



Estudio sobre armonización
legislativa conforme a los

TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS RATIFICADOS POR URUGUAY

u otras normas legales con
fuerza vinculante



OACDH



IELSUR



Uruguay



OACDH



IELSUR



Uruguay

ESTUDIO SOBRE
ARMONIZACIÓN
LEGISLATIVA
CONFORME A LOS
TRATADOS DE
DERECHOS
HUMANOS
RATIFICADOS
POR URUGUAY

**u otras normas legales con
fuerza vinculante**

Este documento fue preparado por el Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR) en el marco del Proyecto de Asistencia Técnica al Parlamento que lleva adelante el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en Uruguay (PNUD).

El análisis y las recomendaciones políticas de esta publicación no reflejan necesariamente las opiniones del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en Uruguay, de su Junta Ejecutiva ni de sus Estados Miembros, ni de la Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos de Naciones Unidas ni de la Unión Interparlamentaria.

El informe es una publicación independiente preparada por encargo del PNUD. Todos los derechos reservados.

© IELSUR, 2006

© PNUD Uruguay, 2006

Autoría: IELSUR (Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay).
Equipo de investigación y redacción: Gianella Bardazano, Diego Camaño, Jorge Pan, Luis Pedernera, Silvana Pedrowicz y Martín Sbrocca.

Revisión y comentarios: Ariela Peralta, Consultora OACDH-PNUD
Foto cubierta: Andrés Cribari

Diseño y Armado:  **productora**editorial

ISBN: 9974 - 581 - 37 - 0

Depósito Legal: 338 368 - 06

Impreso en Uruguay por Productora Editorial
Zelmar Michelini 1116
11100 Montevideo, Uruguay
proedit@productoraeditorial.com

ÍNDICE

PRÓLOGOS	15
Palabras del Presidente de la Asamblea General. <i>Sr. Rodolfo Nin Novoa</i>	17
Palabras del Presidente de la Cámara de Representantes. <i>Dr. Julio Cardozo Ferreira</i>	19
Palabras de la Alta Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <i>Sra. Louise Arbour</i>	21
Palabras del Coordinador Residente de las Naciones Unidas y Representante Residente del Programa de Naciones para el Desarrollo en Uruguay. <i>Sr. Pablo Mandeville</i>	23
INTRODUCCIÓN	25
RESUMEN EJECUTIVO	33
1. Introducción. Importancia del estudio	35
2. Metodología	38
3. Recomendaciones específicas sobre ejecutabilidad e incorporación de las disposiciones de derechos humanos al derecho interno	40
4. Resumen de las recomendaciones de los informes temáticos	41
4.1. Amparo y <i>hábeas corpus</i>	42
4.1.1. Amparo	42
4.1.2. <i>Hábeas corpus</i>	43
4.2. Estados de excepción	44
4.3. Derecho a la información	45

4.4. Acceso a la justicia y administración de justicia	47
4.5. Proceso penal	50
4.6. Detención, privación de libertad y tortura	52
4.6.1. Detenciones y privación de libertad	52
4.6.2. Torturas	53
4.7. Cárceles	55
4.8. Corrupción	57
4.9. Infancia	59
4.10. Discriminación	61
4.11. Género	62
4.12. Derecho penal internacional	64
4.13. Sindicalización	65
4.14. Refugio	66
4.15. Migrantes	68
4.16. Salud y enfermedad mental	70
4.17. Discapacidad	71
4.18. VIH-SIDA	72

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO	75
1. Sustento teórico de la identificación del marco legal y de la jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos	77
2. Sustento teórico y legal de las interpretaciones que se consideran para el abordaje del estudio comparativo con vistas a la armonización	83
2.1. Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fuero interno	89
2.2. Derecho internacional de los derechos humanos en el derecho uruguayo	91
2.3. Recomendaciones específicas sobre ejecutabilidad e incorporación de las disposiciones de derechos humanos al derecho interno	95

2.4. Situación del Estado uruguayo en relación al cumplimiento de plazos de presentación de los informes a los comités de Naciones Unidas	97
---	----

CAPÍTULO II

LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO FRENTE

A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS	101
---	------------

1. Introducción	103
2. Los derechos económicos, sociales y culturales	104

CAPÍTULO III

INFORMES TEMÁTICOS	113
---------------------------------	------------

1. Amparo y <i>hábeas corpus</i>	115
1.1. Listado de las normas que regulan el tema	115
1.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	115
1.1.2. Derecho interno	116
1.2. Reseña de principios y estándares internacionales	116
1.2.1. Amparo	116
1.2.2. <i>Hábeas corpus</i>	118
1.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	121
1.3.1. Amparo	121
1.3.2. <i>Hábeas corpus</i>	123
1.4. Reseña de recomendaciones	125
1.4.1. Amparo	125
1.4.2. <i>Hábeas corpus</i>	126
2. Estados de excepción	128
2.1. Listado de las normas que regulan el tema	128
2.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	128
2.1.2. Derecho interno	129
2.2. Reseña de principios y estándares internacionales	129
2.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	133
2.4. Reseña de recomendaciones	134

3. Derecho a la información	136
3.1. Listado de las normas que regulan el tema	136
3.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	136
3.1.2. Derecho interno	137
3.2. Reseña de principios y estándares internacionales	138
3.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	145
3.4. Reseña de recomendaciones	148
4. Acceso a la justicia y administración de justicia	153
4.1. Listado de las normas que regulan el tema	153
4.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	153
4.1.2. Derecho interno	154
4.2. Reseña de principios y estándares internacionales	155
4.2.1. Acceso a la justicia	155
4.2.2. Administración de justicia	156
4.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	161
4.3.1. Acceso a la justicia	161
4.3.2. Administración de justicia	162
4.4. Reseña de recomendaciones	170
5. Proceso penal	175
5.1. Listado de las normas que regulan el tema	175
5.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	175
5.2. Reseña de principios y estándares internacionales	177
5.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	192
5.4. Reseña de recomendaciones	195
6. Detención, privación de libertad y tortura	198
6.1. Listado de las normas que regulan el tema	198
6.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	198
6.1.2. Derecho interno	200
6.2. Reseña de principios y estándares internacionales	200
6.2.1. Detenciones y privación de libertad	200

6.2.2. Torturas	208
6.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	215
6.3.1. Detenciones y privación de libertad	215
6.3.2. Torturas	218
6.4. Reseña de recomendaciones	218
6.4.1. Detenciones y privación de libertad	218
6.4.2. Torturas	224
7. Cárceles	226
7.1. Listado de las normas que regulan el tema	226
7.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	226
7.1.2. Derecho interno	228
7.2. Reseña de principios y estándares internacionales	228
7.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	234
7.4. Reseña de recomendaciones	235
8. Corrupción	239
8.1. Listado de las normas que regulan el tema	239
8.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	239
8.1.2. Derecho interno	239
8.2. Reseña de principios y estándares internacionales	240
8.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	245
8.4. Reseña de recomendaciones	247
9. Infancia	251
9.1. Listado de las normas que regulan el tema	251
9.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	251
9.1.2. Derecho interno	254
9.2. Reseña de principios y estándares internacionales	254
9.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	260
9.4. Reseña de recomendaciones	266

9.4.1. Modificación de artículos del Código de la Niñez y la Adolescencia (ley 17.823)	266
9.4.2. Técnica legislativa y derogación expresa de leyes	266
9.4.3. Articulado	268
9.4.4. Sobre filiación	270
9.4.5. Régimen de determinación de edades	274
9.4.6. Adopciones y legitimación adoptiva	275
9.4.7. Reglamentos para privados de libertad	275
9.4.8. Reglamentos educativos	277
9.4.9. Derecho laboral	279
10. Discriminación	279
10.1. Listado de las normas que regulan el tema	279
10.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	279
10.1.2. Derecho interno	282
10.2. Reseña de principios y estándares internacionales	283
10.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	286
10.4. Reseña de recomendaciones	289
11. Género	291
11.1. Listado de las normas que regulan el tema	291
11.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	291
11.1.2. Derecho interno	293
11.2. Reseña de principios y estándares internacionales	294
11.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	300
11.3.1. Vacío vinculado a las cuotas electorales de género....	300
11.3.2. Estereotipos de masculinidad, feminidad y discriminación	301
11.3.3. Violencia doméstica	308
11.3.4. Salud	309
11.4. Reseña de recomendaciones	311
12. Derecho penal internacional	315
12.1. Listado de las normas que regulan el tema	315

12.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	315
12.1.2. Derecho interno	317
12.2. Reseña de principios y estándares internacionales	317
12.2.1. Genocidio	321
12.2.2. Terrorismo	322
12.2.3. Crímenes de lesa humanidad	322
12.2.4. Desaparición forzada de personas	323
12.2.5. Tortura	323
12.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	324
12.4. Reseña de recomendaciones	325
13. Sindicalización	328
13.1. Listado de las normas que regulan el tema	328
13.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	328
13.1.2. Derecho interno	329
13.2. Reseña de principios y estándares internacionales.	329
13.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	330
13.4. Reseña de recomendaciones	333
14. Refugio	334
14.1. Listado de las normas que regulan el tema	334
14.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	334
14.1.2. Derecho interno	335
14.2. Reseña de principios y estándares internacionales.....	335
14.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	337
14.4. Reseña de recomendaciones	337
15. Migrantes	340
15.1. Listado de las normas que regulan el tema	340
15.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	340
15.1.2. Derecho interno	341
15.2. Reseña de principios y estándares internacionales	342
15.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	343

15.4. Reseña de recomendaciones	345
16. Salud y enfermedad mental	347
16.1. Listado de las normas que regulan el tema	347
16.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	347
16.1.2. Derecho interno	348
16.2. Reseña de principios y estándares internacionales	349
16.2.1. Declaración de Caracas	351
16.2.2. PSM	351
16.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	352
16.4. Reseña de recomendaciones	355
17. Discapacidad	358
17.1. Listado de las normas que regulan el tema	358
17.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	358
17.1.2. Derecho interno	360
17.2. Reseña de principios y estándares internacionales	361
17.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	363
17.4. Reseña de recomendaciones	365
18. VIH/SIDA	367
18.1. Listado de las normas que regulan el tema	367
18.1.1. Derecho internacional de los derechos humanos	367
18.1.2. Derecho interno	368
18.2. Reseña de principios y estándares internacionales	368
18.3. Reseña de las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna	372
18.4. Reseña de recomendaciones	373
CONCLUSIONES	377
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	381

TABLA DE SIGLAS DE NORMAS E INSTRUMENTOS MÁS CITADOS

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CAED	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad.
CCT	Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
CDH	Comité de Derechos Humanos.
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño.
CEDAW	Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos.
CICC	Convención Interamericana Contra la Corrupción.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CoEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos.
CtEDH	Corte Europea de Derechos Humanos.
CtIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CtPI	Corte Penal Internacional.
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
DDI	Declaración de los Derechos de los Impedidos.
DRM	Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.
ECPI	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

- NUIO** Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.
- PIDCP** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- PIDESC** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- PF-CCT** Protocolo Facultativo de la CCT.
- PNU** Programa de acción mundial para las personas con discapacidad.
- PSM** Principios sobre la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental.

DERECHO INTERNO

- CC** Código Civil.
- CGP** Código General del Proceso.
- CP** Código Penal.
- CPP** Código del Proceso Penal.
- LOT** Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales.

prólogos

PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA GENERAL, SR. RODOLFO NIN NOVOA

El libro contiene una serie de valiosos resultados vinculados con la armonización del marco legal interno uruguayo, en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, resultados que merecen ser analizados en profundidad.

El análisis de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Uruguay, así como de las obligaciones de las fuentes vinculantes en virtud del derecho consuetudinario, tiene por finalidad –como lo dicen los autores del libro– adecuar el derecho nacional a sus requerimientos.

Se procura de esa forma, contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho, buscando optimizar la aplicación de los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos, objetivos estos plenamente compartibles.

La consolidación de la democracia y el fortalecimiento de sus instituciones en general y del Parlamento en particular, de acuerdo a una perspectiva centrada en el respeto y la plena vigencia de los derechos humanos, es clave en el Uruguay de hoy. Elementos como los volcados en este libro que permiten la revisión de los instrumentos jurídicos que garantizan esos derechos y que lleven a su cumplimiento práctico pleno son bienvenidos.

Este trabajo no sólo tiene un adecuado sustento teórico y legal de las interpretaciones que se consideran para el abordaje del estudio comparativo con vistas a la armonización legislativa propuesta, sino que aporta elementos concretos de reflexión, más allá de la convergencia o divergencia con las conceptualizaciones realizadas.

El estudio, pues, aporta elementos muy valiosos para la discusión de una serie de temáticas muy relevantes y no sólo reseña las inadecuaciones y vacíos de la legislación interna vigente, sino que realiza una serie de recomendaciones importantes, que seguramente serán un disparador para la discusión legislativa caracterizada, en nuestro país, por la diversidad de

posiciones y la tolerancia por los puntos de vista de quienes representan a muy variadas corrientes político-partidarias.

En concreto las temáticas reseñadas, cuyo abordaje es muy importante para ser abordadas con un amplio espíritu de armonización, se pueden agrupar en cuatro grandes bloques: en primer lugar, las que abordan la situación de la legislación sobre la infancia, la discriminación, las vinculadas al género, al VIH/SIDA, la enfermedad mental, a los migrantes y a la discapacidad; en segundo lugar, las que hacen a derechos básicos como el de amparo y el de *hábeas corpus*, a las condiciones de detención, de privación de libertad y las salvaguardias existentes frente a la tortura, así como la situación de las cárceles y las garantías vigentes para el refugio; en tercer lugar, el derecho a la información, a la sindicalización y el acceso a la justicia y a la administración de la misma. Vinculado a este último tema se desarrollan finalmente en el estudio las características del proceso penal uruguayo, cuáles son los instrumentos legales de combate a la corrupción, cómo están establecidas las condiciones para que se implanten los estados de excepción y cómo se contempla el derecho penal internacional por parte del Uruguay.

Por todo lo anterior, damos la bienvenida a este esfuerzo intelectual realizado por IELSUR con el apoyo del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y los invitamos a la lectura de este libro, sin duda de referencia obligada para quienes quieran internarse en los procesos de armonización legislativa dotados de un mapa de ruta amplio y preciso.

Sr. Rodolfo NIN NOVOA
Presidente de la Asamblea General

PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES, DR. JULIO CARDOZO FERREIRA

El presente estudio constituye un singular esfuerzo que resulta valorable en varios aspectos. Primeramente, por la labor de investigación que ha implicado, ya que el estudio no se agota en un mero análisis de la normativa vigente –lo que de por sí es destacable– sino que ha supuesto etapas tanto interpretativas como propositivas acerca de la misma. Segundo, por configurar una importante herramienta para la acción, y principalmente por constituir un acicate hacia la misma, un importante estímulo para el trabajo sobre los derechos humanos.

La protección de los derechos humanos es la protección misma del sistema democrático, el cual se defiende a través de la construcción de espacios de civilidad en que se proteja al individuo asumiéndolo como parte del sistema y protegiendo el derecho a ser parte del mismo.

Esa construcción supone un trayecto, no es un destino. Es un camino que requiere el aporte de todos los ciudadanos, el compromiso de todas las fuerzas políticas y sociales; supone entonces la construcción de una política de Estado acerca de los derechos del hombre. Implica la base a través de la cual construiremos la sociedad que viene, la cual no puede ser sino en base al desarrollo integral del individuo, un desarrollo que sólo puede admitir el mayor grado de dignidad posible en la vida de los ciudadanos.

Para todo ello necesitamos una herramienta como la que el presente trabajo brinda. De la armonización de los instrumentos normativos que reflejan la conciencia jurídica universal depende en buena parte esa construcción de la que hablamos. La que genere la conciencia nacional acerca de la relevancia de estudios como el realizado, para vitalizar nuestro Estado de Derecho.

Para todo esto es básica la participación de Parlamento Nacional como expresión de representación política y como espacio de elaboración de cultura política. Y esa cultura debe estar impregnada por la noción de derechos humanos existente en el escenario internacional.

Por todo lo señalado aplaudimos este trabajo y esperamos –y comprometemos– resulte fructífero para el trabajo parlamentario necesario para alcanzar la plenitud de goce de los derechos humanos en Uruguay y lograr un Estado de Derecho con ciudadanos que se asuman como tales.

Dr. Julio CARDOZO FERREIRA
Presidente de la Cámara de Representantes

PALABRAS DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, SRA. LOUISE ARBOUR

La democracia y los derechos humanos son interdependientes e inseparables. La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce la dignidad inherente de toda persona así como la igualdad de los derechos que son al mismo tiempo inalienables. También reconoce que cuando los derechos humanos no están protegidos por la ley, podrían aparecer la tiranía y la opresión. Por lo tanto, para que un gobierno sea legítimo, debe reflejar la voluntad del pueblo a través de elecciones periódicas y genuinas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece derechos esenciales para el buen funcionamiento de la democracia, como son la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad de religión y el derecho a un juicio digno con un tribunal independiente e imparcial. Los estándares de los derechos humanos deben ser la base de cualquier concepto significativo de democracia, y la democracia debe ofrecer el marco para la promoción y protección de los derechos humanos.

La protección de la democracia y de los derechos humanos requiere instituciones y leyes efectivas. El principio de la separación de poderes y el sistema de control y balance deberían ser reconocidos en el funcionamiento de estas instituciones. Las provisiones legales deberían facilitar los medios a través de los cuales los derechos humanos pueden ser satisfechos. Estas provisiones deberían ser consistentes con los estándares internacionales, establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados internacionales de derechos humanos.

La incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos en los sistemas legales y constitucionales nacionales, el establecimiento de mecanismos eficientes para aplicarlos, incluyendo un poder judicial fuerte e independiente, capaz de aplicar la justicia y dictar remedios, así como un compromiso legislativo para el pleno ejercicio de la legislación

y responsabilidades, son elementos indispensables para un concepto pleno de democracia. Estos son también una ilustración de la indiscutible interdependencia entre los conceptos de democracia, derechos humanos y estado de derecho.

El compromiso sincero y activo del Parlamento de Uruguay de armonizar la legislación nacional con los estándares internacionales de derechos humanos es una inversión política a largo plazo que contribuirá a asegurar la paz, la justicia y la prosperidad, aumentará la participación cívica y favorecerá la efectividad de las instituciones. El rol esencial de las legislaturas elegidas democráticamente requiere de un compromiso para la protección de los derechos humanos, y un vínculo vital institucional entre el pueblo y sus representantes. Como cuerpo representativo de los ciudadanos, el Parlamento salvaguarda tanto la diversidad como el pluralismo de la sociedad. Los parlamentarios deben hacer una contribución única diseñando las políticas y fortaleciendo las instituciones democráticas, a través de su rol de guardianes de los derechos humanos.

Realizando esfuerzos para conseguir la armonización de la legislación interna con los estándares internacionales de derechos humanos, Uruguay establece la base para una cultura de derechos humanos. Esta publicación es el resultado de una profunda y extensa investigación elaborada por IELSUR en coordinación con mi oficina. Es mi más sincera esperanza que este estudio sirva para promover la revisión de las leyes existentes y fortalecer la protección de los derechos humanos en Uruguay.

Sra. Louise ARBOUR

Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

PALABRAS DEL COORDINADOR RESIDENTE DE LAS NACIONES UNIDAS Y REPRESENTANTE RESIDENTE DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO EN URUGUAY, SR. PABLO MANDEVILLE

Es un honor presentar este *«Estudio sobre Armonización Legislativa conforme a los tratados de Derechos Humanos ratificados por Uruguay»*, realizado por IELSUR en el marco del Proyecto de Asistencia Técnica al Parlamento de Uruguay –en el que colaboraron estrechamente la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Unión Interparlamentaria y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo– en un momento en que el país ha decidido profundizar y sistematizar el debate sobre los derechos humanos.

Los derechos humanos no pueden restringirse, ni ser percibidos, como meras categorías enunciativas. Para su respeto y ejercicio pleno, los derechos humanos requieren la ratificación de los instrumentos internacionales en la materia, así como su adecuada incorporación en el orden jurídico de cada país, lo cual pasa también por la adopción de políticas públicas integrales y eficaces, que garanticen su cumplimiento y aseguren la consonancia con las obligaciones internacionales contraídas.

La plena vigencia de los derechos humanos es obligación de los Estados signatarios de las convenciones internacionales en la materia. Esos Estados asumen asimismo el compromiso de armonizar su normativa jurídica de forma compatible con el derecho internacional de los derechos humanos.

Todo proceso de implementación legal implica una instancia de reflexión y diálogo, con la más amplia participación política y social, no solamente sobre los aspectos técnicos-jurídicos, sino también respecto de las opciones instrumentales que surjan de los diversos análisis.

Es función esencial de las Naciones Unidas promover la universalización de los derechos humanos y, en tal sentido, es un objetivo prioritario brindar su colaboración al proceso de adecuación normativa.

Esperamos que el estudio que hoy presentamos sea un aporte para la discusión, con la salvedad de que no incluye todas las áreas temáticas relacionadas con los derechos humanos, y que sus conclusiones y recomendaciones son exclusivamente las de sus autores, con las cuales se podrá estar de acuerdo o disentir. Estas opiniones no representan necesariamente las del Sistema de las Naciones Unidas.

Las Naciones Unidas no recomiendan soluciones jurídicas para cada caso, las que dependerán de las opciones que, en definitiva, cada sociedad adopte considerando las particularidades de su sistema jurídico.

Es, sin embargo, compromiso ineludible de las Naciones Unidas compartir experiencias y lecciones aprendidas, desarrollar análisis, promover un debate participativo, propiciando que en este proceso se continúen generando estudios que, en la diversidad y el contraste, contribuyan a una toma de decisiones plenamente informada.

Con una clara conciencia de que Uruguay es un país comprometido con la universalización de los derechos humanos, que avanza permanente y sistemáticamente, hacia el establecimiento de una normativa adecuada de implementación del derecho internacional de los derechos humanos –siendo muestra de ello, en la actualidad, el tratamiento parlamentario del proyecto de ley que implementa el Estatuto de Roma y varios tratados internacionales de derechos humanos–, bienvenidos sean todos los aportes que, como el presente y desde la diversidad de análisis y opiniones, contribuyan a un mismo objetivo que compartimos, el de la consolidación de una verdadera cultura de los derechos humanos.

Sr. Pablo MANDEVILLE

Coordinador Residente de las Naciones Unidas y Representante Residente del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Uruguay

introducción

INTRODUCCIÓN

Este estudio fue realizado en el marco del Proyecto «Asistencia Técnica al Parlamento de Uruguay», que tiene como uno de sus principales objetivos contribuir al fortalecimiento del rol parlamentario como instancia nacional de promoción y protección de los derechos humanos. Dicha iniciativa es apoyada conjuntamente por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) y la Unión Inter Parlamentaria (UIP).

El presente trabajo contiene los resultados de un estudio de armonización del marco legal interno uruguayo en relación con el derecho internacional de los derechos humanos. En el mismo se analizan los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Uruguay, así como las obligaciones de fuente vinculante en virtud del derecho consuetudinario, con la finalidad de adecuar el derecho nacional a sus requerimientos. El objetivo último de esta publicación es contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho, buscando optimizar la aplicación de los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos.

El fundamento mismo del Estado de Derecho como concepto constitucional se edifica sobre la protección de los derechos y libertades públicas¹. Esta protección se ha reafirmado mediante normas jurídicas que han sido incorporadas al derecho nacional con distintos rangos normativos.

La metodología utilizada para la realización del estudio supone una investigación de tipo cualitativo, conformada por una etapa exploratoria

1 BREWER-CARÍAS, Allan; «Hacia el Fortalecimiento de las instituciones de protección de los Derechos Humanos en el ámbito interno», en GONZÁLEZ VOLIO, Lorena (ed.); *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez*, IIDH, San José de Costa Rica, 1998, pp. 3-31, p. 5 y ss.

de los materiales normativos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho interno; por una etapa descriptiva e interpretativa basada en el análisis comparado de los marcos normativos mencionados, y por una etapa propositiva, en tanto uno de los objetivos específicos propuestos es la formulación de líneas de acción legislativa con miras a la armonización del derecho interno y el internacional, para asegurar la implementación del goce de los derechos reconocidos y establecidos en virtud de las obligaciones internacionales de fuente convencional o consuetudinaria asumidas por el Estado uruguayo.

Los supuestos orientadores de la etapa exploratoria de la investigación suponen una comprensión amplia de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y un posicionamiento *iushumanista* que considera al ser humano como sujeto del derecho internacional. El campo normativo a explorar es el denominado *derecho de los derechos humanos*, que es, «*esencialmente, un conjunto de normas internacionales e internas que, en más de una ocasión, se superponen en el tratamiento de una misma cuestión o de cuestiones que presentan aspectos análogos*»².

Las recomendaciones sobre líneas de acción legislativa para la adecuación del marco legal interno al derecho internacional de los derechos humanos son presentadas, en cada capítulo temático, a continuación de una reseña de las inadecuaciones y vacíos de la normativa interna respecto de los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

En todos los temas que abarca el estudio, las mencionadas reseñas están precedidas de una breve presentación de los principios y estándares internacionales y del listado de la normativa internacional y nacional que fue tomada en cuenta para elaborar el diagnóstico de inadecuaciones y vacíos. Fueron consideradas las normas jurídicas de jerarquía constitucional y legal que hacen referencia directa a los derechos humanos y sus garantías (si bien en algunos temas fue necesario hacer referencia también a decretos, reglamentos y acordadas).

2 PINTO, Mónica; «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.); *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores Del Puerto, Buenos Aires, pp.163-171, p. 163.

Bajo el título «Recomendaciones específicas sobre ejecutabilidad e incorporación de las disposiciones de derechos humanos al derecho interno» se formulan líneas de acción legislativa destinadas a esos fines.

El estudio presupone un enfoque antropocéntrico, así como la identidad del objetivo último, tanto del derecho internacional, como del derecho público interno, cual es la salvaguardia de los derechos del ser humano. Este enfoque conlleva el postulado de que la normativa internacional de protección, incorporada al derecho interno, no puede dejar de ser directamente aplicada por los tribunales nacionales de los Estados que han manifestado su compromiso con los derechos humanos mediante la ratificación o adhesión a los instrumentos internacionales relativos al tema³.

El análisis comparado de los instrumentos normativos de derecho internacional de los derechos humanos con el marco normativo de derecho interno sigue la metodología de la interpretación jurídica aceptada por la doctrina más recibida respecto al derecho internacional de los derechos humanos. Las pautas para la interpretación surgen de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (arts. 31, 32 y 33) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ (art. 29).

La interpretación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos debe hacerse de buena fe, conforme el sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por los tratados en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de cada tratado, pudiendo dicha interpretación involucrar el examen de todo el tratado considerado en su conjunto, si es necesario. Los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios de los instrumentos, son utilizables para confirmar el sentido resultante de la interpretación textual o cuando de ésta resulte un sentido ambiguo u oscuro o conduzca a resultados absurdos o irrazonables⁵. La primacía del elemento textual en la actividad interpretativa supone preferir los criterios objetivos de interpretación en lugar de los subjetivos, que otorgan primacía a la sola intención de las partes.

3 CANÇADO TRINDADE, Antonio; Voto concurrente en el caso «La Última Tentación de Cristo», Sentencia de fondo de 5 de febrero de 2001, CtIDH; (ser. c), n° 73 (2001).

4 En adelante, CADH.

5 CtIDH; Opinión Consultiva OC-3/83, párr. 49.

La idoneidad de los criterios objetivos en la interpretación de materiales normativos relativos a la protección de los derechos humanos resulta fortalecida en virtud de que el objeto y fin de los tratados es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (interpretación teleológica), independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a otros Estados contratantes⁶.

Asimismo, para la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos es aceptada la interpretación evolutiva de los instrumentos de protección, lo cual resulta consecuente con las reglas generales sobre interpretación consagradas en la Convención de Viena. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷, declarando que *«a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que [ésta] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar [esta última] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración»*⁸. La CtIDH ha reconocido que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁹ constituye una fuente de obligaciones para los Estados de la región, las cuales pueden ser interpretadas en el marco de la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos es el principio *pro homine*, *«en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre»*¹⁰.

6 BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert y SHELTON, Dinah; *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Civitas, reimpresión de la 1ª ed. 1990, Madrid, 1994, p.104.

7 En adelante, CtIDH.

8 CtIDH, Opinión Consultiva OC-10/89, párr. 43.

9 En adelante, DADDH.

10 PINTO, Mónica; ob.cit., p. 163.

Los resultados de la etapa interpretativa constituyeron los insumos para la etapa propositiva, en la medida que el intérprete jurídico no agota su contribución en un mero trabajo de exégesis lingüística, «*sino que lo que busca es fundamentalmente inferir a partir del mismo (...) cuál es la conducta prohibida, obligatoria o permitida*»¹¹. El reconocimiento de las lagunas generadas por los incumplimientos de las obligaciones impuestas al Estado, concretamente al legislador, indica no sólo la falta de normas sino también de mecanismos apropiados de garantía¹². El supuesto básico orientador es el principio general de derecho internacional, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de que los Estados Partes en un tratado tienen la obligación de dar cumplimiento a éste de buena fe (*pacta sunt servanda*). Al integrarse las normas de origen internacional al ordenamiento interno, el derecho en su conjunto debe ganar en herramientas para efectivizar la protección integral de los derechos y ofrecer mayores garantías. El sujeto de derecho y de derechos es la persona humana y el Estado se obliga ante él y la comunidad internacional a proteger y garantizar el ejercicio de los mismos, obligándose por tanto a efectuar, en su derecho interno, las modificaciones necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones.

El derecho internacional de los derechos humanos y la mayoría de las constituciones modernas recogen una serie de garantías políticas de los derechos como requisito indispensable para la consolidación de un espacio público democrático. Dichas garantías, concebidas como «garantías primarias»¹³, imponen un conjunto de obligaciones positivas y negativas dirigidas al legislador (y también a la Administración): una obligación negativa de *no regresividad*¹⁴ y, como complemento de esa prohibición de regresividad, la

11 VIGO, Rodolfo; «La interpretación jurídica», en *La Interpretación Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 156.

12 FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 29.

13 Según la terminología adoptada por Ferrajoli en «Derechos fundamentales», *ob.cit.*, *passim*.

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; «La Justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central», en AA.VV.; *La Justicia como garante de los derechos humanos. La independencia del juez*, ILANUD, Unión Europea, San José de Costa Rica, 1996, *passim*.

atribución al legislador de un deber positivo de *progresividad*, esto es, no sólo la obligación de mantener el bienestar obtenido, sino además la obligación de promover su satisfacción positiva y gradual¹⁵. En el mismo sentido, se señala que los progresos alcanzados en un Estado en la protección de los derechos son irreversibles, de modo que siempre será posible «*expandir el alcance o el contenido del derecho, pero no restringirlo, y la evolución no podría orientarse en un sentido distinto al de aumentar el vigor de la protección ofrecida por el régimen internacional*»¹⁶.

15 PISARELLO, Gerardo; «Del estado social legislativo al estado social constitucional. Por una protección compleja de los derechos sociales», en *Isonomía*, N° 15, Octubre 2001, pp. 81-107, p. 94.

16 NIKKEN, Pedro; *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Su Desarrollo Progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, p. 128.

resumen ejecutivo

1. INTRODUCCIÓN. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

Uruguay está entre los países que presentan un altísimo nivel de adhesión formal al sistema de protección internacional de derechos humanos, pues ha ratificado prácticamente todos los instrumentos internacionales en la materia.

Sin embargo, presenta graves falencias a la hora del efectivo cumplimiento de tales normas. Ello se debe a diversos factores.

A nivel internacional, el significativo atraso en la presentación de informes ante los distintos comités de Naciones Unidas impide un seguimiento –por parte de tales órganos de supervisión– del estado de observancia de los diversos tratados de derechos humanos. Sin la presentación de informes no es posible verificar que el Estado vigile de manera constante la situación real respecto de cada uno de los derechos, así como tampoco medir los progresos, identificar los problemas y –quizás lo más importante– apreciar qué tipo de medidas pueden adoptarse para hacer plenamente efectivos los derechos. Por otra parte, dicha situación obstaculiza el examen público de las políticas de los gobiernos en materia de derechos humanos.

A nivel interno, las fallas se manifiestan a través de dos fenómenos:

1. El incumplimiento de diversas observaciones formuladas por los organismos internacionales de supervisión, relacionadas con la inconsistencia entre la normativa internacional y la interna¹.

¹ En el sistema de protección de Naciones Unidas, un buen ejemplo son las reiteradas –y agudas– observaciones del Comité de Derechos Humanos (CDH) en relación al proceso penal y la prisión preventiva (véase Tema N° 5: Proceso Penal), que resultan incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). A nivel regional, debe señalarse el incumplimiento del Informe 29/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el que se declaró la incompatibilidad de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado con la Convención Americana de Derechos

2. La existencia de normas (constitucionales, legales y reglamentarias) que resultan inadecuadas a los instrumentos internacionales mencionados, sea por contradicción entre la normativa interna y la internacional², o por insuficiente protección³ según los estándares internacionales. En otros casos, no es la existencia de normas inadecuadas sino su ausencia⁴ lo que está pautando la necesidad de adoptar medidas legislativas.

Esta situación de reiterados y diversos incumplimientos de la normativa internacional constituye un serio obstáculo a la plena y efectiva vigencia de los derechos humanos a nivel interno, que es el objetivo primordial de todo el sistema internacional, pues titulares de los derechos humanos son todas las personas sometidas a la jurisdicción doméstica.

En efecto, las carencias legislativas repercuten directamente en la labor de todas las autoridades públicas, en especial del Poder Judicial, que es el que tiene a su cargo «la última palabra» cuando de protección de derechos se trata. Si bien es cierto que al propio Poder Judicial le cabe una cuota parte de responsabilidad por la falta de aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos, también debe señalarse la importancia de contar con una legislación adecuada a tales instrumentos, pues de este modo se facilitaría su aplicación por parte de los jueces.

Por otro lado, la falta de adecuación de la normativa doméstica a los estándares internacionales configura una situación de incumplimiento de la obligación internacional de adoptar medidas internas tendientes a la armonización. Dicha obligación no sólo ha sido establecida en diversos instrumentos de derechos humanos⁵ sino que también ha sido objeto de

Humanos (CADH) (véase Tema N° 4: Acceso a la Justicia y Administración de Justicia). En ninguno de estos casos, pese a la claridad de las observaciones formuladas, Uruguay ha implementado los cambios legislativos necesarios.

2. Claramente, es el caso de la prisión preventiva y el PIDCP, así como la manifestación incompatible entre los reglamentos carcelarios y las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos.
3. Un ejemplo paradigmático lo constituye la normativa vigente sobre derecho a la información (Tema N° 3), además de las carencias puntuales observadas en todos los temas comprendidos en el presente estudio.
4. Un caso claro es la casi nula legislación sobre la situación de refugiados y migrantes (Temas N° 14 y 15).
5. PIDCP, art. 2.2; CADH, art. 2.

pronunciamientos concretos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), que ha destacado en diversas sentencias el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para dar plena eficacia a los derechos establecidos en la CADH⁶.

Si bien en puridad las normas internacionales de derechos humanos ratificadas por el Estado prevalecen en todos los casos sobre las normas de origen nacional cuando establecen mayor protección a las personas, siendo además de aplicación inmediata sin necesidad de ley nacional que las transforme, la existencia de normas contradictorias o incluso la falta de normas en el ámbito interno pueden inducir a confusión o equívoco a los agentes del Estado encargados de aplicarlas.

Por ello, para asegurarse que las normas internacionales operen dentro de la jurisdicción estatal no basta con ratificarlas, es necesario que la normativa nacional instrumente recursos adecuados, eficaces e «*idóneos para proteger la situación jurídica infringida*»⁷ e impulsar las reformas estructurales en todo el aparato estatal de modo que los derechos puedan ejercerse en forma efectiva. Lamentablemente, la experiencia indica que para la efectiva vigencia de las normas internacionales de derechos humanos no basta con ratificar los instrumentos internacionales, sino que resulta necesario implementar –a nivel interno– procesos de adecuación legislativa.

La legislación nacional no hace ejecutable la obligación del Estado, pues esta condición ya está dada por la mera ratificación del instrumento internacional. Lo que logra es facilitar su aplicación, hacerla cognoscible y garantizar con mayor fuerza su implementación.

El presente estudio de armonización legislativa está encaminado, precisamente, a señalar aquellas áreas en donde existen vacíos, lagunas o contradicciones entre el sistema normativo nacional (Constitución, leyes, reglamentos) y el sistema normativo internacional (tratados y derecho internacional consuetudinario). La finalidad es generar un proceso de reformas legales, de modo de superar las graves falencias señaladas.

6 CtIDH; Caso Velásquez Rodríguez, nota 67, párrafo 64; Caso Godínez Cruz, párrafo 67; Caso Baena y otros, párrafo 141.

7 CtIDH; Sentencias citadas *ut supra*, cita N.º 6.

El Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR) ha encarado este estudio como un aporte al fortalecimiento democrático, en el que el Parlamento se erige como un actor primordial con una alta responsabilidad en materia de derechos humanos.

Es la primera vez que en nuestro país se realiza un estudio sistemático del amplio campo de los derechos humanos, comparando la legislación doméstica con la normativa internacional, de resultados del cual se proponen reformas concretas a nivel constitucional, legal y reglamentario. No obstante, debe aclararse que el presente estudio no abarca toda la temática de los derechos humanos, que de todos modos hubiera sido imposible en el marco de un proyecto de apenas cuatro meses de duración. Pese a ello, el producto final refleja adecuadamente las principales áreas en que resulta necesaria la adopción de medidas concretas de reforma.

Hemos preferido trabajar sobre la base de áreas temáticas y no en función de «derechos», pues de esta forma se refleja mejor la problemática real subyacente a las fallas normativas, además de permitir el abordaje sistemático de los diversos derechos en juego.

La selección de dichas áreas temáticas se realizó priorizando aquellas que reclaman urgentes actualizaciones, en el marco del perfil institucional del IELSUR y de la temática que hemos venido desarrollando desde hace más de veinte años. Así, hemos identificado dieciocho áreas que necesitan una urgente armonización normativa.

Esto no quiere decir que no existan otras áreas relevantes, o que algunas de ellas, apenas presentadas aquí (como es el caso de los derechos económicos, sociales y culturales), no merezcan un estudio más detallado. Somos conscientes de que aún quedan varias asignaturas pendientes, pero seguramente serán abordadas sobre bases firmes con los resultados del presente proyecto a la vista.

2. METODOLOGÍA

Las recomendaciones sobre líneas de acción legislativa para la adecuación del marco legal interno al derecho internacional de los derechos humanos se presentan, en cada capítulo temático, a continuación de una reseña de las inadecuaciones y vacíos de la normativa interna respecto de los instrumentos internacionales.

En todos los temas, dichas reseñas están precedidas de un listado de la normativa internacional y nacional, seguidas de una breve presentación de los principios y estándares internacionales. Fueron consideradas las normas jurídicas de jerarquía constitucional y legal que hacen referencia directa a los derechos humanos y sus garantías, si bien en algunos temas fue necesario hacer referencia también a decretos, reglamentos y acordadas.

Bajo el título «Recomendaciones Específicas sobre Ejecutabilidad e Incorporación de las Disposiciones de Derechos Humanos al Derecho Interno», se formulan líneas de acción legislativa de carácter más general, que posibilitarán que todo el orden jurídico se encuentre regido por el norte de la protección de los derechos humanos. Por tratarse de propuestas normativas generales, tendientes a hacer ejecutables la totalidad de las normas de derechos humanos, revisten gran trascendencia práctica. Asimismo, se formulan propuestas concretas en torno al nivel jerárquico que las normas de derechos humanos ocupan en el orden jurídico doméstico.

El presente resumen ejecutivo sólo incluye las «Recomendaciones Específicas» referidas en el párrafo anterior y una versión resumida de las recomendaciones formuladas en cada una de las áreas temáticas. Para comprender cabalmente los fundamentos de las propuestas formuladas, necesariamente deberá acudirse a la lectura del correspondiente tema.

El análisis comparado de los instrumentos normativos de derecho internacional de los derechos humanos con el marco normativo de derecho interno, sigue la metodología de la interpretación jurídica aceptada por la doctrina más recibida respecto al derecho internacional de los derechos humanos. Las pautas para la interpretación surgen de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 26, 31, 32 y 33) y de la CADH (art. 29).

El supuesto básico orientador es el principio general de derecho internacional, consagrado en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual los Estados partes en un tratado tienen la obligación de dar cumplimiento a éste de buena fe (*pacta sunt servanda*). Al integrarse las normas de origen internacional al ordenamiento interno, el derecho en su conjunto debe ganar en herramientas para efectivizar la protección integral de los derechos y ofrecer mayores garantías. El sujeto de derecho y de derechos es la persona humana, el Estado se obliga ante él y la comunidad internacional a proteger y garantizar el ejercicio de los mismos, obligándose por tanto a in-

producir en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

3. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS SOBRE EJECUTABILIDAD E INCORPORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO INTERNO

Se efectúan recomendaciones de líneas de acción legislativa en dos sentidos:

1. **Reforma de la Constitución.** Ello supone incluir una disposición que incorpore el denominado «bloque de constitucionalidad»⁸, confirmando rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Uruguay, sin que la redacción contenga una enumeración taxativa. Esa disposición podría incorporarse agregando un inciso al art. 72 de la Constitución.
2. **Sanción de una ley interpretativa.** En el entendido de que las reformas constitucionales pueden tardar en concretarse y que ninguna de ellas ha abordado el tema de la efectiva vigencia de los derechos humanos y su jerarquía en el orden jurídico interno, resulta imperioso plantear una solución al tema. En uso de la potestad que le confiere a la Asamblea General el art. 85 numeral 20 de la Constitución, se recomienda la sanción de una ley interpretativa del art. 72 del texto constitucional⁹. En ella debe consagrarse expresamente que los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos forman parte de aquellos «inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno». Ello porque la constatación de que existe un instrumento de derecho internacional

8 Esta solución ha sido adoptada por Argentina, Colombia, Perú, Nicaragua, Ecuador y Venezuela, con variantes en cada texto constitucional.

9 Concordante con la interpretación de la más prestigiosa doctrina (RISSO, Martín: *Derecho Constitucional (tomo 1)*, FCU, Montevideo, 2005, pp. 504 y siguientes) y jurisprudencia. Respecto a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, véase PÉREZ MANRIQUE, Ricardo: «Panorama de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de derechos humanos», en *Revista Judicatura*, N° 41, Agosto 2000, pp. 246-284.

relativo a derechos humanos ratificado por el país es suficiente para considerar que los derechos reconocidos en el mismo integran el elenco de derechos del art. 72. Señala a tales efectos RISSO que dicha conclusión «*la impone el hecho de que la comunidad internacional, con la participación del Estado uruguayo, reconoce, implícitamente, la condición del derecho como fundamental*»¹⁰. Por lo tanto, «*cuando nos encontremos con un derecho fundamental reconocido como tal en los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República, ya no será necesario argumentar que el mismo presenta el referido carácter de inherencia para que se acepte su rango constitucional, sino que dicha condición deriva directamente del hecho de estar reconocido por el ordenamiento jurídico internacional como un derecho fundamental*»¹¹.

La adopción de estas medidas (reforma constitucional, ley interpretativa mientras aquélla no se concrete) será una valiosa herramienta para los poderes públicos, despejando posibles dudas sobre la aplicación e incorporación de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho interno de los estados. Se daría cumplimiento de esta forma a lo dispuesto por la CtIDH, que ha establecido que la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en una convención internacional «*implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*»¹².

4. RESUMEN DE LAS RECOMENDACIONES DE LOS INFORMES TEMÁTICOS

Se presenta a continuación un resumen de las recomendaciones formuladas en relación a cada una de las dieciocho áreas temáticas, a saber:

10 RISSO, Martín o. cit., p. 506.

11 Ibidem, o. cit., p. 507.

12 CtIDH (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de fondo de fecha 29 de julio de 1988, párrafo. 166).

1. Amparo y *hábeas corpus*.
2. Estados de excepción.
3. Derecho a la información.
4. Acceso a la Justicia y administración de Justicia.
5. Proceso penal.
6. Detenciones, privación de libertad y tortura.
7. Cárceles.
8. Corrupción.
9. Infancia.
10. Discriminación.
11. Género.
12. Derecho penal internacional.
13. Sindicalización.
14. Refugio.
15. Migrantes.
16. Salud y enfermedad mental.
17. Discapacidad.
18. VIH/SIDA.

4.1. AMPARO Y HÁBEAS CORPUS

4.1.1. AMPARO

Respecto a este recurso se considera importante la sanción de una ley que contenga una norma que:

1. Establezca que mediante este recurso se puede tutelar cualquier derecho reconocido en los instrumentos internacionales.
2. Admita el recurso aunque la violación haya sido cometida por una persona actuando en funciones oficiales.
3. Suprima el inc. 2 del art. 1^o y modifique el inc. 2 del art. 4 de la ley 16.011 a efectos de subsanar las limitaciones legales que actualmente existen.

4. Adecue la actual legislación a efectos de que la acción de amparo pueda ser planteada en cualquier momento sin que exista caducidad de ningún tipo.

5. Consagre expresamente la imposibilidad absoluta para el Estado de suspender la vigencia y eficacia de la acción de amparo en aquellas situaciones de emergencia en que se declare la vigencia de las denominadas «Medidas prontas de seguridad».

4.1.2. HÁBEAS CORPUS

Respecto a este recurso se considera importante la sanción de una ley que contenga una norma que:

1. Consagre que una vez interpuesto el recurso, la persona que está sufriendo la detención, deberá obligatoriamente ser llevada en presencia del juez competente.

2. Establezca que ninguna situación otorga a las autoridades administrativas o judiciales la facultad de prolongar indebidamente el período de detención.

3. Establezca el «*Hábeas corpus preventivo*» como mecanismo para evitar que quien haya recibido una amenaza de padecer una detención ilegal, efectivamente llegue a sufrirla.

4. Establezca el «*Hábeas corpus correctivo*» como mecanismo extraordinario para atacar una detención ilegal, sea por violación al plazo razonable de duración de la prisión preventiva o por cualquier otro motivo.

5. Establezca medios de impugnación efectivos contra la posible negativa que adopte un Juez frente a la interposición de un *hábeas corpus*.

6. Consagre la imposibilidad absoluta para el Estado de suspender la vigencia y eficacia del recurso de *hábeas corpus* en aquellas situaciones de emergencia en las que se declare la vigencia de las llamadas «Medidas prontas de seguridad».

7. Establezca medios eficaces para que los habitantes tengan la posibilidad de conocer la existencia del recurso de *hábeas corpus*.

4.2. ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Es imprescindible adecuar nuestro texto constitucional a las disposiciones de los arts. 7.6, 25.1, 27.2, 29, 30 y 32 de la CADH y a los arts. 4, 6, 7, 8, 11, 18 y 40 del PIDCP.

Debe prestarse especial atención a la Opinión Consultiva OC-8/87, que establece a tales efectos las siguientes obligaciones de los estados: «*La juridicidad de las medidas que se adopten para afrontar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el art. 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guardan las medidas adoptadas respecto de ella*»¹³.

Es por ello que la adecuación normativa debe comprender la excepcionalidad de la situación, la cual deberá estar previa y debidamente definida por ley y referirse a casos de: a) guerra, b) peligro público, y c) otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, estipulando además que estos estados de carácter excepcional obedezcan a la defensa del interés general y no del interés del gobierno o de sus funcionarios. La situación debe ser de extrema gravedad y de tal naturaleza que signifique una amenaza real para la ley, el orden y la seguridad del Estado.

Para los siguientes puntos es necesario proceder a la reforma del texto constitucional, que deberá prever lo siguiente:

1. La suspensión sólo puede imponerse por el plazo estrictamente requerido por la situación y ajustarse y adecuarse con precisión al objetivo legítimo que la determina.
2. La suspensión sólo puede efectuarse en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Al efectuarse la suspensión se deberán enumerar los derechos suspendidos y los límites (temporales, espaciales, etcétera) de tal suspensión.
3. El catálogo de derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser suspendidos debe comprender: el derecho al reconocimiento de la perso-

13 CtIDH; Opinión Consultiva OC-8/87, párrafo. 22.

nalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el principio de legalidad y retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y los derechos a las garantías judiciales que son indispensables para la protección de estos derechos.

4. No puede esta situación excepcional justificar ningún tipo de discriminación por motivos de raza, religión, color, sexo, idioma, u origen social, ni por el carácter de refugiado o desplazado económico.

5. Esta declaración de estado de emergencia siempre puede ser revisada por el Poder Judicial.

6. Es obligación mantener las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, incluyendo el recurso de *hábeas corpus* y el recurso de amparo, los cuales tendrán plena vigencia en los estados de excepción.

7. La detención de personas debe ser comunicada en forma inmediata al juez competente, quien resolverá sobre la situación del detenido, controlando que no sea sometido a ningún tipo de apremio físico o psicológico.

8. Las acciones de los civiles nunca podrán ser juzgadas por la Justicia militar.

9. La obligación de comunicar al secretario general de la OEA las disposiciones de la CADH que se hayan suspendido, las razones que las motivaron y la fecha en la cual finalizó la suspensión.

4.3. DERECHO A LA INFORMACIÓN

Las siguientes recomendaciones se refieren al derecho a la información:

1. La derogación del desacato y de la difamación e injurias como delitos de comunicación, cuando involucra a personas públicas o particulares que desempeñan una actividad pública o de interés público.

2. El reconocimiento a nivel constitucional del derecho de acceso a la información pública.

3. La sanción de una ley de acceso a la información pública. En dicha ley deberán estar contenidos los principios que se detallan:

- El reconocimiento expreso de que el acceso a la información en poder del Estado es un derecho humano fundamental.
- La obligación del Estado de poner en práctica una política de transparencia y publicidad donde toda la información en su poder sea pública, salvo excepciones establecidas a texto expreso.
- La consagración de una interpretación amplia sobre la información a la cual todo ciudadano tiene derecho a acceder, y la misma interpretación referida a las entidades públicas obligadas a entregar dicha documentación, así como a las empresas de derecho público o privadas que brinden un servicio o actividad públicos.
- El establecimiento de que la información requerida se refiere a título meramente enunciativo a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por el Estado, o que se encuentre en su poder.
- Una interpretación amplia del alcance de la expresión «entidades públicas», comprendiendo que quedan obligados a difundir y entregar toda la documentación solicitada los organismos del Poder Ejecutivo, incluidos los ministerios y el Consejo de Ministros, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los entes autónomos y servicios descentralizados, y toda otra persona pública o actividad particular que preste servicios públicos.
- La consagración a texto expreso y la interpretación restrictiva de las excepciones que se establezcan a la libertad de información en poder del Estado.
- La definición clara de los términos que normalmente se utilizan en estas excepciones, que no deben ser vagos ni ambiguos.
- La revisión por el Poder Judicial, mediante un recurso rápido y sencillo, de las decisiones de la Administración que, basadas en las excepciones al derecho a la información, denieguen el acceso a la misma.
- La no sujeción a gravamen o condicionamiento económico alguno del acceso a la información.

- La obligación de las entidades públicas de mantener sus registros actualizados y contar con funcionarios con la formación necesaria y actualizada para mantener dichos registros.
- La difusión de la información pública debe ser permanente.
- La información que brinden las entidades públicas o las personas privadas relacionadas a cometidos estatales que les fueron confiados, debe ser cierta, precisa y completa.
- La prohibición de cualquier tipo de discriminación a las personas que soliciten el acceso a la información.
- La responsabilidad del funcionario público que niegue o retarde en forma injustificada el acceso a la información solicitada.
- No se debe requerir establecer la expresión de causa de la solicitud de acceso a la información.
- La obligación del Estado de custodia y mantenimiento de todos los archivos en su poder o a los que haya tenido acceso por cualquier medio, los cuales deben ser debidamente conservados y almacenados, evitando su deterioro.
- La ausencia de todo tipo de discriminación en la publicidad oficial con relación a los medios de prensa.
- La prohibición de que se exija a los periodistas revelar las fuentes de las que obtienen la información.
- La inclusión de las radios comunitarias como titulares de una frecuencia.
- La ampliación de la actual ley de *hábeas data*, que no debe remitirse sólo a datos comerciales que puedan afectar a la persona.

4.4. ACCESO A LA JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Respecto a este tema, se realizan las siguientes recomendaciones:

1. Incluir en el texto constitucional una declaración general del derecho humano fundamental a una judicatura independiente.
2. Instrumentar por vía legal mecanismos alternativos para la solución de controversias y fortalecer los ya existentes (tribunales de mediación, juzgados de causas de pequeña cuantía, atribución de facultades de

mediación y resolución de temas vecinales a los consultorios barriales de la Universidad de la República).

3. Incluir en el texto constitucional que los jueces deben ser seleccionados por criterios objetivos e imparciales, exclusivamente sobre la base de las aptitudes éticas y profesionales y que el sistema de carrera judicial será regulado por la ley.

4. Establecer una autoridad independiente e imparcial encargada de monitorear la aplicación de normas de derechos humanos y de recibir y formular denuncias de violaciones a derechos humanos.

5. Dejar sin efecto la ley de caducidad.

6. Discutir profundamente la ubicación institucional del Ministerio Público, actualmente perteneciente al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura. En caso de que resulte conveniente una reubicación institucional deberá modificarse la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal.

7. Implementar una reforma legislativa que haga menos incierto el resultado de la asignación presupuestal al Poder Judicial.

8. Sancionar una ley de carrera judicial, modificativa de la LOT, que contenga previsiones respecto de:

- La selección de los jueces. El inicio de la carrera judicial debe estar precedido de un llamado público y de pruebas públicas abiertas a abogados titulados, seguidas de un curso o período de formación administrado por el Poder Judicial. Para la selección, deben tenerse en cuenta criterios objetivos y técnico-jurídicos. La formación de los jueces debe incluir capacitación en derechos humanos, la cual debe extenderse a los demás funcionarios del Poder Judicial.
- Los ascensos. El progreso en la carrera debe hacerse por la calificación del órgano de autotutela, mediante criterios de antigüedad y mérito. Se deberá tener en cuenta para la calificación, asimismo, la aplicación de instrumentos de derecho internacional de derechos humanos.
- Los nombramientos. Los jueces deberán ser nombrados a título definitivo, no pudiendo serlo por plazos determinados.
- La inamovilidad.

La ley de carrera judicial debe establecer, asimismo, que los jueces:

- No podrán ser trasladados como consecuencia de una sanción.
- No podrán ser responsabilizados disciplinariamente por el tenor o el contenido de sus decisiones.
- No podrán desempeñar cualquier otra función pública o privada remunerada, salvo la enseñanza y la investigación en materia jurídica.
- Deberán gozar del reconocimiento del derecho de asociación profesional.
- Deberán gozar de un estatuto económico compatible con la dignidad y la relevancia social de su función, no pudiendo sus remuneraciones ser inferiores a las de los equivalentes jerárquicos de otros poderes del Estado.
- Deberán tener inmunidad frente a acciones de responsabilidad civil por lo que resuelvan en ejercicio de la función jurisdiccional, salvo los casos de dolo.

La ley de carrera judicial debe, a su vez:

- Contener las bases de un régimen de disciplina administrativa judicial, rodeado de garantías.
- Incorporar el control público y la participación de actores vinculados a la actividad judicial en la etapa previa a la designación de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia, mediante la creación de un procedimiento de consulta a la ciudadanía respecto de la capacidad técnica, moral y compromiso de las personas propuestas con el sistema democrático y los derechos humanos.
- Establecer un procedimiento que permita la presentación de *amicus curiae*.
- Separar la superintendencia administrativa y la superintendencia jurisdiccional del Poder Judicial.
- Crear un mecanismo de enjuiciamiento de jueces y fiscales: «Tribunal de Jury».

9. Regular la jurisdicción militar, en caso de que exista, de acuerdo con lo señalado en el Informe del Grupo de Trabajo de la ONU sobre la detención arbitraria.

4.5. PROCESO PENAL

El proceso penal uruguayo requiere de una urgente reforma, pues solamente cumple con el principio de investigación oficial. Esa reforma deberá ser integral, teniendo como eje los siguientes aspectos:

1. Establecer en forma clara la plena vigencia de los principios de inocencia, contradicción, inmediación, publicidad del juicio y oralidad.
2. Asegurar plenamente el principio de imparcialidad, separando la función de procesar de la de juzgar, que deberán estar a cargo de distintos magistrados.
3. Conferir participación de la víctima y sus familiares en todas las actuaciones (presumario y sumario), procurando que su participación sea efectiva y no una mera formalidad.
4. Separar la investigación del juzgamiento, confiriendo la primera al Ministerio Público y preservando para el juez la función –en esta etapa– de control de garantías.
5. Establecer mecanismos normativos que aseguren el derecho a un «juicio justo». En caso que no se preserven las garantías del debido proceso podrá instaurarse un procedimiento para juzgar la actuación de jueces y fiscales («Tribunal de Jury»)¹⁴.
6. Establecer la posibilidad de recusar a los representantes del Ministerio Público toda vez que no actúen con la debida objetividad en la aplicación del derecho.
7. Establecer mecanismos normativos que aseguren «decisiones razonadas» (nulidad por falta de fundamento del fallo).
8. Derogar la normativa actualmente vigente en materia de prisión preventiva (ley 16.058), por estar en franca contradicción con los principios y estándares internacionales reseñados (en especial, por vulnerar el principio de inocencia, la prohibición de penas anticipadas y la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, al establecerla en forma obligatoria

14 Ver Tema N° 4: Acceso a la Justicia y Administración de Justicia.

en caso de ser reincidente o por el mero hecho de tener una causa en trámite). En la nueva ley la prisión preventiva sería siempre facultativa, y el hecho que el delito se reprima con pena mínima de penitenciaría no será obstáculo a la libertad, pues del art. 27 de la Constitución no surge la prohibición de excarcelar en tales casos¹⁵. Tampoco podrá tomar en cuenta «pronósticos de peligrosidad» para negar la libertad. La nueva normativa debe establecer que la prisión preventiva sólo podrá ser utilizada como *última ratio* (de modo similar a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40.4), siendo de aplicación excepcional y jamás obligatoria. Se deberá establecer un plazo máximo de prisión preventiva que nunca podrá ser sobrepasado. Debe, asimismo, establecerse que la prisión preventiva es una medida cautelar y que su objetivo es asegurar que el imputado no se evadirá ni interferirá en la investigación oficial, extremos que deberán ser fundados para disponerla. Debe proscribirse expresamente la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada y establecerse que las autoridades judiciales, cuando dispongan la prisión preventiva, deberán conducir el proceso con la mayor diligencia (especial deber de diligencia).

9. Prever alternativas a la prisión preventiva, de un modo más amplio que el previsto en la ley 17.726¹⁶.

10. Establecer el derecho a defenderse personalmente.

11. Establecer expresamente la nulidad de la prueba obtenida bajo tortura e incluir una regulación sistemática de la prueba ilícita.

12. Consagrar plenamente el principio de retroactividad de la ley más benigna (reforma del art. 15 del Código Penal que habría sido derogado por el art. 9 CADH y 15.1 PIDCP).

Deberá, además, discutirse profundamente la ubicación institucional del Ministerio Público, actualmente perteneciente al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura. En caso que resulte conveniente

15 RISSO, Martín: o. cit., pp. 579 y 580.

16 Puede optarse por introducir un capítulo sobre alternativas a la prisión preventiva en la nueva ley sobre proceso penal o modificar la ley 17.726.

una reubicación institucional, deberá modificarse la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal¹⁷.

4.6. DETENCIÓN, PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y TORTURA

4.6.1. DETENCIONES Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD

En lo que concierne a las detenciones y/o a las privaciones de libertad, recomendamos la sanción de una ley que:

1. Defina claramente lo que debe entenderse por «persona detenida» o «persona acusada», abarcando a través de ella a cualquier situación que implique privación de libertad, como consecuencia de que se le impute a la persona el haber cometido un delito.
2. Establezca que las detenciones solamente podrán efectuarse conforme a lo preceptuado en la Constitución y el Código del Proceso Penal (CPP) y que, de lo contrario, deberán ser consideradas ilegales y absolutamente nulas.
3. Modifique la actual redacción de los nrales. 2º y 3º del art. 111 del CPP excluyendo la posibilidad de proceder a una detención en base a las presunciones que surgen de los referidos numerales.
4. Señale que cuando no se respeten los requisitos legales para la detención, la misma será considerada ilegal y violatoria de la integridad psíquica y moral de la persona.
5. Regule los derechos y garantías fundamentales que se le deben respetar al sujeto a partir del momento de la detención, la cual deberá implicar: a) el reconocimiento de la presunción de inocencia, y b) la obligación de los aprehensores de informarle a la persona las causas de la detención, sus derechos y garantías.
6. Regule todo lo relacionado con las garantías y derechos respecto a la familia de la persona detenida, lo cual deberá implicar: a) la

17 Véase Tema N° 4: Acceso a la Justicia y Administración de Justicia.

posibilidad de informar de forma inmediata a la familia acerca de la detención, y b) la posibilidad de comunicación, visita y correspondencia con la familia.

7. Consagre la asistencia letrada obligatoria para la persona desde el momento mismo de la detención, así como la obligación para la autoridad aprehensora de informarle esto a la persona, y facilitarle los medios adecuados para ejercer ese derecho. Esta previsión deberá implicar: a) la posibilidad de comunicarse libremente con el letrado actuante y desarrollar todas las defensas y estrategias para el caso, y b) la imposibilidad de suspender la misma, sea cual sea la causa que se pretenda invocar, salvo que se trate de circunstancias graves, excepcionales y previamente establecidas en la legislación.

8. Regule todo lo relativo a los interrogatorios de los detenidos, los procedimientos para llevar adelante los mismos y las garantías del sujeto. La regulación implicará que: a) se asegure que durante los mismos no existirá violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que pueda afectar la integridad de la persona, y b) se asegure que nadie será obligado a confesar en su contra.

9. Regule todo lo atinente a cuáles son las condiciones mínimas de reclusión que se deben respetar y cumplir para todas las personas que sufren una privación de libertad.

10. Establezca expresamente que la violación de cualquier garantía o derecho de la persona detenida será tomada en cuenta al momento de determinar la admisibilidad de las pruebas en ese proceso judicial, pudiendo determinarse la nulidad de todas las actuaciones.

11. Prevea expresamente que los daños que causen los funcionarios con su accionar, y que generen violaciones a los derechos y garantías de los detenidos, deberán ser indemnizados en forma.

4.6.2. TORTURAS

En lo que concierne a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, no existe legislación interna que regule el tema, lo cual torna esencial la sanción de una ley que contenga una norma que:

1. Declare que hoy día existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura.
2. Brinde el concepto de lo que se considera tortura, el cual deberá ser lo suficientemente amplio como para abarcar tanto los apremios «físicos» como «morales» o «psicológicos», e incluir una referencia expresa a otros tratos «cruels, inhumanos o degradantes».
3. Prohíba expresamente y sin que pueda admitirse excepción de ningún tipo, la comisión de cualquier acto de tortura o trato cruel, inhumano o degradante, y consagre la obligación del Estado de prohibir dichos actos así como la de tomar medidas para evitarlos.
4. Establezca que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos también podrán ser considerados como víctimas del delito de tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.
5. Introduzca un nuevo artículo al Código penal (CP) a través del cual se tipifique como delito la comisión de un acto de tortura o de cualquier conducta que sea cruel, inhumana o degradante.
6. Consagre claramente la obligación del Estado de iniciar un procedimiento penal o de extradición contra el presunto autor de un acto de tortura.
7. Obligue al Estado a que en la educación y formación profesional que se brinde a sus funcionarios, se los instruya expresamente respecto a la prohibición de realizar cualquier acto de tortura.
8. Asegure expresamente que cualquier persona tendrá la posibilidad efectiva de iniciar acciones judiciales o administrativas para que se analice lo sucedido, así como el derecho de obtener una eventual reparación pecuniaria por parte del Estado.
9. Consagre la obligación del Estado de incluir el delito de tortura en todo tratado de extradición del que vaya a formar parte.
10. Establezca la obligación del Estado de no extraditar cuando exista una presunción fundada de que corre peligro la vida del sujeto o de que será sometido a torturas o a algún trato cruel, inhumano o degradante.

4.7. CÁRCELES

Una de las graves falencias de nuestro sistema carcelario es que se ubica, institucionalmente, en el ámbito del Ministerio del Interior. De este modo, la policía termina cumpliendo un rol ajeno a sus funciones de prevención y represión del delito, debiendo cumplir un rol de reinserción social para el que no está capacitada.

La Comisión para el Mejoramiento del Sistema Carcelario (constituida a partir de la ley 16.707) señaló que en la historia de la cárcel uruguaya sólo durante unos meses del gobierno de facto de Gabriel Terra y luego, por una coyuntura muy especial en 1971, se estableció la dependencia de las cárceles del Ministerio del Interior. La tradición, por lo tanto, es que estuvieran bajo la dependencia de autoridades civiles.

Por ello dicha Comisión expresó: «*La reforma constitucional motivo de la preocupación política en este momento [se refiere a 1996], daría la oportunidad de creación de un Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que agrupara organismos dispersos integrándose con los Institutos Penales, el Ministerio Público, la Defensoría de Oficio y los Registros Públicos. En este Ministerio, la Dirección General de Institutos Penales sería un servicio descentralizado, con su propia organización y escalafón que lo colocarían fuera de los avatares políticos. Otra solución, quizás más viable y de concreción más inmediata es la creación de un servicio descentralizado (art. 220 de la Constitución) en idéntica forma a la prevista para el I.N.A.M.E.*».

Se trata de dos alternativas viables y convenientes para el mejoramiento del sistema carcelario. Además, la reubicación institucional de las cárceles permitirá cumplir cabalmente con el mandato constitucional previsto en el art. 26 de la Carta.

En cuanto al Decreto-Ley 14.470, si bien éste presenta cierto nivel de adecuación a la normativa internacional, a efectos de lograr una plena armonización, se proponen las siguientes reformas:

1. Debido a que la superpoblación carcelaria se encuentra proscripta bajo el derecho internacional (Regla N^o 9 Reglas Mínimas, CtIDH Caso Hilaire y Caso Tibi) y constituye una fuente principal de las frecuentes violaciones a derechos humanos en el ámbito carcelario, deberá incluirse una norma que establezca un *cupo máximo* en función de las capacidades

locativas de cada establecimiento, previendo asimismo mecanismos de liberación toda vez que se supere el cupo referido. La ley deberá definir los criterios para proceder a la liberación, estableciendo un orden de prioridad. Resultaría coherente dar preferencia a los procesados que lleven un largo tiempo de prisión preventiva y a los condenados que estén próximos a cumplir las dos terceras partes de la pena impuesta.

2. Eliminar la referencia a la peligrosidad del art. 2 lit. A), que puede ser un obstáculo para recibir tratamiento. La normativa internacional no prevé limitaciones en función de tal categorización.

3. Modificar el art. 4 inc. 2, pues si bien por un lado reconoce la necesidad de separar los reclusos procesados de los condenados, al mismo tiempo permite la aplicación de normas comunes en materia de reinserción, seguridad y disciplina. Deberá introducirse al respecto una regulación específica para condenados, procesados y reclusos alienados y enfermos mentales (categoría que no ha sido reconocida en el Decreto-Ley 14.470), tomando como modelo las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos.

4. Derogar las limitaciones al derecho de visita (arts. 10 y 13), el que deberá ser consagrado con la mayor amplitud y sin restricción de tipo alguno. Se deberá establecer expresamente la prohibición para la autoridad carcelaria de cercenar las visitas como forma de sanción.

5. Introducir en el cap. IV (Normas disciplinarias) el derecho de defensa que no está previsto en el art. 52. Se deberá establecer el principio de que ninguna sanción podrá ser aplicada sin habersele dado al recluso la posibilidad de defenderse de la imputación ni sin un examen completo de la situación. El recluso debe contar con la posibilidad de que la sanción sea revisada por una autoridad de alzada.

6. Adecuar el cap. VII sobre personal penitenciario a las Reglas Mínimas, introduciendo una regulación sistemática sobre capacitación, roles y uso de la fuerza.

7. Incluir mecanismos de participación de la sociedad civil en diversas áreas del quehacer penitenciario, en especial en materia de capacitación en derechos humanos (para reclusos, personal penitenciario,

personal judicial y del Ministerio Público). A tales efectos se podrá conformar un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar los programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos (CtIDH Caso Tibi).

En relación a los dos Reglamentos actualmente vigentes (Régimen Disciplinario para Reclusos; Decreto de 5/10/99, Res. Min. N° 1.501 y Régimen Penitenciario Progresivo; Decreto de 5/10/99, Res. Min. N° 1.502) los mismos deberán ser derogados, pues resulta grosera su vulneración al principio de legalidad, debiendo establecerse claramente en la nueva reglamentación el catálogo de conductas prohibidas y las garantías de defensa y contradicción. Se establecerá el principio de que ninguna sanción podrá ser impuesta sin haber dado al recluso la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y de contradicción.

4.8. CORRUPCIÓN

Deben instrumentarse por ley los siguientes institutos y mecanismos de combate a la corrupción:

1. Acceso a la información pública.
2. Organización de los archivos de los organismos públicos para completar y asegurar los objetivos de control, transparencia y rendición de cuentas.
3. Sistema único nacional de contratación de funcionarios públicos.
4. Estatuto nacional de funcionarios públicos, con un único régimen escalafonario y una común escala de remuneraciones.
5. Responsabilidad política y administrativa de aquellas autoridades de organismos públicos que injustificadamente no atiendan o desobedezcan las observaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas. Debe crearse un organismo bajo la órbita del Poder Legislativo al cual se le encomiende esta tarea y que informe periódicamente a la Asamblea General.
6. Control de la gestión de los organismos públicos por parte de la sociedad civil, habilitando formas participativas de rendición de cuentas.

7. Sistema nacional de convenios para promover programas sociales entre organismos públicos y personas jurídicas privadas, tanto sociedades comerciales como asociaciones civiles. El Estado debe promover la cooperación internacional y la distribución equitativa de los fondos de allí provenientes entre las organizaciones de la sociedad civil que posean legitimidad en el trabajo social, desde las más amplias perspectivas, instrumentando la misma a través de la creación legislativa de una instancia institucional con ese cometido.
8. Control de la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales.
9. Sistema único nacional de distribución de la publicidad oficial.
10. Creación de un Defensor del Pueblo u *Ombudsman*.
11. Atribución, en las leyes de presupuesto y rendición de cuentas, de los recursos necesarios a la Junta Nacional Anticorrupción, para que ésta pueda hacer efectiva su gestión. A la misma debe incorporarse la presencia de representantes miembros de la sociedad civil.
12. Reglamentación legal de la previsión establecida en el art. 25 de la Constitución, que faculta a los organismos públicos a repetir contra el funcionario que haya causado daño a terceros y haya obrado con culpa grave o dolo. Esta repetición deberá ser obligatoria y no una mera facultad.
13. Ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre Corrupción, que fuera enviada al Parlamento por el Poder Ejecutivo el 17/8/2005.
14. Adopción de las medidas necesarias para sancionar, en vía civil y administrativa, los actos de enriquecimiento ilícito. No se recomienda la incorporación de la figura al Código Penal, pues ello vulneraría garantías consagradas en diversos instrumentos internacionales (debido proceso, presunción de inocencia, carga de la prueba, derecho de defensa, etcétera). No obstante, el Estado deberá brindar la asistencia y cooperación previstas en la Convención Interamericana Contra la Corrupción en relación con esta figura, en la medida que las leyes internas así lo permitan.
15. En lo que concierne a las solicitudes de levantamiento de secreto bancario, se recomienda la sanción de una norma que establezca la

obligación del Estado de dar cumplimiento con lo estipulado en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, respetando en todos los casos las garantías y procedimientos consagrados en nuestra legislación nacional (leyes 17.060 y Decreto-Ley 15.322).

4.9. INFANCIA

Sobre el articulado del Código de la Niñez y la Adolescencia, se recomienda:

1. Art. 8: modificar el sistema de representación procesal, sustituyendo, en el párr. 2, el término *curador* por *abogado, instituto o defensor* con el rol de representar, y no de sustituir la voluntad del niño.
2. Art. 9: ampliar la igualdad de trato, incluyendo la «igualdad de oportunidades», que impone la obligación de que la ley promueva la generación de condiciones para las personas, mediante la adopción de medidas de acción positiva que conduzcan a una mayor igualdad en todos los ámbitos. A su vez, el derecho a no ser discriminado debe recibir consagración expresa en la legislación nacional, por lo que es conveniente incluirlo en el art. 9, debiendo los gobiernos tomar medidas (acciones positivas o afirmativas) para evitar y enfrentar el problema de la discriminación.
3. Arts. 14 y 15: reformular las obligaciones asumidas por el Estado en cuanto a la determinación de los derechos económicos, sociales y culturales mediante políticas sociales, reafirmando las políticas universales exigidas por el art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), así como un desarrollo de las normas que efectivicen y garanticen estos derechos.
4. Art. 16 lit. f: eliminar el literal.
5. Art. 27: reconsiderar la redacción del art. 5, que desarrolla el sistema establecido de fijación de un segundo apellido de uso común para hijos de padre desconocido. El numeral 8 establece un sistema similar. Debe tenderse a reconocer el principio de realidad biológica para la construcción de la identidad del niño.
6. Art. 28: eliminar las categorías «hijo habido dentro del matrimonio» e «hijo habido fuera del matrimonio», por ser conceptos estigmatizadores y que sientan bases discriminatorias.

7. Art. 30: eliminar la exigencia, para el reconocimiento de los hijos de padres menores de edad, de la «[...] aprobación judicial previa venia del ministerio público». Del mismo modo, la representación de los hijos de padres no casados, decidida por el juez, quien dará prioridad a los abuelos que conviven con el niño, se aleja del criterio de autonomía progresiva sostenido en el art. 8, por lo que debe sustituirse, eliminando la ficción creada en torno al matrimonio como institución capacitante.

8. Art. 30: corregir la diferencia de edades estipulada para el reconocimiento de los hijos de las niñas y de los adolescentes varones, para darle coherencia al texto e incorporar la observación formulada a nuestro país por el Comité de los Derechos del Niño acerca de que el régimen de determinación de edades es discriminatorio. Se debería tomar como parámetro el sistema establecido al comienzo del Código (art. 1) de diferenciar la niñez de la adolescencia a partir de las edades allí determinadas.

9. Art. 91: eliminar el párrafo 3, en tanto entra en contradicción con el art. 76 numeral 12 y el 37 de la CDN que plantean a la privación de libertad como medida de último recurso y por el período más breve.

10. Capítulo IX, arts. 117, 118, 119, 120, 121, 122, 126 y 127: derogarlos.

11. Art. 142 (Adopciones y legitimación adoptiva): eliminar el obstáculo establecido para conocer los orígenes biológicos del adoptado *siempre que ello no lo perjudique, atendiendo a su edad y características*. Este punto y el límite de edad fijado en los quince años a partir del cual podría conocer su identidad biológica atentan contra la idea de autonomía progresiva y de unicidad en los parámetros que fijan los límites de edad entre niñez y adolescencia.

12. Arts. 150 a 157 (Adopciones y legitimación adoptiva): mejorar el marco de garantías tal como lo estipulan los arts. 21 lit. d y 35 de la CDN, con medidas concretas que impidan el secuestro, venta o tráfico de niños, y que eviten que la adopción internacional represente la obtención de *beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella*.

Por otra parte, en cuanto al derecho laboral, se recomienda la definición de lo que constituyen para Uruguay «peores formas de trabajo infantil», como surge de la obligación contraída en el Convenio 182 de la OIT.

4.10. DISCRIMINACIÓN

Las preocupaciones de diferentes Comités del Sistema de Naciones Unidas han indicado que frente al problema de la discriminación:

1. No hay datos claros y precisos que permitan desarrollar políticas afirmativas con los sectores afectados.
2. El acceso al conocimiento, así como la burocracia en los sistemas establecidos a nivel judicial y administrativo para la protección frente a casos de discriminación, vuelve aún más difícil el abordaje de la variedad de situaciones discriminatorias, lo que convierte en un problema los sistemas previstos para resolver estos asuntos.
3. También lo es la ausencia de datos sobre la enseñanza en derechos humanos, en especial de la lucha contra la discriminación.
4. Perviven en el ordenamiento jurídico normas claramente discriminatorias.
5. Se le da poca importancia a los derechos económicos, sociales y culturales como elementos que favorezcan la inclusión social.

Por estos motivos, consideramos que una reforma de nuestro sistema jurídico y de las prácticas del Estado en materia de incorporación de la no discriminación como política pública, debe contemplar los siguientes aspectos:

1. Agregar al art. 8 de la Constitución un inciso que establezca claramente el principio de no discriminación.
2. Crear un *Ombudsman* o un mecanismo de protección que permita actuar rápidamente en casos de discriminación (en el caso argentino la solución se dio mediante la creación del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo).
3. Incorporar en el currículo escolar, transversalmente y en todos los niveles, la cuestión de los derechos humanos, la no discriminación y el respeto por las diferentes culturas.
4. Crear un registro que centralice la información sobre la temática de la discriminación y proponga políticas para los grupos víctimas de discriminación.

5. Revisar la perspectiva desde la que se elaboran las leyes de presupuesto. Las propuestas de gasto realizadas en ellas muchas veces discriminan (por ejemplo, a la infancia y a la población afro-descendiente).
6. Elaborar leyes de acción afirmativa (medidas especiales) en el terreno laboral, educativo, económico y político.
7. Revisar la ley 12.597 (art. 7) sobre indemnización por despido, la cual exige un año de antigüedad a los trabajadores domésticos para acceder al beneficio¹⁸.
8. Fijar una ley de cupo para afro-descendientes en las actividades pública y privada, así como en la política.
9. Regular el llamado derecho de admisión a lugares públicos y privados que «están abiertos al público» o desarrollan una actividad con público.

4.11. GÉNERO

En lo que refiere a este tema, se recomienda lo siguiente:

1. Incorporar a la Constitución: a) la garantía del pleno ejercicio de los derechos políticos mediante la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios mediante acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral, y b) la incorporación, dentro de las potestades del Parlamento, de promover medidas de acción positiva en relación a las mujeres.
2. Regular legislativamente los cupos femeninos en las diferentes áreas de la actividad pública.
3. Adoptar por vía legislativa un plan de igualdad de oportunidades.
4. Eliminar del art. 47 nral. 6 del CP la referencia a la «superioridad del sexo».

18 Cabe mencionar que los trabajadores domésticos son en general mujeres. Asimismo, según datos oficiales, el 40% de las trabajadoras domésticas son afro-descendientes.

5. Modificar el Título X del CP por «Delitos contra la libertad sexual y el orden de la familia».
6. Derogar los artículos 166, 266 a 271, 275 y 361 nral. 5° del CP, y 22 del CPP.
7. Agregar al art. 282 del CP un quinto numeral que prevea como agravante que el delito se cometa afectando la autodeterminación sexual.
8. Modificar el art. 272 del CP, ampliando el tipo de la violación (no sólo previendo la conjunción carnal).
9. En la medida que se derogue el art. 275 del CP, es necesario modificar el art. 279 del CP en cuanto a lo previsto para la instancia de parte en el caso de estupro, eliminando dicha mención.
10. Eliminar toda mención del concepto honestidad de la víctima como elemento atenuante de la pena. Se recomienda derogar el art. 269 del CP.
11. Sancionar instrumentos legislativos que supongan la adopción de medidas temporales afirmativas para el avance de la equidad de género en el ámbito laboral.
12. Sancionar una ley que prevea el cupo sindical femenino.
13. Introducir en la legislación el despido discriminatorio por razón de raza, sexo, religión u orientación sexual.
14. Eliminar del art. 183 del Código Civil la referencia a la «vida desarreglada de la mujer».
15. Establecer la capacidad para contraer matrimonio sin distinciones basadas en el género.
16. Aprobar instrumentos legislativos que favorezcan el desarrollo de políticas de educación sexual y de prevención de embarazos no deseados mediante el acceso en condiciones de igualdad a los servicios de planificación familiar.
17. En cuanto a la regulación de la práctica del aborto, se trata de un tema que no implica un pronunciamiento exclusivamente técnico

sino también discusiones de orden político, moral y religioso, entre otras. Si bien es de fundamental importancia tener en cuenta el dato insoslayable de las muertes de mujeres a causa de las prácticas ilegales de interrupción del embarazo, es necesario instrumentar un debate en el que se garantice la participación de todos los afectados por las conductas objeto de regulación jurídica, antes de poder efectuar una recomendación técnica en un sentido u otro.

4.12. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En relación al derecho penal internacional, se recomienda:

1. Aprobar una ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), tal como lo recomienda este instrumento internacional. Esa ley debe tipificar internamente los delitos previstos en el Estatuto y crear mecanismos que faciliten la coordinación y colaboración del Estado uruguayo con la Corte Penal Internacional.
2. Adaptar nuestra legislación penal a lo establecido en el Estatuto de Roma en sus arts. 28 y 33 sobre responsabilidades de superiores y subordinados.
3. Ampliar nuestra legislación penal y procesal penal para asegurar el ejercicio de la jurisdicción interna para juzgar a los responsables de crímenes internacionales. Se legislará que estos crímenes no prescriben, no podrán ser considerados delitos políticos y sus autores y responsables quedarán sujetos a extradición.
4. Tipificar por ley y sancionar penalmente el crimen de genocidio, siguiendo lo establecido por la Convención aprobada por la ley 13.482.
5. Tipificar en nuestra legislación penal interna y sancionar los actos de terrorismo, 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 proteger conforme al derecho internacional.
6. Tipificar y sancionar penalmente el crimen de desaparición forzada de personas, siguiendo la definición establecida por el art. 7 nral. 2 lit. i del ECPI.

7. Incorporar en nuestra legislación penal interna otras normas referidas a: a) la desaparición forzada de personas cuando se cometa fuera de la situación de «ataque generalizado y sistemático contra la población civil», es decir, como actos aislados contra una o más personas determinadas; y b) la tortura, también cuando se cometa como acto aislado, adoptando medidas efectivas para prevenirla.

8. Modificar, con respecto a las inmunidades de quienes ejercen cargos de Presidente de la República, Ministros de Estado y Senadores, los artículos 113, 114, 171 y 178 de la Constitución para adecuarlos al art. 27 del ECPI que establece la improcedencia del cargo oficial.

4.13. SINDICALIZACIÓN

La ley 17.940 ha adecuado aceptablemente los requerimientos del derecho internacional de los derechos humanos en la materia, incorporando muchos de los principios y estándares internacionales.

Este texto ha recogido importantes formas de protección para la actividad sindical y el derecho al fuero sindical así como una restricción al *ius variandi*.

Futuras normas complementarias a la protección del fuero sindical deberían contemplar:

1. La extensión del derecho a la negociación colectiva para todos los sectores del trabajo sin exclusión alguna.
2. Garantías y protecciones especiales al derecho de huelga.
3. La inclusión, dentro del derecho de huelga, de la huelga solidaria y la ocupación de los lugares de trabajo, cuando esto sea indispensable para proteger las fuentes laborales y la eficacia de la medida.
4. La regulación, por medio de una ley, del conflicto que puede resultar de la ocupación de lugares de trabajo durante la vigencia de medidas sindicales, en caso que la misma entre en colisión con el derecho de propiedad del empleador sobre el local o la maquinaria allí existente. La ley deberá establecer a tales efectos un procedimiento judicial sumario que contemple los intereses de ambas partes y por el cual se determine, en plazos brevísimos, la legitimidad y la necesidad de la medida.

5. La regulación por ley de que las decisiones sobre las ocupaciones de los lugares de trabajo sean adoptadas libremente por los sindicatos, pero que el proceso de decisión asegure la democracia interna.
6. La necesidad de legislar en cuanto a la morosidad en el pago de los haberes de los trabajadores por parte de las empresas.
7. La regulación por ley de las subcontrataciones y contrataciones de empresas unipersonales, a fin de evitar el desmedro en la protección de los derechos de los trabajadores y en especial sus derechos a la seguridad social.

4.14. REFUGIO

Se encuentra a estudio de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores un proyecto de ley sobre «El Estatuto del Refugiado». El mismo recoge en líneas generales los estándares internacionales de protección del refugiado. Consideramos conveniente que además se incluyan estas recomendaciones:

1. La admisión de las solicitudes de refugio debe ser resuelta por un órgano que actúe bajo la órbita del Poder Ejecutivo (Ministerio de Relaciones Exteriores).
2. En la integración de dicho órgano debe estar representada la sociedad civil.
3. El procedimiento de solicitud, estudio y admisión de refugiados debe ser un procedimiento sencillo y rápido pero que brinde las debidas garantías.
4. El solicitante debe contar con abogado y, si no habla español, con un traductor.
5. Cualquier resolución de este proceso debe ser recurrible.
6. Debe admitirse expresamente que el solicitante pueda ejercer una acción de amparo judicial en protección de sus derechos si así lo entendiere conveniente.

7. Debe consagrarse el derecho a la no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en fronteras) para el refugiado y el solicitante de refugio.
8. El estatuto de refugiado, una vez concedido, debe extenderse también a la familia del mismo que lo acompañe en el país, siempre y cuando ninguna de estas personas tenga alguna causal de exclusión.
9. Deben incorporarse normas de protección especial de sus derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales.
10. En este sentido, la norma legal debe imponer a las distintas autoridades administrativas la obligación de reglamentar medidas especiales de protección a los refugiados y sus familias en materia de asistencia y de no-discriminación.
11. Los refugiados deben ser contemplados especialmente en los planes sociales de asistencia que sean instrumentados por cualquier organismo público en materia de alimentación, salud, educación, vivienda, trabajo y seguridad social.
12. Deben preverse también procedimientos sencillos de expedición de documentación nacional por parte del Ministerio del Interior (Dirección Nacional de Identificación Civil) y Ministerio de Educación y Cultura (Dirección General del Registro del Estado Civil) sin que la dificultad en obtener documentación original del país del solicitante sea un impedimento.
13. Para el caso de poseer estatuto de refugiado o constancia de haberlo solicitado y estar aún pendiente de resolución, la no posesión de cédula de identidad no debe ser obstáculo para recibir asistencia en cualquier organismo público.
14. Deben preverse trámites sencillos y rápidos para las solicitudes de expedición de documentos de viaje, reunificación familiar o pedidos de repatriación.
15. El procedimiento de supresión del estatuto debe estar revestido de las máximas garantías de procedimiento así como también admitir su revisión judicial.

16. Debe instrumentarse la capacitación de los funcionarios de la Dirección Nacional de Migraciones, policiales y de la Prefectura Nacional Naval, especialmente los asignados a puestos de frontera, en cuanto al Estatuto del Refugiado y los derechos y obligaciones que concede.

17. Debe habilitarse a las autoridades nacionales a procurar de la cooperación internacional los recursos necesarios para la atención y asistencia del refugiado.

18. Esta ley debe derogar expresamente todas las normas legales y administrativas de contralor migratorio que se opongan al estatuto del refugiado.

4.15. MIGRANTES

Deben legislarse medidas de discriminación positiva que atiendan las necesidades del inmigrante siguiendo el principio general de no discriminación, como ser:

1. Deben respetarse y asegurarse a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro del territorio o sometidos a su jurisdicción, los derechos previstos en los mismos, sin distinción alguna por ningún motivo.

2. Todas las leyes y disposiciones administrativas migratorias deben adecuarse a la condición de que estas personas podrán salir y entrar libremente del país. Este derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades ajenos, y sean compatibles con otros derechos reconocidos por la normativa nacional e internacional.

3. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él.

4. Debe haber normas expresas de discriminación positiva que aseguren al inmigrante protección especial en sus derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Esto comprende el derecho a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones y el derecho a la libertad de expresión.

5. El ejercicio de estos derechos comprende la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin limitaciones de fronteras.
6. Los inmigrantes no pueden ser sometidos a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones ni a ataques ilegales contra su honor y buen nombre y deben tener derecho a ser protegidos contra tales ataques.
7. Deberán también ser protegidos sin ningún tipo de discriminación en el goce de su libertad personal, en su seguridad física y en sus bienes y debido proceso, igual que los nacionales.
8. La ley debe expresamente disponer que las restricciones a cualquier derecho de los trabajadores inmigrantes deben contar con los mismos requisitos que cualquier otra restricción a los derechos de los nacionales (por ley y en razón del interés general).
9. En los programas de asistencia estatal a poblaciones de pocos recursos brindados por organismos públicos nacionales, la ley debe expresamente establecer que éstos tomen medidas no menos favorables que las aplicadas a sus nacionales para garantizar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares.
10. Se debe disponer expresamente por ley la igualdad de trato respecto de los nacionales en relación con la protección contra los despidos, las prestaciones de desempleo y el acceso a programas contra el desempleo.
11. Se deberán impulsar medidas legales y administrativas tendientes a impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios, imponiendo sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto, sin menoscabar los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores.
12. Cualquier política pública de inmigración o programas específicos de promoción del ingreso al país de población migrante debe instrumentarse siguiendo los principios y disposiciones del Convenio señalado.
13. La «Ley General de Migraciones» debe excluir expresamente cualquier disposición discriminatoria y señalar que todo inmigrante posee

dentro del territorio nacional los mismos derechos y obligaciones que los nacionales, establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

14. Todo procedimiento administrativo tendiente a la obtención de ciudadanía, radicación o permiso de ingreso para cualquier extranjero no debe incluir requisitos de difícil obtención por parte del solicitante ni contener cláusulas discriminatorias de ningún tipo. Estos procedimientos deben contemplar solamente los criterios de seguridad pública que hayan sido establecidos legalmente.

4.16. SALUD Y ENFERMEDAD MENTAL

Se debe sustituir la vieja ley 9.581 de 1936 por una nueva ley de «Salud mental y atención a las personas con trastorno mental» que abarque los siguientes temas:

1. La definición de cómo y quién determina el estado de trastorno mental.
2. El reconocimiento expreso de determinados derechos de los pacientes, a saber: a la no discriminación, a otorgar el consentimiento informado al tratamiento que se le proponga, a tener un defensor o representante legal, a ser asistido en su comunidad y a que se exponga en lugares visibles en las instituciones de internación psiquiátrica el reglamento con los derechos de los internos.
3. La atención integral médica, psiquiátrica, psicológica y social, con servicios comunitarios distribuidos en áreas territoriales, incluyendo centros de atención diurna y nocturna y atención de casos agudos en el hospital general.
4. La definición de los requisitos y los tipos de internación: voluntaria o compulsiva, la transitoriedad de la misma, la impugnación cuando no se está de acuerdo con la internación, el establecimiento de normas sobre medicación a aplicar, de requisitos para los tratamientos con efectos irreversibles, la libertad de comunicación del paciente y la atención post internación.

5. El establecimiento de normas sobre curatela e internación de procesados o penados.
6. La creación de niveles de atención y rehabilitación alternativos, tales como casas a medio camino, talleres protegidos, comunidades terapéuticas y centros de rehabilitación.
7. La definición de exigencias edilicias y de equipamiento para los centros asistenciales.
8. La atención post internación para quienes no puedan, por alguna circunstancia, reintegrarse al hogar.
9. La creación de un área de prevención que elabore políticas a desarrollar en esa materia, sobre la base de estudios epidemiológicos e investigaciones, sobre todo referidas a personas o grupos que se encuentren en situaciones de riesgo.
10. La prevención y atención específicas para los trabajadores de la salud mental.
11. El establecimiento de normas de seguridad social e instrumentación del baremo para establecer el grado de discapacidad sobre una base técnica.

4.17. DISCAPACIDAD

Se recomienda lo siguiente:

1. Elaborar criterios uniformes (aplicables a nivel oficial por todos los organismos del Estado) de registro de la discapacidad y baremos. Ello es necesario para conocer la real magnitud de la condición de la discapacidad en el país y diseñar políticas apropiadas sobre el tema.
2. En materia educativa, el CODICEN debe modificar el Acta N° 17 contenida en la Resolución N° 40, estableciendo la directiva de la educación inclusiva con carácter general para todos los centros docentes y dotar a ese sistema educativo de los apoyos y recursos materiales y humanos para su implementación.

Sobre rehabilitación e integración social de la persona con discapacidad, se recomienda la aprobación de dos leyes:

1. Una ley que tenga tres contenidos esenciales: a) unificar y racionalizar la normativa existente sobre acceso a cargos públicos de personas con discapacidad; b) involucrar al sector empresarial privado en la promoción de las personas con discapacidad; y c) establecer normas de accesibilidad con alcance nacional.
2. Una ley que amplíe la ley 16.095 cometiendo a la Comisión Nacional del Discapacitado la creación de un Centro Nacional para personas con discapacidad, que con carácter gratuito brinde los servicios en las áreas establecidas en los arts. 16 y 17 de la ley mencionada.

4.18. VIH-SIDA

Se recomienda sancionar una ley de creación de una Comisión Nacional de lucha contra el VIH-SIDA, o, en su defecto, modificar el decreto N° 409/93 de 15/9/93 que crea la «Comisión Nacional de Lucha contra el SIDA», actualizado sus cometidos y ampliando su integración:

1. Con respecto a la integración de la Comisión, deben incorporarse en carácter de asesoras a las organizaciones no gubernamentales que trabajan en el tema y que tienen una gran experiencia acumulada.
2. Deben ser cometidos de la Comisión:
 - Establecer políticas de Estado referentes a la lucha contra el VIH-SIDA, acciones de prevención y contra la discriminación.
 - Establecer un plan nacional de lucha contra el VIH-SIDA (teniendo en cuenta a estos efectos la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH-SIDA, N.U. 25 a 27 de junio de 2001).
 - Asegurar la cobertura total de la población en el tratamiento.
 - Controlar la calidad y la disponibilidad de la medicación.
 - Descentralizar la atención y el tratamiento de manera que cubra a todo el país.
 - Cuidar la disponibilidad de test rápidos.
 - Realizar acciones de educación y prevención.
 - Realizar convenios con organismos e instituciones educativas para

la realización de programas de educación e información dirigidos tanto a alumnos como a docentes.

- Instrumentar la prevención, la atención y el tratamiento de la pandemia en todas las cárceles del país.
- Proponer al Poder Ejecutivo las modificaciones necesarias para superar las barreras normativas o burocráticas que puedan existir para el acceso universal al diagnóstico, asistencia y tratamiento de personas que lo necesiten, así como en materia de educación e información.
- Procurar la colaboración del sector empresarial en el cumplimiento de sus cometidos en materia de prevención, educación e información.
- Establecer mecanismos permanentes de monitoreo sobre la situación de la pandemia en el país.

CAPÍTULO I
marco teórico

1. SUSTENTO TEÓRICO DE LA IDENTIFICACIÓN DEL MARCO LEGAL Y DE LA JERARQUÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La historia reciente ha demostrado que la sola confianza en la normativa e instituciones internas de los Estados no es suficiente para lograr una efectiva y permanente protección de los derechos humanos. Es por ello que se ha desarrollado el derecho internacional de los derechos humanos, para dotar de garantías al ser humano mediante la concreción de instrumentos de reconocimiento y protección diversos a los brindados por los Estados nacionales, sin perjuicio de que, tratándose de la protección y defensa de los derechos humanos, no puede, *a priori*, haber primacía ni de la norma nacional ni de la internacional, debiendo optarse en cada oportunidad por la más protectora.

La consolidación del Estado de Derecho y el fortalecimiento de la democracia basada en la protección de los derechos humanos, exigen una permanente revisión de los instrumentos jurídicos que garantizan esos derechos, a la vez que una mirada atenta a su efectivo cumplimiento en la práctica cotidiana por parte de las instituciones y organismos estatales.

Los derechos humanos no sólo deben orientar el orden jurídico sino que éste debe estar a su servicio. El orden jurídico existe para su concreción¹. La máxima expresión normativa de los derechos humanos (los instrumentos internacionales de protección) debe ser aplicada por los poderes públicos de los Estados y, además, debe armonizarse el derecho interno a la luz de esos requerimientos.

La adecuación del derecho nacional al derecho internacional de los derechos humanos no debe tomar como referente sólo los diversos instrumentos internacionales, sino también la costumbre internacional, los principios

1 PRATS, Martín; «Estado, Control Social y Políticas Sociales: un enfoque desde los Derechos Humanos», en *El Uruguay de los 90: Entre políticas sociales y políticas criminales*, IELSUR, Montevideo, 1997, pp. 39 –116, p. 39 y ss.

generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina de los publicistas (*Soft law*²), pues éstas son asimismo fuentes del derecho internacional. Esta acepción amplia de fuentes está consagrada en el propio Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38), que es parte integrante de la Carta de Naciones Unidas (art. 92), y sobre esa base se articula la tarea de armonización que impulsa este estudio.

En el ámbito internacional se es plenamente consciente de que no basta con reconocer los derechos humanos; es preciso contar con los procedimientos y recursos para hacer efectivo su goce y establecer remedios ante su posible violación³.

Por ello, tanto el sistema interamericano como el sistema universal de protección de derechos humanos están conformados por una serie de órganos internacionales de supervisión, entre los cuales se cuentan la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, los Comités especializados (Derechos del Niño, Contra la Tortura, Para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Para la Eliminación de la Discriminación Racial, Derechos Humanos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales), la Corte Internacional de Justicia, la CtIDH, la CIDH, Relatores Especiales y Expertos Independientes, entre otros.

Dentro de las competencias de los órganos de supervisión está la de hacer recomendaciones en algunos casos y dictar sentencias en otros, en las cuales se establece que los Estados deben llevar adelante determinadas acciones positivas tendientes a cumplir con su responsabilidad internacional de respetar y garantizar los derechos humanos.

- 2 No hay una posición unánime respecto del alcance de la expresión *soft law*, si bien parece que el significado más extendido es aquel que hace referencia a instrumentos internacionales no obligatorios o no vinculantes (MAZUELOS, Angeles; «Soft law: mucho ruido y pocas nueces?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 8, 2004, www.reei.org). En este estudio la expresión se emplea para referirse a las fuentes del derecho internacional con excepción de los tratados, y abarca todo principio, norma, estándar, guía de conducta, recomendación, etc.
- 3 RUIZ DE SANTIAGO, Jaime; «Diagnóstico de la Realidad de los Derechos Humanos en América Latina, tendencias y desafíos», en CANÇADO TRINDADE, Antonio y RUIZ DE SANTIAGO, Jaime; *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, ACNUR/Corte IDH, San José, C.R., 2004, pp. 87-127, p. 91 y ss.

De este modo, las decisiones de los organismos internacionales de protección, universales o regionales, pueden obligar a los Estados a modificar sus prácticas, e incluso sus legislaciones, puesto que –al ratificar las convenciones– los Estados asumen la obligación de aplicarlas según las interpretaciones que de ellas hagan los órganos de supervisión⁴.

Al aceptar la competencia de los órganos de supervisión, los Estados aceptan como válidas sus conclusiones y deben adoptar las medidas legislativas, judiciales y administrativas de conformidad con dichas decisiones. Por tanto, todo estudio de armonización no sólo debe comprender un listado de normas internacionales de derechos humanos contenidas en tratados, pactos o convenciones, sino también las distintas formas de expresión de los organismos de protección.

Estas formas pueden tener el carácter de sentencias, informes, recomendaciones y directrices, entre otras, y en todos los casos permiten determinar de una manera más precisa cuáles son las materias o temas donde Uruguay presenta incumplimientos, omisiones o inconsistencias en sus obligaciones ante la comunidad internacional en referencia a los derechos humanos.

La pluralidad de fuentes de producción jurídica en materia de derechos humanos provenientes del derecho internacional, coexistiendo con las del derecho interno, coadyuvan a la definición del objetivo de protección integral y tutela de derechos y libertades.

Además de los procesos de positivización⁵, universalización, expansión e internacionalización de los derechos humanos que caracterizan su desarrollo histórico, también se ha dado (con mucha fuerza en los últimos años) un proceso de especificación⁶. Se lo define como aquel proceso que, sobre una identificación más precisa de los sujetos titulares de derechos, identifica grupos en una situación de mayor vulnerabilidad o desventaja, en virtud de lo cual requieren de ciertas protecciones especiales.

4 Por ejemplo: CtIDH, Casos «La Última Tentación de Cristo» y Suárez Rosero.

5 Se entiende por «positivización» el establecimiento de los derechos humanos en el derecho positivo con carácter general y obligatorio.

6 SQUELLA, Agustín; «Los derechos Fundamentales de la Persona Humana», en *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 157-202.

De esta forma, se han desarrollado a nivel normativo en el derecho internacional de los derechos humanos ciertas especificaciones basadas en el género, la edad del individuo o ciertas condiciones especiales de vida.

El fenómeno de expansión de los derechos humanos, además de la especificación por grupos, ha implicado una especificación por temas, intentando otorgarle a ciertos derechos una especial protección en relación a la ya brindada por los instrumentos jurídicos de carácter genérico.

Ha sido la comunidad internacional la que ha adoptado determinados instrumentos que brindan protección especial ante violaciones puntuales, como lo reflejan los instrumentos internacionales relativos a la prohibición de la pena de muerte, de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, de la desaparición forzada de personas, del genocidio, del terrorismo, de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como a la búsqueda de soluciones concretas para eliminar la discriminación o promover el desarrollo puntual de ciertos derechos (del niño, de la mujer, de los presos o de los pueblos indígenas).

La especificación por tema supone fortalecer la protección jurídica de grupos, colectivos o minorías, dotándolos de mayores y mejores garantías. Cada uno de ellos ha recogido en estos años desarrollos teóricos importantes en el ámbito de la jurisprudencia y la doctrina. Cada uno requiere un nivel de especialización en su estudio y análisis que amerita su clasificación y su desarrollo particular, sin desmedro del respeto de los principios de universalización y generalización de los derechos humanos, dentro de los cuales deben encontrar su desarrollo armónico.

Debido a que el estudio por tema permite identificar mejor los fenómenos objeto de regulación, en los que además normalmente existen diferentes derechos en juego, hemos optado por una clasificación temática, sin perder de vista la integralidad de los derechos humanos y la unidad del ordenamiento jurídico.

Al coexistir dentro de nuestro ordenamiento jurídico esta pluralidad normativa y de fuentes, es preciso replantear el análisis de la jerarquía de las mismas de acuerdo a un nuevo paradigma y poder reconstruir la necesaria unidad que requiere todo sistema jurídico sobre el fundamento de la protección integral de los derechos humanos.

Cada norma debe tener una posición precisa en el conjunto. El ingreso de las normas provenientes de instrumentos internacionales y de las

recomendaciones y resoluciones de organismos universales o regionales al derecho interno, plantea un problema interpretativo y de jerarquía normativa que nos obliga a reconceptualizar el derecho como sistema de garantías.

Al integrarse las normas de origen internacional al derecho interno, el sistema jurídico en su conjunto debe ganar en herramientas para efectivizar la protección integral de los derechos y ofrecer más y mejores garantías. Para subrayar su validez es preciso definir un criterio interpretativo que amplíe y no restrinja derechos. A su vez, para que ese criterio sea legítimo debe determinar de manera precisa el modo de incorporación y la jerarquía de dichas normas internacionales en el ordenamiento interno⁷.

Si asignamos al derecho internacional de los derechos humanos rango de supraconstitucionalidad, debemos justificar teóricamente tal aserto, dada la carencia de regulación constitucional expresa.

La asignación de dicha jerarquía implica que las demás normas que integran nuestro derecho son inferiores jerárquicamente y deben, por tanto, adecuarse a la normativa de origen internacional.

La misma consecuencia se sigue de la atribución de rango constitucional a los tratados.

Si bien nuestra Constitución no ha establecido expresamente la jerarquía de los tratados internacionales, sí ofrece pautas concretas acerca de cómo deben interpretarse las normas relativas a derechos humanos. La solución se puede encontrar en la lectura armonizada de sus artículos 7, 72 y 332, en especial la *cláusula de derechos implícitos* del artículo 72.

Armónicamente interpretados, estos artículos habilitan la aplicación del principio fundamental de nuestro derecho y del derecho internacional de la *prevalencia* o aplicación de la *norma más favorable* a la protección de la dignidad humana (principio *pro homine*). Este principio ha sido previsto, entre otros instrumentos, por la CADH (art. 29), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

7 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo; «La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno», *Revista IIDH*, N° 7, San José, C.R., enero-junio 1988, pp. 25-41.

8 En adelante, PIDCP.

Culturales⁹ (art. común 5.2), la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰ (art. 41), la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer¹¹ (art. 23) y la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹² (arts. 1, 14 y 16).

El presente estudio sobre la adecuación de nuestra normativa nacional a las exigencias del cumplimiento efectivo de los derechos humanos asume, como premisa teórica y metodológica, que en los casos en los cuales la norma interna esté por debajo del estándar exigido por el derecho internacional de los derechos humanos, debe ser modificada o derogada, de modo de garantizar la máxima protección posible del derecho en cuestión.

La identificación del marco legal que será sujeto a estudio y revisión requiere determinar, en principio, cuáles son las normas internas que no cumplen con los requisitos exigidos y señalados anteriormente y representan, por lo tanto, una amenaza real, latente o actual a la vigencia y efectiva protección de los derechos humanos en Uruguay.

El listado de normas internacionales de derechos humanos expresadas en los instrumentos que Uruguay ha ratificado, así como las distintas formas de expresión de los organismos de supervisión (sentencias, informes, recomendaciones, directrices, etc.) nos va a permitir identificar de mejor manera cuáles son las materias donde es necesaria e indispensable la armonización.

El derecho interno no sólo presenta omisiones en el desarrollo legislativo de ciertos derechos, sino que cuenta muchas veces –lo que es más peligroso– con previsiones legales que regulan el ejercicio de derechos de una manera restrictiva, limitativa, ineficaz o claramente contraria a una efectiva protección y garantía de acuerdo a los estándares internacionales.

Como señala Cecilia Medina, es necesario «... *emprender una cuidadosa revisión de su legislación interna con el propósito de eliminar las discrepancias que puedan existir entre ella y las normas internacionales*»¹³.

9 En adelante, PIDESC.

10 En adelante, CDN.

11 En adelante, CEDAW.

12 En adelante, CCT.

13 MEDINA, Cecilia; *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para defensores públicos*, Santiago, 2004, p. 18.

2. SUSTENTO TEÓRICO Y LEGAL DE LAS INTERPRETACIONES QUE SE CONSIDERAN PARA EL ABORDAJE DEL ESTUDIO COMPARATIVO CON VISTAS A LA ARMONIZACIÓN

El estudio sobre la adecuación del ordenamiento jurídico nacional a la normativa internacional de derechos humanos se sustenta en la posición de que los Estados, al ratificar los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, asumen las obligaciones de respetar y garantizar cada uno de los derechos amparados en esas normas. Al asumir las obligaciones de respetar y garantizar, surge como deber primordial de los Estados, adecuar su ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de protección.

Incluso en aquellos casos donde la realización de un derecho convencional requiera del dictado de una reglamentación interna, la inercia u omisión del legislador no pueden ir en contra de la obligación del Estado de proteger los derechos¹⁴.

El desarrollo histórico de los derechos humanos –y el deber de los Estados de respetarlos, protegerlos y realizarlos– ha sido un proceso definido y caracterizado por su *progresiva incorporación*, de manera cada vez más acelerada y precisa, al derecho interno de los Estados. De este modo, los textos constitucionales y legales han ido recogiendo distintas fórmulas de reconocimiento, y con ello se ha constituido una base jurídica objetiva que ha favorecido su conocimiento, difusión, protección y efectividad¹⁵.

Este reconocimiento positivo de los derechos humanos en el ámbito interno otorga –más allá de la posible discusión doctrinal e ideológica sobre la naturaleza de los mismos– las debidas garantías para su cumplimiento.

14 GIALDINO, Rolando; «La producción jurídica de los organismos de control internacional de los Derechos Humanos como fuente del derecho nacional. Fuentes universales y americanas», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2004, pp. 679-720, pp. 680-682.

15 SQUELLA, Agustín; ob.cit., pp. 157-202.

Este proceso se ha dado conjuntamente con una ininterrumpida expansión (sobre todo a nivel internacional) que ha ido incorporando *nuevos derechos*. Desde este punto de vista, el desarrollo de las llamadas «generaciones de derechos» no es más que la expansión progresiva del concepto de derechos humanos, partiendo de los civiles y políticos, pasando por los económicos, sociales y culturales, y llegando a los denominados derechos de cuarta generación como el «derecho a la paz», «al desarrollo» o «al medio ambiente sano».

Es empíricamente constatable cómo, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁶ del 10 de diciembre de 1948, además de la positivización ha tenido lugar un proceso de *internacionalización*, esto es, un proceso de reconocimiento y protección supranacional de los derechos de los individuos.

Es a partir de la DUDH que los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos han consolidado el *reconocimiento de la persona humana como auténtico sujeto de derecho internacional*. Esto ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional, a partir de un pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en relación con la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, en que señaló: «*En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones*»¹⁷.

Con esta base, la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁸ afirmó en diversos fallos que el objetivo del Convenio Europeo es el establecimiento de un orden público para la protección de los derechos humanos¹⁹.

16 En adelante, DUDH.

17 CIJ; «Opinión Consultiva sobre Reservas a la Convención sobre el Genocidio», 1951.

18 En adelante, CtEDH.

19 DULITZKY, Ariel; «La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado», en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.); *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 33-74, p. 37; con cita en el caso Soering.

En el mismo sentido se pronunció la CtIDH: «*Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*»²⁰.

Como bien ha señalado Dulitzky, una consecuencia de la particular naturaleza de los tratados de derechos humanos es la inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*²¹, es decir, que no se aplica en este ámbito el principio de reciprocidad, según el cual el incumplimiento de una obligación por una de las partes, habilita a la otra a dejar sin efecto la obligación a su cargo.

Por otro lado, no pueden caber dudas en cuanto a que el paradigma de la *internacionalización de los derechos*—evidenciado en la asunción de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos— implica una auto-limitación al concepto de soberanía, actualmente en crisis²².

Asimismo, debe tenerse presente que, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, los Estados Parte de un tratado adquieren el derecho a pedir cuentas a cualquier otro Estado Parte, si existen bases y fundamentos para creer que las disposiciones del Pacto no están siendo total y efectivamente implementadas. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una intervención ilegítima en la soberanía de otro Estado.

Tampoco podría invocarse la soberanía para dejar de cumplir con una obligación internacional, ya que cuando un Estado suscribe y ratifica un tratado de derechos humanos, también lo hace en uso de su soberanía, no pudiendo luego excusarse en ella para dejar de aplicar las disposiciones de un instrumento que se ha obligado a respetar.

La normativa internacional de derechos humanos se incorpora a los órdenes jurídicos nacionales de acuerdo con la previsión constitucional de cada Estado, y a partir de ello es aplicable y obligatoria.

20 CtIDH; Opinión Consultiva OC-2/82.

21 CtIDH; Opinión Consultiva OC-2/82, nota 34.

22 Algunos autores sostienen incluso que, luego del desarrollo del derecho internacional bajo la Carta de la ONU «*la soberanía se ha revelado como un pseudo-concepto o, peor aún, como una categoría anti-jurídica*» (FERRA)OLI, Luigi; «La soberanía en el mundo moderno», ob.cit., pp. 145 a 147).

De este modo, norma internacional y norma nacional conforman un solo orden jurídico, y –estrictamente– aquélla no requiere de acto jurídico posterior alguno para su aplicación (por ejemplo: reforma legal). Las normas originadas en tratados, pactos o convenciones internacionales de derechos humanos pasan, una vez ratificadas, a formar parte del derecho interno, por lo que *derogan* toda disposición contraria de origen interno.

Esta unidad entre derecho internacional y derecho interno no elimina la posibilidad de contradicciones, sino que nos indica el camino para superar los eventuales conflictos que puedan suscitarse entre ambos.

Una vez incorporado válidamente el tratado al ordenamiento jurídico doméstico por su ratificación, comienzan a jugar los principios de *pacta sunt servanda* y *bona fide* establecidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 26) y especialmente el art. 27.1, en cuanto dispone: «*Un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado*». De allí surge que el derecho convencional internacional tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo el Estado invocar ninguna razón para dejar de cumplir las obligaciones contraídas de buena fe.

Con esta integración normativa y de fuentes, en materia de derechos humanos se supera la doctrina clásica dualista²³, que distinguía y separaba de manera tajante al derecho internacional del derecho interno. Actualmente se reconoce que ambas esferas interactúan y se auxilian mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales, sosteniendo que las normas de derechos humanos de origen internacional y las normas internas configuran un solo orden jurídico integrado (doctrina monista). Por otro lado, no puede decirse que las normas internacionales de derechos humanos contradigan las constituciones, pues ambas están inspiradas en la misma filosofía *iushumanista*; lo que hace la normativa internacional es, en todo caso, complementar y desarrollar derechos constitucionalmente reconocidos en forma expresa o por medio de la cláusula de derechos implícitos.

23 Teoría propuesta originalmente por Heinrich Triepel en su obra *Droit International et Droit Interne*, París, 1920, donde sostenía la «coexistencia de los derechos estatales con el derecho internacional» y que, para que las normas de este último favorecieran a los individuos, debían necesariamente ser transformadas en disposiciones de derecho interno.

Sin embargo, esta unidad entre derecho internacional y derecho nacional ha sido o es muchas veces relativizada por la forma en que el derecho positivo de cada Estado incorpora la normativa de fuente internacional.

Existen en el derecho comparado varias soluciones. Néstor Pedro Sagüés clasifica estas alternativas en cuatro grandes modalidades²⁴:

- a) supraconstitucionalización;
- b) constitucionalización;
- c) subconstitucionalización de primer grado; y
- d) equiparación legislativa.

En la modalidad de supraconstitucionalización, el instrumento internacional de derechos humanos está por encima de cualquier regla de derecho interno, es superior incluso a la Constitución Nacional. Sagüés señala que esto significa no solamente que el tratado se impone sobre cualquier norma constitucional que se le oponga sino que indirectamente puede reformar la Constitución (doctrina monista).

La jerarquía supraconstitucional del tratado está establecida algunas veces en una norma constitucional expresa que prevé el problema²⁵ y, otras veces, por decisiones jurisprudenciales que expresamente señalan la superioridad de los principios del derecho internacional de los derechos humanos sobre los preceptos constitucionales²⁶.

La segunda posición (constitucionalización) sostiene que la Constitución misma es la que confiere jerarquía constitucional a las normas internacionales y que éstas, a partir de ello, son incorporadas al derecho interno. El avance del papel del derecho internacional en la defensa de los derechos humanos que se ha producido en las últimas décadas se

24 SAGÜÉS, Néstor Pedro; «Mecanismos de incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos al Derecho Interno», en GONZÁLEZ VOLIO, Lorena (ed.); *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, IIDH, San José de Costa Rica, 1998, pp. 297-314, p. 299.

25 Por ejemplo, el art. 45 de la Constitución de Guatemala de 1985.

26 Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, «Ekmedjian vs. Sofovich», Caso-543. 1992 y Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (citado por Néstor Pedro Sagüés; ob.cit., p. 302).

manifiesta en el aumento considerable de países que incorporan en sus constituciones disposiciones que consagran el derecho internacional como resguardo o protección de tales derechos o como fuente en el reconocimiento de los mismos. Ello revitaliza la protección que a los derechos humanos puede brindar el derecho interno.

En esta modalidad de incorporación, las normas internacionales de derechos humanos no forman parte de la Constitución pero tienen igual jerarquía, validez y efectos que la norma constitucional, conformando el llamado «bloque de constitucionalidad».

En el derecho comparado encontramos esta solución, entre otros, en los textos constitucionales de Argentina (art. 75) o de Perú (art. 105).

En esta solución es claro que el tratado siempre prevalece sobre la ley nacional, tanto en sus efectos como en los criterios de interpretación, aunque puede presentar problemas en los casos de incompatibilidad entre la Constitución y el tratado o entre dos tratados «constitucionalizados» de esta forma. Dentro de las distintas opiniones que se han dado en este sentido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, creemos que la mejor solución de estos conflictos es aquella que le da primacía a la norma que *mejor defiende* el derecho en cuestión o es *más favorable* a los derechos de las personas sobre las cuales estas normas deben aplicarse, también expresada bajo la fórmula del «principio *pro homine*», ya comentado.

En tercer lugar, la alternativa que sostiene que los tratados son «sub-constitucionales» pero «supralegales», considera que la norma internacional tiene inferior jerarquía que la Constitución pero superior que la ley y es recogida, por ejemplo, por la Constitución de Paraguay de 1992 (art. 137). La Constitución, en esta modalidad, es superior jerárquicamente al tratado y regula la forma y los efectos de su incorporación al derecho interno.

Más allá de ser una posición recogida por ciertas Constituciones y por alguna jurisprudencia, se le puede criticar la imposibilidad de ser conciliable con los señalados principios del derecho internacional, *pacta sunt servanda* y *bona fide*, por lo cual no estaría en consonancia con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos e, incluso, atentaría contra su efectivo cumplimiento.

Tampoco resulta atendible la cuarta posición, que atribuye a los tratados un rango inferior a la Constitución e igual rango que la ley nacional. Esta

posición (propia de la doctrina dualista) sostiene que el tratado internacional sólo puede tener vigencia dentro de un Estado si, en primer lugar, la Constitución lo permite y, en segundo lugar, gracias a la existencia de una ley que lo declare aplicable. Consecuencias de esta posición son la posibilidad de declarar inconstitucional un tratado y la posibilidad de derogar el mismo por una ley nacional posterior, derogatoria de la ley ratificatoria del tratado. Ello implica desconocer totalmente el derecho internacional y, en especial, los principios establecidos por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

2.1. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL FUERO INTERNO

Para analizar la ejecutabilidad de las normas de derecho internacional hay que partir de la base de que los tratados de derechos humanos tienen como propósito básico la protección del ser humano. Tanto el PIDCP (art. 52) como la CADH (art. 29 b) y otros instrumentos, establecen la primacía de la norma (nacional o internacional) más favorable a las personas. De ello se desprende que tratándose de la protección y defensa de los derechos humanos no puede, *a priori*, haber primacía ni de la norma nacional ni de la internacional, ya que ambas son igualmente válidas, debiendo optarse en cada oportunidad por la más protectora. Estamos, pues, ante un sistema integrado de protección de ambos derechos.

La ratificación de una Convención de derechos humanos por parte de un Estado obliga a éste a cumplirlo de buena fe, es decir a adoptar sus normas como propias, aplicándolas en beneficio de sus habitantes (*pacta sunt servanda* y *bona fide*, consagrados en el art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Por lo tanto, los Estados están obligados a cumplir con los tratados que han suscrito, y deben hacerlo en forma directa. Si existe algún impedimento de cualquier clase en el orden interno, ese obstáculo debe ser removido. Esto adquiere mayor relevancia si se trata de una norma de derechos humanos donde la aplicación directa e inmediata se torna perentoria por los valores superiores y universales del principio *pro homine* a que tales normas responden.

Lo expresado no decae por el carácter complementario que tiene el derecho internacional de los derechos humanos con respecto al derecho

interno. Muy por el contrario, el carácter complementario o subsidiario implica que si el derecho interno no provee una salvaguarda o no protege debidamente un derecho humano debe acudirse a la protección internacional. En esos casos es que se reconoce el carácter autoejecutable (*self-executing*) de las convenciones internacionales de derechos humanos.

La norma de origen internacional que haya sido incorporada al orden interno puede ser invocada para exigirse su cumplimiento cuando es autoejecutable, esto es, si reúne las siguientes características:

1. Establece un derecho de un modo claro y específico.
2. Contiene los elementos necesarios para que un juez aplique dicho derecho al caso concreto, sin la necesidad de que una norma secundaria o reglamentaria complete a la primera, a los efectos de que pueda ser aplicada y resulte garantizado el derecho internacionalmente reconocido.

La CtIDH, en Opinión Consultiva²⁷ estableció que *«si por cualquier circunstancia (...) [un derecho protegido] no pudiera ser ejercido por ‘toda persona’ sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección en ella previstos»*. Es decir que la CtIDH se ha pronunciado a favor del carácter *self-executing* de la CADH al indicar que tal instrumento *«está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo»*.

En síntesis, el compromiso internacional asumido por el Estado en materia de derechos humanos hace aplicables –directa e inmediatamente– estas normas en el orden interno, sin necesidad de reformar las normas nacionales que se le opongan, ni siquiera en los casos que colidan con la propia Constitución. Se trata de un orden jurídico supranacional y supraconstitucional, incorporado de manera directa al orden jurídico estrictamente nacional. En todos los casos, de existir contradicción u oposición entre una norma nacional, sea de la naturaleza que sea, y una de origen internacional ratificada por el Estado e incorporada así a su derecho interno, prevalece siempre aquella que más favorezca, que más garantice y que más proteja

27 CtIDH; Opinión Consultiva OC-7/86, párr. 28.

los derechos humanos. Se admite la no aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en aquellos casos en los cuales la norma de origen nacional sea la más favorable al individuo²⁸.

Los argumentos de la soberanía nacional o el respeto al principio de autodeterminación de los pueblos y de no intervención de un Estado o un organismo internacional en los asuntos internos de un Estado, no pueden ser aceptados cuando de derechos humanos se trate y todas aquellas invocaciones caen ante la obligación asumida por el Estado ante sus habitantes y ante la comunidad internacional.

Tal como sostiene Sagüés, el proyectar en los Estados las reglas de derecho internacional declarativas de los derechos humanos, es «una de las estrategias que más esperanzas han suscitado en el Siglo XX para lograr la vigencia de los mismos en un país determinado»²⁹.

Los derechos humanos rigen dentro de un Estado no solamente por su única voluntad, sino también por la voluntad de otros Estados y organizaciones supranacionales que conforman la comunidad internacional. En su cumplimiento, está en juego el interés y el bien común internacional. Si un Estado no cumple con estos compromisos, contrae responsabilidad internacional y, en algunos casos, su incumplimiento puede implicar el sometimiento de ese Estado a tribunales supranacionales.

2.2. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO URUGUAYO

En el derecho uruguayo la aplicabilidad del derecho internacional se da a través de la suscripción de la norma de origen internacional por parte del Estado y la ratificación de la misma por parte del Poder Legislativo. Una vez sancionada y promulgada la ley nacional que aprueba la norma internacional, ésta se encuentra vigente para el orden jurídico interno.

28 PARDUCCI PUGLIA, Fernando; «Aplicación del Derecho de Origen Internacional de los Derechos Humanos en la jurisdicción doméstica de los Estados», en *Derechos Humanos y Corrupción*, pp. 127-135, p. 132.

29 SAGÜÉS, Néstor Pedro; ob.cit., p. 299.

La Constitución establece el procedimiento de validación e incorporación de las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional, que convierte a la norma internacional válida en norma aplicable en lo interno, como norma integrante del ordenamiento jurídico nacional, vinculante y obligatoria, para todos los órganos y todas las personas del Estado uruguayo, a partir de lo dispuesto en los arts. 7, 72³⁰ y 332 de la Constitución.

De esta forma, en Uruguay, las normas de derecho internacional de los derechos humanos han sido incorporadas al orden jurídico interno y gozan de inmediata aplicabilidad. Ésta proviene, por un lado, de la suscripción y ratificación de la norma de origen internacional por los procedimientos que la Constitución establece, y por otro, por la vigencia de esas normas en virtud de expresas directivas también constitucionales.

Cuando Uruguay hace suyos los contenidos de un acuerdo internacional de derechos humanos, éstos quedan debidamente incorporados al orden jurídico nacional sin necesidad alguna de transformación (tesis monista). Se trata de normas con un origen supranacional pero que al ser suscritas, aprobadas y ratificadas por el Estado, han pasado a formar parte del derecho interno.

La consecuencia directa más importante es que estas normas pueden ser invocadas ante los tribunales locales, que asumen la obligación de aplicarlas. Las mismas han sido aceptadas por el Estado, por lo que se puede considerar que *en nuestro Derecho las normas internacionales son normas jurídicas con carácter vinculante*.

Esto es así pues muchas veces, si bien las normas de derechos humanos de origen internacional ratificadas por el Estado prevalecen en todos los casos sobre las normas de origen nacional cuando establecen mayor protección a las personas y son de aplicación inmediata sin necesidad de ley nacional que las transforme, la existencia de normas contradictorias o

30 Obsérvese además la similitud entre el texto del art. 72 de la Constitución en cuanto a que la enumeración de derechos, deberes y garantías «no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno», y el art. 29 lit. c) de la CADH, al disponer que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de «excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática y representativa de gobierno».

incluso la falta de normas en el ámbito interno pueden inducir a confusión o equívoco a los agentes del Estado.

Para asegurar que las normas internacionales operen dentro de la jurisdicción estatal no basta con ratificarlas, sino que es necesario que, por medio de normativa nacional, se instrumenten recursos adecuados, eficaces e «*idóneos para proteger la situación jurídica infringida*»³¹ e impulsar en los distintos ámbitos del Estado las reformas estructurales requeridas para propiciar las condiciones y garantías necesarias para que los derechos puedan ejercerse. Lamentablemente, la experiencia indica que para la efectiva vigencia de las normas internacionales de derechos humanos no basta con ratificar los instrumentos internacionales, sino que resulta necesario implementar –a nivel interno– procesos de adecuación legislativa que acompasen la normativa nacional con la internacional.

La legislación nacional no hace ejecutable la obligación del Estado, pues esta condición ya está dada por la mera ratificación del instrumento internacional. Lo que logra es facilitar su aplicación, hacerla cognoscible, garantizar con mayor fuerza su implementación.

Sumándose al criterio de la Corte Internacional de Justicia ya señalado, distintos autores han remarcado una y otra vez la necesidad de que el Estado adopte las medidas legislativas a nivel interno de modo de cumplir cabalmente sus obligaciones convencionales. En tal sentido, Cecilia Medina afirma que en materia de derechos humanos, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de dichos derechos (obligación de respetar), sino que, además, debe emprender acciones positivas (obligación de garantizar), y señala expresamente que resulta primordial «*...emprender una cuidadosa revisión de su legislación interna con el propósito de eliminar las discrepancias que puedan existir entre ella y las normas internacionales*»³². Bidart Campos, por su lado, señala que aún en las normas definidas como «programáticas», el legislador está obligado a hacer lo que ellas determinan³³.

31 CtIDH; Sentencias ya citadas.

32 MEDINA, Cecilia; ob.cit., p. 18.

33 BIDART CAMPOS, Germán; *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 185.

Dándole fuerza jurisprudencial a esta posición, la propia CtIDH ha reiterado en sus sentencias el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para dar plena eficacia a los derechos³⁴.

Dulitzky sostiene la importancia primordial de implementar todo el *stock* de normas internacionales existentes y su conexión íntima con la reducción de las divergencias entre los compromisos internacionales y la actuación doméstica del Estado. El estatus constitucional o cuasi constitucional de tales tratados debe servir para forzar a los operadores jurídicos a revisar sus prácticas cotidianas en materia de implementación de las normas internacionales en el ámbito nacional³⁵.

En este sentido, la concreción del deber de adecuación se erige en herramienta fundamental para los jueces y contribuye al fortalecimiento del derecho internacional, al ponerlo en directa interconexión con la normativa interna.

Brewer-Carías señala con razón que «*Uno de los grandes motivos de la ineffectividad de los mecanismos de protección de los derechos humanos en nuestros países, ha sido precisamente el desconocimiento de su existencia, y de sus posibilidades*»³⁶. La regulación y reglamentación por ley nacional de las normas de origen internacional, si bien no garantiza aventar este desconocimiento, coadyuva con otros factores como la educación en derechos humanos, la capacitación de operadores jurídicos, y la propia acción positiva del Estado a fin que los mismos se conozcan y estén presentes las garantías y los procedimientos para hacerlos realmente efectivos. Cumple entonces la ley nacional también un papel y una labor didáctica, dirigida tanto a las personas para que puedan conocer y defender mejor sus derechos, como a los agentes estatales encargados de aplicar el derecho y obligados a cumplir los mandatos de protección de los derechos humanos.

Existen numerosos tratados que pese a haber sido ratificados hace décadas por nuestro Estado, todavía no presentan su debida armonización

34 CtIDH; Caso Velásquez Rodríguez, nota 67, párr. 64; Caso Godínez Cruz, párr. 67; Caso Baena y otros, párr. 141, citadas por Cecilia Medina; ob.cit., p. 19.

35 DULITZKY, Ariel; «Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano», *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, IIDH, 1996, pp. 129-166, p. 165.

36 BREWER-CARÍAS, Allan; ob.cit., pp. 3 y ss.

a nivel de la legislación nacional. De esta forma, leyes y decretos coliden muchas veces con los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, provocando lesiones a los derechos de las personas o causando desmedro en sus garantías.

En otros casos, las normas internacionales que requieren su debida instrumentación no tienen en el ámbito interno una norma que las efective, incurriendo el Estado en omisión de cumplimiento de las obligaciones contraídas ante la comunidad internacional y ante la totalidad de las personas sujetas a su jurisdicción.

Omisiones y lagunas, normas contradictorias o limitativas, observaciones de los comités de seguimiento, marcan entonces un panorama que debe ser revisado bajo el nuevo paradigma descrito, de modo de hacer compatible nuestro derecho con los compromisos asumidos bajo el derecho internacional.

2.3. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS SOBRE EJECUTABILIDAD E INCORPORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO INTERNO

Se efectúan recomendaciones de líneas de acción legislativa en dos sentidos:

1. Modificación de la Constitución: Supone incluir una disposición que incorpore el denominado «bloque de constitucionalidad»³⁷, confiando a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por Uruguay rango constitucional, sin que la redacción contenga una enumeración taxativa. La misma podría incorporarse agregando un inciso al artículo 72 de la Constitución. Además de la atribución de jerarquía constitucional a los tratados y convenciones relativas a derechos humanos, el texto debería prever que las normas contenidas en dichos instrumentos, que reconocen derechos individuales, son de aplicación directa e inmediata.

2. Sanción de una ley interpretativa: En el entendido de que las reformas constitucionales pueden tardar en concretarse, y teniendo

37 Esta solución ha sido adoptada por Argentina, Colombia, Perú, Nicaragua, Ecuador y Venezuela, con variantes en cada texto constitucional.

en cuenta que las realizadas no han abordado un tema esencial como es la vigencia y jerarquía de los derechos humanos contenidos en las normas de los tratados, pactos, convenios y convenciones en la jurisdicción doméstica, es imperioso plantear una solución al tema. En uso de la potestad que se le confiere a la Asamblea General por el artículo 85 numeral 20 de la Constitución, se recomienda como línea de acción alternativa la sanción de una ley interpretativa del artículo 72 de la Constitución³⁸. En el texto de la misma debería tener consagración expresa que los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos forman parte de los «inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno». Ello porque la constatación de que existe un instrumento de derecho internacional relativo a derechos humanos ratificado por el país es suficiente para considerar que los derechos reconocidos en el mismo integran el elenco de derechos del artículo 72. Risso señala a tales efectos que dicha conclusión *«la impone el hecho de que la comunidad internacional, con la participación del Estado uruguayo, reconoce, implícitamente, la condición del derecho como fundamental»*³⁹. El artículo 72 de nuestro texto constitucional impone en la actualidad una interpretación amplia y flexible. De las consideraciones anteriores surge que *«cuando nos encontremos con un derecho fundamental reconocido como tal en los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República, ya no será necesario argumentar que el mismo presenta el referido carácter de inherencia para que se acepte su rango constitucional, sino que dicha condición deriva directamente del hecho de estar reconocido por el ordenamiento jurídico internacional como un derecho fundamental»*⁴⁰.

38 Concordante con la interpretación de la más prestigiosa doctrina (RISSO, Martín; *Derecho Constitucional*, tomo I, FCU, Montevideo, 2005, pp. 504 y ss.) y jurisprudencia. Respecto a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, ver PÉREZ MANRIQUE, Ricardo; «Panorama de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de derechos humanos», en *Revista Judicatura*, N° 41, Agosto 2000, pp. 246-284.

39 RISSO, Martín; ob.cit., p. 506.

40 RISSO, Martín; ob.cit., p. 507.

La adopción de estas medidas (reforma constitucional; ley interpretativa, mientras aquélla no se concrete) será una valiosa herramienta para los poderes públicos, despejando posibles dudas sobre la aplicación e incorporación de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho interno de los Estados. Se daría cumplimiento de esta forma a lo dispuesto por la CtIDH, que ha establecido que la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en una convención internacional *«implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»*⁴¹.

2.4. SITUACIÓN DEL ESTADO URUGUAYO EN RELACIÓN AL CUMPLIMIENTO DE PLAZOS DE PRESENTACIÓN DE LOS INFORMES A LOS COMITÉS DE NACIONES UNIDAS

Como se observa en el cuadro siguiente⁴², Uruguay presenta un preocupante atraso frente a los órganos creados en virtud de los tratados, en la medida que los informes a los Comités permiten medir los avances de cada país en materias específicas.

Se ha señalado⁴³ que la presentación de informes no es una cuestión meramente procedimental y que por ello se vigila el cumplimiento de los pactos por parte de los Estados, estableciéndose numerosos objetivos:

1. Un primer objetivo, de especial importancia en el caso del informe inicial que debe presentarse en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Pacto para el Estado Parte interesado, consiste en asegurar que se emprenda un examen amplio de la legislación,

41 CtIDH; Caso Velásquez Rodríguez, párr. 166.

42 El cuadro está basado en el documento de trabajo elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el cual fue divulgado en el «Seminario subregional sobre implementación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño», organizado por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Buenos Aires, 28-30/11/05.

43 Ver ONU; «Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos», HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004.

las normas y procedimientos administrativos y las diversas prácticas nacionales, en un esfuerzo por ajustarlas en todo lo posible a las disposiciones del Pacto.

2. Un segundo objetivo es garantizar que el Estado Parte vigile de manera constante la situación real con respecto a cada uno de los derechos y, por consiguiente, se mantenga al corriente de la medida en que todos los individuos que se encuentran en su territorio o bajo su jurisdicción disfrutan o no de los diversos derechos.

3. Un tercer objetivo del proceso de presentación de informes consiste en permitir al gobierno que demuestre que se ha iniciado esta adopción de políticas en función de los principios de los instrumentos internacionales de protección.

4. Un cuarto objetivo del proceso de presentación de informes es facilitar el examen público de las políticas de los gobiernos con respecto a los derechos humanos.

5. Un quinto objetivo es proporcionar una base sobre la cual el propio Estado Parte, así como el Comité, puedan evaluar de manera efectiva la medida en que se han hecho progresos hacia el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto.

6. Un sexto objetivo es permitir que el propio Estado Parte comprenda mejor los problemas y limitaciones que se presenten en sus esfuerzos por alcanzar progresivamente toda la gama de derechos.

7. Un séptimo objetivo es permitir que el Comité y los Estados Partes en su conjunto faciliten el intercambio de información entre Estados y lleguen a comprender mejor los problemas comunes a que los Estados hacen frente, así como a apreciar más cabalmente el tipo de medidas que pueden adoptarse con objeto de promover la realización efectiva de cada uno de los derechos contenidos en el Pacto⁴⁴.

44 ONU; «Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos», Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004.

En virtud de lo anterior, consideramos que el cumplimiento con la presentación de los informes periódicos en fecha⁴⁵ a los siete Comités existentes en la órbita de Naciones Unidas constituye una tarea urgente.

Como lo expresa el Comité de Derechos Humanos, la presentación de informes forma parte de *«un diálogo constructivo con el Comité prescrito en el párrafo 1 del artículo 40, que redundaría en su propio beneficio»*⁴⁶.

Tal situación permite medir los progresos que se dan en cada uno de los derechos abordados por los diferentes tratados, tal como queda planteado a lo largo de los temas abarcados en este trabajo.

45 El cronograma para la presentación de informes se fija de acuerdo al siguiente criterio: uno o dos años luego de ratificado el tratado y a partir de ese momento, cada cuatro o cinco años, dependiendo del Instrumento en cuestión. A su vez, los Comités pueden solicitar a los Estados que presenten informes cuando lo consideren necesario.

46 ONU; «Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos», Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004.

	Comité de Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos)	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Comité Contra la Tortura	Comité Contra Todas las Formas de Discriminación Racial	Comité Contra la Discriminación a la Mujer	Comité de los Derechos del Niño	Comité de Derechos para los Trabajadores Migrantes
Informes	<p>Último Informe Periódico presentado fue examinado 27/03/98.</p> <p>No presentó 5° Informe Periódico del 21/03/03.</p> <p>No presentó Informes Protocolos adicionales.</p>	<p>Último Informe Periódico presentado fue examinado 27/11/97.</p> <p>No presentó 3° Informe Periódico del 30/06/00.</p>	<p>Último Informe Periódico presentado fue examinado 19/11/96.</p> <p>No presentó 3° Informes Periódicos del 25/06/96</p> <p>No presentó 5° Informe periódico del 25/06/04.</p>	<p>Último Informe Periódico presentado fue examinado 12/08/99.</p> <p>No presentó 16° Informe Periódico del 04/01/00.</p> <p>No presentó 17° Informe periódico del 04/01/02.</p>	<p>Último Informe Periódico presentado fue examinado 24/01/02.</p> <p>No presentó 4° Informe Periódico del 08/11/94.</p> <p>No presentó 6° Informe Periódico del 8/11/02.</p> <p>No presentó Informes Protocolo adicional.</p>	<p>Último Informe (Informe Inicial) presentado fue examinado 30/09/96.</p> <p>No presentó 2° Informe Periódico del 19/12/97.</p> <p>No presentó 3° Informe Periódico del 19/12/02.</p> <p>No presentó Informes Protocolos adicionales.</p>	<p>No presentó Informe Inicial del 01/07/04</p>

CAPÍTULO II

las obligaciones
del Estado frente
a los tratados de
derechos humanos

1. INTRODUCCIÓN

A los efectos de formular las recomendaciones sobre líneas de acción legislativa es necesario tener en cuenta que los tratados de derechos humanos comportan para el Estado dos obligaciones básicas:

1. Respetar los derechos protegidos. Esta obligación *«traduce la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público»*¹, lo cual implica la noción de restricción al ejercicio del poder del Estado en materia de derechos humanos².

2. Garantizar el goce y pleno ejercicio de esos derechos. Esta obligación implica el deber del Estado referido a *«organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre ejercicio de los derechos humanos»*³. Se trata de un deber de prevención que incluye las *«medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean consideradas y tratadas como un hecho ilícito»*⁴. Específicamente, debe destacarse la obligación de *«revisar la legislación en vigor para adecuarla a los compromisos asumidos en los tratados y [de] adoptar las medidas necesarias para efectivizar los derechos no reconocidos»*⁵.

1 PINTO, Mónica; *Temas de derechos humanos*, 3ª reimp., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 47.

2 CtIDH; Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 21.

3 CtIDH; Caso Velásquez Rodríguez, párr. 166.

4 CtIDH; Caso Velásquez Rodríguez, párr. 175.

5 PINTO, Mónica; ob.cit., p. 51.

2. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES⁶

Al ratificar por ley el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales («Protocolo de San Salvador»), el Estado uruguayo se comprometió a adoptar medidas –tanto por su cuenta como mediante la asistencia y la cooperación internacional– especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados (inclusive la adopción de medidas legislativas), la plena efectividad de estos derechos (art. 2.1 PIDESC).

La argumentación de que el reconocimiento de este tipo de derechos es una mera enunciación programática ya no es de recibo, y la doctrina, por el contrario, ha reconocido su interdependencia con los derechos civiles y políticos, su autoejecutabilidad y la obligación de los Estados de adoptar medidas para su satisfacción. Si bien se admite que dichas medidas sean progresivas, las mismas requieren que se les dedique hasta el máximo de los recursos disponibles.

Estas obligaciones fueron destacadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación N° 3 del PIDESC, la cual comenta la índole de las mismas señalando que *«estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado»*⁸.

6 Frente a lo vasto que es el tema de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), el cual merecería un informe dedicado exclusivamente a él, dada la profusión y cantidad de normas que tienen que ver con el tema (piénsese, a modo de ejemplo, las normas de presupuesto nacionales y departamentales, de salud, de vivienda, laborales y educativas), optamos por plantear algunas líneas de la temática, con propuestas a tener en cuenta en futuras formulaciones legislativas.

7 En adelante, PIDESC.

8 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comentario General N° 3: Naturaleza de las Obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1), 14/12/90.

Es necesario puntualizar que si bien el PIDESC contempla una realización progresiva y tiene en cuenta las limitaciones de recursos disponibles que puede afrontar un Estado, igualmente impone varias obligaciones con efecto y alcance inmediatos.

Una de ellas es el compromiso de garantizar que estos derechos se ejerzan «sin discriminación» y la otra es la obligación de «adoptar medidas», compromiso que, en sí mismo, no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración.

La progresividad se admite, pero la adopción de las medidas necesarias debe hacerse en plazos razonables. Las medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas al cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el PIDESC⁹.

Los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas se definen, en el párr. 1 del art. 2, como «*todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas*».

Si bien la satisfacción de estos derechos se logra a través de políticas económicas y sociales llevadas adelante por los gobiernos, las medidas legislativas coadyuvan a la tutela de los mismos. En la misma orientación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa: «*El Comité reconoce que en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables. Por ejemplo, puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias. En esferas como la salud, la protección de los niños y las madres y la educación, así como en lo que respecta a las cuestiones que se abordan en los arts. 6 a 9, las medidas legislativas pueden ser asimismo un elemento indispensable a muchos efectos*»¹⁰.

Otra característica de estos derechos es que son no sólo exigibles sino además justiciables. Ha perdido vigencia el argumento de que su aplicación no es una función apropiada o legítima de los tribunales sino un tema privativo de

9 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comentario General N° 3: Naturaleza de las Obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1), 14/12/90, párr. 2.

10 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comentario General N° 3: Naturaleza de las Obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1), 14/12/90, párr. 3.

los gobiernos (y de sus políticas sociales). Los gobiernos, tal como lo establece la Convención de Viena, al aceptar las obligaciones emanadas del PIDESC deben cumplirlas de buena fe y, en caso de omisión, debe ser la jurisdicción nacional quien revise, en primera instancia, las decisiones tomadas por el poder político para de ese modo proteger debidamente los derechos fundamentales.

Por tanto, entre las medidas apropiadas, además de las legislativas, el Estado debe disponer de recursos judiciales para garantizar el efectivo goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

La principal obligación en lo que atañe a resultados, reflejada en el párr. 1 del art. 2 del PIDESC, es la de adoptar medidas *«para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos»*¹¹. Si bien el concepto de «progresiva efectividad» implica un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no es algo que se pueda cumplir de inmediato ni en un breve período, así como de la necesidad de aceptar cierta flexibilidad acorde a los recursos de cada país, ello no mengua las obligaciones asumidas por los Estados Parte con respecto a la plena efectividad e interdependencia de estos derechos.

La obligación es proceder lo más eficaz y rápidamente posible, correspondiendo al Estado la obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos establecidos en el PIDESC, dado que son el estándar mínimo aceptado.

El párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias *«hasta el máximo de los recursos de que disponga»*. Para atribuir el incumplimiento de las obligaciones mínimas a la falta de recursos, se debe demostrar que se ha realizado el máximo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer con carácter prioritario esas obligaciones mínimas¹².

Pero aún cuando se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, se mantiene en todos sus términos la obligación del Estado

11 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comentario General N° 3: Naturaleza de las Obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1), 14/12/90.

12 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comentario General N° 3: Naturaleza de las Obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1), 14/12/90, párr. 10.

de intentar asegurar el disfrute más amplio posible de estos derechos, más allá de circunstancias coyunturales. Más aún, «...de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción.»¹³. En ese sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que «...aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas, sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo»¹⁴.

Con la Carta de la OEA, nuestro Estado ha aceptado que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de su pueblo en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral.

Para lograrlos, los Estados Parte convienen *«asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:*

- a) Incremento sustancial y autosostenido del producto nacional per cápita;*
- b) distribución equitativa del ingreso nacional;*
- c) sistemas impositivos adecuados y equitativos;*
- d) modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines;*

13 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comentario General N° 3; Naturaleza de las Obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1), 14/12/90, párr. 11.

14 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comentario General N° 3; Naturaleza de las Obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1), 14/12/90.

- e) industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios;*
- f) estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social;*
- g) salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos;*
- h) erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación;*
- i) defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica;*
- j) nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos;*
- k) vivienda adecuada para todos los sectores de la población;*
- l) condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna;*
- m) promoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público, y*
- n) expansión y diversificación de las exportaciones»¹⁵.*

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales («Protocolo de San Salvador») aprobado por nuestro país por ley 16.519 en su art. 19 inc. 6, establece que en el caso de que los derechos establecidos en el párr. a del art. 8 (Derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección y al libre funcionamiento de sindicatos, federaciones y confederaciones de ellos) y en el art. 13 (Derecho a la Educación) fuesen violados por una acción directamente imputable a un Estado Parte del Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana

15 Carta de la OEA; art. 34.

de Derechos Humanos¹⁶ y cuando proceda de la CtIDH, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por la CADH.

Los órganos del sistema interamericano tienen competencia respecto a denuncias individuales sobre la violación por parte del Estado de estos derechos. Esto refuerza la obligación de adecuar la legislación interna a estos requerimientos y puede hacer incurrir al país omiso en responsabilidad internacional, por no actuar o por sancionar normas que sean regresivas a la protección de los DESC.

Por lo demás, si bien el Protocolo sólo admite en cuanto a DESC la presentación de denuncias referidas a violaciones a la libertad sindical o al derecho a la educación, la doctrina y la jurisprudencia del sistema interamericano han relacionado ciertas violaciones de otros DESC con violaciones al derecho a la vida, lo cual permite, igualmente, hacer justiciables los mismos y convertirlos en asunto de competencia de los órganos de dicho sistema. Derechos como la salud o la vivienda son parte indisociable del derecho a una vida digna y, por tanto, reciben la protección que el sistema brinda a este último, incluyendo la posibilidad de acudir a los órganos de control denunciando su incumplimiento.

Cuando no existen medios directos de justiciabilidad de los DESC, tal como señalan Abramovich y Courtis¹⁷, una estrategia indirecta consiste en reformular las obligaciones justiciables del Estado en materia de derechos civiles y políticos, de modo que por esta vía pueda discutirse la violación.

El propio Comité de Derechos Humanos interpreta ampliamente el derecho a la vida¹⁸, involucrando obligaciones del Estado que corresponden a algunos derechos sociales, como el derecho a un nivel de vida adecuado que comprenda estándares apropiados de vivienda y alimentación, así como el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental.

El Estado uruguayo, en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas, debe adoptar medidas de protección para estos derechos

16 En adelante, CIDH.

17 ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian; *Los Derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 200-220.

18 Comité de Derechos Humanos; Observación General N° 6, 1982, citado por ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian; ob. cit, p. 201.

y, en lo que se refiere a las estrictamente legislativas, se deberían promover aquellas que, sobre los criterios de no discriminación, aseguren el máximo posible de su disfrute. Es necesario precisar que el concepto de progresividad excluye expresamente la regresividad, es decir, el actuar en desmedro del goce del derecho ya alcanzado.

Si bien la legislación existente sobre DESC (educación, trabajo, salud, vivienda y seguridad social, entre otros) es muy amplia en nuestro país, los criterios señalados deben ser tenidos especialmente en cuenta cada vez que se quiera legislar en la materia, ya sea creando programas sociales o cuando se implemente la distribución de los recursos en las leyes de Presupuesto y Rendición de Cuentas.

Es necesario un estudio y relevamiento profundo de la legislación en cada uno de estos derechos, evitando contradicciones y superposiciones en los gastos de los organismos estatales. Asimismo, es fundamental diseñar y ejecutar políticas públicas transparentes y debidamente orientadas al logro de estos objetivos.

La interdependencia, autoejecutabilidad, progresividad y no regresividad, no discriminación y exigibilidad hasta el máximo de los recursos disponibles, deben ser los principios en base a los cuales la legislación nacional debe adecuarse a los estándares internacionales en materia de protección de los DESC.

Cuando se legisle sobre prestaciones o beneficios a poblaciones especialmente vulnerables o discriminadas en la protección de sus derechos, como por ejemplo niños, mujeres o minorías de cualquier tipo, se debe prestar especial atención a garantizar el goce de los DESC, alentando la creación de ámbitos específicos de protección y tutela.

Por último, la creación de una institución nacional de derechos humanos es de fundamental importancia para garantizar un debido control de los poderes públicos en relación al respeto de los DESC¹⁹. Un instituto de esta índole, de carácter independiente con respecto al Poder Ejecutivo y con plena autonomía técnica con respecto al Poder Legislativo, propiciaría un

19 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comentario General N° 10: El Rol de las Organizaciones Nacionales de Derechos Humanos en la Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 14/12/98.

cumplimiento estatal más acorde con los estándares internacionales de derechos humanos. En ese sentido, ejercería funciones de control permanente de las políticas públicas y de promoción en materia de derechos humanos, mediante observaciones y recomendaciones u otros mecanismos con que estuviese dotado. Institutos de esta índole deben ser creados por norma de rango legal o constitucional, de manera de dotarlos de la jerarquía necesaria que les asegure independencia y potestades fuertes.

CAPÍTULO III
informes temáticos

1. AMPARO Y HÁBEAS CORPUS

1.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

1.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones

- Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 7.6, 25 y 29), aprobada por ley 15.737.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 18 y 25).
- Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.3 lits. a, b y c y 9.4), aprobado por ley 13.751.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comité de Derechos Humanos, Caso Quinteros, N° 107/1981.
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, 1982, (CCPR/C/1/Add.57).
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, 1989, (CCPR/C/28/Add.10).
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, 1993 (CCPR/C/79/Add.19).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hermanos Gómez Paquiyauri.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Instituto de Reeducación del Menor.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lori Berenson Mejía.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, párrs. 90 a 92.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87, párrs. 32, 33, 42 y 43.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 24.
- c) Reglas y Directrices
- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.
 - Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

1.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Art. 17.

b) Leyes

- Ley 16.011: Acción de Amparo.

1.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

1.2.1. AMPARO

Todas las personas tienen derecho a presentar, ante los tribunales nacionales competentes, un recurso efectivo que las ampare contra actos de la autoridad o de los particulares que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o las leyes (art. 8 DUDH, art. 18 DADDH y art. 25 CADH).

Respecto a este recurso la CtIDH ha considerado que: «... *los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantías judiciales*

indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 [de la Convención] y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática»¹.

El mismo derecho asiste a cualquier persona que vea violado alguno de los derechos que le son reconocidos en el Pacto, aun cuando la violación hubiese sido cometida por una persona que actuaba en ejercicio de funciones oficiales (art. 2.3 PIDCP).

En el Estado donde se verifique la afectación del derecho, la autoridad competente (judicial, administrativa, legislativa o de cualquier otra índole) ante la cual se presente el recurso, deberá decidir sobre el o los derechos presuntamente agredidos, debiendo el accionante contar con los medios para impugnar las resoluciones. Si el recurso planteado se estima procedente, las autoridades competentes deberán cumplir con lo que se haya resuelto (art. 2.3 lits. a, b y c PIDCP y art. 25 CADH).

La tramitación del recurso de amparo deberá consistir en un procedimiento efectivo, sencillo y breve (art. 8 DUDH, art. 2.3 lits. a, b y c y 9.4 PIDCP, art. 18 DADDH, arts. 7.6 y 25 CADH).

La CtIDH ha señalado: *«Este Tribunal ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión»². Y también estableció: «no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida»³.*

Necesariamente deben existir medios de impugnación efectivos, susceptibles de ser presentados dentro del procedimiento en el que fue presentada la acción de amparo (art. 2.3 lit. b PIDCP y art. 25 CADH).

En ningún caso los Estados podrán suspender la vigencia y eficacia del recurso de amparo, ni siquiera en aquellas situaciones excepcionales

1 CtIDH; Caso Tibi, párr. 128.

2 CtIDH; Caso Tibi, párr. 130.

3 CtIDH; Caso Tibi, párr. 131.

o de emergencia en las que se declare la vigencia de las llamadas «Medidas Prontas de Seguridad». Respecto a esta prohibición, la CtIDH ha expresado: «...En este sentido, las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aún bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías»⁴.

1.2.2. HÁBEAS CORPUS

Toda persona que sea privada de libertad como consecuencia de una detención o enviada a prisión, tendrá el derecho de recurrir ante un tribunal, a efectos de que éste decida, a la brevedad posible y sin demoras, acerca de la legalidad de la detención o prisión y ordene la libertad si éstas fueren ilegales (art. 9.4 PIDCP, art. 7.6 CADH y art. 25 DADDH).

Sobre el punto, la CtIDH expresó: «En relación con el derecho de todo detenido a recurrir ante un juez o tribunal competente, consagrado en el artículo 7.6 de la Convención, la Corte ha considerado que “los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática”»⁵. A su vez consignó: «El artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona sea sometida sin demora a una revisión judicial, como medio de control idóneo para evitar las detenciones arbitrarias e ilegales. Quien es privado de libertad sin orden judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez»⁶. «El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos

4 CtIDH; Caso Gómez Paquiyauri, párr. 97.

5 CtIDH; Caso Gómez Paquiyauri, párr. 97.

6 CtIDH; Caso Gómez Paquiyauri, párr. 95.

del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia»⁷.

Toda persona que esté amenazada de sufrir una privación de libertad, tendrá el derecho de recurrir ante un juez o tribunal para que éste decida respecto a la legalidad de la amenaza (arts. 1, 2, 7.6 y 29 CADH).

El recurso de *hábeas corpus* cumple una función esencial como medio para controlar que se respete el derecho a la vida, integridad y libertad ambulatoria de la persona, así como para impedir su desaparición o la indeterminación del lugar y fecha de detención, y también constituye una forma de prevenir la aplicación de torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁸.

La CtIDH ha dicho: «*El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido (...) y procurar, en general, un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad*⁹». A su vez consignó: «*Estas garantías, cuyo fin es evitar la arbitrariedad y la ilegalidad de las detenciones practicadas por el Estado, están además reforzadas por la condición de garante que corresponde a éste, con respecto a los derechos de los detenidos, en virtud de la cual, como ha señalado la Corte, el Estado “tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido”*¹⁰».

Para que el recurso de *hábeas corpus* pueda cumplir con su objetivo fundamental, esto es, el control judicial de la legalidad de la detención o de la privación de libertad que está sufriendo una persona, es imprescindible que ella sea llevada de forma inmediata ante el Juez para que éste analice y resuelva si la detención corresponde o no¹¹.

7 CtIDH; Caso Tibi, párr. 114.

8 CtIDH; Opinión Consultiva OC-8/87.

9 CtIDH; Caso Gómez Paquiyauri, párr. 96.

10 CtIDH; Caso Tibi, párr. 129.

11 CtIDH; Opinión Consultiva OC-8/87.

Sobre el punto dijo la CtIDH: «los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente», y complementó señalando: «La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado conforme a las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención, porque esto quebrantaría el artículo 5.3 de la Convención Europea»¹².

Este recurso podrá ser interpuesto por la persona que ve afectados sus derechos o por otra persona, y en todos los casos la tramitación debe consistir en un procedimiento efectivo, sencillo y breve (art. 8 DUDH, art. 2.3 lits. a, b y c y 9.4 PIDCP, art. 18 DADDH, arts. 7.6 y 25 CADH).

Ha dicho la CtIDH que para que un recurso sea efectivo «se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. Es claro que el recurso no será realmente eficaz si no se resuelve dentro de un plazo que permita amparar la violación de la que se reclama»¹³.

Asimismo, ha condenado categóricamente la falta de cumplimiento por parte del Estado de las decisiones que se le impongan a raíz de la interposición de un recurso de *habeas corpus*, expresando que «el artículo 25.2.c) de la Convención establece la obligación del estado de garantizar “el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”»¹⁴.

12 CtIDH; Caso Tibi, párrs. 118 y 115.

13 CtIDH; Opinión Consultiva OC-9/87.

14 CtIDH; Caso Instituto de Reeducción del Menor, párrs. 245 y 248.

Necesariamente deben existir medios de impugnación efectivos susceptibles de ser presentados dentro del procedimiento en el que fue presentado un recurso de *habeas corpus* (art. 2.3 lit. b PIDCP y art. 25 CADH).

En ningún caso los Estados podrán suspender la vigencia y eficacia del recurso de *habeas corpus*, ni siquiera en aquellas situaciones excepcionales o de emergencia en las que se declare la vigencia de las llamadas «Medidas Prontas de Seguridad».

1.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

1.3.1. AMPARO

El recurso o acción de amparo tiene por finalidad proteger a todas las personas (tanto físicas como jurídicas) en los derechos y libertades protegidos y reconocidos expresa o tácitamente por nuestra Constitución.

Este recurso puede presentarse por cualquier persona contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares, que en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, de forma manifiestamente ilegítima, cualquier derecho reconocido expresa o implícitamente por la Constitución.

Sin perjuicio de esa amplitud, en nuestro ordenamiento se prevén cuatro excepciones en las cuales no procede la interposición del recurso de amparo:

1. Cuando proceda la interposición de un recurso de *habeas corpus*.
2. Contra actos jurisdiccionales.
3. Contra actos de la Corte Electoral.
4. Contra leyes y decretos de los gobiernos departamentales que tengan fuerza de ley.

Si bien el amparo no recibió en nuestro orden jurídico consagración constitucional, sí existe una ley (la 16.011) que en general sigue y respeta los lineamientos que consagran las distintas normas internacionales ratificadas por nuestro país.

Sin embargo, existen algunas carencias en su regulación, ya que, por ejemplo, no se ha previsto a texto expreso que a través de este recurso se pueda

proteger *cualquiera* de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales. Pese a que la normativa internacional establece la procedencia del mismo incluso en aquellos casos en que la violación fue cometida por una persona actuando en funciones oficiales, la normativa nacional nada dice al respecto.

En lo que refiere al procedimiento, y más allá de que el mismo fue regulado de manera aceptable en la referida ley, pueden señalarse algunas críticas respecto a las limitaciones que se consagran para el ejercicio de la acción, ya que el artículo 1 de la ley 16.011 establece a texto expreso los actos jurídicos contra los que no puede promoverse una acción de amparo. Las aludidas limitaciones legales nos merecen las siguientes objeciones:

1. La protección que surge de las normas internacionales es más amplia, ya que no se establece en ellas limitación de ningún tipo.
2. La imposibilidad de deducir una acción de amparo contra actos jurisdiccionales puede no proteger en forma efectiva el o los derechos que se consideren violados. Por ejemplo, los actos dictados por los órganos judiciales (una sentencia definitiva) son pasibles de recursos específicos dentro del propio proceso judicial. No obstante, y si bien estas posibilidades de impugnación son una vía de defensa, sin lugar a dudas en muchas ocasiones, como consecuencia de lo engorroso y dilatado del trámite, no satisfacen los requisitos de celeridad y sencillez que sí satisface el amparo.
3. Respecto a la limitación de los actos emanados de la Corte Electoral, consideramos que la misma no se acompasa con el concepto amplio de «actos de la autoridad» que surge a la luz de las normas internacionales, de las cuales se desprende que el recurso debe estar previsto para poder atacar cualquier acto, de cualquier autoridad estatal, sin ningún tipo de excepciones.
4. En lo que respecta a leyes o decretos de los gobiernos departamentales, es posible deducir contra ellos una acción de inconstitucionalidad de la ley, incluso dentro de un proceso judicial, en la medida que se considere que en el caso concreto se afecta un derecho de alguna de las partes. No obstante, similares razones a las apuntadas en el numeral 2 deben ser invocadas aquí, pues el largo tiempo que implica la tramitación del procedimiento de inconstitucionalidad de la ley pone en riesgo

que, en algún caso, se afecte (al menos de forma transitoria, y quizás con efectos irreparables) algún derecho, contraviniendo lo dispuesto en los instrumentos internacionales, conforme los cuales la celeridad del procedimiento es fundamental.

Otra crítica a la regulación doméstica radica en que el artículo 4 de la ley prevé un límite temporal para poder presentar el recurso de amparo. Surge de dicha norma que la persona que esté interesada en promover un amparo deberá hacerlo dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión que se pretende atacar con el recurso. Y justamente nuestra observación estriba en que las normas internacionales que prevén el amparo no establecen ningún tipo de limitación temporal –es decir que en base a ellas, la persona puede interponer este recurso en *cualquier momento*.

Por último, no existe en nuestro derecho norma alguna que consagre y garantice que el Estado en ningún caso podrá suspender la vigencia y eficacia del recurso de amparo, ni siquiera en aquellas situaciones excepcionales o de emergencia en las que se declare la vigencia de las llamadas *medidas prontas de seguridad*¹⁵.

1.3.2. HÁBEAS CORPUS

El recurso de *hábeas corpus*, que tuvo su origen en Inglaterra, ha sido adoptado en los distintos ordenamientos jurídicos americanos. Su finalidad es tutelar de manera directa la libertad personal o física de las personas que estén sufriendo una detención o una privación de libertad arbitraria por parte de alguna autoridad estatal.

El recurso implica la posibilidad de poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de una detención ilegítima en curso, para que ese juez le ordene a las autoridades estatales involucradas en la detención que –de forma inmediata– hagan comparecer a la persona ante él, a efectos de examinar la legalidad de la detención y, en su caso, decretar la libertad de la persona y así el cese de la privación de libertad ilegítima.

15 Ver tema 2 (Estados de Excepción): Reseña de recomendaciones (numeral 7).

La presentación de este recurso no necesita ningún tipo de formalidades, es decir, puede presentarse por escrito o verbalmente, y puede hacerlo la persona involucrada (aunque seguramente va a ser difícil que el propio detenido lo pueda hacer) o un tercero.

En general, la regulación que en nuestro orden jurídico se le ha dado a este recurso a través del artículo 17 de la Constitución se adecua a los parámetros que consagran las distintas normas internacionales ratificadas por nuestro país. No obstante, como aspectos a señalar pueden marcarse los siguientes:

1. No existe una norma constitucional o legal que establezca claramente que una vez interpuesto el recurso, la persona que está sufriendo la detención, obligatoriamente y sin demora, deberá ser llevada ante el Juez competente.
2. No existe una norma constitucional ni legal específica, tal como lo señala la CADH (art. 7.6), que le permita a una persona que ha sufrido una amenaza de padecer una detención, presentarse ante un juez para que decida sobre la legalidad de tal amenaza («*hábeas corpus* preventivo»). Vale aclarar que cuando aludimos a la inexistencia de una «*norma específica*», no desconocemos que esa situación «*de riesgo o amenaza*» podría ser pasible de una denuncia penal.
3. No existe una norma que consagre expresamente al denominado «*hábeas corpus* correctivo», a efectos de poder utilizar este recurso extraordinario para aquellos casos en que se esté frente a una detención ilegal o arbitraria.
4. No existe una norma de rango inferior a la Constitución (ley, decreto) que haya regulado de forma más detallada cómo hacer más público y accesible el mencionado recurso para todos los habitantes, haciéndoles saber que cualquier persona puede deducirlo (por ejemplo, informando sobre la existencia de este recurso, los derechos que tutela y cómo se puede utilizar). Tampoco se ha consagrado que debe tratarse de un procedimiento efectivo, sencillo y breve.
5. Si bien la normativa internacional que regula este recurso señala claramente que debe preverse la existencia de medios de impugnación contra las resoluciones que adopte la autoridad judicial a la que se le presente el *hábeas corpus*, esto no ha sido cumplido en nuestro derecho por la orfandad de regulación a la que referimos *ut supra*.

Corresponde agregar que el Comité de Derechos Humanos, en sus sesiones n^o 1.216 a 1.218 celebradas en el año 1993, estableció que Uruguay debía garantizar la existencia de recursos adecuados en relación a la presentación de un *hábeas corpus*.

6. No existe en nuestro derecho norma alguna que consagre y garantice que el Estado en ningún caso podrá suspender la vigencia y eficacia del recurso de *hábeas corpus*, ni siquiera en aquellas situaciones excepcionales o de emergencia en las que se declare la vigencia de las llamadas «Medidas Prontas de Seguridad».

1.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

1.4.1. AMPARO

Si bien, tal como lo expresamos *ut supra*, en general la ley 16.011 reguló de forma adecuada a la denominada «Acción de Amparo», consideramos importante la sanción de una ley que introduzca algunas modificaciones a la normativa vigente a efectos de subsanar los vacíos e inadecuaciones en que la misma incurre respecto al derecho internacional.

En base a esto, la futura ley deberá contener:

1. Una norma que establezca claramente que mediante este recurso también se pueden tutelar cualquiera de los derechos que surgen reconocidos en los instrumentos internacionales.
2. Una norma que consagre la procedencia del recurso, incluso en aquellos casos en que la violación haya sido cometida por una persona actuando en funciones oficiales.
3. Una norma que suprima el inc. 2 del artículo 1 de la ley 16.011, a efectos de derogar las limitaciones legales que actualmente existen para la presentación de un amparo. Manifestamos lo anterior ya que las restricciones actualmente vigentes, y con la excepción del *hábeas corpus* que tiene su propia regulación, no respetan los estándares y principios establecidos en los instrumentos internacionales, de donde surge que este recurso se puede utilizar contra cualquier acto estatal o de los particulares, sin limitación de ningún tipo.

4. Una norma que modifique el inc. 2 del art. 4 de la ley 16.011 ya que en él se establece otra limitación al ejercicio de la acción que tampoco se compadece con los lineamientos que surgen de las normas internacionales, que no establecen limitación temporal alguna.

Por lo tanto, debe adecuarse nuestra normativa a efectos de que la acción de amparo pueda ser planteada en cualquier momento, sin que exista caducidad de ningún tipo, es decir, sin que haya ninguna restricción en cuanto al plazo para su promoción.

5. Una norma que consagre expresamente la imposibilidad absoluta para el Estado de suspender la vigencia y eficacia de la acción de amparo en aquellas situaciones de emergencia en que se declare la vigencia de las denominadas «Medidas Prontas de Seguridad».

1.4.2. HÁBEAS CORPUS

Como ya fuera expresado en el capítulo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico el recurso de *habeas corpus* recibió consagración constitucional en el artículo 17.

Si bien puede considerarse que, en general, la regulación normativa interna que hoy día existe en nuestro Derecho en lo que refiere a la regulación de este recurso, presenta un cierto nivel de adecuación a los principios y estándares que consagran las normas internacionales de derechos humanos, de todas formas se torna necesario mejorar algunos aspectos en que se aprecian omisiones.

Es por ello que consideramos imprescindible la sanción de una ley que complemente la regulación que hoy día existe en nuestro Derecho. En base a lo expresado, la futura ley deberá contener:

1. Una norma que establezca claramente que una vez interpuesto el recurso, la persona que está sufriendo la detención, obligatoriamente y sin demora, deberá ser llevada en presencia del Juez competente. Es decir que se deberá consagrar a texto expreso que el detenido deberá *comparecer personalmente* ante el Juez, sin que pueda admitirse que la autoridad aprehensora simplemente se limite a informar al órgano judicial los motivos de la detención, ya sea verbalmente o por escrito.

2. Una norma que establezca que ninguna situación, por más grave que sea, y bajo la más seria responsabilidad estatal, otorga a las autoridades administrativas o judiciales la facultad de prolongar indebidamente el período de detención.
3. Una norma que establezca el «*hábeas corpus* preventivo», es decir, que prevea la posibilidad de que una persona que ha sufrido una amenaza de padecer una detención pueda, con anterioridad a padecerla, presentarse ante un juez o un tribunal para que dicho órgano jurisdiccional decida sobre la legalidad de la amenaza recibida.
4. Una norma que establezca el «*hábeas corpus* correctivo», a efectos de que se prevea la posibilidad de utilizar este recurso extraordinario en aquellos casos en que se esté frente a un caso de detención ilegal, sea por violación del plazo razonable de duración de la prisión preventiva o por cualquier otro motivo.
5. Una norma que establezca medios de impugnación efectivos contra la posible negativa que adopte un Juez frente a la interposición de un *hábeas corpus*, garantía que hoy día no surge contemplada en nuestro Derecho. Por lo tanto, deben preverse en nuestro ordenamiento recursos judiciales que impliquen, para la persona que promovió el *hábeas corpus*, la posibilidad de cuestionar y revertir la decisión inicial de la autoridad judicial para el caso de que su pedido no haya tenido éxito¹⁶.
6. Una norma que consagre la imposibilidad absoluta para el Estado de suspender la vigencia y eficacia del recurso de *hábeas corpus* en aquellas situaciones de emergencia en las que se declare la vigencia de las llamadas «Medidas Prontas de Seguridad».
7. Una norma que establezca medios eficaces para que los habitantes tengan la posibilidad de conocer la existencia del recurso de *hábeas corpus*, su finalidad y en qué situaciones puede ser utilizado, la forma en que debe presentarse, etc.

16 Ver también tema 2 (Estados de Excepción): Reseña de recomendaciones.

2. ESTADOS DE EXCEPCIÓN

2.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

2.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts.7.6, 25.1, 27, 29, 30 y 32), aprobada por ley 15.737.
- Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (arts. 1, 2, 13 a 16), aprobada por ley 15.798.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (arts. 2 a 5, 7, 8 y 10), aprobada por ley 16.294.
- Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2.1, 3, 4 a 8).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 4, 6 a 8, 11, 18 y 40), aprobado por ley 13.751.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comité de Derechos Humanos, Comentario General N° 8.
- Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 29.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Neira Alegría.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87.
- Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, 2002.

c) Reglas y Directrices

- Declaración sobre las Reglas Humanitarias Mínimas, Reunión de Expertos en la Universidad de Abu/Turku, 1990.

2.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 15, 17, 31 y 168 nral. 17.

2.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El PIDCP, en su artículo 4, establece que en «*situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente*», los Estados Parte están autorizados, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, a suspender las obligaciones contraídas en dicho Pacto, con la condición de que dicha suspensión no sea incompatible con las demás obligaciones que le impone el derecho internacional y que además no entrañe ningún tipo de discriminación fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

En el numeral 2 informa que no podrán suspenderse los siguientes derechos: a la vida, a la personalidad jurídica, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la integridad personal, a un proceso regular, y a la prohibición de la esclavitud y servidumbre.

Asimismo, el PIDCP establece que en el caso que esté permitida la suspensión de derechos y garantías, el Estado tiene la obligación de informar inmediatamente a los demás Estados los motivos y las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y, mediante nueva comunicación, la fecha en que haya dado por finalizada la suspensión.

El artículo 27 de la CADH amplía, con relación al PIDCP, la posibilidad de suspensión de garantías a casos de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. Establece además la exigencia de la limitación temporal de esta suspensión a las necesidades de la situación y que la suspensión de obligaciones no sea incompatible con las demás disposiciones que impone el derecho internacional ni entrañe discriminación alguna.

Por otra parte, la CADH también amplía, con relación al PIDCP, el catálogo de derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser suspendidos: protección de la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a

la nacionalidad, derechos políticos y derecho a que no sean suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

El Estado uruguayo, mediante comunicación de fecha 17 de setiembre de 1986, solicitó a la CtIDH una Opinión Consultiva sobre el alcance de *«la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos»*.

En Opinión Consultiva OC-9/87, la CtIDH expresa lo siguiente: *«Relacionando el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no deben suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá enseguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión»*¹⁷. Y luego expresa: *«Refiriéndose a estas dos garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión, la Corte concluyó que: Los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven además para preservar la legalidad de una sociedad democrática»*¹⁸. En el numeral 34 agrega que existen otras garantías que resultan del art. 29.c de la CADH, que expresa que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.

La Opinión Consultiva OC-9/87 de la CtIDH -ampliando y aclarando lo informado en Opinión Consultiva OC-5/85- con relación a los derechos y garantías, considera pertinente reiterar lo siguiente: *«En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a una persona, sus garantías y el Estado de Derecho, constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros»*¹⁹. Con relación

17 CtIDH, Opinión Consultiva OC-9/87, numeral 30.

18 CtIDH, Opinión Consultiva OC-9/87, numeral 33.

19 CtIDH; Opinión Consultiva OC-9/87, numeral 35.

a la suspensión de garantías establece: «Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes, ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno está investido de poderes absolutos mas allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada»²⁰. Luego remarca: «el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables»²¹.

Subraya además la CtIDH que «la suspensión de garantías no debe exceder de la medida de lo estrictamente necesario y que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción»²², añadiendo a su vez que «tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afectan los derechos y libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional del estado de emergencia, si se prolongaran mas allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder»²³. Continúa aclarando que así entendidas, las garantías que se deriven de la forma democrática de gobierno a que se refiere el art. 29.c no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de Derecho.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos, en el nral. 8 de su informe final sobre Uruguay²⁴, expresa «su preocupación por las disposiciones constitucionales relativas a la declaración del estado de emergencia. En particular observa que los motivos para declarar un estado de emergencia son demasiado amplios y que las disposiciones no se ajustan al

20 CtIDH; Opinión Consultiva OC-9/87, numeral 35.

21 CtIDH; Opinión Consultiva OC-9/87, numeral 35.

22 CtIDH; Opinión Consultiva OC-9/87, numeral 36.

23 CtIDH; Opinión Consultiva OC-9/87, numeral 36.

24 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, o8/04/98 (CCPR/C/79/Add.90; A/53/40, paras. 234-250).

artículo 4 del Pacto en lo que se refiere a los derechos cuyo ejercicio cabría suspender. Además, en la Constitución no se hace referencia a la existencia de derechos que no pueden suspenderse».

Los principios referidos a los estados de excepción o emergencia a los que se encuentra sometido un Estado están contenidos con claridad y precisión en la jurisprudencia de la CtIDH²⁵, en el caso basado en el estado de emergencia declarado el 2 de junio de 1986, en las provincias de Lima y el Callao, por la República del Perú, que luego declaró Zona Militar Restringida al Penal San Juan Bautista. Se presentó una acción de *hábeas corpus*, con fecha 16 de julio de 1986, a favor de los detenidos en el establecimiento Penal de San Juan Bautista (Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar), quienes fueron procesados como presuntos autores de terrorismo. Con fecha 17 de julio de 1986, el Juez declaró improcedente el recurso porque el gobierno había decretado el Estado de Emergencia. Esta resolución fue confirmada el 1^o de agosto de 1986 por el Décimo Primer Tribunal Correccional de Lima, y la Corte Suprema de Justicia en lo Penal declaró que no existía nulidad en esta última decisión. El resultado fue la ejecución de las personas detenidas y determinó la mencionada sentencia.

En el párr. 74 la CtIDH expresa que sin embargo, *«...como aparece de lo expuesto con anterioridad en esta Sentencia, la alta peligrosidad en el Pabellón Azul del Penal de San Juan Bautista y el hecho de que estuvieran armados, no llegan a constituir en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó en éste y en los otros penales amotinados y que se entendió como una confrontación política entre el gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso (supra párr. 52) lo que probablemente indujo a la destrucción del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y luego en rescatar los cadáveres»²⁶.*

En el párr. 75, reivindicando los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la CtIDH agrega: *«Como ya lo ha dicho la Corte en casos*

25 CtIDH; Caso Neira Alegría.

26 CtIDH; Caso Neira Alegría, párr. 74.

anteriores: “(...) Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (caso Velásquez Rodríguez, supra 63, párr. 154 y Caso Godinez Cruz, supra 63, párr. 162)”²⁷.

2.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

En nuestro derecho positivo (Constitución de la República), existen las siguientes inadecuaciones y vacíos:

1. No se enumeran los derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser objeto de suspensión, como tampoco se hace mención a que no pueden suspenderse las garantías fundamentales indispensables para la protección de tales derechos, por lo que se constata un vacío legal, con relación a lo establecido en los arts. 4.1 y 4.2 PIDCP y 2, 27.1 y 27.2 CADH.
2. El *hábeas corpus*²⁸ como garantía de tutela fundamental del derecho a la libertad queda suspendido en el caso de la aplicación de las medidas prontas de seguridad (arts. 31 y 168 nral. 17 de la Constitución de la República), lo cual es absolutamente incompatible con los arts. 4.1 PIDCP, y 7.6 y 27.2 CADH.
3. Nuestro texto constitucional no establece la vigencia del recurso de amparo²⁹ en estas situaciones de emergencia, lo cual contraviene los arts. 25.1 y 27.2 CADH.
4. No está establecido en la Constitución un límite de temporalidad en la aplicación de las medidas prontas de seguridad, como lo establecen los arts. 4.1 PIDCP y 27.1 CADH.

27 CtIDH; Caso Neira Alegría, párr. 75.

28 Ver también tema 1 (Amparo y *Hábeas Corpus*).

29 Ver también tema 1 (Amparo y *Hábeas Corpus*).

5. Otro vacío constitucional es la inexistencia de precisión terminológica sobre el alcance de «conmoción interior», en mérito a que la suspensión de derechos y garantías es una excepción, una patología del sistema democrático, y debe por lo tanto estar debidamente limitada, para evitar excesos de poder por parte del Estado.

6. No se establece la procedencia de la revisión judicial respecto de los actos de autoridad dictados en situaciones de emergencia que afecten los derechos de los gobernados. Esto implica un vacío de nuestro derecho positivo con respecto a los arts. 2 y 5 PIDCP, y 29 CADH.

7. No se establece en la normativa interna la obligación del Estado de informar a los demás Estados Parte de los motivos que hayan sido determinantes para la suspensión de garantías, por lo cual se presenta un vacío con respecto a lo establecido en los arts. 4.3 PIDCP y 27.2 CADH.

2.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

Es imprescindible adecuar nuestro texto constitucional a las disposiciones de los arts. 7.6, 25.1, 27.2, 29, 30 y 32 de la CADH y a los arts. 4, 6, 7, 8, 11, 18 y 40 del PIDCP.

La capacidad de los Estados para adoptar medidas que suspendan estas protecciones de los instrumentos de derechos humanos a los que están obligados se encuentra regulada por un conjunto de condiciones establecidas en el artículo 27.1 de la CIDH. La Opinión Consultiva OC-8/87 establece a tales efectos las siguientes obligaciones de los Estados: «*La juridicidad de las medidas que se adopten para afrontar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el art. 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guardan las medidas adoptadas respecto de ella*»³⁰.

Es por ello que la adecuación normativa debe comprender la excepcionalidad de la situación, la cual deberá estar previa y debidamente

30 CtIDH; Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 22.

definida por ley y referirse a casos de: a) guerra, b) peligro público, c) otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, y d) que estos estados de carácter excepcional obedezcan a la defensa del interés general y no del interés del gobierno o de sus funcionarios. La situación debe ser de extrema gravedad y de tal naturaleza que signifique una amenaza real, para la ley, el orden y la seguridad del Estado. Como lo establece la CtIDH, el concepto de orden público se refiere a las condiciones que garantizan el funcionamiento normal y armónico de las instituciones, sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, en tanto el concepto de bienestar general dentro de las disposiciones de la CADH sólo se refiere a las condiciones de la vida social que permiten a los miembros de la sociedad llegar a significativos niveles de desarrollo personal y al logro óptimo de los valores democráticos.

Para contemplar los siguientes puntos es necesario proceder a la reforma del texto constitucional, el cual deberá prever lo siguiente:

1. La suspensión sólo puede imponerse por el plazo estrictamente requerido por la situación y no por períodos indefinidos o prolongados en el tiempo. La misma debe ajustarse y adecuarse con precisión al objetivo legítimo que la determine.
2. La suspensión sólo puede efectuarse en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Por tanto, es aconsejable prever que, en caso de efectuarse la suspensión, deban enumerarse cuáles son los derechos suspendidos y los límites (temporales, espaciales, etcétera) de dicha suspensión.
3. El catálogo de derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser suspendidos debe comprender los siguientes: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, prohibición de esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y retroactividad, libertad de conciencia y de religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos y derechos a las garantías judiciales que son indispensables para la protección de los derechos enumerados.
4. No puede esta situación excepcional justificar ningún tipo de discriminación por motivos de raza, religión, color, sexo, idioma u origen social, ni por el carácter de refugiado o desplazado económico.

5. La declaración de Estado de Emergencia siempre puede ser revisada por el Poder Judicial.
6. Constituye una obligación mantener las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, incluyendo el recurso de *habeas corpus* y el recurso de amparo, que deben tener plena vigencia en los estados de excepción.
7. La detención de personas debe ser comunicada en forma inmediata al Juez competente, quien resolverá sobre la situación del detenido, controlando que no sea sometido a ningún tipo de apremio físico o psicológico.
8. Las acciones de los civiles nunca podrán ser juzgadas por la Justicia Militar.
9. La comunicación al secretario general de la OEA de las disposiciones de la CADH que se hayan suspendido, los motivos de la suspensión y la fecha en la cual finalizó la misma, deberá ser obligatoria.

3. DERECHO A LA INFORMACIÓN

3.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

3.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13), aprobada por ley 15.737.
- Convención sobre los Derechos del Niño (art. 13.1), aprobada por ley 16.137.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art.4).
- Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), aprobado por ley 13.751.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2001, Vol. II, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Handyside.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso «La Última tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivchner Bronstein.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1994, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC- 5/85.

c) Reglas y Directrices

- Carta Democrática Interamericana (art.4).
- Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (aprobado en el 108º período de sesiones de la CIDH, octubre de 2000).
- Principios de Chapultepec.
- Principios de Johannesburgo sobre Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y Acceso a la Información.

3.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 7, 29, 72, 82 y 332.

b) Leyes

- Ley 16.011: Acción de Amparo.
- Ley 16.099: Ley de Prensa.

3.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El derecho a la información es un derecho humano esencial «inherente a la personalidad humana», tal como lo dispone el artículo 29 de la Constitución. En cuanto a su contenido esencial, comprende las siguientes facultades:

1. De investigar, es decir, de acceder directamente a las fuentes de la información.
2. De difundir información, que es una consecuencia de la libertad de expresión del pensamiento.
3. De recibir información.

En un sentido más amplio, se ha expresado que el derecho a la información es una manifestación de la libertad de información, que comprende básicamente los siguientes aspectos:

1. El derecho a informar, es decir, el derecho a la expresión pública, que comprende la prohibición de censura explícita o encubierta (aspecto negativo) y el acceso a los medios de comunicación (aspecto positivo).
2. El derecho a informarse, que comprende el de recibir información y el de poder acceder a las fuentes de la misma.
3. El derecho a la protección contra la información disfuncional o abusiva³¹.

La libertad de información tiene especial protección en la DUDH, que en su artículo 19 reconoce el derecho a todo individuo de «*investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*».

³¹ DELPIAZZO, Carlos; «Del Derecho de la Información al Derecho Informático: Propuesta de Sistematización», en *Revista de Derecho Informático*, N° 030, Alfa - Redi, enero 2001, www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml.

La libertad de información así consagrada es ratificada en el artículo 19 del PIDCP, el cual informa que *«toda persona tiene derecho a la libertad de expresión»*, derecho que *«comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole»*.

En el mismo sentido, la DADDH en su artículo 4 consagra *«el derecho de toda persona a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento»* y la CADH establece en su artículo 13.1 que el *«derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y expresión, comprende (...) la libertad de buscar, recibir difundir informaciones e ideas de toda índole»*.

Puede entenderse, entonces, que el derecho a la información es un pilar fundamental del Estado de derecho. No puede haber vigencia del Estado de derecho sin derecho a la información, ya que éste, a su vez, garantiza la libertad de pensamiento. Como consecuencia de ello, sin derecho a la información, tampoco podría ejercerse el debido control ciudadano de la gestión pública.

El concepto de libertad de expresión (del cual el derecho a la comunicación forma parte) no es ni más ni menos que la exteriorización de otro derecho fundamental como la libertad de pensamiento, el cual ya estaba establecido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y que ciento cincuenta años después fue ampliado por la Declaración de las Naciones Unidas con el concepto de «libertad de información».

Con relación al derecho a la libertad de expresión, la CtIDH sostuvo lo siguiente: *«La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una conditio sine qua non para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, todos los que desean influir al público. En resumen representa la forma de permitir que la comunidad, en el ejercicio de sus opciones, esté suficientemente informada. En consecuencia, puede decirse que una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre»*³².

32 CtIDH; Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 70.

Asimismo la CIDH expresa: «Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma»³³.

Este derecho es reafirmado por la CDN, que en su artículo 13 nral. 1 establece: «el niño tendrá derecho a la libertad de expresión: ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño».

Para evitar las restricciones de este derecho fundamental -especialmente con la tipificación de delitos que la cercenan- a nivel regional fue aprobada la «Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión»³⁴.

El Principio 10 (referido al Delito de Injurias) expresa lo siguiente: «Este principio se refiere básicamente a la necesidad de revisar las leyes que tienen como objetivo proteger el honor de las personas (comúnmente conocidas como calumnias o injurias). La Comisión Interamericana ha expresado que la penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático. Es evidente que tales sanciones no pueden justificarse, sobre todo considerando la capacidad de las sanciones no penales para reparar cualquier perjuicio ocasionado a la reputación de los individuos»³⁵.

Comentando el Principio 11 (párr. 32), la CtIDH se pronunció claramente por la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana, destacando lo siguiente: «La aplicación de las leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo (...). Además de las restricciones directas, las leyes de desaca-

33 CIDH; Informe Anual 1994, pp. 215-216.

34 CIDH; 108º Período de Sesiones, Octubre 2000.

35 CIDH; 108º Período de Sesiones, Octubre 2000.

to restringen indirectamente la libertad de expresión por que traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insulten u ofendan a un funcionario público. El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor»³⁶.

El derecho a la libertad de información está, asimismo, estrechamente vinculado con el principio de transparencia en la administración y el carácter público de las actividades del Estado. Al respecto, el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA expresa lo siguiente: *«En una democracia el Estado debe ser un vehículo para garantizar el bien común, derivando sus poderes del consentimiento de los gobernados. En este contexto, el propietario de la información es el individuo que ha delegado la gestión de la cosa pública a sus representantes. El principio de transparencia requiere un enfoque orientado al servicio en la administración, suministrando toda información que haya sido previa, debida y explícitamente solicitada, a menos que esté temporariamente exceptuada del ejercicio de ese derecho»³⁷.*

Asimismo, la CtIDH, citando un caso de la CtEDH³⁸, resolvió que la libertad debe abarcar no sólo la información o las ideas favorables, sino también las que *«chocan, inquietan u ofenden»*, porque *“tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia, el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática”³⁹.*

Por tanto, tal como se señala en el Informe Anual para la Relatoría de la Libertad de Expresión, las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la CADH, pues *«la libertad de expresión, no debe tener cortapisas legales, en especial con la tipificación de determinados delitos, cuando se investigan o informan sobre actividades o políticas públicas»⁴⁰.* En este sentido, la propia CIDH declaró *«que las leyes de*

36 CIDH; 108° Período de Sesiones, Octubre 2000.

37 CIDH; Informe Anual 2001, Vol. II, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión.

38 CtEDH; Caso Handyside, párr. 49.

39 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA, Washington D.C., 2002, cita 649, nral. 268, Caso Handyside c/Reino Unido, CtEDH; Sentencia del 7 de Diciembre de 1976, Serie A, n° 24, párr. 49.

40 CIDH; Informe Anual para la Relatoría de la Libertad de Expresión, 2002.

desacato proporcionan un mayor nivel de protección a los funcionarios públicos que a los ciudadanos privados, en directa contravención con el principio fundamental de un sistema democrático, que sujeta al gobierno a controles, como el escrutinio público, para impedir y controlar el abuso de sus poderes coercitivos»⁴¹. Las leyes sobre desacato no pueden justificarse diciendo que su propósito es defender el «orden público» (un propósito permisible para la regulación de la expresión en virtud del art. 13), ya que ello contraviene el principio de que una democracia que funciona adecuadamente constituye la mayor garantía de orden público.

Existen otros medios menos restrictivos, además de las leyes de desacato, mediante los cuales el gobierno puede defender su reputación frente a ataques infundados, como la réplica a través de los medios de difusión o entablando acciones civiles por difamación o injurias. Por estas razones, la CIDH concluyó en el mencionado informe que las leyes de desacato son incompatibles con la Convención e instó a los Estados a que las derogaran.

Con relación a los delitos de difamación criminal (calumnias, injurias, etc.), en el literal C) del mismo informe de la CIDH (num.18) se expresa que *«Para asegurar la adecuada defensa de la libertad de expresión, los Estados deben adecuar sus leyes sobre difamación, injurias y calumnias en forma tal que sólo puedan aplicarse sanciones civiles en caso de ofensas a funcionarios públicos»,* y que *«la responsabilidad por ofensas contra funcionarios públicos sólo debería incurrirse en casos de “real malicia”»*. Asimismo, afirma que: *«Todo ello plantea la necesidad de revisar las leyes que tienen como objetivo proteger el honor de las personas (comúnmente conocidas como calumnias o injurias). El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión e información generará indudablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública»*.

El derecho de acceso a la información, o *hábeas data*, protege asimismo el derecho de cada persona a conocer la información que sobre sí se encuentre asentada en registros o bases de datos. A toda persona le asiste el derecho de: a) conocer y verificar su contenido; b) obtener

41 CIDH; Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, p.207.

su eliminación o rectificarlo debidamente si el mismo no se ajusta a la realidad; c) actualizarlo; y d) que se mantenga la confidencialidad si le puede causar perjuicio su publicidad. El instrumento jurídico adecuado para su protección es un recurso sencillo, rápido y eficaz, denominado *hábeas data* o acción de protección de los datos personales.

Este derecho tiene consagración constitucional en la República Argentina (art. 43 inciso 3) y en la República Federativa de Brasil (art. 5). Uruguay, hasta la sanción de la ley 17.838, se encontraba rezagado con respecto a los países integrantes del Mercosur, pues era el único que carecía de una legislación protectora de los datos personales.

Preocupada por la importancia de este tema, la Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión manifestó que *«una de las formas de garantizar el derecho a la protección contra información, abusiva, inexacta o perjudicial de las personas es el acceso a bancos de datos tanto públicos como privados con la finalidad de actualizar, rectificar, anular o mantener en reserva, en caso de que sea necesario, la información del particular interesado»*. La Relatoría Especial expresó, además, que esta acción, *«conocida como de hábeas data se constituyó como una modalidad del proceso de amparo para proteger la intimidad de las personas»*⁴².

Asimismo, en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión la Relatoría citada indica *«que la acción de hábeas data se erige sobre las bases de tres premisas: 1) el derecho de cada persona a no ser perturbado en su privacidad, 2) el derecho de toda persona a acceder a información sobre si misma en bases de datos públicos y privados para modificar, anular o rectificar información sobre su persona por tratarse de datos sensibles (entendiendo por dato sensible toda aquella información relacionada con la vida íntima de la persona), falsos, tendenciosos o discriminatorios (...) y 3) el derecho de las personas a utilizar la acción de hábeas data como mecanismo de fiscalización»*⁴³.

Concluye la Relatoría acerca de la importancia de esta acción en una sociedad democrática, manifestando que *«el derecho de acceso a la informa-*

42 CIDH; Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2001.

43 CIDH; Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2000.

ción y la acción de hábeas data (...) se constituyen como herramientas legales, para alcanzar la transparencia de los actos del Estado, para proteger la intimidad de las personas frente a los manejos arbitrarios o ilegítimos de datos personales y como medio de fiscalización y participación de la sociedad»⁴⁴.

Por otro lado, como los medios tradicionales de comunicación masiva no siempre son vías a las que pueda acceder el conjunto de la población para plantear sus necesidades y reivindicaciones, las radios comunitarias representan un medio alternativo de comunicación y difusión de sectores importantes de la sociedad. Las radios comunitarias representan una de las vías importantes de la libertad de expresión. En comunicado de prensa de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias –AMARC– del 21/10/02, se informó sobre la existencia en nuestro continente de legislaciones excluyentes de las organizaciones sociales o entidades sin fines de lucro en el acceso a la titularidad de frecuencias de radio y televisión. Dichas legislaciones restringen en forma indirecta el derecho a la información, al discriminar imponiendo umbrales técnicos y/o económicos que restringen el acceso. Este tema ha sido una preocupación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, la cual ha manifestado que *«ha tomado conocimiento sobre una iniciativa de la UNESCO para encontrar caminos de solución que permitan un entendimiento entre las radios conocidas como comunitarias en relación con las radios conocidas como comerciales. Esta iniciativa de UNESCO es apoyada por la Relatoría y cuenta con la participación de la Asociación Internacional de Radiodifusión (AIR) y la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC)»⁴⁵.*

Para asegurar el acceso a la información es necesaria la sanción de leyes no discriminatorias y de normas complementarias que regulen su ejercicio, las cuales deben adecuarse a los principios internacionales en esta materia. Se deben respetar criterios democráticos que permitan asegurar la igualdad de oportunidades en la asignación de las frecuencias de radio y televisión.

En relación a la responsabilidad del Estado al limitar la libertad de expresión, la CtIDH⁴⁶ condenó a Costa Rica como responsable por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión del Sr. Herrera

44 CIDH; Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2000.

45 CIDH; Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 2001 – Cap. IV.

46 CtIDH; Caso Mauricio Herrera Ulloa.

Ulloa. Por tal motivo, obligó al Estado a abonarle los daños inmateriales padecidos y los gastos en que debió incurrir para su defensa legal.

El Juez Sergio García Ramírez, en su voto concurrente y razonado a la Sentencia, expresa: *«Dicho de otro modo, la república se halla atenta, con pleno derecho, a la forma en que sus funcionarios la representan, atienden sus intereses, desempeñan las tareas referentes a los cargos conferidos, ejercen la autoridad, la influencia o las ventajas que esa representación o esos cargos significan. La confianza que la sociedad otorga directamente o a través de las designaciones que hacen determinados órganos del estado –no constituye “un cheque en blanco”»*⁴⁷ Esta sentencia establece la responsabilidad de un Estado, al incumplir las disposiciones de la CADH e incurrir en violación de derechos consagrados en la misma, incumplimiento que devino en una condena y condujo al resarcimiento del afectado.

La importancia de este derecho la podemos relacionar con el pasado cercano de los países latinoamericanos, donde dictaduras militares desplazaron a gobiernos democráticos, cometiendo atrocidades aberrantes, delitos de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada y las ejecuciones sumarias. Dichas dictaduras se caracterizaron por la comisión de estos delitos, así como por la censura y la no difusión de los hechos. Si estos crímenes y prácticas sistemáticas de violación a los derechos humanos hubieran sido conocidos en forma inmediata por la comunidad internacional, la historia pudo haber sido diferente. Queda con ello demostrada la íntima y estrecha relación entre democracia y derecho a la información, pues una sociedad que carezca de este derecho no es verdaderamente libre.

3.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

La fundamental inadecuación de nuestra legislación interna respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos la constituye el mantenimiento de determinados delitos tipificados en nuestro Código Penal⁴⁸ y en la ley 16.099, a saber:

47 CtIDH; Caso Mauricio Herrera Ulloa.

48 En adelante, CP.

1. **Delito de Desacato:** en nuestro CP se encuentra vigente el delito de desacato (art. 173 numeral 1º), incompatible con la DUDH (art. 19), PIDCP (art. 19), DADDH (art.4) y la CADH (art. 13.1), en cuanto puede ser cometido por un medio de comunicación. La figura del desacato por ofensa es un resabio de una política criminal de típico cuño autoritario, y fue utilizada por regímenes como el fascismo y el franquismo para acallar todo tipo de críticas. Cuando la Suprema Corte de Justicia ha debido intervenir en casación por temas relacionados con el delito de desacato por ofensas –tutela del honor del funcionario público ofendido– ha considerado constitucional esta figura penal que protege la función pública⁴⁹.

2. **Delitos de difamación e Injurias:** otra inadecuación con los instrumentos internacionales citados en el numeral anterior, son los artículos 333 y 334 del CP, que tipifican los delitos de difamación e injurias, en relación a funcionarios públicos o personas que desempeñan actividades públicas o de interés público.

3. **Delitos tipificados en la ley 16.099⁵⁰:** esta tendencia legislativa, restrictiva del derecho a la información, no se agota en el CP, sino que se reafirma en el capítulo IV de la ley 16.099, donde se tipifican los siguientes delitos: delitos cometidos a través de los medios de comunicación (art. 19), delitos de difamación e injurias (art. 26) y delitos contra el honor (art. 27). La inadecuación de esta ley a los estándares internacionales del derecho a la información ha merecido las observaciones del Comité de Derechos Humanos⁵¹, que en el numeral 10 expresa: «*Aunque la nueva Ley de Prensa (no. 16.099), es en general, un logro positivo, al Comité le preocupa que en ella se incluyan aún disposiciones, que podrían entorpecer, el pleno ejercicio de la libertad de expresión. Resultan preocupantes, en particular,*

49 Ver LANZA, Edison; *La libertad de prensa en la jurisprudencia uruguaya. Jurisprudencia sistematizada y anotada 1985-2003*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Asociación de la Prensa Uruguaya y FCU, Montevideo, 2004.

50 Ley 16.099 de fecha 03.11.1989 sobre Comunicaciones e Informaciones – Delitos Cometidos por la prensa u otros medios de comunicación.

51 Comité de Derechos Humanos; Observaciones Finales a Uruguay, 08/04/98 (CCPR/C/79/Add.90; A/53/40, párrs. 234-250).

algunas disposiciones relacionadas con delitos cometidos por la prensa y otros medios de difusión, especialmente los artículos 19 y 26 de la Ley, relativos a la falsa información y la calumnia por los medios de difusión».

El mantenimiento en nuestra legislación penal de los delitos de Desacato y de Difamación e Injurias, en los artículos 173.1, 334 y 335 del CP y artículos 19, 26 y 27 de la ley 16.099, como delitos de comunicación, no sólo son incompatibles con los instrumentos universales y regionales citados, sino también con los principios que informan nuestra Constitución en los artículos 7, 29, 72 y 332.

Por otra parte, si bien hay normas constitucionales que regulan el derecho a la información (arts. 7, 29, 72 y 332) y normas legales que lo reafirman, como la Ley de Prensa (16.099), no existe en nuestro ordenamiento jurídico una ley que facilite el acceso a la información.

Si bien la protección de este derecho ante posibles actos, hechos u omisiones que lo lesionen, restrinjan o amenacen, estaría también garantizada por la Ley de Amparo, resulta imprescindible la sanción de una ley específica sobre el derecho a la información, teniendo en cuenta las particularidades de su ejercicio y velando por la rapidez del acceso a las informaciones que se buscan.

Encontramos los siguientes vacíos en nuestra legislación interna:

1. La actual Ley de **Hábeas Data** debe ser ampliada y no regular solamente datos comerciales, sino un mecanismo de transparencia que debe asentarse sobre las tres premisas fundamentales expresadas por la Relatoría, que comprenden el derecho de toda persona: «1) a no ser perturbado en su privacidad; 2) a acceder a información sobre sí misma en bases de datos públicos y privados para modificar, anular o rectificar información sobre su persona por tratarse de datos sensibles (entendiendo por dato sensible toda aquella información relacionada con la vida íntima de la persona), falsos, tendenciosos o discriminatorios; y 3) a utilizar la acción de hábeas data como mecanismo de fiscalización».

2. No existe en nuestro ordenamiento jurídico una ley que establezca que las **radios comunitarias** son legales, que pueden funcionar como cualquier otra radio, con las características propias de su tipo. El proyecto de ley para «Garantizar la Libertad de Expresión a través de los

Medios Comunitarios por radiodifusión»⁵² remite al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y cita textualmente la siguiente opinión: «*los marcos legales y regulatorios que protegen y fomentan los medios comunitarios son especialmente claves para asegurar la libertad de expresión y el acceso a la información de los grupos vulnerables*». En la misma página se realiza la siguiente cita textual a expresiones de representantes del Banco Mundial: «*las emisoras comunitarias pueden ser medios fundamentales para facilitar la información, la voz y la capacidad para el dialogo (...) La existencia de una red de emisoras comunitarias (...) es un medio efectivo para el compromiso cívico de la gente pobre, especialmente el analfabeto pobre*».

3.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

Las siguientes recomendaciones se refieren al derecho al acceso a la información en poder del Estado:

1. **La derogación del desacato y de la difamación e injurias como delitos de comunicación, cuando involucran a personas públicas o particulares que desempeñan una actividad pública o de interés público:** 173.1 (desacato), 334 y 335 del CP (difamación e injurias) y los delitos tipificados en la ley 16.099 en lo referido a aquéllos cometidos por la prensa u otros medios de comunicación, artículos 26 (difamación e injurias) y 27 (delitos contra el honor), solamente en tanto constituyen delitos de comunicación que tutelan la actividad de los funcionarios públicos o particulares que desempeñan una actividad pública o de interés público.
2. **Reconocer a nivel constitucional el derecho de acceso a la información pública.**
3. **La sanción de una ley de acceso a la información pública.** En dicha ley deberán tener expresa consagración los principios que

52 Presentado al Parlamento en el mes de noviembre de 2005, redactado por el Instituto Solidaridad y Desarrollo (ISODE), Licenciatura en Ciencias de la Comunicación de la Universidad de la Republica, Asociación de la Prensa Uruguaya (APU), Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC) y el Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR), p. 6.

surgen del marco normativo y jurisprudencial antes citado. Deberá recoger los principios de máxima divulgación, transparencia de la actividad y de las políticas públicas, principio de no establecimiento de motivos para solicitar información, principio de conservación de toda información en poder del Estado, la eliminación de la cultura del secreto y la censura, toda discriminación en el suministro de información, el establecimiento de un proceso adecuado y de un recurso judicial ante la negativa de acceso a la información.

Deberán estar contenidos en dicha ley los principios que se detallan:

- El reconocimiento expreso de que el acceso a la información en poder del Estado es un derecho humano fundamental.
- La obligación del Estado de poner en práctica una política de transparencia y publicidad, donde toda la información en su poder sea pública, salvo excepciones debidamente establecidas a texto expreso.
- La consagración de una interpretación amplia sobre la información a la cual todo ciudadano tiene derecho a acceder, y la misma interpretación referida a las entidades públicas obligadas a entregar dicha documentación, así como a las empresas de derecho público o privadas que brindan un servicio o actividad públicos.
- El establecimiento de que la información requerida se refiere, a título meramente enunciativo, a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por el Estado, o que se encuentre en su poder.
- Una interpretación amplia del alcance de la expresión de «entidades públicas», comprendiendo que quedan obligados a difundir y entregar toda la documentación solicitada, los organismos del Poder Ejecutivo, incluyendo ministerios y Consejo de Ministros, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, y toda otra persona pública o actividad particular que preste servicios públicos.
- La consagración a texto expreso y la interpretación restrictiva de las excepciones que se establezcan a la libertad de información en poder del Estado.

- Los términos que se utilicen para establecer las excepciones no deben ser vagos ni ambiguos. A modo de ejemplo: a) la protección de la seguridad nacional debe ser definida como excepción posible sólo en situaciones de agresión exterior, estar dirigida a proteger la integridad territorial del país, o en caso de colapso del sistema democrático, siempre que se trate de proteger los intereses de la sociedad en su conjunto y no los intereses del gobierno; b) la intimidad personal y familiar puede constituir una excepción toda vez que la información no sea de interés público; y c) la excepción de orden público debe estar referida a lo que se considera principios de orden público internacional, toda vez que pudiere existir una agresión a los valores y principios consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- La revisión, mediante un recurso rápido y sencillo ante el Poder Judicial, de las decisiones de la Administración fundadas en las excepciones al derecho a la información que denieguen el acceso a la misma.
- La no sujeción del acceso a la información a gravamen o condicionamiento económico alguno.
- La obligación de las entidades públicas de mantener sus registros actualizados y contar con funcionarios con la formación necesaria y actualizada para tales fines.
- La difusión de la información pública debe ser permanente.
- La información que brindan las entidades públicas o las personas privadas relacionadas a cometidos estatales que les fueron confiados, debe ser cierta, precisa y completa.
- La prohibición de cualquier tipo de discriminación a las personas que solicitan el acceso a la información.
- La responsabilidad del funcionario público que niega o retarda en forma injustificada el acceso a la información solicitada.
- La prohibición de que se requiera la expresión de causa de la solicitud de acceso a la información.
- La obligación del Estado de custodia y mantenimiento de todos los archivos en su poder o a los que haya tenido acceso por cualquier

medio, los cuales deben ser debidamente conservados y almacenados, evitando su deterioro.

- La ausencia de todo tipo de discriminación en la publicidad oficial con relación a los medios de prensa.
- La prohibición de que se exija a los periodistas revelar las fuentes de la que obtienen la información.
- La inclusión de las radios comunitarias como titulares de una frecuencia.
- La ampliación de la actual ley de *hábeas data*, que no debe remitirse sólo a datos comerciales que puedan afectar a la persona. La misma debe prever un mecanismo de transparencia asentado en el respeto a los siguientes derechos: a) a no ser perturbado en la privacidad, b) a acceder a información contenida en bases de datos públicas y privadas, para modificar, anular o rectificar información sobre su persona, por tratarse de datos sensibles (entendiendo por dato sensible toda aquella información relacionada con la vida íntima de la persona), falsos, tendenciosos o discriminatorios, y c) a utilizar la acción de *hábeas data* como mecanismo de fiscalización.

Actualmente, se encuentra en la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes, un proyecto de ley sobre «Derecho a la Información y Acción de *Hábeas Data*»⁵³. Es pertinente, de acuerdo a las recomendaciones efectuadas anteriormente, sin ánimo de reiteración, tener en cuenta lo siguiente:

1. No se incluye en dicho proyecto la derogación de los delitos de desacato y de difamación e injurias como delitos de comunicación, cuando involucran a personas públicas o particulares que desempeñan una actividad pública o de interés público, los cuales se encuentran tipificados en los artículos 334 y 335 del CP y en los artículos 26 y 27 de la ley 16.099.
2. No se establece en el texto a estudio que el derecho a la información en poder del Estado es un derecho humano fundamental, y que la transparencia y la publicidad de la información constituyen obligaciones del Estado.

53 Carpeta N° 73 de 2000.

3. Se debe incluir que dicho derecho comprende la libertad de buscar, investigar, recibir y difundir el pensamiento, sin ningún tipo de censura previa ni discriminación a las personas que solicitan dicho acceso.
4. Es necesario incorporar al texto una interpretación amplia de la expresión «organismos estatales o paraestatales», que comprenda al Poder Ejecutivo, incluyendo ministerios y Consejos de Ministros, Poder Legislativo, Poder Judicial, entes autónomos y servicios descentralizado, personas jurídicas de derecho público no estatal y personas de derecho privado que presten servicios públicos.
5. Se debe establecer que no es necesaria ninguna expresión de causa para solicitar la información en poder de estos organismos y que el costo para el solicitante debe serle previamente informado, no estando sujeto a ningún gravamen impositivo.
6. Deben estar consagradas en este texto, en forma expresa, las excepciones al acceso a la información en poder del Estado y la obligación de que las mismas sean interpretadas en forma restrictiva.
7. Se debe establecer la obligación de los «organismos estatales o paraestatales» de mantener sus registros actualizados y de contar con funcionarios con la formación necesaria y debidamente actualizada para tales fines.
8. Asimismo, es necesario incluir que el Estado tiene la obligación de custodia y mantenimiento de los archivos en su poder o a los que haya tenido acceso por cualquier medio, los cuales deben ser debidamente conservados y almacenados, evitando su deterioro.
9. Es imprescindible establecer que no se exigirá a los periodistas revelar las fuentes de las que obtienen la información.
10. Establecer, como medio de tutela a los medios de prensa, que la publicidad oficial no debe entrañar ningún tipo de discriminación.
11. Establecer el derecho de las radios comunitarias a ser titulares de una frecuencia.

4. ACCESO A LA JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

4.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

4.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25), aprobado por ley 15.737.
- Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (arts. 18 y 24).
- Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8 y 10).
- Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 14), aprobado por ley 13.751.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 29/92.
- Comité de Derechos Humanos, Comentario General N° 13.
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay (CCPR A/53/40, 1998).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo.

c) Reglas y Directrices

- Directrices sobre la Función de los Fiscales, Aprobadas por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.
- Estatuto del Juez Iberoamericano (Unión Internacional de Magistrados. Grupo de Trabajo Iberoamericano).
- Estatuto Universal del Juez (Asociación Internacional de Jueces).
- Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

- Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobadas por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.
- Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial.
- Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁵⁴.
- Procedimientos para la aplicación efectiva de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura.
- Proyecto de Declaración sobre la Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial y de los Jueces («Declaración Singhvi»).
- Proyecto de Principios sobre la Independencia de la Abogacía («Principios de Noto»).
- Proyecto de Principios Sobre la Independencia del Poder Judicial («Principios de Siracusa»).
- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores («Reglas de Beijing»)⁵⁵.

4.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 7, 8, 18, 23, 30, 59, 61, 77, 82, 85/2º, 93, 220, 233 a 261 y 307 a 321.

b) Leyes

- Decreto-Ley 15.365: Ministerio Público y Fiscal.
- Ley 15.750: Ley Orgánica de la Judicatura y de la Organización de los Tribunales.
- Ley 15.848: Ley de Caducidad.
- Ley 15.982: Código General del Proceso.

⁵⁴ Ver también tema 6 (Detenciones, Privación de Libertad y Tortura).

⁵⁵ Se incluyen en la normativa relativa al tema, pero se desarrollan los estándares respectivos en el tema 9 (Infancia).

- Ley 17.088: Centro de Estudios Judiciales del Uruguay.
 - Ley 17.707: Modificación de la Ley Orgánica de la Judicatura y de la Organización de los Tribunales.
- c) Decretos, Reglamentos y Acordadas
- Acordada 7192.
 - Acordada 7523: Manual organización y funciones del Poder Judicial.
 - Acordada 7525: Reglamento de Calificaciones y Ascensos.
 - Acordada 7542: Traslados y ascensos (sustituye Acordada 7407).
 - Acordada 7545: Superintendencia de Jueces Letrados respecto de Jueces de Paz del Interior.
 - Acordadas 7450 y 7538: Superintendencia correctiva a abogados y procuradores.
 - Decreto 75/972: Ley Orgánica Policial (art. 5).

4.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

4.2.1. ACCESO A LA JUSTICIA

El art. 10 de la DUDH establece el derecho de toda persona, en condiciones de plena igualdad, a ser oída por un tribunal *«independiente e imparcial para la determinación de sus derechos»*. En el mismo sentido, el art. 14.1 PIDCP declara que *«todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia»* y que *«toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal independiente e imparcial»*.

El art. 8 CADH agrega al derecho de toda persona a ser oída, la expresión *«con las debidas garantías»*, tanto en una acusación penal como en la órbita civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole. El art. 1 del Estatuto del Juez Iberoamericano establece que los jueces están sometidos exclusivamente a la Constitución y las leyes, *«no siendo legítimo darles, o intentar darles, cualesquiera órdenes o instrucciones relativas a la forma concreta de cómo deben decidir, ni premiarlos o sancionarlos en función de las decisiones que tomaron»*. La independencia de la judicatura también está tematizada por los principios 1 a 7 de los Principios Básicos de la ONU (1985) relativos al tema, previendo que

el Estado debe garantizarla y proclamarla por la Constitución o la legislación, así como que los jueces deben resolver los asuntos que se les sometan con imparcialidad; y el derecho de toda persona a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a los procedimientos establecidos.

El art. 8 DUDH establece que toda *«persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y las leyes»*. Por el art. 2.3 PIDCP los Estados se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a interponer un recurso efectivo si sus derechos y libertades han sido violados. Asimismo, el art. 25 CADH establece que *«Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales»*. Ha señalado la CtIDH que *«el artículo 25 constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención»*⁵⁶.

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados establecen (principios 1 a 4) el derecho de toda persona al acceso a la asistencia letrada y a los servicios de justicia, exigiendo que los gobiernos procuren que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada, sin discriminaciones de tipo alguno. Asimismo, se establece la obligación de los gobiernos de velar por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres y a otras personas desfavorecidas, previéndose la cooperación a esos efectos de las asociaciones profesionales.

4.2.2. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La Asamblea General de Naciones Unidas (RES/50/181 de 22/12/1995) reconoce que el imperio del derecho y la adecuada administración de justicia constituyen elementos importantes para un desarrollo económico y social

56 CtIDH, Caso Loayza Tamayo, párr.169.

sostenible y cumplen un papel central en la promoción y protección de los derechos humanos. Reconoce, además, que la administración de justicia, incluidos los organismos encargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento y, en particular, un poder judicial y un colegio de abogados independientes, en conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son esenciales para la plena realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables para los procesos de democratización y el desarrollo sostenible.

Asimismo, la Asamblea General hace un llamamiento a los gobiernos para que en sus planes nacionales de desarrollo incluyan a la administración de justicia como parte integrante del proceso de desarrollo y asignen los recursos necesarios a la prestación de servicios de asistencia jurídica, con miras a la promoción y protección de los derechos humanos. También invita a los gobiernos a que impartan capacitación en materia de derechos humanos en la administración de justicia, dirigida a jueces, abogados, fiscales, asistentes sociales y otros profesionales interesados, incluidos los agentes de policía y de inmigración.

1. Independencia. Conforme los Principios de Siracusa (art.2), la independencia del poder judicial significa que: 1) todo juez tiene la libertad de decidir las cuestiones que tiene ante sí de conformidad con sus convicciones y su interpretación de la ley, sin ninguna influencia, presión ni incentivo indebido, directo ni indirecto, de ningún sector ni por razón alguna, y 2) el Poder Judicial es independiente del Poder Ejecutivo y del legislador y tiene jurisdicción, directamente o por vía de revisión, sobre todas las cuestiones de carácter judicial.

1.1. Independencia de la judicatura: Las Recomendaciones Internacionales (especialmente el «Proyecto de Declaración sobre la Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial y de los Jueces», del Relator Especial Singhvi, art.2) brindan el siguiente concepto de *independencia* del juez: «*la libertad y obligación de decidir con total imparcialidad los asuntos que se le sometan, de conformidad con su interpretación de los hechos y de la ley, sin ninguna restricción, influencia, incitación, presión, amenaza, injerencia, directa o indirecta, de cualquier origen o por cualquier motivo que sea*». Los Principios Básicos de la ONU (1985) establecen que la

«independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o legislación del país», así como el respeto y el acatamiento de la independencia de la judicatura por «todas las instituciones gubernamentales y de otra índole». La «Declaración Singhvi» establece que el Poder Judicial debe ser independiente de los otros poderes del Estado y que el mismo «ejercerá su competencia sobre todas las cuestiones de carácter judicial, en particular, las de su propia jurisdicción y competencia». El Principio 7 (ONU 1985) establece que cada Estado debe proporcionar los recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones. En el mismo sentido, el Estatuto del Juez Iberoamericano establece en su artículo 2 que los jueces «deberán disponer de un Estatuto Jurídico que les asegure una real y efectiva independencia frente a los otros Poderes del Estado así como respecto a las diferentes fuerzas sociales, económicas y políticas, de cualquier clase, así como frente a los propios órganos judiciales».

1.2. **Independencia de los fiscales:** Las Directrices sobre la Función de los Fiscales prevén que los Estados garanticen a quienes desempeñen dicha función que puedan hacerlo sin intimidación, trabas, hostigamiento o injerencias indebidas (párr. 4). Asimismo, se prevé que los fiscales, de conformidad con la ley, cumplan sus funciones con imparcialidad, prontitud y firmeza, respetando la dignidad humana y defendiendo los derechos humanos (párr. 12). Los fiscales deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y evitando todo tipo de discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de otra índole (párr. 13 a).

2. **Libertad de expresión y asociación.** El Principio 8 (ONU 1985) establece que, en consonancia con la DUDH y al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura deben gozar de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán de forma que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura. El Principio 9 establece que los jueces deben gozar del derecho a constituir asociaciones de jueces u

otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho a afiliarse a ellas. Las mismas previsiones respecto de las libertades de expresión y asociación están establecidas en las Directrices sobre la Función de los Fiscales (párr. 8 y 9).

3. Competencia profesional, selección y formación. Los Principios Básicos de la ONU (1985) establecen que *«las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones apropiadas. Todo método utilizado para la selección del personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos...»* (Principio 10). Previsiones similares respecto de los fiscales son establecidas en las Directrices sobre la Función de los Fiscales (párr. 1 a 6). Los Principios de Siracusa establecen (art. 3 y 4) que los candidatos que soliciten un cargo judicial deberán ser personas íntegras y capaces, con buena formación jurídica, y que los candidatos que reúnan dichas condiciones deberán tener igualdad de acceso a un cargo judicial.

4. Condiciones de servicio e inamovilidad. El Principio 11 (ONU 1985) establece que la ley del Estado debe garantizar la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, y el Principio 12 prevé que se garantice la inamovilidad de los jueces hasta que cumplan la edad jubilatoria o expire el período para el cual hayan sido nombrados.

5. Ascensos. Los Principios Básicos de la ONU (1985) establecen que el sistema de ascensos deberá basarse en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia del personal judicial (Principio 13). El párr. 7 de las Directrices sobre la Función de los Fiscales establece que el sistema de ascensos debe basarse en factores objetivos, especialmente la idoneidad, capacidad, probidad y experiencia, así como que las decisiones al respecto deben adoptarse en un procedimiento equitativo e imparcial.

6. Secreto profesional e inmunidad. El Principio 15 (ONU 1985) establece que los jueces estarán obligados por el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que

hayan obtenido en el ejercicio de sus funciones, a menos que se trate de audiencias públicas, y no se les exigirá que testifiquen sobre tales asuntos. Sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario o derecho de apelación, ni del derecho a recibir indemnización del Estado conforme el derecho nacional, se establece en el Principio 16 que los jueces gozarán de inmunidad personal respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el desempeño de sus funciones judiciales. El artículo 7 del Estatuto del Juez Iberoamericano establece que los Estados deben establecer como regla general que los jueces no responderán civilmente de manera personal por sus decisiones, exceptuados los casos de dolo. Asimismo, se establece que en casos de negligencia la responsabilidad debe ser disciplinaria.

7. Medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo. Se establece (Principio 17) que toda acusación o queja contra un juez por su actuación se tramite con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente, previéndose el derecho del juez a ser oído imparcialmente. El Principio 18 restringe las causales de suspensión o separación del cargo de los jueces a la incapacidad o comportamiento que los inhabilite para continuar desempeñando sus funciones. Todo procedimiento para adoptar medidas disciplinarias debe realizarse conforme las normas establecidas sobre comportamiento judicial (Principio 19). Las decisiones que se adopten en dichos procedimientos deben estar sujetas a revisión independiente. Este Principio puede no ser aplicado a las decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en los procedimientos de recusación o similares.

Respecto de los fiscales, se establece que las faltas de carácter disciplinario cometidas por éstos estarán previstas en la ley o los reglamentos y que las reclamaciones se sustanciarán pronta e imparcialmente. Los fiscales tendrán derecho a una audiencia imparcial y las decisiones estarán sometidas a una revisión independiente (párr. 21 Directrices). Las actuaciones disciplinarias contra los fiscales deben garantizar una evaluación y decisión objetivas, y deben determinarse con arreglo a la ley, el código de conducta profesional y otras reglas y normas éticas establecidas y teniendo presente lo que establecen las Directrices (párr. 22).

4.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

4.3.1. ACCESO A LA JUSTICIA

Las deficiencias de los mecanismos institucionales y normativos del ordenamiento interno en cuanto a garantizar la plena exigibilidad de los derechos por parte de sus titulares, y que, por tanto, contradicen los estándares internacionales, obedecen a razones de diversa índole.

Algunas de ellas, vinculadas a razones de discriminación, son tratadas en el presente informe en los apartados relativos a cada uno de esos sectores de la población (género, infancia, salud mental, discapacidad, VIH/Sida y otros grupos vulnerables tratados en el apartado sobre discriminación).

Otras causas de las mencionadas deficiencias se relacionan con las asignaciones presupuestales al Poder Judicial y, por tanto, ponen en cuestión el tema de la independencia del mismo⁵⁷. Asimismo, la carga tributaria que implica el acceso a los estrados, es también un impedimento para aquellas personas que no reúnen los requisitos para ser patrocinadas por los servicios jurídicos gratuitos.

Por último, contribuye a impedir el ejercicio del derecho a la justicia, al menos en la capital del país, la concentración de las sedes judiciales en el centro de la misma, no estando prevista la descentralización en los barrios o en las diferentes zonas⁵⁸. En ese sentido, las personas que se encuentran en situación de pobreza o indigencia no cuentan con los recursos económicos para trasladarse a las sedes judiciales, lo que puede privarlas del acceso efectivo a los tribunales y a la asistencia letrada. Es este, evidentemente, un campo donde la adopción de políticas públicas de acceso a la justicia es de fundamental importancia.

El Comité de Derechos Humanos ha instado a Uruguay a *«dar mayor publicidad al Pacto y al Protocolo Facultativo, con miras a asegurar que las*

57 Esto también se relaciona con que la Suprema Corte de Justicia es el jerarca jurisdiccional y también el jerarca administrativo del Poder Judicial.

58 Lo mismo ocurre con los servicios jurídicos gratuitos, salvo en aquellas zonas donde existen consultorios jurídicos barriales atendidos por la Universidad de la República u organizaciones no gubernamentales.

disposiciones de sus instrumentos sean de sobra conocidas por los juristas, el poder judicial y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como el público en general» (CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93, párr.12). Similar sugerencia fue realizada en 1998 en relación a los «*poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a los oficiales encargados de hacer cumplir la ley y a los miembros de las profesiones legales, así como al público en general»* (CCPR/C/79/Add.90, 8/4/98, párr.15). Dichas observaciones evidencian el escaso conocimiento de las normas del PIDCP por parte de las autoridades públicas de nuestro país, lo que constituye un factor decisivo para explicar su casi inexistente aplicación a nivel interno.

4.3.2. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Los obstáculos a la independencia del Poder Judicial, exigida por los instrumentos internacionales, se relacionan en la esfera interna con diversos aspectos. Como observación primaria, es importante señalar que la Constitución nacional no contiene una declaración clara y general del derecho a una judicatura independiente, de conformidad con lo que disponen los arts. 10 DUDH, art. 14 PIDCP y art. 8 CADH. En ese sentido, el Estatuto del Juez Iberoamericano (art. 9) establece que «*todas las materias integrantes del Estatuto Judicial deberán ser fijadas en la Constitución y reguladas en una Ley propia, no pudiendo ser alteradas o reglamentadas por cualquier otra ley»*.

La autonomía financiera es ejercida por la Suprema Corte de Justicia. Se trata de uno de los requisitos para cumplir adecuadamente con las potestades asignadas, sin dependencia económica de otros poderes, que podría lesionar la autonomía jurisdiccional. En ese sentido, el artículo 33 de la Declaración Singhvi señala la prioridad que el Estado debe dar a la provisión de recursos adecuados al sistema de justicia y el artículo 34 establece que el presupuesto debe ser confeccionado por el órgano competente, con la colaboración del Poder Judicial, teniendo en cuenta las necesidades de la administración de justicia. Conforme lo dispuesto en la Constitución (art. 220), la Suprema Corte proyecta su presupuesto y lo eleva al Poder Ejecutivo, quien puede aceptarlo o introducir modificaciones. El presupuesto preparado por la Corte y las modificaciones del Ejecutivo se elevan al Poder Legislativo para que éste lo discuta y apruebe.

Una vez establecido el presupuesto, la Corte administra los recursos, con el contralor financiero del Tribunal de Cuentas.

La superintendencia directiva, correctiva y consultiva sobre los tribunales, juzgados y otras dependencias del Poder Judicial corresponde, de acuerdo con el artículo 239 de la Constitución, a la Suprema Corte de Justicia.

Por otra parte, los estándares exigen la independencia de los jueces de sus colegas y superiores en materia de decisiones judiciales, y establecen que *«la organización jerárquica de la magistratura no interferirá de ninguna manera con el derecho del juez de adoptar con total libertad su decisión»* (art. 3 Declaración Singhvi).

La Acordada 7525 establece el Reglamento de Calificaciones y Ascensos para los funcionarios de carrera del Poder Judicial. Por la importancia de la materia que se reglamenta, es inadecuado que la misma no esté instrumentada por ley. Asimismo, lo relativo a calificaciones, traslados y ascensos, según Acordada 7542 (reglamenta lo dispuesto por el artículo 239 incisos 4 a 6 de la Constitución), está a cargo de una Comisión (creada por dicha Acordada) integrada por un Ministro de la Suprema Corte (quien la preside), dos Ministros de Tribunales de Apelaciones (uno de ellos designado a propuesta de la Asociación de Magistrados del Uruguay), un Abogado en ejercicio de la profesión (nombrado por el Colegio de Abogados del Uruguay), y un Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (propuesto por el Consejo de la Facultad). Entre las actividades desempeñadas por los magistrados que se consideran relevantes para la calificación y ascensos no se encuentra la consideración del conocimiento y la aplicación de los instrumentos internacionales en los que se establezcan normas de derechos humanos (art. 31 de los Principios de Siracusa, art. 14 de la Declaración Singhvi). En la Acordada no se prevé un procedimiento transparente, con posibilidades de impugnación en lo relativo a las calificaciones y ascensos de jueces.

La Constitución no declara expresamente el derecho de todas las personas a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, en el sentido de lo dispuesto por los artículos 21 DUDH, 25 PIDCP y 23 CADH, si bien la doctrina suscribe la interpretación que lo considera implícito en los artículos 8 y 72 de la Constitución. El sistema actual, de corte consuetudinario y regulado por una Acordada, no garantiza el derecho

igual de los abogados titulados a postularse para cargos en la judicatura mediante procedimientos públicos que garanticen la selección por criterios objetivos y técnico-jurídicos, así como el derecho a permanecer en el cargo mientras lo deseen y lo desempeñen satisfactoriamente, conforme lo establecen el principio 16 de los Principios Básicos de la ONU y el artículo 4 del Estatuto del Juez Iberoamericano.

Los instrumentos internacionales exigen un marco normativo interno que establezca un mínimo de garantías formales en el estatuto funcional de los jueces que les asegure la independencia en la función, vinculadas a la inamovilidad y también a las seguridades en la carrera judicial (designación, ascensos, traslados, sanciones). El ordenamiento interno regula estas cuestiones en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales⁵⁹. Respecto de los Jueces de Paz, el artículo 249 de la Constitución prevé que «*durarán cuatro años en el cargo y podrán ser removidos en cualquier tiempo si así conviene a los fines del mejor servicio*». Ello constituye una clara inadecuación a los estándares relativos a la inamovilidad de los magistrados, desde que la misma sólo se asegura a partir del cargo de jueces letrados.

El sistema de designación de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia está previsto en el art. 236 de la Constitución, y no se trata de cargos provistos por un régimen de ascensos. La voluntad del Poder Legislativo también influye en el nombramiento de los Ministros de Tribunales de Apelaciones, en la medida que requiere la venia del Senado de la República. En los restantes casos, «*juega exclusivamente la discrecionalidad de la Suprema Corte, sin intervención de otro Poder del Estado*»⁶⁰. En efecto, dentro de las facultades de superintendencia administrativa de la Corte se encuentra la designación de los Jueces y Ministros de los Tribunales del Poder Judicial⁶¹. El derecho interno establece exclusivamente requisitos formales para el ingreso a la magistratura (edad, ciudadanía, profesión, años de ejercicio), lo cual no

59 En adelante, LOT.

60 AMARILLO, María del Huerto y URIOSTE, Fernando (prep.); *Uruguay. Independencia del Poder Judicial y de los Jueces*, CIJA – CIJ, 1990, p. 111.

61 Un claro diagnóstico de la situación relativo a ingreso, ascensos, traslados y sanciones, independiente del factor normativo, se encuentra en el Informe *Uruguay. Independencia del Poder Judicial y de los Jueces*, CIJA – CIJ, 1990, citado.

satisface la exigencia de buena formación teórica y práctica del derecho⁶² (art. 9 Declaración Singhvi) y tampoco asegura que «*el poder judicial sea fiel reflejo de la sociedad en todos sus aspectos*» (art. 11 Declaración Singhvi).

El régimen de los traslados no cuenta con otra regulación que lo dispuso en el artículo 96 de la LOT, que establece que la Suprema Corte establecerá el orden de los traslados. Los criterios empleados son de orden pragmático e implican un sistema de ascensos y méritos encubierto, sin que se satisfaga en la reglamentación de dicho régimen lo establecido por el artículo 15 de la Declaración Singhvi y el artículo 9 de los Principios de Siracusa.

La independencia del Poder Judicial se apoya normativamente en lo dispuesto en las normas constitucionales (arts. 82 y 233), la ley 15.750 (art. 1, 4) y el Código General del Proceso⁶³ (art. 21.3). Sin embargo, se sostiene que –a partir de análisis concretos de la actividad judicial– no es posible afirmar ciertamente que los principios que regulan la separación de poderes y la independencia del Poder Judicial están totalmente garantizados en el derecho interno mediante instrumentos normativos que permitan un adecuado respaldo a la independencia del Poder Judicial, ante el incumplimiento por otros poderes del Estado⁶⁴. La LOT y el CGP establecen la obligatoriedad de la «colaboración» o «asistencia» de la fuerza pública. Sin perjuicio de ello, la Ley Orgánica Policial (art. 5) habilita a los servicios policiales a evaluar la «obligatoriedad» y la «conveniencia» en cuanto a la ejecución de las decisiones de los jueces. En esta medida, al no existir una *policía judicial*, la judicatura se enfrenta a la necesidad de acudir a la colaboración de otro poder del Estado para cumplir las decisiones que requieran el concurso de

62 No obstante, la LOT (art. 79) prevé que la Corte propicie cursos de postgrado dirigidos a la formación de aspirantes a la Magistratura y que quienes cumplan con esa condición tendrán prioridad en el ingreso. De todas formas, a pesar de que en las prácticas de ingreso son tomados en cuenta aquellos abogados que asistieron al CEJU, ello no es excluyente del ingreso, por designación directa de la Corte, de abogados que no tengan la mencionada capacitación. Lo mismo ocurre para el nombramiento de Actuarios y Defensores de Oficio. No existen, por tanto, criterios de selección por concurso ni está asegurada la igualdad de acceso a los cargos de la magistratura.

63 En adelante, CGP.

64 AMARILLO, María del Huerto y URIOSTE, Fernando (prep.); ob.cit., p. 48.

la fuerza pública, con lo cual la independencia se ve retaceada⁶⁵. Se ha señalado que para países como el nuestro que carecen de una policía judicial, la Declaración Singhvi no va más allá de algunas limitaciones programáticas dirigidas a los otros Poderes, en cuanto a la no intervención o injerencia en el campo de autonomía del Judicial. Pero no hay mecanismos de autodefensa que garanticen esa autonomía a los propios magistrados en los casos de violación de la misma. Esos mecanismos, a su vez, asegurarían a la comunidad, de modo indirecto, una administración de justicia independiente.⁶⁶ La legislación interna sólo prevé la tipificación del desacato, relativa a la obligación de cumplir las órdenes de los magistrados, pero *«no existe un marco jurídico que indique al juez los mecanismos que puede adoptar para resguardar su independencia y autoridad»*⁶⁷.

Una de las más claras inadecuaciones del derecho interno respecto de los estándares internacionales consiste en lo dispuesto por la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (15.848). En efecto, el artículo 1 de dicha ley declara que *«ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales equiparados y asimilados, por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto»*. El artículo 3 del mismo texto legal establece la obligación del Juez interviniente en las correspondientes denuncias de requerir el informe del Poder Ejecutivo, en cuanto a si considera o no que el hecho investigado está comprendido en el artículo 1º de la ley. En consecuencia, establece que *«si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes»*. La norma legal citada, que confiere potestades propias del Judicial al Poder Ejecutivo, contradice lo previsto en el artículo 5 de la «Declaración Singhvi», en cuanto esta última establece que *«el Poder Ejecutivo no ejercerá control sobre las funciones*

65 AMARILLO, María del Huerto y URIOSTE, Fernando (prep.); ob.cit., p. 52. Esta circunstancia vuelve particularmente inapropiadas las condiciones de investigación de delitos cometidos por funcionarios policiales, en general, y de casos de tortura en dependencias policiales, en particular.

66 AMARILLO, María del Huerto y URIOSTE, Fernando (prep.); ob.cit., p. 96.

67 *Ibidem*.

judiciales de los tribunales de administración de justicia» y que «el Poder Ejecutivo se abstendrá de toda acción u omisión que prejuzgue la solución jurisdiccional de un litigio o impida la ejecución normal de una decisión». Por otra parte, el segundo Principio Básico (ONU, 1985) establece que *«los jueces resolverán los asuntos de que conozcan con imparcialidad (...) sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas»*, y el tercero de dichos Principios declara la competencia de la judicatura en todas las cuestiones de índole judicial, otorgándole *autoridad exclusiva* en la decisión de si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de su competencia. El Comité de Derechos Humanos⁶⁸ señala que la Ley de Caducidad impide, en la medida que excluye en algunos casos la posibilidad de investigar, que el Estado asuma la responsabilidad (que surge del art.2 párr. 3 PIDCP) de permitir que las víctimas de violaciones a los derechos humanos interpongan un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité (párr. 11) establece que, a efectos de que el Estado pueda cumplir con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, se adopte una legislación que corrija los efectos de la ley de caducidad. En el mismo sentido, el Informe N° 29/92 de la CIDH concluye que la ley 15.848 es incompatible con el art. XVIII (Derecho de justicia) de la DADDH, y con los arts. 1, 8 y 25 de la CADH⁶⁹.

68 CCPR/C/79 párr.7.

69 En el mismo sentido, la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la CADH es declarada por la CtIDH en el caso Barrios Altos, sentencia de 14/03/2001, en la medida que dichas leyes incurrir en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención y conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la CADH. Señala la Corte que este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la CADH, sostuvo la Corte que dichas leyes *«carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables»*.

El Ministerio Público y Fiscal constituye un cuerpo técnico-administrativo dependiente jerárquicamente del Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Educación y Cultura, de acuerdo a la Ley Orgánica del mismo. El apartado VIII de los Principios de Siracusa, dedicado a la independencia del poder judicial y la protección de los derechos humanos, señala que la subordinación jerárquica al poder ejecutivo atenta contra la independencia de la judicatura de manera indirecta. En ese sentido, señala Malet que «*no es deseable que el Ministerio Público se transforme en un implementador cierto de cualquier política de persecución criminal del Poder Ejecutivo*»⁷⁰.

En lo relativo a la *imparcialidad*, el Comité de Derechos Humanos⁷¹ señala su preocupación, relativa al texto aprobado para el nuevo Código del Proceso Penal⁷² (cuya vigencia se encuentra suspendida), en cuanto a que el juez de sentencia sea el mismo juez que ha supervisado u ordenado las investigaciones, y posteriormente sometido a proceso al acusado⁷³. Ello plantea inquietudes respecto de la posible imparcialidad del juicio y se recomienda que el nuevo Código garantice una verdadera imparcialidad, de conformidad con lo dispuesto en el PIDCP.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos⁷⁴ recomienda el establecimiento de una autoridad independiente e imparcial encargada de investigar la aplicación de normas de derechos humanos y de recibir denuncias de violaciones, lo cual no está previsto por nuestro ordenamiento interno.

Con relación a la *justicia militar*⁷⁵, el artículo 253 de la Constitución establece que la jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra. La existencia de tribunales militares plantea inconvenientes en relación a la vigencia del derecho a un juicio justo, vinculados específicamente al tema de la independencia (están sometidos a jerarquía administrativa del Poder Ejecutivo) y la imparcialidad del

70 MALET, Mariana; «Reflexiones sobre el Ministerio Público en el sistema penal uruguayo», en *Espacio Abierto*. Revista del CIEJ – AFJU, Montevideo, nov. 2005, pp. 35-40, p. 38.

71 CCPR/C/79 párr. 9 c.

72 En adelante, CPP.

73 Ver también tema 5 (Proceso Penal).

74 CCPR/C/79 párr. 12.

75 Ver ANDREU-GUZMÁN, Federico; *Fuero militar y derecho internacional*, Comisión Colombiana de Juristas – Comisión Internacional de Juristas, Bogotá, 2003.

juzgador⁷⁶ (Principios 1 a 6 ONU, 1985). Refiriéndose a la competencia de los tribunales militares para juzgar a civiles, en tiempos de la dictadura cívico-militar, señalaba Martínez Moreno: «Porque en todos los casos se ha caído de esa independencia sin la cual la función jurisdiccional no puede existir; de esa independencia que es absolutamente contradictoria de los principios de obediencia, disciplina y sumisión consustanciales al espíritu vertical del Ejército (...) si hay una función esencialmente intransferible, que no puede delegarse ni cometerse, es la de impartir justicia (...). Los magistrados militares no pueden actuar sino en virtud de la orden del superior jerárquico y político, no pudiendo intervenir si no han sido excitados explícitamente en su celo. No pueden actuar si no se les ordena, no pueden dejar de actuar si se les manda»⁷⁷.

Se entiende que, en caso de subsistir alguna forma de justicia militar, debería respetar los siguientes límites: a) ser incompetente para juzgar civiles; b) ser incompetente para juzgar militares, si entre las víctimas de los delitos hay civiles; c) ser incompetente para juzgar civiles y militares en los casos de rebelión, sedición o cualquier delito que ponga o pueda poner en peligro un régimen democrático; y d) en ningún caso puede estar autorizada a imponer la pena de muerte⁷⁸. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró que «los ciudadanos deben ser juzgados por sus jueces naturales, regidos por el derecho común y la justicia ordinaria. Por tanto, los civiles no deben ser sometidos a la jurisdicción de tribunales especiales»⁷⁹. Si bien un juicio ante un tribunal especial no supone, estrictamente, una violación del derecho a un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial, existe una relación muy estrecha entre el desplazamiento de la jurisdicción natural y la injusticia de un proceso determinado⁸⁰. Por lo expuesto, el legislador debería estudiar

76 Ver CtIDH; Caso Durand y Ugarte, caso Castillo Petruzzi y otros, caso Cantoral Benavides y caso Las Palmeras.

77 MARTÍNEZ MORENO, Carlos; *La Justicia militar en el Uruguay*, Librosur - Nuevo mundo, Montevideo, s/f, pp. 23-25 (reproducción autorizada del texto publicado en *Convergencia Democrática en Uruguay. Documentos Políticos*, México, 1984, pp. 117-149).

78 Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, documento de la ONU E/CN.4/1999/63, párr. 80.

79 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997, documento de la OEA. OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6.

80 COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS; ob.cit., p. 14.

las posibles modificaciones (excluyendo la referencia al estado de guerra y estableciendo que la justicia militar no puede ser competente para juzgar delitos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos, tipificados por el derecho internacional) y la eventual derogación del artículo 253 de la Constitución.

4.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

Los tribunales son el espacio institucional fundamental para la protección y garantía de los derechos establecidos en la Constitución y las leyes, así como en el derecho internacional de los derechos humanos a través de los instrumentos ratificados por el Estado, de manera que existe una relación directa entre la solidez del sistema de justicia y la calidad de la democracia⁸¹.

El tema del diseño institucional de la administración de justicia en un Estado de Derecho supone tener en cuenta, como modelo ideal, la creación por vía constitucional de un Tribunal Constitucional⁸² y de un Consejo de la

81 ADC, CELS, FARN, Fundación Poder Ciudadano, INECIP y UUC; *Una Corte para la Democracia I y II*, 2002, passim, www.cels.org.ar.

82 Algunos de los argumentos a favor de la constitución de un Tribunal Constitucional se vinculan a que ayuda a que no se recargue la tarea jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia (que funcionaría como tribunal de casación), a la necesidad de una especialización de la máxima jurisdicción en derecho público con miras a la producción de una jurisprudencia constitucional y al carácter específico de la interpretación constitucional. Desde la doctrina constitucionalista, se plantea como un desarrollo de la justicia constitucional (para aquellos sistemas jurídicos que no cuenten con un tribunal constitucional independiente de la Corte suprema del país) la creación de una Sala especializada en cuestiones constitucionales, (FIX ZAMUDIO, Héctor; *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B Estudios Comparativos, Estudios Especiales N° 16, México, 1980, p. 153). Dejamos planteada esta cuestión, cuyo desarrollo supone el análisis de los diferentes modelos de justicia constitucional y de los aspectos institucionales relativos a la designación de los miembros, a las garantías de la independencia de los miembros y a las garantías de la independencia de la institución respecto de los otros poderes del Estado (LÓPEZ GUERRA, Luis; «La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, 10ª edición, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., Montevideo, 2004, pp. 85-100, p. 88).

Magistratura⁸³. En tanto la Constitución nacional regula minuciosamente las potestades de la Suprema Corte de Justicia y, teniendo en cuenta que la creación de los dos órganos mencionados importa una modificación a las atribuciones de la Corte, sería necesario modificar el texto constitucional. En el mismo sentido, teniendo en cuenta el modelo ideal mencionado, es recomendable la inclusión en la Constitución de una institución nacional de derechos humanos⁸⁴, sin perjuicio de lo cual dicho instituto puede ser creado por ley⁸⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, se formulan las siguientes recomendaciones como líneas de acción legislativa:

1. Incluir en el texto constitucional una declaración general del derecho humano fundamental a una judicatura independiente.
2. Incluir en el texto constitucional que los jueces deben ser seleccionados por criterios objetivos e imparciales, exclusivamente sobre la base de las aptitudes éticas y profesionales y que el sistema de carrera judicial será regulado por la ley.

83 Los consejos de la magistratura o de la judicatura han asumido en el derecho comparado diversas modalidades en lo relativo a su composición y funcionamiento, así como en lo relativo a sus atribuciones. En términos generales puede señalarse que les compete la selección, proposición y nombramiento de los jueces y magistrados, la fiscalización de la carrera judicial, así como ciertas facultades disciplinarias en relación con los propios jueces y magistrados.

84 La creación por precepto constitucional «*permitiría instaurarlo como sistema orgánico tal como lo son la Corte Electoral, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; y, atribuyéndole los caracteres típicos que la institución tiene en el derecho comparado, se mantendría el equilibrio institucional de la Constitución actual ya que en esa sustancialidad radica, precisamente, su originalidad y la innovación de control ...*» (CAGNONI, José Aníbal; *Control de la Administración: Ombudsman, Comisionado Parlamentario, Mediateur, Defensor del Pueblo*, 3ª edición ampliada, Editorial Universidad, Montevideo, s/f, p. 85.) La estructura institucional podría ser una defensoría, procuraduría, ombudsman o consejo. Ver además la Observación General 10 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 14/12/1998 sobre el rol de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de esos derechos (E/C.12/1998/25, CESCR General Comment 10).

85 Nos remitimos al Capítulo X: «Viabilidad jurídica en el Uruguay», en CAGNONI, José Aníbal; ob. cit., pp. 82-86 y al art. del mismo autor «Ombudsman como institución protectora de los derechos», en *Nuevas reflexiones sobre Género, Derecho y Ciudadanía. Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Tercera Serie, N° 11, Montevideo, FCU, pp. 139-145.

3. Instrumentar, por vía legal, mecanismos alternativos para la solución de controversias y fortalecer los ya existentes (tribunales de mediación, juzgados de causas de pequeña cuantía, atribución de facultades de mediación y resolución de temas vecinales a los consultorios barriales de la Universidad de la República), como forma de garantizar el acceso de todas las personas a la justicia⁸⁶.
4. Establecer una autoridad independiente e imparcial encargada de monitorear la aplicación de normas de derechos humanos y de recibir y formular denuncias de violaciones a derechos humanos⁸⁷.
5. Dejar sin efecto la ley de caducidad, pues Uruguay no puede mantener una legislación que ha sido declarada incompatible con la CADH por parte de la CIDH (Informe 29/92).
6. Discutir profundamente la ubicación institucional del Ministerio Público, actualmente perteneciente al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura. En caso de que resulte conveniente una reubicación institucional deberá modificarse la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal⁸⁸.
7. Implementar una reforma legislativa que haga menos incierto el resultado de la asignación presupuestal al Poder Judicial.
8. Sancionar una ley de carrera judicial, modificativa de la LOT, que contenga las previsiones siguientes:
 - Selección de los jueces. El inicio de la carrera judicial debe estar precedido de un llamado público y pruebas públicas abiertas a

86 Ver MARABOTTO, Jorge; «Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 9^a edición, Konrad Adenauer Stiftung A.C., Montevideo, 2003, pp. 291-301 y MÉNDEZ, Juan; «El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos», en THOMPSON, José (coord.); *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudio en siete países de América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, IIDH, 2002, pp. 15-22.

87 Nos remitimos a los comentarios efectuados *supra* acerca del Ombudsman en lo relativo a la fuente normativa apropiada para su instauración.

88 Ver MALET, Mariana; ob.cit., pp. 35-40. Véase también tema 5 (Proceso Penal).

abogados titulados, seguidas de un curso o período de formación administrado por el Poder Judicial. Para la selección, deben tenerse en cuenta criterios objetivos y técnico-jurídicos. La formación de los jueces debe incluir capacitación en derechos humanos, la cual debe extenderse a los demás funcionarios del Poder Judicial.

- Ascensos. El progreso en la carrera debe hacerse por la calificación del órgano de autotutela⁸⁹, mediante criterios de antigüedad y mérito. Se deberá tener en cuenta para la calificación, asimismo, la aplicación de instrumentos de derecho internacional de derechos humanos.
- Los jueces deberán ser nombrados a título definitivo, no pudiendo serlo por plazos determinados.
- Inamovilidad. Los jueces deben ser inamovibles⁹⁰, no pudiendo ser removidos, suspendidos o separados de su cargo, salvo por decisión del órgano de autotutela, en los casos que prevea la ley taxativamente, mediante proceso administrativo disciplinario, con todas las garantías de defensa y contradictorio.
- La ley de carrera judicial debe incluir que los jueces no puedan ser trasladados como consecuencia de una sanción.
- Los jueces no podrán ser responsabilizados disciplinariamente por el tenor o el contenido de sus decisiones.
- Los jueces no podrán desempeñar ninguna otra función pública o privada remunerada, salvo la enseñanza y la investigación en materia jurídica⁹¹.

89 Empleamos esta denominación genérica siguiendo la solución del Estatuto del Juez Iberoamericano, pero, según sea la solución institucional del Estado, dicho organismo será la Suprema Corte de Justicia o el Consejo de la Magistratura.

90 La regulación de la garantía de inamovilidad supone la reforma de los artículos constitucionales relativos al tema, especialmente los arts. 246 y 249, que no se adecuan a los estándares internacionales.

91 El art. 251 de la Constitución solamente hace referencia al ejercicio del profesorado en la enseñanza pública superior. Si bien las funciones de la Universidad de la República incluyen no solo la enseñanza, sino también la investigación y la extensión, de modo que por vía interpretativa podrían entenderse todas ellas incluidas en el precepto constitucional, es recomendable que el estatuto del juez reconozca la compatibilidad de la tarea judicial con la investigación jurídica.

- Deberá reconocerse el derecho de asociación profesional de los jueces.
- Los jueces deberán gozar de un estatuto económico compatible con la dignidad y la relevancia social de su función, no pudiendo sus remuneraciones ser inferiores a las de los equivalentes jerárquicos de otros poderes del Estado.
- La ley de carrera judicial debe contener las bases de un régimen de disciplina administrativa judicial, rodeado de garantías. La amonestación, suspensión, o destitución de un juez siempre deben contar con la garantía del debido proceso y quedar sometidas a la revisión judicial en vía contencioso administrativa.
- Los jueces deben tener inmunidad frente a acciones de responsabilidad civil por lo que resuelvan en ejercicio de la función jurisdiccional, salvo los casos de dolo.
- Deberá incorporarse el control público⁹² y la participación de actores vinculados a la actividad judicial en la etapa previa a la designación de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia, mediante la creación de un procedimiento de consulta a la ciudadanía respecto de la capacidad técnica y moral así como del compromiso de los candidatos con el sistema democrático y los derechos humanos.
- Deberá establecerse un procedimiento que permita la presentación de *amicus curiae* como forma de posibilitar un mejor acceso a la

92 Resulta apropiado adoptar mecanismos que permitan a los particulares, los colegios y asociaciones profesionales, las asociaciones que nuclean a sectores vinculados con el quehacer judicial, de los derechos humanos y otras organizaciones que por su naturaleza y accionar tengan interés en el tema, dar a conocer sus observaciones fundadas, puntos de vista y objeciones respecto de las personas que son consideradas como candidatos a integrar la Suprema Corte de Justicia. Lo mismo puede adoptarse respecto de la designación de otras autoridades, por ejemplo el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación. A esos efectos, puede tenerse en cuenta, como insumo para el estudio del tema, el procedimiento establecido en la República Argentina por el Decreto 222 de 19 de junio de 2003 y el documento redactado por las organizaciones ADC, CELS, FARN, Fundación Poder Ciudadano, INECIP y UUC, *Una Corte para la Democracia – Observaciones al Proyecto de modificación del Reglamento del Senado sobre Audiencias Públicas en la designación de Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2003*, www.cels.org.ar.

justicia⁹³. La autorización a presentar *amicus curiae* a individuos o a instituciones que no sean parte de la causa supone incrementar las posibilidades de participación de la ciudadanía en los procesos judiciales, de modo de lograr un mayor debate dentro del juicio y un mejor control de la labor del tribunal.

- Se debe separar la superintendencia administrativa y la superintendencia jurisdiccional del Poder Judicial⁹⁴.
- Debe crearse un mecanismo de enjuiciamiento de jueces y fiscales: «Tribunal de Jury»⁹⁵.
- Respecto de la jurisdicción militar, su regulación, en caso de existir, debe estar de acuerdo con lo señalado en el Informe del Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Detención Arbitraria, citado anteriormente.

5. PROCESO PENAL

5.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

5.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 7, 8, 9 y 25), aprobada por ley 15.737.
- Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 9, 10 y 11).

93 Esta propuesta legislativa podría concretarse introduciendo las respectivas modificaciones al CGP y al CPP.

94 Supone la modificación de lo establecido en el art. 239 numeral 2 de la Constitución y se relaciona con el diseño institucional y la creación de un Consejo de la Magistratura, como señalamos *ut supra*.

95 El «Tribunal de Jury» es un tribunal especial para juzgar la conducta de Magistrados, que deberá tener la máxima representatividad (por ejemplo, miembros del Parlamento, del Poder Judicial, del Ministerio Público y Fiscal, del Colegio de Abogados, Facultad de Derecho, entre otros).

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9, 14 y 15) aprobado por ley 13.751.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso Skoogstrom.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Caso Giménez.
- Comité de Derechos Humanos, Caso Yves Morael.
- Comité de Derechos Humanos, Comentario General N° 13.
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, CCPR A/48/40 (1993).
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, CCPR A/53/40 (1998).
- Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Deweer.
- Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Fey.
- Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Piersack.
- Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Stogmüller.
- Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Wemhoff.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Genie Lacayo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mirna Mack.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi.

c) Reglas y Directrices

- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988 Asamblea Gral. ONU).

5.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 7, 12 a 23 y 27.

b) Leyes

- Decreto-Ley 15.032: Código del Proceso Penal.
- Ley 16.058: Prisión Preventiva.
- Ley 16.099: Ley de Prensa.
- Ley 16.274: Difamación e Injurias.
- Ley 16.893: Código de Proceso Penal (suspendido en su vigencia).
- Ley 17.773: Modificaciones al Código del Proceso Penal.

5.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

En materia de proceso penal las normas internacionales establecen garantías judiciales tendientes a asegurar el debido proceso (PIDCP arts.9, 14; CADH arts.7, 8), así como también el principio de legalidad (PIDCP art.15; CADH art.14).

A efectos de asegurar el debido proceso en materia penal, los Estados deben establecer los siguientes derechos a favor del inculcado⁹⁶:

96 La expresión «inculcado» es utilizada en los instrumentos internacionales en un sentido amplio, como la «notificación oficial dada a un individuo por una autoridad competente de que hay una alegación de que se ha cometido una ofensa criminal» (CtEDH; Caso Deweer, Sentencia de 17/1/1970). Por lo tanto, las garantías judiciales establecidas en los instrumentos internacionales se aplican a partir del momento que el individuo toma contacto con el sistema penal (especialmente a partir de la detención, pero incluso inmediatamente antes de la misma, como sucede, por ejemplo, con el deber de informar las razones de la detención por parte de la autoridad administrativa o jurisdiccional).

1. Derecho a ser oído, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (DUDH art.10; PIDCP art. 14.1 y 14.3.c; CADH art. 8.1).

En el sistema interamericano el «derecho a ser oído» se ha extendido no sólo al acusado sino también a la víctima y sus familiares, en base a una interpretación amplia del art.8.1 en concordancia con el art.29 de la CADH⁹⁷.

En el Caso Mirna Mack, el Juez García Ramírez sostuvo que el acceso a la justicia por parte de las víctimas y sus familiares incluye tanto el «*formular pretensiones, aportar o requerir pruebas y alegar en procuración de intereses difusos (justicia formal), como la obtención de una sentencia firme que satisfaga las exigencias materiales de la justicia (justicia material)*»⁹⁸.

El derecho a ser oído con las debidas garantías comprende la aplicación de los principios de igualdad y contradicción⁹⁹ (DUDH art.10).

En síntesis, puede afirmarse que existe una serie de garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado, consistentes en el derecho de acceso a la justicia y la defensa en juicio, la igualdad ante los tribunales y la imparcialidad e independencia de los Jueces.

El plazo razonable o el derecho a «ser juzgado sin dilaciones indebidas» es una garantía común a todo tipo de proceso (PIDCP art.14.3.c; CADH art.8.1), pero en materia penal reviste especial relevancia en relación al derecho a la libertad personal (PIDCP art.9; CADH art.7.5), por lo que será analizado al estudiar este último.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado que no puede fijarse por un periodo de tiempo exacto, porque sólo caso a caso se puede apreciar

97 CtIDH; Caso Blake, párr.96: «*Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales*»

98 CtIDH; Caso Mirna Mack, Voto razonado, párr.5.

99 CDH; Caso Yves Moraël c/Francia, dictamen de 28/6/89, párr.9.3; A/44/40 (1989).

el delicado equilibrio entre la celeridad de la decisión, la posibilidad de las partes de defenderse y el tiempo que insume al Juez el examen detallado de las alegaciones y las pruebas.

Para contar el «plazo razonable» hay que incluir todas las etapas procesales hasta arribar a una sentencia firme¹⁰⁰.

El derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial no solamente refiere a las autoridades jurisdiccionales sino a «*cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas*», por lo que «*cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8*»¹⁰¹.

En otro fallo, la CtIDH sostuvo que lo esencial no es el nombre sino que las decisiones que se adopten afecten derechos de las personas¹⁰².

Por otro lado, se busca impedir los tribunales «*ad hoc*» exigiendo que estén establecidos con anterioridad por la ley.

La exigencia de un tribunal competente ha llevado a la Jueza de la CtIDH Cecilia Medina a señalar que en las prácticas procesales donde los juicios se desarrollan en su mayor parte frente a empleados de los tribunales que no gozan de estos requisitos, se infringe el artículo 8 de la Convención¹⁰³, relacionando de este modo la exigencia de un tribunal competente con el principio de inmediatez.

Las garantías de independencia e imparcialidad están estrechamente vinculadas¹⁰⁴.

100 CtIDH; Caso Suárez Rosero, párr.71; CtIDH; Caso Genie Lacayo, párr.81.

101 CtIDH; Caso del Tribunal Constitucional, párr. 71.

102 CtIDH; Caso Baena, Ricardo y otros, párr. 130.

103 MEDINA, Cecilia; «Derecho al debido proceso», *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, debido proceso y recursos judiciales*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, San José de Costa Rica, 2005, cap. V.

104 Ver tema 4 (Acceso a la Justicia y Administración de Justicia).

Sin embargo, en términos generales, la independencia tiene dos aspectos: institucional (independencia de poderes) e individual (independencia de otros miembros del Poder Judicial). La independencia requiere que ni el Poder Judicial ni los Jueces que lo componen estén subordinados a otros poderes públicos¹⁰⁵.

Los Principios Básicos para la Independencia de los Jueces de Naciones Unidas establecen la necesidad de que el Estado garantice la independencia del Poder Judicial, siendo un deber de los gobiernos y de las demás instituciones el respeto y observancia de tal independencia (N° 1).

Asimismo se prohíbe toda interferencia inapropiada en los procesos judiciales (N° 4) y se establece que el principio de independencia requiere que el Poder Judicial asegure que los procesos sean conducidos de modo que se garantice un juicio justo y que los derechos de las partes sean respetados.

Por otro lado, la imparcialidad refiere al «estado de conciencia (o de la mente)» del Magistrado en relación a un caso y sus partes. El CDH ha dicho que «*la imparcialidad del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes*»¹⁰⁶.

La CtEDH ha señalado que la imparcialidad puede ser subjetiva (convicción personal del juez) u objetiva (percepción razonable de imparcialidad por parte del justiciable, que excluye cualquier duda por parte de quien va a ser juzgado)¹⁰⁷.

La CtEDH ha sostenido que «*lo que está en juego es la confianza que las cortes en una sociedad democrática deben inspirar al público y, sobre todo, al acusado en lo que concierne a los procesos criminales*»¹⁰⁸,

105 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS; *Principios Internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, Ginebra, 2005, p.20.

106 CCPR/C/46/D/387/1989, párr. 7.2 (citado por COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS; *La Independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, CIJ, Ginebra, 2005, p. 20).

107 CtEDH; Caso Piersack c/Bélgica, Sent. 01/10/82, párrs. 30-32.

108 CtEDH; Caso Fey c/Austria, A 255-A, párr.30, 1993.

estableciendo que el juez que decidió sobre la prisión preventiva del inculcado basado en su convicción de una sospecha fundada de culpabilidad, no puede posteriormente formar parte del tribunal que determine su inocencia o culpabilidad.

Por otro lado, la exigencia de tribunales independientes e imparciales impone la distinción entre las actividades de acusar, por un lado, y la de juzgar, por el otro, las que deben ser ejercidas por órganos diferenciados. La obligación de juzgar en forma independiente e imparcial pone en tela de juicio las funciones instructorias a cargo del Juez. Durante la existencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁰⁹, esto sostuvo que el Ministerio Público tiene como funciones las «*de realizar las investigaciones preliminares, decidir si la persecución debe mantenerse, sostener la acusación y el procesamiento ante los tribunales*»¹¹⁰.

El Comité de Derechos Humanos, en un Informe sobre Uruguay manifestó expresamente su preocupación por el hecho de que en el nuevo Código de Proceso Penal aprobado en 1998¹¹¹ «*el juez que sentencia sea el mismo juez que ha supervisado u ordenado las investigaciones, y posteriormente sometido a proceso al acusado. Ello plantea serias inquietudes respecto de la posible imparcialidad del juicio*»¹¹².

La expresión «debidamente garantías» alude al concepto *fair trial* del derecho anglosajón y va más allá de las garantías de independencia e imparcialidad. El derecho a un juicio justo surge expresamente del art.10 de la DUDH.

Para determinar si un proceso fue «debido o justo» debe analizarse la posibilidad de presentar el caso sin trabas, el pleno ejercicio del derecho de defensa, la evaluación razonable de las pruebas y las decisiones razonadas por parte del tribunal, todo lo cual sobre la base del principio de igualdad¹¹³.

109 En adelante, CoEDH.

110 CoEDH; Caso Skoogstrom, Informe del 15/VII/1983.

111 El mismo fue suspendido en su vigencia.

112 CCPR/C/79/Add.90, 8/4/1998, párr.9.c.

113 MEDINA, Cecilia; ob.cit, cap. V, passim.

Debido a ello, resulta necesario que la legislación incorpore mecanismos que hagan efectivo el derecho a un juicio justo.

2. Derecho a la presunción de inocencia (DUDH art.11.1; PIDCP art.14.2; CADH art.8.2).

La presunción de inocencia implica el derecho de la persona inculpada a ser tratada como si fuera inocente; esto es, el individuo debe ser considerado inocente hasta que no exista una sentencia firme en su contra.

Según el CDH, este derecho debe ser respetado no solamente por las autoridades judiciales sino por «*todas las autoridades públicas*», que «*tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso*»¹¹⁴.

En relación a Uruguay, el CDH señaló que «*de conformidad con el principio de presunción de inocencia, la puesta en libertad debe ser la norma y no la excepción, al contrario de lo que ocurre con arreglo al sistema actual*»¹¹⁵. Terminó sugiriendo que «*se debe reformar el procedimiento penal de modo que se base en el principio de presunción de inocencia*»¹¹⁶.

Del mismo se desprende el derecho del inculcado a obtener su libertad luego de una detención prolongada, punto que será analizado al tratar el derecho a la libertad personal (PIDCP art.9.3; CADH art.7.5).

3. Derecho a ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete, en caso que no comprenda o no hable el idioma del Tribunal (PIDCP art.14.3.f; CADH art.8.2.a).

Para poder defenderse el inculcado debe estar en situación de entender de qué se le acusa, garantía que se aplica incluso a partir del momento de la aprehensión, aunque el acápite de los arts. 14.3 PIDCP y 8.2 refieren a garantías «durante el proceso».

114 CDH; Observación General 13 (1984) en A/39/40, 1984.

115 CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93, párr.9.

116 CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93, párr.13.

En efecto, el art.14.3.a PIDCP establece el derecho a ser informado de la imputación «*en un idioma que comprenda*» y pese a que el art.7.4 CADH no incluye tal referencia, resulta evidente que el sentido de la garantía no puede ser el de excluir el momento en que la persona es detenida por la autoridad judicial o administrativa.

4. Derecho a ser informado, sin demora y en forma detallada, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en su contra (PIDCP arts. 9.2, 14.3.a; CADH arts.7.4, 8.2.b).

La garantía se aplica desde la aprehensión por parte de la autoridad administrativa o jurisdiccional, pues así surge de la lectura armónica de los arts. 9.2 y 14.3.a PIDCP y los arts. 7.4 y 8.2 b CADH. De lo contrario se habilitarían las detenciones arbitrarias, las que por otro lado se hallan proscriptas bajo el derecho internacional (PIDCP art.9.1; CADH art.7.3).

El CDH sugirió a Uruguay «*que se revisen los procedimientos de detención a fin de facilitar el pleno ejercicio de los derechos establecidos con arreglo al Pacto*»¹¹⁷.

Este derecho implica que el acusado conozca todos los elementos de hecho y de derecho que fundamentan la imputación, de modo que pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa.

5. Derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa (PIDCP art.14.3.b; CADH art.8.2.c).

Íntimamente conectado con el anterior, busca garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa enfatizando en el derecho a tener «*tiempo*» y «*contar con medios adecuados*» para defenderse, lo que supone igualdad de «*armas*».

Al igual que en el caso anterior, la garantía debe aplicarse desde la aprehensión por parte de la autoridad administrativa o jurisdiccional, pues de lo contrario se habilitaría la detención en situación de incomunicación. El CDH manifestó su preocupación en relación a Uruguay, pues incluso

¹¹⁷ CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93, párr. 13.

según el nuevo Código de Proceso Penal «*un sospechoso puede ser sometido a detención incomunicada hasta que se decida si debe ser sometido a juicio, y por el hecho de que durante ese período el magistrado puede limitar los contactos del sospechoso con un abogado*»¹¹⁸.

6. Derecho de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, el que le deberá ser proporcionado gratuitamente por el Estado, si careciere de medios para pagarlo (PIDCP art.14.d; CADH art.8.f).

Según acabamos de ver, el CDH observó a Uruguay por las limitaciones al contacto libre y privado con el Defensor.

El Principio 8 de los Principios Básicos sobre la función de Abogados¹¹⁹ establece que a «*toda persona arrestada, detenida o presa se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial*», siendo admisible solamente la vigilancia visual de las reuniones entre abogado y cliente¹²⁰.

7. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (PIDCP art.14.3.e y CADH art.8.2.f).

Establece el principio de contradicción, que implica el derecho del inculpado a usar todos los medios probatorios a su alcance y de objetar todos los medios de prueba.

La CtIDH estableció la violación a este principio sobre la base de que la ley «*prohibía a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas*»¹²¹.

118 CCPR/C/79/Add.90, 8/4/98, párr. 9.a.

119 Aprobados por el 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba, 1990.

120 En el mismo sentido, CtIDH; Caso Castillo Petruzzi, párr.139.

121 CtIDH; Caso Loayza Tamayo, párr. 62.

8. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; validez de la confesión solamente si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza (PIDCP art.14.3.g; CADH art.8.2.g, 8.3).

Tiende a garantizar plenamente el derecho de defensa, impidiendo todo tipo de coacción contra el inculpado.

9. Derecho de recurrir el fallo condenatorio y la pena ante un juez o tribunal superior (PIDCP art.14.5; CADH art.8.2.h).

Establece la garantía de la doble instancia.

10. Prohibición del doble juzgamiento (PIDCP art.14.7; CADH art.8.4).

La CADH establece el derecho del inculpado absuelto por sentencia firme a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

El PIDCP es más amplio y técnicamente superior pues abarca no solamente al absuelto sino también al condenado, a quien no se le podrá enjuiciar ni sancionar por el mismo delito.

11. Publicidad del juicio (PIDCP art.14.1; CADH art.8.5).

Mientras el PIDCP establece el derecho a ser oído «*públicamente*», la CADH dispone que el «*proceso penal*» será público, salvo en lo necesario para preservar los intereses de la justicia.

El CDH ha dicho que la exigencia de un juicio público deriva de que la oralidad forma parte del debido proceso bajo el derecho internacional. Se pretende que el acusado y el juez puedan tener una impresión directa de las pruebas, de modo que aquel pueda apreciarlas directamente y objetarlas.

12. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de la prosecución del proceso (PIDCP art.9.3; CADH art.7.5).

Constituye una proyección específica del derecho a la libertad personal (PIDCP art.9; CADH art.7) en el proceso penal.

Los instrumentos internacionales comienzan estableciendo el derecho a la libertad personal como regla (PIDCP art. 9.1; CADH art. 7.1) para

dar luego entrada a las excepciones. La CtEDH ha dicho, en relación al art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (equivalente a los arts. 9 PIDCP y 7 CADH): *«El Artículo 5, que empieza con la afirmación del derecho de toda persona a su libertad y seguridad, continúa con la especificación de las situaciones y condiciones en las que se admiten derogaciones a este principio»*¹²².

Es en el marco de la protección a la libertad personal que se proscribe toda limitación a la libertad física sino por las condiciones fijadas en la Constitución o la ley (PIDCP art. 9.1; CADH art. 7.2), así como también toda detención o encarcelamiento arbitrario (PIDCP art. 9.1; CADH art. 7.3), para luego establecer el derecho del detenido a conocer las razones de su detención (PIDCP art. 9.2; CADH art. 7.4).

El detenido debe ser llevado sin demora ante un juez, y tendrá derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de la prosecución del proceso (PIDCP art.9.3; CADH art.7.5).

El PIDCP es más específico que la CADH al establecer que *«la prisión preventiva no debe ser la regla general»* (PIDCP art.9.3). El carácter excepcional de la prisión preventiva es lo que ha llevado al CDH a observar a Uruguay, manifestando que *«observa con preocupación que las normas relativas a la prisión preventiva no son conformes al art. 9 del Pacto. A este respecto, el Comité subraya que, de conformidad con el principio de la presunción de inocencia, la puesta en libertad debe ser la norma y no la excepción, al contrario de lo que ocurre con arreglo al sistema actual»*¹²³. El CDH finaliza afirmando que Uruguay *«debe reformar el procedimiento penal de modo que se base en el principio de presunción de inocencia (...) Se debe recurrir mucho menos a la prisión preventiva, sobre todo teniendo en cuenta que algunos reclusos han sido víctimas de malos tratos»*¹²⁴.

Posteriormente, el Comité reiteró esta observación a Uruguay, pues si bien manifestó su *«satisfacción por el nuevo Código de Proceso Penal»*,

122 CtEDH; Caso Wemhoff, Capítulo «En relación a la ley», párr. 5.

123 CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93 párr. 9.

124 CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93 párr. 13.

observó con preocupación *«que las normas relativas a la detención preventiva tanto respecto de los imputados como de los acusados no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto. En este sentido, el Comité destaca que, de conformidad con el principio de la presunción de inocencia, la detención preventiva no debería ser obligatoria»*¹²⁵.

Aunque no recibe esa explícita formulación en la CADH, tanto la CtIDH como la CIDH han afirmado que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva y de carácter excepcional. La CtIDH sostuvo por unanimidad que del art.8.2 CADH *«se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva»*¹²⁶.

Por su parte, para la CIDH *«el objetivo de la prisión preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir evidencia»*¹²⁷.

La Comisión ha dicho con toda claridad que la prisión preventiva es *«una medida necesariamente excepcional, en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa»*¹²⁸.

De ahí surge la proscripción, bajo el derecho internacional, de la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada, que al mismo tiempo constituiría una violación a la presunción de inocencia. La CIDH sostuvo que el uso del argumento de la severidad de la pena *«para justificar una*

125 CCPR/C/79/Add.90, 8/4/98.

126 CtIDH; Caso Suárez Rosero, párr.77.

127 CIDH; Caso Giménez, párr. 84.

128 *Ibidem*

prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio»¹²⁹.

Por lo tanto, *«la expectativa de una pena severa (...) es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido»¹³⁰.*

Remata rechazando cualquier posible relación de proporcionalidad entre la eventual pena y la prisión preventiva, en los siguientes términos: *«el Estado puede perfectamente adoptar otro tipo de medidas cautelares para asegurar la comparecencia del inculcado, que no signifiquen mayor restricción de su libertad personal. Más aún, la Comisión estima que la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención»¹³¹.*

En el mismo sentido, la CtIDH sostuvo: *«De lo dispuesto en el art. 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que*

129 CIDH; Caso Giménez c/República Argentina, Caso N° 11.245, párr. 86.

130 CIDH; Caso Giménez, párr. 87.

131 CIDH; Caso Giménez, párr. 88.

anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos»¹³².

De todo ello se desprende claramente que no puede existir ninguna relación de equivalencia entre prisión preventiva y pena, pues mientras la primera es una medida procesal, de carácter cautelar, la segunda reviste naturaleza punitiva, de derecho sustantivo.

En relación a la determinación del «*plazo razonable*», la jurisprudencia internacional ha dicho que esto no puede hacerse de un modo abstracto sino caso a caso. Así, en el Caso Wemhoff, la CoEDH sostuvo: «*El problema más importante (...) es el de determinar el significado exacto de las palabras «plazo razonable». La Comisión encuentra a esta expresión como vaga y carente de precisión, lo que resulta en la imposibilidad de determinar de modo abstracto su exacto significado, lo que solamente puede ser evaluado a la luz de las particulares circunstancias de cada caso»¹³³.*

Sobre la base de la imposibilidad de fijar un plazo en abstracto, la CIDH afirmó que los Estados no tienen obligación de establecer un término fijo en la ley: «*...los Estados miembros de la Convención no tienen la obligación de fijar un plazo fijo para la privación de libertad previa a la sentencia que sea independiente de las circunstancias de cada caso. En vista de que no es posible establecer criterios abstractos de «plazo razonable», se debe hacer un análisis de qué es lo razonable a la luz de los hechos específicos correspondientes a cada caso. La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso»¹³⁴.*

¹³² CtIDH; Caso Suárez Rosero, párr. 77.

¹³³ CtEDH; Caso Wemhoff, párr.1: «*The most important problem, therefore, is to determine the exact meaning of the words «reasonable time». The Commission finds this expression vague and lacking in precision, with the result that it is not possible to determine abstractly its exact meaning, which can be evaluated solely in the light of the particular circumstances of each case»*(Wemhoff Case, European Court of Human Rights, Decision dated 27/6/1968, Chapter «Arguments of the Commission and the Government» Para.1).

¹³⁴ CIDH; Caso Giménez, párrs. 69 y 70; citando la jurisprudencia de la CtEDH en el Caso Stogmuller, donde sostuvo que el concepto de «*plazo razonable*» del art. 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) no puede traducirse en «*un número fijo de días, semanas, meses o años*»; Sentencia del 10/11/1969.

Incluso en relación a legislaciones como la argentina que establece un plazo máximo de duración del proceso, la CIDH sostuvo que la existencia de una legislación no es suficiente para dar plena efectividad a los derechos y libertades del Pacto. Es así que afirma: *«la reforma legislativa no ha bastado para hacer plenamente efectivos los derechos y libertades establecidos en la Convención (...) El cumplimiento de las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana requiere que en todos los casos, sin excepción alguna, las autoridades judiciales nacionales cumplan en justificar plenamente la orden de prisión preventiva, y en adoptar la mayor diligencia para decidir sobre el fondo de la cuestión mientras dure dicha medida»*¹³⁵.

Por otro lado, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad impone un especial deber de diligencia a cargo de las autoridades judiciales, que deben conducir los procesos penales en que se encuentre una persona detenida con la máxima prioridad.

La CtEDH en el Caso Toth dijo que *«el derecho de un acusado detenido a que su caso sea examinado con particular diligencia, no debe implicar una disminución de los esfuerzos de las autoridades judiciales para llevar adelante sus tareas con el debido cuidado»*¹³⁶.

En el Caso Giménez la CIDH afirmó que *«de conformidad con lo establecido en los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención, una persona acusada, que está detenida, tiene derecho a que las autoridades pertinentes le den prioridad a su caso y agilicen su tramitación sin impedir que el fiscal y la defensa desempeñen sus funciones con la atención debida»*¹³⁷.

La diligencia en la conducción del proceso *«es exigida a los Estados en virtud de los preceptos de los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención, cuya lectura conjunta permite concluir que la persona acusada o detenida tiene derecho a que su caso sea decidido con prioridad y expedición por las autoridades nacionales»*¹³⁸.

135 CIDH; Informe 2/97, Casos 11.205 y otros, nrals. 57 y 58.

136 CtEDH; Caso N° 47/1990/238/308 de 12/12/1991, párr.77.

137 CIDH; Caso Giménez, párrs. 99 y 100.

138 CIDH; Caso Giménez, párr. 102.

Según la CIDH, los arts.7.5 y 8.1 CADH *«persiguen justamente el propósito que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes. La especificidad del artículo 7.5 radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. La posibilidad que el Estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la de prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan de libertad a los acusados. El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7 y el artículo 8 difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe el proceso. El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio. El tiempo razonable para la duración del proceso, según el artículo 8, debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. A diferencia del derecho establecido en el artículo 7.5, las consideraciones envueltas en la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento son más flexibles, por la razón obvia de que en el caso del artículo 7.5 el encarcelamiento del procesado afecta su derecho a la libertad personal»*¹³⁹.

El Informe 2/97 sostuvo que *«el acusado que se encuentra privado de su libertad tiene el derecho a que su caso reciba la debida prioridad y sea tramitado en forma expeditiva por las autoridades judiciales. Esto no debe constituir obstáculo alguno para que dichas autoridades, la acusación y la defensa cumplan con sus tareas de manera adecuada»,* pues la CADH *«requiere que en todos los casos, sin excepción alguna, las autoridades judiciales nacionales cumplan en justificar plenamente la orden de prisión preventiva, y en adoptar la mayor diligencia para decidir sobre el fondo de la cuestión mientras dure dicha medida»*¹⁴⁰.

139 CIDH; Caso Giménez, párr. 109 a 111.

140 CIDH; Informe 2/97, párrs. 40 y 58.

13. Derecho a ser indemnizado, en caso de error judicial (PIDCP art.14.6; CADH art.10).

En relación al principio de legalidad, se establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos, según lo establecido en la legislación (PIDCP art.15.1; CADH art.9). El PIDCP agrega que también puede proceder el enjuiciamiento o la condena con base en los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional (PIDCP art.15.2), en un sentido similar a la DUDH (art.11.2).

Finalmente, los instrumentos internacionales consagran el principio de retroactividad de la ley más benigna en caso que ésta disponga una disminución de la pena (PIDCP art.15.1; CADH art.9).

5.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

Se trata de una de las áreas que con mayor urgencia requieren armonización, debido a la grosera inadecuación de la legislación doméstica a la normativa internacional, lo que como vimos ha motivado reiteradas observaciones del CDH.

En cuanto a la Constitución, si bien se concentra en el procedimiento previo a las cuarenta y ocho horas (art. 16), no contiene un catálogo de derechos protegidos (por ejemplo, no contiene el derecho a la presunción de inocencia, el derecho de defensa, ni el derecho a ser juzgado en un plazo razonable).

A nivel legal, el proceso penal requiere una urgente reforma, pues el mismo resulta incompatible con la CADH. En primer lugar, al ser tributario del modelo *«inquisitivo reformado»*, impide la concreción del conjunto de garantías inherentes al debido proceso, en especial la presunción de inocencia (preocupación central del CDH), publicidad y oralidad del juicio, careciendo de una clara y tajante distinción entre las funciones de acusar y juzgar.

La observación del CDH en cuanto a que Uruguay *«debe reformar el procedimiento penal de modo que se base en el principio de la presunción de*

inocencia»¹⁴¹ es particularmente indicativa de la necesidad de reformas y de su magnitud, pues un proceso penal que no respete el principio de inocencia es incapaz de cumplir con los estándares del Estado de derecho.

Si bien el nuevo CPP (1998) fue visto con satisfacción por el CDH, igualmente formuló observaciones al mismo, relativas a la detención incomunicada de un sospechoso, y a las normas referidas a la detención preventiva por su inadecuación al art. 9 PIDCP, pues «*de conformidad con el principio de presunción de inocencia la detención preventiva no debería ser obligatoria*», manifestando además su preocupación por las «*amplias posibilidades que existen para restringir la libertad del imputado*» y, finalmente, al hecho de que «*el juez que sentencia sea el mismo que ha supervisado u ordenado las investigaciones, y posteriormente sometido a proceso al acusado. Ello plantea serias inquietudes respecto de la posible imparcialidad del juicio*»¹⁴².

El CPP carece de un catálogo de principios y derechos protegidos (no se consagra a texto expreso la presunción de inocencia, la publicidad del juicio, el derecho a ser informado de los cargos que se le formulan desde la detención, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el derecho a no autoinculparse, etc.) y regula limitadamente la participación del defensor, aunque la reforma operada por la ley 17.773 vino a aclarar que el mismo tiene participación desde el inicio de las actuaciones, en condiciones de plena igualdad con el Ministerio Público si bien no ha consagrado similares derechos para la víctima y sus familiares).

En materia de derecho de defensa, el CPP proscribe el derecho a defenderse personalmente, esto es, sin defensor, en directa contravención al art.8.f CADH, que lo permite expresamente.

Las víctimas carecen de toda participación en el proceso (solamente está prevista la posibilidad de aportar pruebas, art.8o CPP), siendo el Ministerio Público el titular exclusivo de la acción penal. Solamente es necesaria su participación en los contados casos en que se requiere de «*instancia del ofendido*» para la prosecución de las actuaciones (lesiones ordinarias, lesiones culposas graves y traumatismo), aunque exclusivamente para formular la instancia, luego de lo cual es el Ministerio Público el encargado de proseguir las actuaciones.

141 CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93, párr. 13.

142 CCPR/C/79/Add.90, 8/4/98, párr.9.

Sólo la ley de prensa (ley 16.099) prevé un juicio oral con participación de la víctima, que puede incluso formular acusación en caso que el Ministerio Público no lo haga. La ley 16.274 en materia de difamación prevé una mayor participación de la víctima, aunque ésta se limita a la etapa presumarial y hasta que el Ministerio Público decida solicitar el procesamiento. Sin embargo, en el caso de que el Ministerio Público decida archivar el asunto, la víctima no puede subrogarlo.

El CPP no prevé el principio de inmediación, con presencia obligatoria de los jueces en las audiencias, función que normalmente es delegada en funcionarios judiciales no técnicos.

El CPP prevé que el mismo juez que investiga, decide el procesamiento y la prisión preventiva es el encargado de dictar la sentencia de condena, circunstancia que se repite en el nuevo CPP (1998), lo que impide realizar el derecho a acudir ante un tribunal imparcial.

La legislación en materia de prisión preventiva la termina transformando en la regla general, vulnerando de este modo la presunción de inocencia y la prohibición de penas anticipadas. Sumado a ello, la interpretación *a contrario* del artículo 27 de la Constitución que realizan la totalidad de los tribunales es errónea¹⁴³, y sólo permite el procesamiento sin prisión en delitos excarcelables. Aún en estos casos, si el individuo posee antecedentes penales, la ley establece que debe ser sometido a prisión preventiva, sin limitaciones de tipo alguno. Tampoco existen limitaciones temporales a la duración de la prisión preventiva establecidas en la legislación interna.

En relación al principio de retroactividad de la ley penal más benigna, el CPP establece la limitación de que tal retroactividad rige en la medida que no haya sentencia ejecutoriada, luego de la cual el principio no rige.

Finalmente, cabe resaltar que el CDH ha instado a Uruguay a «*dar mayor publicidad al Pacto y al Protocolo Facultativo, con miras a asegurar que las disposiciones de sus instrumentos sean de sobra conocidas por los juristas, el poder judicial y los funcionarios encargados de hacer cumplir la*

143 RISSO, Martín; ob. cit, pp. 579 y 580. Resulta destacable que el autor tome en cuenta el derecho internacional para la interpretación de la Constitución, lo que constituye una importante innovación en la doctrina constitucional vernácula.

ley, así como el público en general»¹⁴⁴. Similar sugerencia fue realizada en 1998 en relación a los «*poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a los oficiales encargados de hacer cumplir la ley y a los miembros de las profesiones legales, así como al público en general*»¹⁴⁵. Dichas observaciones pautan el escaso conocimiento de las normas del PIDCP por parte de las autoridades públicas de nuestro país, lo que constituye un factor decisivo para explicar su casi inexistente aplicación a nivel interno.

Asimismo, constituyen una buena base para la implementación de programas de capacitación en derechos humanos en todos los niveles del Estado (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial). El Uruguay carece de un programa nacional de educación en derechos humanos.

5.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

El proceso penal uruguayo requiere de una urgente reforma, pues solamente cumple con el principio de investigación oficial. La misma deberá ser integral, teniendo como eje los siguientes aspectos:

1. Establecer en forma clara la plena vigencia de los principios de inocencia, de contradicción (adecuada consagración del derecho de defensa), de inmediatez, de publicidad del juicio y de oralidad.
2. Asegurar plenamente el principio de imparcialidad, separando la función de procesar de la de juzgar, que deberán estar a cargo de distintos Magistrados.
3. Conferir participación de la víctima y sus familiares en todas las actuaciones (presumario y sumario), estableciéndose el principio de igualdad y de contradicción a su respecto, procurando que su participación sea efectiva y no una mera formalidad.
4. Separar la investigación del juzgamiento, confiriendo la primera al Ministerio Público y preservando para el Juez la función –en esta etapa– de control de garantías.

¹⁴⁴ CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93, párr. 12.

¹⁴⁵ CCPR/C/79/Add.90, 8/4/98, párr. 15.

5. Establecer mecanismos normativos que aseguren el derecho a un «juicio justo». En caso de que no se preserven las garantías del debido proceso podrá instaurarse un procedimiento para juzgar la actuación de Jueces y Fiscales («Tribunal de Jury») ¹⁴⁶.
6. Establecer la posibilidad de recusar a los representantes del Ministerio Público toda vez que no actúen con la debida objetividad en la aplicación del derecho.
7. Establecer mecanismos normativos que aseguren «decisiones razonadas» (nulidad por falta de fundamento del fallo).
8. En materia de prisión preventiva se requieren reformas profundas, debiéndose derogar la normativa actualmente vigente, por estar en franca contradicción con los principios y estándares internacionales reseñados (en especial, por vulnerar el principio de inocencia, la prohibición de penas anticipadas y la naturaleza cautelar de la prisión preventiva). En especial, debe derogarse la ley 16.058 (que consagra la prisión preventiva obligatoria, tanto por ser reincidente como por tener una causa en trámite). El nuevo texto debe redactarse sobre la base de que la existencia de una pena de penitenciaría no será obstáculo a la libertad, pues del art.27 de la Constitución no surge la prohibición de excarcelar en tales casos ¹⁴⁷, pese a la errónea interpretación *a contrario* que realizan la totalidad de los tribunales. Tampoco podrá tomar en cuenta «pronósticos de peligrosidad» para negar la libertad. La nueva normativa debe establecer que la prisión preventiva sólo podrá ser utilizada como *última ratio* (de modo similar a lo dispuesto en la CDN, art. 40.4), siendo de aplicación excepcional y jamás obligatoria. Debe contener una norma expresa que regule el derecho a ser liberado en un plazo razonable en el marco del derecho a la libertad. A efectos de establecer el plazo razonable habrá de valorarse el caso concreto y seguir los lineamientos establecidos por los órganos de supervisión (complejidad del asunto, diligencia de las autoridades judiciales y conducta del imputado). Se deberá establecer un plazo máximo de prisión preventiva que nunca podrá ser sobrepasado.

¹⁴⁶ Ver tema 4 (Acceso a la Justicia y Administración de Justicia).

¹⁴⁷ RISSO, Martín; ob.cit., pp. 579-580.

sado, luego del cual el imputado quedará en libertad. Debe asegurarse el principio de inequivalencia, establecerse que la prisión preventiva es una medida cautelar y que su objetivo es asegurar que el imputado no se evadirá ni interferirá en la investigación oficial (extremos que deberán ser fundados para disponerla, pues se aplicará «*solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el imputado pueda evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar o destruir evidencia*»). Debe proscribirse expresamente la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada y establecer que las autoridades judiciales, cuando dispongan la prisión preventiva, deberán conducir el proceso con la mayor diligencia (especial deber de diligencia).

9. De un modo complementario a la nueva regulación de prisión preventiva deberán preverse alternativas a la prisión preventiva, de un modo más amplio que el previsto en la ley 17.726¹⁴⁸. Debido a que dicha ley permite la imposición de alternativas en aquellos casos en que ya era admisible un procesamiento sin prisión, la misma no ha servido para disminuir la privación de libertad. Una nueva regulación -más amplia- que la transforme en una verdadera alternativa al encarcelamiento contribuirá a que la prisión preventiva sólo sea un recurso de *ultima ratio* y de aplicación excepcional.

10. Establecer el derecho a defenderse personalmente.

11. Establecer una norma expresa que consagre la nulidad de la prueba obtenida bajo tortura, siguiendo los lineamientos de las Convenciones contra la Tortura (a nivel internacional e interamericano). Deberá incluirse una regulación sistemática de la prueba ilícita.

12. Consagrar plenamente el principio de retroactividad de la ley más benigna (reforma del art. 15 del CP que habría sido derogado por el art. 9 CADH y 15.1 PIDCP).

13. Discutir profundamente la ubicación institucional del Ministerio Público, actualmente perteneciente al Poder Ejecutivo a través del

148 Puede optarse por introducir un Capítulo sobre alternativas a la prisión preventiva en la nueva ley sobre proceso penal o modificar la ley 17.726.

Ministerio de Educación y Cultura. En caso que resulte conveniente una reubicación institucional deberá modificarse la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal¹⁴⁹.

6. DETENCIÓN, PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y TORTURA

6.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

6.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 5.1, 5.2, 7.1-7.4 y 25), aprobado por ley 15.737.
- Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por ley 15.798.
- Convención de los Derechos del Niño (arts. 19.1, 37 y 39), aprobada por ley 16.137.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por ley 16.294.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 1 y 25).
- Declaración Universal de Derechos Humanos (arts.3, 9 y 13.1).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 7, 9.1 y 10.1), aprobado por ley 13.751.
- Protocolo Facultativo de la Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobado por ley 17.914 (aún no entró en vigor).
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por ley 16.724.

149 Ver tema 4 (Acceso a la Justicia y Administración de Justicia).

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comité de Derechos Humanos, Caso Quinteros, N° 107/1981.
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, 1998 (CCPR/C/79/Add.90).
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, 1993 (CCPR/C/79/Add.19).
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, 1989, (CCPR/C/28/Add.10).
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, 1982, (CCPR/C/1/Add.57).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hermanos Gómez Paquiyaui.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Instituto de Reeducción del Menor.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lori Berenson Mejía.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi.

b) Reglas y Directrices

- Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley (art. 5 y 6).
- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988 Asamblea Gral. ONU).
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (N° 45, 84, 92 y 93).
- Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos (resolución 45/111 de 14 de diciembre de 1990, Asamblea Gral. ONU).
- Principios relativos a la Investigación y Documentación eficaces de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Resolución 55/89 Anexo, de 4 de diciembre de 2000, Asamblea Gral. ONU).

- Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Resolución 37/194 de 18 de diciembre de 1982 Asamblea Gral. ONU).

6.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 15, 16 y 26.

b) Leyes

- Decreto-Ley 14.470: Régimen de Reclusión (arts. 1, 7 y 48).
- Ley 15.032: Código del Proceso Penal (arts. 111, 118, 119, 120, 121, 124 y 123).
- Ley 17.684: Comisionado Parlamentario.
- Ley 17.823: Código de la Niñez y la Adolescencia (art. 117).

6.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

6.2.1. DETENCIONES Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Todo individuo tiene derecho a que se respete su vida, su libertad, su seguridad personal, su integridad física, psíquica y moral. (art. 3 DUDH, art. 9.1 PIDCP, art. 1 DADDH, arts. 5.1 y 7.1 CADH).

La persona adquiere la calidad de «detenido» cuando se encuentra ante cualquier situación en la que es privada de su libertad personal, ya sea que se encuentre encarcelada o arrestada y como consecuencia de que se le impute el haber cometido un delito (Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Introducción).

Se entiende que existe un «arresto» cuando se verifica el acto de aprehender a una persona por parte de una autoridad pública, sea con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad (Conjunto de

Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Introducción).

Nadie podrá ser detenido, ni privado de su libertad, ni encarcelado de forma arbitraria (art. 9 DUDH, art. 9.1 PIDCP y art. 7.3 CADH). Tampoco se puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil (art. 25 DADDH).

Ha dicho la CtIDH: «*la protección de la libertad salvaguarda “tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal”*»¹⁵⁰.

También ha expresado: «*a propósito de los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención, sobre prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad*»¹⁵¹.

Para poder detener o privar de libertad a una persona deben verificarse las causas que previamente establezca la ley como habilitantes para proceder en ese sentido. Asimismo, debe actuarse siguiendo el procedimiento que la ley establece (art. 9.1 PIDCP, art. 25 DADDH, art. 7.2 CADH). La CtIDH ha planteado que: «*el artículo 7.4 de la Convención contempla un mecanismo para evitar conductas ilegales o arbitrarias desde el acto mismo de privación de libertad y garantiza la defensa del detenido*»¹⁵².

Sobre el punto, el Comité de Derechos Humanos, en sus sesiones n^o 1.216 a 1.218 celebradas en el año 1993 (párr. 13), solicitó a Uruguay la

150 CtIDH; Caso Tibi, párr. 97.

151 CtIDH; Caso Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 83.

152 CtIDH; Caso Tibi, párr. 109.

revisión de los procedimientos de detención a efectos de que se pudieran ejercer los derechos reconocidos en la CADH.

Posteriormente, en sus sesiones n^o 1653, 1654 y 1655, celebradas en marzo y abril del año 1998 (párr. 9), el mencionado Comité observó a nuestro país y manifestó su preocupación por el nuevo CPP (aprobado por ley 16.893, con vigencia suspendida), básicamente por lo que surgía del art. 55, el cual establecía, por un lado, que una persona sospechada de la comisión de un delito podía ser detenida e incomunicada hasta que se decidiera si sería sometida a juicio y, por otro, que durante ese período el magistrado actuante podía limitar los contactos de la persona con un abogado.

En todos aquellos casos en que la autoridad no respete los requisitos legales que habilitan a una detención, sin importar el tiempo de duración, se considerará que la detención fue ilegal y que con ella se afectó la integridad psíquica y moral de la persona.

Respecto a los derechos y garantías del detenido a partir del momento en que comienza la detención, es necesario señalar varios aspectos que se consagran en el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Estos implican que:

1. Se debe presumir la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho.
2. Los funcionarios aprehensores están obligados a informar inmediatamente a la persona que está sufriendo la detención cuáles son las razones que motivaron la misma, los hechos por los que se le acusa, los derechos que tiene ante esa situación y la forma de ejercerlos (art. 7.4 CADH). Expresó la CtIDH: *«Esta Corte ha establecido que el artículo 7.4 de la Convención contempla un mecanismo para evitar conductas ilegales o arbitrarias desde el acto mismo de privación de libertad y garantiza la defensa del detenido, por lo que este último y quienes ejercen representación o custodia legal del mismo tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención cuando ésta se produce y de los derechos del detenido»*¹⁵³. El Comité

153 CtIDH, Caso Hermanos Gómez Paquiyaui, párr. 92.

de Derechos Humanos, en su período de sesiones n^o 373 del año 1982 (párr. 272), observó a Uruguay en relación a denuncias concretas que se habían recibido y en las que se planteaba la existencia de casos en los que no se les brindaba a los detenidos rápida información de los motivos de su detención.

3. Si el detenido no comprende o no habla adecuadamente el idioma castellano, los funcionarios aprehensores están obligados a comunicarle los motivos de la detención así como sus otras garantías, sin demora alguna, y en un idioma que la persona pueda entender. A su vez, existe la obligación de darle al detenido la posibilidad de que cuente con la asistencia gratuita (si ello fuese necesario) de un intérprete en todas las actuaciones judiciales posteriores a su arresto (Principio 14).

4. Para el caso de que el detenido sea un extranjero, obligatoriamente se le deberá informar que tiene derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o con la misión diplomática del Estado del que sea nacional u otros representantes internacionales no gubernamentales o intergubernamentales (Principio 16.2). Sobre el punto ha expresado la CtIDH: «*En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión*»¹⁵⁴.

5. En lo que a la familia de la persona detenida respecta, es obligatorio para el Estado garantizar:

- que la persona pueda informar de forma inmediata a su familia que está siendo objeto de una detención, así como el lugar en que ésta se está verificando o cualquier traslado posterior, o que al menos lo haga la autoridad aprehensora pero de forma efectiva y real. Sobre el punto, expresó la CtIDH que «*el detenido tiene también derecho a notificar lo ocurrido a una tercera persona, por ejemplo a*

154 CtIDH; Caso Tibi, párr. 112.

un familiar o a un abogado. En este sentido, la Corte ya ha señalado que “el derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trat[a] de detenciones de menores de edad”. Esta notificación debe ser llevada a cabo inmediatamente por la autoridad que practica la detención y, cuando se trate de menores de edad, deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación»¹⁵⁵. También ha dicho la CtIDH que «el detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado. La notificación a un familiar o allegado tiene particular relevancia, a efectos de que éste conozca el paradero y las circunstancias en que se encuentra el inculpado y pueda proveerle la asistencia y protección debidas»¹⁵⁶;

- que la persona se pueda comunicar libremente con su familia y recibir la visita de ésta, salvo que ello entorpezca la investigación judicial;
- que en aquellos casos en que la detención se efectivice contra una persona incapaz de entender cuáles son sus derechos, o contra un menor de edad, es obligación de la autoridad comunicar la detención, intentando que la misma sea notificada a sus padres o tutores;
- que toda persona detenida tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos.

6. Todo lo atinente a la información que se le debe dar a la persona detenida, así como las comunicaciones y notificaciones a la familia, solamente podrá dejarse de cumplir en casos excepcionales y cuando la investigación así lo requiera.

Todas las personas detenidas, desde el instante de la detención, tienen derecho a la asistencia de un abogado o de un defensor de oficio (Principio 17), y constituye una obligación para la autoridad aprehensora informarle esto a la persona, y facilitarle los medios adecuados para ejercer ese derecho.

¹⁵⁵ CtIDH; Caso Hermanos Gómez Paquiyaui, párr. 93.

¹⁵⁶ CtIDH; Caso Tibi, párr. 112.

El Comité de Derechos Humanos, en sus sesiones n^o 876 a 879, celebradas en el año 1989 (párr. 291), observó a Uruguay respecto a cuáles eran los períodos máximos de detención que podía sufrir una persona y cuánto tiempo después de una detención podía la persona ponerse en contacto con un abogado y con su familia.

En lo que tiene relación con la asistencia letrada obligatoria para el detenido, el Estado está obligado a garantizar que efectivamente se cumplan los siguientes estándares:

1. Que la persona pueda comunicarse libre y confidencialmente con su abogado, así como consultarlo sobre su situación, debiendo proporcionársele tiempo y medios adecuados para ello. Ha dicho la CtIDH: «*En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, lo cual es inherente a su derecho a beneficiarse de una verdadera defensa*»¹⁵⁷.
2. Que si las entrevistas entre la persona detenida y su abogado se celebran a la vista de un funcionario policial, del establecimiento de detención o similar, éste no podrá hallarse a una distancia tal que le permita escuchar la conversación.
3. Que las comunicaciones entre el detenido y su abogado no se podrán admitir como prueba en contra de la persona presa, salvo algunas excepciones muy limitadas.
4. Que el derecho a la asistencia letrada nunca podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, y siempre que un juez lo considere indispensable.

Bajo ninguna circunstancia la privación de libertad podrá implicar, para quien la sufre, la afectación en el goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal (Principio 5). El Estado se encuentra en posición de garante respecto de los detenidos, lo cual implica que debe proteger y garantizar todos los otros derechos que pueden verse afectados como consecuencia de la privación de libertad.

¹⁵⁷ CtIDH; Caso Tibi, párr. 112.

Sobre el punto expresó la CtIDH: «*La restricción de otros derechos, por el contrario –como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso– no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad. Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención, como ya lo ha indicado la Corte (supra párrs. 151, 152 y 153). En igual sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que: según [el art. 3 de la Convención], el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica querida*»¹⁵⁸.

Todas las personas tienen derecho a presentar un recurso efectivo ante los tribunales nacionales cuando consideren violados sus derechos, ya sea que se trate de una detención ilegal o de una privación de libertad ilegal, a efectos de que se analice la legalidad de la medida (arts. 7.6 y 25 CADH)¹⁵⁹.

En lo que tiene relación con los interrogatorios de los detenidos y los procedimientos para interrogar, el Estado queda obligado a:

1. Prohibir que se abuse de la situación de una persona detenida a efectos de obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona.
2. Garantizar que ninguna persona detenida será sometida durante su interrogatorio a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio.

158 CtIDH; Caso Instituto de Reeducción del Menor, párr. 155.

159 Ver temas 1 (Amparo y Habeas Corpus) y 2 (Estados de Excepción).

3. Establecer mecanismos a efectos de garantizar que todo lo atinente a los interrogatorios será consignado en registros y certificados en forma.
4. Garantizar que tanto la persona detenida como su abogado tendrán acceso a la información referida en el apartado anterior.

Respecto a las condiciones de reclusión de los detenidos, el Estado queda obligado a:

1. Que toda persona que sea detenida o privada de libertad deberá ser tratada humanamente, respetándose su dignidad. (art. 10.1 PIDCP, art. 25 DADDH, art. 5.2 CADH).
2. Que toda persona detenida reciba gratuitamente atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario (Principio 24). Ello implica que el examen médico deberá serle ofrecido luego de su ingreso al lugar de detención, con la menor demora. Mientras dure la detención debe prestársele atención médica toda vez que sea necesaria (Principio 9). El artículo 6 del Código de Conducta de Naciones Unidas para los encargados de hacer cumplir la Ley, establece que *«estos deben asegurar la salud de las personas bajo su custodia»*.
3. Que la persona detenida o su abogado podrán solicitar la autorización de un juez u otra autoridad para un segundo examen médico o una segunda opinión médica. Ha dicho la CtIDH: *«conforme al artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal»*¹⁶⁰.
4. Que si la persona detenida lo solicita, la detención deberá realizarse en un lugar situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual.

160 CtIDH; Caso Tibi, párr. 156.

5. Abolir o restringir el empleo del aislamiento en las denominadas «celdas de castigo» como forma de sanción disciplinaria (Principio 7).

La inobservancia por parte de los funcionarios aprehensores de los derechos y garantías de las personas privadas de libertad, que pueda afectar o condicionar la obtención de las pruebas, se deberá tener en cuenta a efectos de determinar la admisibilidad de tales pruebas contra el detenido (Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, n^o 27, CCT art. 15).

Los daños que causen los funcionarios y que se generen como consecuencia de la violación de los derechos y garantías antes descritos, deberán ser indemnizados de conformidad con las normas del derecho interno aplicables en materia de responsabilidad (Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, n^o 35.1 y CCT art. 14).

Evitar la detención bajo incomunicación constituye una de las garantías fundamentales tendientes a evitar la tortura y otros malos tratos, establecida en el Principio 15.

6.2.2. TORTURAS

Se considera tortura a todo acto por medio del cual se inflija de forma intencional a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físicos o mentales, con la finalidad de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión en una investigación criminal, o de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación. Para que se configure un caso de tortura, los dolores o sufrimientos deben ser cometidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o complacencia (art. 1 CCT, art. 2 Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

En cuanto a la gravedad de los actos, la CtIDH ha expresado –siguiendo a la CtEDH– que: *«el análisis de la gravedad de los actos que puedan constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes o tortura, es relativo y depende de todas las circunstancias del caso, tales como la duración de*

los tratos, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima, entre otros»¹⁶¹.

Aunque no existan lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y romper la resistencia física y moral de la víctima. Dicha situación es agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida.

La CtIDH ha señalado que «una “persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad” (...) basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure, dentro de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral, y que cuando se presentan dichas circunstancias es posible inferir, aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que la víctima recibió durante su incomunicación fue inhumano y degradante»¹⁶².

Ninguna persona puede ser sometida a torturas, ni a ninguna pena o trato inhumano o degradante, sin importar que se trate de una persona que revista la calidad de preso o detenido (art. 7 PIDCP, art. 5 Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley).

Asimismo, los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos podrán ser considerados como víctimas del delito de torturas u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, en la medida que los hechos cometidos contra su o sus familiares les hayan generado inmediatos sufrimientos.

La CtIDH en un caso muy significativo ha consagrado: «En cuanto a los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, esta Corte ha señalado, en otras oportunidades, que éstos pueden ser, a su vez, víctimas. En el caso sub judice, la vulneración del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri es consecuencia directa de la detención ilegal y arbitraria de éstos el día 21

161 CtIDH; Caso Hermanos Gomez Paquiyauri, párr. 113.

162 CtIDH; Caso Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 108.

*de junio de 1991; de los malos tratos y torturas sufridos por éstos durante su detención, y de la muerte de ambos aproximadamente una hora después de haber sido detenidos, así como de la presentación oficial de los hechos como “un enfrentamiento con elementos subversivos”*¹⁶³.

También dijo la CtIDH: *«En lo que se refiere a la alegada violación de la integridad personal de todos los familiares de los internos muertos y heridos como consecuencia de los hechos de este caso, la Corte considera que son víctimas de esta violación aquellos familiares cercanos, como lo son los padres y hermanos, que se han identificado ante esta Corte (...). Esto demuestra una relación de afecto y cercanía de dichas personas con estos internos que permite al Tribunal presumir que las violaciones sufridas por ellos originaron un fuerte sufrimiento, sentimientos de angustia e impotencia. (...) Finalmente, todos los familiares identificados han sufrido con el tratamiento cruel que se les dio a los fallecidos y heridos mientras fueron internos del Instituto»*¹⁶⁴.

A su vez, el Comité de Derechos Humanos en un caso sobre Uruguay señaló que: *«comprendía el profundo pesar y la angustia que padeció la madre como consecuencia de la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre sobre su suerte y paradero. La madre tenía derecho a saber lo que había sucedido a su hija. En ese sentido la madre era también una víctima de las violaciones del Pacto, en particular del artículo 7, soportadas por su hija»*¹⁶⁵.

El Comité de Derechos Humanos, en la sesión nº 373 realizada en el año 1982 (párrs. 272 y 278), observó a Uruguay en relación a denuncias concretas en las que se alegaba la existencia de tortura física y mental, así como malos tratos a personas detenidas o presas.

Todo Estado queda obligado a prohibir que se ejecute en su territorio cualquier tipo de tortura o cualquier otro acto inhumano o degradante, así como a prevenir y sancionar su comisión. La prohibición es absoluta y no admite posibilidad alguna para el Estado de establecer excepciones, ni siquiera ante circunstancias excepcionales, tales como guerra, amenaza de guerra, inestabilidad política interna, etc.

163 CtIDH; Caso Hermanos Gómez Paquiyaury, párr. 118.

164 CtIDH; Caso Hermanos Gómez Paquiyaury, párrs. 191 y 192.

165 Comité de Derechos Humanos; Caso Quinteros, Nº 107/1981.

La CtIDH ha establecido que: «Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*»¹⁶⁶. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas»¹⁶⁷.

A su vez, a la luz del Protocolo Facultativo contra la Tortura (el cual aún no entró en vigor, si bien fue ratificado por Uruguay por ley 17.914), cada Estado queda obligado a establecer, designar y mantener uno o varios «órganos de visitas» a los distintos centros donde se lleve a cabo una «privación de libertad», a efectos de prevenir la tortura (art. 2 CCT y art. 3 PF-CCT).

Todo Estado queda obligado a adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, eficaces para impedir la tortura en su territorio (art. 2 CCT) y a velar por que se investiguen eficazmente las quejas o denuncias de tortura o malos tratos. Aún sin denuncia expresa, cuando existan indicios de comisión de torturas, existe la obligación de investigar (Principios 2 y 5 relativos a la Investigación y Documentación eficaces de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2000).

No podrá invocarse por parte del Estado, sus funcionarios o quien haga sus veces, circunstancias excepcionales de ningún tipo, ni ninguna orden funcional de la autoridad, ni tampoco la peligrosidad de una persona, como causa justificante de la tortura. El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no podrá eximir al autor de la responsabilidad penal que le corresponda (art. 2 CCT, arts. 4 y 5 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 5 Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley).

La situación de los reclusos ha sido objeto de preocupación especial. Se ha establecido que no podrán ser consideradas como sanciones disciplinarias para

166 El objetivo fundamental de las normas de *ius cogens* consiste en la protección de los intereses y valores fundamentales de la comunidad internacional, razón por la cual se han colocado fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad estatal.

167 CtIDH; Caso Tibi, párr. 143.

un recluso y por lo tanto están prohibidas: la tortura, las penas corporales, el encierro en celda oscura, o la aplicación de cualquier otra sanción cruel, inhumana o degradante (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, n° 31).

La CtIDH ha determinado que: «*las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención*»¹⁶⁸.

La normativa internacional establece que los Estados deben velar para que todos los actos de tortura, así como su tentativa, sean tipificados como delitos graves en su legislación penal y penados de acuerdo a dicha gravedad, sea cual sea el grado de participación de quien desarrolle la conducta (como autor, como coautor o como cómplice). Se considera que se ha cometido un acto de tortura toda vez que un sujeto lo cometa directamente o cuando ordene, instigue o induzca a su comisión a otra persona, o también en aquellas situaciones en que, pudiendo impedir el hecho, no lo haga (art. 4 CCT, arts. 3 y 6 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

El Comité de Derechos Humanos, en sus sesiones n° 876 a 879, celebradas en 1989 (párr. 288), observó a Uruguay, pues si bien había ratificado la CCT, aún no había tipificado en el CP penas específicas para las personas que violaran las normas de la Convención, situación que se mantiene incambiada.

Todo Estado Parte queda obligado a iniciar un procedimiento penal o de extradición, el cual deberá cumplir con todas las garantías sustanciales y procesales, contra cualquier persona que se encuentre en su territorio y haya sido sindicada como presunto autor de un acto de tortura (art. 7 CCT, art. 8 Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura).

En base a ello, el delito de tortura se considerará incluido entre aquellos que dan lugar a extradición en todos los tratados sobre el tema que hayan celebrado los Estados Parte de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Los Estados quedan obligados a incluir este delito en todo tratado de extradición que celebren entre sí y a tomar las providencias

168 CtIDH; Caso Lori Berenson Mejía, párr. 101.

necesarias para proceder a la extradición cuando se trate de una persona acusada de haber cometido tortura o ya condenada por ese delito (art. 8 CCT, art. 13 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

No obstante, todo Estado Parte se obliga a no conceder la extradición cuando exista una presunción fundada de que corre peligro la vida del sujeto o de que será sometido a torturas o algún trato cruel, inhumano o degradante (art. 3 CCT).

Todo Estado Parte queda obligado a someter a sus tribunales internos a todo sujeto que haya sido sindicado como presunto autor de un acto de tortura que se encuentre dentro de su territorio, y a todo sujeto al que por algún motivo el Estado haya decidido no conceder la extradición a alguno de los otros Estados Parte que así lo haya requerido (art. 7 CCT, art. 14 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

Una vez agotados los procedimientos y recursos previstos en el ordenamiento jurídico interno de un Estado, el caso podrá ser sometido a los tribunales internacionales cuya competencia haya sido aceptada por el Estado involucrado (art. 8 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

Todo Estado Parte debe velar para que en la educación y formación profesional que se brinde al personal encargado de la aplicación de la ley, ya sea que se trate de personal civil, militar, médico o de los funcionarios públicos u otras personas que participen en la custodia, interrogatorio o tratamiento de cualquier persona que se encuentre arrestada, detenida o en prisión, se establezca expresamente la prohibición de la tortura (art. 10 CCT, Art. 7 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

El Comité de Derechos Humanos, en la sesión n^o 373 realizada en 1982 (párr. 292), interrogó a Uruguay en relación a si se había aplicado alguna vez la ley n^o 14.068, la cual castigaba a los funcionarios de los centros de detención que se excedieran en el ejercicio de sus funciones y cometieran agresiones contra los detenidos, así como acerca de si dicha ley se aplicaba en casos de abusos por parte de funcionarios, pero fuera de los centros de detención.

Todo Estado Parte debe examinar y revisar de forma sistemática las normas, instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorios, así como las disposiciones y normas que regulan la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a arresto, detención o prisión, a efectos de evitar que a través de su aplicación se cometa cualquier tipo de tortura (art. 11 CCT).

Todo Estado Parte debe velar para que quien alegue haber sido sometido a cualquier tipo de tortura en su territorio tenga la posibilidad de iniciar acciones judiciales y/o administrativas, aportar pruebas, comparecer a las audiencias y acceder a la información de la investigación. Debe garantizarse la seguridad del promotor de la denuncia y de los testigos contra cualquier tipo de malos tratos o intimidación que se puedan suceder a consecuencia de la presentación de dicha denuncia (art. 13 CCT, art. 8 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y Principios 3 lit. b y 4 Relativos a la Investigación y Documentación eficaces de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2000).

Los peritos médicos que participen en la investigación de torturas o malos tratos deberán conducirse respetando las normas de ética médica, debiendo obtener el libre consentimiento de la persona antes de proceder a examinarla (Principio 6 lit. a Relativos a la Investigación y Documentación eficaces de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2000). Además de su naturaleza delictiva, constituye una violación a la ética médica la participación activa o pasiva del personal de salud en actos de participación o complicidad en torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la incitación a ello, el intento de cometerlos, la participación en interrogatorios de forma que pueda afectarse la condición o salud física o mental de los detenidos, la certificación falsa del estado de salud de una persona, así como la aplicación de cualquier procedimiento coercitivo (Principios 2, 4 y 5 de Ética Médica).

Todo Estado Parte debe velar para que su legislación garantice a la víctima de tortura –y en caso de muerte, a sus familiares– la debida reparación e indemnización pecuniaria por los hechos acaecidos (art. 13 CCT, art. 9 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

Todo Estado Parte queda obligado a garantizar que ninguna declaración que se demuestre que ha sido obtenida como consecuencia de una tortura, sea utilizada como prueba en ningún procedimiento. Se exceptúa de esta prohibición a aquellos casos en que la declaración arrancada bajo tortura se utiliza como prueba en el marco de un proceso promovido contra el o los autores de las torturas, a efectos de determinar su participación y responsabilidad en lo ocurrido (art. 15 CCT, art. 10 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

6.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

6.3.1. DETENCIONES Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD

En primer lugar, corresponde decir que al referirnos a las «detenciones» o «privación de libertad», debe tenerse presente que está en juego una clara afectación a un derecho fundamental, como es la libertad personal.

A los efectos aclaratorios, vale señalar que en este capítulo cuando aludimos a «detenciones» o «privación de libertad», nos referimos a las que se producen en la instancia administrativa, es decir, con la actuación de la policía u otras autoridades que ejerzan esa facultad, quedando fuera del análisis la privación de libertad producto de un procesamiento dictado en un proceso penal, o la que se da como consecuencia del cumplimiento de una pena y dentro de un cárcel¹⁶⁹.

El primer aspecto que merece ser resaltado es que, en general, la normativa interna en lo que refiere a la regulación de las causas que pueden habilitar legalmente una detención, presenta un cierto nivel de adecuación a los principios y estándares que consagran las normas internacionales de derechos humanos. No obstante, nuestras normas presentan algunos vacíos y también algunas violaciones de la normativa internacional, aspectos todos éstos que deberán ser corregidos.

Planteamos la existencia de «un cierto nivel de adecuación», ya que hoy día se ha derogado el decreto 690/80, que consagró la llamada *detención en averiguaciones*, cuya aplicación durante muchos años supuso la violación de los estándares consagrados en los instrumentos y tratados, de los derechos reconocidos en la Constitución y en el propio CPP, en lo relativo a las detenciones.

Sin embargo, se aprecian varias omisiones de la normativa interna. A éstas nos referiremos en los párrafos siguientes.

En nuestro derecho no existe una norma que claramente establezca cuándo puede considerarse que una persona reviste la calidad de «detenida» o «arrestada».

169 Ver también tema 5 (Proceso Penal) y tema 7 (Cárceles).

Tampoco existe norma alguna que consagre -bajo la más seria responsabilidad del Estado y de los funcionarios actuantes- que las detenciones solamente podrán efectuarse conforme a lo preceptuado en la Constitución y el CPP, y que, en caso contrario, obligatoriamente deberán ser consideradas como ilegítimas.

Asimismo, no se aprecia ninguna previsión a través de la cual se establezca que cuando la autoridad aprehensora no respete los requisitos legales que habilitan a proceder a una detención, sin importar el tiempo de duración de la misma, se deberá considerar que la detención fue ilegal y que con ella se afectó la integridad psíquica y moral de la persona.

Existe una inadecuación en lo que respecta a la posibilidad de proceder a una detención en base a la existencia de la llamada «flagrancia impropia», la cual surge prevista en los numerales 2º y 3º del art. 111 del CPP. Algunos pasajes de dichos numerales habilitan un amplio margen de discrecionalidad para la autoridad aprehensora al momento de evaluar la existencia o no de flagrancia, lo cual vulnera claramente la normativa internacional, poniendo en riesgo las garantías de las personas.

En lo que concierne a los derechos y garantías que se le deben respetar a toda persona a partir del momento en que se comienza a sufrir la detención, se aprecia que no existe una regulación específica que:

1. Establezca la obligatoriedad de los funcionarios aprehensores de informar inmediatamente a la persona que está sufriendo la detención cuáles son las razones que motivaron la misma, los hechos por los que se le acusa, los derechos que tiene ante esa situación y la forma de ejercerlos.
2. Si el detenido no comprende o no habla adecuadamente el idioma castellano, establezca como obligación de los funcionarios aprehensores el comunicarle los motivos de la detención así como sus otras garantías, sin demora alguna, y en un idioma que la persona pueda entender, así como asegurarle la posibilidad de que cuente con la asistencia gratuita (si ello fuese necesario) de un intérprete en todas las actuaciones administrativas o judiciales posteriores a su arresto.
3. Si el detenido es extranjero, consagre la obligación de informarle que tiene derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o con la misión diplomática del Estado del

que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional.

4. Regule la obligatoria comunicación que se debe efectuar a la familia de la persona detenida, a efectos de hacerle saber la situación, así como los derechos que tanto la persona que está sufriendo la privación de libertad como su familia poseen (entre otros: comunicarse libremente, visita, correspondencia, etc.). Tampoco se aprecia previsión alguna que establezca que los derechos antes nombrados podrán dejarse de cumplir solamente en casos excepcionales, ni norma que individualice cuales son estas situaciones.

5. Consagre como regla y salvo las excepciones expresamente establecidas, que todas las personas detenidas y desde el momento de la detención tienen derecho a la asistencia de un abogado de su confianza o de un defensor de oficio, así como la obligación para la autoridad aprehensora de informar esto a la persona, y facilitarle los medios adecuados para ejercer ese derecho.

No existe en la legislación una norma que regule la forma en que deben realizarse los interrogatorios a los detenidos, así como las obligaciones que deben cumplir los funcionarios que intervienen en los mismos.

Tampoco existe regulación en lo que refiere a las condiciones que deben observarse durante la detención de las personas privadas de libertad. No contamos con una norma que consagre que en ningún caso la privación de libertad podrá implicar para el detenido la afectación en el goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal.

No existe una norma que regule las consecuencias (tanto en los aspectos procesales como en los sustanciales) dentro del proceso penal de las eventuales violaciones a los derechos y garantías de las personas que sufran una privación de libertad, que puedan afectar o condicionar la obtención de las pruebas.¹⁷⁰

No existe una norma que consagre expresamente que los daños que causen los funcionarios por la violación de los derechos y garantías de los

170 Ver también tema 5 (Proceso Penal).

detenidos deberán ser indemnizados de conformidad con las normas del derecho interno aplicables en materia de responsabilidad.

6.3.2. TORTURAS

Respecto a la aplicación de tortura o algún otro trato cruel, inhumano o degradante, el Estado uruguayo incumplió –y lo continúa haciendo– los instrumentos internacionales ratificados sobre el tema, ya que no existe aún legislación interna que cumpla con los preceptos consagrados internacionalmente.

Si bien tanto la Constitución –aunque de forma indirecta– como el decreto ley 14.470 hacen mención a la prohibición de utilización de cualquier método cruel, inhumano o degradante como medio de corrección sobre los reclusos, nuestro país:

1. No ha sancionado ninguna ley o norma similar en la que se contemplan los aspectos que surgen de las normas internacionales, que ya fueron reseñados en el capítulo II;
2. En el CP uruguayo no surgen tipificadas como delitos la tortura ni la utilización de cualquier trato cruel, inhumano o degradante.

Por ende, existe un claro incumplimiento del Estado uruguayo en relación a los principios y estándares internacionales que regulan el tema, lo cual constituye una grave inadecuación que necesariamente deberá ser subsanada.

6.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

6.4.1. DETENCIONES Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Como se señaló oportunamente, en lo que concierne a las detenciones y/o a las privaciones de libertad, puede considerarse que, en general, la normativa interna que refiere a la regulación de las causas que pueden habilitar legalmente la misma presenta un cierto nivel de adecuación a los principios y estándares que consagran las normas internacionales de derechos humanos. No obstante, existen importantes vacíos que fueron detallados en el capítulo anterior y que deben ser corregidos.

En base a lo expresado, recomendamos la sanción de una ley que, en lo sustancial, regule lo relativo a las causales legítimas que habilitan la detención de una persona y el procedimiento a seguir, así como los demás aspectos que nuestro ordenamiento jurídico aún no ha incorporado.

Por lo tanto, consideramos conveniente la sanción de una ley que:

1. Contenga una norma que defina claramente lo que debe entenderse por «persona detenida» o «persona acusada», estableciendo que ello implica cualquier situación en que una persona sea privada de su libertad personal, ya sea que se encuentre encarcelada o arrestada en cualquier lugar, y como consecuencia de que se le impute el haber cometido un delito.
2. Contenga una norma que establezca –bajo la más seria responsabilidad del Estado y de los funcionarios actuantes– que las detenciones solamente podrán efectuarse conforme a lo preceptuado en la Constitución y el CPP, lo cual implica que éstas solamente serán legítimas:
 - cuando exista una orden escrita de un juez competente que considere que existen elementos de convicción suficientes respecto a que una persona cometió un delito y por lo tanto se ordene su detención;
 - cuando se esté en presencia de un delito flagrante;
3. Contenga una norma que modifique el art. 111 del CPP en relación a la posibilidad de proceder a una detención en base a la existencia de «flagrancia».

Dicha norma deberá:

- establecer que para que pueda procederse a una detención argumentando la existencia de «flagrancia», necesariamente en el caso deberán estar presentes todos los requisitos que consagra el art. 111 del CPP, y que de lo contrario la detención deberá ser considerada ilegal y absolutamente nulas todas las medidas administrativas y judiciales que se efectúen luego de ésta;
- introducir modificaciones en la actual redacción de los nrales. 2º y 3º del art. 111 del CPP, excluyendo la posibilidad de proceder a una detención en base a las presunciones que surgen de los referidos numerales, y que actualmente se consideran como causas legítimas de detención;

4. Contenga una norma que señale expresamente que en todos aquellos casos en los cuales no se respeten los requisitos legales para la detención (y más allá de su duración) se considerará que la misma fue ilegal, que con ella se afectó la integridad psíquica y moral de la persona, pudiéndose entender que, como consecuencia de lo anterior, el trato que la víctima recibió durante su detención fue inhumano y degradante.

5. En relación a los derechos que posee la persona, así como a las garantías fundamentales que se le deben respetar a partir del momento en que se comienza a sufrir la detención, la ley deberá contener un elenco de normas a través de las cuales:

- se consagre claramente que se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa de un delito y se la tratará como tal, mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa¹⁷¹;
- se establezca expresamente la obligación a cargo de los funcionarios aprehensores de informar inmediatamente a la persona que está sufriendo la detención cuáles son las razones que motivaron la misma, los hechos por los que se le acusa, los derechos que tiene ante esa situación y la forma de ejercerlos. A su vez, a efectos de lograr un real cumplimiento de todo lo anterior, se deberá instrumentar un mecanismo que permita controlar que realmente la persona haya sido informada de forma correcta;
- para el caso de que el detenido sea una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma castellano, se establezca como obligación de los funcionarios aprehensores el comunicarle los motivos de la detención así como sus otras garantías, sin demora alguna y en un idioma que la persona pueda entender. A su vez, se le deberá asegurar al detenido la posibilidad de que cuente con la asistencia gratuita (si ello fuese necesario) de un intérprete en todas las actuaciones administrativas o judiciales posteriores a su arresto;

171 Ver tema 5 (Proceso Penal).

- para el caso de que el detenido sea extranjero, se consagre que obligatoriamente se le informará que tiene derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o con la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional;
- en lo que a la familia de la persona detenida respecta, se deberá garantizar:
 - a) que la persona pueda informar de forma inmediata a la familia que está siendo objeto de una detención, o que al menos la autoridad aprehensora notifique de forma efectiva a la familia o a cualquier otra persona que el detenido designe, la situación de detención, así como el lugar en que ésta se viene verificando y cualquier traslado posterior;
 - b) que la persona se pueda comunicar libremente con su familia y recibir la visita de ésta, salvo que ello entorpezca la investigación judicial;
 - c) que en aquellos casos en que la detención se efectivice contra una persona incapaz de entender cuáles son sus derechos o contra un menor de edad, la autoridad de oficio quedará obligada a comunicar la detención, intentando que la misma sea notificada a sus padres o tutores;
 - d) que toda persona detenida tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos;
- se señale a texto expreso que todo lo atinente a la información que se le debe dar a la persona detenida, así como las comunicaciones y notificaciones a la familia, solamente podrá dejarse de cumplir en casos excepcionales y cuando la investigación así lo requiera. En base a esto, a efectos de evitar arbitrariedades, creemos conveniente que la propia norma regule de forma detallada las posibles excepciones y le imponga al Juez actuante la obligación de fundamentar en forma las razones que ameriten decretar la reserva;
- se consagre que todas las personas detenidas, y desde el momento de la detención, tienen derecho a la asistencia de un abogado o

de un defensor de oficio, así como la obligación para la autoridad aprehensora de informarle esto a la persona, y facilitarle los medios adecuados para ejercer ese derecho;

- en lo que tiene relación con la asistencia letrada obligatoria para el detenido, se deberá garantizar que:

a) la persona pueda comunicarse libre y confidencialmente con su abogado, así como consultarlo sobre su situación, debiendo proporcionársele tiempo y medios adecuados para ello;

b) si las entrevistas entre la persona detenida y su abogado se celebran a la vista de un funcionario policial del establecimiento de detención o similar, éste no podrá hallarse a una distancia tal que le permita escuchar la conversación;

c) las comunicaciones entre el detenido y su abogado no se podrán admitir como prueba en contra de la persona presa, salvo si se estuviere ante un caso de un delito de efectos permanentes (es decir aquellos casos en que la consumación del delito no ha cesado, y entonces éste se sigue cometiendo; por ejemplo un caso de secuestro en que la persona secuestrada aún no haya aparecido) o si se tratara de una situación en la que a través de las comunicaciones se toma conocimiento de que se proyecta la comisión de un delito. No obstante, y al igual que en otros casos consideramos que la norma deberá prever mecanismos que garanticen que las excepciones posibles no se conviertan en una forma de cercenar el derecho consagrado, debiendo establecerse en la propia norma la obligación para el Juez actuante de fundamentar en forma las razones que ameriten el apartamiento de la regla general;

d) el derecho a la asistencia letrada nunca pueda suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, y siempre que un juez lo considere indispensable. Aquí también, a efectos de evitar arbitrariedades, consideramos fundamental que la propia norma establezca clara y detalladamente las posibles excepciones a la regla.

6. En lo que tiene relación con los interrogatorios de los detenidos y los procedimientos para interrogar, obligatoriamente la ley deberá:

- prohibir que se abuse de la situación de una persona detenida a efectos de obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona;
 - garantizar que ninguna persona detenida será sometida durante su interrogatorio a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio;
 - establecer mecanismos a efectos de garantizar que tanto la duración de los interrogatorios como los intervalos que se sucedan entre cada uno de ellos y la identidad de los funcionarios que los hayan practicado o la de las demás personas presentes, serán consignadas en registros y certificados en la forma que la ley establezca;
 - garantizar que tanto la persona detenida como su abogado tendrán acceso a la información referida en el apartado anterior.
7. Contenga una norma en relación a las condiciones de reclusión de los detenidos, que deberá consignar:
- que en ningún caso, la privación de libertad podrá implicar, para el detenido, la afectación en el goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal;
 - la obligación para el Estado de que toda persona detenida reciba gratuitamente atención y tratamiento médico toda vez que sea necesario;
 - el derecho de la persona detenida o su abogado de solicitar autorización de un juez u otra autoridad para un segundo examen médico o una segunda opinión médica;
 - que si la persona detenida lo solicita, la detención deberá realizarse en un lugar situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual.
8. Contenga una norma que establezca que la violación de derechos y garantías al momento de obtener la prueba de los presuntos hechos delictivos se valorará para determinar su admisibilidad en el proceso judicial, determinando la nulidad de las actuaciones.
9. Contenga una norma que prevea expresamente que los daños que causen los funcionarios y que se generen como consecuencia de la

violación de los derechos y garantías de los detenidos, deberán ser indemnizados de conformidad con las normas del derecho interno aplicables en materia de responsabilidad.

6.4.2. TORTURAS

En lo que concierne a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ya hemos señalado que el Estado uruguayo viene incumpliendo sistemáticamente los Pactos Internacionales ratificados sobre el tema, ya que no existe legislación interna que cumpla con los preceptos consagrados en las normas internacionales.

En base a lo anterior, se torna impostergable la sanción de una ley que abarque y contemple todos los estándares y principios que sobre el tema surgen de los instrumentos internacionales que han sido ratificados por nuestro país.

Por ende la misma deberá contener:

1. Una norma que declare que hoy día existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece al dominio del *ius cogens*.
2. Una norma que claramente brinde el concepto de lo que se considera tortura, la cual deberá ser lo suficientemente amplia como para abarcar tanto a los apremios «físicos», así como a los «morales» o «psicológicos», y que incluya una referencia expresa a otros tratos «cruels, inhumanos o degradantes».
3. Una norma que:
 - prohíba expresamente la comisión de cualquier acto o conducta que sea considerado como tortura o trato cruel, inhumano o degradante contra cualquier persona, incluso cuando se trate de un preso o detenido;
 - establezca claramente que los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos también podrán ser considerados como víctimas del delito de torturas u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, en la medida que los hechos cometidos contra sus familiares les hayan generado directos e inmediatos sufrimientos;

- consagre la obligación del Estado de prohibir la tortura, así como la obligación de tomar medidas para prevenir y sancionar el acacimimiento de este tipo de conductas;
 - exprese que la prohibición es absoluta e inderogable, aun en circunstancias tales como guerra, amenaza de guerra, «lucha contra el terrorismo» y cualquier otra situación similar, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.
4. Una norma que de forma expresa establezca la imposibilidad absoluta para el Estado o sus funcionarios de alegar la existencia de circunstancias excepcionales o algún tipo de orden funcional de una autoridad jerárquicamente superior, como causa justificante de la tortura o como causal de exoneración de responsabilidad.
 5. Una norma que introduzca un nuevo artículo al CP a través del cual se tipifique como delito la comisión de un acto de tortura o de cualquier conducta que sea cruel, inhumana o degradante.
 6. Una norma que consagre claramente la obligación del Estado de iniciar un procedimiento penal o de extradición contra cualquier persona que se encuentre en su territorio y haya sido sindicada como presunto autor de un acto de tortura.
 7. Una norma general, la cual deberá ser debidamente reglamentada, a través de la cual el Estado se obligue a que en la educación y formación profesional que se brinde a los funcionarios que participan de la custodia o interrogatorio de las personas detenidas, se los instruya expresamente respecto a la prohibición de realizar cualquier acto de tortura.
 8. Una norma que consagre la obligación del Estado de examinar y revisar de forma sistemática, las normas y métodos a través de los cuales se realizan los interrogatorios y detenciones, a efectos de evitar que a través de la aplicación de ellas se cometa cualquier tipo de tortura.
 9. Una norma que asegure expresamente que cualquier persona que alegue haber sido sometida a torturas tenga el derecho y la posibilidad efectiva de iniciar acciones judiciales o administrativas para que se

analice lo sucedido. La protección legal deberá implicar y garantizar la seguridad de la persona que promueva la acción y de los testigos.

10. Una norma que consagre a texto expreso la obligación estatal de dar una debida reparación e indemnización pecuniaria a cualquier persona que haya sido víctima de tortura, reparación que deberá extenderse a los familiares para el caso de que haya ocurrido la muerte del sujeto que sufrió la misma.

11. Una norma por la cual el Estado garantice de forma expresa que ninguna declaración que se pruebe que fue obtenida como consecuencia de la aplicación de un acto de tortura pueda ser utilizada como prueba en contra, y que dicha declaración solo podrá constituir prueba si se trata de un procedimiento en el que se investiga la responsabilidad de los presuntos autores de la misma.

12. Una norma que establezca la obligación del Estado de incluir al delito de Tortura en todo tratado de extradición que celebre con cualquier otro Estado, y de que se habrán de tomar las providencias necesarias para proceder a la extradición cuando ello corresponda.

13. Una norma que establezca la obligación del Estado de no extraditar a ninguna persona cuando exista una presunción fundada de que corre peligro la vida del sujeto o de que será sometido a torturas o a algún trato cruel, inhumano o degradante.

7. CÁRCELES

7.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

7.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5), ratificada por ley 15.737.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por ley 15.798.

- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por ley 16.294.
- Declaración Universal de Derechos Humanos (art.5).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10), aprobado por ley 13751.
- Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado por ley 17.914.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 16/95.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 18/96.
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, CCPR/C/79/Add.19.
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, CCPR/C/79/Add.90, párr.15.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Cárcel de Urso Branco.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Penitenciarías de Mendoza.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros.

c) Reglas y Directrices

- Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.
- Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.
- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad - Reglas de Tokio (Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990 Asamblea Gral. ONU).

7.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 26 y 80 nral. 2.

b) Leyes

- Decreto-Ley 14.470: Régimen de Reclusión.
- Ley 16.707: Comisión Honoraria para el Mejoramiento del Sistema Carcelario.
- Ley 16.928: Salidas Transitorias.
- Ley 17.684: Comisionado Parlamentario.
- Ley 17.897: Humanización del Sistema Carcelario.
- Ley 9.155: Código Penal (arts. 285 a 287).

c) Decretos, Reglamentos y Acordadas

- Decreto de 5/10/99, Resolución Ministerial N° 1501: Régimen Disciplinario para Reclusos
- Decreto de 5/10/99, Resolución Ministerial N° 1502: Régimen Penitenciario Progresivo.

7.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Tanto el PIDCP como la CADH contienen normas relativas a las condiciones de detención.

El PIDCP establece el principio general de que *«toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano»* (art. 10.1).

La CADH se ocupa del tema al regular el derecho a la integridad personal (art. 5). Consagra el principio de no trascendencia, según el cual *«la pena no puede trascender la persona del delincuente»* (art. 5.3). Como consecuencia de este principio, se entiende que la privación de libertad sólo afecta la libertad ambulatoria del sujeto, que sigue siendo titular de los demás derechos (libertad de conciencia, intimidad e incluso derecho a la salud y a la educación). Por otro lado, el «principio de no trascendencia»

implica que la familia del recluso conserva intactos sus derechos, por lo que no puede castigársela indirectamente (por ejemplo, prohibiendo las visitas como forma de sancionar al recluso).

Tanto el PIDCP como la CADH prevén la separación entre procesados y condenados, salvo circunstancias excepcionales, debiéndose disponer para los procesados un «*tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas*» (PIDCP art. 10.2.a; CADH art. 5.4). Esto en función de que al procesado lo ampara plenamente el principio de inocencia¹⁷².

Asimismo, las Reglas Mínimas consagran la separación de categorías (N° 8) y dedican capítulos diferenciados a los «*reclusos alienados y enfermos mentales*» (N° 82 y 83) y a las «*personas detenidas o en prisión preventiva*» (N° 84 a 93).

También se establece la separación entre menores y adultos (PIDCP art. 10.2.b, 10.3; CADH art. 5.5).

Ambos instrumentos internacionales consagran como finalidad de la privación de libertad la «*reforma y readaptación social*» de los condenados (PIDCP art. 10.3; CADH art. 5.6).

En relación a las condiciones de detención, el CDH ha observado a Uruguay, pues «*si bien no se recurre sistemáticamente a la tortura, existen casos graves de reclusos que han sufrido malos tratos. Esos casos indican que los funcionarios de prisiones y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no reciben un adiestramiento adecuado y que no hay una comprensión suficiente de las normas internacionales relativas al trato de los reclusos*»¹⁷³.

Ello explica que el CDH haya instado a Uruguay a «*dar mayor publicidad al Pacto y al Protocolo Facultativo, con miras a asegurar que las disposiciones de sus instrumentos sean de sobra conocidas por los juristas, el poder judicial y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como el público en general*»¹⁷⁴. Similar sugerencia fue realizada en 1998 en relación a los «*poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a los oficiales encargados de hacer cumplir la ley y a los miembros de las profesiones legales, así como al público en general*»¹⁷⁵.

172 Ver también tema 5 (Proceso Penal).

173 CCPR/C/79/Add.19; 5/5/93, párr. 9.

174 CCPR/C/79/Add.19; 5/5/93, párr. 12.

175 CCPR/C/79/Add.90, 8/4/98, párr. 15.

En su Informe 38/96 (15/10/96), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) remitió a su Informe 16/95 en cuanto a que *«para establecer la legitimidad de una revisión o inspección vaginal, en un caso en particular, es necesario que se verifiquen estos requisitos:*

- 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo legítimo en el caso específico;
- 2) no debe existir medida alternativa alguna;
- 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y
- 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud».

En el Caso Urso Branco, la CtIDH requirió a Brasil que *«ajuste las condiciones de dicha cárcel a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia»*¹⁷⁶.

Tanto el Juez García Ramírez como Cançado Trindade resaltaron en sus votos concurrentes la especial diligencia que debe tener el Estado, derivada de que éste es el *«garante de los derechos de los detenidos, que se encuentran bajo su jurisdicción»*, en línea con la jurisprudencia anterior de la CtIDH¹⁷⁷ y de la CtEDH, en cuanto señaló que *«las personas detenidas se encuentran en una posición vulnerable y las autoridades tienen el deber de protegerlas»*.

El Juez García Ramírez señaló la necesidad de *«que haya reforma penitenciaria, se expida una nueva legislación de la materia, se provea a la clasificación de los internos, se modernicen las instituciones penitenciarias, se haga un cuidadoso reclutamiento de los funcionarios encargados de la custodia y ejecución de penas, existan sustitutivos adecuados para la pena de prisión, se franquee la visita a los presos en condiciones dignas, haya servicio médico que preserve la salud de los reclusos, se establezcan centros escolares, talleres y unidades de trabajo. Todo eso, y más todavía, es absolutamente indispensable, porque refleja los estándares actuales en materia de privación de la libertad, cautelar o penal, medida severamente cuestionada en la actualidad»*¹⁷⁸.

176 CCPR/C/79/Add.90, 8/4/98, párr. 15.

177 Por ejemplo: CtIDH; Caso Hilaire, párr. 165.

178 CtIDH; Caso Hilaire.

El Juez Cançado Trindade señaló la «*gradual formación de un verdadero derecho a la asistencia humanitaria*»¹⁷⁹.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos fueron confeccionadas no como descripción detallada de un «*sistema penitenciario modelo*» sino como «*principio y reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos*» (N° 1).

Las Reglas sientan los principios fundamentales de no discriminación e imparcialidad en su aplicación (N° 6).

Se prevén normas sobre locales destinados a los reclusos, disponiéndose por ejemplo que «*las celdas o cuartos no deberán ser ocupados por más de un recluso*» (N° 9.1), aunque «*por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultare indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual*» (N° 9.1). También se establecen condiciones locativas básicas (N° 10).

También se establece que la alimentación debe tener un «*valor nutritivo suficiente para el mantenimiento de la salud*» (N° 20) y la posibilidad de acceso a servicios médicos (N° 22 a 26).

En relación a la disciplina debe destacarse la plena vigencia del principio de legalidad y el derecho de defensa (N° 29 y 30).

Se prohíbe en forma absoluta que se utilicen como sanciones disciplinarias «*las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda otra sanción cruel, inhumana o degradante*» (N° 31).

Se establecen restricciones a ciertos medios de coerción, pues las «*esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza nunca deberán aplicarse como sanciones*» (N° 33).

Dichas normas se armonizan perfectamente con la proscripción de toda forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante prevista en las Convenciones internacional e interamericana contra la tortura.

En cuanto al contacto con el mundo exterior, «*los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia con su*

179 Voto concurrente, párr. 16.

familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas» (N° 37).

El traslado de los reclusos deberá hacerse de modo de «*exponerlos al público lo menos posible*» (N° 45).

Un capítulo específico se dedica a la capacitación del personal penitenciario y limitaciones al uso de la fuerza (N° 46 a 54), lo que debe ser complementado con el Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. La regla básica es el artículo 3 de dicho Código, según el cual «*los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas*».

Finalmente, se regulan en capítulos separados las reglas aplicables a las distintas categorías de reclusos (condenados, detenidos en prisión preventiva, alienados y enfermos mentales).

Por otra parte, la jurisprudencia del sistema interamericano ha recogido tales estándares.

En el Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, la CtIDH reiteró conceptos vertidos en el *Caso Cantoral Benavides*, en cuanto a que «*la incomunicación durante la detención, (...) el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, (...) las restricciones al régimen de visitas (...) constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana*»¹⁸⁰.

Asimismo, manifestó que «*toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada con dignidad y que el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal mientras se encuentra en reclusión. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos*»¹⁸¹.

Se apoyó en el CDH, que «*también ha sostenido que la detención de un preso con otras personas, en condiciones que representen un peligro serio para su*

180 CtIDH; Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros. Sentencia de 21/6/2002, párr. 164.

181 CtIDH; Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros. Sentencia de 21/6/2002, párr. 165.

salud, constituye una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en lo conducente que nadie debe ser sujeto a la tortura o a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes»¹⁸² (párr. 166).

La CtIDH concluyó que las condiciones de detención «constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes ya que éstos [los reclusos] se encuentran viviendo en situaciones que afectan su integridad física y psíquica» (párr. 169), haciendo extensibles tales conceptos para todo el sistema carcelario de Trinidad y Tobago («las condiciones descritas son condiciones generales del sistema carcelario de Trinidad y Tobago», párr. 170).

Particular relevancia reviste el Caso Tibi, en que la CtIDH consideró «que el Estado debe establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, relacionados con la detención de personas, sus derechos y garantías judiciales, el trato que deben recibir, sus condiciones de detención, tratamiento y control médico, el derecho a contar con un abogado, a recibir visitas, a que los procesados y condenados se alojen en instalaciones diferentes. En fin, el Estado debe garantizar que se apliquen los estándares internacionales»¹⁸³.

Como vemos, se trata de un programa muy amplio, pues debe alcanzar al personal judicial, al del Ministerio Público, a funcionarios policiales y penitenciarios, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico. Ello evidencia la complejidad de la problemática carcelaria y la necesidad de implementar intervenciones interdisciplinarias.

También señaló la necesidad de conferir participación a la sociedad civil, en los siguientes términos: «El diseño e implementación del programa de capacitación, deberá incluir la asignación de recursos específicos para conseguir sus fines y se realizará con participación de la sociedad civil. Para estos efectos, el Estado deberá crear un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos»¹⁸⁴.

182 Cabe destacar que el caso del Comité de Derechos Humanos que la CtIDH cita refiere a Uruguay: Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Moriana Hernández Valentini de Bazzano v. Uruguay*, No 5/1977 de 15 de agosto de 1979, párrs. 9 y 10.

183 CtIDH; Caso Tibi, párr. 263.

184 CtIDH; Caso Tibi, párr. 264.

En su Punto Resolutivo N° 13 impuso las siguientes obligaciones al Ecuador: «*El Estado debe establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos. El diseño e implementación del programa de capacitación, deberá incluir la asignación de recursos específicos para conseguir sus fines y se realizará con la participación de la sociedad civil. Para estos efectos, el Estado deberá crear un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar los programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos. El Estado deberá informar a esta Corte sobre la constitución y funcionamiento de este comité, en el plazo de seis meses en los términos de los párrafos 262 a 264 de la presente Sentencia*».

7.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

Las inadecuaciones del derecho interno son las siguientes:

1. Si bien el DL 14.470 recoge varios de los estándares internacionales reseñados, contiene algunas inadecuaciones que se detallan a continuación.
 - Se restringe el derecho de visita por la sola disposición de la autoridad carcelaria, en contravención a la Regla N° 37 que no establece tal limitación.
 - El artículo 13 establece restricciones a la visita y correspondencia «*por motivos disciplinarios, por razones inherentes al orden interno de los establecimientos o a la ejecución del tratamiento asignado*», lo que contraviene la Regla N° 37 que no establece la posibilidad de limitar tales derechos, y mucho menos con tal amplitud.
 - El Cap. VII sobre personal penitenciario resulta incompleto, pues no contempla todos los estándares internacionales.
2. Las mayores inadecuaciones se presentan a nivel reglamentario, pues ninguno de los reglamentos actualmente vigentes se adecua a los estándares internacionales, siendo incluso contradictorios con el

propio DL 14.470. En este sentido, mientras el artículo 48 inc. 2 DL 14.470 establece la plena aplicación del principio de legalidad y la proscripción del doble castigo (en un todo adecuado a la Regla N° 30), el Reglamento admite el castigo por acciones que se opongan «*directa o indirectamente*» a lo previsto en el mismo. Además, la tipificación de las conductas es inadecuada, en la medida que su amplitud posibilita la aplicación arbitraria de sanciones por la autoridad administrativa.

Los vacíos legislativos más importantes se encuentran en relación a:

1. El tema superpoblación, pues no se prevé una específica relación recluso/capacidad locativa, de modo de evitar la superpoblación carcelaria, prohibida bajo el derecho internacional (Regla N° 9).
2. Una regulación en capítulos separados relativa a las distintas categorías de reclusos (procesados, condenados, alienados mentales).
3. Una regulación específica relativa a reclusos alienados y enfermos mentales.
4. Una regulación específica relativa a mujeres, especialmente aquellas que se encuentran embarazadas o tienen hijos a su cargo.

7.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

Una de las graves falencias de nuestro sistema carcelario es que el mismo se ubica, institucionalmente, en la esfera del Ministerio del Interior. De este modo, la policía termina cumpliendo un rol ajeno a sus funciones (de prevención y represión del delito), debiendo cumplir otro (reinserción social) para el que no está capacitada.

La Comisión para el Mejoramiento del Sistema Carcelario (constituida a partir de la ley 16.707) señaló que en la historia de la cárcel uruguaya sólo durante unos meses del gobierno de facto de Gabriel Terra y luego en 1971 por una coyuntura muy especial se estableció la dependencia de las cárceles del Ministerio del Interior. La Ley Orgánica de Ministerios 9.463 la confirió al Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social. Luego, el decreto 160/967 dispuso que corresponde al Ministerio de Cultura. Es decir que la tradición es que estuvieran bajo la dependencia de autoridades civiles.

Por ello la mencionada Comisión propuso: «*La reforma constitucional motivo de la preocupación política en este momento (se refiere a 1996), daría la oportunidad de creación de un Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que agrupara organismos dispersos integrándose con los Institutos Penales, el Ministerio Público, la Defensoría de Oficio y los Registros Públicos. En este Ministerio, la Dirección General de Institutos Penales sería un servicio descentralizado, con su propia organización y escalafón que lo colocarían fuera de los avatares políticos. Otra solución, quizás mas viable y de concreción más inmediata es la creación de un servicio descentralizado (art. 220 de la Constitución) en idéntica forma a la prevista para el INAME*».

Se trata de dos alternativas viables y convenientes para el mejoramiento del sistema carcelario, pues, como hemos dicho, el actual diseño institucional termina haciéndole cumplir a la policía un rol (reinserción social) ajeno a sus funciones, limitadas a la prevención y represión de la delincuencia.

Además, una reubicación institucional de las cárceles permitirá cumplir cabalmente con el mandato constitucional previsto en el artículo 26 de la Carta.

En cuanto al DL 14.470, si bien éste presenta cierto nivel de adecuación a la normativa internacional, a efectos de lograr una plena armonización se proponen las siguientes reformas:

1. Debido a que la superpoblación carcelaria se encuentra proscripta bajo el derecho internacional (Regla Nº 9 de las Reglas Mínimas y CtIDH; Caso Hilaire y Caso Tibi) y constituye una fuente principal de las frecuentes violaciones de derechos humanos en el ámbito carcelario, deberá incluirse una norma que establezca un *cupo máximo* en función de las capacidades locativas de cada establecimiento, previendo asimismo mecanismos de liberación toda vez que se supere el cupo referido¹⁸⁵. La ley deberá definir los criterios para proceder a la liberación, estableciendo un orden de prioridad. Resultaría coherente dar preferencia a los procesados que lleven un largo tiempo de prisión preventiva y a los condenados que estén próximos a cumplir las dos terceras partes de la pena impuesta. Ambos extremos (cuánto tiempo de

185 Dicha propuesta ha sido sostenida, por ejemplo, por Raúl Zaffaroni, actual Ministro de la Corte Suprema de la República Argentina.

prisión preventiva, cuán próximos al cumplimiento de los dos tercios) deberán ser definidos claramente en la ley.

2. Eliminar la referencia a la peligrosidad del art. 2 lit. A), que puede ser un obstáculo para recibir tratamiento. La normativa internacional no prevé limitaciones en función de tal categorización.

3. Modificar el artículo 4 inc. 2, pues si bien por un lado reconoce la necesidad de separar los reclusos procesados de los condenados, al mismo tiempo permite la aplicación de normas comunes en materia de reinserción, seguridad y disciplina. Deberá introducirse una regulación específica para condenados, procesados y reclusos alienados y enfermos mentales (categoría que no ha sido reconocida en el DL 14.470) tomando como modelo las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

4. Modificar los artículos 25 a 30 del Decreto-Ley 14.470, introduciendo una regulación específica para las reclusas mujeres y los derechos de aquellas que cursen un embarazo o tengan hijos a su cargo.

5. Derogación de las limitaciones al derecho de visita (arts. 10 y 13), el que deberá ser consagrado con la mayor amplitud, y sin restricción de tipo alguno. Se deberá establecer expresamente la prohibición para la autoridad carcelaria de cercenar las visitas como forma de sanción.

6. Introducción -en el Capítulo IV (Normas disciplinarias)- del derecho de defensa, que no está previsto en el art. 52. Se deberá establecer el principio de que ninguna sanción podrá ser aplicada sin habersele dado al recluso la posibilidad de defenderse de la imputación y luego de un examen completo de la situación. El recluso debe contar con la posibilidad de que la sanción sea revisada por una autoridad de alzada.

7. Adecuar a las Reglas Mínimas el Capítulo VII sobre personal penitenciario, introduciendo una regulación sistemática sobre capacitación, roles y uso de la fuerza.

8. Incluir mecanismos de participación de la sociedad civil en diversas áreas del quehacer penitenciario, en especial en materia de capacitación en derechos humanos (para reclusos, personal penitenciario, personal judicial y del Ministerio Público). A tales efectos se podrá conformar un

comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar los programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos¹⁸⁶.

En relación a los dos reglamentos actualmente vigentes (Régimen Disciplinario para Reclusos; Decreto de 5/10/99, Res. Min. 1.501 y Régimen Penitenciario Progresivo; Decreto de 5/10/99, Res. Min. 1.502), los mismos deberán ser derogados, pues resulta grosera su vulneración al principio de legalidad, debiendo establecerse claramente en la nueva reglamentación el catálogo de conductas prohibidas y las garantías de defensa y contradicción. Se establecerá el principio de que ninguna sanción podrá ser impuesta sin haber dado al recluso la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y de contradicción.

Finalmente, cabe mencionar la necesidad de derogar el art.80 num. 2 de la Constitución, en cuanto establece la suspensión de la ciudadanía «por la condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaría».

En efecto, si, como hemos dicho, el recluso sólo ha sido privado de su libertad ambulatoria (pero no de los demás derechos), no hay razón que justifique una restricción tan grave como la de ejercer su ciudadanía (cuya primera consecuencia es la prohibición de ejercer el derecho al sufragio).

Obsérvese la amplitud de dicha restricción, que abarca a todos los procesados por causas en que «pueda resultar» pena de penitenciaría. Si tenemos presente que la gran mayoría de los delitos contemplados en nuestra legislación (CP y leyes especiales) tienen prevista, en su escala máxima, penas de penitenciaría, entonces la casi totalidad de los reclusos estarían abarcados por la prohibición constitucional.

Por otro lado, dicha prohibición supondría una predicción, en cada caso, de la «eventual pena a recaer», a efectos de verificar si la situación se encuentra (o no) abarcada por el art. 80 num. 2 de la Constitución. Dicha predicción no es sencilla de hacer pues depende de una amplia gama de circunstancias y valoraciones por parte del Juez, que estrictamente deben tener lugar en la sentencia (de lo contrario podría estar prejuzgando).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la restricción abarca al procesado, esto es, a aquel que simplemente ha sido sometido a proceso, pero que aún

186 CtIDH; Caso Tibi.

debe ser considerado inocente (presunción de inocencia) hasta que no recaiga una sentencia firme de condena. Evidentemente, si la presunción de inocencia implica, ante todo, el «trato como inocente», entonces evidentemente desde este punto de vista tampoco puede justificarse el obstáculo constitucional - ¿cómo se subsanaría la situación de aquel a quien se le impidió sufragar por haber estado procesado, pero luego fue absuelto?

Todas estas razones hacen aconsejable la derogación, reforma constitucional mediante, del artículo 80 numeral 2 de la Constitución, al establecer una restricción injustificada a un derecho tan importante como el sufragio, por el sólo hecho de haber sido procesado.

8. CORRUPCIÓN

8.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

8.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados y Convenciones

- Convención Interamericana Contra la Corrupción, aprobada por ley 17.008.

b) Reglas y Directrices

- Carta Democrática Interamericana (art.4).

8.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 24, 25, 59 a 66, 208 a 213 y 309.

b) Leyes

- Ley 15.757: Creación de la Oficina de Servicio Civil.
- Ley 17.060: Uso Indevido del Poder Público.
- Ley 17.213: Sustitución de determinados artículos del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF).

- Ley 17.296: Corrupción.
- Ley 9.155: Código Penal (Título IV: Delitos c/ Administración Pública, arts 153 al 177).

8.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Los Estados deben promover y fortalecer los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción (art. II de la Convención Interamericana contra la Corrupción)¹⁸⁷.

Esta obligación debe proveerse con medidas legislativas y administrativas que comprendan normas de conducta para el funcionariado público, mecanismos para hacerlas efectivas, sistemas de información confiables y mecanismos de rendición de cuentas cristalinos (art. III CICC).

A todos los efectos se entiende como función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado, en cualquiera de sus niveles jerárquicos y es funcionario público cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades.

Deben existir, por un lado, mecanismos que protejan a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien actos de corrupción y, por otro, medidas efectivas que impidan el soborno de los funcionarios públicos nacionales y extranjeros.

De la misma manera, las medidas tendientes a combatir la corrupción deben comprender sistemas equitativos, públicos y eficientes de contratación de funcionarios públicos y de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado (art. III, inc. 5 CICC).

La CICC exige también sistemas adecuados de recaudación y control de los ingresos del Estado (art. III, inc. 6 CICC).

Este instrumento, además, entiende como imprescindible para combatir la corrupción la existencia de órganos de control superior que desarrollen mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prác-

¹⁸⁷ En adelante, CICC.

ticas corruptas (art. III, inc. 9 CICC), así como mecanismos que estimulen la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenirlas (art. III, inc. 11 CICC).

El hecho de que un Estado ratifique la CICC no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida en virtud de su legislación nacional. En este sentido, los Estados Parte que aún no lo hayan hecho deberán adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en la CICC.

Cada Estado Parte deberá adoptar medidas para ejercer su jurisdicción respecto de aquellos delitos que de conformidad con la CICC se tipifiquen en la legislación interna, siempre y cuando:

1. el delito se cometa en su territorio;
2. el mismo sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio;
3. el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado decida no extraditarlo a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.

La CICC, en su art. VI, considera como actos de corrupción:

1. El requerimiento o la aceptación que directa o indirectamente realice un funcionario público o cualquier otra persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otro tipo de beneficios, ya sea para sí mismo o para otra persona, a cambio de la ejecución (por vía de acción u omisión) de cualquier acto en el ejercicio de una función pública.
2. El ofrecimiento o el otorgamiento que directa o indirectamente se efectúe a un funcionario público o a cualquier otra persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otro tipo de beneficios, ya sea para sí mismo o para otra persona, a cambio de la ejecución (por vía de acción u omisión) de cualquier acto en el ejercicio de una función pública.
3. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio

de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero.

4. El aprovechamiento doloso o la ocultación de bienes que provengan de cualquiera de los actos descriptos en los incisos anteriores.

5. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos descriptos en los incisos anteriores.

Se deberá tipificar específicamente y sancionar como delito al soborno transnacional. En base a ello, los Estados en su normativa nacional deberán prohibir y sancionar el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales o personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Los Estados que no hayan tipificado como figura delictiva al soborno transnacional, deberán brindar la asistencia y cooperación previstas en la CICC en relación con este delito, en la medida en que sus leyes así lo permitan.

Con respecto al enriquecimiento ilícito, la CICC no consagra una obligación absoluta para los Estados Partes de tipificarlo en su legislación como delito. El enriquecimiento ilícito alude al incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos (durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él). De tipificarse dicha figura, deberá realizarse con sujeción a la Constitución y a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

Los Estados que no hayan tipificado como figuras delictivas al soborno transnacional y al enriquecimiento ilícito, deberán brindar la asistencia y cooperación previstas en la CICC en relación con este delito, en la medida en que sus leyes así lo permitan.

A efectos de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de la CICC, los Estados

se obligan a considerar también como delito en sus legislaciones a las siguientes conductas:

1. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual haya tenido conocimiento en razón o en ocasión de la función desempeñada.
2. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier tipo, de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales haya tenido acceso en razón o en ocasión de la función desempeñada.
3. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.
4. La desviación ajena a su objeto que para beneficio propio o de terceros hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.

En aquellos casos en que el Estado haya tipificado alguno de estos delitos, ellos serán considerados actos de corrupción. Para el caso de que estas conductas no sean tipificadas en la legislación interna, el Estado deberá brindar la asistencia y cooperación prevista en la CICC en relación a estos delitos, en la medida que sus leyes lo permitan (art. XIV CICC).

Cada uno de los delitos que el Estado tipifique en cumplimiento de la CICC se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte y ellos se comprometen a incluir esos delitos como causas de extradición en todo tratado que suscriban entre sí (art. XIII CICC).

Los Estados se prestarán la más amplia asistencia recíproca, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la CICC, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción (art. XIV CICC).

Los Estados se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción.

Los Estados se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, el Estado podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

El Estado requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado requirente amparándose en el secreto bancario. Este artículo será aplicado por el Estado requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado requirente. El Estado requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas por el secreto bancario que reciba para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado requerido.

Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la CICC, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Parte. No obstante lo anterior, en ningún caso podrá afectarse el principio de la irretroactividad de la ley penal, ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención.

8.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

Debemos comenzar señalando que, en general, a diferencia de lo que se aprecia en otras áreas, el Estado uruguayo, en términos generales, ha amoldado satisfactoriamente su legislación interna a las normas que surgen de la CICC. Dicha armonización se observa claramente en la reforma operada por la ley 17.060, cuyo objetivo principal fue, justamente, la de acompasar la legislación doméstica a la normativa internacional.

Sin perjuicio de ello, existen algunos aspectos que no han sido contemplados, los cuales son señalados a continuación:

1. No existe aún amparo legal al derecho al acceso a la información pública. Si bien es un derecho reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos y por la Constitución, al no estar instrumentado por una ley nacional que lo facilite, se obstaculiza en definitiva el acceso al mismo y, por tanto, no existen efectivas garantías para su cumplimiento. El acceso libre y rápido a la información en poder del Estado es un requisito indispensable para un efectivo control de la gestión de los «funcionarios públicos» en la amplia acepción del término que proporciona la CICC. El acceso a la información pública es indispensable entonces para una efectiva «rendición de cuentas» y, por tanto, mientras no exista una ley que facilite este derecho, nos encontramos ante un vacío legal que puede habilitar o facilitar prácticas de corrupción.
2. Los sistemas de contratación de funcionarios públicos son, en el actual marco legal, poco cristalinos, y si bien en los estatutos del funcionario de las distintas reparticiones estatales se indica el concurso y/o el sorteo como mecanismos para acceder a la función pública, la práctica política del clientelismo ha desvirtuado el sistema. Por tanto, se requieren medidas legislativas más efectivas de contralor y rendición de cuentas en relación a las designaciones de funcionarios por parte de los jefes.
3. Los sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado están, por previsión constitucional, controlados por el Tribunal de Cuentas. Sin embargo, muchas veces sus observaciones no son tomadas debidamente en cuenta por parte de los organismos públicos fiscalizados. Ello denota la ausencia de previsiones legales e incluso constitucionales

que impongan más obligaciones a estos organismos en cuanto a su observancia de las indicaciones señaladas por el referido Tribunal.

4. En este sentido cabe señalar que de la CICC se desprende que el uso o aprovechamiento indebido, por parte de un funcionario público, de cualquier clase de bienes del Estado, debe ser previsto como delito en el ámbito doméstico. Si bien en nuestra legislación existen algunos artículos en el CP que abarcan esta conducta (fundamentalmente el artículo 153 que tipifica el delito de Peculado), si se lee con atención el mismo se aprecia con facilidad que dicha norma prevé los casos en que el funcionario se apropia de dinero o de cosas muebles. Es decir que es menos amplia que lo que establece la CICC, ya que ésta refiere a cualquier clase de bienes del Estado.

5. Por lo tanto, y partiendo de la división tradicional que se realiza en el derecho civil en cuanto a que los «bienes» básicamente son de dos tipos, bienes muebles e inmuebles, puede concluirse que nuestra legislación penal no sanciona la apropiación de bienes inmuebles por parte de un funcionario público.

6. A su vez, existe un aspecto de difícil dilucidación: el levantamiento del secreto bancario cuando éste fuere peticionado por otro Estado a efectos de investigar un presunto caso de corrupción. La CICC señala expresamente que el Estado requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado requirente amparándose en el secreto bancario. Sin embargo, el artículo 36 de la ley 17.060 preceptúa que dichas solicitudes se rigen por las normas procesales y sustanciales de nuestro país.

7. En el derecho interno no se aprecian mecanismos que protejan efectivamente a los funcionarios públicos o a cualquier particular que denuncie un acto de corrupción ante las autoridades pertinentes.

8. Tampoco existen en nuestra legislación normas que aseguren la cooperación sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción.

9. Lo mismo ocurre en relación a la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados en la CICC.

10. En materia de creación de órganos superiores de supervisión y contralor, la ley 17.060 creó una Junta Asesora en Materia Económico Financiera y estableció sus funciones, cometidos, formas de actuar y ubicación dentro del organigrama del Estado. Sin embargo, pese a cumplir en estos ítems los estándares internacionales recomendables, no se establece una forma efectiva de participación de la sociedad civil, ya sea integrándola o colaborando con ella. Por tanto, la legislación nacional debería prever formas de participación y control de la sociedad civil, alentando a las organizaciones no gubernamentales a que fiscalicen y exijan rendición de cuentas por parte del funcionariado público.

11. Un vacío legal importante en nuestro país es la ausencia de una ley de control sobre la financiación de los partidos políticos y de las campañas electorales.

12. Por último, la previsión del artículo 25 de la Constitución, que faculta a los organismos públicos que hayan pagado reparación a repetir contra el funcionario público que haya causado daño a terceros y haya obrado con culpa grave o dolo, no ha sido debidamente reglamentada. Esta posibilidad corresponde, entre otras, al deber del Estado de perseguir a los funcionarios corruptos establecido por la CICC y llevaría a que, dentro de lo posible y dentro de las garantías legales, los costos de los daños provocados por el accionar de los mismos sea pagado por ellos. Por tanto, la no utilización de esta posibilidad muchas veces atenta contra el poder disuasivo de esta norma, problema que debe ser regulado más minuciosamente por disposiciones de rango legal.

8.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

A pesar de que existe una legislación nacional para combatir la corrupción que se amolda satisfactoriamente a las disposiciones de la CICC, igualmente se puede seguir avanzando, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico normas que legislen sobre algunos temas aún no contemplados. El hacerlo reforzaría la lucha contra la corrupción.

1. Aunque este aspecto ya ha sido tratado en el tema 3 (Derecho a la Información), es importante señalar nuevamente que es imprescindible

la existencia de un amparo legal al derecho a la información pública. Sólo con una ley que instrumente y reglamente el acceso a la información en poder del Estado, otros organismos públicos e incluso las personas jurídicas privadas que cumplen un servicio público por concesión, será posible el debido control por parte de la ciudadanía, la transparencia en la gestión y la rendición de cuentas de la gestión de todos los funcionarios públicos.

2. Esta ley de acceso a la información pública debe estar acompañada por una ley de organización y control de los archivos de los organismos públicos para completar y asegurar los objetivos de control, transparencia y rendición de cuentas ya señalados.

3. Debe legislarse urgentemente acerca del sistema de contratación de funcionarios públicos, creando un sistema único nacional que obligue por igual a todos los organismos públicos nacionales y departamentales, entes autónomos y servicios descentralizados y organismos de contralor. Esta ley debe contener la obligación expresa para las autoridades de los organismos públicos de rendir cuentas en cuanto a las designaciones de funcionarios.

4. De la misma manera, debe impulsarse por ley la creación de un único estatuto nacional de funcionarios públicos, con un único régimen escalafonario y una común escala de remuneraciones, como forma de eliminar los privilegios, el clientelismo y el amiguismo dentro de la administración pública.

Esta ley debe fomentar la carrera administrativa, eliminando al máximo posible los cargos de confianza política, promoviendo en toda su extensión posible la modalidad del concurso para el ingreso y el ascenso.

5. Se debe establecer por ley la responsabilidad política y administrativa de aquellas autoridades de organismos públicos que injustificadamente no atiendan o desobedezcan las observaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas.

Esa misma ley debe hacer énfasis en la obligación de los organismos públicos de levantar las observaciones del tribunal y la obligación de control del Poder Legislativo. Dadas las dificultades de tiempo dispo-

nible, debe crearse un organismo en la órbita del Poder Legislativo al cual se le encomiende esta tarea y que informe periódicamente a la Asamblea General el resultado de su control.

6. Deben crearse mecanismos de rendición de cuentas eficaces para que la sociedad civil pueda controlar la gestión de los organismos públicos y el manejo de las finanzas. En este sentido, sería conveniente que en las leyes de presupuesto y de rendición de cuentas se establezcan formas de control participativas por parte de los organismos de la sociedad civil.

7. Por ley debe ordenarse e instrumentarse también un único sistema nacional de convenios para promover programas sociales entre organismos públicos y personas jurídicas privadas, sean éstas sociedades comerciales o asociaciones civiles sin fines de lucro.

El Estado debe promover la cooperación internacional y la distribución equitativa de los fondos de allí provenientes entre las organizaciones de la sociedad civil que posean legitimación en el trabajo social desde las más amplias perspectivas, instrumentando la misma a través de la creación legislativa de una instancia institucional con ese cometido.

8. Es imprescindible la sanción de una ley de control sobre la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales, que prevea la obligación de presentar a la ciudadanía en forma periódica la contabilidad de ingresos y egresos.

9. Debe crearse un sistema único nacional de distribución de la publicidad oficial que obligue por igual a todos los organismos públicos, impulsando medidas de distribución equitativas que promuevan la libertad de información, de prensa y la pluralidad de medios¹⁸⁸.

10. La creación de un Defensor del Pueblo u Ombudsman¹⁸⁹, así como otras instituciones nacionales de derechos humanos, son un instrumento importantísimo para combatir los actos de corrupción, pues constituyen un ámbito propicio para canalizar las denuncias de este tipo y poder instrumentar las necesarias investigaciones y pedidos de

188 Ver tema 3 (Derecho a la Información): Reseña de recomendaciones.

189 Ver tema 4 (Acceso a la Justicia y Administración de Justicia).

informes de manera independiente al poder político. Una institución de este tipo colabora para reforzar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales que son afectados por los actos de corrupción, que disminuyen los recursos disponibles para su cobertura.¹⁹⁰

En instituciones como éstas, no solamente encuentran eco las denuncias sobre «grandes casos de corrupción», sino también aquellas en apariencia «pequeñas», pero que afectan al ciudadano común en su relación con el Estado o mellan la confianza que se debe tener en el accionar cotidiano de los funcionarios públicos y el normal funcionamiento de las oficinas públicas.

11. En las leyes de presupuesto y rendición de cuentas debe contemplarse la Junta Nacional Anticorrupción, dotándola de los recursos necesarios para hacer efectiva su gestión. A la misma debe incorporarse la presencia de representantes/ miembros de la sociedad civil.

12. Debe reglamentarse legalmente la previsión establecida en el artículo 25 de la Constitución que faculta a los organismos públicos a repetir contra el funcionario público que haya causado daño a terceros y haya obrado con culpa grave o dolo. Esta repetición deberá ser obligatoria y no meramente una facultad de la Administración.

13. Debe a su vez ratificarse la Convención de Naciones Unidas sobre Corrupción, que fuera enviada al Parlamento por el Poder Ejecutivo el 17/8/2005, como forma de confirmar el compromiso del Estado uruguayo en la materia.

14. Por otra parte, se recomienda que el Estado adopte las medidas necesarias para sancionar, en vía civil y administrativa, los actos de enriquecimiento ilícito. Asimismo, y como ya se expresó, en la medida que la CICC no consagra una obligación absoluta para los Estados Parte de tipificar penalmente el enriquecimiento ilícito, consideramos que no resulta conveniente preverlo como delito, ya que ello vulneraría garantías consagradas en diversos instrumentos internacionales, como

190 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comentario General N° 10: El Rol de las Organizaciones Nacionales de Derechos Humanos en la Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 14/12/98.

ser el debido proceso, la presunción de inocencia, la carga de la prueba, el derecho de defensa, etc. No obstante, el Estado deberá brindar la asistencia y cooperación prevista en la CICC en relación con esta figura, en la medida que las leyes internas así lo permitan.

15. En lo que concierne a las solicitudes de levantamiento de secreto bancario, se recomienda sancionar una norma que establezca la obligación del Estado de dar cumplimiento con lo estipulado en la CICC, pero respetando en todos los casos las garantías y procedimientos consagrados en nuestra legislación nacional (ley 17.060 y decreto-ley 15.322).

9. INFANCIA

9.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

9.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados y Convenciones

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley 15.737.
- Convención de los Derechos del Niño, aprobada por ley 16.137.
- Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción.
- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, aprobada por ley 17.334.
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por ley 17.335.
- Convención Interamericana sobre Tráfico y Protección de Menores, aprobada por ley 16.860.
- Convenio Organización Internacional del Trabajo N° 138, aprobado por ley 14.567.
- Convenio Organización Internacional del Trabajo N° 182, aprobado por ley 17.298.

- Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por ley 17.559.
- Protocolo Facultativo sobre la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados, aprobado por ley 17.483.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comité de Derechos Humanos, Conclusiones y Recomendaciones del 8 de abril de 1998 (CCPR/C/79/Add.90).
- Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales a Uruguay, 30/10/96 (CRC/C/15/Add.62).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso «Instituto de Reeducción del Menor».
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02: Condición Jurídica de la Infancia.

c) Reglas y Directrices

- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.
- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia de menores.
- Informes temáticos¹⁹¹:

a) medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2003;

191 El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha desarrollado diferentes «informes temáticos» que plantean líneas generales en determinadas áreas que tienen relación con los derechos del niño. A su vez, en los «días de

- b) la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2003;
- c) VIH/SIDA y los derechos del niño, 2003;
- d) el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, 2002;
- e) propósitos de la educación, 2001.
- Conclusiones de Días de Discusión General del Comité Derechos del Niño:
 - a) el sector privado como proveedor de servicios (CRC/C/121, 31va. Sesión, 21 de setiembre de 2002);
 - b) la violencia contra los niños en el seno de la familia y en la escuela (CRC/C/111, 28va. Sesión, 28 de setiembre de 2001);
 - c) La violencia estatal contra los niños (CRC/C/97, 25va. Sesión, 22 de setiembre de 2000);
 - d) 10° aniversario de la Convención: Logros y tareas pendientes (CRC/C/87, Anex. IV, 22ª Sesión, 30 de setiembre – 1 de octubre de 1999);
 - e) VIH/SIDA (CRC/C/79, Anex. VI, 19ª Sesión, 5 de octubre de 1998);
 - f) los niños con discapacidades (CRC/C/66, Anex. V, 16ta. Sesión, 6 de octubre de 1997);
 - g) el niño y los medios de comunicación (CRC/C/50, Anex. IX, 13ª Sesión, 7 de octubre de 1996);
 - h) la administración de la justicia de menores (CRC/C/43, Anex. VIII, 10ª Sesión, 7 de octubre de 1995);

debate previos» ha ido incorporando diferentes aspectos que tienen relación con la aplicación de la CDN y van fijando estándares mínimos para la vigencia y respeto de los derechos del niño. Entre estos documentos generados en estas dos instancias tenemos los que se indican a continuación.

- i) la niña (CRC/C/8va. Sesión, 21 de enero de 1995);
- j) el rol de la familia (CRC/C/24, 7ª Sesión, 10 de octubre de 1994);
- k) la explotación económica de los niños (CRC/C/20, 4ª Sesión, 4 de octubre de 1993);
- l) niños en conflictos armados (CRC/C/10, 2ª Sesión, 5 de octubre de 1992).

9.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 40 a 43.

b) Leyes

- Código Civil (arts. 252, 257, 261, 263).
- Ley 10.674: Legitimación Adoptiva.
- Ley 15.462: Registro de Estado Civil.
- Ley 15.977: Creación del INAME (art. 2).
- Ley 16.707: Ley de Seguridad Ciudadana.
- Ley 17.823: Código de la Niñez y Adolescencia (arts. 7, 8, 16, 27, 28, 30, 91, 117 a 119, 121, 142, 146, 150 a 157 y 188).

c) Decretos, Reglamentos y Acordadas

- Acta 47 del CODICEN, 8 julio de 2005: Estatuto del Estudiante de Educación Media, (arts. 5 a 8, 11 a 13 y 20).
- Reglamentos de Disciplina del INTERJ (Instituto Técnico de Rehabilitación Juvenil-INAU).

9.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La imagen social que hoy tenemos de la infancia no fue la misma a lo largo de la historia. La niñez como tal, o más precisamente la idea que sobre ella tenemos en este siglo, es un descubrimiento bastante cercano en el tiempo.

Según Philippe Ariès¹⁹², la infancia carece de una ontología que la defina por sí misma, por lo que afirma que ella es producto de una construcción social. Ariès desarrolla su tesis partiendo del análisis de obras de arte, estudiando cuadros de diferentes escenas de la «vida familiar». Observó que en los mismos, los niños aparecían siempre mezclados en las diferentes actividades del mundo junto a los adultos, además de no tener una ubicación específica en la escena retratada. Constató que la única diferencia con los adultos era la estatura, pues la complexión física era similar a la de éstos. Es decir, aparecían como adultos en cuanto a su desarrollo muscular (eso es particularmente relevante en los trazos del rostro, los músculos de los brazos y el tórax).

Ariès concluyó que hasta el siglo XVI no se llegó a conocer la niñez de acuerdo a una idea más cercana a la nuestra. El niño crecía y se desarrollaba durante sus primeros años con su madre (se cree que hasta los seis años de edad) por una necesidad biológica e inmediatamente pasaba a socializarse en conjunto con los adultos¹⁹³.

El cambio de la forma de sentir de los adultos hacia los niños comenzó a darse en el siglo XVIII, cuando una serie de autores¹⁹⁴ (entre ellos, Jean-Jacques Rousseau con su libro *Émile*) comenzaron a hablar de amor maternal, junto al reclamo de darle al niño un lugar central en la crianza dentro de la familia. Posteriormente, junto a la idea del niño necesitado de una familia donde crecer, aparecerá la escuela, lugar cuya importancia será trascendental en las nuevas formas de sentir y controlar a los niños. Disciplina, mando y jerarquía serán, a partir de este momento, los elementos centrales sobre los que se comenzarán a construir las relaciones sociales entre el mundo adulto y los niños, cuyas consecuencias en una mirada histórica de respeto

192 ARIÈS, Philippe; *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Taurus, Madrid, 1987, pp. 33-187. Debemos alertar al lector que este trabajo no es el único realizado en este campo. Existen otros autores y abordajes diferentes a las tesis de Ariès que merecen ser destacados, entre los que encontramos textos de: Lloyd Demause, Elizabeth Badinter, Linda Pollock y Hugh Cunningham, entre otros.

193 ARIÈS, Philippe; «El niño y la calle, de la ciudad a la anticuidad», en *Ensayos de la Memoria 1943-1983*, Editorial Norma, Bogotá, 1995, pp. 283-309.

194 PILOTTI, Francisco; *Globalización y Convención sobre los derechos del niño: el contexto del texto*, Unidad de Desarrollo Social y Educación, OEA, Washington DC, 2000, *passim*.

a la dignidad humana tendrán graves consecuencias a la luz de los derechos humanos. La centralidad del niño en los nuevos escenarios tendrá un costo: la pérdida de su autonomía y el surgimiento de una cultura jurídico-social que ligará la idea de protección con algún tipo de incapacidad¹⁹⁵.

Tras la revolución industrial, con el surgimiento de ciudades complejas y el culto a la vida privada, algunos niños comienzan a hacerse más visibles en los centros urbanos, calles y plazas, convirtiéndose en objeto de preocupación de grupos de ciudadanos provenientes de clases medias y acomodadas, que surgen en Estados Unidos y se los conoce con el nombre de «*Salvadores del Niño*»¹⁹⁶. Ellos emprenderán una cruzada que trata de salvaguardar a los niños en dos vertientes: aquellos que se encuentran en la calle, fuera de la escuela y la familia, y aquellos que padecen las condiciones de una administración de justicia y castigo que es la misma de los adultos. Con ellos se desatan campañas de protección de la niñez motivadas en la inquietud que generaba su presencia en las calles. Con este movimiento surge el primer tribunal de menores, en Illinois en 1899.

Mientras tanto, nuestro país comienza a configurarse como Estado nacional y se debate entre lo que Barrán ha denominado la «*cultura bárbara y la civilizada*»¹⁹⁷. En nombre del progreso se imponía el pasaje a la sociedad disciplinada. Para ello, nada mejor que hacerlo a través de dos saberes emblemáticos que caracterizaban el Uruguay de fines de siglo XIX y comienzos del XX: el médico y el jurídico. Los codificadores de 1934, guiados por las ideas del positivismo científico y la eugenesia, intentaron con sus métodos conseguir una «*raza mejor*».

El Código del Niño está imbuido de lo que se ha denominado la «*doctrina de la situación irregular*», en tanto que a través de él se legitimó la

195 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; «La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos», en *Derecho de infancia y adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis - Tacro, Bogotá, 1995, pp. 75-87, p 75.

196 PLATT, Anthony; *Los Salvadores del Niño o la invención de la delincuencia*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1982, *passim*.

197 BARRAN, José Pedro; *Historia de la sensibilidad en el Uruguay*, tomos 1 y 2, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 1990, *passim*.

intervención estatal coactiva y discrecional sobre una porción de la infancia: los niños pobres, abandonados o delincuentes¹⁹⁸.

Si bien la línea argumental de ese Código y de todas las leyes surgidas a partir de 1920 en la región se basan en criterios de «protección» de la infancia abandonada y/o delincuente, en los hechos su implementación se tradujo en las intervenciones más discrecionales y negadoras de derechos de algunos niños y sus familias: los pobres, quienes crecieron al margen del desarrollo de políticas sociales que efectivizaran sus derechos económicos, sociales y culturales.

Estas intervenciones fueron habilitadas a través de la figura del Juez de Menores: «[a] este Juez, antes que resolver problemas de naturaleza estrictamente jurídica se le ordenó que actuara como «buen padre de familia», por sobre el «hombre de leyes», habilitándolo de esa forma a intervenir en todos aquellos problemas de corte socio-económica de una porción de los niños, «los menores». Estos son un mismo sujeto social sobre el que en determinado momento se produce un corte que le niega su carácter y lo convierte en un objeto»¹⁹⁹.

La ideología tutelar paternalista y la defensa social son el sustento de esta forma de dirigirse a la niñez del país, o lo que acertadamente García Méndez ha denominado la ideología de la compasión/represión²⁰⁰. El niño es considerado un objeto, respecto del cual el derecho se presenta como un instrumento funcional a un modelo de control, que excluye, en primer término, el tratarlo como persona, como sujeto de derecho.

El sistema construido por nuestro Código del Niño constituye un programa para excluir de la familia, la escuela y la sociedad, al niño que aparece como un problema para la seguridad, la moral y la salud pública. Este ha sido el panorama sobre el cual se desarrollaron todas las prácticas estatales hacia los niños en nuestro país, hasta que irrumpe en el año 1989 la CDN.

198 GREZZI, Ofelia y URIARTE, Carlos; «Infancia, adolescencia y control social en Uruguay», GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; CARRANZA, Elías (comps.); *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Editorial Galerna, Buenos Aires, 1992, pp. 241-281, pp. 242-243.

199 BELOFF, Mary; «No hay menores en la calle», en *No hay derecho*, Año 2, N° 6, Buenos Aires, junio 1992, pp. 36-37, p. 36.

200 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; ob.cit. *passim*.

La CDN reveló un consenso poco usual frente a un instrumento de derechos humanos y entre países cultural y socio-económicamente muy diversos²⁰¹, al punto de ser el instrumento de derechos humanos más ratificado del sistema de Naciones Unidas. Recoge una nueva visión de la infancia y nos interpela, desde los derechos fundamentales de ésta, a los adultos acerca de las formas de relacionarnos con las personas menores de dieciocho años. Desde una perspectiva de respeto a la dignidad de los niños y las niñas debemos, a partir de ahora, revisar las relaciones sociales, las prácticas y las políticas dirigidas a ellos. Los cambios fundamentales, consecuencia directa de la ratificación por nuestro país de la CDN (ley N° 16.137), son:

1. Niño es todo ser humano hasta los dieciocho años.
2. Es sujeto de derechos, y por lo tanto todos los derechos de los que los adultos gozan son también derechos de las personas menores de dieciocho años.
3. El rol del Estado es el de garante de los derechos. Debe proteger y potenciarlos porque el niño se encuentra en una condición peculiar de «ser humano en desarrollo».
4. Los derechos son un límite/garantía a cualquier intervención adulta sobre los niños.
5. El juez debe resolver problemas jurisdiccionales con todas las garantías para los niños y no atender paternalmente problemas de políticas sociales, como suponen las legislaciones tutelares.
6. La judicialización de los niños es un procedimiento que debe evitarse y la privación de libertad debe ser una medida de último recurso que se aplicará por el menor tiempo posible.
7. La opinión de los niños en todos los temas que los afectan es un derecho y un pilar fundamental sobre el que se edifica todo el nuevo marco normativo.
8. La familia (art. 5) es el ámbito natural para el desarrollo de los niños y es rol del Estado generar las condiciones para que los niños puedan

201 PILOTTI, Francisco; ob.cit., *passim*.

crecer en el seno de una familia. El artículo 18 de la Convención tiene en este esquema una importancia vital, en tanto establece la obligación del Estado de prestar asistencia a los padres.

9. Especial consideración debemos darle a la noción de *interés superior del niño* enunciado en el artículo 3 de la CDN. Dicho principio es la clave para entender cuestiones que quedaban libradas al criterio de los adultos. El mismo se erige en un principio garantista que debe necesariamente coincidir con una interpelación vinculante de los demás derechos proclamados en la CDN²⁰². Junto a éste aparece el concepto de *autonomía progresiva*²⁰³, que define un estatus para el ejercicio y disfrute de derechos, de acuerdo a la madurez y el grado de desarrollo del niño.

En los sistemas de protección de los derechos humanos de carácter universal y regional, la preocupación por la situación jurídica de la infancia es un tema de agenda. En el primero, se debe resaltar la Observación General N° 5 del Comité de los Derechos del Niño sobre «Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño», dirigida a «*describir la obligación de los Estados Partes de adoptar lo que han denominado “medidas generales de aplicación”.*»²⁰⁴.

En el sistema regional, la CtIDH elaboró en 2002 la Opinión Consultiva N° 17, sobre «Condición jurídica y derechos humanos del niño». En ella la CIDH había solicitado a la CtIDH una interpretación del artículo 19 de la CADH a la luz de sus artículos 8 y 25. En la Opinión Consultiva se aborda la situación de la infancia del continente a la luz de los instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos. Sin embargo, la mencionada Opinión Consultiva, siendo un paso importante en la región, aún no deja de considerar elementos del viejo paradigma

202 CILLERO BRUÑOL, Miguel; «Interés superior en el marco de la Convención de los Derechos del Niño», en AA.VV.; *Sociedades y políticas*, Buenos Aires, 1997, número 3 y 4, pp. 13 - 19, p. 15-16.

203 Aunque no existe una profundización conceptual de la autonomía progresiva, la idea más cercana al concepto viene del derecho privado y es la que nos habla de capacidad de hecho y de derecho, según indica Mary Beloff.

204 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5: Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y párr. 6 del art. 44)

como positivos²⁰⁵. Por lo tanto, este proceso de pasaje de los sistemas tutelares hacia aquellos con enfoque de derechos humanos, no está exento de contradicciones.

Tanto la Observación General como la Opinión Consultiva citadas, constituyen indicadores de las resistencias que en el terreno de las políticas públicas genera la visión del niño como sujeto de derecho, frente al arraigo de concepciones tutelares que continúan impregnando nuestros esquemas institucionales.

La construcción de una nueva condición jurídica de la infancia en Uruguay exige revisar el panorama normativo e institucional para acompañarlos a las obligaciones asumidas por nuestro país a través de la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

9.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

En Uruguay la legislación referida a la infancia se encuentra centralmente en el Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código Civil²⁰⁶ y una serie de leyes, decretos y reglamentos que regulan parcialmente diferentes aspectos de la vida de las personas menores de dieciocho años. El Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado en el año 2004 constituyó un paso trascendente en términos de armonización legislativa, aunque siguen quedando resquicios de la vieja legislación tutelar, por lo que aún permanecen en pie algunas observaciones realizadas a Uruguay por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su informe inicial del año 1996.

Siguiendo la clasificación realizada por Mary Beloff²⁰⁷, encontraremos países en donde la ratificación de la CDN no tuvo ningún impacto, en otros

205 BELOFF, Mary; «Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño», en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 79-121.

206 En adelante, CC.

207 BELOFF, Mary; «Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño versus derechos en situación irregular», en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 1-45.

sólo un proceso de adecuación formal, y una tercera situación, que es de adecuación sustancial al modelo de la CDN.

El nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia puede ser ubicado en el segundo grupo, pues en él se desarrolla la idea del niño *sujeto de derecho*, cuestión que no aparecía en el viejo Código del Niño de 1934, contando además con un elenco de herramientas para la construcción de una praxis garantista. Pero no deja de preocupar cómo, a lo largo del articulado, se filtran en las normas elementos de la matriz tutelar que ha impregnado nuestras legislaciones e instituciones desde 1934, así como también la ausencia de mecanismos que vuelvan exigibles²⁰⁸ los derechos establecidos.

En efecto, en algunos artículos no es clara la definición de ciertas situaciones (por ejemplo, «*niños amenazados o vulnerados en sus derechos o que vulneren derechos de terceros*»), además de constatarse una tendencia a llevar al sistema de justicia cuestiones de política social (por ejemplo, el art. 117). Esto se suma a las escasas modificaciones operadas en la forma de gestión de las políticas sociales dirigidas a la infancia, así como al cambio de nombre de las instituciones emblemáticas de infancia de nuestro país, frente al sostenimiento de una institucionalidad dirigida a los niños abandonados-delinquentes. En definitiva, el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia no se despojó totalmente de la lógica de intervención de las leyes de la situación irregular.

En cuanto a la técnica legislativa del nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia, no opta por una declaración expresa de derogación de normas existentes que pueden ser contradictorias con los objetivos del mismo. De esa forma, surgen dudas y confusiones sobre si se mantienen vigentes algunas leyes y decretos leyes que imprimirían contradicciones en la aplicación del Código, en la medida que contradicen los principios formulados por la normativa internacional y vuelven confusa la tarea del operador jurídico. En ese sentido, en aquellos aspectos referidos a la filiación y adopción el legislador no opta por derogar el decreto ley 15.462 y la ley 10.674. Lo mismo ocurre con la ley 15.977 que crea el INAME²⁰⁹.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ PALUMMO, Javier, PEDERNERA, Luis, SALSAMENDI, Javier, SBROCCA, Martín, SILVA BALERIO, Diego, URIARTE, Carlos; *Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay*, FCU, UNESCO, Montevideo, 2004, p. 22-23.

Los principios de la CDN no han sido incorporados plenamente o revisados en la legislación interna, en especial la no discriminación, el respeto de la opinión del niño, el interés superior, la autonomía progresiva y el derecho a la supervivencia y al desarrollo. El nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia mantiene un enfoque muy acotado de las políticas sociales y el rol de garante del Estado frente a las mismas, invirtiendo el sentido de la corresponsabilidad social. Por lo tanto, como ya fue señalado, se mantienen en pie las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño a Uruguay: *«Al Comité le preocupa (...) que no se haya promulgado ninguna nueva medida legislativa relativa a los aspectos a que se refiere la Convención, comprendidas leyes sobre la adopción internacional, la prohibición de la trata de niños y la prohibición de la tortura. (...) la edad mínima para poder contraer matrimonio (...). Al Comité le preocupa la insuficiencia de las medidas adoptadas para plasmar en la legislación y en la práctica los principios generales de la Convención, esto es, la no discriminación, el interés supremo de los menores y el respeto de su opinión (...) especialmente la persistencia de la discriminación contra los niños nacidos fuera del matrimonio, incluso respecto en el disfrute de sus derechos civiles. Observa que el procedimiento para la determinación de sus apellidos sienta las bases de su posible estigmatización y la imposibilidad de poder conocer su origen y que, asimismo, los niños nacidos de madre o padre menor de edad no pueden ser reconocidos por ese progenitor (...). Al respecto, al Comité le preocupan las insuficientes medidas adoptadas para velar porque, entre otras cosas, la privación de libertad sea sólo una medida de último recurso»*²¹⁰.

Existe una contradicción entre el derecho a participar (principio fundamental de la CDN) recogido en el artículo 9 del nuevo Código, y la forma de aplicarlo resuelta por el legislador en el artículo 8, en cuanto establece la facultad judicial de nombrar un curador que represente al niño en su voluntad²¹¹. El

210 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales a Uruguay, 30/10/96 (CRC/C/15/Add.62).

211 Si bien la interpretación debería inclinarse hacia una aplicación profunda y garantista de los estándares internacionales –aquí recogidos en los derechos 12, 14 y 15 de la CDN– debemos dejar en claro que el texto mantiene profundas contradicciones en su articulado y que corresponde al legislador la tarea de darle coherencia al texto legal. La interpretación es un campo que se resuelve en otra instancia –la judicial– que está fuera del objeto de estudio.

artículo 8 inc.1 refiere al ejercicio de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes basándose en el criterio de la autonomía progresiva: «*tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades*». Sin embargo, el segundo inciso establece la referida facultad judicial de designar curador para que represente y asista al niño o adolescente en sus pretensiones. Este requerimiento va en sentido inverso al criterio que se sigue en el artículo 9, donde se enumeran algunos derechos, entre ellos el «*derecho a participar*».

Por otro lado, el artículo 8, en definitiva, vulnera el artículo 12 de la CDN, en la medida que la solución legislativa a la cuestión de la capacidad procesal se realiza mediante un instituto jurídico por el que se sustituye la voluntad del niño o adolescente concibiéndolo como incapaz (tal la formulación dada por el CC). El curador no es un simple representante, pues suple la voluntad ausente en el incapaz.

Asimismo, el inciso 2 de dicho texto (que legisla con carácter general, sin distinción de edades), es contradictorio con el inc. 1 (que establece la autonomía progresiva)²¹². El artículo 12 de la CDN se ha vuelto una norma central en esta temática. Aunque no consagra expresamente el derecho a la participación, sí establece el derecho del niño a ser oído en los asuntos que lo afectan. Este artículo, junto a los artículos 13 a 15, vertebran lo que en la doctrina se ha llamado el *protagonismo* de la infancia²¹³. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño le ha prestado especial atención al art. 12, subrayando que el niño debe ser considerado un sujeto activo²¹⁴ y, para ello, en sus orientaciones generales para los informes que deben presentar los Estados Parte señala: «*Los informes deberán indicar cómo se ha incorporado en la legislación el derecho del niño a*

212 URIARTE (coord.); «Informe sobre el Código de la Niñez y la Adolescencia de la Republica Oriental del Uruguay Ley 17.823, 7 de septiembre de 2004», UNICEF Chile; *Justicia y derechos del niño*, N° 6, UNICEF, Santiago de Chile, 2004, pp. 209-268, p. 217.

213 CUSSIANOVICH, Alejandro, ALFAGENTE, Erika, ARENAS, Fabricio, CASTRO, Jorge, OVIEDO, José; *La infancia en los escenarios futuros*, Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales Universidad Nacional de San Marcos, Lima, 2001, *passim*.

214 UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Ginebra, 2001, pp. 151-153.

expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan y lo dispuesto para tener debidamente en cuenta las opiniones del niño»²¹⁵.

En el nuevo Código se mantiene el derecho-deber de corregir a los niños como una atribución de los padres sobre los hijos, lo que mantiene una visión instrumental y cosificante del niño, contraviniendo el art. 19 de la CDN, pues la redacción habilita una comprensión del castigo físico como medio de educación.

Con respecto a las edades mínimas para contraer matrimonio, se mantiene el sistema de diferenciar a la adolescente mujer y al adolescente varón mediante un criterio que eleva la edad en el varón a catorce años y en la mujer a los doce. Dicha solución es discriminatoria y contradictoria con un criterio de unificación de edades que atienda a un parámetro uniforme. El Código, a su vez, establece el inicio de la adolescencia en los trece años, lo cual aumenta las contradicciones en relación a los requisitos de edad exigidos para ciertos actos. Tal como hemos visto Uruguay recibió una observación con relación a este punto por parte del Comité de Derechos del Niño en el año 1996.

La nueva legislación, si bien corrigió aspectos centrales en temas filiatorios, no modificó totalmente el sistema de asignación de nombre en casos de ausencia del padre, manteniendo el criterio de otorgar uno «de uso común». Por lo tanto, en este aspecto se mantiene la Observación del Comité de Derechos del Niño de 1996 que expresaba «*que el procedimiento para la determinación de sus apellidos sienta las bases de su posible estigmatización*»²¹⁶.

Si bien se fijó el derecho de conocer a los progenitores, cualquiera sea el estado civil de los padres, y fueron eliminadas las categorías de hijo legítimo y natural, se crearon las categorías de *hijo habido dentro o fuera del matrimonio*, que mantienen criterios discriminatorios, y sigue elevando por sobre la categoría «hijo» la naturaleza del vínculo que une

215 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención*, aprobadas por el Comité en su 343^a sesión (13^o periodo de sesiones) celebrada el 11 de octubre de 1996.

216 Comité de los Derechos del Niño; Observaciones Finales a Uruguay, 30/10/96 (CRC/C/15/Add.62).

o no a sus padres: el matrimonio. Estas categorías son incompatibles con el principio de no discriminación y las observaciones formuladas por el Comité de Derechos del Niño realizadas en 1996.

A su vez, las mujeres menores de doce años y los varones menores de catorce no pueden reconocer a sus hijos sin previa aprobación judicial, previa vista del Ministerio Público. Si no estuvieren casados, el juez será quien decidirá a qué abuelos otorga la patria potestad. Esto es incompatible con el principio de autonomía progresiva, el principio de no discriminación y la unificación de un criterio común sobre edades mínimas.

Si bien la ley 17.823 fija la privación de libertad como medida excepcional y por el menor tiempo posible, los criterios manejados por la legislación sobre *peligrosidad manifiesta*, acompañados con los conceptos *seguridad de la población y recuperación del infractor*, habilitan a que la privación de libertad se convierta en la regla, contraviniendo expresamente el art. 40 de la CDN.

Es aún más preocupante la situación de los niños menores de trece años, al no existir un sistema claro de separación de vías (infracción y abandono), debido a que el art. 117 del nuevo Código habilita el abordaje punitivo en temas de política social. Esto contraviene la CDN, que en su art. 40.3.b fija como criterio orientador la no judicialización.

A su vez, a niños con trastornos psiquiátricos y problemas de adicción, mediante prescripción médica y en un proceso sumario, se los puede internar compulsivamente en función de su «protección» (arts. 121 y 122 Código de la Niñez y Adolescencia), contradiciendo los criterios normativos internacionales que establecen la excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad. El Código, asimismo, incorpora indirectamente la penalización del consumo de sustancias psicoactivas, que no está castigado por el derecho penal de adultos (decreto ley 14.294 en la redacción dada por la ley 17.016).

Con relación a las adopciones, existen elementos que pueden habilitar criterios discrecionales en detrimento de conocer los orígenes del adoptado. El Código establece una cortapisa al derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado («*siempre que ello no lo perjudique, atendiendo a su edad y características*»). De esta forma, lo «perjudicial», «la madurez» y las «características de la edad» operan desde una perspectiva adulta que determina si es bueno o no que conozca sus orígenes, menoscabando el derecho a la identidad. Esto se fija junto a un límite de edad (quince años), a partir del

cual podría acceder a la información que le permita conocer su identidad biológica. Nuevamente, se sigue sin sostener un criterio único que unifique edades mínimas y máximas para realizar determinados actos.

Sobre las adopciones internacionales, el marco jurídico uruguayo en relación a mecanismos de control es adecuado, si bien existe un vacío importante en cuanto a normas que tiendan a evitar el secuestro y la trata de niños.

Al no derogar expresamente los decretos ley 15.462 (Registro de Estado Civil) y 10.674 (Legitimación Adoptiva), conviven en el ordenamiento interno normas contradictorias que vuelven confusa la normativa aplicable. La tendencia general es a priorizar ficciones jurídicas relacionadas a los estados civiles sin jerarquizar el derecho a la identidad del niño por sobre éstas.

Existen reglamentos de disciplina dirigidos a niños y adolescentes privados de libertad (reglamentos de disciplina del INTERJ), así como a los estudiantes (Acta 47 Estatuto del Estudiante de Educación Media), que vulneran derechos civiles y políticos. Estos requieren de revisión para compatibilizarlos con las normas internacionales.

9.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

9.4.1. MODIFICACIÓN DE ARTÍCULOS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA (LEY 17.823)

En este apartado abordaremos las reformas puntuales que correspondería efectuar al Código de la Niñez y la Adolescencia.

9.4.2. TÉCNICA LEGISLATIVA Y DEROGACIÓN EXPRESA DE LEYES

Se debe optar por un camino de técnica jurídica claro y que le otorgue unidad al texto legal, para la armonización de la legislación. Tendrá que establecerse un criterio para la derogación de normas. En lo que refiere a la técnica utilizada por el legislador para este Código, la opción no ha sido la de derogar expresamente las normas que se le contraponen.

Sería recomendable adoptar el criterio de la *derogación expresa*, de modo de evitar dudas y confusiones sobre cuáles son las normas vigentes.

Se debe atender las contradicciones existentes entre el Código y las leyes 15.462 (Registro de Estado Civil), 10.674 (Legitimación Adoptiva) y 15.977 (creación de INAME). Este fenómeno de superposición, profusión y coexistencia de normas que se vuelven redundantes, contradictorias y que ahondan su desconocimiento, fue denominado por Novoa Monreal como «espesa maraña legislativa» que desarticula, confunde y hace ingrata la vida social, entorpece la acción de los órganos del Estado y enerva a los ciudadanos²¹⁷.

En otro aspecto, la redacción no se realiza a partir de una perspectiva de derechos humanos del niño. Los derechos en ese esquema no se convierten en la columna que vertebra otros aspectos que toca el Código, como por ejemplo el desarrollo de las políticas sociales y de la institucionalidad. El no hacerlo permite que los derechos se diluyan en las temáticas específicas que va abordando en su desarrollo²¹⁸.

Existen proyectos de reformas parciales del Código de la Niñez y la Adolescencia en trámite en la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores. Los mismos tocan puntos específicos del Código, en tanto abordan aspectos criticados y conflictivos en base a los estándares internacionales de los derechos del niño. En todos los casos, compartimos que son artículos que deben ser modificados. Sin embargo, notamos la ausencia de una propuesta de modificación de los artículos 117 y siguientes, los cuales entendemos deben reformularse.

Los proyectos referidos fueron presentados por la bancada de senadores del Encuentro Progresista e identificados de la siguiente forma:

1. Carpeta 415/2005: sustitución del art. 69 (infracciones a la ley penal), del 86 (aplicación de medidas privativas de libertad), supresión del inciso final del art. 91 (duración de las medidas privativas de libertad) y sustitución del art. 126 (comportamiento policial).
2. Carpeta 416/2005: propone la modificación del capítulo XI, párrafo II (del maltrato y de la violencia sexual hacia niños, niñas y adolescentes).

²¹⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo; *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo Veintiuno, México, 1981, pp. 56-57.

²¹⁸ SAVE THE CHILDREN SUECIA; *Programación de los derechos del niño. Guía de capacitación*, Lima, 2004, pp. 45-54 y 73-83.

9.4.3. ARTICULADO

Art. 8: se debe modificar el sistema de representación procesal, siendo adecuado sustituir en el párr. 2 el término *curador* por *abogado, instituto o defensor*, con el rol de representar y no de sustituir la voluntad del niño.

Art. 9: El art. 9 del Código establece la igualdad de trato. En ese sentido, la «igualdad de trato» supone la participación del sujeto y va más allá de lo legislativo: incursiona en el campo de las relaciones laborales y del derecho privado. Sin embargo, en la práctica resulta insuficiente porque las personas siguen siendo materialmente desiguales. La «igualdad de oportunidades» impone la obligación de que la ley promueva la creación de igualdad de condiciones y oportunidades para las personas, mediante la adopción de medidas de acción positiva que conduzcan a una mayor igualdad de oportunidades»²¹⁹. Por lo tanto, como lo han hecho las legislaciones de Argentina y Perú, consideramos que en el art. 9 debería utilizarse la expresión «igualdad de oportunidades».

A su vez, el derecho a no ser discriminado²²⁰ es uno de los principios esenciales de la CDN, que debe recorrer de forma transversal toda la normativa. Por lo tanto, tal como lo recomienda el Comité de los Derechos del Niño, este derecho debe recibir consagración expresa en la legislación nacional, por lo que es conveniente incluirlo en el art. 9 del nuevo Código, debiendo los gobiernos tomar medidas activas (acciones positivas o afirmativas) para evitar y enfrentar el problema de la discriminación.

Arts. 14 y 15: se deben reformular las obligaciones asumidas por el Estado en cuanto a la determinación de los derechos económicos, sociales y culturales mediante políticas sociales. Estos artículos, en una muy breve descripción, anuncian tímidamente el tipo de obligaciones que asume el Estado y focalizan su preocupación en determinados problemas de ciertos niños. Falta reafirmar las políticas universales exigidas por el art. 4 de la CDN, así como un desarrollo de las normas que efectivicen y garanticen los derechos económicos, sociales y culturales de todos los niños y adolescen-

219 SAVE THE CHILDREN SUECIA - COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS; *Guía Referencial. Lucha contra todas las formas de discriminación a los niños, niñas y adolescentes en América del Sur*, Lima, 2003, p. 10.

220 Ver tema 10 (Discriminación).

tes. Esto no significa que el Estado no actúe en situaciones de emergencia, focalizadas o puntuales; se trata de que las políticas sociales sobre infancia no se agoten en ese tipo de intervenciones²²¹.

Art. 16 lit. f: se debe eliminar este literal. Hay una modificación al sistema tratado en el CC en donde se establecía el poder de «corregir adecuadamente» a los niños como un derecho paterno (art. 261). Como fue señalado, la norma se vuelve preocupante en dos sentidos: a) que se siga considerando la «corrección adecuada» como un mecanismo educativo en el ámbito familiar; b) el pasaje del derecho hacia el deber/derecho, situación que podría derivar en un tratamiento punitivo de la responsabilidad parental por no cumplir con ese deber²²², a la vieja usanza de las leyes tutelares, donde los problemas de la infancia eran reprochables únicamente a los padres.

El problema de los niños víctimas de violencia es un tema que despierta la preocupación de los legisladores. Existen dos proyectos de ley que abordan esa temática en la Cámara de Representantes. Uno de ellos, a estudio de la Comisión de Derechos Humanos con el N° de carpeta 3529 de 1999, presentando nuevamente en la actual legislatura, se titula «Niños y adolescentes víctimas de violencia».

El mencionado proyecto establece un sistema para la «protección» de los niños, que va desde cómo debe entenderse al maltrato y abuso, pasando por el procedimiento de denuncia y la actuación de los diferentes profesionales y agencias que intervienen en la temática (policía, centros de atención a las víctimas, sistema judicial).

Se considera inconveniente la sanción de una ley como la mencionada, en la medida que establece mecanismos de abordaje de la temática que ya están fijados en otras normas, y es incompatible con el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia.

El segundo proyecto se encuentra en la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, su número de carpeta es 3.646 de

221 PALUMMO, Javier, PEDERNERA, Luis, SALSAMENDI, Javier, SBROCCA, Martín, SILVA BALERIO, Diego y URIARTE, Carlos; ob.cit., p. 16-20.

222 No podría extrañarnos la posibilidad de imaginar un escenario en el que algún acusador público iniciase una demanda por el delito previsto en el art. 279 b del CP, en el entendido de que algún padre no desarrolló correctamente este deber.

2003 y fue presentado nuevamente en el actual período legislativo. El nombre del proyecto es «Delitos contra la familia y el estado civil». Recomendamos su estudio teniendo en cuenta las observaciones formuladas en el tema género.

9.4.4. SOBRE FILIACIÓN

Art. 27: debe reconsiderarse la redacción del numeral 5 en donde se desarrolla el sistema establecido de fijación de un segundo apellido de uso común para hijos de padre desconocido. El numeral 8 establece un sistema similar. El problema radica en que el legislador entendió que por medio de una norma que tiende a resolver un problema a través de una regla jurídica de «discriminación positiva» sigue realizándose la idea de familia nuclear, desconociendo el principio de realidad biológica para la construcción de la identidad del niño. Se debe reafirmar el principio de realidad biológica, y no el de ficciones jurídicas en aras de evitar posibles discriminaciones ulteriores, las cuales deben abordarse mediante la educación para la no discriminación, entre otras medidas.

Se encuentra a estudio una modificación del Código de la Niñez y la Adolescencia que lleva como título «Derecho de los niños y adolescentes a no ser separados de su familia», presentado por el representante Álvaro Vega Llanes²²³. Dicho proyecto se inscribe en la línea de fortalecer a la familia como ámbito natural para el crecimiento y desarrollo de los niños. Busca impedir la institucionalización de aquellos niños cuyas familias presenten problemas económicos para su sostén. Establece un sistema de ayuda económica por parte del INAU en un plazo no mayor de treinta días de configurada la situación de ausencia de recursos económicos. La partida será igual a la que la Institución brinda a los hogares sustitutos. Dicha iniciativa no merece reparos, aunque nos inclináramos por que este tipo de políticas focalizadas sean excepcionales y complementarias a políticas universales que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales. Nos oponemos a que dicho tipo de políticas excepcionales se conviertan en la regla de la actitud que asume el Estado frente a los mencionados derechos fundamentales.

223 Cámara de Representantes, Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, N° de Carpeta 422, 2005.

Art. 28: deben eliminarse las categorías «hijo habido dentro del matrimonio» e «hijo habido fuera del matrimonio», por ser conceptos estigmatizadores.

Art. 30: si bien este artículo mejoró sustancialmente la legislación anterior, aún debe eliminarse la exigencia de la «aprobación judicial previa venia del ministerio público» para el reconocimiento de los hijos de padres menores de edad. Del mismo modo, la representación de los hijos de padres no casados, decidida por el Juez –quien dará prioridad a los abuelos que conviven con el niño–, se aleja del criterio de autonomía progresiva sostenido en el art. 8, por lo que debe sustituirse, eliminando la ficción creada en torno al matrimonio como institución capacitante²²⁴.

Se encuentra a estudio de la Cámara de Representantes, presentado por el representante Daniel Corbo, un proyecto de ley cuyo nombre es «Niños recién nacidos»²²⁵. Dicho proyecto establece la obligación de identificar a los recién nacidos en una ficha única junto a su madre. El proyecto redunda en aspectos ya abordados en la ley 17.823 (artículos 23, 24 y 25). La novedad estaría en el establecimiento de una «ficha única», en donde se registraría al niño junto a su madre, por lo que recomendamos la inclusión de este aspecto en una futura reforma de la ley antedicha, en vez de la aprobación de este proyecto por separado.

Art. 69: se debe eliminar la criminalización de los delitos culposos prevista en el numeral 2 de este artículo, en tanto éstos exigen un deber de diligencia y previsibilidad, que es discutible en adolescentes que están en un proceso de crecimiento y conformación de la personalidad. También debe eliminarse la expresión «coautor» prevista en el mismo numeral, en tanto el art. 59 del CP dispone: «*son responsables de delito, además del autor todos los que concurren intencionalmente a su ejecución*». Por lo tanto la regla de la participación criminal se encuentra en

224 PALUMMO, Javier, PEDERNERA, Luis, URIARTE, Carlos, SALSAMENDI, Javier y SILVA BALERIO, Diego; «Informe Uruguay»; en BELOFF, Mary y GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comps.); *Infancia Ley y Democracia en América Latina. Tercer Informe*, Temis, Bogotá, 2004, pp. 1513-1571.

225 Cámara de Representantes, Comisión de Derechos Humanos, N° de carpeta 3.528, 1999.

la intencionalidad, inexistente en los delitos culposos previstos en ese artículo²²⁶. Es un error grave de dogmática penal²²⁷.

Art. 91: debe eliminarse el párrafo 3 de este art. en tanto entra en contradicción con el art. 76 numeral 12 y el 37 de la CDN que plantean a la privación de libertad como medida de último recurso y por el período más breve. Existe prácticamente unanimidad en la doctrina en cuanto a lo pernicioso de este párrafo tercero²²⁸.

Capítulo IX arts. 117, 118, 119, 120, 121, 122, 126 y 127: se debe eliminar de este capítulo la casi totalidad de su articulado por establecer el mismo sistema tutelar existente en el Código del Niño de 1934. El legislador confunde la protección de derechos humanos de los niños con la posibilidad de intervenir coactivamente mediante la judicialización, en un proceso sumario. La solución debe pasar por establecer que la protección no debe nunca efectivizarse a costa del desconocimiento de sus derechos fundamentales. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales debe reorientarse hacia su exigibilidad y justiciabilidad. Protección no debe ser más sinónimo de internación en INAU. Políticas públicas no debe ser sinónimo de activismo judicial²²⁹. Para eso debe despojar el Código de la categoría «*derechos amenazados o vulnerados de los niños y adolescentes y situaciones especiales*», en tanto la misma es esquivada a un pilar fundamental de nuestro estado de derecho, el principio de legalidad «*nullum crime, nulla poena, sine lege*»²³⁰. De esa forma, encubre intervenciones bajo el pretexto de la protección de aquellas situaciones que

226 PESCE, Eduardo; comunicación personal.

227 Para mayor profundidad en los aspectos de dogmática penal, remitimos al lector a los trabajos de Eduardo Pesce Lavaggi: «Contribución al estudio del injusto típico en el Código de la Niñez y la Adolescencia», publicado en la Revista de Derecho Penal n° 15, FCU, 2005, pp. 47-51; y *Derecho Penal Juvenil. Lineamientos para su formulación dogmática*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2005.

228 BALBELA DELGUE, Jacinta y PEREZ MANRIQUE, Ricardo; *Código de la Niñez y la Adolescencia. Comentado y anotado*, Editorial BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2005, p.167.

229 BELOFF, Mary; «Constitución y derechos del niño», en BAIGÚN, David *et al.* (comps.); *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. Maier*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 765-795, p. 794.

230 Este brocardo latino indica que no hay delito y nadie debe ser penado sin una ley que lo establezca.

puedan comprometer seriamente los derechos de los niños. Dejando en una figura legal (tipo) lo suficientemente abierta, la posibilidad infinita e ilimitada de judicializar al niño ante el menor problema para los adultos.

Por lo tanto, si se opta por mantener el criterio de la *niñez vulnerada o amenazada*, se debe establecer concretamente cuáles son los casos de amenaza o vulneración de derechos (fijar el principio de legalidad) y qué tipo de respuesta se debe dar ante la misma. En ese sentido, la reciente ley argentina de protección²³¹ establece claramente cuáles son los límites legales y temporales de aplicación, los obligados y los garantes ante la violación de los derechos de los niños y las respuestas posibles por parte de la administración pública y de justicia (arts. 37, 38, 39, 40 y 41 de la ley citada). Sin perjuicio de ellos, lo más sobresaliente de esta ley lo encontramos en su art. 1 párr. 3, que establece la posibilidad de cualquier habitante de demandar al Estado por el incumplimiento de su deber de garante de los derechos del niño²³².

En el derecho comparado se han instalado también los defensores del niño, (en la reciente ley argentina, o la ley venezolana que crea las defensorías del niño) que constituyen un ejemplo de instalación de mecanismos efectivos de contralor de la gestión pública dirigida a la infancia. Estos sistemas cuentan entre sus atribuciones con la potestad de litigar y controlar la vigencia de los derechos de la niñez en las instancias correspondientes, por lo cual no habría que descartar una propuesta en ese sentido²³³.

Se debe eliminar o, en su caso, establecer garantías y límites claros a la intervención penalizadora del consumo de sustancias psicoactivas del art. 121 ya que en su redacción habilita la intervención en un caso agudo de riesgo de vida por «30 días prorrogables», y establece la posibilidad de aplicación directa por el INAU.

231 Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, setiembre de 2005.

232 El artículo prescribe lo siguiente: «*La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas especiales y eficaces*».

233 En las legislaturas pasadas, el Diputado Víctor Rossi presentó un proyecto de Defensor del Niño, que no ha salido del ámbito de la Comisión que lo tuvo a consideración, pero cuya reconsideración no debería ser descartada.

Por último, se encuentra a estudio de la Cámara de Representantes para su ratificación la «Convención relativa a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños»²³⁴. Dicha Convención es un tratado de derecho internacional privado que regula qué autoridades son competentes y qué legislación es aplicable en la toma de medidas para la protección de la persona y bienes de niños. Es recomendable su aprobación.

9.4.5. RÉGIMEN DE DETERMINACIÓN DE EDADES

El sistema establecido en el Código no unifica criterios para ponderar las edades en las que los niños y adolescentes pueden o no realizar determinados actos.

Art. 30: se debe corregir la diferencia de edades estipulada para el reconocimiento de los hijos de las niñas y de los adolescentes varones, para darle coherencia al texto e incorporar la observación formulada a nuestro país por el Comité de los Derechos del Niño acerca de que el régimen de determinación de edades es discriminatorio. Se debería tomar como parámetro el sistema establecido al comienzo del Código (art. 1) de diferenciar la niñez de la adolescencia a partir de las edades allí determinadas.

Está a consideración de la Cámara de Representantes, Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración²³⁵, con la firma de los representantes Daniel García Pintos, Wilmer Trivel y Alejandro Falco, el proyecto de modificación de la edad de imputabilidad penal. El proyecto consta de un solo artículo, que modifica el art. 34 del CP, bajando la edad de imputación penal a los dieciséis años para aquellos adolescentes que cometan determinados delitos. No creemos aconsejable la aprobación de dicho texto pues es una norma que se aleja de los estándares establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

²³⁴ Carpeta N° 229 de 2000, presentada nuevamente con mensaje del Poder Ejecutivo el 22/06/05.

²³⁵ Carpeta N° 2217 de 2002, presentado nuevamente en 2005.

9.4.6. ADOPCIONES Y LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

Se debe eliminar el obstáculo establecido para conocer los orígenes biológicos del adoptado «*siempre que ello no lo perjudique, atendiendo a su edad y características*» (art. 142). Este punto y el límite de edad fijado en los quince años a partir del cual el adolescente podría conocer su identidad biológica atentan contra la idea de autonomía progresiva y de unicidad en los parámetros que fijan los límites de edad entre niñez y adolescencia.

Para los artículos 150 a 157 del Código, se debería mejorar el marco de garantías tal como lo mandatan los artículos 21 lit. d y 35 de la CDN, con medidas concretas que impidan el secuestro, venta o tráfico de niños, y que la adopción internacional no represente la obtención de «*beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella*»²³⁶.

9.4.7. REGLAMENTOS PARA PRIVADOS DE LIBERTAD²³⁷

La normativa que regula la cotidianeidad del encierro de los adolescentes en las cárceles de INAU es profusa, sin unidad y contradictoria. Se basa en una serie inacabable de circulares, resoluciones y borradores de reglamentos que no se sabe a ciencia cierta qué nivel de aplicación tuvieron o tienen. Se debe, por lo tanto, partir prácticamente de cero para su elaboración. En tal empresa se deben considerar los siguientes elementos:

1. Debe ser un programa que se integre con los planteos minimizadores de la CDN (art. 40), que debe operar como «*ultima ratio*», privilegiando sistemas de resolución de conflictos que busquen la composición o autocomposición de los mismos, evitando caer en la

²³⁶ UNICEF Uruguay; *Comentarios al proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay, Aprobado por la Cámara de Representantes el 18 de diciembre de 2001, a estudio de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores.*

²³⁷ En este apartado se cita la bibliografía indicada oportunamente, pero también se ha utilizado un trabajo en su versión preliminar y de próxima aparición de Carlos Elías Uriarte, llamado: *Vulnerabilidad, privación de libertad y derechos humanos.*

construcción punitiva²³⁸, por ser ésta una respuesta contrafáctica, antes que una solución del conflicto²³⁹.

2. Participación de los involucrados en la elaboración de los reglamentos de disciplina que establezcan las reglas de convivencia en los sistemas de encierro.
3. Representación de los adolescentes involucrados en los órganos encargados de dirimir los conflictos.
4. El sistema disciplinario debe operar a partir de los principios mínimos de derecho penal y procesal penal.
5. Tipificación (principio de legalidad) de faltas a la convivencia basadas en la realización de una conducta preestablecida (derecho de acto).
6. Sistema de sanciones, con clases de sanciones y duración de las mismas.
7. Autoridad competente que determine la existencia de la falta e imponga la sanción.
8. Sistema que habilite un breve contradictorio con posibilidad de defensa, presentación de pruebas y mecanismos de impugnación.
9. Prohibición de sanción preventiva.
10. Instalación en los centros de la figura del mediador (establecida en la Regla de RIAD 77), para intervenir en la resolución alternativa de conflictos cotidianos.
11. A su vez, debe organizarse el cotidiano institucional a partir del «principio de no des-socialización», que busca atenuar al mínimo los efectos desocializantes del encierro.
12. Prohibición del aislamiento como sanción.

238 EROSA, Héctor; «La construcción punitiva del abandono», *Revistas de Ciencias Penales*, N° 2, Montevideo, 1996, pp. 195-210, p. 199.

239 URIARTE, Carlos Elías; *Control institucional de la niñez adolescente en infracción: un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil. (Las penas de los jóvenes)*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 1999, pp. 244-262.

9.4.8. REGLAMENTOS EDUCATIVOS

En 2005 fueron derogadas la circular 62 y el acta 14, que regulaban los derechos de asociación, libertad de expresión y disciplina en los centros educativos de la educación secundaria. Las mismas habían sido denunciadas por los estudiantes como normas «represivas» y –aun habiendo sido elaboradas con posterioridad a la ratificación de la CDN– eran groseramente violatorias de los derechos de los estudiantes²⁴⁰.

Esta nueva iniciativa, plasmada en el Acta 47 (que lleva el nombre de Estatuto del Estudiante de Educación Media), forma parte de un proceso lento de modificación de las viejas reglamentaciones, que concitó la atención y el debate de los docentes y las autoridades en diferentes instancias.

La nueva reglamentación deja entrever cierto «*aggiornamento*» discursivo a los principios consagrados en la CDN y en otros instrumentos de derechos humanos. No es casual que en el art. 4 se hable de «*interés superior*», y que en el art. 5 se utilice el concepto de «*autonomía progresiva*». Sin embargo, siguen siendo preocupantes desde un enfoque de derechos humanos de los adolescentes las siguientes cuestiones que surgen en el desarrollo del articulado.

En su elaboración no participaron los estudiantes, por lo que la nueva norma se mantuvo en la lógica de que las cuestiones educativas se definen por las autoridades y los docentes, dejando fuera la consideración especial que se debe tener al art. 12 de la CDN (derecho a ser escuchado en los asuntos que lo afectan).

Este problema se reitera cuando en el capítulo VI (arts. 20 y ss.) se crea el Consejo Asesor Pedagógico²⁴¹. En él no se prevé representación

240 Ver PEDERNEIRA, Luis; «La participación estudiantil. Discursos tutelares y derechos humanos», *Semanario Brecha*, Montevideo, 20 de octubre 2000, p. 18; PEDERNEIRA, Luis; «Entre Orden y disciplina o protagonismo y ciudadanía», *Revista Voces*, Asociación de Educadores de Latinoamérica y el Caribe, N°16, Montevideo, julio de 2004, p. 12-19; UNICEF; *Seminario sobre la promoción de una cultura de derechos en el sistema educativo*, Documento de trabajo, Montevideo, 2002.

241 El Consejo Asesor Pedagógico (CAP) sustituye al Consejo de Orientación Educativa (COE) creado en anteriores administraciones por el acta 14. La mayoría de las veces, los adultos modificamos las denominaciones de

estudiantil, sino que la participación de los estudiantes está limitada a elegir un representante docente en el mismo. Es preocupante que la participación y el derecho a expresarse, en un órgano que atenderá, entre otros, los conflictos en el ámbito educativo, se rija por el criterio de representación delegada a la figura de un adulto. Debe reformularse este capítulo, especialmente en el tema participación.

Otras cuestiones que deben ser reformuladas en el reglamento tienen que ver con una perspectiva que visualiza a los derechos como una concesión de los adultos o de la autoridad. En ese sentido, presentamos algunos ejemplos de las expresiones usadas que lo denotan: el art. 5 (derecho a la expresión) comienza con el acápite «*el joven tendrá*», mientras que el art. 6 dice «*deberá tener oportunidad de ser escuchado*». El art. 11 plantea que «*se permitirán carteleras*» y el art. 13 establece que «*las reuniones (...) podrán ser autorizadas*». Los derechos fundamentales, en especial los de libertad de asociación y de expresión son derechos que imponen al Estado una obligación de actuar que se enuncia como de «acción y omisión», los derechos civiles conforman lo que se conoce como «derechos de autonomía», y los derechos de libertad forman parte de los «derechos expectativas». Exigen de los poderes públicos prohibiciones de interferencia u obligaciones de prestación. Ambos son facetas de la democracia formal (derechos poder) o de la democracia sustancial (derechos expectativa)²⁴². La autoridad administrativa frente al derecho humano, en especial estos derechos considerados «derechos de la persona»²⁴³, no tiene la potestad para concederlo o no. Lo que sí debe hacer es generar condiciones para que ellos puedan ejercerse en condiciones de igualdad, sin discriminación y buscando hacer digna a la persona.

Se deben eliminar del texto reglamentario los verbos citados. Las limitaciones a la libre expresión deben ser aquellas contenidas en el art.

institutos e instituciones de infancia con nombres rimbombantes, manteniendo incólumes los esquemas y las formas de actuar de éstos. Debemos alertarnos y alertar, pues la adecuación de normas y prácticas a los estándares internacionales no es sólo una cuestión semántica o retórica, tal como viene ocurriendo en nuestra región con los procesos de adecuación de las leyes a la CDN.

242 FERRAJOLI, Luigi, «De los derechos del ciudadano a los derechos de las personas», ob.cit., pp. 98 y ss.

243 *Ibidem*.

13.2 de la CDN y las que limiten la asociación las que surgen del art. 15.2, establecidas de conformidad con la ley y con razones fundadas.

La Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes tiene a estudio (con el número de carpeta 3.224 del 2003, presentado nuevamente en esta legislatura) un proyecto de ley del representante Daniel García Pintos, cuyo nombre es «Locales de enseñanza que hubieren sido ocupados». Este proyecto establece normas para el desalojo de los ocupantes de los centros educativos, su represión e identificación.

El proyecto sobrea abunda en establecer conductas antijurídicas que ya tienen tratamiento en el CP y en la legislación ordinaria. Judicializa un conflicto en el ámbito escolar y descarta formas alternativas de enfrentar estos asuntos. Por tanto, no creemos conveniente su aprobación.

9.4.9. DERECHO LABORAL

Debe definirse lo que son para Uruguay «peores formas de trabajo infantil» tal como surge de la obligación contraída en el Convenio 182 de OIT.

10. DISCRIMINACIÓN

10.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

10.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- a) Tratados, Convenciones y Declaraciones
- Carta de la Organización de Estados Americanos, aprobada por ley 12.204.
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley 15.737.
 - Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por ley 15.798.
 - Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 17.330.

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, aprobada por ley 16.735.
- Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por ley 13.670.
- Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, aprobada por ley 17.724.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobada por ley 15.164.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por ley 15.164.
- Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley 16.137.
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 100: Igualdad de Remuneración entre la mano de obra Masculina y la mano de obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, aprobado por ley 16.063.
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 111: Discriminación en materia de empleo y ocupación, aprobado por ley 16.063.
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 156: Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras: Trabajadores con Responsabilidades Familiares, aprobado por ley 16.063.
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 78: Convenio sobre el Examen Médico de los Menores. Trabajo No Industrial, aprobado por ley 12.030.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por ley 13.751.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por ley 13.751.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales («Protocolo de San Salvador»), aprobado por ley 16.519.

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobado por ley 17.338.
 - Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por ley 17.559.
- b) Reglas, Directrices y Declaraciones
- Declaración de Durban y Programa de Acción de Durban.
 - Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
 - Declaración de Lisboa sobre políticas y programas relativos a la juventud.
 - Declaración de los derechos de los impedidos.
 - Declaración Mundial sobre educación para todos "Satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje".
 - Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo.
 - Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.
 - Declaración y Programa de Acción de Viena.
 - Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).
 - Proclamación de Teherán.
 - Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.
 - Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing").
 - Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).
- c) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Finales a Uruguay, 22/12/97 (E/C.12/1/Add.18).

- Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18.
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay, 08/04/98 (CCPR/C/79/Add.90).
- Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales de Uruguay, 30/10/96 (CRC/C/15/Add.62).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones Finales a Uruguay, 07/05/2002 (A/57/38).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 19.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 5.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 21.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 25.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 23.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales a Uruguay, 12/04/2001 (CERD/C/304/Add.78).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990: Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984: Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización.

10.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 8, 41 y 46.

b) Leyes

- Código Civil (arts. 91 y 183).

- Decreto-Ley 10.279: Asociaciones Subversivas (art. 6 lit. j).
 - Ley 15.982: Código General del Proceso (art. 4).
 - Ley 15.587: Protección de los Trabajadores Contra Actos de Discriminación (art. 1).
 - Ley 16.045: Prohibición de Discriminación Laboral por Sexo.
 - Ley 16.048: Modificaciones al art. 149 del Código Penal (art. 2 y 3).
 - Ley 17.266: Actividad Laboral de los Discapacitados (art. 1).
 - Ley 16.802: Funcionamiento de Guarderías (art. 3).
 - Ley 16.873: Contratos Laborales para Jóvenes (art. 1).
 - Ley 17.515: Trabajo Sexual.
 - Ley 17.677: Modificaciones al Código Penal.
 - Ley 17.817: Lucha Contra el Racismo, la Xenofobia y la Discriminación.
 - Ley 17.866: Creación del Ministerio de Desarrollo Social (art. 9 lit. F).
 - Ley 17.869: Plan de Atención de la Emergencia Social y Programa de Ingreso Ciudadano.
 - Ley 17.823: Código de la Niñez y la Adolescencia (arts. 27, 28, 30 y 142).
 - Ley 16.095: Protección de las Personas Discapacitadas (arts. 1 a 9, 15, 16, 18, 19, 23, 24, 26, 27, 29, 33 a 40 y 49 a 58).
 - Ley 10.783: Capacidad Civil de la Mujer (arts. 1, 9, 10 a 12).
- c) Decretos y Reglamentos
- Decreto N° 37/997: Reglamenta la ley 16.045.
 - Decreto N° 431/999.
 - Decreto N° 318/998: Reglamenta la ley 16.873.

10.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La discriminación es la situación por la que una persona o grupo es tratada de forma desfavorable a causa de estereotipos o prejuicios. Cada persona tiene el derecho a ser protegida contra todo tipo de discriminación, ya sea

por cuestiones de género, raza, etnia, orientación sexual o cualquier otra condición, así como a contar con acciones por parte de los Estados que la protejan frente a hechos, actos u omisiones que la discriminen y hagan peligrar la realización plena de sus derechos humanos.

El derecho a no ser discriminado le confiere a cada hombre, mujer, niña o niño un status que no puede dejarse de lado y que comprende los siguientes derechos:

- El derecho a la no distinción, exclusión, restricción o preferencia por motivos de género, raza, color, origen nacional o étnico, religión, opinión política u otra, edad, o cualquier otra condición que tenga el propósito de afectar o deteriorar el goce completo de los derechos y libertades fundamentales.
- El derecho a la igualdad entre hombre y mujer tanto en la familia como en la sociedad.
- El derecho a la igualdad entre niño y niña en todas las áreas: educación, salud, nutrición, etc.
- El derecho de todas las personas de estar libres de cualquier tipo de discriminación en la educación y el derecho al acceso en condiciones de igualdad a la misma.
- El derecho al trabajo, a recibir salarios que contribuyan a un estándar adecuado de vida y el derecho a una remuneración igualitaria.
- El derecho a la supervivencia y al desarrollo integral, en un ambiente seguro y saludable.
- El derecho a un estándar alto, accesible y adecuado de salud para todos.
- El derecho a participar en las decisiones y políticas que los afecten, así como a ejercer su ciudadanía, tanto a nivel local y nacional como internacional.

Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas²⁴⁴, la no discriminación se convierte en un principio vertebral que entronca

244 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18.

a todos los derechos humanos. Esta cuestión surge de la definición que de ella realiza en la Observación General N^o 18, en donde expresa que la discriminación es *«toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas»*.

Este principio de no discriminación es el sustrato en el que se basan y desarrollan los derechos humanos. La no discriminación guarda un correlato directo con el principio de igualdad. Se ha afirmado que el principio de no discriminación es la manifestación más dinámica del principio de igualdad y al mismo tiempo un instrumento necesario para la realización de ella²⁴⁵. Las formas que adquiere la discriminación pueden ser variadas, destacándose entre ellas la étnica, de género, por discapacidad y la discriminación socio económica.

Para enfrentar las diferentes manifestaciones de la discriminación el Estado está obligado a ejecutar acciones positivas. Estas son medidas de carácter temporal destinadas a lograr la igualdad de oportunidades frente a las acciones provenientes de prácticas y relaciones de sistemas sociales discriminatorios.

En ese sentido, no todo trato diferente es discriminatorio, ya que muchas veces los Estados actúan de manera diferente para compensar desigualdades existentes. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos²⁴⁶ y la CtIDH²⁴⁷ expresaron que no todo trato jurídico diferente es discriminatorio, siempre y cuando los objetivos de la norma y la medida sean lícitos, la distinción se base en desigualdades y se observe el principio de proporcionalidad entre medios y fines perseguidos²⁴⁸.

245 SAVE THE CHILDREN SUECIA - COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS; *Guía Referencial. Lucha contra todas las formas de discriminación a los niños, niñas y adolescentes en América del Sur*, Lima, 2003, p. 12.

246 Comité de Derechos Humanos; Observación General N^o 18, párr. 13.

247 CtIDH; Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 56 y 57.

248 SAVE THE CHILDREN SUECIA - COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS; ob.cit., p. 12-17.

Las Naciones Unidas han efectuado un desarrollo importante en esta temática, al plantear como cuestiones de suma relevancia los aspectos vinculados con la diversidad cultural, el conocimiento y el diálogo a partir de las diferencias como componentes esenciales para trabajar la inclusión social y la prevención de los conflictos, siendo los gobiernos quienes asumen obligaciones para asegurar la protección contra todo tipo de acto discriminatorio.

10.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA²⁴⁹

Nuestro país no recoge a nivel constitucional una norma claramente anti-discriminatoria, si bien el art. 8 -que define la igualdad ante la ley- ha sido considerado, a nivel doctrinario, como un principio general de todo el ordenamiento jurídico²⁵⁰. A pesar de que existe una ley (Nº 17.817) que define la discriminación²⁵¹ y establece la creación de una Comisión Honoraria, carecemos de una cláusula a nivel constitucional que fije claramente un marco antidiscriminatorio, como sucede en el derecho comparado²⁵².

Las normas nacionales relacionadas al tema están dispersas en diferentes instrumentos legales siendo su característica central ser normas declarativas de los derechos. No existe un mecanismo rápido y eficiente que proteja los derechos afectados por algún tipo de acto discriminatorio.

249 Los vacíos e inadecuaciones respecto a los temas 9 (Infancia) y 11 (Género) se analizan en los capítulos respectivos.

250 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO URUGUAY; *Discriminación y derechos humanos en Uruguay. La voz de las niñas, niños y adolescentes*, Comité Derechos del Niño Uruguay, Montevideo, 2004, pp. 14-15.

251 «A los efectos de la presente ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o ejercicio de violencia física y moral, basada en motivos de raza, color de piel, religión, origen nacional o étnico, discapacidad, aspecto estético, género, orientación e identidad sexual, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública» (art. 2).

252 Por ejemplo, las Constituciones de Bolivia (art. 6), Brasil (arts. 5 y 227), Colombia (arts. 13 y 43), Ecuador (arts. 17, 23, y 50), Paraguay (arts. 46 y 88), y Venezuela (arts. 19, 21 y 89).

La ley 16.095, por ejemplo, establece la política de integración escolar de aquellas personas con discapacidad. Sin embargo, hasta la fecha no existe un mecanismo que resuelva el asunto cuando la escuela no admite niños con capacidades diferentes. Con la creación de la Comisión Honoraria, una parte de este problema estaría resuelto, en tanto es el organismo encargado de la recepción de denuncias. Pero los mecanismos a los que se debe recurrir son los existentes a nivel jurisdiccional o administrativo que, en principio, son lentos y burocráticos.

Uruguay ha recibido desde diferentes Comités de Expertos de Naciones Unidas observaciones relacionadas a políticas discriminatorias. En ese sentido, en las Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial²⁵³ se manifestaba preocupación, entre otros puntos, por *«la información insuficiente acerca de la situación de los grupos étnicos que residen en el territorio del Estado parte. También es motivo de preocupación la falta de información respecto de medidas especiales, tales como los programas de acción afirmativa, adoptadas para proteger los derechos de los grupos étnicos desfavorecidos, como los grupos afro-uruguayo e indígena (...) El Comité sigue preocupado por la falta de información acerca del goce efectivo, en particular por los miembros de las comunidades afro-uruguayas e indígena, de los derechos previstos especialmente en los apartados c) y e) del artículo 5. Además, es motivo de preocupación, en particular, la situación de las mujeres pertenecientes a la comunidad afro-uruguayas, que son víctimas de una doble discriminación, por motivos de género y de raza»*.

A su vez, las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos²⁵⁴ plantean lo siguiente: *«Al Comité le preocupa la declaración formulada por el Estado parte en el sentido de que no existen minorías en el Uruguay y recomienda que el Estado parte siga realizando esfuerzos por individualizar las minorías en el país y adopte las medidas pertinentes para garantizar que se respeten los derechos estipulados en el artículo 27»*.

De estas observaciones surge que no existen datos claros de grupos étnicos (por ejemplo, de afro-descendientes) así como de otras minorías,

253 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; Observaciones Finales a Uruguay, 12/04/2001 (CERD/C/304/Add.78).

254 CCPR/C/79/Add.90.

que permitan desarrollar políticas para reducir su vulnerabilidad frente a los actos discriminatorios.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial también plantea que *«Si bien toma nota de la información relativa a los mecanismos jurídicos en vigor (recursos de hábeas corpus y de amparo), y en vista de que muy pocos casos de discriminación racial han llegado a los tribunales o a los órganos administrativos, el Comité expresa su preocupación porque haya acceso efectivo a las medidas de protección y a los recursos contra actos de discriminación racial cometidos, en particular, contra las comunidades afro-uruguayas e indígena»*²⁵⁵.

Por lo tanto, para que *«haya acceso efectivo a las medidas de protección y a los recursos contra actos de discriminación racial»*²⁵⁶, el Estado debería asegurar que toda la población, sin excepción alguna, y en particular los grupos especialmente vulnerables como los afro-descendientes, tengan información clara acerca de qué derechos protegen los recursos de *hábeas corpus* y *amparo* y cómo se utilizan, en el sentido de los planteos realizados en los temas 1 (Amparo y Hábeas corpus) y 4 (Acceso a la Justicia y Administración de Justicia).

En las Observaciones finales²⁵⁷, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial también se plantea que *«causa preocupación la carencia de suficiente información sobre la enseñanza de los derechos humanos, en particular sobre la lucha contra la discriminación racial, en los planes de estudios escolares, así como la falta de información sobre programas de concienciación para combatir la discriminación racial»*.

Con relación a los aspectos filiatorios, de género y a los derechos económicos, sociales y culturales, también este mismo documento expresa: *«El Comité toma nota con preocupación de que en el Código Civil se mantiene una distinción entre hijos legítimos e hijos nacidos fuera del matrimonio. Preocupa también al Comité la persistencia de la discriminación, en la práctica, entre hombres y mujeres, en función de los salarios recibidos por el mismo trabajo»*.

255 CERD/C/304/Add.78.

256 CERD/C/304/Add.78.

257 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; Uruguay, 12/04/2001 (CERD/C/304/Add.78).

También lamenta lo insuficiente de la información proporcionada sobre la situación de la mujer en general y la violencia doméstica en particular. El Comité sigue preocupado por la escasez de vivienda, los elevados alquileres y las condiciones en que pueden realizarse desalojos forzados, en particular tratándose de los grupos más vulnerables»²⁵⁸.

En este aspecto se debe tener especial consideración por las leyes de presupuesto. En ellas están contenidos los programas de gasto social en educación, salud, vivienda, etc. que realizarán los gobiernos. Según un estudio reciente de UNICEF con el Instituto de Economía de la Universidad de la República, el gasto social no se realiza de manera de atender a las condiciones particulares de los sectores de la población, siendo los niños los menos privilegiados en la inversión social: *«mientras que la infancia representa un 29,5% de la población total y es el grupo que concentra una parte significativa de la pobreza del país, solamente recibe el 19,5% del gasto público social»²⁵⁹.*

La ley 17.866 (creación del Ministerio de Desarrollo Social) por vez primera centraliza en un órgano la ejecución y coordinación de las políticas sociales. Es una ley compensatoria de afirmación positiva, pero que se mantiene distante de afirmar derechos fundamentales en tanto se plantea centralmente para la emergencia (art. 9 literales b, c y f).

10.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES²⁶⁰

Las preocupaciones de diferentes Comités del sistema de Naciones Unidas han indicado que frente al problema de la discriminación:

1. No hay datos claros y precisos que permitan desarrollar políticas afirmativas con los sectores afectados.

258 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Finales a Uruguay; 22/12/97 (E/C.12/1/Add.18).

259 UNICEF - UDELAR; *Inversión en infancia en Uruguay. Análisis del gasto público social: tendencias y desafíos*, Montevideo, 2005, p. 116.

260 En los temas 4 (Acceso a la Justicia y Administración de Justicia), 9 (Infancia), 11 (Género), 15 (Migrantes), 17 (Discapacidad) y 18 (VIH/SIDA), se aborda específicamente la incorporación de reformas legales que plantean el tema de la discriminación.

2. El difícil acceso, el escaso conocimiento, así como la burocracia en los sistemas judicial y administrativo para la protección frente a casos de discriminación, vuelve aun más problemático el abordaje de la variedad de situaciones discriminatorias.
3. También lo es la ausencia de datos sobre la enseñanza en derechos humanos, en especial de la lucha contra la discriminación.
4. Perviven en el ordenamiento jurídico normas claramente discriminatorias.
5. Se le da poca importancia a los derechos económicos, sociales y culturales como elementos que favorezcan la inclusión social.

Por estos motivos consideramos que una reforma de nuestro sistema jurídico y de las prácticas del Estado en materia de incorporación de la no discriminación como política pública deben contemplar los siguientes aspectos:

1. Agregar al art. 8 de la Constitución un inciso que establezca claramente el principio de no discriminación.
2. Crear un Ombudsman o un mecanismo de protección que permita actuar rápidamente en casos de discriminación (en el caso argentino la solución se dio mediante la creación del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo).
3. Incorporar en el currículo escolar, transversalmente y en todos los niveles, la educación en derechos humanos y la legislación básica al respecto, la no discriminación y el respeto por las diferentes culturas.
4. Crear un registro que centralice la información sobre la temática de la discriminación y proponga políticas para los grupos víctimas de la discriminación.
5. Revisar la perspectiva desde la que se elaboran las leyes de presupuesto. Las propuestas de gasto realizadas en ellas muchas veces discriminan (por ejemplo, a la infancia y a la población afro-descendiente).
6. Elaborar leyes de acción afirmativa (medidas especiales) en el terreno laboral, educativo, económico y político.

7. Revisar la ley 12.597 (art. 7) sobre indemnización por despido, la cual exige un año de antigüedad a las trabajadoras domésticas para acceder al beneficio²⁶¹.

8. Fijar una ley de cupo para afro-descendientes en las actividades pública y privada.

9. Regular el llamado «derecho de admisión» a lugares públicos y privados que «están abiertos al público» o desarrollan una actividad con público.

Existen varios proyectos a ser considerados en la temática discriminación. La Cámara de Representantes en su Comisión Especial de Género y Equidad tiene a estudio con el número de carpeta 605 de 2005, el proyecto de ley es, «Igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres en la República», presentado por el Poder Ejecutivo. Dicho proyecto aborda el tema de las políticas públicas y su coordinación para lograr la incorporación de la perspectiva de género y la igualdad de oportunidades para todos los habitantes del país. Se crea un Consejo Rector de políticas públicas de igualdad de género.

Dicho proyecto se enmarca dentro de los compromisos asumidos internacionalmente por el Estado, por lo que vemos favorable su aprobación²⁶².

11. GÉNERO

11.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

11.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 8, 17, 23 y 24), aprobada por ley 15.737.

261 Cabe mencionar que el trabajo doméstico es generalmente desarrollado por mujeres. Asimismo, según datos oficiales el 40% de las trabajadoras domésticas son afro-descendientes.

262 Véase tema 11 (Género).

- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 17.330.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por ley 16.294.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer («Convención de Belém do Pará»), aprobada por ley 16.735.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por ley 16.274.
- Convención que aprueba la enmienda al párrafo 1 del art. 20 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por ley 17.679.
- Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer (arts. 1, 2 y 3), aprobada por ley 13.672.
- Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por decreto-ley 15.164.
- Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley 16.137.
- Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (arts. 2 y 7).
- Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 3, 7, 12, 21 y 23).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 3, 14 y 17), aprobado por ley 13.751.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 3, 7 y 12), aprobado por ley 13.751.
- Protocolo Facultativo a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 3, 7, 9 y 15), aprobado por ley 16.519.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobado por ley 17.338.
- Segundo Protocolo a la Convención Americana relativa a la Abolición de la Pena de Muerte, aprobado por ley 16.461.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comité de Derechos Civiles y Políticos, Observación General N° 18.
- Comité de Derechos Civiles y Políticos, Observación General N° 28.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 19.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 21.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 23.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 25.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 5.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: casos 10.506 (X e Y c/ Argentina, 1996), 10.970 (Raquel Martín de Mejía c/ Perú, 1996), 11.625 (María Eugenia Morales de Sierra c/ Guatemala, 2000), 11.565 (Ana, Beatriz y Celia González Pérez c/ México, 2001) y 12.051 (Maria Da Penha Maia Fernandes c/ Brasil, 2001).

11.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 8, 42 y 54.

b) Leyes

- Código Penal (arts. 36, 47 nrales. 6 y 14, 116, 149 bis, 149 ter, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 275, 321 bis, 322, 325, 326, 327, 328 y 361 nral. 5).
- Código del Proceso Penal (con vigencia suspendida) (arts. 89 y 90).
- Código Civil (arts. 91 y 183).
- Ley 10.783: Derechos Civiles de la Mujer.
- Ley 16.045: Igualdad de Trato y Oportunidades para ambos Sexos en la Actividad Laboral.

- Ley 16.707: Seguridad Ciudadana.
 - Ley 17. 514: Violencia Doméstica.
 - Ley 17.817: Lucha contra el Racismo, la Xenofobia y la Discriminación.
 - Ley 17.866: Creación del Ministerio de Desarrollo Social.
 - Ley 17.823: Código de la Niñez y la Adolescencia (arts. 1, 9, 14 y 18).
 - Decreto-ley 15.032: Código del Proceso Penal (arts. 22, 23 y 348).
- c) Decretos y Acordadas
- Acordada 7516, 2004: Violencia Doméstica.
 - Acordada 7522, 2004: Violencia Doméstica.
 - Decreto de 11/6/2004: Primer Plan de Lucha contra la Violencia Doméstica 2004-2010.

11.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Los principios básicos que constituyen el sustento de los derechos humanos son el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación²⁶³. La reivindicación de la igualdad en tanto principio normativo implica, en el marco de los derechos de las mujeres, «*tener las mismas oportunidades* [que los hombres], *ser reconocidas y tratadas como iguales*»²⁶⁴. La equidad, como principio que complementa los anteriores, importa considerar las situaciones discriminatorias que enfrentan las mujeres y que ponen en evidencia las limitaciones al goce y al ejercicio pleno de sus derechos²⁶⁵.

Los órganos internacionales de derechos humanos desarrollan los estándares que deben tomarse en cuenta para la identificación y el análisis de las situaciones de discriminación contra las mujeres, los cuales son *compa-*

263 Instituto Interamericano de Derechos Humanos; *Los derechos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional*, IIDH, San José de Costa Rica, 2004, p. 83.

264 Instituto Interamericano de Derechos Humanos; ob.cit., p. 86.

265 Instituto Interamericano de Derechos Humanos; ob.cit., p. 87.

rabilidad, razonabilidad y objetividad de la diferenciación²⁶⁶. En ese sentido, el Estado, para no incurrir en responsabilidad internacional, debe acreditar que la desigualdad de trato identificada tenga el carácter de objetiva, que sea razonable y que guarde proporcionalidad entre medios y fines²⁶⁷. En la medida que toda situación de discriminación importa una diferenciación de situaciones iguales o una igualación de situaciones diferentes (comparabilidad), una vez constatado lo anterior, se requiere considerar si la distinción o diferenciación carece de justificación objetiva y razonable, esto es, «si no persigue un objetivo legítimo» o si no existe entre los medios empleados y los objetivos a realizar una relación de proporcionalidad razonable²⁶⁸.

El respeto de los derechos humanos sin discriminación por razón de sexo es un objetivo de la ONU y de la OEA desde su creación. El marco normativo específico relativo a los derechos de las mujeres está establecido en los siguientes instrumentos: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979 (aprobada por decreto-ley 15.164) y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) de 1994 (aprobada por ley 16.735).

En efecto, la ONU ha entendido la incorporación de la perspectiva de género como una estrategia para hacer que los intereses y experiencias de hombres y mujeres sean una dimensión integral del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de programas, políticas y soluciones normativas en todos los ámbitos del quehacer humano, con el objetivo de la eliminación de la desigualdad entre hombres y mujeres.

El art. 1 de la CEDAW establece que *«la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento,*

266 Instituto Interamericano de Derechos Humanos; ob.cit., p. 88.

267 Instituto Interamericano de Derechos Humanos; ob.cit., p. 95.

268 Instituto Interamericano de Derechos Humanos; ob.cit., p. 94. Los estándares relacionados fueron adoptados por la CtEDH (Caso Marckx vs. Bélgica, Sentencia de 13/6/1979) y retomados por la CtIDH (OC-4/84 de 19/1/1984). Asimismo, se aprecian claramente en los casos 10.506 (1996), 10.970 (1996) y 11.625 (2000).

goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

Desde el punto de vista conceptual, las diferencias entre los sexos no implican desigualdades a nivel legal, de manera que es posible –si bien no es lo usual en los ordenamientos jurídicos desde muy antiguo– entender a hombres y mujeres como legalmente iguales a pesar de sus diferencias²⁶⁹.

Janet Saltzman²⁷⁰ ha señalado como rasgos comunes que caracterizan a las discriminaciones por razones de género en los ordenamientos jurídicos: 1) la expresión en el lenguaje de una ideología devaluadora de las mujeres, en tanto les confiere a ellas y a sus roles menor prestigio y poder que el conferido a los hombres; 2) la atribución de significados negativos a las mujeres y sus actividades; y 3) estructuras que excluyen a las mujeres de la participación en el ámbito público. El género es una categoría social que atraviesa y es atravesada por todas las otras categorías sociales, y que tiene su base material en un dato biológico. Por ello, en este estudio se tendrá en cuenta como área temática específica, pero también como perspectiva a considerar en el resto de los temas. La perspectiva de género como enfoque teórico pone el énfasis en un *«proceso social extremadamente complejo y profundamente no natural; una teoría que concibe el sexo como una relación vivida y mutable, es decir, que insiste en su naturaleza relacional. (...) el género es construido no con base en algo inmutable, sino en relación al otro género, tan mutable e histórico como él mismo»*²⁷¹. El aporte de las teorías de género ha sido recibido y aceptado por la ONU, validando la perspectiva como categoría descriptiva de la situación de discriminación que viven las mujeres. Lo anterior se refleja en la exigencia a los Estados de integrar el enfoque de género en todas las políticas y programas concretos, así como en la legislación interna.

269 FACIO, Alda y FRIES, Lorena; «Feminismo, género y patriarcado», en FACIO y FRIES (Eds.); *Género y Derecho*, Col. Contraseña/Estudios de Género/Serie Casandra, LOM-La Morada, 1999, pp. 21- 60, p. 21.

270 SALTZMAN, Janet; *Equidad y Género*, Cátedra, Universidad de Valencia - Instituto de la Mujer, 1992, citado por FACIO y FRIES, ob.cit., p. 21.

271 FACIO, Alda y FRIES, Lorena; ob.cit., p. 36-37.

El interés por la problemática de género supera el ámbito académico y supone un deseo de cambio y la construcción de un orden social y cultural que asegure el desarrollo de las potencialidades humanas, tanto de hombres como de mujeres.

En los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal se establece que *«todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»* y que cualquier persona puede invocar todos los derechos y libertades consignados en la misma *«sin distinción alguna»*, incluido el sexo. La CEDAW desarrolla las obligaciones jurídicas generales enunciadas en los artículos 2.1, 3, 4.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 2.2 y 3 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establecen que las partes se abstengan de ejercer discriminación alguna por las razones que se consignan, incluido el género.

El art. 1 de la CEDAW define la discriminación contra la mujer como *«toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera»*. Con ello se reconoce, de manera explícita, que internacionalmente tienen relevancia las violaciones de derechos que sufren mujeres tanto en el ámbito público como en sus vidas privadas, y que los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional si no protegen adecuadamente a las mujeres de la discriminación dentro de sus fronteras.

El art. 5 a) establece la obligación de los Estados de tomar medidas adecuadas con miras a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, que tiendan a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Los Estados se comprometen, en virtud de lo establecido en los artículos 2 y 3 de la Convención, a condenar la discriminación contra las mujeres y a adoptar medidas que aseguren *«el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre»*.

El art. 4, por su parte, establece que no se considera discriminación la adopción por los Estados de «*medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer*», hasta tanto se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. En ese mismo sentido, las Recomendaciones N° 5 (1988) y N° 25 (2004) del Comité de la CEDAW promueven la adopción por los Estados de medidas especiales temporales, del tipo de la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para la integración de las mujeres en las áreas laborales, políticas y educativas. La Recomendación General N° 25 establece que las medidas especiales temporales deben ser entendidas «*en el marco del objetivo general de la Convención, que es eliminar toda forma de discriminación contra la mujer para lograr la igualdad jurídica y de hecho (de jure y de facto) entre el hombre y la mujer en el goce y disfrute de sus derechos humanos*»²⁷². El Comité distingue tres dimensiones de la obligación de los Estados respecto al art. 4 de la CEDAW: 1) impedir que exista discriminación directa contra la mujer en la legislación y asegurar a las mujeres protección contra las discriminaciones que pudiesen ser cometidas por autoridades públicas, sistema judicial y empresas o individuos, tanto en el ámbito público como en el privado; 2) mejorar la posición de hecho de la mujer mediante la adopción de políticas y programas concretos y 3) combatir los prejuicios y estereotipos de género contra la mujer²⁷³.

En el derecho, la distinción público/privado atraviesa el entramado normativo y obedece a los parámetros que definen ambas esferas en la sociedad²⁷⁴. Por otra parte, el porcentaje de mujeres en cargos electivos es considerado en los estudios contemporáneos como indicador del desarrollo político y de la calidad democrática de una sociedad.

Las cuotas electorales constituyen una especie dentro del género de las acciones afirmativas y suponen la reserva (prevista normalmente en la ley electoral y excepcionalmente en la Constitución²⁷⁵) para que ningún género pueda tener más de un determinado porcentaje de representantes en los órganos legislativos.

272 Instituto Interamericano de Derechos Humanos; ob.cit., p. 135.

273 Instituto Interamericano de Derechos Humanos; ob.cit., p. 95.

274 FACIO, Alda y FRIES, Lorena; ob. cit., p. 30.

275 La cuotificación puede implementarse normativamente a nivel constitucional, legislativo o partidario.

Algunos autores consideran a las cuotas electorales de género como un ejemplo de las medidas de «discriminación inversa», que a su vez sería una variedad específica de las acciones positivas referidas²⁷⁶. Se trata de estrategias orientadas a la protección de minorías o grupos desaventajados y suponen la posibilidad de garantizar la representación de aquéllos en los organismos públicos de toma de decisiones²⁷⁷, posibilitando el acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas del país (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 23 inc.1 lit. c). Los comités de la ONU cuyas recomendaciones hemos citado en los listados de derecho internacional a considerar en el estudio, justifican las cuotas electorales de género en el contexto de los textos internacionales que los propios comités tienen la función de interpretar.

Señala Alda Facio²⁷⁸ como los aspectos fundamentales de la CEDAW: a) la definición de discriminación y el establecimiento de un concepto de igualdad sustantiva; b) la inclusión de la equiparación de derechos en el ámbito público y en el ámbito privado, reconociendo la violencia doméstica como un tipo de violación de los derechos de las mujeres; c) la ampliación de la responsabilidad de los Estados a actos cometidos por personas privadas, empresas o instituciones no estatales o no gubernamentales; d) la obligación de los Estados respecto de la adopción de medidas legislativas y políticas públicas para eliminar la discriminación, establecer garantías jurídicas y modificar prácticas que afecten el ejercicio pleno de derechos y libertades de las mujeres; e) la aceptación de la adopción de medidas transitorias de acción afirmativa y f) el reconocimiento del papel de la cultura y las tradiciones en el mantenimiento de la discriminación y el establecimiento del compromiso del Estado a eliminar los estereotipos en los roles de hombres y mujeres.

276 CARBONELL, Miguel; «La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en materia de cuotas electorales de género», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 8, enero-junio 2003, IIJ- UNAM, pp.193-203, p.194, <http://info.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/>.

277 GARGARELLA, Roberto; *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires, 1999, p. 152.

278 FACIO, Alda; «La carta magna de todas las mujeres», Costa Rica, 2002, citado en Instituto Interamericano de Derechos Humanos; *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional*, IIDH, San José de Costa Rica, 2004.

11.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

11.3.1. VACÍO VINCULADO A LAS CUOTAS ELECTORALES DE GÉNERO

Se trata de estrategias orientadas a la protección de minorías o grupos vulnerables y suponen la posibilidad de garantizar la representación de aquéllos en los organismos públicos de toma de decisiones, posibilitando el acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas del país (CADH, art. 23 inc.1 lit. c). Los comités de la ONU cuyas recomendaciones hemos citado en los listados de derecho internacional a considerar en el estudio, justifican las cuotas electorales de género en el contexto de los textos internacionales que los propios comités tienen la función de interpretar. En efecto, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (Observación General N^o 18 de 1989, sobre no discriminación) señala, a propósito del PIDCP de 1966, que *«El principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto»* (párr.10).

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU (*Recomendaciones Generales N^o 5 de 1988 y 25 de 2004, sobre medidas especiales temporales y Recomendación General N^o 23 de 1997 sobre participación en la vida pública de la comunidad*), recomienda que los Estados Parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer *«hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo»*. La CEDAW prescribe en el art. 7 que *«Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país, y en particular, garantizarán*

a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a: a) (...) ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; b) (...) ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales». El art. 4 de la misma Convención indica la procedencia de soluciones específicas como la cuota, en tanto edicta que «la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención», agregando que dichas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

La democracia uruguaya tiene un déficit²⁷⁹ respecto a este tema en la medida que, si bien los dirigentes varones de los partidos políticos han señalado positivamente la incorporación de las mujeres a la actividad política, ello no se ha reflejado en reformas concretas de los sistemas de acceso a los cargos públicos de toma de decisiones. Por el contrario, las acciones afirmativas que se han promovido en el país fueron posibles gracias al impulso de las propias mujeres políticas de organizaciones de mujeres²⁸⁰.

11.3.2. ESTEREOTIPOS DE MASCULINIDAD, FEMINIDAD Y DISCRIMINACIÓN

El Comité²⁸¹ ha expresado su preocupación por la persistencia en el sistema jurídico uruguayo de los estereotipos relacionados con el papel de la

279 El primer proyecto de ley acerca de la implementación de una cuota por sexo para las listas electorales fue presentado en 1988 y no fue considerado. Uruguay suscribió en 1995 la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing), asumiendo la recomendación de fijar «objetivos concretos y medidas de aplicación a fin de aumentar sustancialmente el número de mujeres con miras a lograr una representación paritaria de las mujeres y los hombres, de ser necesario mediante la adopción de medidas positivas en favor de la mujer, en todos los puestos gubernamentales y de la Administración pública».

280 MOREIRA, Constanza y JOHNSON, Niki; *Democracia, Género y Equidad: Aportes para el debate sobre los mecanismos de acción afirmativa*, FESUR, Montevideo, 2003, p. 30.

281 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Observaciones Finales a Uruguay, 07/05/2002 (A/57/38).

mujer en la familia y en la sociedad, y por actitudes y comportamientos profundamente arraigados sobre la superioridad de los hombres en las esferas de la vida pública y privada. Al Comité le preocupa que la escasa importancia prestada por el Estado Parte a este problema coadyuve a la persistencia de tales estereotipos, impidiendo así la plena aplicación de la Convención (párr. 192). Asimismo el Comité insta al Estado Parte a que adopte medidas para eliminar los estereotipos en la sociedad uruguaya (párr. 193). Particularmente, el Comité insta al Estado Parte a encaminar sus esfuerzos a aumentar la participación de la mujer en todas las esferas y puestos de toma de decisiones y a que los hombres compartan las responsabilidades de la familia. El Comité insta al Estado Parte a que aumente sus programas de creación de conciencia, así como a que adopte medidas para cambiar las actitudes y percepciones estereotipadas sobre la función y la responsabilidad de mujeres y hombres.

Sin perjuicio de algunas soluciones normativas acordes a los estándares internacionales relativos a la no discriminación por razón de sexo, podemos aseverar que el Estado uruguayo no ha adoptado medidas específicas tendientes a modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer, conforme exige art. 2 inc. F de la CEDAW.

El Comité²⁸² ha expresado su preocupación en cuanto a que el Instituto Nacional de la Familia y la Mujer, en su calidad de mecanismo nacional para el adelanto de la mujer, no tiene en realidad poder para iniciar y aplicar medidas normativas encaminadas a eliminar la discriminación contra la mujer. Asimismo, preocupa al Comité que el mecanismo nacional tal vez no cuente con suficientes recursos financieros y humanos (párr. 190). Por otra parte, el Comité recomienda que el Estado defina claramente los mandatos de las distintas instituciones y comisiones y el nivel de interacción entre ellas (párr. 191), alentando al Estado Parte a que asigne «*al mecanismo nacional los recursos humanos y financieros necesarios para velar por la aplicación efectiva de las políticas y programas gubernamentales relativos a la igualdad de género*». El Comité recomienda la inmediata adopción de un plan de igualdad de oportunidades, que permita proporcionar una base jurídica

²⁸² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Observaciones Finales a Uruguay, 07/05/2002 (A/57/38).

sólida al Programa Nacional de la Mujer. Asimismo, alienta al Gobierno a que incorpore la perspectiva de género en todos los ministerios y a que establezca mecanismos para evaluar sus efectos.

El Instituto de la Familia y la Mujer fue instituido por el art. 234 de la ley 16.226 en el Programa 001 del Ministerio de Educación y Cultura, y por el art. 6 de la ley 17.866²⁸³ se incorpora al Ministerio de Desarrollo Social, manteniéndose su estructura y organización y los recursos que tenga asignados. El Proyecto de Ley de Presupuesto 2005-2009 prevé en su art. 337 que el citado Instituto pasará a denominarse «**Instituto Nacional de las Mujeres**», el cual tendrá los siguientes cometidos:

- a) Ejercer, como ente rector de las políticas de género, las funciones de promoción, diseño, coordinación, articulación, ejecución, así como el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas desde la perspectiva de género.
- b) Garantizar el respeto de los derechos humanos de las mujeres, integrando la igualdad de oportunidades y derechos a los derechos políticos, económicos, sociales y culturales.
- c) Promover una ciudadanía plena, garantizando la inclusión social, política, económica y cultural de las mujeres, así como su participación activa en el proceso de desarrollo nacional.
- d) Velar por el cumplimiento de los compromisos internacionales que el país ha suscrito en materia de género, y realizar y ejecutar, dentro de sus posibilidades financieras, los convenios internacionales de cooperación vinculados a dicho cumplimiento.
- e) Promover el acceso de las mujeres a los recursos, las oportunidades y los servicios públicos, de manera de contribuir a erradicar la pobreza, fortaleciendo su capacidad productiva mediante el acceso al empleo, el crédito, las tierras, la tecnología y la información.
- f) Garantizar el acceso y la plena participación de la mujer en las estructuras de poder y en la adopción de decisiones.

283 Ley de creación del Ministerio de Desarrollo Social.

INADECUACIONES EN EL ÁMBITO PENAL

Señala Larrandart²⁸⁴, que los roles de la mujer en el CP son el *rol de madre* (al respecto es objeto de tutela y de represión) y el *rol sexual* (al respecto no se tutela su libertad sino su «honestidad»): maternidad y sexualidad son los rasgos definitorios del estereotipo del rol femenino que caracterizan a la mujer como objeto de represión y/o tutela.

En las disposiciones de la parte general del CP se prevé como agravante (art. 47 nal. 6) la «superioridad del sexo», como un caso de abuso de fuerza. Señala Malet²⁸⁵ que la previsión *«es un resabio de la idea de “sexo débil” que (...) sintetiza la visión milenaria que se tiene de la mujer frente al hombre, imagen de mayor fragilidad (...). Del punto de vista de la fuerza, puede ser cierta esta “superioridad” en muchos casos; lo que no se comprende es que si se usa en este sentido, para qué establecerla, si queda abarcada en la hipótesis prevista de inmediato de la superioridad de las fuerzas»*.

El CP uruguayo en el Título X (De los delitos contra las buenas costumbres²⁸⁶ y el orden de la familia) prevé los delitos de raptó (arts. 266 a 271), violación (art. 272), atentado violento al pudor (art. 273) y estupro (art. 275), entre otros.

Los citados tipos penales están contruidos sobre la base de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, particularmente manifestadas en lo sexual, conteniendo referencias a la condición moral de las mujeres en tanto ofendidas, que en general se siguen de su estado civil²⁸⁷. En efecto, la regula-

284 LARRANDART, Lucila; «Control social, derecho penal y género», en BIRGIN, Haydée (comp.); ob. cit., pp. 85-109, p. 100.

285 MALET, Mariana; «Normas penales discriminatorias respecto de las mujeres», AAVV; *Normas discriminatorias de las Mujeres. Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Tercera Serie No. 10, Montevideo, FCU, s/f, pp. 43-50, p. 44.

286 Según las posiciones tradicionales, el concepto empleado en el Título X remite a aquella parte de la moralidad pública que se refiere a las relaciones sexuales.

287 Lo cual supone recoger previsiones normativas contruidas desde estereotipos relacionados con la familia, el matrimonio y las relaciones entre hombres y mujeres.

ción del rapto limita el sujeto pasivo a persona del sexo femenino. La pena prevista se equipara cuando se trata de mujer soltera, viuda o divorciada y es aumentada cuando se trata de una mujer casada (por la perturbación de un hogar constituido). En principio, hay una constatada discriminación contra la mujer, en la medida que la misma conducta cometida contra un hombre no configura el delito de rapto, sino un delito contra la libertad personal (arts. 281 y 283 CP). Las figuras comentadas no protegen la libertad sexual y de decisión de las mujeres en torno a lo sexual sino que tutelan un valor moral que trasciende a la mujer víctima concreta y reconduce a la moral pública²⁸⁸. Lo anterior se visualiza claramente en aquellos delitos –como la violación y el atentado violento al pudor– en los cuales aparece la violencia, el engaño o la amenaza y, por tanto, «*configuran un ataque fundamental a la libertad o cabal determinación en cuanto a la disponibilidad del propio sexo*»²⁸⁹.

Vinculado con lo anterior, la *honestidad* de la víctima es un elemento constitutivo del delito (si se trata de viuda, divorciada o soltera entre quince y dieciocho años), no exigiéndose dicha condición tratándose de mujer casada, menor de quince años o mayor de dieciocho. En estos últimos casos, la *deshonestidad* de la víctima está prevista como circunstancia atenuante, junto con el propósito de matrimonio del culpable (art. 269 CP).

Por tanto, constatamos una solución legal discriminatoria de las mujeres (en relación a la situación de los hombres respecto de las mismas conductas, que ya fue mencionada) que supone la tutela de un bien jurídico que trasciende a las mujeres en la medida que refiere no a su libertad sexual, sino al lugar social que es atribuido a la mujer²⁹⁰. A ello se agrega otra discriminación en la medida que la ley habilita la clasificación de las mujeres en honestas y deshonestas, a las cuales se concede, respectivamente, mayor o menor (o ninguna) protección, reflejando una visión sexista del honor.

La tipificación del estupro (art. 275 CP) también contiene aspectos discriminatorios por razón de sexo: el sujeto pasivo debe ser una mujer y la condición de *doncella* de la víctima es un elemento constitutivo del delito.

288 BOVINO, Alberto; «Delitos sexuales y justicia penal», en BIRGIN, Haydée (comp.); *Las trampas del poder punitivo: El Género del Derecho Penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 175-294, p. 187.

289 MALET, Mariana; ob.cit., p. 45.

290 BOVINO, Alberto; ob.cit., p. 188.

El Comité de CEDAW considera un caso especial de discriminación contra las mujeres lo dispuesto en el art. 116 del CP, en tanto prevé como causal de extinción del delito o de la pena el matrimonio del ofensor con la ofendida, en los casos de delitos de violación, atentado violento al pudor, estupro o raptó. La previsión legal supone que la lesión a la libertad sexual de la mujer desaparece cuando media el matrimonio con el ofensor, lo cual pone en evidencia que el objeto de tutela es el orden familiar²⁹¹. La misma preocupación ha sido expresada por el Comité de Derechos Humanos²⁹² respecto de los artículos 89 y 90 del la ley 16.893 (CPP, con vigencia suspendida), que establecen la referida extinción del delito o la sentencia ya dictada «*en beneficio de un autor material del delito que posteriormente se ha casado con la víctima, y así como de todos los demás participantes en el delito*», y recomienda que esas disposiciones sean modificadas para que se ajusten a lo dispuesto por el PIDCIP.

Por otra parte, también constituye discriminación contra la mujer, y supone un incumplimiento de la obligación asumida por el Estado en virtud del art. 5 de la CEDAW, lo previsto en materia de faltas contra la moral y las buenas costumbres en el art. 361 nral. 5^o (*galantería ofensiva*), en la medida que comete la falta en cuestión quien importunare a una mujer *que no hubiere dado motivo* para ello, con palabras o ademanes groseros, o contrarios a la decencia.

INADECUACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL

La Constitución en su art. 36 reconoce la libertad de trabajo, profesión y empleo a toda persona, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes, sin efectuar ninguna mención específica a las mujeres. El art. 11.1 inc. a) de la CEDAW establece las medidas que deben tomar los Estados para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo. La legislación interna y las políticas públicas no garantizan una distribución equitativa de las cargas familiares y el fenómeno de la flexibilización laboral obstaculiza el ejercicio de los derechos de las mujeres en materia laboral, aumentando las desigualdades. Se constata así un vacío normativo y, por tanto, un incumplimiento del art. 2 inc. b) de la CEDAW, por la ausencia de medidas tendientes a eliminar la dis-

291 LARRANDART, Lucila; ob. cit., p. 99.

292 CCPR/C/79/Add.90.

criminación contra las mujeres, que permitan al Estado uruguayo cumplir con los compromisos que se derivan de la CEDAW, con excepción de la ley 16.045 sobre «Igualdad de Trato y Oportunidades para ambos sexos en la Actividad Laboral» que prohíbe toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en cualquier sector de la actividad laboral, estableciendo sanciones para casos de incumplimiento. Es pertinente señalar que *«a pesar de los avances en términos de equidad de género en el mercado laboral, los estudios existentes para Uruguay señalan que persisten las diferencias, tanto en lo que respecta a la inserción por tipo de ocupación (que suele denominarse “segregación ocupacional”) como a la calidad de los empleos y a la vulnerabilidad frente al empleo»*²⁹³. La ausencia de medidas especiales de carácter temporal (previstas por el art. 4 de la CEDAW) es uno de los factores que incide en la persistencia de las diferencias.

Se ha señalado²⁹⁴ que la ausencia de políticas públicas de igualdad en el empleo se refleja en cuestiones como:

- a) normas discriminatorias como las que regulan el trabajo doméstico (no está prevista la limitación de la jornada, no está previsto el seguro de desempleo, para la indemnización por despido se requiere un año de antigüedad, se puede fragmentar el descanso semanal);
- b) tratamiento desigual de la maternidad en el sector público y en el sector privado;
- c) ausencia de normas sobre licencia por paternidad en el sector privado;
- d) ausencia de normas sobre licencia por hijo menor enfermo;
- e) inexistencia de un procedimiento rápido y eficaz para tramitar reclamos por discriminación; e
- f) insuficiencia de la legislación relativa a acoso sexual.

293 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO; *Desarrollo Humano en Uruguay 2005. Uruguay hacia una estrategia de desarrollo basada en el conocimiento*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Uruguay, 2005, p. 57.

294 MÁRQUEZ, Martha; «Derecho Laboral: ¿Igualdad y No Discriminación?», AAVV; *Normas discriminatorias de las Mujeres. Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Tercera Serie No. 10, Montevideo, FCU, pp. 27-32, p. 31.

INADECUACIONES EN LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA

El art. 183 del CC refleja los estereotipos de masculinidad y feminidad contruidos a partir de relaciones de poder y jerarquía, en la medida que el marido –en ocasión de la separación– queda obligado a «*contribuir a la congrua y decente sustentación de la mujer no culpable de la separación*», sirviéndole una pensión alimenticia. Dicha obligación cesa en virtud de la consideración de elementos vinculados a la condición moral de la mujer, lo cual se considera un trato discriminatorio: «*Cesará esta obligación si la mujer lleva una vida desarreglada*». Esta regulación interna contraviene las disposiciones de la CEDAW, así como la Recomendación General N^o 21 del Comité de CEDAW. También constituye una contravención a lo previsto por los instrumentos internacionales citados (art. 16 inc. 1.a de la CEDAW) el establecimiento de condiciones diferentes para adquirir la capacidad para contraer matrimonio (art. 91 del CC), basadas en el género.

11.3.3. VIOLENCIA DOMÉSTICA

La elaboración de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, conocida como la «Convención de Belém do Pará» supone, «*en el marco del sistema regional, una verdadera redefinición del derecho interamericano sobre derechos humanos para aplicarlo con una orientación concreta de género, [y su] adopción reflejó el poderoso consenso entre los actores estatales y no estatales de que la lucha para erradicar la violencia de género requiere de acciones concretas y garantías efectivas*»²⁹⁵.

A los efectos de la Convención de Belém do Pará, se entiende por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño, sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado.

La ley 16.707 incorporó al CP el delito de violencia doméstica (art. 321 bis) y la ley 17.514 atribuye competencia para entender en cuestiones

295 CIDH, Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas, 1997/98 (OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17.

no penales de violencia doméstica a los tribunales de familia, otorgando importantes potestades a los jueces.

Si bien el derecho interno cumple con los estándares exigidos por la Convención de Belém do Pará, la implementación del procedimiento en materia de violencia doméstica²⁹⁶ ha debilitado las garantías procesales de los demandados, en virtud de lo abreviado de los plazos y del amplio elenco de medidas cautelares pasibles de ser dispuestas a efectos de resolver cuestiones a las cuales no es conveniente restar importancia. En ese sentido, si bien no se constatan inadecuaciones concretas del derecho interno respecto de los instrumentos internacionales de protección a la mujer (CEDAW, Recomendación General N° 19 del Comité de CEDAW, Convención de Belém do Pará), es necesario armonizar también las normas internacionales, teniendo en cuenta los instrumentos que regulan el debido proceso (art. 8 CADH, art. 14 PIDCP).

11.3.4. SALUD

El art. 12 de la CEDAW y la Recomendación General N° 24 de 1999 del Comité de CEDAW establecen la pertinencia de que los Estados tomen medidas en orden a eliminar las situaciones de discriminación en la efectiva realización del derecho de las mujeres al más alto estándar de salud atendible. Así como las diferencias biológicas entre hombres y mujeres pueden llevar a diferencias en cuanto a la atención de la salud, existen factores sociales que son determinantes en el estatus sanitario de hombres y mujeres. Por esa razón, requieren especial atención las necesidades sanitarias y los derechos de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desaventajados, como las mujeres migrantes, refugia-

296 La inconveniencia, por un lado, del diseño de una estructura procesal con particularidades que podrían afectar la igualdad de las partes y, por otro, la discusión teórica acerca de la impertinencia de entender que conflictos como los regulados por la ley 17.514 obtengan una respuesta fundamentalmente punitiva (sin perjuicio de que no intervenga en ellos la justicia penal) no tienen un desarrollo extenso en este trabajo, en la medida que la solución legislativa se adecua a las exigencias de los instrumentos y organismos internacionales que se ocupan de los derechos de las mujeres.

das, niñas, adultas mayores, mujeres que ejercen la prostitución, mujeres con discapacidades físicas o mentales, entre otras (Recomendación General N° 24). La obligación de los Estados de tomar medidas que eliminen la discriminación contra las mujeres en el área de la salud, establecida en el art. 12 de la CEDAW, supone garantizar el acceso a los servicios de salud en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, incluyendo aquellos relacionados a la planificación familiar. Los Estados se comprometen a priorizar la prevención de los embarazos no deseados a través de la planificación familiar y la educación sexual, así como a reducir las tasas de mortalidad de las mujeres mediante asistencia prenatal y de la maternidad. Asimismo, la Recomendación General N° 24 del Comité de CEDAW²⁹⁷ establece que, si es posible, los Estados deben modificar las legislaciones internas que criminalizan el aborto (por su relación directa con las altas tasas de mortalidad materna), a los efectos de eliminar aquellas medidas punitivas impuestas a las mujeres que experimentan la interrupción voluntaria del embarazo. Es necesario discutir la necesidad de armonizar los arts. 325 a 328 del CP (delito de aborto), teniendo en cuenta las recomendaciones de los organismos internacionales de protección de los derechos de la mujer. En ese sentido, el Proyecto de Ley sobre Defensa de la Salud Reproductiva²⁹⁸ que fue rechazado por el Senado de la República el 5 de mayo de 2004, incluía integralmente el desarrollo de políticas de educación sexual y de prevención mediante el acceso a los servicios de planificación familiar y la regulación de la práctica del aborto, estableciendo la legalidad de la interrupción de la gestación hasta las doce semanas, y reafirmando la responsabilidad del Estado como garante de los derechos de todas las personas, promoviendo la decisión libre y responsable de hombres y mujeres.

297 La recomendación para que los Estados revisen las leyes que castigan a las mujeres que han tenido que sufrir abortos ilegales también surge de la Plataforma de Acción de Beijing (aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995), que establece que garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres es fundamental para la igualdad y la participación en la sociedad de niñas y mujeres (párr. 92).

298 Nos remitimos al análisis del Proyecto de Ley de Defensa de la Salud Reproductiva realizado por Mariana Malet en AAVV; *Género: Violencia y Equidad. Participación y Exclusión*, Curso para Graduados año 2004, Escuela de Posgrado - Facultad de Derecho – Universidad de la República, Ed. IDEAS, 2005, pp. 27-46.

11.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

De acuerdo al diagnóstico de inadecuaciones y vacíos efectuado, es dable recomendar al legislador la adopción de medidas para eliminar los estereotipos, especialmente aumentando la participación de la mujer en todas las esferas y puestos de toma de decisiones, así como la adopción de medidas en áreas normativas concretas que tiendan igualmente a la eliminación de los estereotipos de masculinidad y feminidad.

1. En lo relativo a la participación de las mujeres en las instancias públicas de decisión, se recomienda:

- Incorporar a la Constitución la garantía del pleno ejercicio de los derechos políticos mediante la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios mediante acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral.
- Incorporar al texto constitucional, dentro de las potestades del Parlamento, la de promover medidas de acción positiva en relación a las mujeres, que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, así como el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales.
- Regular legislativamente los cupos femeninos en las diferentes áreas de la actividad pública.
- Adoptar por vía legislativa un plan de igualdad de oportunidades que proporcione una base jurídica sólida a la acción del Instituto Nacional de las Mujeres, a lo cual debe sumarse una mayor asignación de recursos para la tarea de vigilancia y control en este aspecto. En este sentido, la aprobación del proyecto de ley²⁹⁹ sobre «Igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres en la República» resulta, en principio, una acción legislativa apropiada.

299 Proyecto a estudio de la Comisión Especial de Género y Equidad de la Cámara de Representantes (Carpeta N° 605 de 2005, Repartido N° 472 de noviembre de 2005).

2. En lo relativo a la adopción de medidas que tiendan a la eliminación de los estereotipos de masculinidad y feminidad en las diferentes áreas normativas donde se constataron inadecuaciones, se recomienda:

En materia penal:

a) Eliminar del art. 47 nral. 6 del CP la referencia a la «superioridad del sexo».

b) Modificar el Título X del CP³⁰⁰ «De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia», por «Delitos contra la libertad sexual y el orden de la familia», en el entendido que quien atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, es responsable de agresión sexual³⁰¹.

c) Derogar los artículos 266 a 271 (rapto) y 275 (estupro) del CP.

d) Derogar la causal de extinción del delito o de la pena por el matrimonio del ofensor con la ofendida y el propósito de matrimonio del culpable como circunstancia atenuante (arts. 22 CPP y arts. 116 y 269 CP). Concretamente, se recomienda la aprobación del proyecto de ley sobre derogación del art. 116 del CP³⁰².

e) Como consecuencia de entender que el bien jurídico en los llamados «delitos sexuales» es la libertad sexual, se recomienda agregar al art. 282 (agravantes de la privación de libertad) un

³⁰⁰ Se encuentra a estudio de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes un proyecto de ley sobre modificación del Título X del CP (Carpeta N° 3646 de 2003, Repartido N° 80 de marzo de 2005), que puede ser un comienzo para el cumplimiento de algunas de las observaciones de los organismos internacionales de protección de la mujer, sin perjuicio de que las soluciones propuestas en el mismo no coincidan con las recomendaciones de este estudio.

³⁰¹ Código Penal español de 1995, art. 178: El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.

³⁰² El 21 de diciembre de 2005 fue aprobado por la Cámara de Representantes el Proyecto de ley que deroga los artículos 116 del CP y 22 y 23 del Decreto Ley 15.032 (CPP). Dicho proyecto se encontraba a estudio de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes (Carpeta N° 3761 de 2004), Repartido N° 81, marzo de 2005.

quinto numeral que prevea como agravante que el delito se cometa afectando la autodeterminación sexual.

f) Modificar el art. 272 (violación). Una cuestión a considerar, en la medida que supone alterar la redacción interna del tipo, es la ampliación de la violación (no sólo previendo la conjunción carnal), por ejemplo considerando que la agresión sexual consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en la introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías³⁰³.

g) En la medida que se derogue el art. 275 (estupro), es necesario modificar el art. 279 en cuanto a lo previsto para la instancia de parte en el caso de estupro, eliminando dicha mención.

h) Eliminar toda mención del concepto honestidad de la víctima como elemento atenuante de la pena. Concretamente, se recomienda derogar el art. 269 CP.

i) Derogar el numeral 5° del art. 361 del CP (galantería ofensiva). El punto preocupante, desde la perspectiva de la eliminación de estereotipos, radica en la referencia a que la falta supone «importunar a una mujer que no hubiere dado motivo para ello» con palabras o ademanes groseros, o contrarios a la decencia. La eliminación de la redacción de la referencia a la mujer implica que los actos comprendidos en la figura específica del numeral 5° quedan comprendidos en el tipo penal del numeral 1° del art. 361. En ese sentido, se recomienda la derogación del numeral 5°.

En materia laboral:

a) Sancionar instrumentos legislativos que supongan la adopción de medidas temporales afirmativas para el avance de la equidad de género en el ámbito laboral³⁰⁴.

303 Código Penal español de 1995, art. 179: Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años. Similar solución prevé la legislación argentina.

304 Nos remitimos a las recomendaciones que formula Martha Márquez en AAVV; *Género: Violencia y Equidad. Participación y Exclusión*, Curso para Graduados

b) Sancionar una ley que prevea la participación femenina en la negociación colectiva de las condiciones laborales (Cupo Sindical Femenino), cuya reglamentación sea instrumentada por Decreto.

c) Introducir en la legislación la figura de despido discriminatorio por razón de raza, sexo, religión u orientación sexual.

En el matrimonio y la familia:

a) Eliminar del art. 183 del CC la referencia a la «vida desarreglada de la mujer» como causal de cese de la obligación alimentaria.

b) Establecer la capacidad para contraer matrimonio sin distinciones basadas en el género³⁰⁵.

En el área de la salud:

a) Aprobar instrumentos legislativos que favorezcan el desarrollo de políticas de educación sexual y de prevención de embarazos no deseados mediante el acceso en condiciones de igualdad a los servicios de planificación familiar.

b) En cuanto a la regulación de la práctica del aborto³⁰⁶, se trata de un tema que no implica un pronunciamiento exclusivamente técnico sino también discusiones de orden político, moral y religioso, entre otros. En ese sentido, si bien es de fundamental importancia tener en cuenta el dato insoslayable de las muertes de mujeres a causa de las prácticas ilegales de interrupción del embarazo, es necesario instrumentar un debate en el que se garantice la participación de todos los afectados por las conductas objeto de regulación jurídica, antes de poder efectuar una recomendación técnica en un sentido u otro. Es necesario tener en cuenta que la controversia o el desacuerdo moral

año 2004, Escuela de Posgrado - Facultad de Derecho – Universidad de la República, Ed. IDEAS, 2005, pp. 117-123, pp. 122-123.

³⁰⁵ Véase también tema 9 (Infancia).

³⁰⁶ Existe un proyecto de ley a estudio de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes (Carpeta N° 423 de 2005, Repartido N° 392 de setiembre de 2005) que prevé la convocatoria a un referéndum consultivo sobre la despenalización del aborto.

sobre el aborto deriva hacia la controversia jurídica, y con ello, a la discusión en términos de penalización o despenalización total o parcial. Sin embargo, numerosas opiniones teóricas³⁰⁷ contemporáneas en el campo de la filosofía moral y jurídica entienden que, a pesar de las discrepancias morales sobre el aborto, es posible y deseable encontrar criterios para un acuerdo. Si el debate se plantea en términos de si el concebido es una persona moral o un conjunto de células, la discusión se construye como una cuestión de convicciones morales básicas, de concepción del mundo y de la vida. En esos términos polarizadores no puede haber pacto, acuerdo o compromiso entre personas con principios morales radicalmente distintos, porque las dos partes no tienen nada sobre qué razonar o ser razonables³⁰⁸. En definitiva, «se trata de una típica disputa práctica, y lo que está en discusión es si la decisión sobre el aborto pertenece a la esfera individual, es decir si integra la ética personal, y debe ser dejada al libre arbitrio individual de las mujeres en las sociedades pluralistas contemporáneas; o en cambio, si afecta aspectos de la concepción colectiva de la sociedad, si atañe a la moral mínima que se entiende indispensable defender, y por lo tanto sería legítima la prohibición penal»³⁰⁹.

12. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

12.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

12.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones.

- Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald; *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1994; HABERMAS, Jürgen; *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 1991; FERRAJOLI, Luigi; «A questão do embrião entre direito e moral», *Revista do Ministério Público*, vol. 24, Lisboa, abril – junio 2003, pp. 9-30.

³⁰⁸ DWORKIN; ob.cit., p. 18.

³⁰⁹ ANDREOLI, Miguel; «El debate sobre el aborto en Uruguay», en *Actio*, Año 1, n^o 1, diciembre 2002, www.fhuce.edu.uy/public/actio

- Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por ley 15.798.
- Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (arts. 26 y 53), aprobada por ley 16.173.
- Convención Interamericana contra el Terrorismo, no ratificada por Uruguay.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por ley 16.461.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por ley 16.724.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por ley 13.670.
- Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por ley 13.482.
- Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en Delitos Contra las Personas cuando estos tengan Trascendencia Internacional, aprobado por decreto-ley 14.728.
- Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por ley 17.347.
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por ley 17.704.
- Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, aprobado por ley 17.410.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por ley 17.510.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.2) aprobado por ley 13.751.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comité de Derechos Humanos (A/44/40, 29/9/89; CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93; Add.90, 8/4/98).
- Comité para la eliminación de la Discriminación Racial, Declaración sobre discriminación racial y las medidas para combatir el terrorismo (8/3/2002).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez.
- Declaración del Comité Contra la Tortura (22/11/2001).
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (AGNU 47/133 de 18 de diciembre de 1992).
- Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre derechos humanos y la lucha contra el terrorismo.
- Organización de los Estados Americanos, Informe sobre terrorismo y derechos humanos (OEA, 2002).
- Organización de los Estados Americanos, Resolución sobre derechos humanos y terrorismo (OEA, AG/RES 1906 de 4/6/02).
- Propuesta del Consejo de Seguridad sobre respeto de las normas internacionales de derechos humanos.
- Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas números 1368 (12/9/01), 1373 (28/9/01), 1378 (14/11/01) y 56/1 (18/9/01).

12.1.2. DERECHO INTERNO

Leyes

- Ley 17.510: Ratificación del Estatuto de Roma.
- Código Penal (arts. 9 a 16).

12.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Según Kai Ambos, por *derecho penal internacional* se entiende, tradicionalmente, el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional³¹⁰. Específicamente,

³¹⁰ AMBOS, Kai; *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. Ezequiel Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung

el derecho penal internacional refiere al castigo de las graves violaciones a los derechos humanos definidas como crímenes internacionales.

Se entiende por *crímenes internacionales* aquellas conductas dolosas que por su gravedad y por la forma en que se cometen afectan no sólo a las víctimas directas sino a toda la humanidad y por lo tanto pueden y deben ser tipificadas y sancionadas no sólo por el Estado donde se cometieron sino por la comunidad internacional organizada, a través de normas y tribunales internacionales. En ese sentido, se habla de una «macrocriminalidad» política cuando en la conducta dolosa interviene directamente el Estado o cuenta con su tolerancia, su omisión o apoyo y se realiza en un contexto de comisión generalizado y sistemático.

El Estatuto de Roma³¹¹, que establece la Corte Penal Internacional³¹², es el más importante tratado a nivel universal referido a la justicia internacional, que ejerce su jurisdicción respecto de graves crímenes de carácter internacional. Es complementario de las jurisdicciones penales nacionales (párrafo décimo del preámbulo y arts. 1 y 17). Esto quiere decir que el Estado competente tiene preferencia para juzgar tales delitos y la CtPI sólo la asume cuando ese Estado no puede o no quiere juzgar (principio de aceptación de competencia).

La competencia que tiene es sobre los crímenes de:

1. Genocidio (art. 6).
2. Lesa humanidad (art. 7).
3. Guerra (art. 8).

Con respecto al crimen de agresión (art. 5) tiene una aplicación diferida hasta que sea tipificado por la Asamblea de los Estados Partes que se convocará transcurridos por lo menos siete años después de la entrada en vigor del Estatuto.

La jurisdicción que tiene la CtPI es sobre personas «naturales», cuando actuaron solas o con otros bajo distintas formas de participación

– Temis – Duncker & Humboldt, 2005, Montevideo, p. 34. También ver, del mismo autor, *Impunidad y derecho penal internacional*, CIEDLA - Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 1999, p. 49.

³¹¹ En adelante, ECPI.

³¹² En adelante, CtPI.

(autor, coautor, cómplice, encubridor, etc.), lo cual no afecta la responsabilidad que pueda tener el Estado (art. 25), que se procesará por otras vías, diferentes a las establecidas en el Estatuto.

El Estatuto es cuidadoso en cuanto al sistema de garantías procesales que deberán respetársele al inculpado, a saber: ser oído en audiencia pública e imparcial, ser informado cabalmente de los cargos en su contra, tener un defensor, poder interrogar, no ser obligado a declarar contra sí mismo y, sobre todo, presunción de inocencia (arts. 66, 62 y ss.). Consagra los principios *nullum crimen sine lege* (arts. 22, 11 y 24) y *nulla poena sine lege*³¹³ (art. 23).

Una norma fundamental es el art. 29 en cuanto establece que los crímenes de competencia de la CtPI no prescribirán.

El referido Estatuto establece el principio de culpabilidad a través de los arts. 30, 31 y 32. La subjetividad en la conducta del autor del hecho es un elemento determinante de la pena a aplicar, por lo cual la intencionalidad es un elemento esencial para poder responsabilizarlo.

Hay dos temas que aborda el Estatuto que son esenciales en el derecho penal internacional. Uno es la responsabilidad de superiores y subordinados (arts. 28 y 33). Es así que regula la responsabilidad penal de los jefes militares por delitos cometidos por fuerzas bajo su mando e incluso la de los jefes civiles por delitos cometidos por sus subordinados cuando no se ejerció un control apropiado sobre los mismos. Otro es con respecto a las inmunidades (arts. 27 y 98). El Estatuto será aplicable por igual a todos, sin distinción alguna basada en el cargo oficial. Al jefe de Estado o de Gobierno, por el hecho de ser miembro de un parlamento o gobierno, no se le eximirá de responsabilidad penal ni se le reducirá la pena, y ello no cambiará a pesar de lo que esté previsto por el derecho interno. La doctrina entiende que la inmunidad no puede impedir la persecución si el funcionario ya no ejerce funciones oficiales.

Con respecto a las *obligaciones o medidas a tomar por los Estados Parte* está la de cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y

313 Estos brocardos latinos constituyen la expresión clásica del principio de legalidad. Significan, respectivamente, que para que una conducta sea considerada como delito debe estar tipificada como tal por la ley penal y que no se puede aplicar una pena si la misma no se encuentra previamente establecida en la ley.

el enjuiciamiento que ésta realice (arts. 86 y 87). La Corte podrá solicitar distintos tipos de cooperación (interrogatorios, detención y entrega de personas, envío de documentación, inspecciones oculares, facilitar los interrogatorios que el Fiscal de la Corte decida realizar personalmente, etc.). Además, los Estados deben asegurar en el derecho interno la existencia de procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación.

Al igual que en otros instrumentos internacionales, el PIDCP establece en el art. 15 que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos y que tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Este mismo artículo habilita el sometimiento a juicio a quien cometió hechos delictivos tipificados por la comunidad internacional.

Por otra parte, existen normas imperativas de derecho internacional, conocidas como normas *ius cogens*, que constituyen una limitación a la voluntad estatal. Se encuentran previstas en el art. 53 de la «Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales», que dice que es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, agregando a continuación que se trata de «*una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*».

Según Moyano³¹⁴, el objetivo fundamental de estas normas *ius cogens* es la protección de los intereses y valores fundamentales de la comunidad internacional, razón por la cual para una adecuada protección se han colocado fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad estatal, con lo que se evita que los Estados puedan derogarlas. Se trata en general de los llamados «principios reconocidos por las naciones civilizadas» y se encuentran en los tratados, en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y en

314 MOYANO BONILLA, César; «Soberanía y Derechos Humanos», en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen II, San José de Costa Rica, CtIDH, Unión Europea, 1998, pp. 1123-1144, p.1136.

otros instrumentos internacionales como las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General de la ONU.

Existen otros **principios relevantes** de derecho penal internacional, uno de los cuales se conoce como *Aut dedere aut judicare*. Nuestro país se obligó por múltiples tratados a perseguir y sancionar a los autores de crímenes contra la humanidad y de graves violaciones a los derechos humanos. Tales crímenes habilitan el ejercicio de la jurisdicción internacional, es decir que pueden ser juzgados fuera del país en que se cometieron. Ello se debe a que en tales casos es de aplicación el principio de derecho internacional *Aut dedere aut judicare*, que significa que si un país opta por no juzgar al autor o autores de tales crímenes, tiene la obligación de extraditar. Este principio de jurisdicción universal está previsto en los convenios de Ginebra sobre «Protección de las Víctimas de la Guerra» (Convenio I, art. 49).

A continuación abordamos específicamente las nociones generales sobre determinados delitos: genocidio, terrorismo, crímenes de lesa humanidad y, dentro de estos últimos, desaparición forzada y tortura.

12.2.1. GENOCIDIO

Tanto el ECPI como la Convención sobre Genocidio de 1948 entienden en forma similar por genocidio *«cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo»*.

La Convención sobre Genocidio contiene tres normas a destacar: 1) el Estado contratante se compromete a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de la Convención y establecer sanciones penales para castigar a los culpables (art. 5); 2) para juzgar este delito hay coexistencia de competencias, la del Estado en cuyo territorio se cometió o ante la corte penal internacional que sea competente (art. 6) y 3) a los efectos de la extradición, el delito de genocidio no puede ser considerado delito político (art. 7).

12.2.2. TERRORISMO

Uruguay, por decreto-ley 14.728 aprobó el Convenio para prevenir y sancionar los actos de terrorismo, *«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). Agrega que *«se consideran delitos comunes de trascendencia internacional cualquiera sea su móvil 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 de estos delitos»* (art. 2). Los Estados se comprometen a incluir estos delitos entre los hechos punibles que dan lugar a la extradición (art. 7).

Este delito ha sido objeto de otros convenios a nivel universal, tales como la «Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo» y la «Convención internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas».

12.2.3. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

El ECPI (art. 7) establece que *«se entenderá por “crímenes de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género (...), u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional (...); i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar».*

12.2.4. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

Este «crimen de lesa humanidad», también actualmente previsto en el ECPI, ya había sido objeto de una Convención Interamericana en 1994, aprobada por ley 16.724 de 1995, al tiempo que existe una Convención Internacional sobre Desaparición Forzada en el ámbito de Naciones Unidas en espera de ser aprobada por la Asamblea General. Los elementos esenciales de la tipificación que hace de este delito la Convención Interamericana fueron en general recogidos por el Estatuto de Roma. El ECPI entiende por desaparición forzada de personas *«la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado»*(art. 7.2.i).

A su vez, en la mencionada Convención Interamericana el Estado uruguayo se obligó, por el art. III, *«a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerles una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad»*. Se destacan, además, los siguientes contenidos: a) el delito será considerado continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima; b) no será considerado delito político para los efectos de la extradición y c) la acción penal y la pena no prescribirán (arts. III, V y VII).

12.2.5. TORTURA

Como vimos, también la tortura es un «crimen de lesa humanidad» previsto en el Estatuto de Roma cuando se cometa como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil. Anteriormente, la Asamblea General de la ONU había adoptado la CCT y la OEA había adoptado en 1985 la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³¹⁵.

315 Véase también tema 6 (Detenciones, Privación de Libertad y Tortura).

El Estado uruguayo se comprometió en la CCT «*a velar porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal*» (art. 4) y en la Convención Interamericana a tomar «*medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción*» (art. 6).

12.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

Aún reconociendo que Uruguay ha ratificado la mayoría de los tratados y convenciones vinculados al derecho penal internacional, debe señalarse que existen vacíos e inadecuaciones en su legislación interna.

Vinculados al ECPI, puntualizamos los siguientes vacíos e inadecuaciones:

1. Como dijimos antes, Uruguay ya es Estado Parte del Estatuto de Roma que creó la CPI. La ley de ratificación (17.510) establece que en un plazo de seis meses el Poder Ejecutivo remitirá al Parlamento un proyecto de ley con el objeto de establecer los procedimientos para asegurar la implementación de tal Estatuto. Si bien se envió un proyecto al Parlamento, éste no se ha sometido a votación, por lo cual existe aún un vacío en este sentido. Dicha ley debe definir varios puntos: quién es el organismo o Poder que debe resolver las solicitudes de colaboración que formule la CPI o su Fiscal; qué competencia tienen al respecto el Poder Ejecutivo y la Suprema Corte de Justicia; cómo y quién habilita la actuación en el país de la CPI o su Fiscal en caso que se solicite; cómo se deciden los eventuales criterios diferentes entre las autoridades uruguayas y el tribunal internacional. Sin dudas, los aspectos relativos a la cooperación con la CPI son los que plantean mayores problemas de implementación.
2. Tampoco existe legislación en el orden interno sobre responsabilidades de superiores y subordinados, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma, arts. 28 y 33.
3. Asimismo, no existe legislación con respecto a las inmunidades, arts. 27 y 98.

4. No existe una ley que asegure el ejercicio de la jurisdicción interna para juzgar a los responsables de los crímenes internacionales.

En cuanto al **genocidio**, no existe una ley que asegure la aplicación de sanciones penales a los responsables del delito de genocidio y que asegure la aplicación de la «Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio» de 1948.

No está tipificada como delito la **desaparición forzada de personas**, en una norma que contemple la inclusión de los siguientes contenidos: a) que el delito será considerado continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima; b) que no será considerado delito político para los efectos de la extradición y c) que la acción penal y la pena no prescribirán.

No existe una ley que prevea la sanción penal para los autores de actos constitutivos de **terrorismo**, en especial el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas, así como la extorsión conexas con estos delitos. Tampoco están incluidos estos delitos entre los hechos punibles que dan lugar a la extradición.

No existe una ley que tipifique en forma amplia el delito de **tortura** y castigue a sus autores ni previsiones legales que permitan tomar otro tipo de medidas efectivas para prevenir la tortura. Tampoco está tipificada la tortura como acto aislado.

12.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

Se recomienda lo siguiente:

1. Aprobar una ley de implementación del Estatuto de Roma. Debe instrumentar, entre otros, los siguientes puntos: tipificar internamente los delitos previstos en el Estatuto; crear mecanismos que faciliten la coordinación y colaboración del Estado uruguayo con la CtPI; determinar cuál es el organismo o Poder que debe desempeñar esa función, delimitando la competencia de cada uno al respecto; establecer cómo y quién habilita la actuación en el país de la CtPI o de su Fiscal, en caso que se solicite; regular cómo se dilucidan los eventuales criterios diferentes que puedan surgir entre las autorida-

des uruguayas y la CtPI. Un grupo de legisladores presentó el 8 de Noviembre de 2005 un proyecto de implementación de la CtPI³¹⁶ a la Cámara de Senadores.

2. Adaptar nuestra legislación penal a lo establecido en el Estatuto de Roma en sus artículos 28 y 33 sobre responsabilidades de superiores y subordinados. Esto supone revisar los criterios manejados como causa de justificación por el art. 29 del CP para incorporar las soluciones acordes con el mencionado Estatuto.

3. Ampliar nuestra legislación penal y procesal penal para asegurar el ejercicio de la jurisdicción interna para juzgar a los responsables de crímenes internacionales. Los numerales siguientes amplían esta recomendación, debiendo tenerse presente que todos estos crímenes internacionales no prescriben, no podrán ser considerados delitos políticos y sus autores y responsables quedarán sujetos a extradición. El proyecto de ley «Delitos de lesa humanidad» (Carpeta 179/2000, Repartido 217 – abril 2005), a estudio de la Cámara de Representantes (Comisión de Derechos Humanos) podría tomarse como base para la adecuación antes indicada.

4. Genocidio. Debe tipificarse por ley y sancionarse penalmente el crimen de genocidio, siguiendo lo establecido por la «Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio» de 9/12/48 aprobada por ley N° 13.482 y toda la normativa aplicable a los delitos internacionales.

5. Terrorismo: Debe tipificarse en nuestra legislación penal interna y sancionarse 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 proteger conforme al derecho internacional, así como la extorsión conexas con estos delitos. Es importante señalar que en el informe de la OEA sobre Terrorismo y Derechos Humanos del año 2002 se advierte que la situación de

316 Cámara de Senadores, Comisión de Constitución y Legislación, Carpeta N° 380, 2005.

las personas que quedan bajo autoridad o control del Estado y sus agentes en el transcurso de actividades antiterroristas, guarda estrecha relación con los regímenes de Derecho, es decir que deben siempre respetarse sus libertades y derechos. Al respecto, cita el art. 15 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada y abierta a la firma de los Estados el 3/6/02, que garantiza en todos los casos un trato justo y las salvaguardas establecidas en el derecho nacional e internacional (párrs. 2 y 9). El Estado uruguayo debe abocarse al estudio y aprobación de la Convención antes mencionada.

6. Desaparición forzada de personas: debe tipificarse y sancionarse penalmente este crimen internacional, siguiendo la definición establecida por el art. 7 nral. 2, lit. i del ECPI.

7. Otras normas a incorporar en nuestra legislación penal interna:

- Desaparición forzada de personas. Debe tipificarse y sancionarse este delito cuando se cometa fuera de la situación de «ataque generalizado y sistemático contra la población civil»; es decir como actos aislados contra una o más personas determinadas.
- Tortura. Corresponde igualmente tipificar este delito como acto aislado, tomando la definición amplia de ese crimen establecida en el ECPI (art. 7 nral. 2 lit. e) y adoptar medidas efectivas para prevenirla³¹⁷.

8. Reforma Constitucional. Las inmunidades de quienes ejercen cargos de Presidente de la República, Ministros de Estado y Legisladores están establecidas en los artículos 113, 114, 171 y 178 de la Constitución. Esas disposiciones deben ser modificadas para adecuarlas al artículo 27 del Estatuto de Roma, que establece la improcedencia del cargo oficial. En este caso, cesa la inmunidad y así lo debe establecer la Constitución. Tal modificación puede hacerse por ley constitucional (art.331, lit. D de la Constitución).

³¹⁷ Véase también tema 6 (Detenciones, Privación de Libertad y Tortura): Recomendaciones.

13. SINDICALIZACIÓN

13.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

13.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones

- Carta de la Organización de Estados Americanos (arts. 45 *in fine*), aprobada por ley 12.204.
- Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (Preámbulo, arts. 4, 7, 17 y 23 a 25), aprobada por ley 6.991.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 16 y 26), aprobada por ley 15.737.
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 11, aprobado por ley 8.950.
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 110, aprobado por ley 14.113.
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 87, aprobado por ley 12.030.
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 98, aprobado por ley 12.030.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 23).
- Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8), aprobado por ley 13.751.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 141 (no ratificado).
- Declaración de Querétaro de 1974.
- Declaración Sociolaboral del Mercosur de 1998.
- Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo N° 113, 119, 129 y 166.

13.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 57, 72 y 332.

b) Leyes

- Ley 17.940: Fueros Sindicales.

c) Decretos, Reglamentos y Acordadas

- Decreto del Ministerio del Interior, de fecha 02/05/05, que deroga los decretos 512/966 y 286/000, sobre el ingreso de la fuerza pública en los lugares de trabajo.

13.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El derecho a la sindicalización comprende tanto el derecho a la asociación de trabajadores como el de negociación colectiva y fuero sindical. Estos tres elementos se constituyen como la esencia de la libertad sindical. Los mismos se encuentran reconocidos y resguardados en los Convenios de la OIT números 11, 87, 98 y 110 y sobre esa base dicha organización recomienda que los distintos derechos nacionales regulen la materia.

La Declaración de Querétaro de 1974 recomienda también que estos derechos sean protegidos a través de regulaciones legales expresas, como forma efectiva de resguardar la libertad sindical y con ello el derecho al trabajo y las condiciones dignas del mismo.

Según el art. 90 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, *«es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo»*.

El derecho al fuero sindical incluye una restricción al *ius variandi* y por lo tanto el trabajador sindicalizado tiene derecho a una reparación integral.

El despido sin justa causa de empleados sindicalizados, aunque se realice con indemnización, constituye según el criterio de la OIT una vulneración al derecho a la asociación sindical.

Las garantías sindicales nacen a partir de la constitución del sindicato y no del reconocimiento oficial.

El derecho a la negociación colectiva es un derecho fundamental por estar indisolublemente conexo al derecho al trabajo y a libertad de asociación.

La garantía del fuero sindical tiene como finalidad impedir que por medio del despido, el traslado o la desmejora en las condiciones de trabajo, el empleador perturbe la acción legítima de los sindicatos.

Por ello, para que la garantía contra los despidos injustificados sea efectiva, debe exigirse una comprobación judicial de la justa causa.

El derecho de huelga es una conquista de los trabajadores y trabajadoras. Por tanto, su ejercicio debe estar garantizado y protegido por las autoridades estatales. Se considera que el derecho de huelga está comprendido dentro del derecho de los trabajadores de organizar su actividad y formular sus planes de acción (artículos 3 y 10 del Convenio 87 OIT).

El derecho a la huelga debe ser considerado en forma amplia, comprendiendo en él la huelga por solidaridad así como la ocupación de los lugares de trabajo, cuando ésta sea indispensable para proteger las fuentes laborales y la eficacia de la medida.

El derecho de huelga puede ser limitado únicamente por previsiones de naturaleza legal y por razones de interés general estrictamente fundamentadas.

13.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

Si bien nuestro ordenamiento jurídico contiene una profusa legislación laboral que incluye un marco legal para la negociación colectiva, la reciente aprobación de la ley 17.940 (Ley de Fueros Sindicales) llenó el vacío existente en cuanto a la protección de los mismos por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

La aprobación de esta ley estuvo precedida de una larga discusión parlamentaria y extraparlamentaria y, pese a que ha recibido críticas de parte de distintas cámaras empresariales, constituye una buena adecuación de la normativa nacional a los estándares internacionales en la materia y a los requerimientos de los Convenios Internacionales de la OIT.

Hasta esta norma, el despido se encontraba legislado por la decreto-ley 14.188, la cual no impone la obligación de invocar causal por parte

del empleador. Por tanto, si bien la jurisprudencia nacional aceptaba la figura del despido abusivo, dentro del cual puede entenderse, entre otros, el despido de un trabajador por defender sus derechos sindicales, la carga de la prueba recaía sobre quien lo alegaba, es decir, sobre el despedido.

En defensa de las garantías para el trabajador y su derecho a sindicalizarse es un logro la existencia de legislación nacional que reconozca el fuero sindical y que, en caso de despido, invierta la carga de la prueba, obligando al empleador a demostrar que el mismo no fue motivado por las actividades sindicales del empleado.

Al declarar nula cualquier acción u omisión que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales o actuaciones tendientes a la constitución de organizaciones sindicales, se protegen estas actividades de acuerdo a lo prescripto por el Convenio N° 98 de la OIT y se cierra así la brecha o inadecuación que existía entre el derecho nacional y los instrumentos internacionales en la materia.

El proceso jurisdiccional establecido otorga garantías a las partes, brinda celeridad a la atención del reclamo y pone la carga de la prueba sobre la figura del patrón. Esta medida busca precisamente la protección del trabajador, y no violenta nuestro ordenamiento constitucional pues se actúa de conformidad con el art. 57 de la Constitución, que preceptúa que la organización de los sindicatos gremiales deberá ser promovida por la ley. Además, aún cuando limita el derecho de los propietarios a dirigir sus empresas, esta limitación está autorizada por el art. 7 de la Constitución y cumple los requisitos allí establecidos, vale decir, que sólo se puede limitar el derecho a la propiedad conforme a las leyes que se establezcan por razones de interés general.

Otras medidas tendientes a favorecer la actividad sindical establecidas por la nueva ley, como la licencia sindical, las facilidades para el ejercicio de la actividad sindical y la retención de la cuota sindical, son también positivas. Sin embargo, requieren que se detalle de manera más precisa su ejercicio a través de la vía reglamentaria (por los Consejos de Salarios o mediante convenios colectivos) para evitar así limitaciones arbitrarias por parte de los empleadores y eventuales prácticas abusivas de los sindicatos que obstan al buen funcionamiento de la empresa.

La retención de la cuota sindical es un derecho gremial y el sindicato no puede ser objeto de intromisiones por parte del Estado o del empleador

en cuanto a la administración de los fondos recaudados. Es conveniente que mediante los Consejos de Salarios o mediante convenios colectivos se establezcan normas mínimas de administración que aseguren la transparencia y eviten posibles actos de corrupción.

El derecho de huelga se protege tanto mejor cuanto menos reglamentación exista, pues ésta puede poner obstáculos insalvables al ejercicio de este derecho.

Se debería conceder a los sindicatos la potestad de decidir libremente la medida de ocupación de los lugares de trabajo, apostando a la autorregulación sin mayores intermediarios fuera de la órbita laboral.

Para evitar abusos y que pequeñas minorías de trabajadores actúen contra el sentir y los derechos de la mayoría del sindicato, esta medida sindical debe ser adoptada con las debidas garantías de que sea una resolución tomada de manera democrática por los gremios.

El derecho a incluir la ocupación pacífica del lugar del trabajo como elemento constitutivo, en algunos casos, del efectivo derecho de huelga, más allá de tener hoy respaldo a nivel de decreto, tendría entonces mayor protección si fuera reglamentado legalmente.

El derecho a la huelga, para ser efectivo, necesita muchas veces estar acompañado de esta medida. Sin embargo, al ser un derecho que a menudo entra en colisión con el derecho de propiedad del lugar de trabajo que posee el empleador así como con los derechos de los trabajadores no sindicalizados, requiere de una reglamentación legal que permita salvaguardar de mejor manera los derechos en conflicto pues todo derecho puede ser limitado por razones de interés social y solo por ley.

La colisión de intereses que se da en esta especie de conflictos entonces, requiere de soluciones otorgadas por consensos políticos plasmados en leyes concretas.

Hay otros temas que coadyuvan a la libertad sindical y los derechos de los trabajadores que deben ser regulados por leyes laborales. Entre otros, el establecer criterios de morosidad a los empleadores que se atrasen en el pago de los salarios a sus trabajadores, buscando regularizar a las empresas en el pago en fecha de los haberes, o brindar una protección adecuada al trabajador frente a los procesos de descentralización empresarial.

La exigencia de tener una empresa unipersonal en vez de ser un empleado en relación de dependencia, impuesta por muchas empresas con la finalidad de abaratar costos, muchas veces deja desamparados a los trabajadores en cuanto a sus derechos laborales. Estos mecanismos, si bien no son ilegales, en muchos casos requieren de una reglamentación legal que evite abusos.

13.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

La ley 17.940 ha adecuado aceptablemente los requerimientos del derecho internacional de los derechos humanos, incorporando muchos de los principios y estándares internacionales.

La misma ha recogido importantes formas de protección para la actividad sindical y el derecho al fuero sindical así como una restricción al *ius variandi*.

Futuras normas complementarias a la protección del fuero sindical deberían contemplar:

1. La extensión del derecho a la negociación colectiva para todos los sectores del trabajo sin exclusión alguna.
2. Garantías y protecciones especiales al derecho de huelga.
3. La inclusión dentro del derecho de huelga de la huelga solidaria y la ocupación de los lugares de trabajo, cuando esto sea indispensable para proteger las fuentes laborales y la eficacia de la medida.
4. Como la ocupación de lugares de trabajo durante la vigencia de medidas sindicales puede entrar en colisión con el derecho de propiedad del empleador sobre el local o la maquinaria allí existente, es necesario que este conflicto sea regulado por una ley que establezca un procedimiento judicial sumario que contemple los intereses de ambas partes y por el cual se determine, en plazos brevísimos, la legitimidad y la necesidad de la medida.
5. La ley deberá regular que las decisiones sobre las ocupaciones de los lugares de trabajo sean adoptadas libremente por los sindicatos pero que el proceso de decisión asegure la democracia interna.
6. Es necesario legislar en cuanto a la morosidad en el pago de los haberes de los trabajadores por parte de las empresas

7. Las subcontrataciones y contrataciones de empresas unipersonales deben ser reguladas por ley para evitar el desmedro en la protección de los derechos de los trabajadores y, en especial, sus derechos a la seguridad social.

14. REFUGIO

14.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

14.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Declaraciones, Tratados y Convenciones

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22), aprobada por ley 15.737.
- Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada por ley 13.777.
- Convención de las Naciones Unidas para Reducir los casos de Apátridia, aprobada por ley 13.349.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas, aprobada por ley 17.722.
- Convención del 20/2 de 1928 (La Habana), aprobada por decreto-ley 8.956.
- Convención sobre Asilo y Refugio Político, aprobada por ley 13.511.
- Convención sobre los Derechos del Niño (art. 22), aprobado por ley 16.137.
- Declaración Americana de Derechos del Hombre (art. 27).
- Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 13 y 14).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts.12 y 13), aprobado por ley 13.751.
- Protocolo de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado por ley 13.777.

- Tratado de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional de 1889.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99.
- Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre Estatuto de los Refugiados.

c) Reglas y Directrices

- Declaración de Cartagena sobre Refugiados y Desplazados.
- Declaración de Río de Janeiro sobre la Institución del Refugio en el MERCOSUR.
- Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas.
- Declaración sobre Asilo Territorial (ONU-14/12/1967).
- Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país donde viven (ONU-1985).

14.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 37 y 72.

b) Decretos, Reglamentos y Acordadas

- Decreto del Consejo Nacional de Gobierno del 05/06/1956 (no se aplica).
- Decreto del 21 de octubre del 2003: Crea la Comisión Interministerial de refugiados.

14.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La condición de refugiado está definida por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (art. 1), con el complemento del

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, como «*cualquier persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país*».

Por tanto, la tarea básica de protección del refugiado requiere que los Estados promuevan la conclusión y ratificación de convenios internacionales para proteger a los refugiados, vigilando su aplicación y adecuando la legislación interna a estos fines. Dicha exigencia ha sido establecida como fundamental por el Estatuto y su Protocolo.

Estos textos internacionales así como la Declaración de Cartagena sobre los refugiados recomiendan a los países la adopción de normas internas que faciliten la aplicación de la Convención y el Protocolo y se establezcan los procedimientos y recursos internos para la protección de los refugiados.

Es principio fundamental con categoría de *ius cogens* de este instituto el derecho a la no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en fronteras), principio establecido por el art. 33 del Estatuto. En aplicación de dicho principio, ningún Estado contratante puede (por expulsión o por devolución) poner a un refugiado en las fronteras donde su vida o su libertad peligran. Por tanto, la legislación nacional debe prevenir este riesgo expresamente, otorgando las debidas garantías tanto al refugiado como al solicitante de refugio que aún no ha obtenido este estatuto.

Una protección integral de los derechos de los refugiados necesita también –sobre la base del régimen sobre tratamiento mínimo para los refugiados establecidos en el Estatuto y su Protocolo– que se busque su integración a la vida productiva del país que lo recibe para posibilitar el disfrute de sus derechos.

Es necesario fortalecer los programas de protección y asistencia a los refugiados, sobre todo en aspectos de salud, educación, trabajo y seguridad.

La participación de las organizaciones no gubernamentales internacionales y nacionales en la tarea de protección y promoción de los derechos de los refugiados presenta también un indudable valor.

14.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

En nuestro ordenamiento jurídico sólo existe un decreto (Decreto del 21 de octubre del 2003, que crea la Comisión Interministerial de Refugiados) que regula el procedimiento para atender por parte del Estado las solicitudes de refugio. Si bien es un paso adelante, esta medida no colma los parámetros internacionales, que exigen que este tipo de acciones sean reglamentadas en normas de naturaleza y jerarquía legal y no administrativa.

No existe norma legal alguna que promueva la inserción del refugiado en nuestra sociedad y que proteja especialmente su derecho al trabajo, educación, salud y seguridad.

Tampoco existe normativa jurídica que implemente efectivas medidas de protección frente a la no devolución o el rechazo en fronteras.

Esta casi inexistente previsión normativa conduce también a una insuficiente participación de las organizaciones no gubernamentales en la coordinación con el Estado y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en las tareas específicas de protección.

La ley de migraciones vigente si bien no contradice el Estatuto del Refugiado tampoco lo contempla, existiendo, por tanto, algunos vacíos en relación al procedimiento migratorio existente, que pueden provocar obstáculos a la solicitud de refugio y crean el riesgo de la violación del principio de «no devolución».

Actualmente existe una iniciativa legislativa que ya cuenta con media sanción y que regula el procedimiento de concesión del Estatuto del Refugiado. La misma cuenta con el apoyo de ACNUR y de distintas organizaciones sociales que trabajan con refugiados, y cumple con los estándares internacionales en la materia, por lo que resulta recomendable su aprobación.

14.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

En esta materia se debe sancionar una ley de estatuto del refugiado donde se establezcan claramente los derechos y obligaciones del solicitante de refugio,

del refugiado y sus familiares directos, conteniendo además soluciones expresas para los siguientes puntos:

1. Al ser la admisión de las solicitudes de refugio una potestad estatal que compromete obligaciones internacionales del Estado, las mismas deben ser resueltas por un órgano creado legalmente a tales efectos y que actúe en la órbita del Poder Ejecutivo-Ministerio de Relaciones Exteriores.
2. En la integración de dicho órgano debe estar representada la sociedad civil a través de delegados de las organizaciones de derechos humanos.
3. El procedimiento de solicitud, estudio y admisión de refugiados debe ser un procedimiento sencillo y rápido, que brinde las debidas garantías y contemple la especial situación del solicitante.
4. En este sentido, si el solicitante no sabe español debe procurársele un traductor y debe además brindársele asistencia letrada a fin de que conozca sus derechos y obligaciones y lo asesore a lo largo de todo el procedimiento.
5. El procedimiento debe contemplar la posibilidad de recurrir las resoluciones que nieguen la concesión del mismo.
6. La ley debe también admitir expresamente que el solicitante pueda ejercer acción de amparo judicial en protección de sus derechos si así lo entendiere conveniente.
7. Debe consagrarse expresamente el derecho a la no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en fronteras) para el refugiado y el solicitante de refugio, extendiéndose también este derecho a sus familias.
8. El estatuto de refugiado, una vez concedido, debe extenderse a la familia del refugiado que lo acompañe en el país, siempre y cuando ninguna de estas personas tenga alguna causal de exclusión de las que indica la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.
9. Deben incorporarse normas de protección especial de los derechos de los refugiados tanto en lo concerniente a sus derechos civiles y políticos como a sus derechos económicos, sociales y culturales.
10. En este sentido, la norma legal debe imponer a las distintas autoridades administrativas (Ministerio de Desarrollo Social, Ministerio de Salud

Pública, Banco de Previsión Social, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Administración Nacional de Educación Pública, entre otras) la obligación de reglamentar medidas especiales de protección a los refugiados y sus familias en materia de asistencia y de no-discriminación.

11. Estas medidas de protección especial deben contener la exigencia de que los refugiados sean contemplados especialmente en todos los planes sociales de asistencia que sean instrumentados por cualquier organismo público en materia de alimentación, salud, educación, vivienda, trabajo y seguridad social.

12. Deben preverse también procedimientos sencillos de expedición de documentación nacional por parte de los Ministerios del Interior (Dirección Nacional de Identificación Civil) y de Educación y Cultura (Dirección General del Registro del Estado Civil), sin que la dificultad en la obtención de documentación original del país del solicitante sea un impedimento para su expedición.

13. Debe disponerse expresamente que para el caso de poseer estatuto de refugiado o constancia de haberlo solicitado y estar aún pendiente de resolución, la no posesión de cédula de identidad no puede ser obstáculo para que la persona reciba asistencia por parte de cualquier organismo público.

14. Deben también poseer trámites sencillos y rápidos otras solicitudes que el refugiado pueda impulsar, como la expedición de documentos de viaje, la reunificación familiar o los pedidos de repatriación.

15. El procedimiento de supresión del estatuto de refugiado debe también estar revestido de las máximas garantías administrativas de procedimiento y admitir su revisión judicial.

16. Deben disponerse medidas para capacitar a los funcionarios de la Dirección Nacional de Migraciones, especialmente los que cumplen funciones en puestos de frontera, en cuanto al Instituto del Refugio, los derechos y obligaciones que concede el Estatuto del Refugiado y cómo actuar ante una solicitud de refugio.

17. Deben disponerse medidas similares para instruir a funcionarios policiales y de la Prefectura Nacional Naval.

18. La norma legal debe habilitar a las autoridades nacionales a procurar y obtener a través de la cooperación internacional y convenios con organismos internacionales, los recursos necesarios para la atención y asistencia del refugiado.

19. Esta ley debe derogar expresamente todas las normas legales y administrativas de contralor migratorio que se opongan al Estatuto del Refugiado.

Se encuentra a estudio de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores un proyecto de ley sobre el «Estatuto del Refugiado». El mismo recoge en términos generales las recomendaciones mencionadas.

15. MIGRANTES

15.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

15.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22), aprobada por ley 15.737.
- Convención de las Naciones Unidas para Reducir los casos de Apátridia, aprobada por ley 13.349.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas, aprobada por ley 17.722.
- Convención de las Naciones Unidas sobre Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, aprobada por ley 17.107.
- Convenios de la OIT N° 87 y 98, aprobados por ley 12.030.
- Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 13).
- Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (arts. 12 y 13), aprobada por ley 13.751.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales en el caso de los Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03.

c) Reglas y Directrices

- Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No son Nacionales del País donde Viven.

15.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Art. 37.

b) Leyes

- Ley 12.001: Obligatoriedad de Presentación de Pasaportes.
- Ley 12.030: Aprobación Convenio 97 OIT, Trabajadores Migrantes.
- Ley 9.064: Migraciones.

c) Decretos, Reglamentos y Acordadas

- Decreto del 523/1985: Comisión Nacional de Migración.
- Decreto del 587/1985: Relativo a inmigrantes.
- Decreto del 290/1990: Franquicias para inmigrantes.
- Decreto del 28/2/1947: Ingreso de inmigrantes.
- Decreto del 6/12/1960: Prevención de entrada y/o permanencia clandestinas de personas en el territorio nacional.
- Decreto del 13/11/2001: Ingreso de extranjeros.

15.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

En materia de protección de los derechos de las poblaciones migrantes, el derecho internacional de los derechos humanos apunta fundamentalmente a la integración plena de estas personas en el seno de las sociedades donde pretenden insertarse.

En tal sentido, se integra e interpreta la Convención de las Naciones Unidas sobre protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (ley 17.107), cuya finalidad es instrumentar, para esta población especialmente vulnerable, los derechos establecidos en los instrumentos generales de protección de los derechos humanos (Declaración Universal, Pactos Internacionales, entre otros).

Esta integración debe instrumentarse con la debida protección de los migrantes en sus derechos económicos, sociales y culturales, así como con la promoción de sus derechos civiles y políticos, con la finalidad de alentar su participación y derecho a la libertad de expresión.

El derecho internacional de los derechos humanos exige a los Estados el diseño de políticas públicas que atiendan las necesidades y demandas de las poblaciones migrantes, independientemente del número de personas que las constituyan.

El migrante es titular de todos los derechos en la misma medida que la población local y, al igual que la misma, está protegido por los instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos de carácter general. Sin embargo, su vulnerabilidad en relación al efectivo amparo de los mismos ha generado la elaboración de instrumentos jurídicos internacionales especiales de protección. También la jurisprudencia internacional le ha prestado especial atención. En tal sentido se ha pronunciado la CtIDH en numerosas resoluciones³¹⁸.

³¹⁸ CtIDH; Resoluciones de 18/8/2000 (Medidas provisionales en el caso de los Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana), 18/6/2002 (Medidas provisionales en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó) y Opinión Consultiva OC-18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

El principal desafío del derecho internacional de los derechos humanos en este tema consiste en contemplar la situación de la persona migrante de manera integral, asegurando su cumplimiento por medio de la adecuación de la normativa interna en distintos ámbitos.

Esta adecuación debe tender a lograr el efectivo goce de los derechos, en especial el acceso a la justicia, la igualdad, la no discriminación, el debido proceso, la libertad, la seguridad, la vida, la integridad física y psicológica, las condiciones laborales y de acceso a los servicios sociales, la preservación de su cultura, el derecho a la educación y la salud.

Esta rama del derecho internacional de los derechos humanos, que atiende a las poblaciones migrantes, debe converger y complementarse no solamente con el derecho internacional de los derechos humanos general, sino también con el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario. Esta tesis, desarrollada por Antonio Cançado Trindade desde comienzos de los años 1990, no hace otra cosa que enmarcar la protección de los refugiados y migrantes en el universo conceptual de los derechos humanos.

La situación que obliga a una persona a emigrar, a desplazarse a otro país y muchas veces a otra cultura, conlleva en su origen una violación de los derechos humanos. De ahí que el tratamiento del migrante deba contener un efecto de recomposición de la dignidad humana, brindándole las oportunidades necesarias y las garantías suficientes para reconstruirse como sujeto de derechos.

Otra preocupación constante en esta materia es la de coordinar la participación de entidades y organizaciones de la sociedad civil en las políticas públicas de atención al migrante.

15.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

La normativa interna existente y vigente en cuanto al fenómeno migratorio se centra fundamentalmente en la cuestión del control fronterizo que las autoridades nacionales deben llevar a cabo en aras de la seguridad interna. De este modo, está debidamente reglamentado el ingreso de extranjeros al territorio nacional así como los diversos procedimientos tendientes a

obtener, si así lo desean, la autorización de residencia o, incluso, la obtención de la ciudadanía legal.

También en los últimos años se ha querido alentar, a través de normas habilitantes, la llegada de inversiones proporcionando distintas franquicias a aquellos extranjeros que deseen asentarse en el país y dispongan de capital para invertir.

Sin embargo, hay una ausencia notoria de legislación que promueva la inmigración como política pública, pues no se han instrumentado planes de inserción de población migrante trabajadora.

Si bien todo migrante cuenta con los mismos derechos que cualquier persona, no hay normas nacionales especiales que protejan su vulnerabilidad en cuanto al debido goce de ciertos derechos, como el derecho a la no discriminación, el derecho a preservar su identidad cultural o el acceso en las mismas condiciones que los nacionales a los servicios de educación, salud y seguridad social.

La legislación vigente, en especial la ley de Migraciones, regula el tema más con un criterio de seguridad nacional que con un criterio integrador de protección de derechos.

De la misma forma, aún los procedimientos existentes para obtener la residencia y la ciudadanía deberían flexibilizarse para procurar una total integración de los migrantes en la sociedad uruguaya, promoviendo su derecho a la participación en cuanto a los temas que le conciernen.

Esta falencia aparece entonces como una inadecuación en relación a los estándares internacionales de protección, que requiere ser revisada.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, si bien ha sido ratificada por la ley 17.107, requiere de normativa interna que la adecue para resolver efectivamente muchos de los problemas que pueden tener los migrantes en cuanto al acceso a sus derechos, llenando así los vacíos legales existentes en materia de protección.

Al no existir políticas públicas específicas que atiendan al migrante, no hay reglamentaciones que promuevan sus derechos económicos, sociales y culturales de manera especial. Este problema lleva con frecuencia a que el migrante y sus familias padezcan dificultades relativas a la educación pública, la atención a la salud y la cobertura en la seguridad social.

15.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

En este tema, la normativa nacional debe contener normas expresas que aseguren el efectivo goce de los derechos humanos por parte de la población migrante, en especial aquella que posee escasos recursos económicos.

El Estado uruguayo, al ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, se comprometió a adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para aplicar sus disposiciones.

Por tanto, debe legislarse en el sentido de instrumentar medidas de discriminación positiva que atiendan las necesidades del inmigrante siguiendo el principio general de no discriminación.

El Estado uruguayo deberá comprometerse expresamente a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción, los derechos previstos en los mismos, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Los trabajadores migratorios y sus familiares poseen los mismos derechos que cualquier habitante del país y, por tanto, todas las leyes y disposiciones administrativas migratorias deben adecuarse a la condición de que estas personas puedan salir y entrar libremente del país. Este derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades ajenos, y sean compatibles con otros derechos reconocidos por la normativa nacional e internacional.

De la misma manera, los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él.

La normativa nacional debe incluir también normas expresas de discriminación positiva que aseguren al inmigrante protección especial en sus derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Esto comprende el derecho a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, el derecho a opinar libremente y el derecho a la libertad de expresión.

Se debe prestar especial atención a que el ejercicio de estos derechos comprenda la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin limitaciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección.

Se debe establecer el derecho a no ser sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones ni a ataques ilegales contra su honor y buen nombre y derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El migrante debe ser protegido sin ningún tipo de discriminación en el goce de sus derechos a la libertad personal, seguridad física, seguridad en sus bienes y debido proceso igual que los nacionales.

La normativa nacional debe expresamente disponer que las restricciones o limitaciones a cualquier derecho de los trabajadores inmigrantes deben contar con los mismos requisitos que cualquier otra restricción a los derechos de los nacionales (por ley y en razón del interés general).

En cuanto a los programas de asistencia estatal a poblaciones de pocos recursos que brindan los distintos organismos públicos nacionales, la ley debe expresamente establecer que éstos tomen medidas no menos favorables que las aplicadas a sus nacionales para garantizar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares, en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con los principios de la dignidad humana.

Se debe disponer legalmente la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas, en relación con la migración, sobre todo en lo relativo a la igualdad de trato respecto de los nacionales en relación con la protección contra los despidos, las prestaciones de desempleo y el acceso a programas contra el desempleo.

En cuanto a la inmigración ilegal o irregular, se deberán impulsar medidas legales y administrativas tendientes a impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en esta situación. Entre otras medidas de este tipo se deben instrumentar: medidas adecuadas contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración; medidas para detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares y para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que

organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto; medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación en el territorio nacional de trabajadores migratorios en situación irregular, incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores. Estas medidas no deben menoscabar los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo.

Debe expresamente preverse en la normativa legal que cualquier política pública de inmigración o programas específicos de promoción del ingreso al país de población migrante debe instrumentarse siguiendo los principios y disposiciones del Convenio señalado.

Con respecto a una «ley general de migraciones», la misma debe excluir expresamente cualquier disposición discriminatoria y señalar que cualquier inmigrante posee dentro del territorio nacional los mismos derechos y obligaciones que los nacionales, establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Todo procedimiento administrativo tendiente a la obtención de ciudadanía, radicación o permiso de ingreso para cualquier extranjero no debe contener pesados obstáculos o incluir requisitos de difícil obtención por parte del solicitante ni contener cláusulas discriminatorias de ningún tipo.

Estos procedimientos deben contemplar solamente los criterios de seguridad pública que hayan sido establecidos legalmente.

16. SALUD Y ENFERMEDAD MENTAL

16.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

16.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- a) Tratados, Convenciones y Declaraciones.
 - Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 17.330.
 - Declaración de los Derechos de los Impedidos.
 - Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por ley 13.751.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por ley 13.751.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- Declaración de Alma Ata, 12/9/78 (atención primaria de salud).
- Declaración de Caracas (Conferencia regional sobre reestructura de la atención psiquiátrica, 14/11/90).
- Normas uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

c) Reglas y Directrices

- «Diez principios básicos de las normas para la atención de la salud mental», OMS. División de salud mental.
- Principios sobre la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental.
- Principios, orientaciones y garantías para la protección de las personas recluidas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales (Naciones Unidas. Estudio preparado por Erica-Irene A. Daes, relatora especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías).
- Proposición y Puntos de Vista sobre los derechos y la protección legal de los enfermos mentales, Asociación Mundial de Psiquiatría.

16.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 7, 8, 36, 41, 44, 45, 53, 67, 72 y 332.

b) Leyes

- Código Civil arts. (431, 432, 435, 438, 444, 447).
- Ley 11.139: Patronato de Psicópatas.
- Ley 9.202: Ley Orgánica de Salud Pública.
- Ley 9.581: Asistencia a Psicópatas.
- Código Penal arts.(30, 35, 329,332, 350).
- Leyes 15.597 y 16.095: Bien de Familia para Hijos Discapacitados.

c) Decretos, Reglamentos y Acordadas

- Acordada Suprema Corte de Justicia N° 7285.
- Decreto 117/971: Creación del Centro Nacional de Rehabilitación Psíquica.
- Ordenanza Ministerio de Salud Pública 13/84: Asistencia familiar de alienados.
- Resolución Ministerio de Salud Pública Setiembre 1986: Aprobación del Programa Nacional de Salud Mental.

16.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Al abordar el tema de los derechos humanos de las personas con enfermedad mental, generalmente desconocidos o vulnerados, nos encontramos con dos grupos de disposiciones internacionales:

1. Aquellas que establecen los derechos que amparan a todas las personas, independientemente de cual sea el estado de su salud –es decir condición de persona humana–, pero que en el caso de la enfermedad mental *deben ser especialmente respetados y reivindicados dado el grado de vulnerabilidad de tales personas*. Entre estos derechos se encuentran los siguientes (reconocidos en los instrumentos internacionales que se indican):

- a ser protegido contra toda discriminación (DUDH, art.7);
- al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (DUDH, art. 25 y PIDESC, art. 12);

2. Otro grupo de disposiciones *tienen en cuenta la situación de las personas con problemas de enfermedad mental o se incluyen aquí por lo generalizado del desconocimiento de tales derechos en éstas*. Esos derechos de las personas con problemas de enfermedad mental son los siguientes:

- derecho a percibir seguros en caso de enfermedad o invalidez (DUDH, art. 25) o discapacidad (NUIO, art. 8);
- a ser tratadas humanamente y con el respeto debido a su dignidad de seres humanos cuando se les priva de su libertad, lo cual incluye la internación psiquiátrica compulsiva (PIDCP, art. 10);
- a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada (DUDH, art. 12) y en su correspondencia (PIDCP, art. 17);
- a contraer matrimonio y a formar una familia (PIDCP, art. 23), derecho que abarca a los enfermos no declarados judicialmente incapaces;
- a votar en las elecciones realizadas por sufragio universal y por voto secreto (PIDCP, art. 25), que incluye a los enfermos no declarados judicialmente incapaces;
- a tener asegurada la asistencia médica en caso de enfermedad (PIDESC, art. 12);
- para aquellas que tengan *retraso mental*, a vivir con su familia y participar en las distintas formas de la vida en comunidad (DRM, art. 4);
- si se trata de personas *impedidas* (es decir, incapacitadas de subvenir por sí, en todo o en parte, a sus necesidades económicas por una deficiencia en sus facultades físicas o mentales) o *con discapacidad*, a que se respete su dignidad y su derecho a una vida decorosa (DDI, art. 3), a la atención médica, a la readaptación médica, social y profesional, a las ayudas para el aprovechamiento máximo de sus facultades –es decir a su *rehabilitación* (DDI, 6; CAED, III, 2.b; NUIO, cap.1 art.3)–, a que se tomen medidas para eliminar la discriminación y promover su integración social y su acceso a bienes y servicios (CAED, art.III, 1.a), b) y c);
- a que se tomen medidas preventivas contra la discapacidad (NUIO, Introducción, n^o 22).

A continuación, presentamos el contenido de dos documentos internacionales importantes.

16.2.1. DECLARACIÓN DE CARACAS

La Declaración de Caracas de 1990 es el documento internacional que más influencia ha tenido en los últimos años en la toma de conciencia a favor de postulados relativos a la atención psiquiátrica, tales como:

1. La atención primaria de salud debe ser la estrategia privilegiada para la acción por la salud mental.
2. El modelo alternativo de atención debe centrarse en la comunidad y en ella debe tratarse que permanezca el paciente.
3. El hospital psiquiátrico debe dejar de ser la única modalidad asistencial.

16.2.2. PSM

Este documento de la ONU de 1991, que contiene principios sobre la protección de los enfermos mentales y su atención, es el fruto del trabajo de investigación de la realidad de los establecimientos psiquiátricos en distintas partes del mundo y de la elaboración de propuestas para su mejoramiento a la luz de los derechos humanos.

Algunas de sus propuestas y conclusiones son:

1. Todas las personas con enfermedad mental tienen derecho a la mejor atención.
2. No serán discriminadas.
3. Tendrán un defensor que velará por el respeto a sus derechos humanos.
4. Tendrán derecho a vivir y trabajar, en la medida de lo posible en la comunidad.
5. Tendrán derecho a ser tratadas y atendidas en la comunidad en que viven.
6. La enfermedad mental se determinará únicamente con arreglo a las normas médicas aceptadas internacionalmente.

7. La información sobre esta enfermedad será confidencial.
8. Se las protegerá contra la administración injustificada de medicamentos.
9. Tendrán derecho a ser tratadas en un ambiente lo menos restrictivo posible.
10. El tratamiento se basará en un plan prescripto individualmente, aceptado por el paciente o sus representantes, dispensado con arreglo a las normas éticas de los profesionales de la salud y destinado a estimular su independencia personal (el *consentimiento informado* del paciente es un requisito esencial para poder administrar cualquier tratamiento, salvo en los casos establecidos).
11. Nunca podrá aplicarse la *esterilización* como tratamiento de la enfermedad.

Este documento se completa con capítulos importantes tales como: información sobre derechos del paciente en las instituciones psiquiátricas, equipos técnicos, requisitos para la internación psiquiátrica, órganos de control, garantías procesales y atención a delincuentes.

En conclusión, la comunidad internacional (Estados, instituciones internacionales especializadas, sociedad civil, usuarios y familiares) se ha mostrado preocupada por la vigencia de los derechos humanos en materia de salud y enfermedad mental, y ha producido recomendaciones de alto nivel para aplicar al interior de los Estados.

16.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

A pesar de que desde 1936 existe una ley que regula diversos aspectos de la atención de la enfermedad mental y de que una resolución ministerial de 1986 aprobó un Programa Nacional de Salud Mental que contó con importante consenso social, existen varios temas que no están previstos en la legislación interna, si bien han sido aprobados a nivel internacional.

A pesar de las recomendaciones internacionales, no se ha desarrollado en el país una verdadera política de prevención en materia de

salud mental, salvo algunos esfuerzos aislados de organismos públicos o instituciones privadas. Enfermedades emergentes o re-emergentes no han sido debidamente abordadas desde una estrategia preventiva. Hay un vacío legal que se debe colmar incorporando este tema a la ley orgánica del Ministerio de Salud Pública (norma de carácter general) o incluyéndolo en una nueva ley de salud mental (norma de carácter especial).

La atención primaria de salud fue destacada como la estrategia principal en salud mental por la OMS en la reunión de Alma Ata. Es por lo tanto un punto en que existe un amplio acuerdo pero que no se ha implantado con carácter general. Debe reconocerse que han habido experiencias en centros barriales municipales o nacionales que han incluido la atención psiquiátrica en la atención primaria de salud. Está prevista en el Programa Nacional de Salud Mental aprobado por el MSP en 1986, y proclamada como estrategia cardinal por la Facultad de Medicina³¹⁹ de la Universidad de la República, pero espera la aprobación de una norma legal que le otorgue los recursos correspondientes.

Hay pues una carencia o inadecuación a los estándares internacionales en el tema, que afecta cuadros en los cuales la atención primaria es importante, tales como la depresión y la ansiedad, y que se presentan asociados a disfunciones familiares, situaciones de violencia familiar, alcoholismo y carencias económicas extremas³²⁰.

A nivel internacional (en los documentos Caracas y PSM) se insiste cada vez más en la conveniencia de que el usuario no sea apartado de la comunidad en que vive cuando se lleva adelante un tratamiento psiquiátrico, ya que su alejamiento perjudica sus derechos y su recuperación³²¹. Este tema fue recogido

319 ARDUINO, Margarita, PORCIÚNCULA, Horacio y GINÉS, Ángel; «La reforma psiquiátrica en Emilia Romagna y el Programa Nacional de Salud Mental en Uruguay», *Revista de Psiquiatría del Uruguay*, Vol. 64, N° 2, Agosto 2000, pp. 302-316, p. 302.

320 GARRIDO, Gabriela; «La incorporación de la población infantil al programa de Salud Mental», en AAVV; *Equipos comunitarios de Salud Mental. Un modelo en movimiento*, ASSE - MSP, Montevideo, 2004, pp. 23-26, p. 25.

321 En el hospital Vilardebó se implantó un sistema especial de asistencia en crisis psiquiátrica en esa línea. Sin embargo, su implantación con carácter general choca contra hábitos arraigados desde hace mucho tiempo que identifican emergencia o crisis con internación.

en el Programa Nacional de Salud Mental aprobado por el MSP, pero no existe una norma legal que le otorgue los recursos correspondientes.

Asimismo, no está regulada la obligación de las instituciones privadas (instituciones de asistencia médica colectiva) a implementar la mencionada modalidad de tratamiento en la enfermedad mental.

La ley 9.581 del año 1936 no responde a los requisitos mínimos exigidos para la internación en relación a los siguientes aspectos: consentimiento informado, requisitos para determinados tratamientos, defensor de los derechos del paciente, administración de medicamentos, reglamentación de la comunicación del paciente con el exterior, exigencia de un plan escrito de tratamiento, exigencias para la historia clínica y duración de la internación.

En relación a la duración de las internaciones, la ley de 1936 «(...) *sólo contempla la internación por tiempo indeterminado, y no ninguna limitación práctica a la discrecionalidad de las autoridades médicas para retener a una persona en una institución*»³²².

Por su parte, el Programa Nacional de Salud Mental de 1986 establece que el centro de la actividad de atención a la enfermedad mental debe dejar de ser el hospital y que se desalentará la prolongación de la hospitalización³²³. Sin embargo, el hecho, de que aún siga vigente la ley de 1936 implica una contradicción con este punto del Programa Nacional de Salud Mental, así como una inadecuación respecto a los instrumentos internacionales en la materia.

El consentimiento informado es un componente general en toda la atención de la salud, pero adquiere especial relevancia en el tratamiento psiquiátrico. Requiere una normativa especial –ausente en el ordenamiento interno– que lo imponga y que reglamente el consentimiento alternativo cuando el paciente no esté en condiciones de otorgarlo.

322 MENTAL DISABILITY RIGHTS INTERNATIONAL; *Derechos humanos y salud mental en el Uruguay*, Washington College of Law, American University, Washington D.C., 1995, p. 29.

323 En el año 1987 Sylvia Cousin planteaba que las internaciones que se llevaban a cabo en las Colonias Santín Carlos Rossi y Etchepare tenían una duración ilimitada y en algunos casos de por vida. Muchos de los pacientes eran considerados como «crónicos absolutos» (COUSIN, Sylvia; «El exilio de los enfermos mentales pobres. Algunas notas para la reflexión», en *Revista de IELSUR*, N° 1, dic. 1987, pp. 44-52). También son denominados «pacientes sociales» por no tener familia que los atienda (MENTAL DISABILITY RIGHTS INTERNATIONAL; ob.cit., p. 18).

En lo referido a la seguridad social (pensiones), se violan gravemente los derechos humanos ya que a muchos enfermos mentales con diagnósticos graves no se les otorgan las pensiones, aduciendo que no tienen impedimentos físicos y que por lo tanto no cumplen con el requisito del Baremo. El resultado es una discriminación gravísima que alcanza a toda la familia del paciente. En este aspecto, las normas vigentes son inadecuadas de acuerdo a los parámetros internacionales. Asimismo, existe un vacío normativo, ya que no se contempla la problemática económica asociada a la dependencia de los enfermos respecto de sus familiares.

No existe normativa relacionada a la rehabilitación de las personas con enfermedad mental. La labor que desempeñan en este tema el Patronato del Psicópata y varias instituciones privadas no tiene alcance nacional. Estas carencias del servicio obedecen a factores vinculados a la falta de asignación de recursos y a la ausencia de normativa relacionada con el tema.

16.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

Se considera necesario sustituir la vieja ley 9581 de 8 de marzo de 1936, conocida como «Ley de Asistencia a Psicópatas», por una nueva ley de «Salud mental y atención a las personas con trastorno mental»³²⁴, que abarque los siguientes temas:

1. **Determinación del estado de trastorno mental** (su naturaleza y cómo se determina).
2. **Derechos de los pacientes:**
 - a la no discriminación,
 - a otorgar el consentimiento informado al tratamiento que se le proponga,

³²⁴ En el año 2000 se redactó un anteproyecto de ley sobre «Atención a las personas con trastorno mental» por una Comisión que actuó en el ámbito del Ministerio de Salud Pública y contó con el asesoramiento de un técnico de OPS/OMS así como con representantes del propio MSP, de la Sociedad de Psiquiatría del Uruguay y de la Facultad de Medicina, y un abogado representante de IELSUR. Nunca se presentó al Parlamento.

- a tener un defensor o representante legal,
- a la asistencia en su comunidad, y
- a la exposición, en lugares visibles en todas las instituciones de salud mental, de los derechos del paciente.

3. **Atención integral:** médica, psiquiátrica, psicológica y social. Sistema integrado por servicios de salud, sanitarios y sociales que funcionen en áreas territoriales. Servicios comunitarios constituidos básicamente por centros de asistencia diurna, centros de residencia con asistencia diurna y nocturna y servicios de atención de trastornos agudos en el hospital general.

4. **De la internación:**

- voluntaria o compulsiva (requisitos de cada una),
- su duración, transitoriedad,
- su impugnación, cuando no se esté de acuerdo con ella,
- la reglamentación de los lugares de internación,
- normas sobre medicación,
- requisitos para la aplicación de tratamientos especiales de efectos irreversibles,
- atención post-internación, y
- establecimiento de normas que respeten la libertad de comunicación del paciente (correspondencia privada, visitas, radio, teléfono, prensa, etcétera).

5. **Incapacidad y curatela:**

- derechos humanos a preservar.

6. **Internación de procesados o penados:**

- requisitos, y
- controles.

7. **Niveles alternativos de atención y rehabilitación:** Promover la creación de niveles de atención alternativa, tales como:

- centros de residencia,
- casas a medio camino,
- talleres protegidos,

- centros culturales y artesanales,
- comunidades terapéuticas,
- grupos de autoayuda, y
- centros de rehabilitación.

8. **Requisitos para los centros asistenciales:** Establecer las exigencias edilicias y de equipamiento que deben tener los locales, públicos o privados, donde se realicen internaciones u otros niveles de asistencia y que impliquen la permanencia del paciente en los mismos.

9. **Atención post internación:** Prever la reubicación en la comunidad de aquellos pacientes dependientes de la estructura asistencial, que hubieran estado internados y que al ser dados de alta no puedan reintegrarse a su hogar por cualquier circunstancia.

10. **Promoción y prevención en salud mental:**

- estudios epidemiológicos,
- acciones preventivas, información y difusión,
- atención primaria en salud mental, y
- creación de un Área de Prevención que tendrá como cometidos:
 - a) elaborar políticas preventivas a ser desarrolladas por la propia Área y por los distintos organismos estatales y privados relacionados con la salud mental;
 - b) comunicar sus investigaciones y asesorar, en lo que sea pertinente para el mejor desarrollo de los planes asistenciales y preventivos, a los organismos encargados de la gestión de la asistencia de la salud;
 - c) desarrollar programas de prevención en salud mental y concretar acciones preventivas para las personas o grupos que se encuentren en «situación de riesgo».

11. **De los trabajadores de la salud mental:** Establecer un sistema especial de prevención y atención de salud para los trabajadores que atienden a enfermos mentales («cuidados del cuidador»).

12. **Normas de seguridad social.** Instrumentación del Baremo para establecer el grado de discapacidad a los efectos del otorgamiento de pensiones.

17. DISCAPACIDAD

17.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

17.1.1 DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 5, 11 y 24), aprobada por ley 15.737.
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 17.330.
- Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23), aprobada por ley 16.137.
- Convenio Organización Internacional del Trabajo N° 159: Readaptación profesional y empleo de personas inválidas, aprobado por ley 15.878.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 17, 23 y 25), aprobado por ley 13.751.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6, 7, 12 y 13), aprobado por ley 13.751.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos relativa a Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 18), aprobado por ley 16.519.

b) Recomendaciones

- Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/35.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 2000, Recomendación sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental.
- Compromiso de Panamá con las personas con discapacidad en el Continente Americano. 5/6/96. Asamblea General de la OEA.
- Declaración de Cartagena de Indias sobre políticas integrales para las personas con discapacidad en el Área Iberoamericana de 30 de octubre de 1992 en Colombia.

- Declaración de Cartagena de Indias, 16/20 Set. 1996 (Red Iberoamericana).
- Declaración de Lima, 5/9 de abril de 1999 (Seminario OPS-OMS).
- Declaración de los derechos de los impedidos. AG.UN.9/12/75.
- Declaración de los derechos del retrasado mental. Asamblea General de Naciones Unidas 20/12/71.
- Declaración de Salamanca (1994) sobre integración educativa y «Escuela para todos».
- Declaración de Sundberg, Málaga, España, sobre rehabilitación, e integración de personas con discapacidad de 2/11/81.
- Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 22/12/97 (recomendación de medidas para proteger a los discapacitados).
- Programa de acción mundial para las personas con discapacidad (Asamblea General de Naciones Unidas, 3/12/82).
- Recomendación de la Organización Internacional del Trabajo N° 99: Adaptación y readaptación de los inválidos.

c) Reglas y Directrices

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 5: Personas con discapacidad.
- Declaración de Santiago de Chile sobre políticas integrales para personas con discapacidad y adultos mayores en el área iberoamericana. Del 5 al 8 de octubre de 1993.
- Directrices de Tallinn para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos, incorporadas como anexo a la res. 44/70 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 8 de diciembre de 1989.
- Directrices para el Establecimiento y Desarrollo de Comités Nacionales de Coordinación en la Esfera de la Discapacidad u Órganos Análogos.
- Normas uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (AG.UN 30/12/93).

17.1.2. DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 7, 8, 36, 44, 45, 53, 67, 72 y 332.

b) Leyes

- Ley 11.139: Patronato de Psicópatas.
- Ley 13.927: Familias Integradas por No Videntes.
- Ley 15.739: Igualdad de Oportunidades para Todos los Educandos.
- Ley 16.095: Sistema de Protección Integral a las Personas Discapacitadas (modificaciones parciales).
- Ley 16.127: Designación, Ascensos e Incentivos para Funcionarios Públicos.
- Ley 16.986: Automóviles para Lisiados.
- Ley 17.106: Pensión a la Vejez o Invalidez de Discapacitados Severos.
- Ley 17.230: Derechos de los Alumnos Mayores de 15 Años a Desarrollar una Actividad Productiva.
- Ley 17.368: Lengua de Señas.
- Código Penal (arts. 30, 35, 329, 332 y 350).

c) Decretos, Reglamentos y Acordadas

- Decreto Junta Departamental de Montevideo 22.463 de 24.10.85: Eliminación de barreras arquitectónicas.
- Decreto 487 de 7/10/69: Diagnóstico del retardo mental.
- Decreto 117 de 2/3/71: Centro Nacional de Rehabilitación Psíquica.
- Decreto 182 de 8/6/83: Incapacidad para el trabajo.
- Ordenanza Ministerio de Salud Pública N° 13 de 2/3/84: Asistencia familiar de alineados.
- Decreto 381 de 24/12/98: Aprueba el Baremo.
- Decreto 382 de 24/12/98: Jubilación por incapacidad total o subsidio transitorio.

- Resolución CODICEN N° 40, Acta 17 de 16/3/2000: Incorporación de alumnos con discapacidad.

17.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (DUDH, art.1), y deben poder ejercerlos sin distinción alguna de raza, color, sexo, etc., o cualquier otra condición social (PIDCP, 2).

Ante la eventualidad de tener una discapacidad toda persona tiene los derechos siguientes, reconocidos en los instrumentos internacionales que se indican:

1. A igual protección contra la discriminación (DUDH, 7) y a la seguridad social (DUDH, 22) o en su caso al seguro de invalidez (DUDH 25), como protección contra las consecuencias de la incapacidad que le imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia (DADDH,16).
2. A contar con condiciones de trabajo equitativas, a un salario sin distinciones de ninguna especie y a ser promovida sin más consideraciones que los factores de tiempo y capacidad (PIDESC, 7).
3. Al más alto nivel posible de salud física y mental (PIDESC, 12) y a la enseñanza primaria y secundaria, así como a la superior *«sobre la base de la capacidad de cada uno»* (PIDESC, 7).
4. A un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales, que la ampare contra actos que violen sus derechos (CADH, 25).
5. Cuando se encuentre afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales, a recibir una atención especial con el fin de *«alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad»*, y a tal fin proporcionarle programas laborales adecuados a sus posibilidades, formación especial a sus familiares a fin de ayudarlos a resolver sus necesidades, e implementar planes de desarrollo urbano con solución a sus requerimientos específicos originados en la discapacidad (PCADH, 18).
6. A que se lleven adelante políticas que permitan a la persona inválida obtener o conservar su empleo (OIT 159), estableciendo métodos

relativos a la formación tendiente a la obtención de trabajo o a la recuperación del mismo (OIT 99). Aquí se suman la promoción de medidas concretas y eficaces para la prevención de la discapacidad y para su rehabilitación (PNU 13, 15, 52, 56).

Desde la perspectiva de las políticas estatales en la temática, la discapacidad debe reconocerse como un problema de salud pública. Se debe fomentar el uso del Clasificador Internacional de Discapacidades y aplicar y validar el Sistema de Información de la Discapacidad (HIS-DIS) de manera progresiva en cada país, e incorporar en los sistemas de vigilancia epidemiológica nacionales el componente de discapacidad (LIMA).

Todo niño con discapacidad mental o física tiene los siguientes derechos:

1. a disfrutar de una vida plena en condiciones que aseguren su dignidad y le permitan bastarse a sí mismo y tener participación activa en la comunidad (CDN, art. 23.1), así como a recibir cuidados especiales (art. 23.2).
2. a un acceso efectivo a la educación, los servicios sanitarios, de rehabilitación, la preparación para el empleo, oportunidades de esparcimiento, y a recibir tales servicios en forma conducente a que logre la integración social y el desarrollo individual, cultural y espiritual (CDN, art. 23.3).

Sobre «educación inclusiva integrada»:

1. *«El contacto entre niños y jóvenes con y sin discapacidades es un poderoso estímulo para su integración. Por ello la educación de los niños y jóvenes con discapacidades debe desarrollarse, en tanto sea posible, en un medio escolar normal»* (CARTAGENA 92, Áreas de Intervención Cáp. 3), recomendando contar con los apoyos necesarios.
2. *«Los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados y deben velar porque la educación de las personas con discapacidad constituya una parte integrante del sistema de enseñanza»* (NUIO,6).
3. Debe favorecerse la educación «integradora». Es necesario actuar con miras a conseguir «escuela para todos», esto es, instituciones que

incluyan a todo el mundo, celebren las diferencias, respalden el aprendizaje y respondan a las necesidades de cada cual. (SALAMANCA, 1).

17.3. DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

En educación: La ley 16.095, con relación a la educación «inclusiva/integral», es insuficiente y parcial. En el art. 34 comienza disponiendo que los discapacitados deberán integrarse con los no discapacitados en los cursos curriculares. Sin embargo, a continuación establece la siguiente condición: «siempre que esta integración les sea beneficiosa en todos los aspectos». Con ello se confiere un muy amplio margen de discrecionalidad para la apreciación subjetiva de los operadores en materia educativa, que puede incluso propiciar limitaciones o suspensiones de la experiencia inclusiva apenas se presenten las primeras dificultades.

El art. 36 de la citada ley se refiere a los discapacitados «*cuya incapacidad de iniciar o concluir la fase de escolaridad obligatoria haya quedado debidamente comprobada*» y, para esa eventualidad de fracaso escolar, dispone como solución que se les proporcione una capacitación para obtener una ocupación. El texto no determina cómo y quién establece ese fracaso escolar, ni rescata ningún valor de la propuesta educativa inclusiva, dando la sensación de que no existe mucho convencimiento con respecto a la misma, al punto que admite que puede darse el caso de que no produzca ningún efecto positivo.

Tampoco se adecua a los estándares en el tema lo dispuesto en el Acta 17, contenida en la Resolución 40 del CODICEN. La misma no opta decididamente por la educación inclusiva y reitera la criticable expresión comentada *supra* («*siempre que esta integración sea beneficiosa en todos los aspectos*»). Refiriéndose a la integración de los alumnos con discapacidad, establece: «*se procurará extender dicha atención a todo el territorio nacional mediante equipos multidisciplinarios*», que es una expresión tan infeliz como decir «*se procurará educar*». Refiriéndose a los niños y jóvenes con discapacidad dice que se estudiarán sus capacidades «*remanentes*», expresión inadecuada, como si la capacidad de un persona se pudiera medir.

Rehabilitación e integración social: La regulación de estos temas se encuentra, por un lado, en la ley 16.095, cuyo objeto es establecer un sistema de protección integral a todas las personas discapacitadas y, por otro lado, en

una ley sancionada con bastante anterioridad (11.139), que hace referencia a la discapacidad originada en la enfermedad mental y por la cual fue creado el Patronato del Psicópata. Como una dependencia de éste se creó el Centro Nacional de Rehabilitación Psíquica por decreto 117/971.

Como legislación básica, dichas normas comprenden los distintos rubros que tienen relación con la discapacidad, tales como políticas sociales coordinadas, salud, educación, trabajo, accesibilidad (arquitectura, urbanismo, transporte), etc. Se complementa con otras normas (leyes, decretos, resoluciones administrativas) que instrumentan distintas soluciones en los temas indicados, a saber: automóviles para lisiados, lengua de señas, pensiones por invalidez, incapacidad para el trabajo, vivienda para familias con no videntes, baremo, preferencia en el acceso a cargos públicos, entre otros.

Sin embargo, a pesar de esta normativa, las personas con alguna discapacidad tienen serias dificultades para integrarse a la sociedad y sentirse sujetos activos con igualdad de oportunidades.

El sistema de preferencia en el acceso a cargos públicos no ha dado el resultado esperado, debiendo revisarse si la falla reside en un incumplimiento liso y llano en la asignación del porcentaje de cargos para personas con discapacidad (y en ese caso crear un mejor sistema de control) o si dicho porcentaje debe aumentarse.

La normativa interna sobre el tema no involucra al sector privado, ni prevé incentivos que fomenten en las empresas privadas el otorgamiento de empleos a personas con discapacidad, como por ejemplo exenciones tributarias.

Previsión social aplicación del Baremo: El sistema de previsión social, en especial en lo referente a la prestación de pensiones a las personas que están total o parcialmente imposibilitadas de trabajar, es totalmente anacrónico. Su instrumentación parece estar dirigida a evitar en lo posible su pago y, por lo tanto, no cumple la finalidad social para la cual fue concebido³²⁵.

325 Resulta ilustrativo consignar la referencia a algunos de los casos más graves por injustos. Ocurre con los enfermos mentales con patologías graves como la esquizofrenia. Como esa enfermedad aparece en la juventud, alrededor de los dieciocho años, cuando las personas ya han cursado dos ciclos de enseñanza curricular, unido a que no tienen en general ninguna deficiencia física, cuando

17.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

1. Homogeinización de registros y baremos: es imprescindible elaborar criterios uniformes de registro de la discapacidad. Ello permitiría realizar estudios estadísticos confiables, que den cuenta con propiedad de la real magnitud de la condición de discapacidad en el país, y diseñar con seriedad políticas y aún leyes adecuadamente fundamentadas sobre el tema. Sobre esa base, se formulará un nuevo Baremo que asigne con mayor justicia las prestaciones de la seguridad social.

Se trata de una tarea que puede y debe ser instrumentada por la Comisión Nacional Honoraria del Discapacitado en cumplimiento de sus cometidos (arts. 11 y 12 de la ley 16.095 de 26/10/89).

Es necesario además un tribunal técnico ante el cual se puedan recurrir las resoluciones sobre solicitudes de pensiones por discapacidad, ya sea cuando se nieguen las mismas o cuando se impugne el criterio empleado en la aplicación del baremo en un caso concreto.

2. Educación: si bien se ha señalado que la ley básica (16.095) contiene en esta materia serios errores, debe admitirse que en lo esencial sienta el principio de una educación «inclusiva/integral». Por lo cual, lo recomendable es que el CODICEN modifique el Acta N^o 17 contenida en la Resolución N^o 40, adopte y establezca la directiva de la educación inclusiva con carácter general para todos los centros docentes y dote a ese sistema educativo de los apoyos y recursos materiales y humanos para su implementación.

Este cambio implicará ineludiblemente la preparación y adhesión sin reservas del personal docente, tarea difícil pero ineludible para perfeccionar la democratización del sistema educativo.

el médico hace la entrevista se encuentra con una persona que mantiene una correcta conversación y demuestra un buen nivel cultural. La consecuencia de lo anterior es que a todos se les niega la pensión por no tener defectos físicos, cuando la realidad es que es su discapacidad mental la que les impide mantener un trabajo. La situación es harto conocida pero no se ha solucionado.

3. Rehabilitación e integración social del discapacitado: Con este cometido se recomienda la aprobación de dos leyes:

- Una de ellas con tres contenidos esenciales:
 - a) unificar y racionalizar la normativa existente sobre porcentajes en el acceso a cargos públicos de personas con discapacidad (que comprenderá los contratos personales), estableciendo un riguroso sistema de control de su cumplimiento;
 - b) involucrar al sector privado en la promoción de las personas con discapacidad, previendo incentivos que fomenten en sus empresas el otorgamiento de empleos a las mismas, mediante exenciones tributarias y otras medidas. Al respecto hay proyectos de ley presentados al Parlamento en anteriores legislaturas; y
 - c) establecer normas de accesibilidad con alcance nacional, especialmente en lo referente a barreras arquitectónicas en edificios públicos y privados.
- Por medio de otra ley, ampliatoria de la 16.095, cometer a la Comisión Nacional del Discapacitado la creación de un Centro Nacional para Personas con Discapacidad que, con carácter gratuito, brinde los servicios en las áreas establecidas en los artículos 16 y 17 de la ley mencionada.

Dicha ley preverá la obtención de recursos necesarios para el funcionamiento del mencionado Centro.

Los siguientes proyectos de ley están actualmente a estudio del Parlamento:

1. Cámara de Senadores, Comisión de Constitución y Legislación. Proyecto «Discapacitados motrices. Registro. Creación» (Carpeta 150/2005, Distribuido 75/2005).
2. Cámara de Senadores. Comisión de Población, Desarrollo e Inclusión. Proyecto «Discapacitados. Protección Integral. Normas» (Carpeta 289/2005, Distribuido 353/2005).
3. Cámara de Senadores. Comisión Salud Pública. Proyecto «Derechos y obligaciones de los pacientes» (Carpeta 202/2005, Distribuido 194/2005 y 270/2005).

4. Cámara de Representantes. Comisión Constitución, Códigos y Legislación. Proyecto «Personas con discapacidad física. Se crea padrón especial para la inscripción cívica» (Carpeta C. Representantes 475/2000, Distribuido 222 y 263; Carpeta C. Sanadores 1084/2003, Distribuido 2837. Proyecto aprobado por la Cámara de Representantes).

18. VIH/SIDA

18.1. LISTADO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TEMA

18.1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Tratados, Convenciones y Declaraciones

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley 15.737.
- Convención sobre Derechos del Niño aprobada por ley 16.137.
- Convenio Organización Internacional del Trabajo N° 111 de 25/6/58: Discriminación (Empleo y ocupación), aprobado por ley 14.113.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, aprobado por ley 13.751.
- Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por ley 13.751.

b) Recomendaciones y Jurisprudencia Internacional

- Comisión de Derechos Humanos, Declaración de derechos y humanidad y la Carta sobre el VIH y el SIDA, 1992.
- Declaración de los derechos fundamentales de la persona que vive con el VIH/SIDA (Conferencia de Montreal, 1988).
- Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), Prioridades fijadas para Uruguay, 2004.

c) Reglas y Directrices

- Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/SIDA, UN-GASS (Asamblea General de la ONU, 25/27 junio 2001)

- Declaración de OMS/OIT de 29/6/88: derecho de los trabajadores a no revelar su situación.
- Directrices sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos, Segunda consulta internacional sobre VIH/SIDA y derechos humanos, Ginebra set. 1996 (UN).
- Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

18.1.2 DERECHO INTERNO

a) Constitución

- Arts. 7, 8, 28, 36, 41, 44, 46, 67 y 72.

b) Leyes

- Ley 17.817: Lucha Contra el Racismo, la Xenofobia y la Discriminación.
- Ley 9.202: Ley Orgánica del Ministerio de Salud Pública (MSP) (art. 2).

c) Decretos, Reglamentos y Acordadas

- Circular 58/93 Ministerio de Salud Pública: Acciones preventivas del programa de control de la tuberculosis ante la pandemia de VIH.
- Decreto 146/84: Declaración obligatoria.
- Decreto 158/97: Pesquisa de VIH a toda embarazada previo su consentimiento informado.
- Decreto 233/88: Obligatoriedad del control de sangre.
- Decreto 258/92: Reglas de conducta médica.
- Decreto 409/93 de 15/9/93: Comisión Nacional de Lucha contra el SIDA.

18.2. RESEÑA DE PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La DUDH declara el derecho de toda persona a la salud, la asistencia médica y, en caso de enfermedad, al seguro correspondiente; a la seguridad social; a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada ni de ataques a

su honra o a su reputación, así como también a que se le proteja contra tales injerencias o ataques (arts. 12, 22 y 25).

El PIDCP reconoce la igualdad de las personas ante la ley y establece que ésta prohibirá toda discriminación, garantizando ello, cualquiera sea el motivo de la misma (art.26).

El PIDESC reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales de la producción científica (arts. 12 y 15).

De acuerdo a lo que establecen los artículos 4, 5 y 11 de la CADH, los Estados Parte se comprometieron a reconocer y proteger los derechos de todas las personas a la vida, la integridad física, la honra y dignidad, sin discriminación alguna.

Al tratarse de una pandemia que afecta cada vez a más niños, interesa destacar que los Estados Parte en la CDN asumieron la obligación de asegurar a todo niño los servicios sanitarios, la rehabilitación, el tratamiento de las enfermedades, la seguridad social, la protección contra la discriminación o las injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada (arts. 23, 24, 26, 2 y 16).

Las Directrices sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos, aprobadas en la Segunda Consulta Internacional sobre VIH SIDA y DDHH (Ginebra 25/27, setiembre 1996) en respuesta a la petición de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH y el SIDA (ONUSIDA), establecen doce directrices que se refieren a los siguientes puntos:

1. Se debe establecer un marco nacional que disponga los programas y actuaciones de todas las ramas del gobierno en forma coordinada frente a la pandemia.
2. Los Estados deben consultar a las comunidades en la formulación y ejecución de los programas, en materia ética, de legislación y de derechos humanos.
3. Los Estados deben analizar y reformular la legislación vigente para que concuerde con las obligaciones internacionales de derechos humanos.
4. Se deben revisar las leyes penales y los sistemas penitenciarios para que no sean utilizados inadecuadamente en el contexto de la lucha contra el VIH/SIDA, ni se utilicen contra grupos vulnerables.

5. Se debe fortalecer la legislación que combate la discriminación contra los grupos vulnerables (portadores o personas con discapacidad), asumiendo la obligación de velar por el respeto a la vida privada, a la confidencialidad y la ética en la investigación sobre seres humanos.
6. Se deben establecer bienes, servicios e información de prevención y atención de los casos de VIH y medicación a precios asequibles.
7. Se deben brindar servicios de asistencia jurídica que enseñen y protejan los derechos de los portadores, así como promover que éstos utilicen los tribunales judiciales u otros medios, como defensores, ombudsman y las comisiones de derechos humanos.
8. Se debe fomentar, en colaboración con la comunidad, un ambiente de capacitación y apoyo para mujeres, niños y otros grupos vulnerables, combatiendo los prejuicios y desigualdades y apoyando los grupos comunitarios.
9. Se debe fomentar la difusión de programas creativos de educación y capacitación para convertir las actitudes discriminatorias en actitudes de comprensión y aceptación.
10. El sector estatal y el privado deben generar códigos de conducta sobre VIH/SIDA basados en principios de derechos humanos y códigos de deontología profesional.
11. Se deben crear instituciones de vigilancia y seguimiento que garanticen la protección de los derechos humanos de los portadores, sus familias y comunidades.
12. Se debe cooperar con programas y organismos de la ONU, en particular el ONUSIDA, para intercambiar conocimientos y experiencias sobre derechos humanos en esta materia y establecer procedimientos eficaces de protección.

La Declaración de los Derechos Fundamentales de la Persona que Vive con el VIH/SIDA (Conf. Montreal, 1988) mantiene plena vigencia y se basa en que «la práctica solidaria es esencial». Señala los derechos básicos del portador o del enfermo:

1. A tener información clara sobre la pandemia.

2. A la asistencia sin restricción y garantizando su mejor calidad de vida.
3. A no ser aislado.
4. A participar en todos los aspectos de la vida social.
5. A recibir sangre rigurosa y previamente analizada y el derecho a la reserva sobre la condición de portador.
6. A no ser sometido compulsivamente a análisis para detectar el VIH.
7. La persona viviendo con el VIH/SIDA no está obligada a comunicar esta situación y tiene derecho a continuar su vida profesional, sexual y afectiva.

La Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/SIDA³²⁶, más conocido como UNGASS, reafirmó el liderazgo de los gobiernos en la lucha contra el VIH, la prevención como base de la acción, la importancia de la atención, el apoyo y el tratamiento, y el respeto a los derechos humanos como indispensable para reducir la vulnerabilidad; señaló asimismo como vulnerables y en otros casos como factores de vulnerabilidad el comportamiento sexual de alto riesgo, el uso de drogas inyectables, el subdesarrollo, la pobreza, la falta de promoción de la mujer, la falta de educación, la exclusión social y el analfabetismo. Examinó además factores económicos y sociales que favorecen la expansión de la enfermedad y asumió el compromiso, como organismo central y mundial, de trabajar con firmeza por el mejoramiento de la situación sanitaria mundial en este tema.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de la ONU para la prevención del delito y tratamiento del delincuente (Ginebra, 1955), luego adoptadas por el Consejo Económico y Social en 1957 y 1977, establecen en sus observaciones preliminares que no se trata de describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino de estimular el esfuerzo constante por vencer dificultades prácticas que se oponen a su aplicación en vista de que dichas reglas representan las

³²⁶ A esa fecha se calculaba en treinta y seis millones las personas infectadas, lo cual contribuyó a que se decidiera redoblar esfuerzos y recursos económicos en el trabajo de contrarrestar la pandemia.

condiciones mínimas que debe tener una cárcel, admitidas por la ONU. Sus rubros principales son: administración, separación en categorías, higiene, ropa, alimentación, servicios médicos, disciplina, contacto con el mundo exterior, biblioteca, personal penitenciario, tratamiento, trabajo y categorías. Interesa mencionarlo por cuanto es reconocido que las condiciones de reclusión favorecen la propagación de la pandemia en las cárceles.

18.3. RESEÑA DE LAS INADECUACIONES Y VACÍOS DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

En el país no existe una ley sobre SIDA³²⁷ y la normativa específica existente está conformada por decretos del Poder Ejecutivo y por Circulares o Resoluciones del Ministerio de Salud Pública. Los vacíos de nuestra legislación en esta materia se vinculan a la falta de consagración de los derechos de la persona infectada, de acciones de prevención, de atención integral en salud, de investigación en materia de VIH/SIDA, de educación y capacitación, de aspectos vinculados al régimen penitenciario, infracciones y sanciones. Resulta sin duda muy necesario que se reúna toda la normativa existente en un solo instrumento y en forma ordenada por temas.

Teniendo en cuenta las normas internacionales de distinta naturaleza examinadas, en especial aquellas en las cuales se formulan recomendaciones, así como las prioridades que para nuestro país ha fijado el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) –algunas ratificadas por la red de ONG uruguayas que trabajan en SIDA–, podemos señalar las siguientes inadecuaciones que se constatan en relación a dicha normativa y los vacíos reglamentarios y de la legislación interna:

1. Los Cometidos asignados a la Comisión Nacional de Lucha contra el SIDA, establecidos mediante el Decreto N° 409/93 de 15/9/93, no son su-

³²⁷ En términos de diagnóstico de situación, cabe mencionar que entre los casos notificados de VIH/SIDA, el grupo etario de mayor prevalencia se ubica entre los 15 y los 34 años, siendo dos veces más frecuente en hombres que en mujeres. Desde el punto de vista epidemiológico la epidemia se caracteriza por ser progresivamente: i) más joven, ii) más femenina, y iii) con tendencia a la urbanización.

ficientes ni idóneos para asegurar que la cobertura por parte del Estado llegue a todas las personas viviendo con VIH/SIDA, ni para que se garantice la provisión de medicamentos y toda la paraclínica necesaria.

2. Existe un vacío normativo en la medida que no se dispone el establecimiento de una red asistencial dirigida a la atención de los usuarios de drogas, facilitando el acceso a tratamiento por consumo problemático y/o patologías asociadas, incluyendo la rehabilitación y reinserción social.

3. No se han formulado normas específicas referidas a la confidencialidad de los diagnósticos médicos y la no injerencia en la vida privada de las personas viviendo con VIH/SIDA.

4. No se han institucionalizado programas de diagnóstico, prevención y tratamiento del VIH/SIDA en todo el sistema carcelario nacional.

5. El decreto 409/93 de 15/9/93, que crea la Comisión Nacional de Lucha contra el SIDA, no establece que las organizaciones no gubernamentales que trabajan en el tema sean integrantes de la Comisión y asesoras de la misma.

6. No existe una defensoría de oficio especial, en la órbita del Poder Judicial, que atienda las consultas que formulen las personas portadoras de VIH/SIDA referentes a sus derechos humanos y los patrocinen en las acciones judiciales que promuevan.

Las inadecuaciones y vacíos normativos mencionados impactan fundamentalmente en la situación de los niños y niñas, las personas sujetas a discriminación por su orientación sexual, las personas con discapacidad física o mental, las personas privadas de libertad, los/as trabajadores/as sexuales, los usuarios de drogas y las personas indigentes.

18.4. RESEÑA DE RECOMENDACIONES

Se recomienda sancionar una ley de creación de una comisión nacional de lucha contra el VIH/SIDA o, en su defecto, modificar el decreto 409/93 de 15/9/93 que crea la Comisión Nacional de Lucha contra el SIDA (CONASIDA) a fin de ampliar sus cometidos, unificando y centralizando las políticas del Estado en la materia. A los efectos de incorporar la experiencia acumulada

y la eficaz acción llevada a cabo en el país por las organizaciones sociales, se incluirá a éstas en la Comisión, en carácter de asesoras, mediante el mecanismo de integración que se propone a continuación.

En concreto, las modificaciones al decreto mencionado serían las siguientes:

1. Integración: integrarán también la Comisión Nacional de Lucha contra el SIDA, en carácter de asesoras, las organizaciones no gubernamentales que trabajan en el tema y que sean propuestas a la Comisión por el Ministerio de Salud Pública. Igualmente, podrán solicitar su inclusión las propias ONG y las organizaciones de personas que viven con VIH-SIDA, presentando sus antecedentes al respecto. En todos los casos, su ingreso será decidido por la Comisión. El Ministerio de Salud Pública suministrará a la Comisión los elementos necesarios para su actividad.

2. Cometidos de la Comisión:

- Instrumentar políticas públicas generales y nacionales. La Comisión tendrá como función establecer políticas de Estado referentes a la lucha contra el VIH-SIDA, acciones de prevención y contra la discriminación y estigmatización de las personas viviendo con VIH-SIDA (PVVS). A tales efectos, coordinará las acciones a desarrollar por las distintas instituciones dentro de su área de competencia y propondrá actividades sistemáticas a realizar en conjunto por las instituciones integrantes. Elaborará un plan nacional de lucha contra el VIH-SIDA. En el cumplimiento de estos cometidos, la Comisión tendrá especialmente en cuenta la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH-SIDA aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas celebrada del 25 al 27 de junio de 2001 en Nueva York (conocida como UNGASS ON HIV-SIDA).
- Analizar los recursos existentes, así como su mejor utilización y las propuestas de nuevos recursos, para realizar actividades concretas.
- Atención y cuidado:
 - a) asegurar la cobertura total y continua para la población en el tratamiento del VIH-SIDA, incluyendo el antirretroviral;
 - b) controlar la calidad y disponibilidad de la medicación necesaria, pudiendo requerir a esos efectos la participación y colaboración de los organismos especializados;

- c) descentralizar la atención y tratamiento de manera que cubran todo el país;
- d) cuidar la disponibilidad de test rápidos, análisis de resistencia y exámenes específicos;
- e) brindar apoyo y asistencia integral a las personas infectadas y afectadas por VIH-SIDA.
- Prevención:
 - a) realizar, en forma sostenida y permanente, acciones de prevención y campañas de educación e información dirigidas a toda la población y en especial a los sectores considerados vulnerables;
 - b) disponer en forma gratuita test de detección.
- Educación e información:
 - a) realizar acuerdos y convenios con los organismos e instituciones educativas, para la instrumentación de programas de información sobre el VIH-SIDA dirigidos a niños y adolescentes;
 - b) realizar acuerdos y convenios con los institutos de formación docente y de formación de profesionales de la salud, sobre temas de prevención en VIH-SIDA, prevención en consumo de drogas y temas de salud sexual.
- Acción en las cárceles:
 - a) instrumentar la prevención, la atención y el tratamiento de la pandemia en todas las cárceles del país. A tales efectos se revisarán los convenios existentes y de ser necesario se harán otros nuevos para que la Comisión cumpla sus cometidos en los establecimientos carcelarios;
 - b) ejecutar en forma permanente y continua programas de diagnóstico, prevención y tratamiento.
- Proponer al Poder Ejecutivo las modificaciones necesarias para superar las barreras normativas o burocráticas que puedan existir para el acceso universal al diagnóstico, la asistencia y el tratamiento de personas que lo necesitan, así como en materia de educación e información.
- Procurar la colaboración y corresponsabilidad del sector empresarial en el cumplimiento de sus cometidos en materia de «Prevención» y «Educación e Información».

- Establecer mecanismos permanentes de monitoreo o evaluación de toda la acción realizada, pudiendo hacer al respecto convenios de colaboración con los organismos internacionales de salud.

conclusiones

CONCLUSIONES

La consolidación del Estado de Derecho y el fortalecimiento de la democracia basada en la protección de los derechos humanos exigen una permanente revisión de los instrumentos jurídicos que garantizan estos derechos, a la vez que una mirada atenta por su efectivo cumplimiento en la práctica cotidiana por parte de las instituciones y organismos estatales.

Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos deben ser aplicados por los poderes públicos, debiendo asimismo armonizarse el derecho interno a la luz de sus requerimientos.

A lo largo de este estudio hemos constatado la necesidad de adoptar medidas legislativas tendientes a armonizar el ordenamiento jurídico interno con los estándares internacionales en materia de derechos humanos en las dieciocho áreas temáticas abordadas.

El Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR), como organización de derechos humanos, entiende que este estudio contribuye al fortalecimiento de la democracia, al brindar a los legisladores una herramienta útil para su labor, ya que en el mismo se analizan las principales carencias en materia de adecuación legislativa en temas de derechos humanos y se recomiendan las líneas de acción legislativa que se entendieron fundamentales con miras a la armonización.

El estudio no comprende a la totalidad de la problemática de los derechos humanos (lo que hubiera excedido largamente los alcances del proyecto). Sin embargo, abarca las áreas más relevantes, aquellas que requieren una urgente actualización y que podrán abrir paso a futuras reformas.

Si bien Uruguay ha ratificado gran número de instrumentos internacionales, sólo en contadas ocasiones ha implementado las reformas legislativas indispensables. Ello ha colocado al país en una situación de incumplimiento de obligaciones internacionales, en especial la de adoptar

las medidas legislativas necesarias para la adecuación entre la normativa interna y la internacional.

Si fuera posible señalar un punto de partida para el programa de reformas propuesto en este estudio, el mismo supondría considerar las «Recomendaciones específicas sobre ejecutabilidad e incorporación de las disposiciones de derechos humanos al derecho interno», que contemplan la necesidad de conferir rango constitucional a las normas de derechos humanos. Pese a que tal posición tiene perfecta cabida en el orden constitucional vigente, ello *depende de una interpretación* del art.72. Lo que buscan las recomendaciones propuestas es eliminar ese espacio de discrecionalidad (que toda interpretación de normas admite), con miras a solucionar a nivel normativo la cuestión de la incorporación de las normas internacionales de derechos humanos a nivel interno.

Sin perjuicio de lo anterior, cada uno de los temas incluidos en este estudio presenta sus propias particularidades y complejidades, por lo cual, para la plena vigencia de los derechos humanos a nivel interno, es necesaria la adopción de reformas legislativas en cada uno de los dieciocho temas tratados.

referencias
bibliográficas

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AAVV; *Género: Violencia y Equidad. Participación y Exclusión*, Curso para Graduados año 2004, Escuela de Posgrado-Facultad de Derecho-Universidad de la República, Ed. IDEAS, 2005.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian; *Los Derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- ADC, CELS, FARN, Fundación Poder Ciudadano, INECIP y UUC; *Una Corte para la Democracia I y II*, 2002, www.cels.org.ar
- AMARILLO, María del Huerto y URIOSTE, Fernando (prep.); *Uruguay. Independencia del Poder Judicial y de los Jueces*, CIJA – CIJ, 1990.
- AMBOS, Kai; *Impunidad y derecho penal internacional*, CIEDLA – Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 1999.
- AMBOS, Kai; *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. Ezequiel Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung – Temis – Duncker & Humboldt, Montevideo, 2005.
- ANDREOLI, Miguel; «El debate sobre el aborto en Uruguay», en *Actio*, Año 1, n^o 1, diciembre 2002, www.fguce.edu.uy/public/actio
- ANDREU-GUZMÁN; Federico; *Fuero militar y derecho internacional*, Comisión Colombiana de Juristas – Comisión Internacional de Juristas, Bogotá, 2003.
- ARDUINO, Margarita, PORCIÚNCULA, Horacio y GINÉS, Ángel; «La reforma psiquiátrica en Emilia Romagna y el Programa Nacional de Salud Mental en Uruguay», en *Revista de Psiquiatría del Uruguay*, Vol. 64, N^o 2, Agosto 2000, pp. 302-316.
- ARIÈS, Philippe; «El niño y la calle, de la ciudad a la anticiudad», en *Ensayos de la Memoria 1943-1983*, Editorial Norma, Bogotá, 1995, pp. 283-309.

- ARIÉS, Philippe; *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Taurus, Madrid, 1987.
- BALBELA DELGUE, Jacinta y PEREZ MANRIQUE, Ricardo; *Código de la Niñez y la Adolescencia. Comentado y anotado*, Editorial BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2005.
- BARRAN, José Pedro; *Historia de la sensibilidad en el Uruguay*, tomos 1 y 2, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 1989.
- BELOFF, Mary; «Constitución y derechos del niño», en BAIGÚN, David *et alt.* (comps.); *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. Maier*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 765-795.
- BELOFF, Mary; «Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño», en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 79-121.
- BELOFF, Mary; «No hay menores en la calle», en *No hay derecho*, Año 2, N^o 6, Buenos Aires, junio 1992, pp. 36-37.
- BELOFF, Mary; «¡Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño versus derechos en situación irregular», en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 1-45.
- BIDART CAMPOS, Germán; *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1984.
- BOVINO, Alberto; «Delitos sexuales y justicia penal», en BIRGIN, Haydée (comp.); *Las trampas del poder punitivo: El Género del Derecho Penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 175-294.
- BREWER-CARÍAS, Allan; «Hacia el Fortalecimiento de las instituciones de protección de los Derechos Humanos en el ámbito interno», en GONZÁLEZ VOLIO, Lorena (ed.); *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, IIDH, San José de Costa Rica, 1998, pp. 3-31.
- BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert y SHELTON, Dinah; *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Civitas, reimpresión de la 1^a ed. 1990, Madrid, 1994.

- CAGNONI, José Aníbal; «Ombudsman como institución protectora de los derechos», en *Nuevas reflexiones sobre Género, Derecho y Ciudadanía. Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Tercera Serie, N° 11, Montevideo, FCU, pp. 139-145.
- CAGNONI, José Aníbal; *Control de la Administración: Ombudsman, Comisionado Parlamentario, Mediateur, Defensor del Pueblo*, 3ª edición ampliada, Editorial Universidad, Montevideo, s/f.
- CARBONELL, Miguel; «La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en materia de cuotas electorales de género», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 8, enero-junio 2003, IJ-UNAM, pp. 193-203, <http://info.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst>.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel; «Interés superior en el marco de la Convención de los Derechos del Niño», en AA.VV.; *Sociedades y políticas*, Buenos Aires, 1997, pp. 13-19.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA, Washington D.C., 2002.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS; *Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, Abogados y Fiscales*, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2005.
- COMITÉ DERECHOS DEL NIÑO URUGUAY; *Discriminación y derechos humanos en Uruguay. La voz de las niñas, niños y adolescentes*, Comité Derechos del Niño Uruguay, Montevideo, 2004.
- COUSIN, Sylvia; «El exilio de los enfermos mentales pobres. Algunas notas para la reflexión», en *Revista de IELSUR*, N° 1, dic. 1987, pp. 44-52.
- CUSSIANOVICH, Alejandro, ALFAGENTE, Erika, ARENAS, Fabricio, CASTRO, Jorge, OVIEDO, José; *La infancia en los escenarios futuros*, Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales Universidad Nacional de San Marcos, Lima, 2001.
- DELPIAZZO, Carlos; «Del Derecho de la Información al Derecho Informático: Propuesta de Sistematización», en *Revista de Derecho Informático*, N° 030, Alfa - Redi, enero 2001, www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml
- DULITZKY, Ariel; «La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado», en ABREGÚ, Martín

- y COURTIS, Christian (comps.); *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 33-74.
- DULITZKY, Ariel; «Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano», en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, IIDH, 1996, pp. 129-166.
- DWORKIN, Ronald; *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1994.
- EROSA, Héctor; «La construcción punitiva del abandono», en *Revista de Ciencias Penales*, N° 2, Montevideo, julio 1996, pp. 195-210.
- FACIO, Alda y FRIES, Lorena; «Feminismo, género y patriarcado», en FACIO y FRIES (Eds.); *Género y Derecho*, Col. Contraseña/Estudios de Género/Serie Casandra, LOM-La Morada, 1999, pp. 21- 60.
- FERRAJOLI, Luigi; «A questão do embrião entre direito e moral», en *Revista do Ministério Público*, vol. 24, Lisboa, abril – junio 2003, pp. 9-30.
- FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- FIX ZAMUDIO, Héctor; *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B Estudios Comparativos, Estudios Especiales N° 16, México, 1980.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; «La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos», en *Derecho de infancia y adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis - Tacro, Bogotá, 1995, pp. 75-87.
- GARGARELLA, Roberto; *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires, 1999.
- GARRIDO, Gabriela; «La incorporación de la población infantil al programa de Salud Mental», en AAVV; *Equipos comunitarios de Salud Mental. Un modelo en movimiento*, ASSE - MSP, Montevideo, 2004, pp. 23-26.
- GIALDINO, Rolando; «La producción jurídica de los organismos de control internacional de los Derechos Humanos como fuente del derecho nacional. Fuentes universales y americanas», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004, pp. 679-720.

- GREZZI, Ofelia y URIARTE, Carlos; «Infancia, adolescencia y control social en Uruguay», en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; CARRANZA, Elías (comps.); *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Editorial Galerna, Buenos Aires, 1992, pp. 241-281.
- HABERMAS, Jürgen; *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 1991.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS; *Los derechos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional*, IIDH, San José de Costa Rica, 2004.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo; «La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno», en *Revista IIDH*, N° 7, San José de Costa Rica, enero-junio 1988, pp. 25-41.
- LANZA, Edison; *La libertad de prensa en la jurisprudencia uruguaya. Jurisprudencia sistematizada y anotada 1985-2003*, Konrad-Adenauer-Stiftung - Asociación de la Prensa Uruguaya - FCU, Montevideo, 2004.
- LARRANDART, Lucila; «Control social, derecho penal y género», en BIRGIN, Haydée (comp.); *Las trampas del poder punitivo: El Género del Derecho Penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 85-109.
- LÓPEZ GUERRA, Luis; «La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, 10ª edición, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., Montevideo, 2004, pp. 85-100.
- MALET, Mariana; «Normas penales discriminatorias respecto de las mujeres», en AAVV; *Normas discriminatorias de las Mujeres. Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Tercera Serie N° 10, Montevideo, FCU, s/f, pp. 43-50.
- MALET, Mariana; «Reflexiones sobre el Ministerio Público en el sistema penal uruguayo», en *Espacio Abierto*. Revista del CIEJ – AFJU, Montevideo, nov. 2005, pp. 35-40.
- MARABOTTO, Jorge; «Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 9ª edición, Konrad Adenauer Stiftung A.C., Montevideo, 2003, pp. 291-301.

- MÁRQUEZ, Martha; «Derecho Laboral: ¿Igualdad y No Discriminación?», en AAVV; *Normas discriminatorias de las Mujeres. Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Tercera Serie, N^o 10, Montevideo, FCU, pp. 27-32.
- MARTINEZ MORENO, Carlos; *La Justicia militar en el Uruguay*, Librosur - Nuevo mundo, Montevideo, s/f (reproducción autorizada del texto publicado en *Convergencia Democrática en Uruguay. Documentos Políticos*, México, 1984, pp. 117-149).
- MAZUELOS, Ángeles; «Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 8, 2004, www.reei.org
- MEDINA, Cecilia; *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para defensores públicos*, Santiago de Chile, 2004.
- MEDINA, Cecilia; *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, debido proceso y recursos judiciales*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, San José de Costa Rica, 2005.
- MÉNDEZ, Juan; «El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos», en THOMPSON, José (coord.); *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudio en siete países de América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, IIDH, 2002, pp. 15-22.
- MENTAL DISABILITY RIGHTS INTERNATIONAL; *Derechos humanos y salud mental en el Uruguay*, Washington College of Law, American University, Washington D.C., 1995.
- MOREIRA, Constanza y JOHNSON, Niki; *Democracia, Género y Equidad: Aportes para el debate sobre los mecanismos de acción afirmativa*, FESUR, Montevideo, 2003.
- MOYANO BONILLA, César; «Soberanía y Derechos Humanos», en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen II, San José de Costa Rica, Corte IDH, Unión Europea, 1998, pp. 1123-1144.
- NIKKEN, Pedro; *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Su Desarrollo Progresivo*, Civitas, Madrid, 1987.
- NOVOA MONREAL, Eduardo; *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo Veintiuno, México, 1981.

- PALUMMO, Javier, PEDERNERA, Luis, SALSAMENDI, Javier, SBROCCA, Martín, SILVA BALERIO, Diego y URIARTE, Carlos; *Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay*, FCU - UNESCO, Montevideo, 2004.
- PALUMMO, Javier, PEDERNERA, Luis, SALSAMENDI, Javier, SBROCCA, Martín, SILVA BALERIO, Diego y URIARTE, Carlos; «Informe Uruguay», en BELOFF, Mary y GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comps.); *Infancia, ley y Democracia en América Latina. Tercer Informe*, Temis, Bogotá, 2004, pp. 1513-1571.
- PARDUCCI PUGLIA, Fernando; «Aplicación del Derecho de Origen Internacional de los Derechos Humanos en la jurisdicción doméstica de los Estados», en *Derechos Humanos y Corrupción*, pp. 127-135.
- PEDERNERA, Luis; «Entre Orden y disciplina o protagonismo y ciudadanía», en *Revista Voces*, Asociación de Educadores de Latinoamérica y el Caribe, N^o 16, Montevideo, julio de 2004, pp. 12-19.
- PEDERNERA, Luis; «La participación estudiantil. Discursos tutelares y derechos humanos», *Semanario Brecha*, Montevideo, 20 de octubre 2000, p. 18.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo; «Panorama de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de derechos humanos», en *Revista Judicatura*, N^o 41, Agosto 2000, pp. 246-284.
- PILOTTI, Francisco; *Globalización y Convención sobre los derechos del niño: el contexto del texto*, Unidad de Desarrollo Social y Educación, OEA, Washington DC, 2000.
- PINTO, Mónica; «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.); *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp.163-171.
- PINTO, Mónica; *Temas de derechos humanos*, 3^a reimp., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- PISARELLO, Gerardo; «Del estado social legislativo al estado social constitucional. Por una protección compleja de los derechos sociales», en *Isonomía*, N^o 15, Octubre 2001, pp. 81-107.

- PLATT, Anthony; *Los Salvadores del Niño o la invención de la delincuencia*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1982.
- PRATS, Martín; «Estado, Control Social y Políticas Sociales: un enfoque desde los Derechos Humanos», en *El Uruguay de los 90: Entre políticas sociales y políticas criminales*, IELSUR, Montevideo, 1997, pp. 39-116.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO; *Desarrollo Humano en Uruguay 2005. Uruguay hacia una estrategia de desarrollo basada en el conocimiento*, PNUD, Uruguay, 2005.
- RISSO, Martín; *Derecho Constitucional*, tomo I, FCU, Montevideo, 2005.
- RUIZ DE SANTIAGO, Jaime; «Diagnóstico de la Realidad de los Derechos Humanos en América Latina, tendencias y desafíos», en CANÇADO TRINDADE, Antonio y RUIZ DE SANTIAGO, Jaime; *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, ACNUR/Corte IDH, San José de Costa Rica, 2004, pp. 87-127.
- SAGÜÉS, Pedro Néstor; «Mecanismos de incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos al Derecho Interno», en GONZÁLEZ VOLIO, Lorena (ed.); *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, IIDH, San José de Costa Rica, 1998, pp.297-314.
- SALTZMAN, Janet; *Equidad y Género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio*, Cátedra, Universidad de Valencia - Instituto de la Mujer, Madrid, 1992.
- SAVE THE CHILDREN SUECIA - Comisión Andina de Juristas; *Guía Referencial. Lucha contra todas las formas de discriminación a los niños, niñas y adolescentes en América del Sur*, Lima, 2003.
- SAVE THE CHILDREN SUECIA; *Programación de los derechos del niño. Guía de capacitación*, Lima, 2004.
- SQUELLA, Agustín; *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.
- UNICEF - UDELAR; *Inversión en infancia en Uruguay. Análisis del gasto público social: tendencias y desafíos*, Montevideo, 2005.
- UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Ginebra, 2001.

- UNICEF; *Seminario sobre la promoción de una cultura de derechos en el sistema educativo*, Documento de trabajo, Montevideo, 2002.
- URIARTE, Carlos (coord.); «Informe sobre el Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay Ley 17.823, 7 de septiembre de 2004», en UNICEF; *Justicia y derechos del niño*, N° 6, Santiago de Chile, 2004, pp. 209-268.
- URIARTE, Carlos Elías, *Control institucional de la niñez-adolescencia en infracción: un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil (Las penas de los jóvenes)*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 1999.
- VIGO, Rodolfo; *La Interpretación Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; «La Justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central», en AA.VV; *La Justicia como garante de los derechos humanos. La independencia del juez*, ILANUD, Unión Europea, San José de Costa Rica, 1996.

Impreso en Montevideo, Uruguay

por  **productora**editorial

en agosto de 2006