

CARMEN ASIAIN
Universidad de Montevideo (Uruguay)
casiainm@gmail.com
ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0003-5832-5836>

Recibido: 19/11/2024 - Aceptado: 21/11/2024

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:
Asiain, C. (2024). La relación entre familia y libertad religiosa: contornos y desafíos en Uruguay.
Revista de Derecho, 23(46), Artículo e465. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.5>

La relación entre familia y libertad religiosa: contornos y desafíos en Uruguay*

Palabras clave: familia, libertad religiosa, derechos humanos, Uruguay.

The relationship between family and religious freedom: contours and challenges in Uruguay

Keywords: family, religious freedom, human rights, Uruguay.

A relação entre família e liberdade religiosa: contornos e desafios no Uruguai

Palavras-chave: família, liberdade religiosa, direitos humanos, Uruguai.

* Conferencia dictada en el XXIII Coloquio Anual del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa "La relación entre familia y libertad religiosa: contornos y desafíos", Notre Dame Facultad de Leyes, Notre Dame, South Bend, Indiana, EEUU, 23, 24 y 25 de octubre de 2024.

1. Familia titular de derechos en la Constitución. Cambios en su definición e impacto en el derecho de libertad religiosa.

“La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”¹ reza el artículo 40 de la Constitución Nacional, que de este principio parte para proclamar los derechos y libertades de la familia en el capítulo respectivo del plexo constitucional. Por ello podemos afirmar que la familia es en el Derecho uruguayo, titular de derechos y libertades, y que el Bloque de Constitucionalidad (integrado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución) protege a la institución familiar.

Y ello porque el Derecho en su conjunto se asienta sobre el reconocimiento de que no existen personas generadas en un lugar diferente de la familia, como tampoco existen sociedades sin moral sexual, sin una escala de valores sostenidos, que la familia sostiene y trasmite a sus componentes y pasa a las generaciones, aun cuando dicho conjunto de valores no esté exento de mutaciones y matices (Buttigloine, 1999, pp. 270-275).

La familia *es* -se autodetermina, se comporta de acuerdo a dicha autodeterminación y trasmite esta cosmovisión a las generaciones que forma-, de la misma forma como la **persona humana es** y tiene el derecho inherente a su dignidad de autodeterminarse y regirse según su propio designio, sin interferencia de la autoridad más que en la medida necesaria para hacer posible la convivencia (Asiaín Pereira, 2015, 101–125). Es que el ser humano es *homo familiaris*, y como tal *no está destinada a cumplir una función social determinada, sino que puede cumplirlas todas, desde las biológicas hasta las religiosas* (Otaúy, 2005), pasando -agregamos- por las educativas, la socialización y la trasmisión de valores.

“La familia es universal no sólo porque no hay sociedad humana en la que deje de registrarse su existencia” dice D’Agostino (2003) apoyándose en las investigaciones de Claude Levi-Strauss, “**sino más aún porque responde y corresponde al dato estructural fundamental de identificación del ser del hombre**”.

Se es yo porque se reconoce ser hijo de, hermano de, padre, abuelo, suegro, cuñado. Hasta el nombre propio -Fernández, hijo de Fernán, Williamson, hijo de William-, repetido en su formulación lingüística en todas las culturas, relevante para la sociedad y el Derecho, tiene su origen en esta identificación del hombre en una dimensión familiar. Por ello llamamos “hermanos” a quienes consideramos muy cercanos, “padres” a los de la patria o fundadores de ideologías, entre otros, y recurrimos al uso de términos pertenecientes a las relaciones familiares para referir a lo que queremos destacar como sublime. La familia, en definitiva, es la institución democrática por excelencia (Asiaín Pereira, 2015, 101–125).

1 La fórmula proviene de la Constitución de 1952 y se mantiene en la vigente Constitución de 1967, con sus reformas. La primer Constitución de 1830 no menciona a la familia como titular de derechos y libertades, ni tampoco la de 1918. La Constitución de 1934 pone su la tutela a cargo del Estado, reconociendo así a la institución familiar como sujeto de derechos: *El Estado velará por el fomento social de la familia.* (art. 39)

La Constitución uruguaya y todo el llamado Bloque de Constitucionalidad o Bloque de los Derechos Humanos -que incluye la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (mayo, 1948), la Declaración Universal de Derechos Humanos (diciembre, 1948), el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969) y sus protocolos adicionales, entre otros-, protege a la familia como bien jurídico. Por ello, es preciso definir qué se entiende por familia desde el punto de vista sociológico y cultural, y especialmente para el Derecho, que toma de la sociedad la materia prima para dispensarle a la institución familiar la protección debida por la norma.

Pero el concepto mismo de familia ha cambiado mucho desde el punto de vista sociológico, especialmente desde fines del siglo XX y hasta el presente, habiéndose producido una verdadera revolución cultural que se ha trasladado al ámbito del Derecho.

El Diccionario de la Real Academia Española (2023) define la familia como “Grupo de personas vinculadas por relaciones de matrimonio, parentesco, convivencia o afinidad”². El concepto se ha ampliado y hoy incluye a parejas del mismo o diferente sexo o género, unidas o no en matrimonio, con o sin hijos, sean éstos biológicos, adoptivos o de crianza de hecho, se extiende el concepto de familia para incluir a personas que más allá de los vínculos biológicos o de afinidad, de hecho, conviven bajo un mismo techo y hasta alcanza a comprender a grupos humanos que pueden no tener siquiera techo. Se han vuelto difusos y permeables los contornos del concepto de familia y hoy es más complejo definir con precisión el bien jurídico “familia”, que la Constitución proclama como base de *nuestra sociedad*, que consagra como sujeto titular de derechos y libertades y que el Estado debe por mandato constitucional, proteger.

Podríamos afirmar que en la actualidad se ha producido una *inflación* en el concepto de familia. En base a dicha constatación, podríamos adelantar a suerte de tesis de este desarrollo que, en la relación entre familia y libertad religiosa, la *inflación* que se ha producido en el concepto de familia, que desde lo sociológico y cultural se ha trasladado a lo jurídico, no se ha trasladado en cambio, a la cotización del derecho de libertad religiosa de la familia en el Derecho uruguayo.

2. La familia en la Constitución

La Constitución consagra una veterana tradición patria de adhesión a principios tutelares de la familia que han forjado nuestra nacionalidad, coincidente con la concepción familiar consagrada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **La Constitución erige a la familia, antes bien, la reconoce como titular de derechos y libertades**, con una modalidad colectiva de ejercicio de dichos derechos, que reconoce la autoridad de los progenitores y tutores en algunos ámbitos, por sobre los hijos o tutelados menores de edad.

2 Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es/familia?m=form>, visitado 30/8/24.

“Familia” aparece en el temprano artículo 3³ como un concepto que no requiere definición, e inmediatamente en la Sección “Derechos, Deberes y Garantías” es aludida indirectamente al protegerse el ámbito espacial y temporal de la familia, cuando se establece la inviolabilidad e impenetrabilidad del hogar:

Art. 11: El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día sólo de orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley.

La disposición no tiene por objeto proteger el derecho de propiedad -tutela provista por el art. 32-, sino que protege **el hogar**, seno de la familia, concepto que no se circunscribe sólo a un inmueble, sino que alcanza también a aquel espacio y tiempo donde la familia vive y se desarrolla. Alude al fuego alrededor del cual desde tiempos inmemoriales se agrupaba el grupo familiar, sobre todo por la noche (la estufa de leña se llama también hogar). Alude a la “casa”, no sólo en el sentido de albergue de la familia, sino tomándola como a la familia misma (téngase presente que la expresión “la casa” de alguien como, por ejemplo, “la casa de los Austria”, refiere a la familia). La disposición constitucional tiene como principal sujeto de protección a la familia allí donde vive.

Es interesante destacar que cuando la Constitución quiere elevar al máximo el grado de protección de este hogar, apela para hacerlo al lenguaje religioso. Dice que “*El hogar es un sagrado inviolable*”. La impenetrabilidad e inviolabilidad del hogar durante la especial situación de vulnerabilidad e intimidad de la noche es absoluta. Y durante el día el allanamiento queda reservado a la previa autorización escrita del Juez conforme a la ley.

La disposición arroja luz a su vez, acerca de quién representa jurídicamente al grupo familiar: es el jefe de hogar el único habilitado para autorizar el ingreso al hogar de noche. ¿Quién es este jefe de hogar? La Constitución no atribuye este rol; será en cada caso quien ejerza tal jefatura: el padre, la madre o ambos, alguno de los abuelos, el hermano mayor, una tía, un tutor, quien de hecho esté a cargo ...

Otras menciones tangenciales a la familia las hace la Carta Magna cuando propende a la constitución del llamado “**bien de familia**” (art. 49⁴) para asegurar por lo menos una vivienda al grupo familiar; o cuando en el reconocimiento del derecho sucesorio (art. 48⁵) deja implícita la valoración de la familia, cuyos efectos jurídicos se proyectan más allá de la muerte y en el ámbito patrimonial. En la Sección de la Ciudadanía y el Sufragio, la Constitución confiere relevancia jurídica a los vínculos de sangre, al recoger junto al *ius soli*, el *ius sanguini* para la adquisición de los derechos de ciudadanía y también para el ejercicio de los derechos políticos (art. 74⁶). Ciudadanos naturales son también los hijos de padre o madre oriental, que además cumplan con otros requisitos de vecinamiento y registro. La familia es privilegiada a la hora del reconocimiento de la ciudadanía legal, en una gradación de requisitos para su acceso que lo facilita a quienes tengan “**familia**”

3 Constitución, Artículo 3, “Jamás será el patrimonio de personas ni de familia alguna.”, en alusión a “La República Oriental del Uruguay” definida en el Artículo 1.

4 Artículo 49.- El “bien de familia”, su constitución, conservación, goce y transmisión, serán objeto de una legislación protectora especial.

5 Artículo 48.- El derecho sucesorio queda garantido dentro de los límites que establezca la ley. La línea recta ascendente y la descendente tendrán un tratamiento preferencial en las leyes impositivas.

6 Artículo 74.- Ciudadanos naturales son todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República. Son también ciudadanos naturales los hijos de padre o madre orientales, cualquiera haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de vecinarse en el país e inscribirse en el Registro Cívico.

constituida en la República” (arts. 75 literal A⁷ y 78 inciso primero⁸) (*Asiain Pereira, 2015, 101–125*).

La protección directa y explícita, amplia y profunda de la familia en la Constitución es provista por un conjunto de disposiciones específicas sobre la materia.

Artículo 40.- La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Habida cuenta de que República Oriental del Uruguay es definida como la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio (art. 1), podemos afirmar que la Constitución concibe a la República como compuesta por familias, que son la base del pacto o contrato social, sin perjuicio de su composición además por todos y cada uno de los habitantes individualmente considerados.

La Constitución instituye deberes positivos del Estado para con la institución familiar, como los de velar por su estabilidad, por ser la base de la sociedad y para con las familias concretas formadas por seres de carne y hueso, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

“Art. 41: El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten.

La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.”

La Constitución no descansa tras la adherir al valor de la familia ni se limita a la proclamación de sus principios, derechos y libertades. Para propender a la efectividad de dichos derechos y libertades y como garantía de su goce, mandata al Estado a cumplir unos deberes consistentes en que vele por su estabilidad moral y material, como reza el artículo 44 inciso 1 en sede de salud.

“Artículo 44. El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.”

El Estado está obligado a un hacer para la efectividad de los derechos, para que no quede vana su proclamación. Y como contrapartida la familia como ente colectivo tiene derecho a exigir del Estado dicha tutela.

No sólo está obligado el Estado a velar por la estabilidad material de las familias, sino que también debe velar por su estabilidad moral. En un Estado no confesional, neutral en materia moral y religiosa como el Estado uruguayo según la definición del Estado en

7 Artículo 75.- Tienen derecho a la ciudadanía legal: A) Los hombres y las mujeres extranjeros de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan tres años de residencia habitual en la República.

8 Artículo 78.- Tienen derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por lo menos, en la República.

materia religiosa consignada en el artículo 5⁹, éste es incompetente en materia moral. Es decir, no podría hábilmente, sin violar su neutralidad, imponer una u otra determinada postura en materia moral. Por imperativo democrático y exigencia del pluralismo, debe habilitar todas las posturas en materia moral. Renuncia a adoptar e imponer una postura –es neutral– justamente para que puedan florecer en libertad todas las posturas y cosmovisiones.

Pero la Constitución encarga al Estado velar por la estabilidad moral de la familia y las familias. ¿Cómo se concilia esta aparente contradicción? Respetando el derecho de los padres de proveer al cuidado y educación de los hijos, consagrado, además como un deber en el artículo 41, en concordancia con el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Entonces, el deber del Estado se concreta en facilitar, hacer posible, promover, crear las condiciones propicias y remover los obstáculos para que los padres puedan ejercer su derecho-deber de cuidar y educar a sus hijos con el fin de que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social. Y estas destrezas se desarrollan en el seno de la familia.

La familia tiene derecho a cuidar y educar a los hijos según su propia concepción ideológica, moral y creencias y el Estado debe facilitarlos.

El derecho a elegir la forma de cuidado y educación de los hijos corresponde a los padres o curadores, y es un deber, independientemente de la forma jurídica del vínculo familiar, según establece el artículo 42¹⁰.

Los padres de familia son quienes determinan el ideario, conjunto de principios axiológicos, creencias, cosmovisión que transmitirán a sus hijos y que por tanto sostendrá y en base a la cual se guiará la familia. Y el Estado, incompetente en esta materia, tiene el deber constitucional de garantizar el libre ejercicio de este derecho.

Es más, de conformidad con la Constitución, **la intervención del Estado en estos ámbitos es muy limitada**. En materia de cuidado en general de los hijos, **el Estado sólo podrá intervenir en subsidio de los padres**, es decir, cuando éstos han omitido el cumplimiento de su deber. En tal sentido prevé el inciso segundo del art. 41 que *La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso*. Y lo mismo en sede de cuidado de la salud, tal como lo establece el art. 44 de la Constitución, cuando establece que el Estado deberá procurar el *perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país*, pero no imponiendo **una** determinada moral ni postura sociológica, sino, reconociendo que son los padres en primer lugar quienes tienen el derecho y deber de determinar la postura moral del grupo familiar. El deber del Estado es pues, garantizar que dicha elección por parte de los padres se concrete de forma libre. Y en la misma línea, en materia de **educación**, la Constitución asigna dicha

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

10 Artículo 42. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él. La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.

competencia a los padres, pues tras establecer el principio de la libertad de enseñanza (art. 68¹¹), limita “*la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad*” [cuya determinación corresponde a los padres], “*la seguridad y el orden públicos*” y reitera el principio ya recogido en el art. 41, de que **Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros e instituciones que desee.**”

La libertad de enseñanza de la familia comprende no sólo la elección de los maestros ni aun de las instituciones que más se adecuen a su concepción ideológica, moral y religiosa, sino a *toda la actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores en general* (Palomino, 2007, 139-162).

Pues la neutralidad intelectual, en materia ideológica y moral no existe otro (Asiaín Pereira, 2003); toda postura, por más aséptica que se presente, responde en último término a una determinada toma de partido en un sentido u otro (Araujo Azarola, 2001)¹², por lo que no existe una enseñanza ideológica o religiosamente aséptica (Palomino, 2007). Incluso el sostener una postura neutral en la materia, implica la adhesión y transmisión de un determinado mensaje ideológico que puede estar en discordancia con las creencias de los padres (Palomino, 2007).

La Constitución exhibe una profunda **preocupación por la formación y estabilidad moral de los menores de edad**, encontrándose menciones a la moral en los artículos 40, 41, 44, 68 y 71; y **privilegia las virtudes**, cuando al proclamar el principio de igualdad, legítima que según estas cualidades se puedan reconocer distinciones entre las personas.

¿Quién forma en virtudes? La familia es el ámbito más apropiado para completar la procreación física del hijo con la “procreación ética”, mediante la educación en virtudes (Palomino, 2007).

Esto nos conduce a otro haz de derechos y libertades de titularidad de la familia; derechos que están todos interconectados e interrelacionados entre sí, de forma que la afectación de uno de estos derechos o libertades, impacta en los demás afectando al conjunto de derechos y libertades, como consecuencia de la integridad del ser humano, que no se compartimenta en parcelas estancas.

La familia tiene derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religión. La familia tiene derecho a escoger la ideología en todos los planos del accionar y pensamiento humano, y a trasmitirla a sus miembros y a las nuevas generaciones, y también a **conducirse en sociedad de conformidad con dicha ideología.**

Tiene derecho de hacer en forma libre el juicio de conciencia y elegir el conjunto de principios morales a que adherirá y según el cual se conducirá también, con inmunidad de coacciones externas. Tiene derecho a sostener y aun trasmitir esta axiología sin que sea legítimo que se le imponga desde el Estado o la sociedad unas doctrinas coyunturalmente en boga, o que se le cercene su derecho a proclamar la escogida.

11 Artículo 68.- Queda garantida la libertad de enseñanza. La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos. Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros e instituciones que desee.

12 Araujo Azarola establece en “La Neutralidad Intelectual no existe”, que “Psicológicamente, un hombre podrá asumir una actitud de indiferencia. Pero, tampoco la indiferencia es neutralidad. Pilato quiso asumir esa actitud neutral y se lavó las manos como signo de ella. Resultado: condenó a Cristo a morir en la cruz. Entonces, ¿por qué engañarnos?”.

La libertad de la familia en este campo tan sensible, presupone primero la libertad de conciencia para hacer el discernimiento sin coacciones externas y comprende también, como elemento esencial de dicha libertad sin el cual ésta quedaría en vano, **la actuación moral conforme al juicio práctico de conciencia.**

Pero **¿acaso la familia tiene una única conciencia?** Claro que no, pero serán los padres en caso de que los hijos sean menores quienes tendrán el derecho de representar al grupo familiar y optar por una postura en materia moral. Evidentemente, se dará una gradación en la independencia de los hijos en este sentido a medida que van madurando, pues los menores también son titulares de la libertad de conciencia. Pero justamente para que los hijos puedan desarrollarse, formarse para realizar un juicio de conciencia libre y perfeccionarla, necesitan haber recibido la formación de sus padres, insumo que luego pueden seguir, moderar o desechar. Pues no es libre quien no conoce. **La formación moral que le imparten sus padres es esencial para el discernimiento libre que ellos harán luego.**

Por ello es que el Derecho –todo el Bloque de los Derechos Humanos- proclama el derecho de los padres de elegir la educación moral y religiosa para sus hijos. En esto consiste el verdadero *respeto por la vida privada y familiar* reconocido en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Declaración Americana art. VI, Declaración Universal art. 12, Convención Americana art. 11¹³ que hace derivar este derecho del reconocimiento de la dignidad de la persona. En concordancia podría citarse, porque así lo reconoce, el Pacto Internacional e Derechos Civiles y Políticos art. 17¹⁴).

La familia es titular de la libertad de expresión en relación con estas ideas de que se apropia, de los principios morales que abraza y de la religión o creencias a que adhiere. La libertad de expresión consagrada en todos los textos de derechos humanos provee el respaldo jurídico a esta proyección. Pero, además, en el ámbito específico de las libertades del espíritu, está consagrado el **derecho al proselitismo**, de todas las personas, incluyendo el del conjunto humano de la familia (art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sede de Libertad de Conciencia y Religión¹⁵).

Se reconoce el derecho de la familia como colectivo, a **“propagar su fe”**, es decir, el derecho de proselitismo (Palomino, 2007): *la familia no sólo puede profesar unas convicciones religiosas (o unas creencias o cosmovisión, agregamos), sino que también puede expresarlas con la intención de ganar adeptos para la propia fe.* El derecho de proselitismo está reconocido por las declaraciones internacionales, *siempre que se respete exquisitamente la libertad religiosa de los demás* (Palomino, 2007).

13 Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

14 Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

15 Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

La libertad religiosa está proclamada como pilar constitucional -uno de los principales que definen a la República- en el artículo 5 que reza “*Todos los cultos religiosos son libre en el Uruguay*”. La libertad de conciencia -e ideario a través de consideración conjunta de esta con la protección de la libertad de asociación¹⁶- reciben especial reconocimiento y protección en el artículo 54:

“Artículo 54. La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; ...”.

Puede afirmarse que tanto la titularidad como el ejercicio de la libertad religiosa de la familia están reconocidas y garantizadas por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pero la *inflación* operada en el concepto de familia, que desde lo cultural y social ha pasado al ámbito jurídico, no ha impactado en cambio, en la *cotización* del derecho de libertad religiosa de la familia en el Derecho uruguayo, al menos a nivel de la legislación infraconstitucional. Ha mutado la definición jurídica de matrimonio, para albergar la unión entre personas del mismo sexo, facultándose incluso la adopción de menores de edad y se ha otorgado a la unión concubinaria los mismos efectos civiles que al matrimonio, entre otros. Mientras tanto, a nivel infraconstitucional, la legislación en materia de libertad religiosa de la familia no ha acompasado la expansión del concepto de familia, ni la admisión de nuevos tipos o convenios matrimoniales acordes a las creencias de los contrayentes, ni la amplitud de su concepto. Persiste desde 1885 la penalización del matrimonio religioso no precedido de matrimonio civil -único válido-: persiste la obligación de casarse dos veces para quienes quieran celebrar matrimonio religioso; no se han contemplado fórmulas sacramentales adecuadas a las creencias de los cónyuges ni tampoco tipos matrimoniales (como la posibilidad de optar por un matrimonio indisoluble).

Al decir de Navarro-Valls (1996) con relación al matrimonio indisoluble electivo, *en realidad, la no aceptación de esta fórmula es una excepción a la tendencia del Derecho de familia de acuñar nuevas soluciones jurídicas a las continuas demandas sociales que postulan una serie de reivindicaciones en aumento* (p.389).

3. Protección legal de la familia

Alineada con el principio constitucional de que *la familia es la base de nuestra sociedad* y en cumplimiento del mandato al Estado de velar por *su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad*¹⁷, la legislación es protectora de la familia y especialmente del derecho de los hijos a vivir en el seno de ella.

El Código Civil recoge la *patria potestad* del Derecho Romano como principio rector de las relaciones con los hijos, definiéndola como “*el conjunto de derechos y deberes que*

16 Artículo 39. Todas las personas tienen el derecho de asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por la ley.

17 Constitución, art. 40 “La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.”

la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad, la que es ejercida en común por los padres, salvo disposición judicial o convencional contraria¹⁸.

El Código de la Niñez y Adolescencia¹⁹ recogió los principios rectores y espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989). Es aplicable a “todos los seres humanos menores de dieciocho años”²⁰ y adopta como criterio específico de interpretación e integración, *el interés superior del niño y adolescente*²¹. Proclama como derechos esenciales de todo niño y adolescente, el derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social²².

Al enunciar los deberes y derechos de los padres respecto a sus hijos, enuncia el deber de “respetar el derecho a ser oído y considerar su opinión”²³ y al establecer los deberes de los menores, señala especialmente el de “respetar y obedecer a sus padres o responsables” y “cuidar y respetar su vida y su salud”²⁴.

Desarrolla los contenidos del derecho de los menores al disfrute de sus padres y familia, que abarca mucho más que el derecho a crecer y vivir con la familia, aun en casos de separación de los padres²⁵.

La Ley de Corresponsabilidad en la Crianza²⁶ que presentamos, reguló los regímenes de tenencia y visitas en casos de separación de los padres sobre el pilar del interés superior del menor, su derecho a ser oído y a tener su defensa y el mismo estatus procesal que el de sus padres en el juicio, y privilegiando la tenencia alterna o compartida, en ausencia de motivos para descartarla.

10
■

4. Familia, matrimonio y libertad religiosa en la regulación legal

a. La influencia de la religión en el derecho matrimonial

Como ocurrió con el resto de los países de América Latina, y especialmente los de habla hispana que fueron parte de la corona española, la religión católica tuvo una protagónica influencia en la legislación desde sus comienzos históricos.

Respondiendo al sentido misional de la conquista de América por la corona española, la religión católica fue la oficial en Las Indias, desde la constitución de los virreinos americanos -considerados parte del territorio de la corona de España- y

18 C.C. art. 252, “La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad. La patria potestad será ejercida en común por los padres, sin perjuicio de las resoluciones judiciales que priven, suspendan o limiten su ejercicio o lo confieran a uno de ellos y de los convenios previstos en el artículo 172. Cuando no se obtenga el acuerdo de los padres, cualquiera de ellos podrá recurrir ante el Juez competente.”

19 Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), Ley N° 17.823 de 7/9/2004, disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004>

20 CNA, art. 1

21 CNA art. 6

22 CNA art. 9

23 CNA art, 16 literal C)

24 CNA art. 17 literales A) y G)

25 CNA, arts. 12 y 19

26 Ley de Corresponsabilidad en la Crianza N° 20.141 de 12/05/2023, presentada por la Senadora Carmen Asiaín y otros.

hasta después de las sucesivas declaratorias de independencia que dieron inicio a los Estados latinoamericanos. Los nuevos Estados independientes adoptaron la religión católica como religión oficial, constituyendo estados confesionales bajo la modalidad del Patronato, en ocasiones “auto atribuido”²⁷ por el Estado, como en el caso de Uruguay en la Constitución de 1830 y hasta la de 1919.

La influencia del Código de Derecho Canónico en la legislación civil y procesal, en sus principios inspiradores y en la definición de sus institutos, es patente aún hoy en día a más de ciento cincuenta años del proceso de secularización, y en un país con fuerte tradición laica y la persistencia de una interpretación laicista -no laica- del Estado y el Derecho, como el Uruguay.

Al decir de Martínez-Torrón (1999),

Si hay un sector del derecho occidental en el que se reconoce indiscutidamente la influencia producida por el ordenamiento canónico, es el derecho matrimonial y -a través de él- buena parte del derecho de familia. Hace notar que la configuración esencial del matrimonio aún responde al entramado de valores judeocristianos, que sería articulado jurídicamente por el derecho de la Iglesia católica, especialmente desde los siglos XII a XVI, debido al dominio que el poder eclesiástico ejerce sobre esa rama del Derecho durante toda la Baja Edad Media, hasta entrada la Edad Moderna. Basta reparar en el concepto de matrimonio para constatar que responde al modelo y a la peculiar concepción católica del matrimonio, considerado a un tiempo como sacramento y como negocio jurídico (p. 1137).

El Código Civil contiene previsiones sobre paternidad y filiación que revelan la especial valoración de la familia legítima constituida en base al matrimonio civil, cuando establece presunciones filiatorias²⁸, y refiere en varias normas a la celebración religiosa, aunque el matrimonio civil sea el único válido.

b. La regulación del matrimonio en la legislación

El matrimonio civil es el único válido (“obligatorio”) desde 1885²⁹. Por consiguiente, carecen de efectos civiles los matrimonios religiosos³⁰.

El Código Civil mantiene una norma de transición propia del proceso de secularización, para resolver la cuestión de los matrimonios entre “personas católicas que por cuestiones de conciencia o cualesquiera otras” celebraron el matrimonio exclusivamente civil “con prescindencia de la ceremonia religiosa” con anterioridad a la Ley de Matrimonio

27 Decimos “auto atribuido” Patronato, pues fue establecido unilateralmente por el Estado, sin mediar Concordato con la Santa Sede ni acuerdo alguno.

28 C.C. en la redacción de la Ley N° 16.603 de 19/10/94, art. 213 “Se considerarán legítimos únicamente los hijos que procedan de matrimonio civil y los legitimados adoptivamente.”

C.C. en la redacción dada por Ley N° 19.075 de 3/5/2013 art. 14:

Art. 214 “Viviendo los cónyuges de consuno, y sin perjuicio de la prueba en contrario, la ley considera al otro cónyuge, jurídicamente progenitor de la criatura concebida por su esposa durante el matrimonio. ...” Se establecen luego modos de destruir esta presunción y excepciones para amparar otras formas de maternidad.

Art. 215 “Se considera concebida dentro del matrimonio, a la criatura nacida fuera de los ciento ochenta días después de contraído este y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. Esta presunción es relativa salvo en los casos de acuerdo expreso y escrito bajo las condiciones establecidas en el artículo 214.

29 C.C. art. 83 “El matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose, a partir del 21 de julio de 1885, otro legítimo que el celebrado con arreglo a este capítulo y con sujeción a las disposiciones establecidas en las leyes de Registro del Estado Civil y su reglamentación.”

30 C.C. art. Art. 90 “El acto de matrimonio producirá los efectos civiles que le atribuye este Código si fuere celebrado con sujeción a las siguientes disposiciones.”

(Registro) Civil obligatorio, homologándolos retroactivamente³¹. Más aún, declara hijos legítimos a los habidos de esa unión, independientemente de lo que surja de las actas parroquiales³².

Se mantiene como uno de los impedimentos dirimentes para el matrimonio la *falta de consagración religiosa*, cuando ésta se hubiere estipulado como condición resolutoria y se reclamase su cumplimiento³³.

En Sede de Separación de Cuerpos y de Disolución del Matrimonio, se reitera la competencia privativa de la autoridad estatal *con absoluta prescindencia de las autoridades eclesiásticas*³⁴.

No existe en nuestro derecho un tipo matrimonial que conciba la unión civil indisoluble. Es más, la disolubilidad del matrimonio se considera de orden público: *“En Uruguay, son de orden público, por ejemplo: la condición de sujeto de derecho de todo ser humano, el carácter monogámico del matrimonio, la disolubilidad del matrimonio durante la vida de los cónyuges, etc.”*³⁵.

La ley de Unión Concubinaria³⁶ entre personas de distinto o igual sexo con más de cinco años de convivencia y previa declaración judicial equiparó el concubinato al matrimonio a todos los efectos.

La Ley de Matrimonio Igualitario³⁷ lo definió como *la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo*.

Esta ley elevó a dieciséis la edad mínima hábil para contraer matrimonio, sin distinción de sexo³⁸.

Está prevista la adopción de menores por dichas uniones, el cambio de orden de los apellidos de los progenitores al nombrar un hijo -ya sea biológico o adoptado- y el divorcio por iniciativa de cualquiera de los cónyuges.

La homologación del matrimonio de extranjeros queda condicionado al cumplimiento de trámites migratorios y a que el modelo matrimonial responda al modelo patrio, descartándose la homologación de modelos como la bigamia y poligamia, tipos que se deniegan mediante la *excepción de orden público internacional*.

c. Crimen y castigo: cuando un rito o sacramento religioso es delito

31 C.C. Art. 88 “Todos los matrimonios efectuados civilmente durante la vigencia de las leyes anteriores, aunque hayan tenido lugar entre personas católicas, que por razones de conciencia o cualesquiera otras prefirieron el acto civil con prescindencia de la ceremonia religiosa establecida por las leyes canónicas o eclesiásticas, se declaran válidos y legítimos ante las leyes civiles; considerándose que esos matrimonios producen todos sus efectos legales desde el día de su celebración.”

32 C.C. Art. 89 “Los hijos que procedan de dichos matrimonios se declaran legítimos, cualquiera que sea la anotación que a su respecto arrojen los libros parroquiales de la Iglesia.”

33 C.C. art. 91 “Son impedimentos dirimentes para el matrimonio: ... 7°. La falta de consagración religiosa, cuando ésta se hubiere estipulado como condición resolutoria en el contrato y se reclamase el cumplimiento de ella en el mismo día de la celebración del matrimonio.”

34 C.C. 145 “Los juicios de separación de cuerpos, disolución y nulidad de matrimonio, se registrarán privativamente por las leyes y las judicaturas civiles, con absoluta prescindencia de las autoridades eclesiásticas.”

35 Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 372/97 de 17/11/1997, *La Justicia Uruguaya*, caso 13108, N° 13.476.

36 Ley N° 18.246 de 27/12/2007

37 Ley de Matrimonio Igualitario N° 19.075 de 9/5/2013

38 C.C. art. 91 Ordinal 1° en la redacción dada por la Ley N° 19.075 de 9/5/2013 art. 26 estableció como impedimento dirimente para contraer matrimonio “ser cualquiera de los contrayentes menor de dieciséis años de edad”.

La unión conyugal y la celebración del matrimonio son en la mayoría sino en todas las confesiones religiosas, ritos religiosos de relevancia, verdaderos ritos de pasaje que cambian el estatuto normativo de las personas, aun cuando el orden jurídico omita reconocer efectos civiles a dichos ritos. Para los creyentes, el matrimonio religioso es el único realmente válido y constitutivo de su vínculo matrimonial (Asiaín Pereira, 2015).

Por ser sacramento para los creyentes, el matrimonio es parte del contenido del derecho de libertad religiosa y está explícitamente recogido en todos los instrumentos sobre derechos humanos³⁹.

En nuestro derecho queda protegido por el art. 5 de la Constitución⁴⁰, como parte de las manifestaciones externas de la libertad religiosa, entre otras normas.

Sin embargo, con evidente “atraso cambiario” en el tipo matrimonial, el Código Civil uruguayo debe ser el único que sigue manteniendo desde 1885 un tipo penal que fue concebido para el proceso de secularización: se penaliza al ministro de culto (sólo al de la Iglesia Católica o a los de iglesias protestantes) si offician un matrimonio religioso no precedido del matrimonio civil, único válido.

“Artículo 84. Efectuado el matrimonio civil a que se refiere el artículo 83, los contrayentes podrán libremente solicitar la ceremonia religiosa de la Iglesia a que pertenezcan, pero ningún ministro de la Iglesia Católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país, podrá proceder a las bendiciones nupciales sin que se le haya hecho constar la celebración del matrimonio civil, por certificado expedido en forma por el Oficial del Estado Civil y si lo efectuase sin dicha constancia incurrirá en la pena de seis meses de prisión y en caso de reincidencia un año de prisión.

Exceptúase de la disposición que antecede, los matrimonios in extremis, que no producirán, sin embargo, efectos civiles.”

Ante la vigencia de esta disposición, que ha sobrevivido la actualización que se hizo del Código Civil en 1996 y sus posteriores reformas, vale cuestionarse:

¿Qué tan laico e igualitario es el Uruguay?

Analicemos. La ley realiza una suerte de *autorización* para que, celebrado el matrimonio civil, puedan los contrayentes *libremente solicitar la ceremonia religiosa de la Iglesia a que pertenezcan*. ¿El Estado me autoriza a celebrar un rito religioso? ¿Tengo permiso para celebrarlo *libremente*? ¿Cuán libre?

39 Artículo 18.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; Artículo 12 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969; Declaración Sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, ONU 1981, Artículo 6: *el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes: a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines; ... h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; ...*

Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993). Su punto 4, expresa que la libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades, extendiéndose a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, incluyendo el empleo de fórmulas y objetos rituales ... así como la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida.

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

Luego la ley tipifica el delito de *proceder a las bendiciones nupciales sin previa constatación de matrimonio civil*, penalizando al *ministro de la Iglesia Católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país*⁴¹.

Antes de detenernos en la penalización del rito religioso que consagra esta ley, vale destacar la discriminación que consagra contra lo cristiano -sólo contra lo cristiano-, pues quedan incluidos en el tipo los ministros de culto de las religiones cristianas (de la Iglesia Católica, que es referida explícitamente y los pastores, que es como se denomina a los ministros de culto de la mayoría de las religiones cristianas, a las que además denigra la ley al llamarlas “disidentes”). ¿Cuán progresista es la supervivencia de esta disposición en un Código del siglo XXI?

Luego, la penalización de un rito religioso que no atenta contra la integridad de las personas ni sus derechos, ni encuentra justificación alguna para tal atropello. Lo cierto es que la *ratio legis* de estas disposiciones (“autorización” a celebrar un matrimonio religioso, pero luego de haberse oficiado el matrimonio civil, de la prohibición de matrimonio religioso no precedido de matrimonio civil, y de su penalización en caso de infracción), fue propia del proceso de secularización del siglo XIX en nuestro país y común a varios países que transitaron el proceso. El legislador secularizador de 1885, habida cuenta de que los creyentes sólo dotaban de valor y sólo consideraban verdadero el matrimonio religioso, buscaba mediante la coerción lograr sustituirlo por el civil. Y para reforzar la imposición, penalizó la sola celebración religiosa. Quizás de lo contrario, los creyentes habrían seguido celebrando el rito religioso exclusivamente, prescindiendo del civil.

Esta penalización decimonónica del matrimonio religioso fue paulatinamente abandonada en las legislaciones comparadas, tras haberse consolidado la tradición del matrimonio civil y la subsiguiente celebración religiosa. Las legislaciones evolucionaron en diversos sentidos (despenalización del matrimonio religioso no precedido de matrimonio civil, dotación de efectos civiles a los matrimonios religiosos, validez de las sentencias de los tribunales eclesiásticos, entre otros), salvo la legislación uruguaya que al día de hoy mantiene como delito un rito religioso inocuo para el orden público, la seguridad pública y los derechos de los demás.

Lo paradójico es que también contradice al espíritu laicista que lo impulsa. Al final, en lugar de que lo religioso sea inocuo a lo jurídico, la ley le da relevancia jurídica a un rito religioso, enervando su consideración por el Estado.

Lo cierto es que termina operando una restricción ilegítima del derecho de libertad religiosa en su fuero externo, con impacto en el fuero interno y vulnerando la autonomía de las entidades religiosas objeto de la prohibición.

Podemos afirmar que el matrimonio, que en el régimen jurídico uruguayo ha mutado en su definición para albergar diversos modelos, mantiene como el único elemento proscripto el religioso.

41 C.C. art. 84 “Efectuado el matrimonio civil a que se refiere el artículo 83, los contrayentes podrán libremente solicitar la ceremonia religiosa de la Iglesia a que pertenezcan, pero ningún ministro de la Iglesia Católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país, podrá proceder a las bendiciones nupciales sin que se le haya hecho constar la celebración del matrimonio civil, por certificado expedido en forma por el Oficial del Estado Civil y si lo efectuase sin dicha constancia incurrirá en la pena de seis meses de prisión y en caso de reincidencia un año de prisión. Exceptuase de la disposición que antecede, los matrimonios in extremis, que no producirán, sin embargo efectos civiles.”

d. La inmortal penalización del matrimonio religioso en Uruguay o el naufragio del proyecto de ley de su despenalización:

Al comienzo de la legislatura presentamos el proyecto de ley de Despenalización del Matrimonio Religioso⁴².

El proyecto planteaba sencillamente derogar el artículo 84 penalizador citado, sin pretender dotar de efectos civiles a los matrimonios religiosos. Planteaba eliminar las siguientes violaciones flagrantes del derecho de libertad religiosa: a) el “permiso” que da el Estado para celebrar un tipo de matrimonio religioso; b) la discriminación contra las religiones cristianas, pues no están penalizados ni los rabinos ni los imanes, ni los pases ni las maes⁴³, ni ningún otro ministro de culto; c) que un rito religioso (sin efectos civiles) sea un delito; d) que un ministro de culto sea penalizado por la práctica de su ministerio religioso; y e) que los fieles de las religiones cristianas tengan condicionada la celebración de un rito religioso a un acto civil previo.

Hubo al menos dos tipos de situaciones prácticas que evidenciaron la violación de la libertad religiosa de los fieles e iglesias cristianas que estas disposiciones implicaban. El primer tipo consistió en impedimentos para la celebración del rito religioso. Durante sucesivas huelgas de funcionarios del Registro de Estado Civil, el impedimento de la celebración civil hacía imposible a su vez acceder al matrimonio religioso. Resulta que una medida gremial sumada a una ley, terminan prohibiendo sin justificación legítima, la realización de un rito religioso, cercenando y anulando la libertad religiosa de los creyentes, del ministro de culto y de las iglesias cristianas.

Otra situación se planteó durante la pandemia del Covid-19, cuando las oficinas públicas mermaron o cesaron sus servicios de celebración de matrimonios civiles, impidiendo o postergando la celebración de un rito religioso como el matrimonial.

Criticado por correligionarios y por partidos políticos opositores, el proyecto sobre despenalización del matrimonio religioso naufragó en la comisión respectiva, bajo olas de argumentos como que *había que frenar el avance de las religiones y mantenerlas a raya*; o que *podría inducir a los celebrantes al error de que efectivamente estaban contrayendo matrimonio válido* (Asiaín Pereira, 2022, pp. 53-80), dicho por quienes otrora promovieron el matrimonio entre personas del mismo sexo y la equiparación de los efectos civiles del concubinato al matrimonio⁴⁴.

El segundo tipo de violaciones, que desarrollo a continuación, ocurrió por lo que podríamos denominar como discriminación negativa.

42 Proyecto de Ley de Despenalización del Matrimonio Religioso, presentado por la Senadora Carmen Asiaín el 12 de marzo de 2020, disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/145723>

43 Pae y Mae se denomina a los ministros de culto de las religiones de matriz afroamericana, como Umbanda

44 *La Biblia junto al calefón* (tango Cambalache de Discépolo) tildamos esta actitud en *Libertad religiosa y política*, op.cit. Extractos del tango: *Hoy resulta que es lo mismo ser derecho que traidor/ Ignorante, sabio o chorro, pretencioso estafador/ Todo es igual, nada es mejor/ Lo mismo un burro que un gran profesor ... //Da lo mismo que sea cura/ Colchonero, Rey de Bastos/ Caradura o polizón/ ¡Qué falta de respeto/ Qué atropello a la razón! ... // Igual que en la vidriera irrespetuosa/ De los cambalaches se ha mezcla'o la vida/ Y herida por un sable sin remaches/ Ves llorar la Biblia junto a un calefón ...*

e. Discriminación negativa: el caso de los expresos de Guantánamo

El Uruguay recibió dentro del marco de un programa de asilo a migrantes, a seis exconvictos de la cárcel que Estado Unidos de América tiene en su base de Guantánamo, Cuba, imputados por terrorismo vinculado a Al Qaeda.

Instalados en el Uruguay, dos de ellos contrajeron matrimonio religioso con uruguayas, ambas conversas al islam. Ofició la celebración religiosa un Imán, sin haber mediado celebración de matrimonio civil. Y la noticia ocupó los titulares de la prensa escrita.

“Musulmanes sin registro. ¿Por qué?”⁴⁵ escribía en su blog Mons. Fuentes, Obispo de Lavalleja. Tras desear a los nóveles esposos felicidad y que Dios los bendijera con muchos hijos, preguntaba “¿Por qué yo, obispo católico, marcho preso si bendigo la boda de una pareja que no ha pasado por el Registro, y en el caso que nos ocupa se ha celebrado con bombos y platillos la comisión de un delito? ¿Por qué esta discriminación? La ley es igual para todos, ¿o no? ¿Alguien puede explicarlo? Gracias.”

Los musulmanes referidos no violaron la ley, porque la ley establece que el delito sólo lo puede cometer un *ministro de la Iglesia Católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país*. Se perpetró en este caso una discriminación negativa contra los cristianos, *ope legis*.

f. La ley del embudo en el derecho matrimonial

Mientras el tipo y modelo matrimonial fue cambiando en la cultura y sociedad, abriéndose a la equiparación del concubinato con el matrimonio a efectos civiles y albergando otros tipos como las uniones entre personas del mismo sexo, dichos cambios y apertura se iban cristalizando en las normas jurídicas. Gran y plural apertura y flexibilidad fue la exhibida, salvo en materia de libertad religiosa.

La inflación operada en el concepto de familia, que desde lo cultural y social pasó a las leyes, no ha logrado impactar, en cambio, en la cotización del derecho de libertad religiosa de la familia en el Derecho uruguayo.

En 2007 se aprobó la Ley de Unión Concubinaria⁴⁶, que la equiparó al matrimonio a todos los efectos, incluyendo patrimoniales y sucesorios, así como le otorgó la facultad para adoptar menores de edad. Requiere para su declaración judicial un término de cinco años de convivencia ininterrumpida de una relación afectiva, de tipo sexual, exclusiva y singular, estable y permanente, entre dos personas de igual o distinto sexo.

En 2013 se aprobó la Ley de Matrimonio Igualitario⁴⁷, modificándose el Código Civil y el Código de la Niñez y la Adolescencia a tales efectos y se adecuaron los términos diferenciales en razón de sexo. Fueron posibles también las adopciones de menores.

En 2018 se dictó la Ley Integral para Personas Trans (refiriendo a transexuales o transgénero)⁴⁸, que en materia matrimonial no vino a innovar, pero sí en la posibilidad de, a partir de la autopercepción, obtener el cambio de género y nombre registral,

45 Fuentes, Mons., Musulmanes sin Registro. ¿Por Qué, Desde el Verdún, <https://www.blogger.com/profile/05273026924762499080> (blog), 15 de julio de 2015.

46 Unión Concubinaria, Ley N° 18.246 de 27 de diciembre de 2007.

47 Matrimonio Igualitario, Ley N° 19075 (impo.com.uy) y modificaciones en Ley N° 19119 (impo.com.uy)

48 Ley Trans Ley N° 19.684 de 26/10/2018.

así como mediante medicación e intervenciones quirúrgicas que pasan a ser parte de las prestaciones de salud del Sistema Nacional Integrado de Salud. El acceso a estas prestaciones por parte de menores de edad requiere la anuencia de sus progenitores, pero puede ser suplido por el Juez mediante el procedimiento de irracional disenso en el caso del cambio registral de nombre y género y de terapias de hormonización. Sólo en el caso de practicarse intervenciones quirúrgicas irreversibles, es indispensable la anuencia de los padres. La ley dispone acciones afirmativas en el ámbito laboral, de capacitación, educación, salud y atención integral. Se prohíbe toda forma de discriminación contra estas personas.

Ha mutado –“avanzado” en opinión de algunos- mucho la legislación en este ámbito. La legislación no ha albergado, sin embargo, las exigencias, los reclamos, siquiera los estándares mínimos del derecho de libertad religiosa en el ámbito de la familia; no se ha abierto en este terreno. No existe -como se ha planteado en el derecho comparado- un tipo matrimonial conforme a las creencias (por ejemplo, indisoluble o con fórmulas acordes a las creencias de los contrayentes).

Se podrá decir que en Uruguay nada impide que los fieles de las diversas religiones celebren su unión matrimonial de acuerdo con las ceremonias religiosas de su creencia, siempre que antes acrediten haber celebrado el matrimonio oficial ante el Registro Civil. Pero ello no logra satisfacer la esencia de los derechos en juego (Asiaín Pereira, 2015).

Por otro lado, y como dato interesante: no se han verificado objeciones de conciencia por parte de los funcionarios públicos encargados de las diversas prestaciones introducidas por estas innovaciones legislativas, ni tampoco de los contrayentes ni de los operadores del sistema, como sí ha ocurrido en otros sistemas jurídicos. ¿Será la indolencia uruguaya?

g. Otros estándares de libertad religiosa pendientes de satisfacción

Habida cuenta de que las personas tienen derecho a *celebrar ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción*, otro tipo de obstáculo al ejercicio de este derecho lo constituye la ausencia de un tipo matrimonial conforme a sus creencias, por ejemplo, de forma indisoluble o con fórmulas sacramentales adecuadas a sus creencias.

Un ejemplo ilustrativo de dichas carencias es la regulación de la fidelidad en el matrimonio. El Código Civil⁴⁹ declara que los esposos se deben fidelidad mutua y auxilios recíprocos, y establece que la obligación de fidelidad cesa si los cónyuges no viven de consuno. Como expresa Arhancet (Rivero de Arhancet, 2012, pp. 227-248), la diferencia fundamental entre deber y obligación radica en que la relación jurídica que se crea entre los sujetos conlleva la posibilidad de que el acreedor de una obligación pueda exigir al obligado a que cumpla con su obligación, pero ello no puede exigirse al sujeto pasivo de un deber. Así, un cónyuge no puede obligar al otro a que cumpla con el deber de fidelidad que le impone el artículo 127 del Código Civil, sin perjuicio de las consecuencias legalmente derivadas del incumplimiento de tal deber que afectarán al incumplidor, pero no existe la posibilidad de obligarlo al cumplimiento de su deber.

49 Código Civil art. 127 *Los cónyuges se deben fidelidad mutua y auxilios recíprocos. La obligación de fidelidad mutua cesa si los cónyuges no viven de consuno. (*Redacción dada por Ley N° 18.246 de 27/12/2007 art. 22).*

Para quienes la fidelidad es una propiedad esencial del matrimonio, elemento esencial sin el cual el vínculo ni siquiera nace, la estipulación legal queda pobre.

Otros estándares no atendidos tienen que ver con la necesidad de dotar de efectos civiles a los matrimonios religiosos, una vez cumplidos los requisitos formales registrales y de publicidad que se observan en el trámite civil. Con ello, no sólo se evitaría desde el punto de vista práctico la duplicación innecesaria del matrimonio, con la burocracia, las energías, tiempo y gastos asociados, sino que se podría dar satisfacción a aquellos contrayentes a los que este tipo matrimonial les resulta contrario a sus principios, insuficiente, o que directamente rechazan una celebración que consideran adicional y no adecuada a sus creencias (Pereyra Heberling, 2012, pp. 145-160).

Estos reclamos han sido casos aislados, casi exclusivamente provenientes de creyentes que además han realizado estudios especializados, pero no han alcanzado los tribunales ni los lobbies parlamentarios, como ha ocurrido en el derecho comparado. Hoy en día no está en la agenda ni en plataforma de los grupos religiosos una reforma de la actual legislación. En alguna oportunidad, años ha, la Iglesia Católica había planteado la posibilidad de reconocer efectos civiles a los matrimonios religiosos⁵⁰.

h. Iniciativas legislativas prohibitivas del matrimonio.

Hasta 2013 regía en el Uruguay la regla de la pubertad del contrayente como requisito para contraer matrimonio con anuencia de sus padres, derivada de consagrar como impedimento dirimente la falta de edad, “esto es, catorce años cumplidos en el varón y doce cumplidos en la mujer.”⁵¹

En 2013 se modificó dicho impedimento dirimente, y se sustituyó la edad mínima para contraer matrimonio por 16 años para cualquiera de los contrayentes⁵², manteniendo la anuencia paterna. De todas formas, se requerirá el consentimiento de los progenitores, hasta que los contrayentes alcancen la mayoría de edad de 18 años.⁵³

En 2023 se presenta por la bancada de la oposición en el Senado un proyecto de ley “Edad mínima para contraer matrimonio” que propone modificar la edad mínima y elevarla a 18 años para cualquiera de los contrayentes⁵⁴.

No prosperó durante su tratamiento, habiendo recibido críticas pues, entre otros efectos indeseados, terminaba desprotegiendo a los menores de edad que ingresaran en concubinato, habida cuenta de que, por extensión, al concubinato le aplican los mismos impedimentos dirimentes que al matrimonio. Por consiguiente, todo el tiempo de concubinato anterior a los 18 años no contaba. Tampoco contemplaba excepciones para casos de embarazo u otros motivos. Y el proyecto de ley no contenía medidas para desalentar el concubinato, solo el matrimonio.

50 El País, Uruguay. (16 de noviembre de 2011). Obispos plantean que bodas por la Iglesia tengan validez civil. *El País, Uruguay*. <https://www.elpais.com.uy/informacion/obispos-plantean-que-bodas-por-la-iglesia-tengan-validez-civil>

51 Código Civil Art. 91 ordinal 1º, vigente hasta 2013

52 Código Civil, art. 91 ordinal 1º vigente hoy: “Son impedimentos dirimentes para el matrimonio:

1º.- Ser cualquiera de los contrayentes menor de dieciséis años de edad.” (*) redacción dada por Ley N° 19.075 de 03/05/2013 artículo 26.

53 C.C. art. 106 “Los hijos legítimos que no hayan cumplido dieciocho años de edad necesitan para casarse el consentimiento expreso de sus padres y a falta de ambos el del ascendiente o ascendientes en grado más próximo. En igualdad de votos contrarios, preferirá el favorable al matrimonio.

54 Proyecto de ley disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/versiones-taquiograficas/senadores/49/1491/0/PDF>

En una población como la uruguaya, sin pueblos originarios vivos (si bien hay algunos pocos descendientes, no forman una comunidad de vida), con la casi totalidad de su población de origen europeo, los casamientos de menores de 18 años apenas alcanzan las dos decenas de personas al año, según datos oficiales del Registro de Estado Civil⁵⁵, y los matrimonios, aún de mayores están en franco descenso.

En Uruguay el matrimonio infantil no es un problema, como puede serlo en sociedades con otros componentes étnicos y culturales, por lo cual la propuesta parecía pensada para otros lares.

De haberse aprobado la iniciativa, habría afectado, entre otras, a las pocas comunidades gitanas presentes en el país.

5. Religión y derechos de los padres y los hijos en el ámbito educativo: casos recientes

a. El derecho de los padres y tutores a elegir la educación religiosa para sus hijos y pupilos

Ya hemos delineado el régimen jurídico que rige los derechos de los padres a la hora de elegir la educación religiosa para sus hijos.

La Constitución vigente concibe la educación como un deber y derecho de los padres (art. 41⁵⁶). Proclama en el artículo 68 ya citado, la libertad de enseñanza y encomienda a la ley a que limite *la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos*. A continuación, recoge el principio de que *Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos y pupilos, los maestros o instituciones que desee*. Establece que en toda institución docente *se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos*⁵⁷.

En los hechos este derecho a elegir la educación religiosa y moral para sus hijos sólo lo pueden ejercer los padres acudiendo a instituciones privadas pagas, pero no lo pueden ver satisfecho si educan a sus hijos en escuelas públicas, y ello debido a una interpretación de la laicidad asimilada al laicismo. Es decir que los padres que deseen dar una educación religiosa integral a sus hijos (más allá de la catequesis o formación religiosa como formación extracurricular), deben pagar doble: pagan la enseñanza pública mediante impuestos generales, y pagarán la escuela privada de la orientación religiosa que deseen.

Sin embargo, como expresan algunos constitucionalistas, “La Constitución no impide la enseñanza religiosa en los institutos estatales de enseñanza. Es más, interpretado

55 Según datos del Registro de Estado Civil, en respuesta a pedido de informes sobre el punto, desde 2020, hay 23 matrimonios en los que uno de los contrayentes tiene entre 16 y 18 al año.

56 Art. 41. “El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten. La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

57 Art. 71: *Declárase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física; la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera, y el establecimiento de bibliotecas populares. ¶ En todas las instituciones docentes se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos.*

este artículo en el contexto de la Constitución y sobre todo desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, cabe concluir que esa enseñanza se impone cuando ella es requerida". De ahí que "El rechazo de la enseñanza religiosa en los institutos estatales" ... "configura así una conducta inconstitucional por errónea interpretación de nuestro marco constitucional." Durán Martínez, 2010).

La Ley General de Educación de 2009⁵⁸ sienta los principios generales de gratuidad, laicidad e igualdad y define a la laicidad alineándose a una postura abierta y plural, inclusiva e integradora de *saberes y creencias*⁵⁹. Para la interpretación e integración de la ley, dispone tener presente *el interés superior del educando*, incluyendo el respeto de sus derechos humanos⁶⁰.

Por ello, sostienen algunos autores que "No existen temas excluidos del ámbito educativo público siempre que se traten de acuerdo con lo dispuesto por esa norma" (Rotondo Tornaría, 2010). Pero a pesar del marco jurídico internacional, constitucional y legal que no prohíbe la enseñanza o siquiera la instrucción acerca de las religiones y creencias en la educación pública, ésta está ausente. Es más, cualquier referencia o presencia de temas o referencia a lo religioso en la educación pública suele suscitar reacciones adversas y alarmas de violación de la laicidad, lo que obra de desaliento y proscripción de lo religioso.

b. La exoneración de impuestos a las instituciones de enseñanza

La Constitución exonera de impuestos a las instituciones privadas que impartan enseñanza y a las culturales, *como subvención por sus servicios*⁶¹. Establece la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza⁶².

c. La política sobre la educación en casa: casos recientes sobre comunidades menonitas

El marco constitucional reseñado no impide la educación en casa. Establece la obligatoriedad de la educación en varios niveles, pero no especifica que deba ser impartida en una institución ajena al hogar. En todo caso, el Estado tiene potestades para verificar que los contenidos curriculares cumplan con determinados mínimos preestablecidos, lo que puede hacerse a través de la "habilitación" del centro, o mediante prueba de calificación que deberá rendir cada estudiante para obtener la certificación respectiva. Por ende, nada impide que los estudios se hagan en el hogar. De hecho, esta práctica era bastante común hasta la mitad del siglo XX, a cargo de educadores en el hogar.

58 Ley General de Educación, N° 18.437, de 16/01/2009, art. 3.

59 Ley General de Educación, art. 17 "(De la laicidad) El principio de laicidad asegurará el tratamiento integral y crítico de todos los temas en el ámbito de la educación pública, mediante el libre acceso a las fuentes de información y conocimiento que posibilite una toma de posición consciente de quien se educa. Se garantizará la pluralidad de opiniones y la confrontación racional y democrática de saberes y creencias."

60 Ley General de Educación, Art. 120 "(Principio específico de interpretación e integración).- Para la interpretación e integración de la presente ley se deberá tener en cuenta el interés superior del educando, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos."

61 Artículo 69: *Las instituciones de enseñanza privada y las culturales de la misma naturaleza estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios.*

62 Artículo 70: *Son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial. El Estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica. La ley proveerá lo necesario para la efectividad de estas disposiciones.*

Los casos que resonaron este año 2024 en la prensa fueron los de dos comunidades menonitas conformadas por inmigrantes de Estados Unidos de América, en las que residen niños en edad escolar “*que no asisten a centros educativos públicos ni privados*” (en realidad concurrían a un centro educativo en su comunidad). Esto llegó a conocimiento de las autoridades de la educación, quienes iniciaron acciones judiciales para forzar la escolarización de dichos menores de edad, esgrimiendo la obligatoriedad de la asistencia a centros educativos como garantía del cumplimiento del derecho a la educación y al servicio de una educación de calidad.

En uno de los casos ocurrido en Florida, intimadas por las autoridades, las respectivas comunidades menonitas esgrimieron en su defensa que los once niños estaban siendo enseñados por dos educadores en forma presencial en una academia de la propia comunidad que, desde su sede central en Estados Unidos, envía los programas, materiales y recursos didácticos y que no están de acuerdo con integrar a sus niños con otros que no pertenecen a su comunidad.

Si bien hubo una resolución judicial de un Juez de Florida que avaló la decisión de los padres por entender que el proceder estaba enmarcado en el “homeschooling”, el Consejo Directivo Central de la Administración Nacional de Educación pública entendió que este modelo no se aplica en nuestro país, por lo cual por mayoría de 5 a 1, resolvió el inicio de las acciones judiciales por la escolarización obligatoria.

La discordia del Consejero Gabito (del Consejo Directivo Central de la Administración Nacional de Educación Pública) estuvo fundamentada en el marco constitucional de libertad y derecho de los padres, y en la libertad religiosa (arts. 5, 41 y 68). Es decir, para el consejero, los padres están amparados con el derecho a elegir las instituciones y maestros que quieran, y con la libertad de culto, con relación a que invocan tener una formación de ese carácter confesional (El País, 4/7/2024); “no puede decirse que los niños estén en situación de abandono, porque están debidamente contenidos y educados por sus padres”. Entendió Gabito que la educación se la estaban dando a sus hijos “a su modo, en uso de una libertad constitucional”, y que no existe la obligación de institucionalizar a los hijos “dentro de lo que el Estado prevé”. Citando la Ley General de Educación argumentó que “Si tenemos mecanismos de acreditación para [que] personas que nunca estuvieron en el sistema” ... “es porque la contracara es que el Estado reconoce que hay gente que adquiere los conocimientos equivalentes a ese nivel sin haber pasado por una institución”.

La acción judicial se radicó y está en trámite.

6. Libertad religiosa, salud y familia

a. Libertad de los menores de edad en salud

Específicamente en materia de salud, el Código de la Niñez y Adolescencia⁶³ establece el derecho a la información y al acceso a los servicios de salud de todo niño o adolescente, incluyendo “*los referidos a la salud sexual y reproductiva, debiendo los profesionales actuantes*

63 Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), Ley N° 17.823 de 7/9/2004, disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004>

respetar la confidencialidad de la consulta”⁶⁴. “De acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente se propenderá a que las decisiones sobre métodos de prevención de la salud sexual u otros tratamientos médicos que pudieran corresponder, se adopten en concurrencia con sus padres u otros referentes adultos de su confianza, debiendo respetarse en todo caso la autonomía progresiva de los adolescentes.”

En caso de no llegarse a un acuerdo con el menor o con sus padres *en cuanto al tratamiento a seguir*, y si existiera riesgo grave para su salud, *el profesional podrá solicitar el aval del Juez competente*, quien de todas formas deberá recabar su opinión, siempre que sea posible.

Una disposición similar es la recogida en la Ley Trans citada, que prevé el procedimiento del irracional disenso, habilitando al Juez a sustituir la voluntad de los padres cuando no consienten una práctica de cambio de sexo de sus hijos⁶⁵. Sin embargo, para la realización de “**intervenciones quirúrgicas genitales irreversibles**”, la anuencia de los padres será preceptiva.

En línea con la priorización de la voluntad de los menores de edad en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, la ley del aborto específicamente dotó a los menores de edad, la autonomía jurídica al respecto⁶⁶. En un caso paradójico, una adolescente de 12 años que quedó embarazada fruto de una violación por un hombre de 41 años resolvió continuar con su embarazo, a pesar de las indicaciones de sus padres de abortar, apelando a que la decisión en este terreno le correspondía a ella por ley⁶⁷.

Fuera del ámbito de la salud sexual y reproductiva que privilegia la autonomía de las menores de edad, no existen pautas legales para determinar cómo opera la autonomía progresiva del menor en el régimen general de salud, es decir, a partir de qué edad pesa su opinión, que de todas formas deberá ser siempre escuchada. Al adoptarse una decisión sobre la salud de un menor de edad, lo que sí está claro es que el principio rector deberá ser siempre el procurar que sea conforme a su interés superior.

64 CNA art. 11-BIS, modificado por la Ley de Derechos de los Usuarios de la Salud N° 18.426 de 01/12/2008 artículo 7.

65 Ley Trans N° 19.684 de 26/10/2018, Art. 21: “(Derecho a la atención integral).- Toda persona trans tiene derecho a una atención integral para adecuar su cuerpo a su identidad de género, que comprenda como mínimo todos los programas y prestaciones que se determinen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley N° 18.211, de 5 de diciembre de 2007 (Sistema Nacional Integrado de Salud), incluidos los tratamientos médico quirúrgicos. ¶ Los derechos y obligaciones de las personas trans respecto de los tratamientos, programas y prestaciones referidos en el párrafo anterior, se regirán en lo pertinente por lo dispuesto en los artículos 8° y 11 bis de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004 (Código de la Niñez y Adolescencia) y en las disposiciones contenidas en la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008 (Derechos y Obligaciones de Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud) y su reglamentación. ¶ Para que las personas menores de dieciocho años accedan a intervenciones quirúrgicas genitales irreversibles con el fin de adecuar su cuerpo a su identidad de género, la autorización o la anuencia de los representantes legales será de precepto.”

66 Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo N° 18.987, <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18987-2012>, Art 7 “(Consentimiento de las adolescentes). En los casos de mujeres menores de 18 años no habilitadas, el médico ginecólogo tratante recabará el consentimiento para realizar la interrupción del embarazo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 bis de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, en la redacción dada por el artículo 7° de la Ley N° 18.426, de 1° de diciembre de 2008. ¶ Cuando por cualquier causa, se niegue el asentimiento o sea imposible obtenerlo de quien debe prestarlo, la adolescente podrá presentarse con los antecedentes producidos por el equipo médico actuante ante el Juez competente. El Juez deberá resolver en un plazo máximo de tres días corridos contados a partir de la presentación ante la sede, respecto a si el consentimiento ha sido expresado en forma espontánea, voluntaria y consciente. A tal efecto, el Juez convocará a la adolescente y al Ministerio Público, para oír y recabar su consentimiento para la interrupción del embarazo, conforme a lo previsto en el artículo 8° del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004). El procedimiento será verbal y gratuito. Son jueces competentes para entender en las causas que se sustancien por la aplicación del presente artículo, los Jueces Letrados de Familia Especializados en Montevideo y los Jueces Letrados de Primera Instancia con competencia en materia de familia especializada, en el interior del país.”

67 AFP. (29 de mayo de 2015). Niña de 12 años embarazada por violación en Uruguay tendrá su bebé. *Radio El Espectador*, <https://www.elespectador.com/mundo/america/nina-de-12-anos-embarazada-por-violacion-en-uruguay-tendra-su-bebe-article-563516/>

En cuanto al rechazo de terapéuticas indicadas, y tras una discusión en la doctrina y la jurisprudencia que ya venía sentando los principios de la autonomía del paciente, el respeto por su dignidad y el libre ejercicio de la profesión del médico, la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes⁶⁸, dio fuerza legal a dichos principios. Establece que todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente y el profesional de salud, mediando consentimiento informado, salvo casos de urgencia. De conformidad con esta norma, el paciente podrá rehusar una determinada terapéutica indicada por el facultativo, aun en el caso en que peligrara su vida como consecuencia de esta negativa⁶⁹.

Analizando la normativa sobre salud en conjunción con el régimen de patria potestad, podría afirmarse que, en el caso de los menores de edad, estos deben ser oídos al momento de adoptarse una decisión, se deberá priorizar siempre su interés superior, y sus padres conservan las potestades de decidir en la materia, salvo los casos en que se acuda al instituto del irracional disenso.

Ante la falta de pautas legales tarifadas, es ilustrativo acudir a algunos casos jurisprudenciales que involucran la libertad religiosa del menor y de sus padres con relación a terapéuticas médicas indicadas al menor, concretamente los casos de la negativa de los Testigos de Jehová a las transfusiones de sangre, el caso de una familia naturista que rechazaba todo tipo de vacunas y algún caso vinculado a la Pandemia.

b. Casos sobre rechazo por motivos de conciencia, a terapéuticas indicadas a menores de edad

i. Testigos de Jehová

Son pocos los casos planteados ante los tribunales de objeciones de conciencia de parte de Testigos de Jehová que rechazaban transfusiones de sangre cuando estas eran indicadas por motivos de salud, y estando en riesgo la vida. Muchos de los casos fueron resueltos extrajudicialmente, ya sea amparando la objeción, sin mayores consecuencias para la salud, ya recurriendo a métodos terapéuticos alternativos. Los casos que han llegado a los tribunales han sido pocos, básicamente cuando ha existido riesgo de vida para el paciente (Asiaín Pereira, 2016).

Los criterios de la jurisprudencia han sufrido una positiva evolución, sentando los principios del respeto de la autonomía del paciente mayor de edad y capaz, debidamente informado de forma previa de la entidad de la terapéutica y de las posibles consecuencias o riesgos de no realizarse la misma, de lo cual se colige que la capacidad jurídica resulta

68 Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes, N° 18.335 de 15/8/08, <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18335-2008>

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

Art. 17: "Todo paciente tiene derecho a un trato respetuoso y digno. Este derecho incluye, entre otros: ... (F) Que no se practiquen sobre su persona actos médicos contrarios a su integridad física o mental, dirigidos a violar sus derechos como persona humana o que tengan como resultado tal violación."

un mínimo exigido a la hora de respetarse el rechazo a las transfusiones de sangre u otras terapéuticas.

Así lo estableció en un caso la sentencia anterior a la Ley de Derechos de los Usuarios de la Salud, que **priorizó la vida del niño**, ordenando una transfusión de sangre no querida por sus padres⁷⁰, en aplicación de uno de los límites del amparo de la libertad de conciencia y religiosa, cual es el daño a terceros (Asiaín Pereira, 2016).

Otra sentencia⁷¹ amparó el derecho de una paciente a negarse a recibir la transfusión, reconociendo el magistrado que carecía de jurisdicción para sustituir la voluntad libre de una **persona capaz** que ejercía el derecho de autodeterminación inherente a su condición humana (Asiaín Pereira, 2016).

ii. Antivacunas

Hubo un antiguo caso de una familia naturista que se oponía a que se le administraran las vacunas obligatorias para el ingreso al sistema educativo y demás, a sus hijos menores de edad, la Familia Borgogno Arce. Se agraviaron porque se había expulsado a sus hijos del sistema educativo, y emprendieron una batalla judicial de más de 11 años, incluyendo una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Culminó a favor de los padres Borgogno y el Ministerio de Salud Pública los exoneró de la vacunación⁷².

Durante la Pandemia del Covid-19, la vacunación anti-covid no fue obligatoria en el Uruguay, pero podía requerirse una prueba negativa del virus para la realización de determinadas actividades como los viajes aéreos, el ingreso al país, y otras.

No habiendo sido jamás dispuesta la obligatoriedad de las vacunas, sí se dispuso la disponibilidad para la vacunación de menores de edad con carácter general. Ante la acción de amparo incoada por un grupo de antivacunas alegando que “el proceso vacunal que lleva adelante el **Poder Ejecutivo es manifiestamente ilegal y peligroso**”, un Juez amparó el reclamo y prohibió la vacunación a menores de 13 años edad. El Ministerio de Salud Pública acató la sentencia, pero la apeló⁷³. Fue revocada por el Tribunal de Apelaciones Civil de 6° turno por falta de legitimación activa, restableciéndose la administración de las vacunas⁷⁴, por lo cual el Juez habría cometido “un error inexcusable al otorgarle legitimación activa al promotor”. La Suprema Corte entendió que se había visto afectado “el principio de imparcialidad” y realizó un “reproche ético” al Juez “por haber infringido los deberes éticos estatuidos por el Código Modelo de ética Judicial Iberoamericano de imparcialidad, cortesía y prudencia”. Con la irregularidad de su conducta moral se vio comprometido el decoro de su ministerio”, sostuvo la Suprema Corte de Justicia y lo sancionó con suspensión de 90 días.

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

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

72 Montevideo Portal. (16 de noviembre de 2014). “El caso de las vacunas” La familia Borgogno Arce habló a 20 años de su caso. *Montevideo Portal*. <https://www.montevideo.com.uy/Salud/La-familia-Borgogno-Arce-hablo-a-20-anos-de-su-caso-uc252960>

73 Ministerio de Salud Pública. (7 de julio de 2022). Vacunación menores 13 años. MSP acata fallo de la justicia. <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/comunicacion/noticias/vacunacion-menores-13-anos-msp-acata-fallo-justicia>

74 El País, Uruguay. (3 de octubre de 2023). Suprema Corte suspendió por 90 días al juez Recarey, que detuvo vacunación anticovid para menores de 13 años. *El País, Uruguay*. <https://www.elpais.com.uy/informacion/judiciales/suprema-corte-suspendio-por-90-dias-al-juez-recarey-que-detuvo-vacunacion-anticovid-para-menores-de-13-anos>

c. El derecho de los padres a dar sepultura a sus “nacidos sin vida e inscribirlos en el Registro con nombre. De un caso trágico a una ley

La iniciativa legislativa surgió a partir de un caso resuelto por la justicia y que llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Una mujer cursaba su quinto mes de embarazo y debido a una lesión desencadenó un aborto espontáneo. Victoria, tal el nombre dado a la bebé en gestación nació sin vida y con un peso inferior a los 500 gramos debido al sufrimiento durante el proceso del parto. Su madre quiso enterrarla, pero en la institución de salud no se lo permitieron por no contar la bebé nacida sin vida con un peso superior a los 500 gramos, en aplicación de un Decreto Reglamentario que requería dicho peso mínimo, además de un mínimo de 20 semanas de gestación, para que se pudiera extender el certificado de defunción habilitante para la inhumación. Victoria permaneció en un frasco en formol durante los dos años que duró el juicio que inició su madre, hasta que, al fin, pudo obtener el certificado habilitante para el entierro.

En tiempos en los que leemos en las noticias que bebés de 212 gramos al nacer⁷⁵, sobreviven y que cada vez son viables recién nacidos de menor edad gestacional, la negativa a expedir el correspondiente certificado de defunción, con el nombre ya puesto, y habilitante para la inhumación, resultaba en la violación de derechos humanos fundamentales de diverso orden, entre otros el derecho al duelo, a la intimidad, a la identidad, al trato digno y a la libertad de conciencia y religión de los padres. La sepultura ha sido desde tiempos inmemoriales un rito esencial a las diversas religiones.

Removiendo el arbitrario obstáculo de los 500 gramos de peso como mínimo y las 20 semanas de gestación, presentamos el proyecto de ley “Nacidos sin vida. Derecho de los progenitores a inhumar o cremar sus restos”, el que se hizo ley en setiembre de 2024⁷⁶. Durante su tratamiento legislativo se recabaron testimonios de mujeres que enterraron los restos de sus nacidos sin vida en una maceta, o los conservaban en formol, o que seguían penando por no haberseles permitido dar sepultura a sus gestados.

Las resistencias al proyecto llegaron a las portadas de publicaciones de prensa que tildaban la iniciativa de retrógrada, “En Reversa”, y la oposición hacia honor a su calificativo especialmente en este caso. La respuesta también la dimos en la prensa, preguntándonos: ¿a qué le temen quienes niegan la sepultura de sus nacidos sin vida a los padres que así lo desean? ¿Quiénes somos y quién es el Estado para negar a los padres este derecho, que afecta un haz de derechos y particularmente el de libertad de conciencia y religión? Tras tres años y medio de negociaciones, el proyecto se convirtió en ley, y salvo dos o tres disposiciones, por unanimidad.

La Ley establece que la opción por la inhumación será aplicable a “*todo producto de la concepción, identificable o diferenciable de las membranas ovulares o del tejido placentario materno en general, que cese en sus funciones vitales antes del alumbramiento o bien antes de encontrarse*

75 Caso de bebé de SINGAPUR, Subrayado. (9 de agosto de 2021) La beba más pequeña al nacer recibió el alta médica tras un año hospitalizada. Nació con 25 semanas de gestación y pesó lo mismo que una manzana. *Subrayado*. <https://www.subrayado.com.uy/la-beba-mas-pequena-al-nacer-recibio-el-alta-medica-un-ano-hospitalizada-n783058>

76 El proyecto fue presentado por las senadoras Carmen Asiain (Partido Nacional) y Carmen Sanguinetti (Partido Colorado), y se convirtió en la Ley N° 20.377 de 24/9/24. Ver arts. 2, 3, 6, 8, 9, 11 y 12. Disponible sin exposición de motivos en <https://www.gub.uy/presidencia/institucional/normativa> y en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/repartido/representantes/49/1038/0/PDF>

completamente separado de la persona gestante, muriendo y que no ha sobrevivido a la separación un instante siquiera.” Se establece, además, la obligación del prestador de servicios de [salud de] hacerlo posible, y la obligación de las autoridades competentes de posibilitarla. Se plasma el derecho de los progenitores a ver y despedir al nacido sin vida a su solicitud.

A su vez, queda prohibida la comercialización de los restos de los nacidos sin vida, así como el hecho de que sean tratados como desecho hospitalario.

En cuanto a la inscripción en el Registro, las partidas que lo eran de defunción directamente consignaban bajo el nombre la inscripción “nonato”, seguida del apellido. La ley hace posible que se opte por inscribir al nacido sin vida con un nombre y se establece que la inscripción carece de efectos patrimoniales o sucesorios.

Se establece una licencia especial por duelo, y en el caso de que el nacido sin vida supere los 500 gramos o tenga una edad gestacional superior a las 20 semanas, corresponde licencia por maternidad, que es mayor.

7. Algunas conclusiones

La familia es una institución social, cultural y antropológica, anterior al Estado y al Derecho, a la que éstos en Uruguay sólo vienen a reconocer como base de la sociedad y a proporcionarle la protección debida, priorizando la formación moral y material de la descendencia. Así reza el artículo 40 de la Constitución:

La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Pero, ¿qué es la familia? El concepto de familia ha cambiado mucho desde el punto de vista sociológico desde fines del siglo XX fruto de una revolución cultural, y esos cambios han sido recogidos en la regulación jurídica. Hoy se habla de familia integrada con quienes viven bajo el mismo techo y hasta se habla de familia “multiespecie” para incluir a las mascotas⁷⁷.

Se ha ampliado el concepto de familia, salvo con relación al factor religioso. Hoy en día, **el único elemento proscrito de nuestro derecho matrimonial es el religioso.**

Anunciábamos al comienzo, a suerte de tesis de este estudio que, *en la relación entre familia y libertad religiosa, la inflación que se ha producido en el concepto de familia, que desde lo sociológico y cultural se ha trasladado a lo jurídico, no se ha trasladado en cambio, a la cotización del derecho de libertad religiosa de la familia en el Derecho uruguayo.* Creemos haber demostrado la verificación de esta tesis, a la luz de las constataciones vertidas.

De todas formas, existen principios consagrados en el propio Derecho positivo -ya sea de fuente constitucional y legal, ya supranacional pero aplicable- que reconocen que la familia tiene derecho a cuidar y educar a los hijos según su propia concepción ideológica, moral y creencias y que el Estado debe facilitarlos. Estos principios se erigen en derechos fundamentales recogidos constitucionalmente, tanto en el ámbito del Derecho de Familia

77 Un candidato a la Presidencia de la República aludía a este concepto en su propaganda política, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=phPPK08FeGo>

cuando refiere a su libertad religiosa, como en el Derecho de Libertad Religiosa cuando refiere a la familia.

Habida cuenta de la protección dispensada por el marco constitucional y de los derechos humanos, urge una necesaria actualización del derecho infraconstitucional en estas sensibles áreas del Derecho, para ajustarse a las normas de superior jerarquía normativa.

Referencias bibliográficas

- Asiaín Pereira, C. (2003). Algunas Reflexiones acerca de la Libertad Religiosa en el Uruguay. *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 10, 17-36.
- Asiaín Pereira, C. (2015). La familia como titular de derechos y libertades. *Revista de Derecho*, 14(28), 101-125. <https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/496>
- Asiaín Pereira, C. (2016). Objeción de conciencia y libertad de conciencia. Normativa vigente en Uruguay. *Revista de Derecho*, (14), 11-64. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i14.1235>
- Asiaín Pereira, C. (2022). Libertad religiosa y política. Una mirada desde dentro. En J. Martínez-Torrón (Ed.), *Dignidad humana, derecho y diversidad religiosa: diseñando el futuro de sociedades interculturales* (pp. 53-80). ICLARS.
- Buttigloine, R. (1999). *La persona y familia*. Biblioteca Palabra.
- D'Agostino, F. (2003). *Una filosofía della familia*. Giuffrè editore.
- Durán Martínez, A. (2010). Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo. En C. Asiaín Pereira (Coord.) *Religión en la educación pública. Análisis comparativo de su regulación jurídica en las Américas, Europa e Israel*. Fundación Universitaria Española.
- Martínez-Torrón, J. (1999). *La influencia del Derecho Canónico en la evolución del derecho de familia angloamericano*. Universidad de Granada. https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17169/1/IC_Especial_88.pdf
- Navarro-Valls, R. (1996). Matrimonio, familia y libertad religiosa. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 12, 361-400.
- Otaduy, J. (2005). Recensión de La familia transversal de Francesco D'Agostino, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 21, 158-185.
- Palomino, R. (2007). Familia y Libertad Religiosa. *El Olivo*, 31, 65-66.
- Pereyra Heberling, A. (2012) Matrimonio en Uruguay: una propuesta a la luz de la libertad religiosa. En Asiaín, C., *Derecho y religión. Recopilación de estudios del curso de posgrado 2011*. 145-160. Universidad de Montevideo.
- Rivero de Arhancet, M. (2012). Sobre el derecho de familia y los negocios jurídicos familiares. *Revista de derecho*, 7(7), 227-248.

Rotondo Tornaría, F. (2010). La religión en la educación pública uruguaya: *régimen legal*. En C. Asiaín Pereira, (Coord.), *Religión en la educación pública*. Análisis comparativo de su regulación jurídica en las Américas, Europa e Israel. 247-258. Fundación Universitaria Española.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy