



Fórum de
CORTES
SUPREMAS
do MERCOSUL

**Seminário Teixeira de Freitas
1º/2012**

ÍNDICE

3º SEMINÁRIO TEIXEIRA DE FREITAS	4
1. TEMA: COTAS RACIAIS	4
2. TEMA: LEI DA FICHA LIMPA.....	6
3. TEMA: UNIÃO HOMOAFETIVA	10
4. TEMA: DEMARCAÇÃO CONTÍNUA DE TERRAS	19

3º SEMINÁRIO TEIXEIRA DE FREITAS

1. TEMA: COTAS RACIAIS

Brasília, 29 de junio del 2012
Hugo Figueroa
Isaías Candia
Universidad Alberto Hurtado de Chile

I. Introducción.

A raíz de la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil, ADPF 186, sobre la constitucionalidad de las cuotas raciales para la admisión de universidades públicas, se nos ha solicitado exponer acerca del desarrollo jurisprudencial que nuestros tribunales han adaptado en la materia.

La decisión brasileña (ADPF 186) resulta emblemática, pues se pronuncia sobre la adecuación constitucional de las políticas afirmativas.

En Chile, a diferencia de Brasil, no existe una política pública que admita un régimen especial de admisión para el ingreso de universidades públicas en consideración a un criterio étnico o racial. Lo anterior, sin perjuicio de las políticas de fomento e integración, radicada básicamente en ayudas económicas, pero que sin embargo no constituyen una reserva de cupos para un grupo determinado de personas.

La situación anterior nos fuerza analizar la materia desde una perspectiva abstracta. Preguntándose finalmente sobre la viabilidad constitucional de las políticas afirmativas en el ordenamiento jurídico chileno.

II. El Desafío de Igualdad en Chile.

Uno de los mayores desafíos de la democracia chilena es la consagración de mayores niveles de igualdad real y la erradicación de la discriminación. Lo cierto es que actualmente existen grandes niveles de desintegración y discriminación, ya sea por consideraciones socioeconómicas, opción sexual u origen étnico. Múltiples casos exhiben esta dramática situación¹.

Hoy por hoy existe una constante demanda de grupos históricamente desaventajados en Chile, cuyo argumento de fondo apunta a la falta de igualdad y a la discriminación que impide el acceso y goce de los derechos en iguales condiciones.

El autor Rodolfo Figueroa, entiende por discriminación positiva (acción afirmativa) como “una política que se impulsa en un país, en un cierto momento histórico, en conformidad a la cual y en virtud de un cierto diagnóstico, se concluye que ciertas grupos o sectores han sido históricamente postergados y perjudicados o desaventajados. El diagnóstico indica que, en esas condiciones, para que tal grupo o sector pueda sobreponerse, no basta una mera institucionalidad que garantice la igualdad de oportunidades, sino que se requiere de un impulso mayor, un trato especial o privilegiado”.

¹ Caso Daniel Zamudio. Golpiza brutal con resultado de muerte a causa de la opción sexual de la víctima.

III. El Imperativo de Igualdad en Chile.

Nuestra Constitución Política de la República establece en su artículo 1º que las personas “nacieron libres e iguales en dignidad y derechos”, agregando más tarde en su artículo 19 que no hay personas ni grupos privilegiados y que los hombres y las mujeres son iguales ante la ley. La consagración anterior es lo que comúnmente se conoce como el principio de igualdad formal.

Al lado de la igualdad formal nuestra Constitución también consagra un imperativo de igualdad material. Su formulación es viable al señalar que “es deber del Estado [...] promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (art. 1º inciso final).

IV. Desarrollo Jurisprudencial: El caso de los pueblos indígenas.

La situación de desventaja social en que se ubican los pueblos originarios ha sido reconocida por la jurisprudencia nacional.

Nuestro Tribunal Constitucional haciendo uso de su potestad de control preventivo, conociendo sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, que entre otras cosas promueve un mecanismo de participación política distinto al resto de la comunidad nacional, tuvo la oportunidad para referirse del “privilegio participativo”, señalando que “la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1º de la Carta Fundamental, **toda vez que ellas disponen para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia...**”.

La apreciación anterior tuvo eco en nuestras Cortes de Apelaciones quienes conociendo de los primeros casos de aplicación del referido Convenio, entendieron que “la Garantía Constitucional del 19 N° 2 (que establece el principio de igualdad ante la ley) no se ve amenazado, puesto que la igualdad legal o formal, debemos pasar a la material o de justicia y solidaridad. En este caso los actores, como comunidades indígenas son grupos socialmente vulnerables, por lo que el legislador ha establecido para ellos una discriminación positiva y autorizada por el ordenamiento”.

2. TEMA: LEI DA FICHA LIMPA

Brasília, 29 de junho de 2012
Bianca Martínez
Maria Francisca Lazo
Universidad Alberto Hurtado
Chile

A diferencia de lo que ocurre con Brasil, en el caso de Chile no existe ninguna fuente normativa que regule de forma sistemática los diversos casos en los cuales se declaran las inhabilidades o se permiten las destituciones como lo establece la ley de la ficha limpia.

Es así como en Chile en la mayoría de los casos en los cuales existe una imposibilidad para ser electo se generan a raíz de la pérdida de la ciudadanía (derecho a sufragio) y al ser esto un requisito esencial para poder ser electo que se genera una imposibilidad de candidatura.

En Chile prima el principio de inocencia, motivo por el cual nadie será considerado culpable mientras no se demuestre lo contrario. En los casos en los cuales alguna autoridad cometa algún delito su inhabilidad será producto de que sea eventualmente condenado a una pena aflictiva (3 años y un día) lo cual lo hará perder su calidad de ciudadano y con ello uno de los requisitos esenciales para poder acceder a cualquier carga pública, no obstante esa garantía quedará suspensa hasta que el individuo cumpla la condena. Una vez que esta sea realizada se restablecerán sus derechos.

I. Cuestiones previas.

Según lo establecido en la Constitución Política de la República son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva.

En el caso de la pérdida de calidad de ciudadano esta se puede perder por:

1. Pérdida de nacionalidad chilena.
2. Por condena a pena aflictiva.
3. Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva.

Los que pierden la calidad de ciudadano en virtud de la causal número dos podrán recuperarla una vez que se extingue la responsabilidad penal y los que la perdieron en razón de la causal número tres podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez que cumplen la respectiva condena.

II. Normativa aplicable.

Nuestro ordenamiento jurídico regula la elección de candidatos a los diversos cargos públicos a través de diversas fuentes normativas que tienen por finalidad indicar cuáles son los requisitos para ser electos.

Dentro de estas fuentes podemos encontrar:

1. Constitución Política de la República
 - Ejercicio de la soberanía
 - Limitaciones por culpabilidad por delitos terroristas

- Nacionalidad
- Quienes son ciudadanos
- Suspensión del derecho a sufragio
- Pérdida de la calidad de ciudadano
- Características del sistema electoral público
- Derechos y deberes constitucionales: libertad de asociación y partidos políticos
- Requisitos de elegibilidad
- Justicia electoral

2. Código Procesal Penal
3. LOC Bases Generales de la Administración del Estado
4. LOC Municipalidades
5. LOC Partidos Políticos
6. Ley Votaciones Populares y Escrutinios

A. Elecciones Municipales y de Concejales.

Los alcaldes y los concejales de las municipalidades son electos mediante las elecciones que se realizan de acuerdo a la normativa que rige el ejercicio de la democracia local.

Los requisitos para ser elegido tanto alcalde como concejal son los mismos con excepción de uno que pasaremos a revisar enseguida:

1. Ser ciudadano con derecho a sufragio.
2. Saber leer y escribir.
3. Tener enseñanza media o su equivalente.
4. Tener residencia en la región a la que pertenezca la respectiva comuna o agrupación de comunas. Se exige al menos 2 años de residencia previa a las elecciones.
5. Situación militar al día.
6. No estar afecto a las inhabilidades que establece la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

El único requisito que no tienen en común es tener enseñanza media o su equivalente, el cual no se aplica para el cargo de concejal de municipalidades.

La Ley Orgánica Constitucional de municipalidades 18.695 en su artículo 59 indica que incurrirán en inhabilidades sobrevinientes para desempeñar el cargo de alcalde cualquier persona natural que por sí o como responsable de otra persona natural o jurídica, celebrar contratos u otorgar cauciones a favor de municipalidades responsables o tener litigios pendientes con ésta, en calidad de demandantes durante el desempeño de su mandato.

Por su parte el artículo 73 de la misma ley establece que los candidatos a alcalde o concejal no deben tener dependencia a sustancias, drogas, estupefacientes o sicotrópicos ilegales, a menos que se justifique el consumo por algún tratamiento médico.

Otra prohibición para ser alcalde o concejal es establecida en el artículo 74 numeral tercero, este indica que no pueden optar a dicho cargo público quienes tengan litigios pendientes con la municipalidad, a menos que se refiera al ejercicio de derechos propios de su cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad inclusive. Tampoco podrán optar a tales cargos de elección popular quienes se hallen condenados por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva.

B. Elecciones parlamentarias.

Para optar a estos cargos de elección popular pueden competir todas las personas que cumplan con los requisitos que la Constitución Política y la ley exigen para ser candidato y ejercer los cargos de diputado y senador, por lo que el número de candidatos varía en cada elección.

Los requisitos que establece nuestro Ordenamiento Jurídico se aplican de manera distinta tanto para diputados como para senadores.

En el caso de los diputados se requiere:

1. Ser ciudadano con derecho a sufragio.
2. Tener cumplido 21 años de edad
3. Tener residencia en la región a que pertenezca el distrito electoral correspondiente durante un plazo no inferior a dos años.

Para los senadores los requisitos son:

1. Ser ciudadano con derecho a sufragio.
2. Haber cursado la enseñanza media o equivalente.
3. Tener cumplido 35 años de edad al día de la elección.

C. Elecciones Presidenciales.

Para ser presidente de la república se establecen los siguientes requisitos:

1. Ser chileno.
2. Tener 35 años de edad.
3. Ser ciudadano con derecho a sufragio.

En Chile el requisito más importante para poder optar a los cargos en los cuales son electos por la población es ser ciudadano con derecho a sufragio. La calidad de ciudadano con derecho a sufragio permite optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran.

El derecho a sufragio se suspende por tres causales:

1. Por interdicción en caso de demencia
2. Por hallarse a la persona que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista y
3. Por haber sido sancionado por el Tribunal Constitucional en conformidad al inciso séptimo del número 15 del artículo 19 de esta Constitución. Los que por esta causa se hallaren privados del ejercicio del derecho de sufragio lo recuperarán al término de cinco años, contados desde la declaración del Tribunal. Esta disposición no producirá otro efecto legal.

III. Caso práctico

A. Contexto

La acusación fue presentada en el año 2008 por diez Diputados de la Alianza por Chile (partido que era en esa época de oposición al gobierno) contra la Ministra de Educación Yasna Provoste, en el contexto de una serie de irregularidades en subvenciones escolares surgidas por la publicación de la Procuraduría General de la República la cual contenía evaluaciones de fiscalizaciones que realiza anualmente dicho organismo.

Dicha evaluación se señalaba que no se conocía el paradero de más de 260 mil millones de pesos correspondientes a las cuentas del Ministerio de Educación, derivadas de conciliaciones que no habían sido bien hechas con los bancos, desordenes administrativos y financieros del

Ministerio de Educación. Luego de los trámites que se deben realizar ante ambas cámaras del poder legislativo chileno la ministra fue destituida.

Esta acusación constitucional trajo la primera destitución luego de la vuelta a la democracia en el año 1990.

B. Contexto Normativo

La Acusación Constitucional es una figura establecida en la Constitución Política de la República de Chile, tiene por finalidad hacer prevalecer el Estado de Derecho. Consiste en un procedimiento por medio del cual conocen las dos cámaras del Congreso Nacional.

El Art. 52 de la Carta Fundamental se refiere a la fase de conocimiento en la cámara de diputados, mientras que el Art. 53 del mismo cuerpo legal regula la siguiente etapa que se tramita en el Senado (son atribuciones exclusivas de ambas cámaras).

En el caso en cuestión la acusación constitucional es contra un Ministro de Estado, sin embargo, la acusación constitucional también puede ser impetrada contra las demás personas se encuentran taxativamente señaladas en el Art. 52 nº 2 de la CPR, y estos son:

- 1. El Presidente de la República.*
- 2. Los Ministros de Estado.*
- 3. Los Magistrados de los Tribunales superiores de Justicia y del Contralor General de la República.*
- 4. Los Generales o Almirantes de las Instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional; y*
- 5. Los Intendentes y Gobernadores.*

C. Causales

La ley establece causales taxativas, en el caso de los Ministros de Estado es pertinente solo ver las causales específicas para este caso concreto. Estas son las siguientes:

- 1. Haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación*
- 2. Infringir la Constitución o las leyes*
- 3. Por dejar la Constitución y las leyes sin ejecución*
- 4. Por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno*

La causal invocada en esta acusación realizada por los Diputados fue el “haber dejado la Constitución y las leyes sin ejecución.” Según los Diputados, la ministra dejó de ejecutar o derechamente infringió, entre otras, las siguientes disposiciones:

1. Ley 18.575 de Bases Generales de Administración del Estado (LOCBGAE)
2. D.F.L. Nº 2 de 1996 sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos.
3. Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo
4. Ley 18.956 sobre Reestructuración del Ministerio de Educación.

3. TEMA: UNIÃO HOMOAFETIVA

Brasilia, 20 de junio de 2012
Lucía Berro Pizzarossa
Universidad de la República
Uruguay

La Unión Homo afectiva en Uruguay

- Introducción

- **El papel de la SCJ en Uruguay**

- **Incidencia del sistema de control de constitucionalidad adoptado por nuestro país en el rol de la SCJ**

Nuestra Constitución dispone con absoluta claridad, en cuanto al efecto de la sentencia que declara inconstitucional una ley o un decreto de la Junta Departamental con fuerza de ley en el territorio del departamento, que *“el fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado”* (art. 259).

La doctrina ha fundamentado siempre esta disposición considerando que de esta forma se evitaba que se violara el principio de separación de poderes del gobierno. Se trata nada menos que de controlar al Poder Legislativo, que es –a no dudarlo– el poder más representativo de la voluntad popular, y por tal razón, resulta peligroso otorgar a otro poder, una facultad que puede llevar incluso a trabar el funcionamiento legislativo.

En efecto, la doctrina tradicional señala que si le otorgamos al fallo de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia efecto genérico, le estamos dando al Poder Judicial la facultad de derogar leyes, y por lo tanto, este Poder del Gobierno se estaría entrometiendo en la función legislativa formal, que es competencia exclusiva y privativa a nivel nacional, del Poder Legislativo, y a nivel departamental de la Junta Departamental, que también cumple funciones legislativas.

Al respecto Risso Ferrand sostuvo que *“Debe tenerse presente que la solución uruguaya es correcta, ya que en la medida que la competencia en la materia se concentra en el órgano máximo del Poder Judicial, la admisión de que la sentencia tenga efectos generales, colocaría a dicho poder de gobierno como una especie de legislador negativo (frente al legislativo), ocasionando un desequilibrio en la relación de los poderes a favor del Judicial”*.²

Gutiérrez ha desarrollado la posición contraria, desde una óptica crítica del efecto específico que la Constitución ha dado a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de las normas.

Sostiene este autor *“No comparto, como criterio general, que un fallo de inconstitucionalidad de una ley o decreto departamental con fuerza de ley en el departamento, tenga efectos solo para el caso concreto. Es más, entiendo que la actual normativa constitucional que eso prescribe, merece un análisis profundo y sin duda una revisión. No parece razonable que una*

² Risso Ferrand, Martín. Derecho Constitucional. Tomo I. pág. 177, citado por GUTIERREZ, Fulvio, “La declaración de inconstitucionalidad de la ley. Crítica a su efecto específico” en La Ley Uruguay, Año II, Nº 11, Octubre 2009.

ley sea considerada inconstitucional para unos y constitucional para otros. O es constitucional o es inconstitucional”³. Ha señalado una serie de razones que sustentan su posición.

En primer lugar, se trata de una razón conceptual: la consagración del alcance o efecto genérico del fallo que declara la inconstitucionalidad de una ley, no afecta ni lesiona el principio de separación de los poderes del gobierno. Jiménez de Aréchaga, sostuvo con total precisión que “la separación de poderes está consagrada en cuanto coexisten distintos centros de autoridad que reciben sus competencias de la Constitución, la cual les marca un ámbito de incumbencia que les es propio y que supone el ejercicio predominante de cada una de las funciones jurídicas del Estado por cada uno de ellos, dentro del cual, en cuanto se conformen las normas de grado superior (las que les fijan sus competencias, formas de actuar y fines a perseguir), sus decisiones, no pueden ser sometidas a contralor de oportunidad o conveniencia por parte de órganos integrantes de otros centros de autoridad”. Es decir, se violaría el principio de separación de poderes, si uno de los poderes del gobierno se inmiscuyera en otro por razones de oportunidad o conveniencia, pero no cuando, como en el caso del recurso de inconstitucionalidad, se interviene por razones jurídicas.

No resulta acertado señalar entonces, que si le damos efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad, le estaríamos dando al Poder Judicial la facultad de extinguir los actos de otro poder como lo es el Poder Legislativo. El contralor de la constitucionalidad de la ley, está basado en razones estrictamente jurídicas, y a nuestro juicio resulta impensable que la Suprema Corte de Justicia actuara fuera de ese marco.

Desde otra óptica, se señala un ejemplo de derecho positivo que crea un control de constitucionalidad con características muy específicas, entre ellas, declarar la inconstitucionalidad de determinadas normas con efecto erga omnes y con retroactividad a la vigencia de la ley que se declara inconstitucional. Se trata de la Disposición Transitoria y Especial letra “V” que dice “Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 216 y 256 y siguientes de la Constitución de la República, declárase la inconstitucionalidad de toda modificación de seguridad social, seguros sociales, o previsión social (art. 67) que se contenga en leyes presupuestales o de rendición de cuentas, a partir del 1º de octubre de 1992. La Suprema Corte de Justicia de oficio, o a petición de cualquier habitante de la República, emitirá pronunciamiento sin más trámite, indicando las normas a las que debe aplicarse esta declaración, lo que comunicará al Poder ejecutivo y al Poder Legislativo. Dichas normas dejarán de producir efecto para todos los casos, y con retroactividad a su vigencia”.

Estas consideraciones nos llevan a concluir que en definitiva, la violación constitucional de una ley, no puede estar en función del caso al cual se aplica, sino de su esencia misma, manifestada en su forma o de su contenido. Si una ley viola la Constitución desde el punto de vista de fondo, esa violación es para todos los casos, y no solo para quien promueva el recurso.

Como podemos apreciar, la realidad uruguaya es diferente de la brasileña donde - y con especial énfasis en lo que refiere a las uniones homoafectivas - el STF ha asumido una posición activa, legislando a los efectos de suplir la mora u omisión del Poder Legislativo. Las soluciones a los problemas democráticos de los últimos tiempos las ha dado el STF, actuando como una entidad política y no solamente jurídica.

• **Análisis de la regulación jurídica en Uruguay**

³ GUTIERREZ, Fulvio, “La declaración de inconstitucionalidad de la ley. Crítica a su efecto específico” en La Ley Uruguay, Año II, Nº 11, Octubre 2009.

○ **Reconocimiento de la Unión concubinaria homosexual**

La ley 18246 rige desde el 27 de diciembre de 2007, cuando el Poder Ejecutivo la promulgó luego de su aprobación definitiva por el Senado.

¿Qué derechos garantiza la ley?

- Sociedad de bienes en las mismas condiciones que las ya existentes para el matrimonio (salvo que se solicite lo contrario al momento del reconocimiento).

- Derechos sucesorios, como los ya existentes para el matrimonio.

- Si resulta necesario para la subsistencia de uno de los concubinos en caso de disolución de la unión, la obligación de auxilios recíprocos durante un período no mayor al de la convivencia.

- A partir del año de la entrada en vigencia de la ley (27 de diciembre de 2008), todos los derechos y obligaciones de seguridad social previstos para los cónyuges (pensiones y prestaciones del BPS)

Uruguay se volvió así el primer país latinoamericano en regularizar jurídicamente a escala nacional la unión civil de parejas homosexuales (en Argentina fue sancionada en la ciudad autónoma de Buenos Aires y en la provincia de Río Negro y existen proyectos en Santa Fé, Mendoza, y Córdoba).

El 18 de abril de 2008 se dictó la primera sentencia reconociendo una unión concubinaria homosexual.

○ **La ley 18620 y el derecho a la identidad de género**

El 17 de noviembre de 2009, se publicó la ley 18.620, habilitando un trámite de cambio de sexo y de nombre, a través de un proceso voluntario, a quienes lo soliciten, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género, esta disonancia debe ser estable y permanente durante al menos dos años, para realizar la acción ante el Juez Letrado de Familia. La presentación de la demanda debe estar acompañada de un informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad, que se constituirá a estos efectos, en la Dirección General del Registro de Estado Civil. En ningún caso se exigirá la cirugía de reasignación sexual para la concesión de la adecuación registral respecto al nombre y al sexo. Luego de adquirida, no podrá incoarse nuevamente hasta pasados cinco años, en cuyo caso se vuelve al nombre original.

Con respecto a los efectos de la resolución, que autorice la rectificación de la mención registral del nombre, y en su caso del sexo, tendrá efectos constitutivos a partir de la fecha en que se haga efectivo dicho cambio. En ningún caso alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas de la persona, cuyo registro se modifica, ni será oponible a terceros de buena fe. El cambio registral del sexo permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.

Una vez recaída la providencia que acoge la solicitud de adecuación de género, el juzgado competente oficiará a la Dirección Nacional de Registro de Estado Civil, a la Intendencia Departamental respectiva, a la Dirección Nacional de Identificación Civil del Ministerio del Interior, al Registro Cívico Nacional de la Corte Electoral y a la Dirección Nacional de Registros a fin de que se efectúen las correspondientes modificaciones en los documentos

identificatorios de la persona, así como los documentos que consignen derechos u obligaciones de la misma. En todos los casos se conservará el mismo número de documento de identidad, pasaporte y credencial cívica.

○ **Reconocimiento del matrimonio homosexual celebrado en otros países**

El 5 de junio de 2012 el Juzgado de Familia de 27º turno reconoció el matrimonio celebrado en España entre un uruguayo y un español. Sostuvo la jueza que “El carácter heterosexual” dejó de ser excluyente para un matrimonio en Uruguay. Según el fallo desde la aprobación de la Ley de Unión Concubinaria e Identidad de Género, en Uruguay está habilitado de hecho el matrimonio homosexual.⁴

El fallo judicial sostiene que un matrimonio celebrado según el ordenamiento jurídico de otro país sólo puede ser desconocido en Uruguay si atentara contra el principio de orden público local.

“El ordenamiento jurídico uruguayo evolucionó desde la entrada en vigor de la ley de identidad de género (Nº 18.620), (y) habilita el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque no lo diga expresamente”, sostiene el fallo. En el mismo sentido se había pronunciado ya la doctrina especializada en Derecho de Familia.⁵

Para la jueza, antes de la aprobación de esa ley *“era previsible que los jueces uruguayos consideraran que el carácter heterosexual del matrimonio constituía un principio del orden público internacional uruguayo, pero esta apreciación no puede permanecer estática en el tiempo. Más allá de la evolución que el tema ha tenido en el derecho comparado, no parece factible que con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley referida, la heterosexualidad de las parejas se pueda invocar como principio de orden público internacional”*.⁶

El fallo sostiene que un matrimonio celebrado en el extranjero, entre dos personas del mismo sexo cumpliendo con todos los requisitos de la ley del país donde se celebró, *“es válido en Uruguay”*.

Se ha señalado que el fallo deja al descubierto una paradoja de nuestro sistema jurídico: los uruguayos y las uruguayas homosexuales no pueden contraer matrimonio en su propio país, pero si lo hacen en el exterior, ese vínculo será finalmente reconocido en Uruguay.

○ **La posibilidad de adopción por homosexuales**

El inciso 2do del art 150 de la ley 17823 en la redacción original indicaba que los adoptantes debían estar amparados por la institución del matrimonio, por lo que sólo las personas que hubieran contraído matrimonio podían adoptar.

La modificación en la nueva redacción dada por la ley 18590 apunta a ampliar el elenco de adoptantes, sustituyendo la palabra "matrimonio" por "personas".

⁴ Sentencia del Juzgado Letrado de Familia de 27º Turno, 1940/2012 del 5 de junio de 2012, publicada en www.laleyonline.com.uy, **Cita online:** UY/JUR/216/2012.

⁵ DIAZ, M., “UNA PRIMERA LECTURA DE LA LEY 18.620 DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS”, publicada en <http://pt.scribd.com/doc/89046923/Una-primer-lectura-de-la-ley-18-620-como-efectivizacion-de-derechos-humanos>, consultada el 20 de junio de 2012.

⁶ Declaraciones vertidas por la magistrada y recogidas en <http://www.180.com.uy/articulo/26703>, consultada el día 24 de junio de 2012.

Se trata de una flexibilización de los requisitos para acceder a la adopción, adaptando la normativa a la corriente legislativa moderna y a la realidad social actual que ha ido reconociendo las nuevas relaciones de familia, parejas en unión libre, concubinatos registrados y figuras afines.

Análisis del caso

"S. V., L. R.. Reclamación de identidad sexual y rectificación de acta de nacimiento - Casación", Ficha 2-52153/2006⁷

Hechos del caso y posición de la parte actora

Se trata de un caso de "Reclamación de identidad sexual y rectificación de acta de nacimiento".

El demandante argumentó que desde muy temprana edad tuvo actitudes y sentimientos de mujer. Incluso, sus padres señalaron que cuando tenía cinco años fueron citados por las autoridades del colegio al que asistía porque no tenía contacto con sus compañeros sino que, por el contrario, jugaba y compartía el tiempo con las niñas.

Además, el reclamante, que reside en el exterior y que desde hace 15 años se hace llamar "Fernanda", se sometió en el año 2000 a una "reasignación sexual", intervención mediante la cual transformó sus órganos sexuales externos masculinos a femeninos.

Basa su reclamación en la jurisprudencia constante de la Suprema Corte que venía sosteniendo:

- *El derecho es un plexo normativo legal y, por ende, ningún derecho de la persona puede ser obstaculizado en su ejercicio a pretexto de falta de normativa expresa. Muy por el contrario, ni la enumeración de "derechos, deberes y garantías hecha por la constitución..." es limitativa, en tanto dicha lista o inventado, "...no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana..." (art. 72), ni "...la falta de reglamentación respectiva..." , permitirá se les deje de aplicar, habida cuenta de que ello puede suplirse, "...recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas" (art. 332). A lo que debe sumarse, lógicamente, la normativa internacional a la que ha adherido el país y según la cual, por ejemplo, ninguna disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos, puede ser interpretada, para "...excluir otros derechos y garantías que Son inherentes al ser humano..." (art. 29).*⁸
- *No se duda de que si se toma como base la premisa esencial del derecho a la personalidad y concretamente del derecho a su identidad o integridad existencial, habiéndose intervenido quirúrgicamente porque mediaron razones científicas para hacer esa operación, procede la rectificación solicitada y en ambos aspectos. Se trata de una "enmienda" sobre una "...circunstancia... accidental" (Dec-ley N° 1430, art. 72 n° 2).*⁹

⁷ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, N 144/2010, del 30 de junio de 2010, *Gutierrez Proto, Larrieux, Ruibal Pino, Chediak, Van Rompaey*, publicada en www.laleyonline.com.uy, Cita Online: UY/JUR/300/2010.

⁸ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, N° 139/97, del 5 de mayo de 1997, *Cairoli, Marabotto -redactor-, Torello, Alonso de Marco, Mariño*, publicada en www.laleyonline.com.uy, Cita Online: UY/JUR/29/1997.

⁹ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, N° 139/97, del 5 de mayo de 1997, *Cairoli, Marabotto -redactor-, Torello, Alonso de Marco, Mariño*, publicada en www.laleyonline.com.uy, Cita Online: UY/JUR/29/1997.

- *A juicio de la mayoría no hay obstáculo para ubicar el sustento jurídico de la pretensión de rectificación de partida en el numeral 2º del art. 73 del Decreto-Ley Nº 1.430. Descartado sin esfuerzo el supuesto de falsedad (numeral 1º), puede utilizarse un criterio hermenéutico evolutivo o dinámico para abarcar en el concepto de enmienda (en la previsión legal literal 2º: "... cuando se solicita variar algún nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental") el ajuste del asiento registral correctamente consignado al momento del nacimiento a la transformación operada en punto a la identidad sexual del accionante, entendiendo que la identidad sexual a cuyo respecto se asigna preeminencia al sexo sicológico conforma una circunstancia esencial relativa a los derechos de la personalidad humana. [...].¹⁰*

Por Sentencia Definitiva Nº 73 del 31 de julio de 2008, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de 12 Turno, se desestimó la demanda.

En el fallo se afirma que el artículo 73 del decreto ley 1.430 que habilita la rectificación de la partida de nacimiento a quienes sus nombres le resultan agraviantes o por un error en la inscripción, no puede ser aplicado en estos casos.

El magistrado, si bien reconoció que la sentencia contradice la jurisprudencia que existe ante solicitudes similares, entendió que no se trata de un *"problema judicial, sino uno legislativo"* porque la ley no prevé reclamos con estas características. Para el juez, *"es el legislador el único que podrá solucionarlo"*. Según el juez del caso la Justicia no puede *"abrir el grifo de una interpretación extensiva no autorizada"*. Y añadió: *"Si el Poder Legislativo no ha legislado, ha sido porque no ha encontrado la solución adecuada para tan arduo problema. Y no puede ante ello el juez arrogarse la potestad de subrogarle"*.¹¹

Expresa que se infringe asimismo, los arts. 11, 41 y 43 del Código Civil, según los cuales, no pueden derogarse por convenios particulares, las Leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

Alega que en tanto las normas referidas son de orden público, no pueden derogarse ni modificarse por la voluntad de los particulares, para el caso de autos, por modificaciones morfológicas realizadas en el propio cuerpo del justiciable cuando éste y sus médicos lo decidieron.

Posición de la parte recurrente

Por Sentencia Definitiva Nº 303 del 27 de agosto de 2009, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno -integrado y por mayoría legal-, se revocó la sentencia recurrida y, en su mérito, se hizo lugar a la demanda, "... realizándose la rectificación solicitada en la forma peticionada en el núm. 3o. de fs. 25...".

El Fiscal de Corte, apelando la sentencia de segunda instancia que hizo lugar a la rectificación de partida sostuvo que se han infringido -entre otros- los preceptos contenidos en los arts. 39 y 73 de la Ley del Registro de Estado Civil, Decreto-Ley Nº 1.430 y arts. 43, 11 y 8 del Código Civil.

¹⁰ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Nº 159/05, del 5 de mayo de 1997, *Cairolí, Marabotto -redactor-, Torello, Alonso de Marco, Mariño*, publicada en www.laleyonline.com.uy, Cita Online: UY/JUR/29/1997.

¹¹ Declaraciones vertidas en <http://www.ultimasnoticias.com.uy/hemeroteca/080908/prints/act05.html>, consultada el 20 de junio de 2009.

Las citadas son normas imperativas de orden público; y, concretamente, el referido art. 73 encarta, a su vez, elípticamente, una norma prohibitiva, que veda toda modificación de los datos identificatorios de una persona que se hallen asentados en una partida de estado civil, que no obedezcan a alguna de las dos causales y excepción y que se enumeran de manera taxativa: falsedad y error.

Aquello asentado en una partida de estado civil se presume veraz y únicamente puede ser impugnado cuando se demuestre que no lo es, que es falso o errado, que no se corresponde con el hecho jurídico que se comprobó en tal instrumento público.

Las consignaciones del sexo del recién nacido y del nombre que se le pusiera a la parte actora no fueron mendaces o equivocadas. Entonces, si tales datos concuerdan con la realidad existente al momento del nacimiento de la persona, es decir, si al respecto no hay falsedad o error, la modificación de la declaración asentada en la partida está irremediablemente prohibida. La concepción de toda otra vía mediante la que indirectamente se procure evadir esta prohibición debe ser desestimada.

Lo que se anota en la partida es el sexo del recién nacido, en congruencia con la realidad, el sexo de una persona es inmutable. En la partida de nacimiento cuya rectificación se pretende en autos ni hubo falsedad ni error al asignarle el sexo y el nombre a quien comparece como parte actora. Es manifiestamente improcedente, por ende, autorizar rectificación alguna del citado instrumento público.

Por otra parte, de nada vale aseverar que, no teniendo familiares la parte actora, la rectificación no perjudica a nadie, y por tanto no obran impedimentos para autorizar la rectificación de los aspectos identificatorios. Las circunstancias asentadas en una partida de nacimiento de una persona, como ser la individualización del sexo o de su nombre, son oponibles (hacen fe) erga omnes.

Tampoco es admisible una acción de "cambio de sexo" o de "identidad sexual", intentada de manera oblicua. La única normativa que prevé acción de identidad y para una hipótesis concreta, es la Ley Nº 14.762. Biológicamente el sexo no cambia, con las decisiones judiciales lo que se pergeña es una falsedad. Únicamente con una ficción jurídica y establecida por la Ley podría admitirse algo similar o parecido al llamado "cambio de sexo", o si se quiere cambio de "identidad sexual".

Y, además, una pretensión de modificación del sexo de una persona no deviene inherente a la personalidad humana, porque los individuos de la especie humana o son hombres o son mujeres, siendo propio de su naturaleza que si nacen con un sexo no pueden trasmutarlo al otro.

Tampoco es de recibo, que se esté ante una hipótesis de vacío, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

Parecer del Fiscal de Corte

En la postura del Sr. Fiscal de Corte, dando preeminencia al criterio cromosómico, el actor es reconocido en su derecho al cambio de nombre, tutelándose su derecho a la libertad e intimidad, evitando que la discordancia entre el sexo cromosómico y el psicológico se haga ostensible frente a terceros, XX al verse obligado a exhibir su documento de identidad.

Ha de optarse en el caso por conferir preponderancia, a los efectos de la identificación sexual de la parte actora, al elemento psicológico por lo que la cirugía de reasignación sexual y la rectificación de partida en los términos dispuestos por dichos órganos jurisdiccionales le habilitará para realizar todos los actos de la vida en sociedad que corresponden al género masculino, incluso contraer matrimonio con una persona del anterior sexo opuesto.

El fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos del 11 de julio de 2002 (Goodwin C/ Reino Unido) sostuvo que no hay elementos conclusivos para determinar la causa del transexualismo y en particular si es totalmente psicológico o asociado con diferenciación física en el cerebro. Hace alusión a la opinión de expertos indicando una creciente aceptación de indicios de diferencias sexuales en el cerebro determinadas prenatalmente, aunque la prueba científica de esta teoría está aún lejos de alcanzarse. La Corte considera más significativo, sin embargo, que el transexualismo tiene un amplio reconocimiento internacional como una condición médica para lo cual el tratamiento es indicado para alcanzar su alivio, inclusive cirugía irreversible, y que no resulta compartible que el elemento cromosómico entre todos los otros deba inevitablemente adquirir significación decisiva a los efectos de la atribución legal de identidad de género a los transexuales.

A su vez, entiende que, no se han demostrado concretos o sustanciales detrimentos o perjuicios al interés público como consecuencia del cambio del status de los transexuales y que la sociedad puede razonablemente tolerar algún inconveniente para permitir a los individuos vivir en dignidad y en concordancia con la identidad sexual elegida por ellos afrontando un elevado costo personal.

Como sostiene Ricardo Rabinovich-Berkman (Responsabilidad del Médico, pág. 471), el rechazo de la pretensión implicaría una inadmisibles limitación del derecho sobre el propio cuerpo.

Decisión de la Corte

La Corte, mantiene la posición que admite la rectificación de partida, sustentada en la sentencias 139/97 y 159/05, pero utiliza un argumento diferente. Realizó una interpretación evolutiva de las normas referidas a las causas habilitantes para la rectificación de partida.

El fallo que se impugna no vulnera las disposiciones que se mencionan y, se encuentra en perfecta concordancia con lo establecido en la reciente Ley N° 18.620 del 25 de octubre de 2009, norma que viene a recoger la actual posición internacional respecto del derecho a la identidad de género y la no discriminación.

En efecto, la disposición legal que viene de mencionarse dispone en su artículo 1°: "*Derecho a la identidad de género*). Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro".

Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros

Descartado sin esfuerzo el supuesto de falsedad (numeral 1o.), puede utilizarse un criterio hermenéutico evolutivo o dinámico para abarcar en el concepto de enmienda (en la previsión legal literal 2°: '... cuando se solicita variar algún nombre u otra circunstancia, sea esencial o

accidental') el ajuste del asiento registral correctamente consignado al momento del nacimiento a la transformación operada en punto a la identidad sexual del accionante, entendiendo que la identidad sexual a cuyo respecto se asigna preeminencia al sexo psicológico conforma una circunstancia esencial relativa a los derechos de la personalidad humana. Como sostiene Bidart Campos (citado por Piatniza, A.D.C.U., Tomo XXV, pág. 569) nadie podrá afirmar sensatamente que la transexualidad le fue adjudicada al sujeto en un reparto de autoría humana; se resiste a condenar al transexual, desubicado o desintegrado del entendimiento vital personal y societario, para que arrastre hasta que muera el producto de una distribución en que no tuvo arte ni parte. Postula que el juez se pregunte si en función de hacer justicia tiene o no el deber de corregir o subsanar, dentro de las posibilidades al alcance de la ciencia y la justicia, toda desubicación anómala que descoloca a un ser humano en su situación existencial.

De esta manera, se estima que los arts. 72 y 73 del Decreto-Ley N° 1430 autorizan a rectificar o modificar las Actas de Estado Civil, por enmienda, cuando la variación del nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental.

Odriozola, al respecto expresaba: *'... aun cuando la Ley hubiera previsto de modo expreso sólo el caso de error, ello no excluiría la posibilidad de considerar otros casos y situaciones, ya que la Justicia debe contemplar todo interés legítimo cuando ninguna Ley se opone a su satisfacción'* (autor citado, 'Nombre, Domicilio, Estado Civil', Ed. Act. F.C.U., pág. 21).

Si rectificación es enmienda de un error, modificación es un concepto más amplio, que comprende otras formas de variación, por tanto es posible acceder al cambio de nombre por el procedimiento de rectificación de partida cuando quien lo gestiona invoca y prueba la existencia de un interés legítimo, como se entiende es el caso de autos.

Todavía, si no bastara la interpretación evolutiva de la norma citada, existen otras de orden superior que la consagran y que no pueden ni deben evadirse.

El Uruguay ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U., que consagran el derecho a la dignidad de cada persona, entre los que figura el de la propia identidad.

Las normas de origen internacional disponen la obligación del Estado de garantizar el goce y respeto de los derechos consagrados a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, y lo comprometen a adoptar medidas legislativas o de otro carácter (judiciales y administrativas), para hacer efectivos los derechos reconocidos en estos instrumentos.

4. TEMA: DEMARCAÇÃO CONTÍNUA DE TERRAS

Brasilia, 29 de junio de 2012
Alejandro Medina
José Ferreira
Universidad Católica de Asunción
Paraguay

Culminando con el programa de Intercambio Teixeira de Freitas, realizamos el día 29 de junio, conjuntamente con asesores del Supremo Tribunal Federal, un seminario en el cual expusimos procesos de nuestras Cortes, en los cuales se resolvieron asuntos de Inconstitucionalidad.

De entre los 4 temas a debatir, me tocó hablar de “Demarcación Permanente de Tierras”, y elegí junto a José Ferreira un caso de conflicto de propiedades entre una tribu indígena y varios propietarios.

En el caso expuesto, y en juicio originario se dieron dos Autos Interlocutorios que otorgaban medidas cautelares en favor del accionante INDI (Instituto Paraguayo del Indígena), que les daba el derecho de permanecer en el territorio ocupado hasta que se concreten los tramites administrativos y judiciales por los cuales se les otorgaba las tierras de manera permanente; no obstante la parte accionada (Propietarios de las fincas) recurrieron alegando que la tribu indígena no estaba asentada en el territorio, sino que debido a su naturaleza nómada estaban solamente de paso, por lo que, en esta segunda instancia se pronunció una Acción Interlocutoria por la cual se levantaban las medidas cautelares.

INDI, mediante recurso extraordinario se presenta ante la Corte Suprema de Justicia, sala constitucional, reclamando la inconstitucionalidad del pronunciamiento del juzgado de apelación, basándose en el incumplimiento del artículo 64 de la Constitución Nacional pero, la Corte decide no hacer lugar a la acción intentada, ya que fundamenta que, además del hecho de que la tribu indígena es nómada y esto significa que está en un constante estado de movimiento y “estar de paso”, el accionante no realizó los trámites de propiedad de la debida forma, además de que al estar en conflicto los artículos 64 y 109, primaría el último, porque las tierras aún no pertenecen a la parte accionante y que no se violan derechos de indígenas por el hecho de que se garantizan las tierras en caso de que tengan la intención de asentarse en ellas y que según la ley 43/89 no se cumplieron los dos requisitos para cumplir con la trasferencia de propiedad, los cuales son: 1) La existencia de un asentamiento indígena en el lugar y 2) La tramitación de expedientes administrativos y judiciales que dieran lugar a la titulación de las tierras.