturalismo abierto, inclusivo y flexible ha quedado sobradamente probada, como lo demuestran por ejemplo, las teorías de Rawls o Dworkin, que expresan orientaciones procedimentales sobre la fijación del significado y alcance de los valores y principios constitucionales desde premisas -como ya se ha dicho- muy próximas a las posiciones iusnaturalistas.

Entre nosotros, han recogido estas orientaciones, entre otros, Delgado Pinto y Pérez Luño, cuando ambos propugnan la actualización de la tesis iusnaturalista de la competencia de la razón práctica para fundar los valores éticos jurídicos. Así, el primer autor señala al respecto que “revisten mayor interés los intentos de delinear las condiciones de una situación hipotética de discusión racional que, asumida idealmente, nos permitiría enunciar no solo fórmulas vacías, sino verdaderos principios materiales de Justicia universalmente validos; es decir, que habrían de ser tenidos en cuenta para la ordenación justa de cualquier sociedad”¹⁷. A su vez, Pérez Luño estima que puede resultar muy provechoso abordar la interpretación de los derechos humanos a partir de las premisas del iusnaturalismo crítico, “que sitúa la justificación de los valores y derechos básicos en una actitud inter subjetivista, es decir, en el reconocimiento de la posibilidad de que la razón práctica llegue a un consenso abierto y revisable sobre el fundamento de tales derechos y valores”¹⁸.

Es pues en estos términos de consenso abierto histórico y revisable sobre los valores y los derechos humanos que los concretan y realizan donde ciframos el valor y alcance de los enunciados de la Declaración Universal de 1948. Y desde esta perspectiva podemos considerar que este posible Derecho Natural que se plasma en ella se configura, como muy acertadamente señala Truyol -siguiendo a R. Cassin - a modo de *higher law*, como “derecho superior” informado por valores comunes compartidos por todos los hombres y que van más allá del ámbito propio de los Estados. Afirmaba en este sentido R. Cassin con las palabras que encabezan este texto, que la Declaración “es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU y, como tal, fuente de un derecho superior de un *higher law*, cuyos principios no pueden desconocer sus miembros”¹⁹.

¹⁶ Rabossi, “El fenómeno de los derechos humanos, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n°3 (1989), p. 333.

¹⁷ Delgado Pinto, J. *De nuevo sobre el problema del derecho natural*, Universidad de Salamanca, Salamanca 1982, p. 33.

¹⁸ Pérez Luño, A. E., “La interpretación de los derechos fundamentales”, en AA.VV., *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. (Estudios en honor del profesor Truyol Serra)* CEC-UCM, Madrid, 1986, vol. II p. 983.

¹⁹ Cassin, R. “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des Droits de l’Homme”, en *Recueil des Cours*, n° 79, 1951, II, pp.239 y ss.

IV. ACERCA DEL IUSNATURALISMO DIFUSO EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL

En tal orden de consideraciones, la Declaración Universal vendría a concretar el contenido, aunque sea mínimo de la idea de justicia, de la moralidad del derecho, constituyéndose de tal suerte como una auténtica ética o justicia material y cumpliría en la sociedad actual- como se ha puesto de relieve por parte de algún especialista en la materia no precisamente filiusnaturalista- la función reguladora que realizaban la cultura clásica el derecho natural²⁰.

El proceso de supranacionalización y universalización de los derechos humanos que se inicia con la Declaración, ha permitido hablar a los especialistas de renacimiento de un “iusnaturalismo difuso”, que surge auspiciado por los horrores de la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados toman conciencia de que el problema de la protección de los derechos humanos rebasa las fronteras nacionales para adquirir una dimensión netamente supranacional. Como señala B. de Castro “éste es en consecuencia el momento en que las declaraciones de derechos, no pudiendo legitimarse ya por referencia al sistema de valores predominante en un país exigen una plataforma valorativa que resulta aceptable para una serie de pueblos y regímenes políticos estructurados en torno a principios filosóficos políticos religiosos económicos y culturales bastante dispares”²¹.

Se puede afirmar, por tanto, sin temor a error, que a partir de la Declaración existen una serie de valores compartidos, una serie de principios jurídicos materiales, de ética jurídica, con cierta permanencia histórico-cultural, que han podido llegar a ser universalizados en el momento en que se aprobó el texto que comentamos. En palabras de I. Berlín, se trata de “un mínimo sin el que las sociedades difícilmente podrían sobrevivir con cierta objetividad y universalidad”²². Dichos valores, principios y normas, ahora contenidos en la Declaración, constituyen los supuestos de validez ético- jurídica- axiológicos y antropológicos- de todo sistema de derecho, en cuanto resultan absolutamente necesarios para la plena realización de la persona humana, tanto en su dimensión física como espiritual, así como también se configuran como presupuestos políticos, en cuanto son imprescindibles para garantizar la convivencia pacífica dentro de toda estructura política con pretensión de legitimidad.

Desde una perspectiva distinta de la propiamente iusfilosófica y con una orientación marcadamente internacionalista y garantista, A. CASSESE, prestigioso especialista en derechos humanos, aún sin utilizar -dado su planteamiento- un discurso argumentativo “ad hoc” sobre la fundamentación filosófica de la Declaración Universal, escribiría a tal efecto, que desde 1948 en que se proclamó la misma, “todos los países del mundo disponen de un código internacional para decidir cómo comportarse y como juzgar a los demás. Es un código que no solo actúa a nivel universal, sino que incluye preceptos que tienen valor en áreas anteriormente no tenidas en cuenta en las Constituciones de los Estados occidentales

²⁰ Peces-Barba, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, (cols). R. de Asís y A. Llamas, Eudema, Madrid, 1991, Vol I p. 13.

²¹ Castro Cid, B., “El reconocimiento de los derechos humanos, en la AA VV. *Los derechos humanos. Significación. Estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pp. 27 y 28.

²² Berlin, I. “El fuste torcido de la humanidad.” *Capítulos de Historia de las ideas*, (ed). H. Hardy., Península, Barcelona, 1992, p. 9.

Ahora disponemos de parámetros de acción para los Estados y para los individuos: los preceptos internacionales acerca de los derechos humanos imponen una línea de conducta, exigen a los gobiernos que hablen de cierta forma y, al mismo tiempo, legitiman a los individuos para que lleven bien alto su voz si aquellos derechos y libertades no son respetados”. Y en otro lugar de la misma obra señalaba, refiriéndose al significado de los derechos humanos, que “éstos sin duda, constituyen ya un nuevo Derecho Natural de la Humanidad: no en el sentido del Derecho Natural tan escarnecido y aborrecido por los juristas, es decir, no en el sentido de un conjunto de preceptos hallados por individuos particulares (y por tanto arbitrariamente) en la razón humana y erigidos en cánones de conducta superiores al derecho positivo. Más bien en el sentido de un conjunto de parámetros de conducta y de evaluación concordantemente destilados- por obra de todos los Estados- de tradiciones ideológicas y filosóficas, de preceptos religiosos y concepciones del mundo, y transformados por los Estados mismos en Código Internacional de Conducta”²³.

De todo lo anterior, resulta evidente que los enunciados de la Declaración Universal responderían plenamente -en cuanto que materializan el consenso general sobre los valores y derechos humanos que los concretan- al modelo de lo que Pérez Luño denomina “fundamentación intersubjetivista”, que se presenta como alternativa tanto a los postulados ideológicos del objetivismo -en cuanto comporta fundamentar los derechos y valores en unos pretendidos postulados objetivos y apriorísticos- como a los del subjetivismo, y que entraña de tal suerte: frente al objetivismo, una revalorización del papel del sujeto humano en el proceso de identificación y justificación racional de los valores éticos jurídicos. Y frente al subjetivismo- que se traduciría en un puro decisionismo -la postulación de la posibilidad de “una objetividad intersubjetiva” de dichos valores, basada en la comunicación de los datos antropológicos que le sirven de base. El núcleo básico de esta concepción intersubjetivista reside en la idea de que los derechos se basan en necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica y que dichas necesidades, en cuanto datos social e históricamente vinculados a la experiencia humana, poseen una objetividad y universalidad que posibilitan tanto su generalización a través de la discusión racional y el consenso como su concreción en valores que pueden materializarse²⁴.

En este planteamiento resulta claro que derechos humanos no se conceden, sino que se reconocen-son pre políticos y pre jurídicos- y se deben reconocer, precisamente porque existe un fundamento natural necesario e incontrovertible para ello, que es el mundo moral del hombre y la competencia de la razón práctica para detectar y explicitar estos principios y valores. Por tal motivo, la Declaración Universal tiene un alcance declarativo y no propiamente constitutivo: los derechos existen previamente y la Declaración los identifica y los consagra, por cuanto plasma la materialización del consenso sobre los mismos

V. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS MORALES

El planteamiento anterior no difiere sustancialmente de la configuración de los derechos humanos como derechos morales. La locución *moral rights* proviene de la filosofía

²³ Cassese, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 225 y 227.

²⁴ Pérez Luño A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho... op. cit.*, pp. 162 y ss.

jurídica, política y moral angloamericana y ha logrado mucha aceptación entre los autores de habla hispana. A tal respecto debe destacarse la aportación de S. Nino en su emblemática obra *Ética y Derechos Humanos*, quien señala que “los derechos humanos son derechos establecidos por principios morales”, afirmando que “la cuestión del reconocimiento de los derechos humanos es de tal importancia que difícilmente esté justificada una norma jurídica -y las decisiones judiciales y administrativas basadas en ellas- que negara o reteceará ese reconocimiento, por más que su origen fuera legítimo”²⁵.

En esta concepción los derechos humanos se consideran como pre institucionales,, en el sentido de que existen y su respeto es exigible desde el ángulo de la moral, aunque ni los Estados ni la comunidad internacional los reconozca como derechos legales. Por consiguiente, los derechos morales, al residir en la moralidad básica, no resultan dependientes de las normas de derecho positivo y la juridificación de los mismos no es una característica constitutiva de estos, puesto que no resulta relevante para que exista un derecho moral. Estas teorías ponen el énfasis en su carácter universal e inalienable²⁶, en el sentido de que su objeto nunca ha de ser modificado obligatoriamente (aunque pueda ser sacrificado de modo altruista) y en que dichos derechos protegen un bien que los individuos exigen para funcionar como agentes morales.

En España se han presentado como defensores y partidarios de esta tesis de los derechos morales, aún con diferentes enfoques y matices relativos a su asimilación o identificación con la noción de derechos humanos, autores, entre otros muchos, como E. Fernández, A. Ruiz Miguel o F..Laporta. Desde la perspectiva en la que tales autores se sitúan es posible la compatibilidad de los conceptos “derechos “ y “morales”, sin incurrir en la fusión e identificación de Derecho y Moral²⁷.

La mejor fundamentación de estos derechos morales bien puede ser la aportada por los individuos y grupos, convencidos de su significado moral, que actúan como agentes morales en virtud de argumentos que saben sustentar con las mejores razones y que en la confrontación generalizada y en el debate público nacional e internacional aspiran al logro de un consenso que favorezca y promueva el respeto a la dignidad humana con una visión e interpretación de dicha idea que resulte “tendencialmente” universal. De tal modo que, -como muy acertadamente sintetiza M.J.Añón - las claves de las fuentes de legitimidad de los derechos morales, a pesar de los parciales desacuerdos entre sus teóricos, se pueden resumir en las ideas siguientes: 1º) dichos derechos deben ser consistentes con valores morales y sólidos; 2º) tales valores tienen un carácter preinstitucional o presocial, en el sentido de que funcionan independientemente de cualquier sistema de derecho positivo; 3º) los derechos provienen de las ideas morales de justicia y rectitud, por lo que la noción de Derechos Humanos debería sustentarse en una cierta teoría de los derechos sustantiva²⁸.

²⁵ Nino, C.S: *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 19 y 24.

²⁶ Vid. Al respecto la interesante obra de Meyers, D. T. *Los derechos inalienables*, Alianza universidad, Madrid, 1988, pp. 55 a 57.

²⁷ Un panorama de estas teorías en España se expone en en Barranco Avilés, M.C. *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1996, pp 55y ss

²⁸ Añón, M. J. “Los derechos humanos como derechos morales”.... En J.Ballesteros (ed). *Derechos Humanos .. op cit*, pp 81 y 82.

Precisamente, un autor como J. Rawls, a quien se puede considerar inscrito en estas corrientes, expresa orientaciones muy próximas a esta idea de “derecho superior” o *higher law* a la que hemos aludido. En su opinión, “los Derechos Humanos son una categoría especial de derechos diseñada para jugar un papel esencial en un razonable derecho de gentes para la época presente... constituyen una categoría especial de derechos de aplicación universal, difícilmente controvertibles en su intención general. Son parte de un razonable derecho de gentes y fijan límites a las instituciones domésticas exigidas por ese derecho a todos los pueblos. En este sentido, establecen la última frontera del derecho doméstico admisible en sociedades integrantes de buena fe, de una justa sociedad de los pueblos”.²⁹

El ámbito espacial de aplicación de la Declaración de Derechos Humanos -como indica su propio título- se extiende al mundo entero, no solo los miembros de la ONU, sino también a todos los Estados de la comunidad mundial; y es “universal” y no propiamente Internacional- como inicialmente se propuso- en la medida que constituye un esfuerzo, si bien tenue e impreciso, de afianzar el papel del individuo en el marco de un espacio antiguamente reservado a los Estados. Además, se habla de “Derechos Humanos”- cuya titularidad o ámbito de vigencia personal corresponde a todos los hombres- y no de meras exigencias o aspiraciones morales, lo cual supone que a estas pretensiones morales, que son previas a los ordenamientos positivos, se les reviste con evidentes signos jurídicos por su vocación clara de convertirse en derecho positivo. El propio “Preámbulo” de la Declaración -, a pesar de la proverbial controversia acerca de su naturaleza jurídica - alude claramente a la necesidad de su articulación en normas jurídicas, por cuanto en él se señala que, “es esencial que los Derechos Humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

Esta misma idea aparece reafirmada en el artículo 29, apartado 2º, cuando se determina que: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y de bienestar general en una sociedad democrática”. Es decir, la sociedad democrática se erige como límite a las excepciones o limitaciones de los derechos y libertades que puedan establecerse por la ley; incluso cuando esta ley pretenda justificarse en exigencias de la moral, del orden público o del bienestar general o en el respeto de los derechos y libertades de los demás³⁰.

Podemos así comprobar como algunos requisitos y argumentos de la teoría del Derecho Natural- tal y como aquí se ha planteado- coinciden con algunos elementos esenciales de las teorías sobre los derechos morales y se pueden ver plasmados con evidente nitidez en los enunciados de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto que estos materializan el consenso general sobre los valores a los que dichos derechos responden y que se constituyen fundamentalmente en torno a la idea de dignidad de la persona, puesto que como se señala en su Preámbulo “. . . la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por

²⁹ Rawls, J., “El Derecho de Gentes”, en *De los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 71 y ss.

³⁰ Abellán Honrubia, V. “La protección internacional de los Derechos Humanos: métodos internacionales y garantías internas”, en AAVV., *Pensamiento jurídico y sociedad internacional*, op. cit., vol. I, pp. 29 y ss.

base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Por tanto, creo que las formulaciones de la Declaración- como universalización de los derechos humanos y plasmación de los valores esenciales de la comunidad internacional- aparte de responder en lo sustancial a los planteamientos de esta fundamentación iusnaturalista de carácter histórico y abierto de la que venimos hablando, podrían representar un valioso punto de conexión -superador de muchos prejuicios y malentendidos- entre las teorías iusnaturalistas y las teorías de los derechos morales, que funcionan, a su vez, junto con las teorías contractualistas, constructivistas y consecuencialistas.

VI. CONCRECIÓN Y ARTICULACIÓN DE LA PROPUESTA IUSNATURALISTA APLICADA DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL

Se trataría, por consiguiente, en palabras de I. Berlin de una especie de retorno a la idea antigua del Derecho Natural (no en balde se habla entre los filósofos del Derecho del “eterno retorno del Derecho Natural”) “pero para algunos de nosotros con un ropaje empírico, no ya solamente basado en fundamentos teológicos o metafísicos... (porque) hablar de nuestros valores como objetivos universales no equivale a decir que exista algún código objetivo que se nos ha impuesto desde fuera que no podamos quebrantar porque no lo hicimos nosotros; equivale a decir que no podemos evitar aceptar esos principios básicos porque somos humanos.³¹ En un sentido similar, ya desde el ámbito propio y específico de la Filosofía del Derecho, se pronunciaba G. Fasso, cuando decía que, ”solo desligado de la idea de un derecho natural metafísico, extra histórico, eterno e inmutable el iusnaturalismo puede encontrar un lugar en la cultura jurídico política actual”³².

Como nuevo Derecho Natural de la Humanidad- entendiendo que las aportaciones de la argumentación iusnaturalista, en los términos expresados, podría todavía resultar altamente idónea para afrontar el problema de la relación entre justicia y Derecho- pienso que la Declaración Universal estaría llamada a desempeñar, básicamente, estas tres funciones en la cultura jurídico-política contemporánea, que, se corresponden, a su vez, con tres de las principales dimensiones en que se manifiesta el valor y alcance de planteamiento iusnaturalista en torno a la reflexión sobre el *derecho justo*³³.

1º): La función de legitimación y valoración crítica del orden político y social y de los ordenamientos jurídico- positivos (**dimensión crítico-valorativa**). Hoy día se afirma sin ambages la necesidad de que los Estados reconozcan y garanticen los derechos humanos. Es más, la legitimación del poder político de un Estado radica, entre otras cosas, en el

³¹ Berlin, I. *Isahia Berlin en diálogo con Ramin Jahanbegloo*, Anaya&Muchnick Madrid, 1993, pp. 192 y 193.

³² Fasso, G., “Iusnaturalismo”, en *Diccionario de Política*, N. Bobbio y Matteucci(dirs), vol. I. Siglo XXI, Madrid 1982 p.872.

³³ He suscitado la pauta de esta propuesta-que ahora desarrollo- en algunos trabajos anteriores. Vid., al respecto Marín Castán, M.L: ”La Declaración Universal de Derechos humanos de 10 de diciembre de 1948:¿nuevo Derecho Natural de la Humanidad?”, en *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, M. Balado y J. A. Regueiro(coords), Bosch, Barcelona, 1998, pp y “Declaración Universal de Derechos Humanos y dimensión axiológica de la Constitución “, en *Estudios de Teoría del estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, R. Morodo y P. de Vega(dirs), UNAM-FDUCM, Madrid, 2001, Vol III, pp. 1725 y ss.

reconocimiento y garantía de dichos derechos. Es indudable que la Declaración constituye, en este aspecto, un canon o patrón de valoración que sirve para medir la legitimidad que ostenta el poder de los Estados. Se muestra, en consecuencia, como uno de los parámetros fundamentales en cuya virtud la comunidad internacional puede negar legitimidad a determinados entes estatales; es decir, actúa como un potencial legitimador de todo Estado de Derecho y de su respectiva arquitectura institucional, puesto que representa el “núcleo duro” de los derechos humanos, creando un marco estricto que debe ser cumplido normativamente por todos los ordenamientos internos. Constituye, por tanto, un innegable referente en el reconocimiento jurídico-constitucional de los derechos fundamentales, y como tal, ofrece también la pauta valorativa que fundamenta la disconformidad con determinadas parcelas o amplios sectores de los órdenes jurídicos positivos, así como con las instituciones político-sociales vigentes en cada realidad estatal. La Declaración crea una conciencia jurídica universal de la que ningún Estado quiere sustraerse³⁴.

2º) La función de mantenimiento de la esperanza abierta y orientación de futuro hacia una sociedad más justa y hacia un derecho justo (**dimensión utópica**)³⁵. A los enunciados de la Declaración debe reconocérseles una innegable intención utópica, toda vez que estos no representan más que el umbral de una sociedad justa. En virtud de esta dimensión utópica las propuestas de los derechos humanos aparecen habilitadas para encarnar una esperanza universal, si tenemos en cuenta que el caudal utópico-revolucionario ha impregnado siempre el discurso de los derechos humanos, en cuanto realización iniciada y con las expectativas de lo todavía no logrado. E. Bloch, desde su concepción marxista y crítico-radical del iusnaturalismo, considera la lucha por la dignidad humana y la vindicación de los derechos fundamentales, como la herencia constitutiva del Derecho Natural, en su personal versión de éste, como depositario de algunas de las más hermosas aspiraciones de la Humanidad, cual es la búsqueda de la sociedad mejor³⁶. Para este autor “pocas cosas hay que hayan sido tan anticipadoramente humanas en razón de sus postulados como el contenido de los derechos del hombre”.³⁷ Esta característica del Derecho Natural como “horizonte utópico de crítica del derecho positivo”-en gran medida herencia de Bloch-constituye, sin duda, una de las señas de identidad más significativas del iusnaturalismo actual. La dignidad de la persona y los derechos que de ella dimanar son elementos en constante dinamismo y abiertos a ampliaciones, innovaciones y desarrollos futuros. La Declaración no es una propuesta cerrada, definitiva y conclusa: el componente utópico de los derechos humanos es un elemento consustancial a la conceptualización de los mismos y es el que, precisamente, confiere a estos su virtualidad de transformación y actualización.

3º) La función de afirmación del valor de la persona humana y de su protección como fundamento de todo orden jurídico político (**dimensión antropológica**). En los derechos

³⁴ Arnold, R. “La Declaración Universal de Derechos Humanos y su importancia para el desarrollo de la cultura del Derecho”, en *La Declaración Universal...op.cit.* pp 59-67

³⁵ Sobre esta cuestión vid mi trabajo “Sobre el discurso utópico de los derechos humanos. A propósito de dos conmemoraciones: 1948 y 1968”, en *Persona y Derecho*, Vol 59, (2008), pp.321 y ss

³⁶ Bloch, E. *Derecho Natural y dignidad humana*, Aguilar, Madrid, 1980, p. 191; Un interesante trabajo sobre el tema del Derecho Natural en la obra de este autor, puede verse en Serra, F. *Historia, Política y Derecho en Ernst Bloch, Trotta*, Madrid, 1998, pp141 y ss

³⁷ *Ibidem*, p. 177

humanos el hombre se reconoce a sí mismo y se ve impulsado más allá de sí mismo. Los necesita para plantear su propia humanidad y para exigirla. Y la suya sólo puede ser, a la vez, la de todos los otros: la humanidad³⁸. La Declaración supone un avance en la tendencia que marca la prioridad del hombre sobre el poder estatal, como seña de identidad del nuevo orden internacional y, en general, de la cultura jurídica contemporánea,³⁹. Es evidente que el eje axiológico en torno al cual gira todo el articulado de la Declaración son las ideas de dignidad, libertad, igualdad y justicia. Desde este plexo axiológico la dignidad humana se constituye como valor material central y fundamento de todos los derechos, configurándose como una especie de “prius” lógico y ontológico de los mismos. Se puede afirmar que con la Declaración Universal la dignidad adquiere un perfil, una orientación y un contenido nuevo, que va a proyectarse en los textos internacionales posteriores de derechos humanos. Así lo pone de relieve el enunciado de apertura de la Declaración, cuando afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. De ello se deduce la afirmación de la supremacía de la persona y la funcionalización de los órdenes políticos y sociales al servicio de esta visión humanista que sanciona el principio personalista como eje vital de funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas.

VII. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Los aniversarios incitan siempre a la reflexión y al análisis. Es preciso reconsiderar, setenta años después de su proclamación, la vigencia y actualidad de la Declaración Universal, así como las perspectivas y proyecciones necesarias en el futuro. Ciertamente, a partir del sucinto texto de dicho documento se iniciaría un proceso, aparentemente imparable, de desarrollo de los derechos humanos a nivel internacional, europeo y estatal. Ahora bien, una cosa es el reconocimiento y la proclamación solemne de los mismos y otra, muy distinta, es la implementación y articulación de mecanismos internacionales garantizadores de su tutela efectiva.

Lograr “todos los derechos humanos para todos”, fue el lema elegido por la ONU para conmemorar el cincuentenario de la Declaración Universal. Han pasado veinte años desde entonces y ahora, como entonces, se trata de seguir buscando las formas necesarias para hacer real y efectiva la dignidad de la persona, como fundamento último de la Declaración, puesto que la protección de los derechos humanos básicos que esta consagra sigue siendo bastante precaria y deficiente. Esto es así a pesar de los logros y avances producidos, a partir de la creación de mecanismos e instituciones para dotar de eficacia a tales derechos, tales como los respectivos Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- que son tratados internacionales y vinculan a las partes contratantes-, así como instituciones más recientes, como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional (de carácter permanente), el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, las Comisiones de Investigación, las misiones de determinación de los hechos o los Procedimientos Especiales de derechos humanos. Por una parte, resultará necesario reforzar el compromiso interna-

³⁸ Martínez García, J.I. “Reconocimiento constitutivo de los derechos humanos”, en AAVV *Derechos Humanos: Problemas actuales...*, op.cit. p.90

³⁹ Arnold, R. “La Declaración Universal de Derechos Humanos ..op.cit.p.66

cional de los Estados, mediante la aceptación de los instrumentos existentes y su sometimiento a las instancias de control que revisten carácter facultativo. Por otro lado, es indispensable hacer uniforme el alcance de los compromisos entre las distintas partes contratantes, instando a los Estados a que retiren las reservas formuladas a los distintos instrumentos (como, por ejemplo la negativa de las grandes potencias a ratificar el Estatuto del Tribunal Penal Internacional). Es necesario, a tal fin, promover una mayor cooperación internacional, involucrando a todas las fuerzas operativas y creando un acuerdo vinculante de cooperación global en la defensa de los derechos, a todos los niveles, universal, regional y local⁴⁰). En un mundo globalizado deben crearse instrumentos jurídicos globalizadores, más allá de los que conocemos en la actualidad⁴¹.

El contraste que contemplamos entre el bienestar de unas sociedades y la miseria de otras no se compatibiliza bien con ese ideal moral de la Humanidad en que consiste la Declaración Universal. al igual que tampoco resulta compatible con las guerras y conflictos armados, los genocidios, las migraciones masivas e incontroladas de los últimos tiempos, el hambre de gran parte de la población mundial- que sigue causando estragos- o el fenómeno del terrorismo que asume actualmente dimensiones inéditas. Por otro lado, la universalización de los derechos humanos proclamados por la Declaración no será real y efectiva mientras millones de seres humanos en el mundo desconozcan sus derechos y, en consecuencia, no puedan hacerlos valer frente al poder.

Ahora bien, ello no resta fuerza moral a este significativo documento. Es cierto que es impreciso, que se le ha calificado de etno céntrico- por referir la noción de dignidad a la concepción occidental de dicho valor⁴² y que, en algunos aspectos, ha quedado anticuado, pero hay que analizar las cuestiones con perspectiva histórica y, desde tal punto de vista, debe señalarse que la Declaración representa solo el núcleo mínimo y restringido de la conciencia histórica que la humanidad tenía de sus propios valores y principios fundamentales en la segunda mitad del siglo XX. De tal modo, que los derechos enunciados en ella no son los únicos posibles derechos humanos, son solo los derechos del hombre histórico. Dicho texto fue solo el comienzo de un largo proceso de positivación y supra nacionalización de tales derechos que resultaba entonces absolutamente necesario; no olvidemos que se proclamaba a sí misma como “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”.

En el plano de la fundamentación, que es el que aquí interesa, si bien es cierto que la Declaración supuso un avance indiscutible en la conciencia ética mundial, no lo es menos que queda todavía mucho por hacer en la tarea de fundamentar los ordenamientos internos y los instrumentos internacionales en valores éticos compartidos. Parece admitido casi de manera unánime que “los derechos humanos son, en la actual etapa histórica, el código básico de una ética universal aceptable: la ética del respeto a la dignidad personal de los hombres”.⁴³ En este sentido resultan muy elocuentes y significativas las palabras de K. Apel, quien propugna una ética planetaria de la corresponsabilidad, considerando al respecto, que “es posible salvaguardar el pluralismo de las formas de vida social, solo si se

⁴⁰ Castro- Rial, F. “La Declaración Universal como elemento básico del orden internacional”, en *La Declaración...* op.cit. p.97

⁴¹ Linde Paniagua, E. “La expansión de los derechos humanos”, en *Derechos Humanos ...* op.cit, p.121.

⁴² Griffin, J. *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp 135-137

⁴³ Castro Cid, B. *Manual de Teoría del Derecho*, Ed Universitaria, Madrid, 2007, p.322

respetar una ética universal de iguales derechos e igual responsabilidad en la solución de los problemas comunes a toda la humanidad”⁴⁴.

Para concluir, creo que las propuestas metodológicas de este Derecho Natural abierto, flexible renovado, progresista y crítico que sugiero, aplicadas al análisis de los enunciados de la Declaración Universal, pueden resultar válidas en la actualidad y suministrar todavía, como hace setenta años, óptimos y fructíferos elementos para la construcción de una ética universal y planetaria tan necesaria en nuestros días y, de la cual dicha Declaración constituyó la primera y más tangible plasmación.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA VV. *Los derechos humanos. Significación. Estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.
- AA VV *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, coord. A.E, Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- AAVV *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, CGPJ, Madrid, 1999.
- AAVV *Derechos Humanos: Problemas actuales. Estudios en homenaje al Profesor Benito de Castro Cid*, coords, N. Martínez Morán, A.M. Marcos del Cano, R. Junquera de Estefanía, UNED., Madrid, 2013.
- AA.VV., *Pensamiento jurídico y Sociedad internacional. (Estudios en honor del profesor Truyol Serra)* CEC-UCM, Madrid, 1986.
- AAVV, *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, coords M. Balado y J. A. Regueiro, Bosch, Barcelona, 1998.
- APEL, K.O. “Das problema einer universalistischen Makroethic de Mitverantwortung”, en *Deutsche Zeitschrift Philosophie*, nº 2, vol 41(1993).
- BALLESTEROS, J. (ed). *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BARRANCO AVILÉS, M.C. *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1996.
- BERLIN, I. *Isahia Berlin en diálogo con Ramin Jahanbegloo*, Anaya&Muchnick Madrid, 1993.
- BOBBIO, N. “Presente y porvenir de los Derechos Humanos” en *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1990, LOCH, E. *Derecho Natural y dignidad humana*, Aguilar, Madrid, 1980.
- CARRILLO SALCEDO, J.A. *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999.
- CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991.
- CASSIN, R. “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des Droits de l’Homme”, en *Recueil des Cours*, nº79, 1951, II, pp.239 y ss.
- CASTRO CID, B. *Manual de Teoría del Derecho*, Ed Universitaria, Madrid, 2007.
- DELGADO PINTO, J. *De nuevo sobre el problema del derecho natural*, Universidad de Salamanca, Salamanca 1982.
- DIAZ; E.. *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1977.
- ELLSCHIED, G., “El problema del Derecho Natural. Una orientación sistemática”, en Kaufman, A. y Hassemmer W. (eds.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed.española de G. Robles, Debate, Madrid 1992, pp145 y ss.
- FASSO, G., “Iusnaturalismo”, en *Diccionario de Política*, N. Bobbio y Matteucci (dirs), vol. I. Siglo XXI, Madrid 1982.
- FERNÁNDEZ, E. “El iusnaturalismo”, en *El derecho y la justicia* eds. E. Garzón Valdés y F. Laporta, Trotta, C.S.I.C.- B.O.E., Madrid, 1996, pp. 55 a 64.
- GRIFFIN, J. *On Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2008.
- HERNÁNDEZ GIL A. *De nuevo y sobre el Derecho Natural*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1983.

⁴⁴ Apel, K.O. “Das problema einer universalistischen Makroethic de Mitverantwortung”, en *Deutsche Zeitschrift Philosophie*, nº 2, vol 41(1993), p. 201

- MARÍN CASTÁN, M.L. "Declaración Universal de Derechos Humanos y dimensión axiológica de la Constitución", en *Estudios de Teoría del estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, (dirs) R. Morodo y P. de Vega, UNAM-FDUCM., Madrid, 2001, Vol III, pp. 1725 y ss.; "Sobre el discurso utópico de los derechos humanos. A propósito de dos conmemoraciones: 1948 y 1968", en *Persona y Derecho*, Vol 59, (2008), pp.321 y ss.
- MEYERS, D. T. *Los derechos inalienables*, Alianza Universidad, Madrid, 1988.
- MUGUERZA, J. y otros, *El fundamento de los derechos humanos.*, Debate, Madrid, 1989.
- NINO, C.S. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989.
- OLLERO TASSARA, A. *Derechos humanos y Metodología Jurídica* C. E. C., Madrid 1989.
- PECES- BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, (cols). R. de Asís y A. Llamas, Eudema, Madrid, 1991.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- RABOSSÍ, E. "El fenómeno de los derechos humanos, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 3 (1989).
- ROBLES MORCHÓN G, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Cívitas, Madrid, 1992.
- REVENGA, M y CUENCA, P (eds) *EL tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015.
- RAWLS, J. *EL Derecho de Gentes y una revisión crítica de la idea de razón pública*, Paidós, Barcelona, 2001.
- SHUTE, S. y HURLEY, S (eds). *De los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 1998.
- WELZEL, H. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y Justicia material*, trad F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1971.

Fecha de recepción: 17 octubre 2018.

Fecha de aceptación: 11 noviembre 2018.

EL CONVENIO DEL AGUA DE LA UNECE: ¿UN INSTRUMENTO COMPATIBLE CON LA CONVENCION DE 1997 PARA REGULAR LOS USOS DEL AGUA DULCE INTERNACIONAL? UN ANÁLISIS COMPARADO

Alejandro Pastori Fillol ()*

RESUMEN. El presente trabajo es un estudio comparado práctico y aplicado de un aspecto genérico destacado tanto en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en su texto, esto es la cooperación para el desarrollo entre los Estados y el derecho a una condición de vida digna del ser humano. Al respecto la gestión del agua dulce internacional y la sostenibilidad ambiental de la misma pasa a ser un aspecto de gran trascendencia, que probablemente tenga cada vez mayor incidencia en los años venideros. En este entendido se analizan aquí los principales aspectos de las dos convenciones internacionales, el Convenio de Agua de 1992 y la Convención de 1997 que regulan los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En la medida de esa coincidencia, parece necesario precisar las diferencias que tienen entre sí, máxime cuando ambas están en vigor y abiertas a la ratificación o adhesión de más Estados. A estos efectos, tomaremos como base el Convenio del Agua (que fue el último de los dos en internacionalizarse y contiene normas más detalladas) y haremos el análisis de sus principales disposiciones observando en qué medida se apartan o se compatibilizan con las previsiones de la Convención de 1997, para concluir sobre este aspecto y sus consecuencias en función de lo evaluado.

PALABRAS CLAVES. Agua dulce internacional. Convenio del Agua de la UNECE. Cooperación; Desarrollo sostenible.

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UDELAR). Doctor en Derecho de la Universidad de Valencia (España) con tesis en Derecho Internacional Público. Catedrático de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UDELAR. Correo electrónico: alejandropastori@adinet.com.uy.

ABSTRACT. The present work is a practical and applied comparative study of a generic aspect highlighted both in the preamble of the Universal Declaration of Human Rights, and in its text, this is cooperation for development among States and the right to a living condition with human dignity. In this regard, the management of international fresh water and environmental sustainability becomes an aspect of great importance, that will have an increasing incidence in future years. In this understanding, the main aspects of the two main international conventions, the 1992 Water Convention and the 1997 Convention that regulate both the uses of international watercourses for purposes other than navigation, are analyzed here. To the extent of this coincidence, it seems necessary to specify the differences between them, especially when both are in force and open to the ratification or accession of more States. We will take as a basis the Water Convention (which was the last of the two to be internationalized and contains more detailed rules) and we will analyze its main provisions, observing the extent to which they diverge or are compatible with the provisions of the Convention of 1997, to conclude on this aspect and its consequences.

KEY WORDS. International fresh water. Cooperation. UNECE. Water Convention. Sustainable development

INTRODUCCIÓN

El manejo habitual en nuestros cursos de Derecho Internacional Público (y en varios manuales) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales con Fines Distintos de la Navegación, del 21 de mayo de 1997 (en adelante “la Convención de 1997”), como el instrumento multilateral “madre” en la materia, ha generado en muchos internacionalistas el convencimiento (en el que me incluía hasta hace poco) de que era el único texto sobre el tema con carácter verdaderamente internacional.

Esto sin embargo es un error dado que en 1992, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (UNECE, por sus siglas en inglés) adoptó el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (en adelante “Convenio del Agua”), el cual entró en vigor para los países europeos en 1996, **y fue abierto a la adhesión de países del resto del mundo en el 2013**, tras una enmienda a tales efectos que se le realizara en el 2003¹. A la fecha el Convenio del Agua de la UNECE tiene 42 Estados Partes² y es por tanto otro texto internacional que regula los usos de los cursos de agua internacionales, al igual que la Convención de 1997³

¹ Nótese además que en realidad el Convenio del Agua de 1992 fue anterior a la Convención de 1997, pero que recién se internacionalizó, y por tanto igualó en ese aspecto a la Convención, en el 2013.

² Ver: <http://www.unece.org/env/water/>, consultado el 22/08/2018.

³ El Convenio del Agua contiene 32 artículos y 13 anexos. Ha servido de modelo para varios acuerdos de cooperación transfronteriza, que aplican sus disposiciones en contextos subregionales específicos. Uno de los primeros ejemplos es el Convenio para la Protección del Río Danubio (1994), a los que se suman otros, como son los acuerdos sobre el Lago Peipsi y los ríos Sava, Bug, Meuse, Rhin y Scheldt. Los cinco

Esta duplicación de textos internacionales amerita los comentarios de este artículo, a los efectos de analizar la compatibilidad entre ambos textos o bien las diferencias que existen entre ellos que pueden tener consecuencias a la hora de decidir a un Estado a formar parte de uno de ellos, de ambos, o de ninguno.

Cabe destacar que el presente trabajo es un estudio comparado de un aspecto destacado en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos - esto es el desarrollo de relaciones amistosas entre los Estados mediante la cooperación entre los mismos-, el cual se complementa con el propósito enunciado luego en el articulado de ese texto de lograr una condición de vida digna para el ser humano. Por lo cual el tema de la gestión del agua dulce internacional y la sostenibilidad ambiental de la misma pasa a ser un aspecto de gran trascendencia, relacionado con un aspecto de los Derechos Humanos que probablemente tenga cada vez mayor incidencia en los años futuros como desarrollo de la propia Declaración.

Para realizar el análisis, seguiremos la siguiente secuencia que nos permitirá referirnos comparativamente a los aspectos esenciales de ambos tratados, sistematizando sus contenidos de la siguiente forma: (1) ámbito de aplicación, (2) principios generales sustantivos contemplados, (3) normas institucionales y (4) solución de controversias. A esto seguirán las conclusiones que se extraen del análisis realizado.

1. AMBITO DE APLICACIÓN.

El primer párrafo del preámbulo del Convenio del Agua deja ya sentados elementos centrales para la definición posterior del ámbito de aplicación del mismo, a saber, que su objeto será la *“protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales”*, que *“sólo se puede lograr mediante una cooperación más estrecha”*.

Siempre dentro del objetivo acotado de señalar matices o diferencias en la comparación con la Convención de 1997, realizaremos en este punto las siguientes consideraciones:

1.1. Espacial

El artículo I.1 define las *“aguas transfronterizas”* como *“todas las aguas superficiales o subterráneas que marcan, atraviesan o están situadas en las fronteras entre dos o más Estados; por lo que respecta a las aguas transfronterizas que desembocan directamente en el mar, su límite lo constituye una línea recta imaginaria trazada a través de la desembocadura entre los dos puntos extremos de las orillas durante la bajamar.”*

No caben dudas por tanto que las aguas subterráneas -incluidas las que se encuentran en acuíferos confinados- están comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio del

países que comparten el Río Tisza –Eslovaquia, Hungría, Rumania, Serbia y Ucrania– desarrollan una rica cooperación, logrando una gestión integrada de la cuenca. Luego de la disolución de la Unión Soviética y de Yugoslavia, el Convenio prestó gran utilidad como referencia para nuevos acuerdos sobre aguas que antes eran gestionadas a nivel nacional. Asimismo, el Convenio del Agua inspiró los principios y enfoques de la Directiva Marco del Agua de la UE, influyó el trabajo de varios órganos conjuntos y promovió el establecimiento de nuevo órganos, tales como comisiones para los ríos Elba, Danubio, Meuse, Oder y Scheldt, y los lagos Ginebra, Ohrid y Peipsi. (ver Mariana Beaugé, en bibliografía)

Agua. En cambio, la Convención de 1997, al definir al curso de agua como “*un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común*”, dejó fuera de su alcance los acuíferos no vinculados a un curso de agua internacional y que no fluyen normalmente a una desembocadura común o, en otras palabras, a las “*aguas subterráneas confinadas*”.⁴ El Convenio del Agua no requiere que las aguas subterráneas constituyan un “conjunto unitario” con las aguas de superficie, por lo que es unánime aquí la interpretación en el sentido de que quedan comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, las aguas subterráneas confinadas.

En otro orden, cabe señalar que el Convenio del Agua promueve la implementación de la gestión integrada de recursos hídricos con un fuerte enfoque en la gestión organizada a nivel de cuencas.⁵ Esto ya se hace evidente en la redacción del mismo preámbulo,⁶ y se confirma, como veremos inmediatamente, en la definición de “*impacto transfronterizo*”, su ordenación y la cooperación al respecto, previstas en los artículos 1, 2 y 9 del Convenio.

Recordemos que éste no era el caso de la Convención de 1997, cuyo ámbito de aplicación no era la cuenca hidrográfica en sí misma –que se define como un área geográfica⁷– sino únicamente el curso de agua, definido como el sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituye un conjunto unitario y normalmente fluye a una desembocadura común, más allá de las disposiciones sobre protección ambiental al curso de agua que allí se establecen (Parte IV de la Convención).

Como indicáramos *supra*, los artículos 1, 2 y 9 del Convenio confirman nuestra interpretación en el sentido de que su ámbito de aplicación espacial es toda la cuenca hidrográfica definida como un área geográfica. En efecto, el artículo 2 establece que “*Las Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir, controlar y reducir todo impacto transfronterizo*.” Y el artículo 1 –titulado *Definiciones*– define el impacto transfronterizo en su numeral 2 de la siguiente manera:

“Por ‘impacto transfronterizo’ se entiende todo efecto adverso importante que una modificación del estado de las aguas transfronterizas causada por una actividad humana, cuyo origen físico se sitúe total o parcialmente en una zona bajo la jurisdicción de una Parte, pueda producir sobre el medio ambiente de una zona

⁴ Esta es la opinión mayoritaria, pero no es ésta la interpretación de todos. Por ejemplo Attila Tanzi entiende que una interpretación contextual de la Convención de 1997 permite apoyar la tesis de que sus reglas también se podrían aplicar a las aguas subterráneas confinadas. En: Tanzi, Attila, *The Relationship between the 1992 UNECE Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes and the 1997 UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*, Report of the UNECE Task Force on Legal and Administrative Aspects, Pág. 8.

⁵ Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (UNECE), *Apertura Global del Convenio del Agua de 1992*, En: http://www.unwater.org/app/uploads/2017/05/Brochure_ECE_SPA_PDF_WEB.pdf consultado el 27/08/18

⁶ Que incluye, para citar algún ejemplo, referencias a “*hacer disminuir la eutrofización y la acidificación, así como la contaminación del medio marino desde fuentes terrestres*.”

⁷ Como lo indican las conocidas Reglas de Helsinki en la materia: “*una cuenca hidrográfica internacional es la zona geográfica que se extiende por el territorio de dos o más Estados determinada por la línea divisoria de un sistema hidrográfico de aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una salida común*.”

bajo la jurisdicción de otra Parte. Dichos efectos sobre el medio ambiente comprenden los que afectan a la salud y la seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras físicas, o a la interacción entre dichos factores; incluyen asimismo los efectos sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas resultantes de la alteración de estos factores.”

El lenguaje empleado pone de manifiesto que el Convenio del Agua busca prevenir tanto el daño a un curso de agua derivado de actividades que pueden tener lugar fuera del curso de agua en sí mismo -siempre que exista un vínculo entre el ecosistema del agua y el del ambiente afectado o en el cual se haya desarrollado la actividad que causó el daño-, como el daño causado por usos del curso de agua, a elementos del medio ambiente distintos del agua. En particular, se destaca que la última oración del numeral 2 del artículo 2 citado comprende incluso la salud y la seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje, los monumentos históricos u otras estructuras físicas, el patrimonio cultural y las condiciones socioeconómicas.

Por otro lado, y de forma concluyente, cuando se menciona la necesidad de cooperación, el Convenio en su artículo 9 sobre “Cooperación bilateral y multilateral” establece que: “1. Las Partes Ribereñas, (...) especificarán cuál es la cuenca hidrográfica, o su parte o partes, que serán objeto de cooperación. Esos acuerdos o arreglos se referirán a las cuestiones pertinentes contempladas en el presente Convenio, así como a cualquier otro asunto con respecto al cual las Partes Ribereñas consideren necesario cooperar.”

Entendemos por todo lo visto que el enfoque de la Convención de 1997 es claramente más restrictivo que el del Convenio del Agua de 1992, y que este último está más en línea con un enfoque ecosistémico y basado en el concepto de cuenca. Esta interpretación es confirmada por la UNECE en su “Guía para la Implementación del Convenio sobre el Agua”, que en su párrafo 84 expresa: “El Convenio sobre el Agua es aplicable a cualquier actividad que pueda causar un impacto transfronterizo sin que se defina la naturaleza y localización de dicha actividad. Eso significa que una actividad que cause o pueda causar impactos transfronterizos puede tener lugar en cualquier parte del territorio de un Estado, sin tener en cuenta su proximidad a la frontera o al cuerpo de agua. Por consiguiente, los Estados deberán considerar la totalidad de la cuenca hidrológica, e incluso, en algunos casos aún más allá (en acuíferos confinados, por ejemplo, la totalidad de las áreas de recarga) para garantizar que no haya lugar a ningún impacto transfronterizo.”⁸

1.2. Material

En lo que se refiere al ámbito material de aplicación, el Convenio del Agua está dirigido a regular todo esfuerzo que permita fomentar y “reforzar la cooperación, a nivel bilateral y multilateral, para la prevención, el control y la reducción de la contaminación transfronteriza, para la gestión sostenible de las aguas, para la conservación de los recursos hídricos y para la protección del medio ambiente”.⁹ Siendo el objeto del Convenio

⁸ UNECE, Guía para la Implementación del Convenio sobre el Agua, 2014, Disponible en: <https://www.unece.org/es/environmental-policy/conventions/water/envwaterpublicationspub/>.

⁹ Preámbulo, Párrafo 4. Mismos términos: “prevenir, controlar y reducir” son utilizados en otros párrafos preambulares y en las normas del Convenio.

la prevención, control y reducción del impacto transfronterizo, tal y como se define en el artículo 1, párrafo 2, entendemos que el alcance de la aplicación material del Convenio del Agua es de mayor amplitud que la Convención de 1997.

En efecto, la definición del ámbito material en la Convención de 1997 pasa por la determinación de cuáles usos del agua que están incluidos.¹⁰ Ese tema no es relevante en el caso del Convenio del Agua, donde en cambio adquiere mucha mayor trascendencia a los efectos de definir el ámbito de aplicación material la concepción ecosistémica del acuerdo que en definitiva hace caer dentro de su ámbito de aplicación material toda actividad humana con impacto transfronterizo.¹¹

En puridad, esto nos indica que el Convenio del Agua, a diferencia de la Convención de 1997, es mucho más un acuerdo que se preocupa por regular los aspectos relacionados con la protección ambiental pudiendo entrar en esa categoría de acuerdos sin dificultades, lo cual implica una diferencia de naturaleza entre ambos, pese a su indudable similitud normativa.

2. PRINCIPIOS GENERALES INCLUIDOS EN EL CONVENIO.

El Convenio del Agua incluye en su normativa la regulación de los tres principios fundamentales en materia de cursos de agua internacionales: a saber, la obligación de no causar daño, el principio de uso y participación equitativa y razonable, y el principio de cooperación. No obstante, como veremos a continuación, existen algunas diferencias en cuanto al manejo de los tres principios con respecto a la Convención de 1997, cosa que ha generado debate sobre si ambos instrumentos son compatibles, a lo cual intentaremos dar respuesta a lo largo de este apartado.

2.1. Obligación de no causar daño

La principal obligación general que contiene el Convenio del Agua está establecida en su artículo 2, ya citado, por el cual las Partes se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas para prevenir, controlar y reducir todo impacto transfronterizo. Esta disposición se traduce en la obligación de no causar daño (relevante).

El Convenio del Agua, al igual que la Convención de 1997, determina cual es el umbral de daño que debe considerarse (el relevante), en los conceptos de “daño significativo” o de “efecto adverso importante”. En ambos instrumentos, se utilizan estos conceptos que son abstractos y propios de acuerdos de carácter general como los que estamos examinando, los cuales brindan una norma simplemente de orientación para la determinación del umbral de daño aceptable. En este sentido, los dos tratados coinciden en adoptar un lenguaje del cual se deduce que no cualquier nivel de daño es considerado relevante, sino sólo el que es de naturaleza significativa.

Así, la obligación de no causar daño en el Convenio del Agua se basa, al igual que en la Convención de 1997, en una obligación de diligencia debida—en contraposición a las

¹⁰ Artículo 1 de la Convención de 1997.

¹¹ Artículo 2 del Convenio del Agua: “Las Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir, controlar y reducir todo impacto transfronterizo.”

obligaciones absolutas- de “prevenir, controlar y reducir el impacto transfronterizo significativo” (artículo 2), para lo cual las partes deben tomar “todas las medidas apropiadas” y por la cual se incurre –incluso habiendo tomado “todas las medidas apropiadas”-, en la obligación adicional de controlar y reducir los efectos del impacto sufrido por el otro Estado en caso de que sucediera. En este sentido, ambos instrumentos entienden que la obligación de diligencia debida de tomar “todas las medidas apropiadas” se aplica no sólo a la obligación de prevención, sino también a la de control y reducción del daño o impacto transfronterizo posterior.

Ahora bien, existe un grado importante de relatividad en el concepto de “diligencia debida” a la hora de definir el contenido y los plazos en que las partes deben tomar esas “medidas apropiadas” y, mientras que la Convención de 1997 no brinda mayores elementos al respecto, el Convenio sobre el Agua sí lo hace, complementando (y en cierta forma ampliando) a la primera. Por ello, ciertos autores¹² señalan que la obligación de diligencia debida -que está formulada en términos abstractos en la Convención de 1997-, debe ser implementada a la luz de los principios orientadores específicos contenidos en el Convenio del Agua, con especial consideración a estándares ecológicos consistentes en “las mejores tecnologías disponibles”, las “mejores prácticas ambientales”, la “evolución ambiental previa” y el “principio de precaución”.

En efecto el párrafo 5 del artículo 2 del Convenio establece algunos principios generales “novedosos” que deben inspirar las medidas adoptadas por los Estados Partes entre los cuales se encuentra –entre otros- el principio de precaución:

a) El principio de precaución, en virtud del cual no se pospondrán las actuaciones encaminadas a evitar el posible impacto transfronterizo de la emisión de sustancias peligrosas so pretexto de que los trabajos de investigación científica no han demostrado plenamente la existencia de una relación causal entre dichas sustancias, por un lado, y un eventual impacto transfronterizo, por el otro;

b) El principio de que quien contamina paga, en virtud del cual los costos de las medidas de prevención, control y reducción de la contaminación correrán a cargo del contaminador;

c) Los recursos hídricos se gestionarán de modo que las necesidades de la generación actual se atiendan sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.”

Nosotros pensamos, a diferencia de la tesis mencionada anteriormente, que la introducción de los principios referidos en los literales a) y b) de este artículo 5, propios del derecho ambiental, no tienen correlación directa en la Convención de 1997¹³ y resulta demasiado forzado el pretender incluir a estos principios como “orientadores” de la interpretación de dicha Convención.

Si bien estos tratados deben intentar complementarse, y, de acuerdo al principio de armonización, cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben

¹² TANZI, Attila, Op.cit., Pág. 6.

¹³ La referencia del literal (c), en cambio, sí podría enmarcarse dentro del principio de utilización equitativa y razonable.

interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles,¹⁴ tampoco se le puede hacer decir a uno lo que no dice.

En este sentido podemos agregar que la integración del principio precautorio en temas ambientales relacionados con un curso de agua no fue de recibo hasta ahora por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), por lo cual mal lo podríamos considerar, además, un principio consuetudinario en la materia, que nos ayudara en una interpretación tan audaz. De haber sido así, la sentencia en el asunto relativo a las plantas de celulosa entre Argentina y Uruguay hubiera sido favorable a la Argentina, que solicitaba a la Corte la aplicación de dicho principio, pero que no tuvo éxito en su petición, siendo esto esencial para el resultado adverso a sus intereses en el fallo.¹⁵ Pero es justo decir que esto no lo podía saber el Prof. Tanzi en el año en que escribió el artículo de referencia mencionado (año 2000) ni los autores que entonces cita en su nota al pie veintinueve.¹⁶

Por este motivo consideramos que esta inclusión del principio precautorio es una diferencia esencial entre ambas Convenciones que no ha sido debidamente resaltada por la doctrina, que pasa por alto esta diferencia a nuestro juicio esencial.

En el mismo sentido, pero dicho solamente en relación a los signatarios del Convenio del Agua –lo cual la exime de los comentarios previos- la Guía para la implementación del Convenio sobre el Agua ratifica que:

“La relatividad y la flexibilidad de la obligación de adoptar «medidas apropiadas» se complementa, en virtud del Convenio, con principios generales como el principio de precaución, el principio de «el que contamina paga» y el principio de sostenibilidad (artículo 2, párrafo 5), y normas como las que se recogen en el artículo 3, que prevén tanto el establecimiento de un régimen de autorizaciones basado en la mejor tecnología disponible y la evaluación del impacto medioambiental, como el establecimiento de límites de emisión y de criterios de calidad del agua, entre otros. Esas normas y principios contribuyen a la determinación concreta del contenido normativo de las obligaciones de diligencia debida en la prevención y del correspondiente deber de cuidado.”¹⁷

Finalmente, entendemos que para las Partes del Convenio del Agua se aplican por cierto los párrafos 3 y 4 de su artículo 2, que establecen que todas las acciones cuyo objetivo sea luchar contra la contaminación del agua se tomarán en el origen de la contaminación, y que las medidas adoptadas no deberán ocasionar, como resultado directo ni indirecto, una transferencia de dicha contaminación a otros medios. Esta precisión, en estos términos, no está prevista en la Convención de 1997.

También cabe destacar que el artículo 3 del Convenio del Agua, referido a la prevención, control y reducción de la contaminación, establece que las medidas para reducir el impacto

¹⁴ CDI, Informe sobre Fragmentación del Derecho Internacional, disponible en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>, consultado el 20/08/18

¹⁵ VATNA, Loïc, L’Affaire Usines des Pâtes à Papier sur le Fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay) : un Nouveau Différent Environnemental devant la Cour Internationale de Justice, En: Revue Québécoise de Droit International, Vol. 22, N°2, 2009, Pág. 45, Disponible en: www.sqdi.org/wp-content/uploads/22_2_Vatna.pdf, consultado el 29/08/18

¹⁶ TANZI, Attila, Op.cit., Pág 11.

¹⁷ UNECE, Guía para..., Op.cit., Págs. 11 y 12.

transfronterizo serán de carácter jurídico, administrativo, económico, técnico y financiero. Las Partes podrán adoptar criterios de calidad del agua o definir límites de emisión para los vertidos en las aguas de superficie. Este tipo de contaminación podrá evitarse o reducirse gracias a la utilización de técnicas poco contaminantes (artículo 3, párrafo. 2). Todo esto sí parece constituir un desarrollo interpretativo natural y aceptable de las disposiciones generales de la Convención de 1997 al respecto, establecidas en su Parte IV.

2.2. El principio de uso equitativo y razonable.

El principio está formulado en el artículo 2, párrafo 2© y 5©. Su ubicación parece sorpresiva, pues integra el artículo sobre la obligación de no causar daño, y no constituye como en la Convención de 1997 un artículo diferenciado.

Pese a ello, por la forma en que se introduce el mismo, no parece querer significar una prevalencia del principio de no causar daño sobre el del uso equitativo y razonable, sino una aplicación del primero en consonancia con el segundo. En efecto, el artículo referido menciona que:

“2. Las Partes tomarán, en particular, todas las medidas necesarias paraL. . .) c) Garantizar que las aguas transfronterizas se utilicen de forma razonable y equitativa, teniendo en cuenta especialmente su carácter transfronterizo, en el caso de actividades que causen o puedan causar un impacto transfronterizo.

(..)

5. Al tomar las medidas mencionadas en los apartados 1 y 2 del presente artículo las Partes se regirán por los principios siguientesL. . .) c) Los recursos hídricos se ordenarán de forma que se satisfagan las necesidades de la generación actual, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades (..)”

La enunciación del principio es compatible con la de la Convención de 1997, y se encuentra “plenamente *en consonancia con el desarrollo contemporáneo del derecho internacional consuetudinario del agua, según el cual el principio de la utilización equitativa incorpora el del desarrollo sostenible. Es decir, el uso de un cuerpo de agua internacional no puede ser considerado como equitativo, por lo tanto legal, si no es sostenible.*”¹⁸

La compatibilidad se refuerza en este caso por la formulación abstracta del principio, propia de instrumentos de naturaleza marco, como los que estamos examinando, que para su aplicación concreta a un curso de agua o cuenca específica, requerirán de una evaluación de la naturaleza equitativa de un uso ya existente o planificado.

Por lo demás, en el esquema de ambos instrumentos, la cooperación es requisito ineludible para la aplicación práctica del principio, ya que es ella la que permitirá realizar una evaluación caso por caso. En el caso del Convenio del Agua, como veremos más adelante, se hará de conformidad con sus normas, que prevén el intercambio mutuo de información y datos sobre esos factores específicos de la cuenca y del país, así como el desarrollo de consultas.

¹⁸ UNECE, Guía para ..., Op.cit., Párrafo 102.

La Convención de 1997, por su parte, contiene orientaciones más específicas, pero que pueden considerarse complementarias con las disposiciones del Convenio del Agua. Por ejemplo, en el artículo 6, titulado “Factores pertinentes para una utilización equitativa y razonable” la Convención ofrece, en el párrafo 1, una guía útil para la identificación de factores y circunstancias que se deben tener en cuenta al ponderar intereses de los Estados ribereños de cada curso de agua, pertinentes en el intercambio de datos e información y en las consultas. Estos factores se relacionan con las características físicas de los recursos, la población dependiente de las aguas, los usos actuales y potenciales, el impacto de estos usos y la disponibilidad de usos alternativos o de la adopción de prácticas más eficientes.

Otro tema en el cual la Convención de 1997 avanza un poco más, brindando una orientación más concreta para la aplicación de este principio, es el caso del artículo 10, párrafo 2, que establece que se ha de prestar especial atención a las necesidades humanas vitales. En este sentido, si bien ningún uso o categoría de usos tiene en sí prioridad frente a los demás, el criterio da una pauta concreta para resolver conflictos entre diversos usos de agua.¹⁹

Nuevamente, estaríamos ante un caso de complementariedad de ambos instrumentos, y no de contradicción entre los mismos.

2.3. El principio de cooperación.

El preámbulo del Convenio del Agua anticipa el rol central que cumplirá la cooperación, y en particular la cooperación institucional, en la implementación de su regulación, al subrayar que “*la cooperación entre los países miembros en materia de protección y utilización de las aguas transfronterizas se efectuará principalmente mediante la elaboración de acuerdos entre países ribereños de las mismas aguas, en particular cuando tales acuerdos no existan todavía.*”²⁰

El principio de cooperación está establecido como principio general en el artículo 2 párrafo 6, que indica:

“Las Partes Ribereñas cooperarán sobre la base de la igualdad y la reciprocidad, en particular mediante acuerdos bilaterales y multilaterales, con el fin de elaborar políticas, estrategias y programas armonizados, aplicables a la totalidad o a parte de las cuencas hidrográficas pertinentes y destinados a prevenir, controlar y reducir el impacto transfronterizo y a proteger el entorno de las aguas transfronterizas o el entorno sobre el que estas influyan, incluido el medio marino”

Como puede apreciarse de la lectura de este artículo, la cooperación institucional entre las partes ribereñas es de carácter obligatorio en el Convenio del Agua. Esta es una

¹⁹ La «declaración de entendimiento» que se basa en el comentario de la CDI y acompaña el texto de la Convención, indica que: “*en la determinación de la “necesidad vital humana” se ha de prestar atención especial al suministro suficiente de agua para sostener la vida humana, incluidas el agua potable y el agua necesaria para la producción de alimentos a fin de prevenir la hambruna*”. En última instancia, al sopesar todos los factores pertinentes, se debe hacer todo lo posible para maximizar equitativamente los beneficios de los Estados del curso de agua, protegiendo al mismo tiempo la sostenibilidad a largo plazo del recurso.

²⁰ Último párrafo del preámbulo.

diferencia bien clara respecto de la Convención de 1997, en la cual este tipo de cooperación, si bien está recomendada, no es obligatoria.

En cambio, los objetivos del Convenio del Agua se logran mediante un “enfoque de doble nivel” que contempla dos categorías de obligaciones principales. En la parte I se incluyen las obligaciones generales y en la parte II obligaciones más específicas, que se tienen que implementar a través de la celebración de acuerdos entre las partes ribereñas que compartan las mismas aguas transfronterizas:

“Artículo 9 Cooperación bilateral y multilateral

1. Las Partes Ribereñas, ateniéndose a los principios de igualdad y reciprocidad, concertarán acuerdos bilaterales o multilaterales o arreglos de otra índole, cuando no los haya, o adaptarán los existentes, cuando ello sea necesario para eliminar las contradicciones con los principios fundamentales del presente Convenio, con la finalidad de definir sus relaciones mutuas y su conducta en lo que atañe a la prevención, el control y la reducción del impacto transfronterizo. Las Partes Ribereñas especificarán cuál es la cuenca hidrográfica, o su parte o partes, que serán objeto de cooperación. Esos acuerdos o arreglos se referirán a las cuestiones pertinentes contempladas en el presente Convenio, así como a cualquier otro asunto con respecto al cual las Partes Ribereñas consideren necesario cooperar.”

Además de esta obligación de concertar acuerdos específicos, el artículo 9 añade la obligación de establecer órganos conjuntos,²¹ y otros artículos añaden obligaciones de realizar consultas,²² poner en práctica programas conjuntos de vigilancia del estado de las aguas transfronterizas y de evaluación del estado de las aguas,²³ intercambiar información,²⁴ realizar actividades específicas de investigación y desarrollo,²⁵ prestarse ayuda mutua previa solicitud,²⁶ etc.

También añade algo a nuestro juicio esencial, cuando establece en el mismo artículo 9 la obligación de adaptar los acuerdos de cursos de agua “a los principios fundamentales del presente Convenio”. Naturalmente que no existe tal requerimiento en la Convención de 1997,²⁷ y nos parece de gran importancia por la inclusión en este Convenio del principio precautorio que es un principio del derecho ambiental que no existe en la Convención de 1997 y que a nuestro juicio es la gran diferencia y razón por la cual muchos Estados no habrán de adherirse a este Convenio del Agua.

Más allá de esto, queda claro que en el Convenio del Agua el principio de cooperación tiene un vasto ámbito de aplicación, que se extiende a todo el conjunto de políticas, programas y estrategias necesarias para la consecución de los objetivos del Convenio y que

²¹ Artículo 9, parágrafo 2.

²² Artículo 10.

²³ Artículo 11.

²⁴ Artículo 13. Cabe señalar que, mientras el Convenio del Agua permite limitar el intercambio de información entre las Partes Ribereñas en base a los derechos de propiedad intelectual, la Convención de 1997 no permite tal limitación.

²⁵ Artículo 12.

²⁶ Artículo 15.

²⁷ UNECE, Apertura Global del Convenio del Agua de 1992, Op.cit.

se sostiene, como veremos en el punto siguiente, en un mecanismo institucional de cooperación que constituye en sí mismo una plataforma intergubernamental para el desarrollo de la cooperación transfronteriza en las actividades cotidianas.

3. NORMAS INSTITUCIONALES

Un valor añadido del Convenio del Agua destacado por la doctrina y la propia UNECE,²⁸ está referido, por un lado, al marco institucional que se establece con el fin de ayudar a las Partes en el cumplimiento de sus disposiciones y en su ulterior desarrollo; y, por otro lado, en el carácter obligatorio de la cooperación institucional entre las Partes ribereñas. Ninguna de estas características está presente en la Convención de 1997.

A la obligación de concertar acuerdos señalada *supra*, se suma la de establecer órganos conjuntos para las aguas compartidas entre Estados ribereños. La Convención de 1997 se limita a recomendar a los Estados del curso de agua a cooperar a través de órganos conjuntos, y quizás por este motivo es más extensa en detallar las obligaciones procedimentales de consulta y notificación.

En cambio, el artículo 9.2 del Convenio establece:

“Los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo dispondrán el establecimiento de órganos conjuntos. Las funciones de estos órganos conjuntos serán, entre otras, y sin perjuicio de lo dispuesto en los acuerdos o arreglos pertinentes que ya existan, las que figuran a continuación:

a) Reunir, recopilar y evaluar datos con el fin de determinar cuáles son las fuentes de contaminación que con probabilidad puedan producir un impacto transfronterizo;

b) Elaborar programas de vigilancia conjunta relativos a la cantidad y calidad del agua;

c) Hacer inventarios e intercambiar información sobre las fuentes de contaminación mencionadas en el párrafo 2 a) del presente artículo;

d) Establecer límites de emisión para las aguas residuales y evaluar la eficacia de los programas de control;

e) Definir objetivos y criterios conjuntos de calidad del agua teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3, párrafo 3, del presente Convenio, y proponer las medidas que correspondan para mantener y, cuando sea necesario, mejorar la calidad del agua;

f) Elaborar programas de acción concertada para la reducción de las cargas de contaminación procedentes tanto de fuentes puntuales (por ejemplo, las fuentes urbanas e industriales) como de fuentes difusas (en particular las agrícolas);

g) Establecer procedimientos de aviso y alerta;

h) Servir de foro para el intercambio de información sobre los usos existentes y previstos del agua y las instalaciones conexas que con probabilidad podrían causar un impacto transfronterizo;

²⁸ UNECE, Guía para la Implementación..., Op.cit.

- i) Promover la cooperación y el intercambio de información sobre la mejor tecnología disponible con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del presente Convenio, y fomentar la cooperación en programas de investigación científica;*
- j) Participar en la realización de evaluaciones del impacto ambiental de las aguas transfronterizas, de conformidad con la normativa internacional pertinente. (. . .)”*

Adicionalmente, el Convenio del Agua de 1992 establece un mecanismo institucional basado en la Reunión de las Partes, que no tiene equivalente en la Convención de 1997. El artículo 17 regula la Reunión de las Partes de la siguiente manera:

“1. La primera reunión de las Partes se celebrará a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio. Posteriormente, se celebrarán reuniones ordinarias cada tres años o a intervalos más cortos, según se establezca en el reglamento.

Las Partes celebrarán una reunión extraordinaria si así lo deciden en una reunión ordinaria o si una Parte lo solicita por escrito, a condición de que dicha solicitud haya sido respaldada por al menos un tercio de las Partes en los seis meses siguientes a su comunicación a todas las Partes.

2. En las reuniones, las Partes someterán a evaluación continua la aplicación del presente Convenio, y con este objetivo en mente:

- a) Examinarán las políticas y los enfoques metodológicos empleados para la protección y la utilización de las aguas transfronterizas de las Partes con vistas a seguir mejorando la protección y la utilización de dichas aguas;*
- b) Intercambiarán información sobre la experiencia adquirida en la celebración y aplicación de acuerdos bilaterales y multilaterales o arreglos de otra índole relativos a la protección y la utilización de las aguas transfronterizas en los que sean parte una o varias de las Partes;*
- c) Solicitarán, cuando proceda, los servicios de los órganos correspondientes de la Comisión Económica para Europa, así como de otros comités específicos y organismos del ámbito internacional que sean competentes, para todas las cuestiones relacionadas con el logro de los objetivos del presente Convenio;*
- d) En su primera reunión, estudiarán y aprobarán por consenso el reglamento de las reuniones;*
- e) Estudiarán y aprobarán las propuestas de enmienda al presente Convenio;*
- f) Estudiarán y emprenderán cualquier otra medida que pueda ser necesaria para alcanzar los objetivos del presente Convenio.”*

Cada una de las partes en el Convenio tiene un voto, salvo el caso en que voten como organización regional de integración económica (en los asuntos de su competencia), en cuyo caso ésta tiene un número de votos igual al número de sus Estados miembros Partes en el Convenio.²⁹ La Secretaría del Convenio es llevada por el Secretario Ejecutivo de la UNECE Económica.³⁰

²⁹ Según el artículo 18, Esas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

³⁰ Artículo 19.

4. SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS.

El artículo 22 del Convenio del Agua establece el método de solución de controversias, en el caso que se suscitara entre algunos de los Estados Partes.

En primer lugar, de sobrevenir una disputa entre dos o más Estados Partes sobre la interpretación o aplicación del Convenio, éstas buscarán resolver el conflicto a través de la negociación o cualquier otro medio aceptable.³¹ Pero luego los párrafos 2 y 3 del mismo artículo 22 establecen la posibilidad—mediando su previo consentimiento escrito—de acceder a otros medios:

“2. En el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, o de la adhesión a él, o en cualquier momento posterior, las Partes podrán comunicar por escrito al Depositario que, en relación con una controversia que no se resuelva conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, aceptan la obligatoriedad de uno de los dos medios siguientes, o de ambos, para la solución de controversias con aquellas Partes que hayan aceptado la misma obligación:

- a) La presentación de la controversia a la Corte Internacional de Justicia;*
- b) El arbitraje con arreglo al procedimiento establecido en el anexo IV.*

3. Si las partes en la controversia han aceptado los dos medios para la solución de controversias previstos en el párrafo 2 del presente artículo, la controversia se someterá únicamente a la Corte Internacional de Justicia, salvo que las partes convengan en otra cosa.”

Esta solución es diferente a la de la Convención de 1997, ya que esta prevé el establecimiento de una Comisión de Determinación de los Hechos que hará recomendaciones a las Partes,³² sin impedirles por supuesto utilizar todos los demás medios para solucionar su conflicto que, esos sí, prevé el Convenio, pero sin predeterminarlos de la forma en que lo hace el Convenio.

CONCLUSIONES

a) Ambos textos son complementarios. Ratificación de principios consuetudinarios.

En principio, es un hecho que las diferencias que se han señalado entre ambos instrumentos no impiden que Estados partes de ambos instrumentos los implementen al mismo tiempo. Las diferencias deben ser por tanto conciliadas y así ha sido el enfoque adoptado en la UNECE, que entiende que ser Parte en ambos Convenios permite al país

³¹ Artículo 22(1).

³² Artículo 33(4) de la Convención de 1997.

³³ El Secretario General de las Naciones Unidas, así como muchos países y organizaciones, hicieron ya un llamamiento a favor del establecimiento de las sinergias en la implementación de los dos Convenios. La Reunión de las Partes del Convenio del Agua, en su Sexta sesión del 28 al 30 de noviembre de 2012, ha decidido promover las sinergias y coordinación con la Convención de cursos de agua de 1997 a través de un intercambio de experiencias acumuladas en el marco del Convenio del Agua a fin de apoyar la

beneficiarse de sus marcos legales sólidos, así como fomentar el desarrollo y la aplicación del derecho internacional de aguas, reforzando el rol de este derecho a nivel global.³³

Creemos que efectivamente la regulación del Convenio del Agua es en la mayoría de los aspectos conciliable la Convención de 1997, no existiendo contradicciones notorias entre ellos, motivo por el cual seguramente varios países han accedido a firmar ambos tratados.³⁴

En esta visión optimista, cabe citar al respecto lo expresado por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, en su publicación “Apertura Global del Convenio del Agua de 1992”:

“La Convención de Cursos de Agua de 1997 complementa el Convenio del Agua de 1992, detallando los factores relativos al uso equitativo y razonable (art. 6 de la Convención de Cursos de Agua de 1997), facilitando los trámites para las consultas sobre medidas planificadas (Parte III de la Convención de Cursos de Agua de 1997) y describiendo las consecuencias de la incidencia del impacto transfronterizo (art. 7(2) de la Convención de Cursos de Agua de 1997). Por otro lado, el Convenio del Agua de 1992 complementa la Convención de Cursos de Agua de 1997, prescribiendo el contenido de acuerdos específicos y de tareas de órganos conjuntos (art. 9 del Convenio del Agua de 1992), detallando la información, sujeto a la evaluación e intercambio conjuntos (arts. 11 y 13 del Convenio del Agua de 1992) así como ofreciendo directrices detalladas sobre los objetivos de calidad de agua y la mejor tecnología disponible (anexos al Convenio del Agua de 1992).”

Además de esta complementariedad, que los especialistas se esfuerzan en remarcar para evitar situaciones de conflicto o competencia entre ambos textos, la reiteración y la formulación dada en ambas convenciones de algunos principios como la utilización equitativa y razonable, la obligación de no causar daño y la cooperación, no hacen sino confirmar un aspecto importante, que es su carácter de normas consuetudinarias.

b) Ambos textos tienen sin embargo diferencias en puntos sustanciales.

Sin embargo, hemos señalado algunas diferencias que no son sólo desarrollos puntuales, sino diferencia reales, como es el tema de los acuíferos confinados, de la limitación de información por razones de propiedad intelectual en el Convenio, de la noción de cuenca, opuesta a la de curso de agua, así como las obligaciones institucionales previstas en el Convenio en el sentido de adoptar acuerdos, y, esencialmente, la obligación en el Convenio de adaptarlos de acuerdo a sus principios básicos, lo cual hace entrar en juego una aplicación del principio precautorio.

También las disposiciones de cada tratado (art 9(1) del Convenio y 3(1) de la Convención) prevén la compatibilidad de cada uno de ellos con los demás tratados específicos que se celebren sobre el tema, lo cual aplica en la relación entre ellos³⁵ y con otros tratados

implementación de la Convención de cursos de agua de 1997, promoviendo los intercambios y coordinación entre las Partes en los dos Convenios y ofreciendo un marco intergubernamental para debate sobre los dos Convenios.

³⁴ De hecho, muchos lo son: Alemania, Chad, Dinamarca, España, Finlandia, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia y Uzbekistán. Fuente: UNECE, Apertura Global del Convenio del Agua de 1992, Op.cit., Pág. 14, consultada el 25 de julio de 2017.

³⁵ A suponer que uno pueda ser considerado específico respecto del otro (ver punto siguiente).

bilaterales que se puedan suscribir o que existan, con las salvedades de lo dicho en el párrafo anterior sobre las obligaciones que prevé el Convenio del Agua en materia institucional y de adaptación de acuerdos existentes. Estas últimas son de naturaleza suficientemente significativa para que se puedan generar conflictos normativos con la aplicación simultánea de este Convenio y la Convención de 1997, y mucho más aún con otros acuerdos bilaterales existentes o que se celebren sobre un curso de agua.

c) Complejidad de la aplicación de las normas si entran en conflicto.

En cuanto a su aplicación simultánea, estamos ante dos tratados internacionales y en caso de que exista contradicción entre ambos instrumentos -para aquellos Estados que hayan suscrito ambos textos- se deberán aplicar al respecto las disposiciones previstas a tales efectos en los artículos 30 y 59 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados. Y, en esta medida, el principio de que la ley especial deroga a la ley general, o la posterior a la anterior, así como la libertad de las partes para determinar sus obligaciones en casos de superposición de normas diferentes en el mismo tema, si la hubiere.

Cada situación se deberá adaptar a las circunstancias propias del caso y en esa medida además, determinar el sistema de solución de controversias al que recurrir en función del conflicto, lo que puede ser una nueva fuente de conflicto. Será obviamente necesario determinar cuál de los dos textos es general o es especial respecto del otro, lo cual no parece sencillo. En materia de especialidad ambos aparecen como tratados generales, en cuyo caso habría que atenerse mayoritariamente a aplicar el último en el tiempo, pero no faltará quién encuentre rasgos de especialidad ambiental o de otro tipo en alguno de los textos para aplicarlo en su favor. En este sentido, el Convenio del Agua parece contener mayor cantidad de regulaciones más precisas en algunas cosas que lo convertirán en más específico para quienes han suscrito ambos acuerdos. Por lo pronto no es frecuente la existencia de dos convenios marco que regulen un mismo tema, con muchas semejanzas y algunas diferencias.

d) Naturaleza jurídica

Por último, pero no por ello menos importante, nos parece bien claro que el Convenio del Agua es un tratado que puede considerarse de Derecho Ambiental, con énfasis en los cursos de agua internacionales y sus cuencas, mientras la Convención de 1997 es un tratado solamente sobre los usos de los cursos de agua, con normas de protección ambiental incluidas básicamente para los mismos. De esta diferencia de naturaleza se producen distintos enfoques que se derivan en la mayoría de las diferencias puntuales a las que hemos aludido.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BEAUGÉ, María Fabiana, “La necesidad de cooperación e integración en la protección de los acuíferos transfronterizos”, en Cuadernos Política Exterior Argentina, Rosario octubre-diciembre 2010, N° 102.

BOISSON DE CHAZOURNES, L, “Fresh Water in International Law”. Oxford. University Press, 2013.

- KAZHDAN, Daniel, Precautionary Pulp: Pulp Mills and the Evolving Dispute between International Tribunals over the Reach of the Precautionary Principle, 38 Ecology L. Q, 527 (2001).
- VATNA, Loïc : “L’Affaire Usines des Pâtes à Papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay) : un nouveau différent environnemental devant la Cour Internationale de Justice” en Revue Québécoise de Droit International 22.2 (2009).
- Mc CAFFREY, S, “The UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses”, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- SCHWEBEL, S, “El tercer informe sobre el derecho relativo a los usos de los cursos de agua a fines distintos que la navegación” Relator Especial en ACIDI, 1982, II, 1ª parte.
- TANZI, Attila, - “The Relationship between the 1992 UNECE Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes and the 1997 UN Convention on the Law of the Non Navigational Uses of International Watercourses”. Report of the UNECE Task Force on Legal and Administrative Aspects.
- UNECE. “Apertura Global del Convenio del Agua de 1992”, Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas
- UNECE- “Guía para la Implementación del Convenio sobre el Agua”, disponible en <https://www.unece.org/es/environmental-policy/conventions/water/envwaterpublicationspub/envwaterpublicationspub74/2013/guide-to-implementing-the-water-convention/guia-para-la-implementacion-del-convenio-sobre-el-agua.html>
- VIÑUALES, J.E., La Protección Ambiental en el Derecho Consuetudinario Internacional, REDI, Vol. 69, (2017).
- Decisiones Judiciales consultadas
- Corte Internacional de Justicia (CIJ) Asunto relativo al proyecto Gabçikovo-Nagymaros. 1997. Sentencia. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>
- CIJ, Asunto relativo a las plantas de celulosa sobre el río Uruguay, 2010, Sentencia. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>.

LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LA MUJER EN LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL URUGUAYA

*Camila Umpiérrez Blengio**

RESUMEN. El presente trabajo analiza la consagración de los derechos políticos de la mujer en el Uruguay, durante los siglos XIX y XX, desde una perspectiva jurídico-político-constitucional. Desarrolla una breve recorrida mundial acerca del movimiento feminista y la conquista de los derechos políticos de la mujer, para luego analizar las Constituciones Uruguayas de los años 1830, 1918 y 1934. El análisis constitucional se detendrá en el año 1934 en tanto la disposición constitucional referente a la ciudadanía se mantiene inalterada y las próximas Constituciones no hacen más que recogerla. Desde el mismo texto de la Constitución se presenta la situación de la época, el rol de la mujer en la sociedad uruguaya y las distintas posturas que surgieron respecto a la cuestión del sufragio femenino.

PALABRAS CLAVES. Constitución. Ciudadanía. Derechos políticos. Mujer. Reivindicación.

ABSTRACT. Throughout this paper, the embodiment of political rights of women in Uruguay will be analyzed, over the 19th and the 20th Centuries, and from a legal-political-constitutional perspective. A brief universal journey in relation to the feminist movement will be drafted, in order to later analyze the Uruguayan Constitutions of 1830, 1918 and 1934. Such constitutional analysis will end in 1934 as the constitutional provision regarding citizenship remains unchanged and therefore subsequent Constitutions do no more than to reflect it. From the text of the Constitution, this paper analyze the existing situation at that time, the role of women within Uruguayan society as well as the different stances that arose revolving around the issue of women's suffrage.

KEY WORDS. Constitution. Citizenship. Political Rights. Women. Assertion.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Correo electrónico: camila.umpierrez@hotmail.com

1. LAS CONQUISTAS POLITICAS DE LA MUJER EN EL MUNDO

“El feminismo es una de esas tantas fuerzas que tienden a conquistar el nivel que por derecho le corresponde. No es la caprichosa y antojadiza de almas visionarias, sino que hunde sus raíces en la realidad dolorosa y oscura de la misma vida”.¹

El camino hacia la consagración y reconocimiento de los derechos políticos de la mujer estuvo rodeado de obstáculos e impedimentos. Sin embargo, gracias a la lucha de destacados hombres y mujeres y luego de muchos años de reivindicaciones, la mujer consiguió ese derecho tanpreciado y deseado: el derecho al voto. Esta conquista la llevaría a la esperanza y la búsqueda de la equiparación de todos sus derechos frente al hombre.

Como punto de partida, nos introduciremos en el siglo XIX. Tanto en Europa Occidental como en América del Norte, se dio inicio al movimiento feminista que luchó por la igualdad de derechos civiles y políticos de la mujer respecto del hombre.

El principal objetivo de la mujer fue la conquista del derecho al voto como primer paso para la consecución del resto de las conquistas en materia de derechos. En efecto, mediante el voto, la mujer obtenía la posibilidad de expresar sus opiniones y reivindicar sus derechos. En tanto la mujer no fuese considerada como ciudadana al igual que el hombre, su lucha no tendría fin.

Las palabras de Paulina Luisi, precursora de la lucha por los derechos políticos de las mujeres en el Uruguay, reflejan el significado de este movimiento:

“Quiere el feminismo demostrar que la mujer es algo más que materia creada para servir al hombre y obedecerle como el esclavo a su amo, que es algo más que máquina para fabricar hijos y cuidar la casa, que la mujer tiene sentimientos elevados y clara inteligencia, que si es su misión la perpetuación de la especie, debe cumplirla más que con sus entrañas y sus pechos: con la inteligencia y el corazón preparados para ser madre y educadora, que debe ser cooperadora y no la súbdita del hombre, su consejera y su asociada, no su esclava.”²

El primer país en consagrar el sufragio femenino fue Nueva Zelanda en el año 1893, gracias al movimiento liderado por la sufragista Katherine Sheppard (1847-1934). Con posterioridad, continúan la marcha por la aprobación del voto femenino países como Finlandia (1906), Noruega (1913), Dinamarca (1915), Reino Unido (1918), Alemania (1918), Estados Unidos (1920), España (1931), Francia (1944) e Italia (1945).

En Inglaterra la lucha por el sufragio femenino tuvo una gran importancia e influencia para el resto del mundo. Las primeras denuncias de la desigualdad aparecieron en el año 1792, en Londres, gracias a una mujer escritora y filósofa llamada Mary Wollstonecraft (1759- 1797). A través de su obra *“Vindicación de los Derechos de la Mujer”* (*A vindication of the rights of women*) destaca el rol de la mujer en la sociedad y la necesidad del acceso

¹ ALVAREZ VIGNOLI DE DEMICHELI, Sofía. *Derechos civiles y políticos de la mujer. Discurso pronunciado en la Tercera Comisión de la VII Conferencia Panamericana en 1933*, Montevideo, 1934, pág. 12.

² REVISTA ACCIÓN FEMENINA. Agosto 1917. Número 2. Año I. Montevideo. Página 48.

a la educación a modo de que puedan contribuir a la sociedad. Es la obra que señala históricamente el inicio de la lucha por el voto en este país.

Asimismo, durante los años siguientes diversos movimientos sufragistas se fueron fundando y creciendo con la adhesión no solo de mujeres sino de célebres hombres como John Stuart Mill³ y Henry Fawset, quienes realizaron la primera petición en 1866 a la Cámara de los Comunes de Londres, por el reconocimiento y aprobación del sufragio femenino. Sin perjuicio de ello, no es hasta el año 1918, donde se permite que las mujeres inglesas mayores de 30 años pudieran votar, bajándose la edad a 21 años, en 1920.

En España la situación fue diferente y el proceso fue más lento. Las pioneras de los movimientos feministas fueron Concepción Arenal y Emilia Pardo. Esta última debió en 1841 disfrazarse de hombre para asistir a la Facultad de Derecho. A pesar de la tarea inagotable realizada por diversas mujeres fue recién en el año 1931 que se consiguió la aprobación del voto femenino.

En Francia, existieron fuertes movimientos que anteceden a la obtención del voto femenino. Ya en el año 1791, la escritora francesa Olympe de Gouges (1748-1793) redactó y presentó ante la Asamblea Nacional francesa su “*Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*”, obra en la que postulaba la dignidad de las mujeres y por consiguiente, el reconocimiento de sus derechos y libertades fundamentales. Se dice que este documento constituye el paralelo femenino de la “*Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*” del año 1789. Sin embargo, transcurrió mucho tiempo para que estos postulados se hicieran realidad y en consecuencia, la mujer francesa votó por primera vez el 29 de abril de 1945 durante las elecciones municipales.

En América los primeros países en consagrar el derecho al voto, fueron Canadá en el año 1918 (salvo la provincia de Québec en el año 1952) y Estados Unidos en el año 1920. En este país ya se luchaba por la consecución de este derecho desde los primeros años de su vida independiente. Fue el Estado de Wyoming el primero en conceder el voto a las mujeres en 1869. Merece citarse, como luchadora destacada a Margaret Brent (1601-1671), inmigrante inglesa de la Colonia de Maryland, quien ya en 1647, abogó por un lugar en la legislatura.

Por último, cabe mencionar lo tardío de algunas aprobaciones del sufragio femenino como lo fueron la de Argentina en el año 1947, y que recién se puso en práctica en las elecciones del 11 de noviembre de 1951 cuando las mujeres votaron por primera vez.

2. LA PERCEPCIÓN DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD URUGUAYA: DISTINTAS OPINIONES ACERCA DEL VOTO FEMENINO.

A fines del siglo XIX la cuestión del sufragio femenino fue abundantemente discutido. El ejercicio de los derechos políticos por parte de las mujeres se veía y se sentía de diversas

³ “*Al manifestarme partidario del sufragio universal no tomo en consideración la diferencia de sexo. El sexo no debe influir en materia de derechos políticos, de la misma manera que no influye la estatura o el color de los cabellos. Todos los seres humanos tienen el mismo interés en ser bien gobernados, el bueno o el mal gobierno influye por igual en el bienestar de cada uno, cada uno, pues, necesita un sufragio para participar de sus beneficios. Si existe alguna diferencia esta está a favor de la mujer, porque siendo físicamente más débil necesita más la protección de las leyes*”. Cita en DELIO MACHADO, Luis. “Los derechos políticos de la mujer: el debate en torno al sufragio” en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 13 (enero-junio 1998).

formas. Había quienes lo creían una amenaza para la familia, ya que el hogar y la maternidad conformaban la vida de la mujer en aquellos tiempos. Sin embargo, hubo quienes fervientemente lucharon por la aprobación del voto de la mujer en el Uruguay.

Dentro de los que apoyaban la tesis contraria de la igualdad política de la mujer, encontramos a Francisco DEL CAMPO, quien en el año 1880 expresaba lo siguiente:

*“La mujer, ser débil por naturaleza, de sentimientos generosos, ángel enviado para endulzar la vida del hombre y estimularlo en el desarrollo de sus facultades, perdería esas preciosas dotes desde el momento que abriera su corazón a las impresiones políticas”.*⁴

Y afirmaba: *“Razones muy poderosas me asisten para negarle el derecho a sufragar; no quiero entrar a considerar su naturaleza física porque los argumentos que podría deducir son bien conocidos y la moralidad me exige callarlos, examinaré no obstante su naturaleza moral y demostraré su gran inconveniencia. Dije anteriormente que la independencia era una de las condiciones que debía exigirse al elector. Pues bien, la mujer se encuentra en tales circunstancias que siempre será influenciada por algún ser querido y su voto no será la manifestación de la voluntad. Es en vano sostener que la mujer pueda mantenerse firme en el terreno de la política, y si por desgracia sucediera así, el hogar que debe ser el santuario de las buenas costumbres, se convertiría en teatro de hechos que degradarían a la familia, mirando por su base a la sociedad”*⁵.

En la misma línea de pensamiento, Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA⁶ ilustraba en el año 1874, el rol de la mujer en la sociedad de su tiempo y la razón de la negación de sus derechos políticos, expresando que:

*“..Preguntó el Dr. Berra si creía que las mujeres tienen derecho al sufragio. El Dr. Aréchaga, con una sonrisa bastante expresiva y que demostraba toda la profundidad de sus convicciones, contestó negativamente y dijo: aun cuando reconocía en la mujer las mismas facultades y los mismos derechos del hombre, no le acordaba derechos políticos porque creía que la mujer tiene su misión especial en el hogar, y además porque los derechos políticos que no son otra cosa que la garantía de los derechos individuales sólo deben concederse a quienes no pueden dañar con su ejercicio la colectividad, que dado el actual estado de las sociedades es indudable que la mujer, cuya educación social no ya política ha sido completamente descuidada, no ofrece garantías para ejercitar con acierto e independencia el derecho de sufragio”*⁷ (...) *“reputaba de más alta importancia social la conservación de la familia que la concesión de derechos políticos de la mujer”*⁸

⁴ DEL CAMPO, Francisco. *Naturaleza y Extensión del sufragio*, Imp. Liberal, Montevideo, 1880, pág. 14, cita en DELIO MACHADO, Luis. “Los derechos políticos de la mujer: el debate en torno al sufragio” En *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 13 (enero-junio 1998).

⁵ DEL CAMPO, Francisco. *Naturaleza y Extensión del sufragio*, Imp. Liberal, Montevideo, 1880, pág. 15, cita en DELIO MACHADO, Luis. “Los derechos políticos de la mujer: el debate en torno al sufragio” En *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 13 (enero-junio 1998).

⁶ Justino Jiménez de Aréchaga Moratorio, 1850-1904, abogado, profesor de Derecho Constitucional.

⁷ Refiere al concurso de oposición para promover la cátedra de Derecho Constitucional en el año 1874, en el que se analizó el sufragio popular. Hicieron oposición los Dres. Aréchaga y Berra, componiendo el tribunal los doctores Eduardo Brito del Pino, José María Muñoz, Ambrosio Velazco, Martín Aguirre, Ildefonso García Lagos, y José Sienna Carranza. En “*Analectas*. Concurso para promover la cátedra de Derecho Constitucional en 1874”, REVISTA HISTÓRICA. Tomo LIV, Año LXXV, Nos. 160-162, Publicación del Museo Histórico Nacional. Pivel Devoto, Juan – Director. Año 1982.

⁸ REVISTA HISTÓRICA, Concurso para promover la cátedra de Derecho Constitucional en 1874. Tomo IV, Montevideo, 1982, p.485

En contraposición con estas opiniones, mencionaremos a los partidarios del derecho al sufragio femenino de la mujer al voto.

El Dr. Francisco Antonio Berra, le replicaba al Dr. Jiménez de Aréchaga que: *“la mujer tiene la misma naturaleza del hombre, los mismos derechos naturales y las mismas facultades, no podrá negársele el ejercicio del derecho de sufragio que es un derecho natural y que la mujer, como el que más tiene interés en ejecutar para asegurar la tranquilidad del hogar, el bienestar de la familia y la mayor suma de regalías y prerrogativas para sus hijos, su esposo y sus hermanos.”*⁹ (p. 484 y 485).

Asimismo, figuras políticas como Baltasar BRUM, defensor de los derechos políticos de la mujer, expresaba en 1923 que:

“Los enemigos del voto de la mujer sostienen que no debe permitírsele que vote porque no tiene inclinaciones políticas, porque no ha actuado nunca o lo ha hecho muy contadas veces en la vida pública, y porque carece de experiencia sobre negocios del Estado... Son esos, razonamientos falsos, y además, desleales. Los hombres no pueden inculparle la falta de experiencia política porque ellos mismos se han encargado de impedir que la adquiriera. ¿Cómo podría la mujer tener hábitos democráticos y conocimiento de la ciencia de gobierno, si nunca se la ha dejado sufragar y si se le han clausurado todas las vías de acceso a la dirección de los intereses comunes?”

Se teme que el reconocimiento del voto a la mujer destruya lo que se llama “feminidad”, es decir, lo que es en ella suave, delicado y sensible. Se atribuye al sufragio el efecto maligno de crear tipos duros y fríos de mujer. Pero no es así, la función del voto no demanda el sacrificio de la belleza, ni de la sensibilidad.

*Los enemigos del feminismo han tratado de combatirlo con el arma grosera e innoble del ridículo, publicando caricaturas en que se deforma la belleza o elegancia de las mujeres dedicadas a la propaganda feminista. Esa actitud es injusta, porque no se puede desconocer la enorme cantidad de mujeres hermosas, elegantes y cultas que luchan por el sufragio, convencidas de que con ello elevan la dignidad de su sexo.”*¹⁰

Y por último, cabe destacar la postura de Emilio FRUGONI quien afirmaba:

*“Yo llamo la atención de los que aquí expresan el temor de que la política destruya en el sexo femenino las tradicionales virtudes domésticas. Yo las reconozco también como muy apreciadas, siempre, claro está, que no quiera transformárselas en obstáculo a la elevación jurídica, política e intelectual de la mujer”*¹¹

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1830

Héctor Gros ESPIELL señala en su obra “Evolución constitucional del Uruguay” que *“la labor realizada por los primeros constituyentes con los elementos doctrinarios y de*

⁹ REVISTA HISTÓRICA. Tomo LIV, Año LXXV, Nos. 160-162, Publicación del Museo Histórico Nacional. Pivel Devoto, Juan – Director. Año 1982, pág. 484 y 485.

¹⁰ BRUM, Baltasar. *Los derechos de la mujer: reforma a la legislación civil y política del Uruguay*. Editor José María Serrano, Montevideo, 1923, pág. 51, 52 y 53.

¹¹ FRUGONI, EMILIO. *La mujer ante el Derecho. Los derechos políticos de la mujer*. Editorial Indo-americana, Montevideo, 1940, pág. 180.

*derecho comparado que poseían, fue extraordinaria. Con ellos elaboraron un texto constitucional que adoptaba las soluciones más ponderadas y estimables de todo el derecho constitucional de la época, redactando la Constitución en un lenguaje técnico preciso y acertado, dentro de una estructura armónica y sabia*¹².

En efecto, la Constitución de 1830 tuvo en el Uruguay magníficas repercusiones. Tanto es así, que nuestra Constitución actual conserva la estructura original y muchas de sus disposiciones inalteradas.

Sin embargo, no debemos olvidar, que en lo relativo al electorado y la ciudadanía el texto constitucional fue muy limitado e inflexible. En este sentido, la Constitución de 1830 estableció condiciones muy duras para la sociedad, las cuales llevaron a excluir de la ciudadanía a un porcentaje altísimo de la población uruguaya, entre ellas, la protagonista de este trabajo: la Mujer.

Adentrándonos en el estudio de la Constitución de 1830, debemos remitirnos a la Sección II titulada *“De la ciudadanía, sus derechos, modos de suspenderse y perderse”*, Capítulo I y II. La misma estaba dedicada a la ciudadanía, delimitando quienes eran ciudadanos, clasificándolos en naturales y legales, los modos de adquisición de la ciudadanía por extranjeros, las causales de suspensión y pérdida y los derechos inherentes a la ciudadanía.

Respecto a la ciudadanía natural, la Constitución establecía en su artículo 7:

“Ciudadanos naturales son todos los hombres libres, nacidos en cualquier punto del territorio del Estado”.

De acuerdo al artículo 11 de la Constitución, la ciudadanía se suspendía por las siguientes razones:

1. *Por ineptitud física o moral, que impida obrar libre y reflexivamente,*
2. *Por la condición de sirviente a sueldo, peón jornalero, simple soldado de línea, notoriamente vago o legalmente procesado en causa criminal, de que pueda resultar pena corporal o infamante,*
3. *Por el hábito de ebriedad,*
4. *Por no haber cumplido veinte años de edad, menos siendo casado desde los 18,*
5. *Por no saber leer ni escribir, los que entren al ejercicio de la ciudadanía el año 1840 en adelante,*
6. *Por el estado de deudor fallido, declarado tal por juez competente,*
7. *Por deudor al Fisco, declarado moroso*

Vemos entonces que, en el régimen constitucional de 1830, la ciudadanía estaba ligada a la condición inexorable de **“hombre libre”**.

Esta expresión fue fruto de largos debates entre famosas figuras masculinas de la época acerca del verdadero significado de esta expresión tan controvertida. En efecto, la cuestión

¹² GROS ESPIELL, HÉCTOR. *Evolución constitucional del Uruguay*. FCU, 3era. Edición, Montevideo, 2003, pág. 41.

radicaba en desvelar qué se entendía por la expresión “*hombres libres*” y si la misma incluía o no al sexo femenino¹³.

Así lo planteaba Justino Eugenio JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Catedrático de Derecho Constitucional¹⁴, en su obra “*El voto de la mujer: su inconstitucionalidad*”:

“¿Cabe la indistinción sexual en la expresión “*todo hombre libre*” que adopta la Constitución para determinar la primera y más esencial condición de la ciudadanía y el electorado?; ¿De dónde ha sido adoptada esa expresión y cuál es su significado?”¹⁵

Algunos autores de la época afirmaron que esta expresión de “*hombres libres*” no excluía a la mujer, ya que la palabra “*hombres*” refería a un concepto amplio del mismo, que abarca ambos sexos, tanto femenino como masculino. Fundaban su argumentación en que la Sección XI de la Constitución de 1830 se emplea el término genérico “*hombres*” –y no “*hombres libres*”- para afirmar derechos de la personalidad que no pueden reconocer distinciones de sexo¹⁶.

No obstante, otros autores sostenían lo contrario.

En efecto, Justino E. Jiménez de Aréchaga¹⁷ expresaba que en la Sección XI de la Constitución, los términos “*hombres*”, “*ciudadanos*”, “*habitantes*” e “*individuos*” (arts. 130, 132, 134, 135, 140, 142, 146 y 147) tienen la misma significación pero no por eso es la misma identificación cuando se trata de disposiciones que regulan derechos políticos. La ciudadanía no ha sido para nuestros constituyentes el hecho de la naturaleza sino la obra de la ley, por lo que el goce y el ejercicio de los derechos del elector no pertenecen más que a los que son expresamente designados por la ley. Y concluía: “*De lo expuesto resulta que la mujer no integra los cuadros de la ciudadanía y por consiguiente del electorado porque ella no ha sido expresamente incluida en aquellos por la Asamblea de 1828 y porque esa inclusión repugna al texto, al espíritu y a los antecedentes de la Constitución. La mujer no es, pues, en nuestro país, sujeto de Derecho Público ya que no basta a tal fin referir a ella las garantías constitucionales de la sección XI que no han necesitado ser expresadas para que la libertad civil contara con la garantía del poder jurisdiccional*”.¹⁸

¹³ Recordemos que el derecho constitucional rioplatense fue la fuente más importante de la Constitución de 1830, y en especial, la Constitución Argentina del año 1826 que fue un antecedente inmediato de la nuestra, y que establecía: “*artículo 4 - Son ciudadanos de la nación argentina, primero, todos los hombres libres (...)*”; “*artículo 6 - Se suspende la ciudadanía por no haber cumplido los 20 años siendo soltero, por no saber leer ni escribir*”. Al respecto señalaba JIMÉNEZ DE ARECHAGA que: “*adoleciendo de la misma deficiencia formal que nuestra Constitución, solo considera hombres libres a los que tengan más de veinte años salvo siendo casados y sepan leer y escribir, condiciones necesarias para el electorado*”. JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino E. *El voto de la mujer: su inconstitucionalidad*. Peña Hermanos – Impresores. Montevideo, 1915, pág. 32.

¹⁴ Justino Eugenio Jiménez de Aréchaga Vargas, 1883 – 1928.

¹⁵ JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino E. *El voto de la mujer: su inconstitucionalidad*. Peña Hermanos – Impresores. Montevideo, 1915, pág.30

¹⁶ Ob. Cit. nota 15, pág. 59

¹⁷ En su obra “*El voto de la mujer: su inconstitucionalidad*”, se encuentra una investigación pormenorizada sobre la expresión “*hombres libres*” en ciertos países, tales como Argentina, donde Aréchaga señala que “*la mujer no fue, pues, “hombre libre” en el espíritu de los constituyentes argentinos, en la historia política de las provincias.*” (pág. 35), en España donde señala que “*hombre libre fue igualmente concepto jurídico excluyente de los individuos del sexo femenino en las instituciones civiles y políticas de España, de aplicación general en la Metrópoli y en sus colonias y vigentes aun las primeras después de la revolución americana bajo el imperio de las legislaciones independientes*” (pág. 45).

¹⁸ Ob. Cit. nota 15, pág. 62.

En definitiva y sin perjuicio de estas discusiones doctrinarias, la expresión “*hombre libre*” adoptada en nuestra Constitución de 1830 fue tomada como concepto jurídico excluyente de los individuos del sexo femenino. En consecuencia, en la Constitución de 1830 la mujer no era ciudadano.

4. CONQUISTAS POLÍTICAS DE LA MUJER EN EL URUGUAY DURANTE 88 AÑOS (1830 – 1918)

4.1. Las primeras conquistas femeninas

Diversos autores han manifestado que los constituyentes de 1830 erraron al dictar las disposiciones sobre la ciudadanía, en tanto la Constitución había sido excesivamente parca en el reconocimiento de la calidad de ciudadanos¹⁹.

Desde los primeros años de su vigencia, la Constitución de 1830 fue infringida y desvirtuada por prácticas que se desenvolvían a su margen.

En efecto, muchas de las restricciones impuestas por el texto constitucional no funcionaron en la práctica, porque por medio de normas legislativas, de más que dudosa constitucionalidad, se soslayó la rigidez de algunas de estas disposiciones²⁰. Se manifestaron, a su vez, aspiraciones reformistas de toda índole. A pesar de todo esto, ella misma resistió a todos los intentos de reforma ordenada hasta el proceso constituyente que comenzó en la segunda década del novecientos.

En cuanto a la ciudadanía, la mayor preocupación fue la de ampliar el cuadro de ciudadanos. Esto se obtuvo mediante la aprobación de algunas leyes que facilitaron el ingreso de los extranjeros a la lista de los ciudadanos²¹ así como las que eliminaron algunas de las causales de suspensión de la ciudadanía previstas por el texto constitucional.

Entre las conquistas femeninas durante los 88 años de vigencia de la Constitución de 1830 mencionaremos las siguientes:

Se estableció por ley el derecho a la licencia por maternidad (1911), se aprobó la ley del divorcio por la sola voluntad de la mujer (1912), a nivel laboral se dispuso que las mujeres y los niños quedaban excluidos de realizar tareas peligrosas (1914), se dictó la ley que estableció la obligatoriedad de que en los lugares de trabajo se debía disponer de sillas para que las mujeres pudieran realizar las tareas sentadas, conocida como la “*Ley de la Silla*” (1918).

4.2. Proyectos de ley sobre el sufragio femenino y el debate sobre su constitucionalidad.

Desde el año 1914 hasta la fecha de aprobación de la ley de voto femenino en el año 1932, se presentaron una gran cantidad de proyectos de ley sobre sufragio femenino e igualdad de derechos civiles y políticos.

¹⁹ JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Justino. La Constitución Nacional. Tomo I, pág. 77.

²⁰ JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Justino. La Constitución Nacional. Tomo I, pág. 77.

²¹ Leyes de 1853 y de 1874 citadas en JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Justino. La Constitución Nacional. Tomo I, pág. 80.

El primero de estos proyectos fue elaborado por el Dr. Héctor Miranda, representante colorado del departamento de Treinta y Tres en el año 1914, que fuera el referente principal de los que le precedieron. Entre los proyectos posteriores se destaca el de Emilio Frugoni y Celestino Mibelli del año 1920, el proyecto de César Miranda del mismo año, el proyecto de Baltasar Brum del año 1921 y el proyecto del Herrerismo del año 1931.

El primer proyecto de ley presentado en el año 1914 creó una atmósfera de controversia y disputa nunca antes vista. Contra el mismo, se formuló por parte de Justino E. Jiménez de Aréchaga la objeción de que era inconstitucional²². Este jurista sostuvo que cualquier ley que le conceda el derecho al sufragio a la mujer sería inconstitucional por el simple hecho de que la propia Constitución ha determinado que solo los hombres libres son ciudadanos naturales. En consecuencia, una ley –de menor jerarquía que la Constitución- no puede establecer algo que la Constitución no habilita, siendo contraria a esta última y por lo tanto, inconstitucional.

Al respecto, se transcriben algunos párrafos de la obra de J. DE ARÉCHAGA:

“La limitación del sufragio, ha escrito el Doctor Héctor Miranda, no nace ni de la letra ni del espíritu de la Constitución sino de la arbitrariedad de los glosadores, no la Constitución sino la costumbre política ha decretado la anormalidad de que todos los hombres que no tengan ciertas incapacidades extremas posean la plenitud de los derechos políticos y no disponga de ellos la mujer, sean cuales fueren sus condiciones intelectuales o morales. El sufragio-derecho político o el sufragio-función pública debe corresponder a todos los seres humanos o a todos los capaces. Nuestros constituyentes conocieron o no las reivindicaciones feministas de la Francia revolucionaria, pero ello queda indiferente en cuanto a la constitucionalidad de tales reivindicaciones desde que, no existiendo a su respecto una declaración prohibitiva que limite en tal sentido la acción de la ley ordinaria, ésta es obligada por el imperativo de la libertad”²³.

“No incluida la mujer en la sociedad política del Poder Constituyente, excluida por el espíritu de la Carta: ¿puede el Poder Legislativo, en uso de su función privativa de legislar, sustituirse al Poder Constituyente, integrar la sociedad política que representa, desviarse de las normas constitucionales para cambiar, por extensión, el asiento mismo de la soberanía?”²⁴

“Las Constituciones –concluíamos- son inmutables e inviolables para los gobiernos y para los pueblos mientras estos no proclamen que su luz se ha extinguido, que la esencia que las anima no es su propia esencia, que el orden que regulan e imponen como expresión de la conciencia popular no es compatible con las nuevas aspiraciones de la soberanía.

Y nada podrá modificar este criterio mientras se mantenga la adhesión a los principios del gobierno representativo, y en tanto haya una Constitución, superior a la ley ordinaria, que determine los legítimos dominios de la ley”²⁵.

²² Se puede estudiar su posición en el capítulo III titulado “La Constitución y la Ley”, de su obra *“El voto de la mujer: su inconstitucionalidad”*, Peña Hermanos – Impresores. Montevideo, 1915.

²³ Ob. Cit. nota 15, pág. 3

²⁴ Ob. Cit. nota 15, pág. 63

²⁵ Ob. Cit. nota 15, págs. 68 y 69.

Y concluye: “Así pues, en tanto los sostenedores del proyecto del doctor Héctor Miranda no nos demuestran que el proyecto de ley de sufragio de la mujer está incluido en uno de los incisos del artículo 17 de la Constitución, que determina taxativamente las facultades propias del Poder Legislativo, lo que creemos superior a todo esfuerzo dialéctico, podremos decir de esa iniciativa que ella no es la de un legislador de la República sino de la de un miembro de la Convención, depositario de la soberanía nacional.”²⁶.

Debido a las numerosas críticas que recibió el proyecto de ley y la muerte prematura de su autor, algunos meses después de presentado en el Parlamento, se detuvo el estudio del proyecto de ley.

Sin perjuicio de que esto, la iniciativa del diputado Miranda fue determinante para comenzar a tratar este tema en el Parlamento, en el sentido de hacer desaparecer cualquier traba de carácter constitucional que obstara al reconocimiento de los derechos políticos de la mujer, dejando al Poder Legislativo la facultad de acordarlo cuando lo estimare oportuno.

4.3. Asociaciones de mujeres. La figura destacada: Dra. Paulina Luisi

En el Uruguay la fundación de las más antiguas sociedades feministas se produce en el año 1916, éstas son: “La Alianza uruguaya de Mujeres” que presidía la Dra. Paulina Luisi y el “Consejo Nacional de Mujeres del Uruguay”. Ambas asociaciones constituyeron el engranaje fundamental para la final consagración del derecho al voto femenino. Realizaron incesantes actividades y consiguieron congregarse a cientos de mujeres uruguayas, que todas unidas, hicieron escuchar sus voces.

Paulina Luisi fue en el Uruguay una de las figuras femeninas más destacadas en la lucha por los derechos políticos de la mujer. Fue Presidenta fundadora de la Alianza Uruguaya y del Consejo Nacional de Mujeres, miembro de la Directiva de la Unión Mundial para los derechos ciudadanos de la mujer, delegada del Gobierno del Uruguay a la Comisión de Protección a la Infancia y la Juventud en la Liga de Naciones, Presidenta de su Comisión mundial para la moralidad pública.

Una pequeña biografía sobre esta mujer y a su vez, una mirada acerca del sentimiento de otras mujeres respecto de ella, lo encontramos en el libro “Matilde, la mujer de Batlle” de Mercedes VIGIL, en el cual expresa:

“El número que leía ahora Matilde traía un sabroso reportaje a Paulina Luisi, a quien Matilde apreciaba mucho y que desde hacía bastante tiempo había despertado su admiración. (...)”

Matilde recordaba que hacía más de treinta y cinco, un italiano afincado en Paysandú desde la década de 1870 había fundado, apoyado por su logia, el primer hospital de sangre del país, para socorrer a los heridos de la revolución del Quebracho.

Aquel italiano, se había casado con una maestra que siempre había luchado por los derechos de la mujer. Ambos se establecerían, años después, en Montevideo, y sus seis hijas mujeres serían piezas destacadas en ese difícil tránsito de la mujer uruguaya hacia la modernidad.

²⁶ Ob. Cit. nota 15, pág. 74.

Paulina, la mayor, maestra de profesión, había sido en 1908, con treinta y tres años, la primera mujer en obtener el título de doctor en Medicina y Cirugía del país.

Este hecho había tenido fundamental importancia, sobre todo considerando que apenas un par de años antes, se le negaba el derecho a rendir exámenes de bachillerato a Luisa Domínguez.

Para justificar tal medida, el conocido jurista doctor Antonio Vigil, en representación del Consejo Universitario, fundamentaba: “Hacer cocido y hacer calceta; la olla y la aguja: he allí el horizonte obligado de nuestras mujeres, cualquiera sea su posición social, sus tendencias y aptitudes”.

Paulina Luisi, de carácter firme y decidido, se dedicó a la obstetricia y recibió rápidamente la confianza de muchas mujeres que rehusaban dejarse examinar por médicos hombres.

De activa militancia social, Paulina Luisi fue fundadora, junto con Emilio Frugoni, del Partido Socialista. Durante las primeras décadas del siglo XX, apoyó la fundación de diversos organismos en defensa del derecho femenino y las fundaciones gremiales, como la Unión de Telefonistas y las Costureras de Sastrería”²⁷.

Por su fundamental importancia para la búsqueda y final conquista del derecho al sufragio femenino, se designó con el nombre de “Doctora Paulina Luisi”, el Hospital de la Mujer, del Centro Hospitalario Pereira Rossell (Ley N° 17.900).

5. LA CONSTITUCIÓN DE 1918

5.1. El artículo 10 de la Constitución de 1918 y la Ley N° 8.927 de 1932

El 3 de enero de 1918 es promulgada una nueva Constitución, la cual entra en vigencia el 1 de marzo de 1919 (disposición transitoria, letra A).

La Constitución de 1918 democratizó y amplió las disposiciones anteriores respecto a la ciudadanía. Merece destacarse la modificación que suprimió las normas incluidas en la Constitución de 1830 por las cuales se suspendía la ciudadanía a los peones jornaleros, vagos, ebrios habituales, analfabetos, sirvientes a sueldo, fallidos y deudores morosos del fisco. Estas reformas tuvieron gran importancia ya que acentuaron el carácter democrático del régimen, eliminando todo vestigio de sistema censitario²⁸.

En cuanto a la reforma relativa al voto de la mujer, esta Constitución, aunque no otorgó directamente la ciudadanía a la mujer, estableció que por ley se le podría reconocer el derecho al voto activo y pasivo. En efecto, el Constituyente dispuso en su artículo 10:

“El reconocimiento del derecho de la mujer al voto activo y pasivo, en materia nacional o municipal, o en ambas a la vez, solo podrá ser hecho por mayoría de dos tercios sobre el total de los miembros de cada una de las Cámaras”.

²⁷ VIGIL, Mercedes. “La vanguardia feminista” en *Matilde, la mujer de Batlle*. Editorial Planeta, Montevideo. 1era. edición, 2003, págs. 258 - 260.

²⁸ GROS ESPIELL, Héctor. *Evolución Constitucional de Uruguay*. FCU, Montevideo. 3era. edición, 2003, pág. 69.

Al respecto, se transcribe un pasaje de un artículo de la Revista Acción Femenina que refleja el sentir de las mujeres en este momento: *“La ratificación popular de la nueva Constitución, cuyas bases principales han sido planteadas en el acuerdo celebrado por los partidos políticos de nuestro país, ha modificado de una manera favorable la situación política de la mujer respecto a las posibilidades de su emancipación política. La nueva Carta Constitucional de la República, al dejar una posibilidad a la emancipación, ha puesto tales dificultades que se necesitarán muchos esfuerzos y mucha constancia para conseguirla.”*²⁹

Finalmente, el 16 de diciembre de 1932, por Ley N° 8.927 se consagraron los derechos políticos de la mujer.

En su artículo primero expresa: *“Reconócese el derecho de la mujer el derecho al voto activo y pasivo, tanto en materia nacional como municipal”* y en su artículo 2: *“Declárase aplicable a la mujer todas las disposiciones legales de carácter electoral en vigor”*.

5.2. El primer voto femenino en Uruguay y América Latina en el año 1927.

Sin perjuicio de que el primer voto femenino oficial en elecciones nacionales en Uruguay se realizó en el año 1938, el 3 de julio de 1927 se realizó un plebiscito en Cerro Chato, en virtud del cual las mujeres votaron por primera vez en nuestro país y en América Latina. En este plebiscito se votó para decidir la situación geopolítica de la Villa, ubicada en el cruce de tres departamentos; Treinta y Tres, Florida y Durazno en el km 260 de la Ruta 7. A través del mismo se debía decidir si Cerro Chato pasaría a pertenecer a un solo departamento o seguiría en la misma situación en la cual se encontraba³⁰.

La Corte Electoral dictó un decreto con fecha mayo 31 de 1927, donde se autorizaba la realización del plebiscito, señalando en su artículo 10: *“Las personas sin distinción de nacionalidad y sexo que deseen intervenir en el plebiscito deberán inscribirse previamente en el Registro que abrirá la Comisión Especial Parlamentaria”*.

La votación se cumplió el domingo 3 de julio de 1927, mediante voto secreto observando todas las formalidades que al respecto establecía la Ley de Elecciones, incluyendo el voto femenino.

Esta votación significó el ejercicio del derecho al voto femenino por primera vez en América del Sur.

Como forma de homenaje de este acontecimiento, por Ley N° 18.148 del 2 de julio de 2007 se declaró: *“feriado no laborable para la villa Cerro Chato, ubicada en la 6ª Sección Judicial del departamento de Treinta y Tres, 4ª Sección Judicial del departamento de Florida y 8ª Sección Judicial del departamento de Durazno, el día 3 de julio de 2007, con motivo de conmemorarse los ochenta años de la realización del plebiscito donde votó por primera vez la mujer en el Uruguay”* (artículo 1).

²⁹ REVISTA ACCIÓN FEMENINA. Diciembre de 1917. Número 6, año I. Montevideo, pág. 184.

³⁰ AMARILLO, Solana; DELOS, Gisele y FERNANDEZ, Jessika. “Sufragio femenino” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*. Vol. 2, N° 2, 2009.

6. LA CONSTITUCIÓN DE 1934

6.1. La Constitución de 1934 y su artículo 65

La Constitución de 1934 abandonó toda diferencia entre el hombre y la mujer en lo que se refiere a los derechos políticos. Si bien la ley N° 8.927 de 16 de diciembre de 1932 había reconocido la ciudadanía a la mujer, de acuerdo con la autorización establecida por el artículo 10 de la Constitución de 1918, la Carta de 1934, superó esta etapa modificando los textos anteriores en el sentido de equiparar la situación del hombre y de la mujer frente a la ciudadanía y sus derechos. Desde entonces, nuestro derecho constitucional no ha variado al respecto.³¹

Esta reforma constitucional consagró el concepto amplio de la ciudadanía:

“Artículo 65.- Ciudadanos naturales son todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República. Son también ciudadanos naturales los hijos de padre o madre orientales, cualquiera haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de avecindarse en el país e inscribirse en el Registro Cívico”.

6.2. La votación del 27 de marzo de 1938.

Después de muchos años de movilizaciones a lo largo y ancho del país, las mujeres pudieron votar por primera vez en los comicios del domingo 27 de marzo de 1938.

Fue un día histórico en el que la mujer uruguaya pudo por primera vez en todo el país, hacer escuchar su voz y pronunciarse en las urnas, ejerciendo ese preciado y anhelado derecho a sufragar por el cual habían luchado durante tantos años.

Fue un domingo de alegría y de festejo en el cual la mujer pudo manifestarse en la vida cívica y política al igual que el hombre, en un pie de igualdad nunca antes vivido por nuestra sociedad uruguaya. Un 27 de marzo de 1938 que ninguna mujer de la época olvidaría y que pasaría a marcar la historia uruguaya.

A efectos de proporcionar una visión exacta de lo que sucedió ese domingo de votación, se destacan algunos de los textos publicados en diarios de la época.

Por ejemplo, el artículo titulado “*La mujer en el sufragio*” que fuera publicado en el Diario La Mañana:

“Por primera vez, la mujer uruguaya intervino ayer en los pronunciamientos de la soberanía nacional, concurriendo a los atrios electorales en el uso de los derechos civiles que la ley le ha concedido.

Y por cierto, que esa iniciación en las contiendas comiciales la presenta poseída de una clara unción de sus deberes cívicos y de una cultura democrática que mucho dice.

Con la misma decisión, entusiasmo y fuerte voluntad con se la vio intervenir dentro de los diversos sectores de opinión en las asambleas partidarias durante largos meses, acudió ayer, desde la primera hora a las mesas receptoras de votos a sufragar, a integrar las propias mesas, a controlar como delegadas de los partidos políticos y por fin, actuar en todas las manifestaciones cívicas.

³¹ GROS ESPIELL, Héctor. *Evolución Constitucional de Uruguay*. FCU, Montevideo. 3era. Edición, 2003, pág. 82

*Si alguna comprobación era necesaria de ventajas que recibiría el ambiente nacional del voto de la mujer quedó ayer bien en evidencia, con verdadero enaltecimiento de sus aptitudes y virtudes para la acción cívica*³².

En cuanto a la cantidad de mujeres que votaron, el Diario La Mañana expresó:

“Cosa difícil de precisar la cantidad de mujeres que han votado. Hay inscriptas, en Montevideo, 66.079. A juzgar por la actividad desarrollada desde los primeros instantes, puede asegurarse que por lo menos lo han hecho el 80 % de las mismas, o más.

El pasaje por las mesas receptoras nos ponía de continuo frente a la realidad. Igual cantidad de mujeres que de hombres esperando su turno.

*La mujer ha dado un alto ejemplo de civismo*³³.

Asimismo, en el Diario El debate se publicó el siguiente extracto:

“El debut cívico de la mujer, justo es reconocerlo, superó las previsiones más optimistas.

Puede asegurarse que las mujeres votaron en gran cantidad.

*El debut ha sido, pues, feliz*³⁴.

6.3. Las razones por las que la mujer no ejerció el derecho al voto previo al año 1938

Surge de este análisis la siguiente interrogante: ¿Por qué la mujer no pudo votar antes del año 1938, en el procedimiento de reforma de la Constitución de 1934, habiéndose reconocido su derecho al sufragio por ley en el año 1932?

Pues bien, cabe recordar que la tercera Constitución uruguaya nació del golpe de Estado de fecha 31 de marzo de 1933, no habiéndose cumplido con el procedimiento de reforma de la Constitución que preveía la Constitución de 1918³⁵. Por el contrario, se autorizó la ratificación popular. En efecto, por Decreto- Ley N° 9.038, dictado por la Asamblea deliberante el 16 de mayo de 1933, se convocó a elecciones de la Convención Constituyente, estableciéndose que *“la Constitución que sancione la Convención Nacional Constituyente será sometida a un plebiscito de ratificación (art. 20), que se consideraría aprobatorio si resultaran por sí la mayoría de los votos emitidos en el plebiscito”* (art. 21).

Fue así que la Convención Nacional Constituyente aprobó el Proyecto de Reforma el 24 de marzo de 1934, el plebiscito de ratificación se realizó el 19 de abril de 1934, resultando aprobatorio y fue promulgada por la Convención Nacional Constituyente el 18 de mayo de

³² Diario La Mañana. “La mujer en el sufragio”. Fecha: 28 de marzo de 1938.

³³ Diario La Mañana. “Es imposible precisar cuántas mujeres han votado”. Fecha: 28 de marzo de 1938

³⁴ Diario El Debate. Fecha: 28 de marzo de 1938.

³⁵ El procedimiento de reforma de la Constitución de 1918 establecido en los artículos 177 y 178, exigía dos legislaturas: la primera tenía la iniciativa y debía aprobar las enmiendas por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara, la segunda debía ratificar dichas enmiendas. Se eliminaba de este modo el sistema de Convención Constituyente y de ratificación popular que había adoptado la ley de 1912 con la cual se había podido modificar la Constitución de 1830.

1934. Para ese entonces, aun no se habían destinado los recursos necesarios para que las mujeres accedieran al Registro Cívico Nacional³⁶, lo cual recién sucedió en el año 1935³⁷. Por esta razón de carácter administrativo, las mujeres no pudieron ejercer el derecho al voto en el año 1934, pese a existir la ratificación popular.

6.4. El ingreso de la mujer al Parlamento por primera vez

La consagración de la ciudadanía de la mujer uruguaya, no solo permitió el ejercicio del derecho al voto, sino que también la facultad de postularse para cargos públicos y la participación en la vida política del país, de la cual habían sido dejadas al margen durante toda la vida independiente del Uruguay.

Las mujeres ingresaron al Parlamento por primera vez en la historia uruguaya en el año 1942. Fueron las diputadas Julia Arévalo de Roche (partido socialista) y Magdalena Antonelli Moreno (partido colorado), y las senadoras Sofía Álvarez Vignoli de Demichelli (en representación del Riverismo), e Isabel Pinto de Vidal (partido colorado). Estas dos mujeres se convirtieron en las primeras senadoras, no solo del Uruguay, sino de toda Sudamérica.

El decreto N° 30.815 del 1 de julio de 2004 de la Junta Departamental de Montevideo designa en su artículo 5°, “con el nombre de PLAZUELA DRA. ISABEL PINTO DE VIDAL, al espacio libre ubicado en Mariano Soler, Pedro Margat y Luisa Domínguez”³⁸.

7. LOS AÑOS POSTERIORES A LA CONSTITUCION DE 1934 HASTA LA ACTUALIDAD

Como hemos mencionado, la disposición constitucional no ha variado desde la Constitución de 1934 a la actualidad. Es así que en nuestra actual Constitución del año 1967 en su artículo 74 establece (en igual redacción que el artículo 65 de la Constitución de 1934) que son: “*Ciudadanos naturales, todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República (...)*”.

³⁶ La Ley de Derechos Políticos de la Mujer N° 8.927 del 16 de diciembre de 1932, no solo reconoció el derecho de la mujer al voto tanto en materia nacional como municipal, sino que también sustituyó varios artículos de la Ley de Registro Cívico para poder reorganizar los planes para la inscripción, los lugares de actuación y duración de funcionamiento de las Oficinas inscriptoras delegadas, y sustituyó también otros artículos de la Ley de elecciones. Uno de los artículos sustituidos de la Ley de Registro Cívico, fue el artículo 33, que adoptó la siguiente redacción: “*Las Juntas Electorales formaran, dentro de los sesenta días siguientes a la sanción de esta ley y por dos tercios de votos de sus componentes, un plan de inscripción para el próximo período, sobre la base de las zonas y distritos actuales (...) Esta calificación se publicará en los diarios de cada Departamento, de distinta filiación política, en los que también se establecerán los límites de cada circuito. Contra esta clasificación podrá reclamarse antes del 30 de setiembre de 1934 y en lo sucesivo, en cualquier época, antes del 30 de Setiembre del año en que haya elecciones (...)*”.

³⁷ SAETTONE MONTERO, MARIELLA. “Derechos de la mujer – participación política” en *Noveno Coloquio de Derecho Público, Homenaje al Dr. Héctor Gros Espiell*. Editor José Aníbal Cagnoni, Montevideo, 2003.

³⁸ Disponible en: <http://www.montevideo.gub.uy/asl/sistemas/Gestar/resoluci.nsf/0bfcab2a0d22bf960325678d00746391/7625e01e24b36b5c03256f0800592a53?OpenDocument> Fecha de consulta: 10 de octubre de 2018.

Cabe destacar que luego del reconocimiento de los derechos políticos, la mujer amplió su lucha hacia la consagración de los derechos civiles. Fue así que el 18 de setiembre de 1946 se aprobó la Ley N° 10.783 de Derechos Civiles de la Mujer.

Esta ley, como lo establece su artículo primero, consagra la igualdad de derechos civiles entre el hombre y la mujer. Recordemos que la mujer, hasta ese momento, era considerada incapaz, no podía ejercer la patria potestad de sus hijos menores de edad, a menos que enviudara, debía obediencia a su marido, no podía contratar ni comparecer en juicio sin licencia de su marido, entre otras restricciones. En virtud de esta ley, se derogaron diversas disposiciones del Código Civil Uruguayo y verdaderamente se equipararon los derechos entre la mujer y el hombre.

En los años posteriores a 1946, el camino que se ha transitado en relación a los derechos políticos ha sido el de la efectiva participación política de las mujeres en nuestro país.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Uruguay ha aprobado leyes que incorporan al derecho interno instrumentos internacionales que abordan la temática de los derechos de la mujer. Corresponde mencionar, a nivel universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por Ley N° 13.751 en 1969 y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que entró en vigencia en el año 1981 y fue aprobada por Decreto Ley N° 15.164. A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en el año 1985 por Ley N° 15.737 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, adoptada por la Asamblea General de la OEA en el año 1994 y aprobada por Ley N° 16.735.

En derecho interno destacamos las siguientes leyes que buscaron facilitar el acceso de la mujer al ámbito político y la real igualdad en todas las áreas de manifestación cívico-político.

En el año 2009 se aprobó la Ley N° 18.476, comúnmente denominada “ley de cuotas”, la que fue modificada posteriormente por la Ley N° 19.555 en el año 2017. En el artículo 1 (en la redacción dada por esta última ley) se establece:

“Declárase de interés general la participación equitativa de personas de ambos sexos en la integración del Poder Legislativo, de las Intendencias, de las Juntas Departamentales, de los Municipios, de las Juntas Electorales y en los órganos de dirección de los partidos políticos”.

Y en su artículo 2 (en la redacción dada por la Ley N° 19.555) se dispuso:

“A los efectos establecidos en el artículo anterior y para las elecciones que se convoquen conforme a lo establecido en las Disposiciones Transitorias literales W) y Z) de la Constitución de la República, y en toda elección de primer grado que se celebre para la integración de las autoridades nacionales, departamentales y municipales de los partidos políticos, se deben incluir, en las listas o nóminas correspondientes, personas de ambos sexos, en cada terna de candidatos, titulares y suplentes en el total de la lista o nómina presentada. La presente disposición también regirá para las elecciones de segundo grado a efectos de integrar los respectivos órganos de dirección partidaria.

A su vez, y para las elecciones nacionales, departamentales y municipales, cada lista de candidatos a la Cámara de Senadores, a la Cámara de Representantes, a las Juntas

Departamentales, a los Municipios y a las Juntas Electorales deberá incluir en su integración personas de ambos sexos en cada terna de candidatos, titulares y suplentes en el total de la lista presentada. El mismo criterio se aplicará a cada lista de candidatos, el titular y sus suplentes a las Intendencias.

En el caso de los departamentos para los cuales la adjudicación de bancas previa a la elección, efectuada por la Corte Electoral, determine que el número de Representantes Nacionales a elegir por el respectivo departamento sea de dos, los candidatos titulares tendrán que ser de diferente sexo, manteniéndose para los candidatos suplentes de los mismos el régimen general de ternas de la presente ley.

A los solos efectos de esta ley y de la conformación de las listas integradas por ambos sexos, el régimen de suplentes mixto de suplentes preferenciales y respectivos (literal d) del artículo 12 de la Ley N° 7.812, de 16 de enero de 1925, en la redacción dada por el artículo 6° de la Ley N° 17.113, de 9 de junio de 1999), se considerará como de suplentes respectivos”.

Por otra parte, cabe destacar que Uruguay aprobó una ley integral sobre violencia hacia las mujeres basada en el género (Ley N° 19.958 - diciembre 2017). Esta ley incorpora entre sus principios rectores la “igualdad y no discriminación”, estableciendo que:

“Queda prohibida toda forma de distinción, exclusión o restricción basada en el nacimiento, nacionalidad, origen étnico-racial, sexo, edad, orientación sexual o identidad de género, estado civil, religión, condición económica, social, cultural, situación de discapacidad, lugar de residencia u otros factores que tengan por objeto o resultado, el menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las mujeres” (artículo 5, literal C).

Asimismo, la precitada ley introduce una nueva manifestación de violencia basada en el género al tipificar la “violencia política”, en los siguientes términos:

“Todo acto de presión, persecución, hostigamiento o cualquier tipo de agresión a una mujer o a su familia, en su condición de candidata, electa o en ejercicio de la representación política, para impedir o restringir el libre ejercicio de su cargo o inducirla a tomar decisiones en contra de su voluntad” (artículo 6, literal L).

Sin perjuicio de esta legislación, a la fecha, el número de mujeres parlamentarias en nuestro país continúa siendo reducido. Según el Informe Diagnóstico 2017 elaborado por ONU Mujeres, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) e IDEA Internacional, durante el período anterior a la dictadura (de 1985 hasta adelante), la tasa de legisladoras tuvo altibajos, pero siempre fue baja. En las elecciones de 1984, que marcaron la transición hacia la democracia, no se eligió a ninguna mujer como titular. A partir de las elecciones siguientes, se verificó un aumento sostenido de la presencia de legisladoras. En la elección del año 1989 solo fueron elegidas mujeres en la Cámara Baja y ninguna en el Senado; las mujeres recién entraron a la Cámara Alta en 1994. Luego de las elecciones de 2014 (primera vez en que se utilizó la “ley de cuotas”), las elegidas como titulares alcanzaron el 19.4 % en ambas cámaras, el porcentaje más alto en la historia de Uruguay³⁹. De todas formas, y si bien el número de legisladoras se incrementó en las elecciones del año 2014, “la tasa de mujeres legisladoras sigue siendo una de las más bajas

³⁹ Ob. Cit. nota 39, pág. 26.

en la región y está muy lejos de los grados de paridad alcanzados por Bolivia o Ecuador, o de los superiores al 30 % que han logrado –hace ya varios años– países con desarrollos similares al uruguayo como Argentina y Costa Rica”⁴⁰.

En definitiva, y sin perjuicio del reconocimiento y consagración de la igualdad formal entre hombres y mujeres desde el punto de vista jurídico, son notorias las dificultades de la mujer en el acceso a los cargos de poder y en la esfera política en general. Aún resta camino por transitar para la efectiva vigencia de los derechos políticos reconocidos a la Mujer.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALVAREZ VIGNOLI DE DEMICHELI, SOFIA. *Derechos civiles y políticos de la mujer. Discurso pronunciado en la Tercera Comisión de la VII Conferencia Panamericana en 1933*, Montevideo, 1934.
- AMARILLO, Solana; DELOS, Gisele y FERNANDEZ, Jessika. “Sufragio femenino” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*. Vol. 2, N° 2, 2009.
- BRUM, BALTASAR. *Los derechos de la mujer: reforma a la legislación civil y política del Uruguay*. Editor José María Serrano, Montevideo, 1923
- DELIO MACHADO, Luis. “Los derechos políticos de la mujer: el debate en torno al sufragio” en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 13 (enero-junio 1998).
- FRUGONI, EMILIO. *La mujer ante el Derecho. Los derechos políticos de la mujer*. Editorial Indo-americana, Montevideo, 1940.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino E. *El Voto de la Mujer: su inconstitucionalidad*. Peña hermanos Impresores, Montevideo, 1915.
- JIMENEZ DE ARÉCHAGA, JUSTINO. *La Constitución Nacional*. Tomo I.
- GROS ESPIELL, HÉCTOR. *Evolución constitucional del Uruguay*. FCU, Montevideo, 3era. Edición, 2003
- LUISI, Paulina (Dir.) *La mujer uruguaya reclama sus derechos políticos*. Alianza Uruguaya y Consejo de Mujeres, Montevideo, 1929.
- REVISTA ACCIÓN FEMENINA. Agosto 1917. Número 2. Año I. Montevideo.
- REVISTA HISTÓRICA. Tomo LIV, Año LXXV, Nos. 160-162, Publicación del Museo Histórico Nacional. Pível Devoto, Juan – Director. Año 1982
- SAETSTONE MONTERO, MARIELLA. “Derechos de la mujer – participación política” en *Noveno Coloquio de Derecho Público, Homenaje al Dr. Héctor Gros Espiell*. Editor José Aníbal Cagnoni, Montevideo, 2003.
- URUGUAY: *una democracia consolidada aún muy lejos de la paridad. Diagnóstico sobre las condiciones para ejercer el derecho a la participación política de las mujeres*. Informe Diagnóstico 2017. ONU Mujeres, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) e IDEA Internacional.
- VIGIL, MERCEDES. “La vanguardia feminista” en *Matilde, la mujer de Batlle*. Editorial Planeta, Montevideo, 1era. Edición, 2003.

Fecha de recepción: 10 octubre 2018.

Fecha de aceptación: 1 noviembre 2018.

⁴⁰ Uruguay: *una democracia consolidada aún muy lejos de la paridad. Diagnóstico sobre las condiciones para ejercer el derecho a la participación política de las mujeres*. Informe Diagnóstico 2017, presentado el 4 de setiembre de 2018 por ONU Mujeres, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) e IDEA Internacional. ONU Mujeres, PNUD e IDEA Internacional, pág. 19. Disponible en: http://www.uy.undp.org/content/uruguay/es/home/library/poverty/Publicacion_Atenea-Uruguay.html Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2018.

NUEVO MARCO JURÍDICO DE LA SALUD MENTAL EN URUGUAY

Ley N° 19.529 de 19 de septiembre de 2017

*Natalia Veloso Giribaldi**

RESUMEN. Análisis del nuevo régimen establecido por la Ley N° 19.529 en cuanto a los derechos de los pacientes con trastornos mentales, el reconocimiento de cierta capacidad de obrar para los incapaces estén o no interdictos, el ajuste a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 10 de diciembre de 1948 y a las Convenciones Internacionales sobre discapacitados aprobadas por Uruguay, el problema de la disposición de derechos personalísimos en caso de incapaces, la posibilidad de otorgar consentimiento informado por este tipo de pacientes, el régimen de la hospitalización voluntaria, involuntaria y judicial y los aspectos orgánicos de la nueva ley.

PALABRAS CLAVES. Salud mental. Incapaz. Interdicción, Derechos personalísimos. Consentimiento informado. Hospitalización involuntaria.

ABSTRACT. Analysis of the new regime established by Law No. 19.529 regarding rights of patients with mental disorders, recognition of certain capacity to act, whether or not they are declared legally incapable, adjustments to the Universal Declaration of Human Rights of the UN dated December 10, 1948 and to the International Conventions on disabled persons approved by Uruguay, the problem of the disposal of personal rights in case of incapability, the possibility of granting informed consent

* Doctora en Derecho por la Universidad de Montevideo (2005), Máster en Derecho Administrativo Económico (2011), Profesor Adscripto de Derecho Administrativo I y II en la Universidad de Montevideo (2006-2018), Profesora de Derecho Público en el Posgrado de Gestión Financiera en Instituciones Públicas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de la República (2018). Correo electrónico: natalia.veloso@delpiazzo.com

for this type of patients, voluntary, involuntary and judicial hospitalization regimes as well as of organic aspects of the new law.

KEYWORDS. Mental health. Legally incapable. Personal rights. Informed consent. Involuntary hospitalization.

1. PLANTEO DEL TEMA

La regulación de la Salud Mental tiene la particularidad de establecer un régimen de derechos y obligaciones para un colectivo de la población que padece de trastornos que afectan su capacidad de discernimiento y su capacidad de auto conducirse en la vida civil.

En este contexto, estamos frente a sujetos de derecho que, en mayor o menor medida, requieren de asistencia para su obrar jurídico y por lo tanto, necesitan también de un régimen especial que les de amparo.

Sin perjuicio de ello, la inmensa diversidad y grados de trastornos mentales que puede padecer una persona, hacen que el mundo vaya lentamente superando el viejo paradigma por el cual la incapacidad equivale a supresión total de la capacidad de obrar, para poner en el centro al sujeto de derecho y contemplar, en la medida que su condición mental se lo permita, cierta capacidad de obrar como puede ser la de trabajar, otorgar consentimiento informado, contraer matrimonio, consentir la donación de órganos, etc.

Nuestro país, no es ajeno a este proceso y es en función de ello, que, en el año 2017, ha aprobado una nueva Ley de Salud Mental que viene a sustituir a su antecesora (la Ley N° 9.581 de 24 de agosto de 1936 denominada “Ley de Psicópatas”, que reguló la Salud Mental por más de 80 años en Uruguay¹) y viene asimismo a ponerse a tono con el enfoque de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) aprobada por la Organización de Estados Americanos (OEA) el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por Uruguay por la Ley N° 15.737 de 8 de marzo de 1985; con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en Nueva York el 3 de abril de 2007 y ratificada en nuestro país por la Ley N° 18.418 de 20 de noviembre de 2008 y con la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad aprobada por la OEA en Guatemala el 7 de junio de 1999 y ratificada por Uruguay por Ley N° 17.330 de 9 de mayo de 2001.

En este contexto, deviene fundamental analizar cuáles han sido los cambios más significativos en materia de regulación de salud mental, así como también analizar, cuáles son los principales problemas que ha planteado el nuevo articulado.

2. DISPOSICIONES GENERALES

El art. 1° de la Ley establece que el objeto de la presente norma es “garantizar el derecho a la protección de la salud mental de los habitantes residentes en el país”, con lo cual queda claro que se reconoce dicho derecho a todos los habitantes que residan en el país, con

¹ Saúl D. CESTAU – “Personas”, F.C.U., Montevideo, 1997, Volumen II, pág. 123 y sgtes.

independencia de si los mismos son o no usuarios del Sistema Nacional Integrado de Salud (en adelante, SNIS).

Por otra parte, se reconoce que garantizar dicho derecho supone acciones no solo de tratamiento y de rehabilitación, sino también acciones tendientes a la promoción y sobre todo, prevención de trastornos mentales.

Asimismo, se establece que las disposiciones de esta ley son de orden público por lo que no pueden ser dejadas de lado por acuerdo de partes. Esto es, que con independencia de cuáles sean las condiciones asistenciales que ofrezcan centros públicos o privados, las disposiciones de esta ley rigen para todos los centros de asistencia del país y para todos los pacientes (usuarios o no del SNIS) que padezcan de un trastorno de la salud mental.

En cuanto a las definiciones, el art. 2° define el concepto de Salud Mental como “un estado de bienestar en el cual la persona es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad”.

En consecuencia, la determinación de la sanidad mental de un individuo va a depender de varios factores que serán tenidos en cuenta en forma dinámica y a lo largo del tiempo, conforme a las circunstancias históricas y personales de dicho paciente y al cabo de las cuales deberá apreciarse si dicho sujeto puede manejar habitualmente el día a día, trabajar y hacer de alguna forma una contribución social.

Para completar dicho concepto, la ley también define el trastorno mental como la “existencia de un conjunto de síntomas y conductas clínicamente reconocibles, asociado en la mayoría de los casos con el malestar y con la interferencia con el funcionamiento personal. La desviación social o el conflicto, tomados aisladamente y sin estar ligados a disfunciones personales, no deberán incluirse en la noción de trastorno”.

En efecto, tal como puede apreciarse, las situaciones puntuales que no están ligadas a una disfunción personal, no pueden ser caracterizadas como trastornos mentales ya que la ley exige cierta condición de continuidad, permanencia en el tiempo y atribución a causas funcionales para ingresar dentro del concepto jurídico de trastorno mental.

3. DERECHOS DE LOS PACIENTES CON TRASTORNOS DE SALUD MENTAL

Los pacientes con trastornos de salud mental quedan alcanzados, como cualquier otra persona, por las disposiciones propias de la Ley N° 18.335 de 15 de agosto de 2008 (Derechos del Paciente)².

Sin perjuicio de ello, el art. 6 de la Ley N° 19.529 realiza una enumeración de los derechos de los pacientes usuarios de servicios de salud mental, que recoge las particularidades propias de este tipo de patologías y que pueden ser sistematizados de la siguiente manera.

² Ver: Bárbara DEI-CAS – “Derechos y Deberes de los Pacientes y Usuarios” en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Régimen de Asistencia a la Salud”, F.C.U., Montevideo, 2018, Segunda Edición Ampliada y Actualizada, pág. 175 y ss.).

En primer lugar, se establecen **derechos derivados de la calidad de seres humanos** tales como el respeto por la dignidad (lit. a); el respeto por su singularidad derivada de la diversidad de sus valores, orientación sexual, cultural, ideológica y religiosa (lit. b), el derecho a recibir una atención humanizada (lit. d), a estar acompañado por sus familiares y/o allegados durante el tratamiento (i); el derecho a no ser explotado o estigmatizado (lit. n) y el derecho a que se respete su intimidad y privacidad (lit. p)

En segundo lugar, se establece que el paciente tiene **derecho a ser reconocido siempre como sujeto de derecho** (lit. c), disponiéndose la alternativa terapéutica que indicada para su situación que menos restrinja sus derechos y libertades (lit. e), promovándose el mayor grado de autonomía posible para su reinserción familiar, laboral y comunitaria (lit. j).

En efecto, el lit. e) del mencionado artículo establece que dicha calidad de sujeto de derecho debe ser respetada durante su internación, pudiendo el paciente “ejercer sus derechos como cualquier otra persona usuaria de los servicios de salud del prestador correspondiente”.

Respecto de este artículo, se ha planteado la interrogante acerca de cómo compatibilizar esta disposición con las limitaciones de la capacidad de obrar que nuestro ordenamiento impone a los incapaces.

En efecto, podría suceder que durante el período de su internación, debido al trastorno padecido, el paciente se viera impedido de ejercer ciertos derechos como el de no recibir sedación, el de abandonar la institución, disponer de sus bienes, recibir visitas, etc.

En estos casos, parece claro que existen limitaciones al ejercicio de sus derechos que a primera vista parecerían ser contradictorias con lo dispuesto por el art. 6 lit. e de la Ley, que expresamente prevé que el paciente pueda: “ejercer sus derechos como cualquier otra persona usuaria de los servicios de salud del prestador correspondiente”.

Para resolver dicho punto, debe tenerse presente que el principio general es que los derechos de cualquier sujeto sólo pueden ser limitados por una ley dictada por razones de interés general (art. 7 de la Constitución). Asimismo, el principio debe ser siempre la libertad, estando permitido todo aquello que no esté prohibido por la ley (art. 10 de la Constitución).

El espíritu de la norma es consagrar la libertad como principio. Esto es, que el paciente internado contra su voluntad, no pierda por ese hecho todos sus derechos, sino que, por el contrario, los conserve. La limitación de los derechos debe ser considerada de forma restrictiva, ya que el principio general es la libertad.

En este contexto normativo, podríamos distinguir al menos tres grandes categorías de restricciones en la internación involuntaria:

- a) las reconocidas por la propia ley: en estos casos no hay problema ya que las mismas tienen base legal (ej.: restricciones a las visitas);
- b) las que derivan necesariamente de las razones por las cuales se dispuso la internación involuntaria: esto es, las tendientes a evitar que el paciente atente contra sí mismo o contra terceros o las necesarias para poder llevar adelante el tratamiento para el cual fue internado (ej.: sedación). En estos casos, se entiende que la base legal para este tipo de restricciones a la libertad está implícita en la

disposición legal que habilita este tipo de internación. Por lo que no habría problemas respecto de las mismas; y

- c) las restantes: es para estos casos que la disposición a estudio resulta importante, pues para estos casos no existiría base legal para realizarlas, debiéndose el profesional y la institución actuante, abstenerse.

Esta interpretación, parece ser la única compatible con la ya mencionada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas y ratificada por Uruguay mediante la Ley N° 18.418 y con la Ley N° 18.651 de 19 de febrero de 2010 sobre Protección Integral de Personas con Discapacidad³.

Dichas leyes, al igual que la Ley de Salud Mental, determinan una verdadera inversión de la lógica de los Códigos decimonónicos conforme con los cuales, un trastorno mental o discapacidad equivalía necesariamente a una incapacidad absoluta que suprimía por completo la capacidad de obrar, sin contemplar matiz alguno en las diferentes situaciones que los pacientes podrían plantear.

En este sentido, se ha señalado con acierto que: “el régimen impuesto en el siglo XIX en la época de la codificación era poco apropiado para disciplinar todas estas situaciones, por tratarse de un sistema de tutela rígido -no graduable-, que si bien podía ser razonable para los que padecieran una discapacidad profunda, era injustificable para los que solo tenían alguna debilidad o cierto retraso mental, hipótesis en que la mejor solución pasa por detectar una tutela graduada, adecuada para su grado de capacidad”^{4 5}.

En el mismo sentido se ha sostenido que: “El paradigma de interdependencia establece que la capacidad y el apoyo pueden ser co-términos. Una persona con discapacidad no tiene que ser declarada incapaz para recibir apoyo. Consecuentemente la CDPD reconoce que una persona con discapacidad puede no necesitar apoyo para ejercitar su capacidad, sin embargo, la obtención de apoyo no es razón suficiente para concluir que no existe capacidad. Este paradigma de interdependencia que permite que la autonomía y el apoyo coexistan es un gran avance que la Convención ha logrado al establecer un régimen de derechos para las personas con discapacidad”.⁶

Tratando de dar solución a este tema, el Código General del Proceso previó un “estadio intermedio entre la capacidad y la incapacidad absoluta del mayor de edad” habilitando al Juez a adoptar medidas ajustadas a la situación del incapaz como el “nombramiento de un

³ Ver: “Carlos E. DELPIAZZO – “Alcance del rol tutelar del Estado a menores, discapacitados y adultos mayores” en Anuario Uruguayo Crítico de Familia y Sucesiones (Montevideo, 2016), N° 4, pág. 135 y sgtes.; y “Derecho Administrativo Especial”, A.M.F., Montevideo, 2017, volumen 2, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 173 y sgtes.

⁴ Walter HOWARD – “Derecho de la Persona”, Universidad de Montevideo, 2018, Volumen II, pág. 553.

⁵ Al respecto se ha señalado también que: “Es que la interdicción, como instituto creado con el fin de proteger al incapaz: “no se adapta a las necesidades concretas y variables de cada sujeto y que comporta consecuencias socio jurídicas particularmente duras para el interdicto: no puede contratar, no puede contraer matrimonio, su voluntad es básicamente irrelevante, jurídicamente no cuenta. Impide en una palabra toda expresión de la personalidad realizada a través de actos jurídicos (Jorge GAMARRA y Juan E. BLENGIO – “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, F.C.U., 2001, Tomo X, 5° Edición, pág. 168 y ss.).

⁶ Amita DHANDA- “Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad” en SUR, Revista internacional de Derechos Humanos, Año 5, Número 8, Junio de 2008, Edición en español, pág. 48.

curador interino, la asistencia, la administración provisoria de bienes y cualquier medida de administración que juzgue conveniente”⁷. En consecuencia, actualmente en nuestro ordenamiento el Juez cuenta con instrumentos jurídicos que le permiten adaptar las restricciones a la capacidad de obrar al nivel de incapacidad que posee cada individuo.

En tercer lugar, se encuentran los **derechos relativos al deber de información**⁸ tales como recibir información completa y comprensible sobre su situación, sus derechos, las alternativas y tratamientos terapéuticos (lit. f) y el acceder a su historia clínica (lit. k).

En efecto, la Ley de Salud Mental sigue la línea de la Ley N° 18.335 (Derechos del Paciente) que reconoce expresamente el derecho del paciente a estar debidamente informado.

En la misma línea, el art. 13 de la Ley N° Ley N° 19.286 de 19 de octubre de 2014 (Código de ética Médica) establece que todo paciente tiene derecho a:

- a) recibir información completa, veraz y oportuna sobre las conductas diagnósticas o terapéuticas que se le propongan, incluyendo las alternativas disponibles en el medio;
- b) que se le comuniquen los beneficios y los riesgos que ofrecen tales procedimientos, en un lenguaje comprensible, suficiente y adecuado para ese determinado paciente;
- c) que se respete la libre decisión del paciente, incluido el rechazo de cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico propuesto, en el marco de las normativas vigentes. En ese caso le informará sobre los riesgos o inconvenientes de su decisión. El médico podrá solicitar al paciente o a sus responsables, luego de la total y completa información del procedimiento propuesto, firmar un documento escrito en el que conste ese rechazo y en caso que no se lograra, dejar constancia en la historia clínica; y
- d) a ser informado de los cambios eventuales en el plan diagnóstico o terapéutico, y en caso de su traslado a otro servicio o centro asistencial, informarle de los motivos del mismo.

Asimismo, se entiende que existe “un deber general de mantener al paciente siempre informado, deber que ya se encuentra consagrado en el art. 36° del Decreto N° 258/992 de 16 de junio de 1992 al prescribir que aquel “tiene derecho a recibir información completa sobre el diagnóstico de su enfermedad, el tratamiento y el pronóstico”.

En el caso particular de los pacientes con un trastorno mental, puede suceder que el suministro de determinada información sobre su condición de salud, sea contraproducente para su tratamiento o directamente, por la condición de su patología, sea peligroso transmitírsela al paciente (ej.: paciente paranoide).

En estos casos, entendemos que estamos frente a una excepción al deber de información de las consagradas por el art. 13 lit. c) de la Ley N° Ley N° 19.286, al tenor del cual “en los casos excepcionales en que esa información pudiese ocasionar efectos nocivos en la salud física o psíquica del paciente, podrá limitarla o retrasarla”.

⁷ Jorge GAMARRA y Juan E. BLENGIO, Ob. Cit. pág. 171.

⁸ Ver: Natalia VELOSO GIRIBALDI – “Responsabilidad profesional médica: Aspectos jurídicos” en “Bioética en el Paciente Grave”, Montevideo, 2015, Editorial Cuadrado, pág. 275.

De la misma forma, también se plantea el tema del acceso a la historia clínica por parte del paciente con un trastorno mental, ya que si bien el médico tiene el deber de consignar su actuación en forma completa⁹, el acceso a todo lo que el psiquiatra consigna sobre la situación de salud del enfermo, puede tener connotaciones negativas para su tratamiento¹⁰.

En estos casos, resultaría aplicable la misma excepción que en el caso pasado, en tanto si de dicha historia surgieran afirmaciones que pudiesen ser contraproducentes para el tratamiento o para el vínculo médico-paciente, el acceso a la historia clínica podría ser restringido o postergado para una etapa posterior¹¹.

En cuarto lugar, se establecen *derechos relativos a las condiciones de su internación* estableciéndose que en todo momento sean supervisadas por la Comisión Nacional de Contralor de la Atención en Salud Mental (lit. m).

En quinto lugar, se les reconocen *derechos relativos a su actividad* tales como el de no ser sometidos a trabajos forzosos y a recibir una remuneración justa en caso de que realice objetos, obras o servicios que luego sean comercializados (lit. s); a acceder a actividades culturales y recreativas (lit. o) y a contar con asistencia letrada cuando se compruebe que la misma es necesaria para la protección de su persona o de sus bienes (lit. t).

En definitiva, puede concluirse que el paciente con un trastorno en su salud mental cuenta con todos los derechos reconocidos por nuestro ordenamiento para los pacientes y usuarios de la salud en general, con las particularidades y derechos específicos que para este tipo de casos reconoce la Ley de Salud Mental.

4. PROBLEMAS QUE GENERA LA DISPOSICIÓN SOBRE DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN EL PACIENTE INCAPAZ NATURAL E INTERDICTO

4.1. Enfoque general

La posibilidad de emitir válidamente una voluntad se vincula con los conceptos jurídicos de capacidad de goce y de capacidad de obrar. Todas las personas son sujetos de derecho y como tales, tienen capacidad de goce dado que son susceptibles de ser titulares de derechos y obligaciones.

⁹ La historia clínica, es definida como “un documento médico - legal complejo, que refleja los cambios acaecidos en las formas de la prestación asistencial y en la relación médico – paciente y, a través de su rol de medio de comunicación, constituye una condición sine qua non para la asistencia médica, un criterio de la lex artis y un aspecto crítico de la responsabilidad médica” (Hugo RODRÍGUEZ ALMADA y Mario DE PENA – “Historia Clínica: enfoque médico – legal desde la normativa vigente en Uruguay”, en “Derecho Médico”, Editorial B de F, Buenos Aires, 2001, pág. 511.) .

¹⁰ En este sentido, no puede perderse de vista que, conforme al art. 16 de la Ley N° 19.286, se establece que: “La historia clínica es un documento fundamental en el acto médico, de ahí que: 1. El paciente tiene derecho a obtener del médico un informe completo y veraz sobre la enfermedad que ha padecido y la asistencia que se le ha brindado. 2. El médico tiene el deber y el derecho de registrar el acto médico en una historia clínica, que pertenece al paciente pero que quedará bajo su custodia o bajo la de la institución a la que el médico pertenece. 3. Sólo en las circunstancias establecidas por la Ley tendrán acceso terceras personas a la información registrada en la historia clínica sin la autorización del médico y el paciente”.

¹¹ Jorge GAMARRA – “Responsabilidad Civil Médica”, F.C.U., 1999, Tomo 1, pág. 178 a 183.

No obstante, no todos los sujetos de derecho tienen capacidad de obrar porque, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico les suprime la capacidad de ejercer por sí dichos derechos y de contraer obligaciones¹².

En cuanto a la diferencia entre la capacidad de goce y la de ejercicio se ha señalado que: “La primera es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y como tal la ostentan todos los seres humanos; mientras que la segunda, carente de la generalidad de aquella, por no estar atribuida a todos los individuos, es la aptitud para ser destinatario de efectos jurídicos con el accionar del propio interesado. Consecuentemente, la posibilidad de intervenir por sí o personalmente en los negocios jurídicos lo distingue de la capacidad de la otra”¹³.

La capacidad de ejercicio o de obrar, se suprime por diversas razones. Una de ellas es la imposibilidad del sujeto de autogobernarse, lo que determina su incapacidad.

Nuestro Código Civil establece que serán considerados incapaces aquellos individuos 1º) que padezcan un trastorno mental permanente y 2º) que esa afección le impida al sujeto dirigirse a sí mismo o administrar sus negocios (art. art. 431 y 432 del Código Civil)¹⁴.

A su vez, corresponde distinguir a los incapaces naturales de los interdictos. Mientras que sobre los primeros no ha recaído una sentencia judicial que declare su incapacidad de obrar, en el caso de los interdictos sí existe dicho pronunciamiento.

Por su parte, si bien conforme al Código Civil en ambos casos la actuación de un incapaz (natural o interdicto) apareja nulidad absoluta, “en el caso de los primeros, la nulidad de su actuación va a depender de que se logre probar su inaptitud mental al otorgar el negocio cuya nulidad se impetra, mientras que, en el de los segundos, su interdicción les confiere una incapacidad abstracta, que no depende de su condición psicológica efectiva”¹⁵.

En efecto, la declaración de interdicción hace que ya no sea relevante si el sujeto estaba o no en sus facultades a la hora de celebrar un negocio. Por el contrario, una vez declarada la interdicción, se presume en forma absoluta que el interdicto era incapaz, aunque se demuestre que estaba plenamente lúcido al momento de brindar su consentimiento.

En estos casos, la ley dispone la necesidad de designar un representante legal que sea capaz de sustituir esa voluntad que, a la luz del ordenamiento jurídico, se reputa absolutamente nula.

Dicha solución jurídica de nuestro Código Civil, no presenta dudas cuando se trata de actos jurídicos de disposición de derechos patrimoniales de los incapaces, ya que a nadie le resulta extraño que los actos sobre los bienes de su patrimonio sean realizados mediante un representante legal¹⁶.

¹² Jorge GAMARRA y Juan E. BLENGIO – “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, cit., pág. 39 y ss.

¹³ Walter HOWARD – “Derecho de la Persona”, Universidad de Montevideo, 2018, Volumen II, pág. 20.

¹⁴ En efecto, la permanencia del trastorno en el tiempo y la incapacidad para dirigirse a sí mismo también son elementos que el art. 2 de la Ley N° 19.529 tiene en cuenta para definir el concepto de trastorno mental.

¹⁵ Walter HOWARD, Ob. cit. Pág. 39.

¹⁶ Ver: Geovana Andrea VALLEJO JIMÉNEZ, Mónica Isabel HERNÁNDEZ RÍOS y Adriana Elvira POSSO RAMÍREZ – “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos” en Revista CES Derecho, Colombia, 2017, N° 8, pág. 3 a 21.

No obstante, la cuestión deviene más compleja cuando se trata de la disposición de derechos personalísimos del incapaz (como puede ser su derecho a la imagen, su derecho a interrumpir un embarazo, su derecho a desconocer la paternidad de un hijo, a donar un órgano para un familiar, etc.) ya que se trata de derechos que -como su nombre lo indican- son inherentes a cada persona y su ejercicio por parte de los representantes legales, únicamente está previsto en determinados casos por la ley.

4.2 Enfoque particular

Los derechos personalísimos son aquellos que son inherentes a la personalidad humana y que se encuentran ligados a la propia dignidad y personalidad del ser humano.

Dadas sus características, se ha entendido tradicionalmente que el ejercicio de dichos derechos personalísimos únicamente puede ser realizado por sus titulares, con lo cual se plantea la dificultad de qué sucede con ellos cuando su titular adolece algún tipo de incapacidad o incluso, cuando se encuentra interdicto.

A modo de ejemplo, podría suceder que un incapaz quisiese donar órganos a un familiar, que quisiera abortar, realizarse un procedimiento de esterilización, desconocer la paternidad de un hijo, etc. En esos casos, si el titular de dichos derechos personalísimos no puede disponer de los mismos por estar incapacitado o interdicto, se plantea la cuestión de si su representante legal, podría disponer de ellos.

Si la respuesta es que ni el incapaz ni su representante, pueden disponer de esos derechos personalísimos, se produciría en los hechos una situación de verdadera incapacidad jurídica. Esto es, que ese sujeto de derecho no tendría -ya no capacidad de obrar respecto de estos derechos- sino que directamente, ya no podría ejercerlos de ninguna forma.

Si en cambio se entiende que para este tipo de derechos debe reconocerse cierta capacidad de obrar al incapaz, puede reconocérsele validez jurídica a las manifestaciones de voluntad que el incapaz realice si es que se demuestra que tiene conciencia y capacidad natural para comprender las consecuencias de los mismos.

Por otra parte, también cabría preguntarse qué sucedería si el incapaz no tuviese realmente capacidad natural para comprender el alcance de sus actos. En esos casos ¿el tutor podría disponer de los derechos personalísimos del incapaz?

Par dar respuesta a dichas interrogantes, es necesario distinguir entre dos hipótesis: a) que el incapaz natural o interdicto posea capacidad natural al momento de ejercer sus derechos personalísimos y b) que no la posea.

a) Caso del incapaz natural o interdicto que está en condiciones de tomar una decisión sobre sus derechos personalísimos.

En el estado actual del Derecho, se entiende que, si el incapaz natural o interdicto tiene capacidad para tomar una decisión sobre sus derechos personalísimos, debe recabarse su voluntad.

En este sentido, la doctrina española ha sostenido que: “no es obstáculo el estado de incapacitado para la realización de actos de ejercicio de los derechos personalísimos. La validez y eficacia del acto de ejercicio dependerá de que en ese momento posea condiciones

intelectivas y volitivas que le permitan conocer y querer el alcance del acto y hacerse cargo de sus consecuencias. Y en este juicio acerca de la capacidad natural del sujeto, lejos de configurarse de forma abstracta, ha de proyectarse el acto concreto, considerado, asimismo, la complejidad y relevancia del mismo”¹⁷.

En la misma línea, nuestra doctrina ha señalado que: “por las características especiales de que están adornados estos derechos asume trascendencia la verdadera aptitud volitiva del discapacitado intelectual, con prescindencia de cuál sea su condición jurídica, esto es, si se halla o no declarado interdicto. De modo que, en tanto la persona respecto a cual se pretenda comprometer alguno de sus derechos personalísimos por parte de su representante legal, disfrute de una voluntad que sea juzgada idónea para comprender las repercusiones que va a sufrir con esa afectación, está facultada para intervenir con amplios poderes para la protección de los atributos que le son congénitos”¹⁸.

Esta parece ser también la línea seguida por nuestro legislador en cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo de una incapaz. En efecto, la Ley N° 18.987 de 22 de octubre de 2012 dispone en su art. 8 que: “(Consentimiento de mujeres declaradas incapaces).- Si se tratara de una mujer declarada incapaz judicialmente, se requerirá el consentimiento informado de su curador y venia judicial del Juez competente del domicilio de la incapaz que -previa vista al Ministerio Público- evaluará la conveniencia del otorgamiento de la misma, respetando siempre el derecho de la mujer a procrear si el motivo de su incapacidad no le impidiere tener descendencia”.

Como puede apreciarse, a pesar de la interdicción y su consecuente presunción absoluta de nulidad establecida por el Código Civil, la ley dispone que en estos casos, será necesario respetar la voluntad de la mujer si su afección se lo permite.

En efecto, podría suceder que el curador solicitara la venia judicial y que, en el marco de dicho proceso, el Juez recabara la opinión de la incapaz y que ésta manifestara su intención de procrear. En ese caso, si la incapacidad no le impidiera tener descendencia, debería respetarse la voluntad de la incapaz denegándose la referida venia para proseguir con el proceso de interrupción voluntaria del embarazo.

Lo mismo vale decir para la obtención del consentimiento informado para el caso de niñas, niños y adolescentes con trastornos mentales, para los cuales el art. 23 de la Ley N° 19.529 establece que: “se requerirá el consentimiento informado del padre, madre o tutor y de acuerdo a la edad y condición mental del sujeto, se solicitará su consentimiento”.

En efecto, es evidente que el niño, niña o adolescente que padece un trastorno mental es un incapaz, no obstante, la ley igualmente prevé la necesidad de recabar su opinión ya que entiende que hay un derecho personalísimo involucrado.

En este sentido, si bien la ley no es clara en cuanto a si el consentimiento del representante es acumulativo con el del menor o si en caso de que el menor pueda brindarlo, es excluyente del mismo, lo importante es que si el menor está en condiciones de brindar dicho consentimiento, debe recabárselo y en caso de que no lo brinde, impedirá la prestación del tratamiento a brindarse.

¹⁷ Natalia ÁLVAREZ LATA – “El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada” Revista de Derecho Privado y Constitución, N° 15, Enero -Diciembre de 2005, pág. 23.

¹⁸ Walter HOWARD – “Derecho de la Persona”, cit., Volumen II, pág. 741.

En cuanto a los procesos de esterilización de incapaces, evidentemente también estamos ante la disposición de una capacidad funcional del propio cuerpo, por lo que -si está en condiciones de otorgarla- sería necesario recabar la voluntad del paciente involucrado.

Al respecto, se ha sostenido que: “en caso de que se requiera la esterilización reproductiva de una persona con limitaciones de entidad en su psiquis, la autorización debe ser denegada, salvo el caso que ella se encuentre recomendada por razones terapéuticas, en las cuales entran en conflicto otros derechos inherentes a la persona incapaz, como el derecho a la vida o a la salud. Por fuera de ese caso, incumplen sus deberes de protección tanto los representantes legales que pretenden coartar la libertad reproductiva del sujeto, como aquel magistrado que, desconociendo preceptos constitucionales (art. 7 y 72 de la Carta), autorizara esa intervención. Se trata de derechos que, como se anotó, tienen el rasgo de indisponibilidad para quien no es titular y la voluntad del representante es ineficiente para alcanzar el resultado perseguido”¹⁹.

En consecuencia, la solución de nuestro ordenamiento parecería ser que para la disposición de los derechos personalísimos, deber recabarse la voluntad del incapaz independientemente de si el mismo ha sido declarado incapaz o simplemente es incapaz natural, siempre y cuando su incapacidad le permita conocer el alcance y consecuencias de sus actos, aspecto que deberá ser determinado por un profesional de la salud.

No obstante, dicha solución no da respuesta a qué es lo que sucede cuando un incapaz carece de discernimiento para comprender el alcance de dicha manifestación de voluntad respecto de un derecho personalísimo. En esos casos, corresponde analizar si el representante legal puede igualmente disponer de dichos derechos personalísimos o si a su respecto, se produce una verdadera incapacidad jurídica del sujeto.

b) *Caso del incapaz natural o interdicto que no está en condiciones de tomar una decisión sobre sus derechos personalísimos.*

En estos casos, la doctrina tradicional ha entendido que, dado que se trata de derechos personalísimos, no es posible que el representante legal ejerza su representación, no alcanzando su designación como representante para sustituir la voluntad del incapaz en estos aspectos.

En esta línea, se ha sostenido que: “salvo en los casos en que haya norma y régimen jurídico concreto para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, en los demás será el juez quien tenga la última palabra y decisión al respecto: bien con su necesaria aprobación de la del representante legal o adoptando él una decisión autónoma y única a petición del representante legal”²⁰.

En definitiva, debe concluirse que el principio general es que para la disposición de derechos personalísimos, la voluntad del incapaz debe ser recabada y considerada con independencia de su estatus legal, siempre y cuando en ese momento tenga la capacidad natural para tener conciencia de sus actos y de sus consecuencias. Asimismo, en caso de que a juicio del profesional de la salud, el incapaz no esté en condiciones de emitir una voluntad libre y consiente, el representante no podrá por sí solo representar al incapaz sin

¹⁹ Walter HOWARD – “Derecho de la Persona”, cit., Volumen II, pág. 745.

²⁰ José GIL RODRÍGUEZ – “Comentario al art. 267” en “Comentario del Código Civil”, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo I, pág. 786.

una autorización judicial, salvo que la ley expresamente le otorgue dicha facultad para ese caso concreto.

5. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN SALUD MENTAL

5.1. El consentimiento informado

El consentimiento informado en salud mental presenta ciertas particularidades propias de la afectación de la capacidad de discernir del paciente, generada por la propia patología de base que le afecta.

A primera vista, la existencia de un trastorno mental y la posibilidad de brindar un consentimiento válido pueden parecer contradictorios, no obstante, tal como se vio, en algunos casos dicha contraposición puede ser únicamente aparente siendo posible recabar el consentimiento informado del paciente.

En efecto, el consentimiento informado “significa que cierta información acerca del procedimiento médico, sus riesgos, beneficios y efectos secundarios, debe comunicarse al paciente para permitirle tomar una decisión que refleje su voluntad”²¹.

A su vez, dicho consentimiento informado, se encuentra consagrado en el art. 37° del Decreto N° 258/992, al disponer que “El paciente tiene derecho a recibir toda la información necesaria para autorizar con conocimiento de causa cualquier tratamiento o procedimiento que le practiquen”.

En cuanto al contenido de dicho consentimiento, se ha entendido que el mismo debe brindar información concreta y específica del procedimiento al que se somete y no estar redactado en forma genérica, sino en referencia concreta al procedimiento que se va a realizar. Asimismo, se ha señalado que el mismo tiene que brindar una idea razonable de los riesgos a los que se somete el paciente. No de todos los riesgos, sino a de aquellos normales o razonables derivados del procedimiento que se va a realizar²².

Pues bien, en el caso del paciente que padece una enfermedad mental, el legislador ha considerado que también resulta necesario recabar su consentimiento a pesar de su enfermedad, estableciendo expresamente en el art. 23 de la Ley N° 19. 529 que: “Se requerirá el consentimiento informado de la persona para la realización de las intervenciones biológicas y psicosociales, propuestas en la estrategia terapéutica, el que deberá ser obtenido de conformidad y con las garantías y excepciones dispuestas por el artículo 11 de la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008, la presente ley y demás normativa aplicable. En el caso de niñas, niños y adolescentes con trastornos mentales se requerirá el consentimiento informado del padre, madre o tutor y de acuerdo a la edad y condición mental del sujeto, se solicitará su consentimiento. Es obligación de los profesionales intervinientes brindar información sobre la naturaleza del trastorno mental, diagnóstico y tratamiento propuesto, beneficios esperados y posibles riesgos de éste, eventualidad de hospitalización, condiciones y finalidad de la misma. La información deberá ser suficiente, continua y en lenguaje comprensible para la persona, teniendo en cuenta su singularidad biopsicosocial y cultural.

²¹ Jorge GAMARRA – “Responsabilidad Civil Médica”, cit., Tomo I, pág. 154.

²² Ver: Sentencia N° 158/2014 de 29 de septiembre de 2014 del TAC 1, Caso 995, publicado en la Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, pág. 838.

Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de los medios y tecnologías adecuadas para su comprensión. El consentimiento informado se hará constar en la historia clínica, al igual que la ausencia de él en los casos en que lo autorice la normativa aplicable”.

En definitiva, conforme a la Ley de Salud Mental, el paciente con un trastorno mental tiene el derecho a que se recabe su consentimiento informado antes de realizársele las intervenciones biológicas y psicosociales, propuestas en la estrategia terapéutica. Dicho derecho a consentir un tratamiento sobre su síque, es sin dudas un derecho personalísimo al que resultan plenamente aplicables las consideraciones realizadas en el apartado anterior.

5.2. ¿Cuándo es válido el consentimiento del incapaz en salud mental?

En tanto el derecho a que se recabe el consentimiento informado es un derecho personalísimo del incapaz, le resultan plenamente aplicables las consideraciones vertidas anteriormente sobre la necesidad de recabar la voluntad del paciente si el profesional tratante entiende que está en condiciones de manifestarla.

Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse que el consentimiento informado es un elemento esencial de la actuación médica y que, conforme a cierta parte de la doctrina y jurisprudencia, la no obtención del mismo es causa autónoma de responsabilidad civil²³.

Teniendo en cuenta dicho extremo y las dificultades probatorias que pueden surgir a la hora de demostrar la validez de un consentimiento, resulta de fundamental importancia distinguir las hipótesis en las cuales el paciente es un incapaz natural y en las cuales es un incapaz interdicto.

En el caso del paciente que no está interdicto (incapaz natural) no existen mayores problemas ya que en estos casos, quien estará en condiciones de determinar si ese paciente está no en condiciones de comprender y consentir un tratamiento, técnica o estudios a realizarse, será el psiquiatra. En efecto, será el profesional quien deberá analizar en cada caso si el paciente bajo análisis está o no en condiciones de brindar su consentimiento válido y libre y comprender el alcance y la finalidad del procedimiento y así consignarlo en su historia clínica²⁴.

Al respecto, se ha señalado que: “Actualmente, a los pacientes se les reconoce autonomía para tomar decisiones si manifiestan capacidad para ello, actúan intencionalmente, en ausencia de influencias externas, y expresan su voluntad tomando en cuenta las consecuencias que dichas decisiones tienen para su salud y para su vida futura. Cumplidas las condiciones anteriores, el acto del médico será benéfico si respeta la autonomía del paciente. En cambio, el acto médico resultará maleficio cuando, sin una correcta evaluación de la capacidad, se permite a un paciente incapaz desde un punto de vista

²³ Jorge GAMARRA – “Responsabilidad Civil Médica”, cit., Tomo I, pág. 163 y Sentencia de la SCJ N° 188/2013 de 13 de marzo de 2013 en Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, FCU, Año II, 2014, Tomo II, pág. 748 Caso N° 941.

²⁴ Margarita ISLAS-SAUCILLO y Heberto MUÑOZ CUEVAS – “El consentimiento informado. Aspectos bioéticos” en Revista Médica del Hospital General de México, Vol. 63, Núm. 4, Oct.-Dic. 2000, pág. 267 – 273.

sanitario, que tome decisiones que pueden producirle daño. Frente a un paciente catalogado como incapaz para tomar decisiones es necesario entregar el poder de tomarla a un tercero (generalmente un familiar), ya sea en forma transitoria o definitiva, conforme lo señala la ley²⁵.

En el caso del paciente que está interdicto la cuestión es más complicada ya que si bien existen desarrollos doctrinarios y disposiciones legislativas que reconocen capacidad de obrar al interdicto para disponer de sus derechos personalísimos, la realidad es que las disposiciones del Código Civil que establecen la presunción absoluta de nulidad de la actuación del paciente interdicto, siguen vigentes y pueden ser tomadas en cuenta para desconocer el consentimiento (aunque el paciente lo haya otorgado en forma absolutamente lúcida).

En estos casos, dada la gravedad de las consecuencias que pueden derivar de no poseer un consentimiento informado válido y estando aún vigentes las referidas disposiciones del Código Civil, entendemos que resultaría conveniente igualmente recabar el consentimiento firmado de los representantes legales.

En este sentido, no cabe duda de que, si está en condiciones de brindarlo, el consentimiento del paciente interdicto también debe ser recabado (ya que así lo indica el art. 23 de la Ley de Salud Mental para todos los pacientes). No obstante, a los efectos de evitarse problemas probatorios o de interpretación normativa, entendemos que adicionalmente no debería prescindirse del consentimiento del representante legal del interdicto.

En este caso, podría suceder que exista una divergencia de criterios entre el representante legal y el paciente interdicto que se encuentra en condiciones de emitir el consentimiento. A modo de ejemplo, podría suceder que el representante legal consienta un procedimiento y el interdicto, consciente de ello, no lo haga. O viceversa.

En estos casos, entendemos que una lectura armónica de las disposiciones sobre derechos personalísimos, de la normativa del Código Civil, de la Ley de Salud Mental, Ley de Protección Integral de Personas con Discapacidad N° 18.651 y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada por Uruguay, debería interpretarse que debe primar la voluntad del incapaz, aun cuando esté interdictado.

Dicha solución se impone en tanto una declaración abstracta de interdicción no puede anteponerse a una decisión conscientemente emitida a criterio de un profesional, que dispone que no se consiente o que sí se consiente un determinado tratamiento que se realizará sobre su persona.

En definitiva, entendemos que es válido el consentimiento informado obtenido por una persona que no está declarada interdicta siempre y cuando el profesional de la salud certifique que efectivamente estaba en condiciones de otorgarlo. Asimismo, en caso de un paciente interdicto que está en condiciones de brindar su consentimiento, debe recabárselo sin perjuicio asimismo, de recabar el consentimiento de sus representantes legales, debiendo primar el primero de ellos en caso de contradicción.

²⁵ Gladys BÓRQUEZ, Gina RAINERI, Mireya BRAVO – “La evaluación de la «capacidad de la persona»: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado” en Revista Médica de Chile, Santiago de Chile, Octubre de 2004, Volumen 132, N°.10, versión digital: <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872004001000013>.

6. HOSPITALIZACIÓN VOLUNTARIA, INVOLUNTARIA Y JUDICIAL

6.1. Caracteres generales de la hospitalización

El art. 24 de la Ley de Salud Mental N° 19.529 regula la hospitalización como un recurso terapéutico de carácter restringido que deberá llevarse a cabo solo cuando aporte mayores beneficios que el resto de las opciones terapéuticas²⁶.

En efecto, se procurará que sea lo más breve posible y que en ningún caso tenga como fin resolver problemas sociales o de vivienda. En este caso, la prohibición de la norma es clara. Lo que busca es que la internación no se indique como un mecanismo para solucionar los problemas de vivienda o familiares de un paciente que puede vivir solo y autogobernarse, pero por ejemplo, no tiene donde vivir. En estos casos, son otros mecanismos de contención social los que deben activarse y no la internación en un centro asistencial.

Distinto es el caso del enfermo mental que no puede autogobernarse y no tiene donde vivir o no tiene una red de contención familiar que lo sostenga. Estos casos no quedan alcanzados por la prohibición porque no es internado porque no tiene donde vivir o porque no tiene quien lo cuide, sino para proteger al paciente que no puede valerse por sí solo.

Asimismo, para estos casos el art. 26 de la Ley prevé diferentes modalidades de hospitalización que pueden contemplar diferentes realidades de los pacientes tales como las de la internación a tiempo completo o parcial diurna y nocturna o inclusive, domiciliaria.

Por su parte, la extensión de la cobertura en ningún caso podrá estar sujeta a límites temporales de cobertura, sea cual sea la edad de la persona usuaria (art. 25). Dicha disposición, ha generado problemas en su aplicación ya que la ley es de orden público y aplica a todos los prestadores de salud que brinden servicios de salud mental.

En consecuencia, tratándose de una norma de orden público, los prestadores (sean públicos o privados) no podrán pactar con los usuarios limitaciones contrarias al art. 25 que restringieran los límites temporales de la internación.

En cuanto a los requisitos para la hospitalización, debe señalarse que los mismos varían según el tipo de internación que se trate. No obstante, existen requisitos generales que deben cumplirse en caso de que un paciente sea hospitalizado. Dichos requisitos generales, conforme al art. 27 de la Ley son:

- a) evaluación, diagnóstico y motivos que la justifican, con la firma de un profesional médico;
- b) obtención del consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda, tramitado según lo dispuesto en el artículo 23 de la presente ley.

Por su parte, el art. 38 de la Ley dispone que: “(Establecimientos asilares y monovalentes).- Queda prohibida la creación de nuevos establecimientos asilares y monovalentes, públicos y privados desde la entrada en vigencia de la presente ley. Los ya existentes deberán adaptar su funcionamiento a las prescripciones de esta ley, hasta su sustitución definitiva

²⁶ Magda DIMENSTEIN – “La reforma psiquiátrica y el modelo de atención psicosocial en Brasil: en busca de cuidados continuados e integrados en salud mental” en Revista CS, Intervención Psicosocial, Brasil, Río Grande do Norte, N° 11, Edición Enero-Junio 2013, pag. 43-72.

por dispositivos alternativos, de acuerdo a los que establezca la reglamentación. Queda igualmente prohibida, a partir de la vigencia de la presente ley, la internación de personas en los establecimientos asilares existentes. Se establecerán acciones para el cierre definitivo de los mismos y la transformación de las estructuras monovalentes. El desarrollo de la red de estructuras alternativas se debe iniciar desde la entrada en vigencia de esta ley. El Poder Ejecutivo establecerá en la reglamentación de la presente ley el cronograma de cierre de los establecimientos asilares y estructuras monovalentes. El cumplimiento definitivo del cronograma no podrá exceder temporalmente el año 2025”.

En este caso, cuando la ley se refiere a “estructuras monovalentes” está haciendo referencia a establecimientos exclusivamente psiquiátricos por contraposición a los Hospitales Generales donde se tratan todo tipo de patologías, no únicamente mentales.

Lo que se busca es el cambio del paradigma en la estructura asistencial pasando de estructuras asistenciales estrictamente destinadas a pacientes con enfermedades mentales a salas especializadas en Hospitales Generales.

La ley asimismo encomienda a la reglamentación el proceso progresivo de reconversión del sistema desde el modelo monovalente al modelo inclusivo, en el cual las salas de pacientes con enfermedades mentales estarían integradas en hospitales generales. Sin embargo, a pesar de que el Decreto del Poder Ejecutivo N° 226/018 de 16 de julio de 2018 reglamentó la Ley de Salud Mental, nada dijo sobre cómo se instrumentará dicho proceso.

No obstante, con independencia de lo que diga la reglamentación, conforme al texto legal vigente, el Estado tiene la obligación de brindar asistencia a la salud para aquellos carentes de recursos (art. 44 de la Constitución) por lo que, si al 2025 se encuentran cerrados los centros monovalentes, deberá garantizarse la asistencia a la salud mental en otros centros, so pena de incurrir en responsabilidad.

6.2. Hospitalización voluntaria

La hospitalización voluntaria corresponde cuando “profesionalmente se determine la conveniencia de tratar a la persona con trastorno mental a través de hospitalización” (art. 28).

En estos casos, la hospitalización es consentida por el paciente y en cualquier momento, puede decidir por sí mismo el abandono de la hospitalización.

Sin perjuicio de ello, al momento de gestionar el consentimiento informado para la hospitalización, se le debe hacer saber a la persona que los profesionales intervinientes podrán impedir su externación si se dieran las condiciones para una hospitalización involuntaria (esto es: que exista riesgo inminente de vida para la persona o para terceros o que esté afectada su capacidad de juicio, y el hecho de no hospitalizarla pueda llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo pueda aplicarse mediante la hospitalización).

En estos casos, si no se verifica alguna de las causales habilitantes de la internación involuntaria, el profesional actuante no podrá retener al paciente contra su voluntad so pena de incurrir en responsabilidad. Sin perjuicio de ello, podría ocurrir que sin verificarse alguna de las causales establecidas en el art. 30 de Ley para la internación involuntaria, igualmente no sea recomendable otorgarle el alta la paciente.

En esos casos, se deberá dejar ir al paciente sin perjuicio de hacerle saber y de informarle que se abandona la internación contra la prescripción médica. Esto es, que a criterio del médico el paciente debería permanecer internado pero que no estando dadas en ese momento las circunstancias previstas por la ley para la internación involuntaria, el paciente abandona por su decisión la internación.

En cuanto a las formalidades de la internación voluntaria, el art. 29 establece que el Director Técnico del prestador de salud a cargo deberá comunicar a la Comisión Nacional de Contralor de la Atención en Salud Mental y a la Institución Nacional de Derechos Humanos, las hospitalizaciones voluntarias e involuntarias que se prolonguen por más de cuarenta y cinco días corridos, dentro de las setenta y dos horas de vencido dicho plazo. Asimismo, el art. 1° del Decreto N° 226/18 reglamenta la forma en que deberá realizarse dicha notificación.

6.3. Hospitalización involuntaria

La libertad es un derecho fundamental de todo ser humano establecido en la Constitución y para cuya limitación, se requiere una ley formal dictada por razones de interés general (art. 7 y 10 de la Constitución)²⁷.

Por esta razón, la posibilidad de que exista una internación contra la voluntad de un individuo debe estar prevista y regulada por una ley y tiene que tener como justificación el interés general.

En este caso, primero la Ley N° 9.581 y actualmente la Ley N° 19.529, prevén la posibilidad de internar contra su voluntad a una persona cuando exista riesgo inminente de vida para él o para terceros o cuando esté afectada su capacidad de juicio, y el hecho de no hospitalizarla pueda llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo pueda aplicarse mediante la hospitalización.

En este sentido, se entiende que existe riesgo inminente de vida para la persona o terceros “cuando se presente una situación que, debido a consideraciones clínicas adecuadamente fundadas en forma clara y precisa, determine una posibilidad cierta de muerte de próxima ocurrencia” (art. 2 del Decreto N° 226/18). Establece asimismo que dichas condiciones deberán ser recabadas en la Historia Clínica.

En cuanto a las formalidades para la internación involuntaria, el art. 31 prevé que se recabe:

- a) declaración firmada por el familiar más cercano, allegado o representante legal si lo hubiera, solicitando su hospitalización y expresando su conformidad con la misma. Si no hubiera familiar, allegado ni representante legal, o habiéndolos se negarán a consentir la hospitalización y se dieran los supuestos del artículo 30 de la presente ley, se podrá realizar cumpliendo únicamente con el dictamen profesional a que refiere el literal siguiente del presente artículo;

²⁷ Martín RISSO FERRAND – “Algunas garantías básicas de los derechos humanos”, F.C.U, Montevideo, 2008, pág. 61 y sigtes.

- b) dictamen profesional del servicio de salud que realice la hospitalización, determinando la existencia de los supuestos establecidos en el artículo 30 de la presente ley, firmado por dos profesionales médicos que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser especialista en psiquiatría. En el abordaje terapéutico posterior deberá intervenir un equipo interdisciplinario; y
- c) informe sobre las instancias previas implementadas, si las hubiere.

En cuanto a la forma de notificación, el art. 32 de la Ley establece que: “Toda hospitalización involuntaria deberá ser notificada por el Director Técnico del prestador a cargo, a la Comisión Nacional de Contralor de la Atención en Salud Mental, la institución Nacional de Derechos Humanos y al Juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes, con los fundamentos que sustenten la misma y las constancias a que refiere el artículo 31 de la presente ley. El Juez podrá requerir, en caso de considerarlo necesario, información ampliatoria a los profesionales tratantes o indicar peritajes externos que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a confirmar los supuestos que justifiquen la medida”.

6.4. Hospitalización judicial

El art. 33 de la Ley prevé la posibilidad de que un Juez²⁸ disponga una hospitalización involuntaria cuando cuente con informe médico que la justifique, pudiendo en cualquier momento, pedir al prestador a cargo de la hospitalización, información sobre el curso del proceso asistencial, a fin de reevaluar si persisten las razones para la continuidad de la medida. Asimismo, el Director Técnico del centro asistencial donde se realizó la internación, tendrá veinticuatro horas para notificar de dicha internación a la Comisión Nacional de Contralor de la Atención en Salud Mental, la institución Nacional de Derechos Humanos.

Por su parte, cuando estén dadas las condiciones para el alta de la persona, el Director Técnico del prestador deberá notificarlo a la Comisión Nacional de Contralor de la Atención en Salud Mental y al Juez y éste último, deberá expedirse al respecto en un plazo no mayor a tres días hábiles a contar desde el día siguiente al de la notificación.

En la práctica, dicha disposición ha generado importantes problemas en tanto existe una sustancial cantidad de pacientes internados por orden judicial, cuya alta ha sido solicitada por los Directores Técnicos de los Prestadores de Salud, que habiendo transcurrido el plazo legal de 3 días, no han obtenido aún un pronunciamiento judicial que autorice su salida.

En efecto, más allá del criterio del médico actuante que entiende que el paciente hospitalizado está en condiciones de irse de alta, la legislación determina que hasta que el Juez no se pronuncia, el paciente no puede abandonar la institución.

Dicho problema de antiquísima data, también se planteaba en la anterior ley y se mantiene en la presente, siendo uno de los principales temas a solucionar para la mejora de todo el Sistema de Salud Mental y sobre todo, de las condiciones de hospitalización.

²⁸ El juez competente en cada caso para disponer de la internación judicial dependerá de la naturaleza del asunto que se esté tramitando, pudiendo ser dispuesta por el Juez Penal o por el Juez de Familia en su caso.

7. ASPECTOS DE ORGANIZACIÓN

En cuanto a los aspectos orgánicos, la Ley de Salud Mental señala que el Ministerio de Salud Pública será el encargado de aplicarla a los prestadores públicos y privados²⁹ y que deberá asimismo, elaborar y aprobar un Programa Nacional de Salud Mental (art. 7 y 8).

Asimismo, en su art. 39 crea la Comisión Nacional de Contralor de la Atención en Salud Mental como “organismo” dependiente del Ministerio de Salud Pública³⁰.

Por su parte, el art. 5 del Decreto N° 226/18 sustituye correctamente la palabra “organismo” por “órgano” y agrega además que se trata de un órgano desconcentrado del Ministerio de Salud Pública con los cometidos que le otorga la ley.

En cuanto a su conformación, el art. 41 de la Ley establece que sus miembros serán designados por el Poder Ejecutivo, que serán de carácter honorario y que estará integrada por:

- a) dos miembros representantes del Ministerio de Salud Pública, uno de los cuales deberá acreditar conocimientos, formación y experiencia en el tema de la salud mental. Uno de ellos la presidirá;
- b) tres miembros representantes de la Universidad de la República designados uno a propuesta de la Facultad de Medicina, otro a propuesta de la Facultad de Psicología y otro a propuesta de la Facultad de Derecho. Se observará que todos estén vinculados a la temática de la presente ley;
- c) un miembro representante de las organizaciones más representativas de los trabajadores de la salud mental;
- d) un miembro representante de las sociedades científicas vinculadas a la salud mental;
- e) un miembro representante de las organizaciones más representativas de las personas con trastorno mental;
- f) un miembro representante de las organizaciones más representativas de los familiares de las personas con trastorno mental; y
- g) un representante de las organizaciones de la sociedad civil en salud mental y derechos humanos.

Por su parte, el art. 40 establece los cometidos de dicho órgano, otorgándole competencia en todo el territorio nacional y poderes jurídicos de inspección muy amplios para su cumplimiento. Asimismo, se prevé la posibilidad de elevar sus actuaciones al Ministerio de Salud Pública a los efectos de solicitar se impongan sanciones en caso de detectar violaciones de la normativa sanitaria.

²⁹ Natalia VELOSO GIRIBALDI – “Régimen de prestación pública” en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Régimen de Asistencia a la Salud”, cit. pág. 101 y sigtes; y “Régimen de prestación privada” en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Régimen de Asistencia a la Salud”, cit. pág. 117 y sigtes.

³⁰ Posteriormente en el art. 5 del Decreto N° 226/18 sustituye correctamente la palabra “organismo” por “órgano”.

8. CONCLUSIÓN

A partir del dictado de la Ley N° 19.529 de Salud Mental, el Uruguay deja atrás una normativa que llevaba más de 80 años de vigencia y se pone a tono con las Convenciones ratificadas por el país, dándole un rol central al paciente con un trastorno mental y erigiéndolo en el centro de atención de la normativa, como sujeto de Derecho susceptible de ejercer sus derechos y obligaciones conformes a sus capacidades reales.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ÁLVAREZ LATA, Natalia – “El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada” *Revista de Derecho Privado y Constitución*, N° 15, Enero -Diciembre de 2005, pág. 23.
- BÓRQUEZ, Gladys RAINERI, Gina y BRAVO, Mireya - “La evaluación de la «capacidad de la persona»: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado” en *Revista Médica de Chile*, Santiago de Chile, Octubre de 2004, Volumen 132, N° 10, versión digital: <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872004001000013>.
- CESTAU, Saúl D – “Personas”, F.C.U., Montevideo, 1997, Volumen II, pág. 123 y sgtes.
- DEI-CAS, Bárbara – “Derechos y Deberes de los Pacientes y Usuarios” en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Régimen de Asistencia a la Salud”, F.C.U., Montevideo, 2018, Segunda Edición Ampliada y Actualizada, pág. 175 y ss.).
- DELPIAZZO, Carlos E – “Alcance del rol tutelar del Estado a menores, discapacitados y adultos mayores” en *Anuario Uruguayo Crítico de Familia y Sucesiones* (Montevideo, 2016), N° 4, pág. 135 y sgtes.; y “Derecho Administrativo Especial”, A.M.F., Montevideo, 2017, volumen 2, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 173 y sgtes.
- DHANDA, Amita- “Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad” en *SUR*, Revista internacional de Derechos Humanos, Año 5, Número 8, Junio de 2008, Edición en español, pág. 48.
- DIMENSTEIN, Magda - “La reforma psiquiátrica y el modelo de atención psicosocial en Brasil: en busca de cuidados continuados e integrados en salud mental” en *Revista CS, Intervención Psicosocial*, Brasil, Río Grande do Norte, N° 11, Edición Enero-Junio 2013, pag. 43-72.
- GAMARRA, Jorge – “Responsabilidad Civil Médica”, F.C.U., 1999, Tomo 1, pág. 178 a 183.
- GAMARRA, Jorge y BLENGIO, Juan – “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, F.C.U., 2001, Tomo X, 5° Edición, pág. 168 y ss.).
- GIL RODRÍGUEZ, José – “Comentario al art. 267” en “Comentario del Código Civil”, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo I, pág. 786.
- HOWARD, Walter – “Derecho de la Persona”, Universidad de Montevideo, 2018, Volumen II, pág. 553.
- ISLAS-SAUCILLO, MARGARITA y MUÑOZ CUEVAS, Heberto – “El consentimiento informado. Aspectos bioéticos” en *Revista Médica del Hospital General de México*, Vol. 63, Núm. 4, Oct.-Dic. 2000, pág. 267 – 273.
- RISSO FERRAND, Martín – “Algunas garantías básicas de los derechos humanos”, F.C.U, Montevideo, 2008, pág. 61 y sigtes.
- RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo y DE PENA, Mario – “Historia Clínica: enfoque médico – legal desde la normativa vigente en Uruguay”, en “Derecho Médico”, Editorial B de F, Buenos Aires, 2001, pág. 511.).
- VALLEJO JIMÉNEZ Geovana Andrea, HERNÁNDEZ RÍOS, Mónica Isabel y POSSO RAMÍREZ, Adriana Elvira – “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos” en *Revista CES Derecho*, Colombia, 2017, N° 8, pág. 3 a 21.
- VELOSO GIRIBALDI, Natalia – “Régimen de prestación pública” en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Régimen de Asistencia a la Salud”, cit. pág. 101 y sigtes; y “Régimen de prestación privada” en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Régimen de Asistencia a la Salud”, cit. pág. 117 y y sigtes.
- VELOSO GIRIBALDI, Natalia – “Responsabilidad profesional médica: Aspectos jurídicos” en “Bioética en el Paciente Grave”, Montevideo, 2015, Editorial Cuadrado, pág. 275.

Fecha de recepción: 14 agosto 2018.

Fecha de aceptación: 29 setiembre 2018.

NOTA DE JURISPRUDENCIA

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN RELACIÓN AL DERECHO A LA SALUD Y SUS CONSIDERACIONES DESDE LA ÉTICA Y EL DERECHO

*Mariana Blengio Valdés**

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de diciembre de 1948 se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Unos meses antes se había adoptado en la IX Conferencia Interamericana la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹. Ambos documentos constituyen el punto de partida de una rama específica del Derecho Internacional Público que habrá de fortalecerse a lo largo de este período de setenta años. La proyección de los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos incluyendo además del americano, el europeo y el africano, constituye una de las particularidades de la construcción jurídica del Derecho Internacional Público y específicamente la rama que habrá de incorporar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este proceso de consolidación de esta rama compuesta por documentos de diversa naturaleza así como también por jurisprudencia de órganos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales (Cortes Europea, Interamericana y Africana; y Comités entre otros) creados en función de dichos sistemas, se confluye además con la perspectiva que proyecta la ética de lo vital conformada por lo que comprende hoy, el Derecho Internacional de la Bioética.

La Bioética entendida ésta como ética de la vida, hunde sus raíces en la evolución misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La concepción universalista cuyo eje se centra en la dignidad de la persona y que fundamenta la Bioética proyecta el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales. El Derecho y la Bioética en definitiva se

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales Universidad de la República. Profesora Agregada de Derechos Humanos y Profesora Adjunta de Bioética y Principios Constitucionales Facultad de Derecho Universidad de la República. Directora de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo. Coordinadora de la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la UDELAR 2002 - 2016. Correo electrónico: ius@netgate.com.uy

¹ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

asocian para siempre bajo la premisa del respeto a la condición y singularidad de la persona y su dignidad intrínseca.

Dentro de esta evolución normativa, lugar clave ocupa la Declaración de Bioética y Derechos Humanos adoptada por unanimidad por los Estados Miembros en la Conferencia General de la UNESCO en el año 2005². El documento expresa que a la luz de los “rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología” se hace imperioso “dar una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos, a partir del respeto a la dignidad humana y los derechos humanos. Esta Declaración remite en forma expresa a la Declaración de 1948, para profundizar en muchos aspectos las previsiones contenidas en ésta incorporando una serie de principios que los Estados firmantes habrán de respetar. Entre éstos se destaca en primer lugar: el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales; la autonomía y el consentimiento; el respeto de la vulnerabilidad y la integridad personal; la privacidad y confidencialidad; la igualdad justicia y equidad; la no discriminación y no estigmatización; el respeto a la diversidad cultural y pluralismo; la responsabilidad social y salud; el aprovechamiento compartido de los beneficios; la protección de las generaciones futuras.”³

En relación al derecho humano a la salud, en su carácter de derecho económico y social, el mismo comprende aspectos que se abordan desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y también, del Derecho Internacional de la Bioética. Entendemos en tal sentido que muchas de las consideraciones que vinculan al derecho a la salud como un derecho autónomo y justiciable así como también, al contenido mismo de este derecho, comprenden aspectos que vinculan la Ética y el Derecho, y en forma específica el relativo a los Derechos Humanos, en tanto aparejan dilemas éticos que problematizan y complejizan la adopción de resoluciones.⁴

En consecuencia, y atento a dichas particularidades, el abordaje desde la ética de lo vital de los desafíos que plantea el derecho humano a la salud se transforma en un imperativo ineludible a la hora de adoptar decisiones que promuevan el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Partimos de esta sintética introducción como marco general, con el objetivo de contextualizar la temática que abordaremos a continuación a partir de una nota de jurisprudencia sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵

² Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Fecha de consulta: 1 de noviembre 2018.

³ Puede ampliarse en la obra “Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco”. Coordinada por María Casado. Publicación en abierto patrocinada por el Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. www.bioetica.yderecho.ub.edu/master. Fecha de consulta: 30 de octubre 2018.

⁴ Puede ampliarse en texto de nuestra autoría. “Salud, acceso a medicamentos y Bioética”. Revista Derecho Público No. 48. Montevideo, 2015. pp 13 a 38. Disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/48/blengio.php> Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

⁵ Puede ampliarse en: “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO”. Coordinadores Gros Espiel, Héctor y Gómez Sánchez, Yolanda. Granada. 2006.

II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA SALUD

El 23 de agosto de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia definitiva en el caso *Cuscul Pivaral y otros* contra el Estado de Guatemala.⁶ La Corte IDH resolvió que Guatemala fue responsable por la violación del derecho a la salud, la vida, integridad personal, garantías judiciales y protección judicial de 49 personas afectadas por la enfermedad de VIH. En el fallo la Corte IDH constata asimismo la existencia de actos de discriminación por razón de género en relación a dos de las víctimas. La responsabilidad del Estado emerge según el órgano judicial interamericano, de las omisiones observadas en relación a la atención de las personas con VIH así como también en el inadecuado tratamiento médico de las víctimas a lo largo de los años, lo que constituyó según la Corte IDH un incumplimiento al deber de garantizar el derecho humano a la salud.

Los hechos refieren a 34 personas vivas portadoras de VIH y otras 15 fallecidas comprendiendo también a sus familiares. El tema objeto de la litis radicó en la falta de una adecuada atención médica por parte del Estado a dicho grupo de personas que además de vivir con el virus de VIH, se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad por razones económicas sociales y culturales vinculadas a la pobreza.

La sentencia reviste importancia en la medida que aborda en forma específica a través de sus consideraciones, la efectividad de los derechos económicos y sociales focalizando en el derecho humano a la salud, en señal de clara evolución del propio sistema interamericano de derechos humanos.

Sin perjuicio de los diversos elementos que se desprenden del fallo, merece especial atención un aspecto innovador que se introduce a partir del mismo. Concretamente en lo relativo a la responsabilidad atribuida al Estado de Guatemala por la violación del principio de progresividad establecido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La sentencia innova en la temática, al interpretar y atribuir por primera vez a un Estado miembro del sistema interamericano, el incumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo del derecho a la salud.

Como antecedente inmediato del referido fallo y con especial interés en relación al contenido y alcance del derecho humano a la salud, puede relevarse la sentencia de 8 de marzo de 2018 recaída en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. En esta sentencia la Corte IDH declaró por unanimidad la responsabilidad internacional del Estado Chileno por no garantizar a la víctima su derecho a la salud (artículo 26 CADH) mediante servicios necesarios básicos y urgentes con relación a su situación de especial vulnerabilidad en su carácter de persona mayor lo que derivó en su fallecimiento.⁷

⁶ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

⁷ Puede verse texto completo de la sentencia en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf Fecha de consulta: 30 octubre 2018. Sobre el tema puede consultarse texto de nuestra autoría: "La autonomía de las personas mayores en el ámbito sanitario. Voluntades anticipadas y suspensión de tratamientos" En Revista Derecho Público. No. 51. Montevideo, 2017, pp. 7 a 14. Disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/48> Fecha de consulta: 1 noviembre 2018.

III. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

En el año 1948 la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la IX Conferencia internacional Americana celebrada en Bogotá, estableció en el artículo XI: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.⁸ La Declaración Americana de Derechos del Hombre constituye el punto de inicio en la consagración normativa internacional interamericana.

En el año 1969 se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹ la cual sustancialmente consagra derechos de naturaleza civil y política así como también disposiciones relativas a la obligación de respetar los derechos humanos y adoptar disposiciones de derecho interno que lo habiliten; garantías; límites y suspensión de derechos; interpretación normativa y lo referido a los órganos de supervisión del Sistema (Comisión y Corte IDH). En relación a los Derechos Económicos Sociales y Culturales contenido en el Capítulo III, encontramos un único artículo (26), que consagra su desarrollo progresivo. Se establece que:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar las providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

En el año 1988 se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).¹⁰ En el artículo 10 se consagra el derecho de toda persona a la salud, entendida ésta como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Agrega que con el fin de hacerlo efectivo las partes se comprometen a reconocer la salud como un “bien público” y particularmente a adoptar medidas concretas que promuevan la atención integral en toda su extensión. El inciso f) prevé específicamente la satisfacción de las necesidades de salud por los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza son los más vulnerables.

Sin perjuicio de otras previsiones contenidas en tratados aprobados en el marco del Sistema como por ejemplo la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará) donde también hay previsiones referidas al derecho humano a la salud, nos detendremos en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores suscrita en la Ciudad

⁸ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

⁹ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

¹⁰ Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Fecha de consulta: 28 octubre 2017.

de Nueva York en 2015 que ya ha entrado en vigor.¹¹ El objeto del tratado¹² radica en promover, proteger y asegurar el pleno goce de los derechos y libertades de las personas mayores de 60 años, contribuyendo a la vez a la plena inclusión, integración y participación en todos los planos de la vida individual y social. El texto refiere a problemáticas específicas y amplias. En el caso que nos ocupa referimos específicamente a las previsiones que contiene el texto en materia sanitaria. Así puede verse que consagra el derecho de las personas mayores a recibir servicios de cuidado a largo plazo (artículo 12) y el derecho a la salud física y mental sin ningún tipo de discriminación (artículo 19). En forma extensa la previsión enumera aspectos relativos a la atención sanitaria que incluyen la obligación de los Estados de diseñar e implementar políticas públicas inter sectoriales de salud orientadas a la atención integral. Otros vinculados a la necesidad de garantizar el acceso a beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad para las personas con enfermedades transmisibles y no transmisibles incluyendo aquellas de transmisión sexual. Se previó asimismo la obligación de garantizar a la persona mayor la disponibilidad y el acceso a medicamentos reconocidos como esenciales por la OMS incluyendo los necesarios para cuidados paliativos.

La Convención resulta de interés como puede verse pues sin perjuicio que refiere a los integrantes de un grupo específico (esto es, mayores de 60 años), sus previsiones permiten vislumbrar un desarrollo normativo concreto y específico de las obligaciones asumidas por los Estados en relación a la atención sanitaria. Así como también en el fondo la referencia a aspectos éticos que refieren a dilemas vinculados a la autonomía y la adopción de decisiones en el ámbito sanitario.

IV. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Como se ha mencionado la sentencia recaída contra el Estado de Guatemala en el caso *Cuscul Pivaral y otros*, innova en relación a este principio. Concretamente establece que el Estado de Guatemala violó el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La sentencia establece que el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Afirma en tal sentido que la Corte está por ende facultada a supervisar su cumplimiento en base a los artículos 62 y 63 de la CADH.¹³

En tal sentido la Corte IDH reitera que “el derecho humano a la salud se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”.¹⁴

¹¹ Puede verse texto completo de la Convención referida y estado de ratificaciones en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

¹² Uruguay ratificó la Convención por ley 19430 de 8 setiembre 2016.

¹³ Sentencia *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. (párrafo 97).

¹⁴ Sentencia *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (párrafo 98).

La Corte reseña dos tipos de obligaciones que derivan de los DESCAs protegidos en el artículo 26:

Aquellas de exigibilidad inmediata y aquellas de realización progresiva. Y al respecto la Corte destaca que: “la obligación de la realización progresiva de los DESCAs prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para la efectiva protección de estos derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las persona ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal”.¹⁵

Esta situación fue debidamente constatada según surge de la sentencia, en tanto las víctimas no accedieron hasta el año 2004 a la atención médica estatal de su enfermedad. Para luego del año 2004, el acceso a la asistencia sanitaria fue de carácter irregular, nulo e inadecuado; no accedieron a pruebas periódicas diagnósticas que les permitieran prevenir enfermedades oportunistas; no tuvieron apoyo social durante el tratamiento estando sumergidas en la pobreza; no fueron contempladas en el acceso a los establecimientos sanitarios ubicados a mucha distancia de sus viviendas.

En conclusión:

La Corte IDH establece que a partir de la interpretación literal, sistemática y teleológica que realiza, se concluye que el artículo 26 de la CADH protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de esos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la CADH por lo que están sujetas a obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de la Corte en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento.

Su fundamentación se basa además de las cuestiones formales, “en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales y ambientales así como su compatibilidad con el objeto y fin de la CADH que es la protección de los derecho fundamentales de los seres humanos”.

Reitera asimismo que de las normas sociales y sobre educación ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA se deriva el derecho humano a la salud remitiendo al caso *Poblete Vilches vs. Chile* al que ya hemos hecho referencia.

En la parte resolutive la sentencia dispone:

Que Guatemala es responsable por la violación del derecho a la salud de conformidad con el artículo 26 de la CADH, en relación al artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las 49 personas listadas como víctimas.¹⁶

Dispone asimismo medidas para la reparación integral de las víctimas dentro de las cuales merece especial atención las siguientes:

El deber de “implementar mecanismos de fiscalización y supervisión de los servicios de salud, mejorar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de las prestaciones de salud para personas que viven con VIH, garantizar la provisión de antirretrovirales y la demás

¹⁵ Sentencia *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Ver B.4.1.1. (párrafo 141 y ss.) Estándares sobre el derecho a la salud aplicable en relación con el principio de progresividad.

¹⁶ Sentencia *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Puntos resolutive. (1).

medicación indicada a la toda persona afectada, ofrecer a la población las pruebas diagnósticas para la detección del VIH, implementar un programa de capacitación para funcionarios del sistema de salud, garantizar el tratamiento médico adecuado a mujeres embarazadas que viven con VIH y realizar un campaña nacional de concientización y sensibilización en la temática”.¹⁷

Como hemos expresado esta interpretación resulta innovadora. Abre en definitiva las puertas a un nuevo aspecto que potencia la justiciabilidad del derecho humano a la salud en su carácter de derecho de naturaleza económica y social y determina la obligación de progresividad prohibiendo la inactividad del Estado en su tarea de instrumentar acciones para la efectiva protección de estos derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o a su integridad personal.

V. ÉTICA Y DERECHO

La reseña esbozada en esta nota nos permite realizar algunas consideraciones que aluden al respeto a los derechos humanos como un imperativo ético.¹⁸

La atención sanitaria comprende en su esencia el respeto a la dignidad de la persona y la consideración de su condición humana¹⁹. El ordenamiento jurídico internacional ha ido en estos 70 años de consolidación normativa incorporando paulatinamente previsiones relativas a la salud como valor a proteger inherente a la persona humana, y concretamente al reconocimiento del derecho humano a la salud, lo que comprende la atención sanitaria de calidad, el acceso a tratamientos y medicamentos y la consideración de otros aspectos determinantes de la salud como la alimentación y la satisfacción de necesidades básicas.

Este proceso también se va profundizando en el ámbito jurisprudencial con interpretaciones que van marcando una tendencia hacia la justiciabilidad de los derechos de naturaleza económica y social. Y concretamente en relación al derecho humano a la salud la interpretación que apuesta a proyectar el principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la CADH en vinculación con el artículo 1 relativo a la obligación de respetar los derechos reconocidos en ella y a garantizar su pleno y libre ejercicio en toda su jurisdicción.

Este proceso que consideramos relevante, entendemos debe ir acompañado de las consideraciones que promuevan el vínculo con la Ética de lo vital. Para poder incorporar la perspectiva de la Bioética en el encuadre normativo, contribuyendo a permear las decisiones a adoptarse en relación a los asuntos que se diriman en el plano jurisdiccional. La progresividad en materia de derecho humano a la salud supone la proyección de

¹⁷ Sentencia Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Puntos Resolutivos. (14).

¹⁸ Puede ampliarse en CASADO, María. “Bioética y Derecho”. En “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”. Granada, 2016, pp. 29 a 46.

¹⁹ Puede ampliarse en texto de nuestra autoría: “La dignidad humana como parámetro de interpretación en fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Bioética. ¿La definición inexistente? Revista de Derecho Público No. 49. Montevideo 2016, pp. 31 a 54. Disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/49/archivos/Blengio49.pdf> Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

principios tales como la autonomía y la auto determinación; la protección de la vulnerabilidad; la no estigmatización y no discriminación y el principio de justicia. Entendida esta como principio que refiere a la equidad en la distribución de los servicios o beneficios sanitarios o asistenciales. Según este principio se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo de que sean tratados con justicia y equidad.²⁰

El vínculo entre Ética y Derechos Humanos se transforma en un factor ineludible para determinar el alcance de las obligaciones estatales y por ende la responsabilidad estatal. Dicha complementación habilita a incorporar aspectos éticos insoslayables como por ejemplo las previsiones contenidas en la propia Declaración de Bioética y Derechos Humanos relativas a la vulnerabilidad humana señalando que tanto individuos como grupos especialmente vulnerables “deberán ser protegidos respetando su integridad personal” (artículo 8). Así también el principio de responsabilidad social y salud incluido en el documento (artículo 14) que prevé la promoción de la salud y el desarrollo social como un cometido esencial de los gobiernos debiéndose promover el acceso a la atención médica de calidad y a medicamentos esenciales, “ya que la salud es un bien social y humano”. Así también el acceso a una alimentación adecuada y a la mejora de las condiciones de vida, incluyendo la “supresión de la marginación y exclusión de personas por cualquier motivo”.

Considerando relevante la profundización de las temática relativa a la justiciabilidad de los DESC y específicamente la consideración del derecho humano a la salud como un derecho autónomo según se vislumbra en la jurisprudencia de la Corte IDH, se considera como factor de proyección la necesidad de incorporar el vínculo existente entre el “dilema ético” y el “respeto a los derechos de la persona basados en su condición humana”.

La consideración ética de la vida humana comprende el reconocimiento del derecho a tener derechos, basado en los principios de interdependencia e indivisibilidad que habilitan a proteger la vida humana desde una mirada holística que comprenda la esencia misma de la persona y su dignidad.

Reafirmamos entonces la necesidad de que el sistema interamericano cuyo desarrollo continúa profundizando la justiciabilidad de los derechos en su integralidad, también incorpore en forma progresiva previsiones normativas concretas que desde el propio sistema interamericano, comprendan consideraciones éticas. De forma de visualizar mínimos éticos que permitan fortalecer el valor intrínseco de la dignidad humana y su protección por parte de la norma internacional. Reafirmación que se realiza por entender relevante el hecho de concientizar al ser humano en la necesidad de reflexionar sobre su propia existencia como fundamento de la Humanidad.

²⁰ Declaración de Bioética y Derechos Humanos (2005) Unesco. Artículo 10. Puede ampliarse en BERGEL, Salvador. “Responsabilidad social y salud”. En la obra “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO”. Granada, 2006, pp. 395 a 420.

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES REVISTA DERECHO PÚBLICO

1.- Se publicarán trabajos originales.

2.- El idioma oficial de la Revista es el español sin perjuicio de lo cual se publicarán también textos originales en francés, inglés, portugués e italiano.

3.- Las colaboraciones deben remitirse a la dirección electrónica: ius@netgate.com.uy.

4.- Los originales se someten a evaluación externa por pares antes de su publicación. Se detalla objetivo y procedimiento del arbitraje:

Como requisito para la publicación se establece un régimen de evaluación por árbitros externos quienes revisten la calidad de juristas destacados en su especialidad pudiendo ser nacionales y extranjeros.

Una vez recibido el artículo se designarán dos evaluadores en vinculación directa con la temática abordada por el autor del trabajo y su especialidad. Aceptada la evaluación por parte del árbitro designado, éste contará de un plazo de 30 días para evaluar el texto. El informe del evaluador deberá señalar específicamente si el texto reúne los requisitos de calidad y solidez suficientes como para ser publicado en la Revista de Derecho Público. En caso que se formulen observaciones por parte de los árbitros, las mismas podrán ser trasladadas al autor a los efectos de que las subsane.

Todo el proceso de evaluación se realizará en forma confidencial. La revisión será de carácter anónima tanto para el evaluador como para el autor. En ningún caso se comunicará al autor quien ha realizado su evaluación externa. La lista de evaluadores también será anónima.

Podrán incluirse en la publicación textos que en virtud de haber sido solicitados expresamente al autor en su carácter de referente o especialista, no observen el proceso de evaluación externa. Estos casos serán de carácter excepcional.

5.- Los autores deben identificarse con su nombre completo, titulación y aportar su correo electrónico el cual será incluido al pie de esta mención.

6.- Los artículos de doctrina deberán tener un máximo de 30 páginas incluida la bibliografía utilizada para la elaboración del trabajo. Los comentarios jurisprudenciales tendrán como extensión máxima 15 páginas. Las notas de legislación o consultas un máximo de 10 páginas y las reseñas bibliográficas 5 páginas.

7.- Tipo de letra: Los trabajos deberán estar escritos a doble espacio, en formato A4, con tamaño de letra 12 para el texto propiamente tal y 10 para las notas al pie.

8.- Los autores incluirán un breve resumen en el idioma original del artículo y en idioma inglés y cinco palabras claves o descriptores de la materia en su idioma original, debiendo también ser traducidas al idioma inglés.

9.- Los gráficos, tablas y/o material fotográfico deberán acompañarse con un breve texto al pie del mismo. No obstante la Dirección de la Revista se reserva la posibilidad de modificar su tamaño o su ubicación, en razón de la diagramación o diseño de la misma.

10.- Abreviaturas: Si el autor incluye abreviaturas deberá consignar en la segunda nota al pie identificada con dos asteriscos (**) su descripción.

Ejemplo: PNUD: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo; cap.: capítulo; art.: artículo; V.: ver.

11.- Se deben adoptar las siguientes pautas:

7.1.- Referencias a fuentes en el texto del trabajo. Deberán ser citadas las fuentes, numeradas en orden correlativo identificándose la primera con el número 1.

7.2.- Bibliografía consultada. Al final de cada artículo de doctrina deberá incluirse la bibliografía empleada ordenada alfabéticamente por el apellido del autor.

12.- Las formas de identificar las fuentes según su tipo:

Estas rigen para identificar fuentes en REFERENCIAS en el texto del trabajo y en el listado de BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA que debe incluirse al final del trabajo.

La página precisa que se cita, se incluirá solamente en las REFERENCIAS a fuentes en el texto del trabajo.

Manuales o monografías: identificación de autor/es (apellido en mayúscula y nombre en minúscula separado por una “coma”). Título de la obra en cursiva, edición (solo si no es la primera) y con indicación de ser traducción o reimpresión; ciudad de edición; editorial; año de publicación; tomo o volumen citado y página empleada. Si es una sola página se utilizará la letra “p” seguida de un “punto” y el número preciso de la página (ejemplo p.12) Si son varias páginas se empleará la expresión “pp” seguida de un “punto” y de los números precisos de las páginas (ejemplo pp. 12- 45) o del primer número y las expresiones “y”, “ss” o “sgtes”. (Ejemplo pp 12 y ss. o pp. 12 y sptes).

Ejemplo: VALDES COSTA, Ramón. *Curso de Derecho Tributario*, 3º. Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2001, p. 12.

Ejemplo 2: VALDES COSTA, Ramón. *Curso de Derecho Tributario*, 3°. Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2001, pp. 12 – 45.

Artículos de revistas: identificación del autor/es (apellido en mayúscula y nombre en minúscula separado por una “coma”). Título del artículo entre comillas, título de la publicación en cursiva precedido de la palabra “en”; volumen; número; año (entre paréntesis) y la página/s empleadas.

Ejemplo: CAGNONI, José Aníbal. “Constitución y jurisdicción militar” en *Revista de Derecho Público*, No. 34. (2008), pp. 41 – 58.

Partes de obras colectivas: Identificación de los autores (apellido en mayúscula y nombre en minúscula separado por una “coma”); responsabilidad de la obra precedida de la preposición “en” (indicándose apellido del editor, director, compilador, coordinador); título de la obra en cursiva; edición (solo si no es la primera); ciudad de edición; editorial, año de publicación; tomo o volumen si procede y la página/s empleadas.

Ejemplo: AYALA CORAO, Carlos. “El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos”, En FIX ZAMUDIO, Héctor (Coordinador) *México y las declaraciones de derechos humanos*, México. UNAM IIJ, 1999, pp. 99 y sgtes.

Documentos electrónicos: Incluir la palabra “Disponible en”: seguida de la dirección de Internet íntegra y” agregándose la fecha de consulta al sitio.

Ejemplo: Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/> Fecha de consulta: 6.11.2011.

Citas de fuentes ya citadas: Incluir apellido en mayúscula y nombre en minúscula del autor, agregar la expresión op cit. (en cursiva) e indicar el número de la página empleada.

Ejemplo: GROS ESPIELL, Héctor, *op. cit.* p. 22.

La Revista de Derecho Público es de acceso abierto. Los autores acceden a la publicación on line y con acceso libre y universal del texto enviado.

Todo el contenido es de libre consulta y sin costo alguno. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, e imprimir los aportes de esta publicación sin solicitar autorización del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones. En todos los casos y sin excepciones deberá citarse la fuente. De acuerdo a los parámetros BOAI (Budapest Open Access Initiative) de acceso abierto.

PUBLICATION GUIDELINES FOR AUTHORS REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

1.-Only original works will be published.

2.-Spanish is the official language of this journal. Nevertheless, texts written originally in French, English, Portuguese and Italian will also be published.

3.-Collaborations must be emailed to the following address: ius@netgat.com.uy

4.-The original works are subjected to evaluation by pairs of outside reviewers prior to the publication. The aim and procedure of the arbitration are as follows:

An evaluation system is established as a requirement for publication. It is performed by outside arbitrates, locals or foreigners, who are qualified jurists proficient in their field of expertise.

Once the article has been received, we will select two reviewers who are directly related to both the topic addressed by the author of the work and their field of expertise. The selected arbitrate, after having accepted the evaluation task, will have 30 days to review the text. The reviewers' report must indicate specifically whether the text has fulfilled all the quality and solidity requirements needed to be published in *Revista Derecho Público*. If arbitrates should make any observations, these will be communicated to authors so that they can correct their work.

The entire evaluation process will be confidential. The review will be as anonymous to the reviewer as it will be to the author. Under no circumstances will authors be made aware of who were their outside evaluators. The reviewers list will also be anonymous.

Texts which were not subjected to the outside evaluation process because they had been requested directly to the author in their capacity of qualified referent or specialist will be allowed to be included in the publication. These are exceptional cases.

5. - Authors must identify themselves by their full name and title, and must also give their email address, which will be included after the previous information has been mentioned.

6.-Articles on doctrine must have a maximum of 30 pages, including the bibliography used to write the work. Jurisprudential comments should be a maximum of 15 pages long. Notes regarding legislation or consultations a maximum of 10 pages and bibliographic reviews of 5 pages.

7. - Font: The texts must be written in double-spaced lines in A4 format. While the font size must be 12 for the text itself, footnotes should be written in font size 10.

8.-The authors must include a brief summary in the original language in which the article was written as well as the summary's translation into English. Also, they must include 5 keywords or words that describe the subject matter in both languages.

9.-Graphs, tables and/or photographic material must have a brief caption. Nevertheless, this Journal's administration may, if necessary, modify its size or location depending on the layout.

10.-Abbreviations: Should the author include abbreviations, their definition must be indicated in the second footnote, identified with two asterisks (**)

Example: UNDO: United Nations Development Programme; ch.: chapter; art.: article.; V.: see.

7.-We recommend following the next guidelines:

7.1.-In-text citations of sources: sources must be cited. They must be numbered in the corresponding order, the first citation being number 1.

7.2.- Consulted bibliography. At the end of each article on doctrine, the used bibliography must be included in alphabetical order according to the authors' surnames.

8.-How to identify sources according to their type:

The following information can be used to identify in-text REFERENCES and in the CONSULTED BIBLIOGRAPHY list which must be included at the end of the work.

The specific page which is being cited will be included only in the in-text REFERENCES.

Handbooks or monographs: identification of the author/s (surname in capital letters, and name in lower case, separated by a 'comma'). Italicized title of the work, edition (only if it is not the first edition) and indicating whether it is a translation or reprint. If it is one page only the letter 'p' followed by a 'stop' will be used as well as the exact page number (e.g. p.12). If there are several pages you must use the expression 'pp' followed by a 'stop' and the exact page numbers (e.g. pp.12-45), or the first page number and the expressions 'f' or 'ff'. (e.g. pp.12f or pp.12ff).

Example: VALDES COSTA, Ramón. *Curso de Derecho Tributario* (3rd ed.), Bogotá, Editorial Temis, 2001, p.12.

Example 2: VALDES COSTA, Ramón. *Curso de Derecho Tributario* (3rd ed.), Bogotá, Editorial Temis, 2001, pp. 12-45.

Journal articles: identification of the author/s (surname in capital letters and name in lower case separated by a 'comma'), title of the article between inverted commas; italicized title of publication; volume; number; year (between parentheses) and the used page/s.

Example: CAGNONI, José Aníbal. 'Constitución y Jurisdicción militar'. *Revista de Derecho Público*, No.34 (2008), pp. 41-58.

Collective works sections: identification of the authors (surname in capital letters and name in lower case separated by a 'comma'); the person responsible for the work (indicating the surname of the editor, director, compiler, coordinator); title of work in italics; edition (only if it is not the first one); city of edition; publisher, year of publication; volume if appropriate, and the page/s used.

Example: AYALA CORAO, Carlos. 'El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos' FIZZAMUDIO, Héctor (Coordinator) *México y las declaraciones de derechos humanos*, Mexico. UNAM IIJ, 1999, pp. 99 ff.

Electronic sources: include expression 'available at:' followed by the complete Internet webpage address as well as the date in which the webpage was consulted.

Example: Available at: <http://www.corteidh.or.cr/> Consultation date: 11.6.2011

Sources previously cited: Include surname in capital letters and name in lower case of the author, add expression *op. cit.* (in italics) and indicate the number of the used page.

Example: GROS ESPIELL, Héctor, *op. cit.* p. 22

Revista Derecho Público is an open access journal. The authors can access the publication online of the emailed text, which is made available for the public unrestrictedly.

The entire content is available for consultation and free of charge. Users can read, download, copy, distribute, and print the contributions of this publication without requesting any authorization on the part of the editor or on the author, as long as there is no economic benefit obtained in the aforementioned operations. In every case and without exceptions the source must be cited, in accordance to BOAI (Budapest Open Access Initiative) definition of open access.