
LA FAMILIA COMO TITULAR DE DERECHOS Y LIBERTADES

CARMEN ASIAÍN PEREIRA¹

Síntesis

La familia como institución titular de derechos humanos y libertades fundamentales, ejercidos colectivamente. La familia en sentido amplio, extendido, más allá de la nuclear. La familia como titular de la libertad ideológica, de creencias y religiosa. El derecho de la familia como institución a mantener y transmitir sus valores, incluyendo el modelo de familia a que haya adherido y el ejercicio del derecho de los padres y tutores de transmitir a sus hijos la formación y educación conforme a sus creencias e ideología. La familia como titular de la libertad de expresión de su pensamiento y cosmovisión, y del derecho a conducirse de conformidad con la opción e identidad escogida. El anclaje constitucional y en el Derecho Internacional de los DDHH del derecho de los padres a elegir la educación ideológica, religiosa y moral para sus hijos. Conciliación de los derechos de que la familia es titular con los derechos de otros colectivos en ejercicio de su libertad ideológica. Rol del Estado. Desafíos para el ejercicio por la familia de estos derechos y libertades en contextos vulnerables. Desafíos para el Estado en su rol de gestor del bien común.

La familia como titular de derechos y libertades

“La familia es un obstáculo para el desarrollo libre e independiente de los niños para la construcción de la sociedad ideal, por lo que debe ser sustituida por formas colectivas de crianza que mitiguen la virulencia de los ligámenes de sangre y prioricen como valores primordiales las metas de esta sociedad en construcción”.

De forma explícita o implícita, éste ha sido el enunciado fundante de varios ensayos –reales, ficticios o programáticos– de algunas ideologías que han querido deconstruir la institución familiar por escapar a su control, suplantando los vínculos de parentesco por la lealtad al dogma político o ideológico reinante.

Ensayos reales, ficticios o programáticos, decíamos. Real fue el ensayo de los kibutz de las colonias en Palestina y luego en el Estado de Israel, que en su etapa inicial, luego superada, experimentaron una forma de educación enteramente comu-

¹ Dra. Carmen Asiaín Pereira, Presidente del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, www.libertadreligiosa.org. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República. Profesora de Derecho y Religión – Universidad de Montevideo y Facultad de Teología del Uruguay Mons. Mariano Soler y Profesor visitante en la Universidad Católica del Uruguay Dámaso A. Larrañaga. Doctorando en la Universidad Complutense de Madrid. Miembro de: ICLARS (International Center for Law and Religion Studies); Consejo Asesor Internacional, Revista de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, IUSTEL; Consejo Editorial de la “Routledge Series on Law and Religion”, Consejo Asesor Internacional de la Revista Latinoamericana de Derecho y Religión; Instituto de Derecho Religioso del Estado, Uruguay; Confraternidad Judeocristiana del Uruguay. Abogada. Socia del Estudio Brum – Asiaín. casaiinm@gmail.com

nitaria y socializada².

Más allá de los cuestionamientos éticos que podamos hacer a este tipo de experimentación con la crianza de seres humanos, cuyos resultados son irreversibles, lo cierto es que estos ensayos resultaron en un fracaso empírico, prueba de lo cual es su abandono por sus propios propulsores.

Así, *“Los cientos de kibutz que encandilaron a la progresía de medio mundo durante los primeros años de existencia de Israel” ... Lo cierto es que han cambiado y que ese cambio ha seducido a miles de israelíes, a los que la colectivización total asfixiaba. Tras décadas de declive, aquellos experimentos sociales que sorprendieron al mundo florecen de nuevo pero reformulados, de forma que hoy el individuo ha ganado terreno al grupo.*³

En aquella etapa experimental de los kibutz, los niños eran criados en casas especiales, *la casa de los niños, donde las madres dejaban a sus bebés a los tres días de parir y donde los cuidadores criaban a todos los niños del kibutz por turnos durante las noches.*

La justificación filosófica de la práctica era el fortalecimiento del carácter de los niños, para que desapegados de lazos sanguíneos, fueran forjadores independientes de la sociedad en construcción.

La primera reforma la lideraron madres que se negaban a abandonar a sus hijos por la noche⁴. Ello, y la constatación de la multitud de traumas infantiles que afloraron con los años, de parte de los niños diferentes —el gordo, el feo, el lento, el sensible— [que] cuentan, ya de mayores, que sufrían más de la cuenta sin tener al lado a unos padres que les ayudaran a amortiguar los golpes propios de la crueldad infantil.

Tan es así, que a quienes fueron protagonistas de dicha experiencia, incluso aspirantes a ingresar a los actuales kibutz donde esa práctica ya se ha desterrado, *como a muchos otros israelíes, la idea de colectivizar hasta los hijos le espanta. Las casas de niños ya no funcionan en ningún kibutz de Israel. Cada chaval duerme en casa con sus padres.*⁵

El experimento fracasó.

Ensayos ficticios, decíamos, y nos referimos como ejemplo a la sociedad opresora bajo el régimen totalitario imaginada por George Orwell en su profética obra 1984, escrita en 1948.

El Partido único dominante temía a todo lo que no podía controlar, por lo que es natural que intentara socavar instituciones como el matrimonio y la familia. Pero como

2 BUTTIGLIONE, R., *La persona y la familia*, Biblioteca Palabra, Madrid, 1999, pp. 270 – 275, con cita de B. BETTELHEIM, *I figli del sogno*, Milán, 1999

3 CARBAJOSA, A., *Regreso a los kibutz*, El País de Madrid, 20 ENE 2013, disponible en http://elpais.com/elpais/2013/01/16/eps/1358358236_516486.html (visitado 14/8/15), publicado también por el Comité Central Israelita del Uruguay, Noticias 21/1/13, http://www.cciu.org.uy/news_detail.php?title=regreso-a-los-kibutz&id=8563 (visitado 14/8/15).

4 CARBAJOSA, A. op. Cit.

5 CARBAJOSA, A., op. Cit.

la familia en sí misma no podía ser abolida, el Partido alentaba a los niños a espiar y denunciar a sus propios padres si éstos exhibían deslealtad, desviaciones o ideas contrarias al régimen. La familia invadida en su mismo seno por el Partido se había convertido en un brazo de la Policía del Pensamiento. El pensamiento mismo estaba siendo controlado.

Ensayo programático, pero con efectos que sólo podrán ser evaluados luego de un análisis crítico de la historia, son las provisiones de la Constitución de Cuba de 2003 sobre la relación entre padres e hijos. Como el objetivo fundamental del régimen, explicitado en su Preámbulo es la edificación de la sociedad comunista, en sede de Educación, la Constitución establece el deber de los padres de formar a sus hijos en el *ideario marxista, para la vida en la sociedad socialista*.

Como expresa Rocco BUTTIGLIONE⁶, la ilusión de que fuese posible construir formas de educación y de socialización que pudiesen sustituir a la familia en una sociedad masificada ha caído, habiendo la experiencia histórica demostrado, tanto en Oriente como en Occidente, que la hipótesis que postula su sustitución, carece de todo fundamento empírico. Lo mismo han demostrado los estudios de los antropólogos culturales como Margaret Mead⁷ y B. Malinowski⁸ –paradójicamente buscando otro resultado, como la ausencia del complejo de Edipo o de normas morales en materia sexual-, de los que surge que la estructura fundamental del complejo familiar y su función en la formación del niño permanecen invariables en las diversas culturas. No existen hombres generados en un lugar diferente de la familia y no existen sociedades sin moral sexual, prueba de lo cual es la condena universal del incesto, por ejemplo.

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 mínima medida necesaria para hacer posible la convivencia.

Así lo ha reconocido muy recientemente el **Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas** en la 29ª sesión en Ginebra, 3 de julio de 2015⁹, pidiendo la **protección de la familia** como unidad fundamental de la sociedad, reconociendo el **derecho prioritario de los padres de educar a los propios hijos**, invitando a todas las naciones a crear **políticas sensibles para la familia** y a reconocer sus obligaciones vinculantes para protegerla.

Es que el hombre es “*homo familiaris*”, por lo que la familia como institución natural *no necesita defensas. Por lo menos no necesita defensas intrínsecas porque sería como defender al hombre*¹⁰.

6 BUTTIGLIONE, R., *La persona y la familia*, Biblioteca Palabra, Madrid, 1999, pp. 270 – 275

7 MEAD, M., *Adolescencia, sexo y cultura en Samoa*, Planeta-De Agostini, 1985, reconociendo esto en *Sexo y temperamento en las sociedades primitivas*, Laia, 1981, citados por Rocco BUTTIGLIONE, op. Cit.

8 MALINOWSKI, B., *Vida sexual de los salvajes del noreste de la Melanesia*, Morata, 1975, citado por Rocco BUTTIGLIONE, op. Cit.

9 29ª sesión en Ginebra del Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 3 de julio de 2015, aprobada con 29 votos a favor, 15 en contra y 6 abstenciones.

10 OTADUY, J., recensión de *La familia transversal* de Francesco D’Agostino, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado

Y no es una creación del hombre, fruto de una cultura y una época determinadas. Es connatural al hombre. En ese sentido, es parte de su carga genética, parte de su ser ontológico.

*No está destinada a cumplir una función social determinada, sino que puede cumplirlas todas, desde las biológicas hasta las religiosas*¹¹, pasando –agregamos– por las **educativas** en diversos ámbitos, incluyendo la enseñanza, la contención emocional, las destrezas sociales y técnicas, 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’Agostino¹² 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 otra parte, ¿cómo llamamos a quienes consideramos muy cercanos? Los llamamos “hermanos”, incluso en metáforas aplicadas a la relación entre los Estados. Y a quienes admiramos o de quienes hemos procedido geográfica, política e históricamente, como padres “de la patria, de la escuela, el Padre Nuestro Artigas, la madre patria a España”. Y acudimos a terminología propia de la familia para representar lazos de cercanía, de protección, de solidaridad y hablamos de hermandad, paternalismo, maternal, hasta para referir a términos decimos “me resulta familiar”. Ejemplificamos lo que queremos destacar y ensalzar como sublime con términos pertenecientes a las relaciones familiares.

La fundamentación de aquellas políticas totalitarias que justificaban el desarme de la familia citadas y que han demostrado su fracaso, desconocían que la familia es la **institución democrática por excelencia**, propia de una sociedad auténticamente plural, respetuosa de la persona humana en su dignidad, que el Derecho recoge de la realidad para protegerla, sin pretender cambiarla ni imponerle determinada ideología en boga en ese tiempo y espacio determinados.

Pero, ¿qué establece nuestro Derecho respecto a la familia? ¿A qué postura filosófica, a qué axiología adhiere? ¿Cómo la concibe? ¿Acaso la protege?

Nos referiremos a las previsiones de las normas de mayor jerarquía, no sólo porque son las que pautan como señero los principios fundamentales, pilares de nuestro sistema, sino también porque estando plasmadas en instrumentos de primer orden, son las más estables. Así lo ha querido el soberano. Referimos, entonces, al Bloque de constitu-

(ADEE), Vol. XXI, Madrid, 2005, pp. 158 – 185.

11 OTADUY, J., op. Cit.

12 D’AGOSTINO, F., *Una filosofía della familia*, Giuffrè editore, Milán, 2003, obra recensionada por Javier OTADUY, ADEE VOL XXI, op. Cit.

cionalidad o Bloque de los Derechos Humanos, incluyendo las disposiciones de la Constitución y el Derecho Internacional y Regional de los Derechos Humanos sobre el punto.

El Bloque de Constitucionalidad protege a la institución familia

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Partamos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concretamente de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y sus protocolos adicionales.

Este derecho internacional de los derechos humanos integra el Bloque de Constitucionalidad o Bloque de los Derechos Humanos de forma indiscutible, cualquiera sea la postura que se adopte respecto a su jerarquía en el orden interno. La más conservadora sostiene su jerarquía constitucional¹³, por proclamar y desarrollar derechos inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno (art. 72 de la Constitución), por lo cual los derechos humanos proclamados y desarrollados por las declaraciones, tratados y convenciones se consideran parte de nuestra Constitución y valen como ella. Según otras posturas más ambiciosas –incluyendo la de quien suscribe–, el valor de estas proclamaciones de derechos y libertades fundamentales sería supra-constitucional, es decir, valdrían hasta por encima de la Constitución si ella se opusiera a aquellos¹⁴, por recoger el núcleo duro de derechos inalienables, imprescriptibles, inderogables de que el ser humano es titular por su sola condición de ser humano –conocido como *ius cogens* internacional o *derecho imperativo*– en aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹⁵.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁶ parte CONSIDERANDO *Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan **progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad**. Las instituciones jurídicas y políticas están al servicio del hombre, del hombre tal y cual es y no a la inversa.*

En su Preámbulo proclama que *Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Exhibiendo la adhesión a una axiología humanista, proclama: Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y re-*

13 Postura de la Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 365/09

14 CASSINELLI MUÑOZ, H., entre otros en lo nacional.

15 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre los Estados, 1969, Art. 26 “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”; Art. 27 “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”, Art 53 “*(...) una norma imperativa de Derecho Internacional es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como una norma que ni admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho Internacional general que tenga el mismo carácter*”..

16 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948

cursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

En esta clave, tras asegurar el *derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio*, derecho que será ejercido también por las familias como entes colectivos, declara en su art. V que *Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar*, así como el derecho de toda persona *a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella* (art. VI).

Porque el ser humano tiene el deber de *servir al espíritu con todas sus potencias y recursos, porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría* en términos del Preámbulo, y porque el Estado y el Derecho existen para asegurar al hombre las condiciones para el progreso espiritual y material —en términos de su CONSIDERANDO—, es que dentro del haz de derechos y libertades que la Declaración desarrolla como vía de realización de aquellos axiomas, reconoce el derecho a la *vida privada y familiar*, y el derecho de toda persona *a constituir familia*. Esta familia es catalogada como *“elemento fundamental de la sociedad”*, tan fundamental que la Declaración instituye en los Estados el deber de protegerla, cuando proclama el derecho que ésta tiene *“a recibir protección para ella”*.

La familia, jerarquizada como elemento fundamental de la sociedad, tiene derecho a su protección y como contrapartida, los Estados tienen el deber de brindar esta protección a la institución familiar. La Declaración no es indiferente respecto a las formas asociativas que puede asumir la conformación social; privilegia a esta institución natural.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en el mismo marco geográfico, vincula jurídicamente a los Estados parte mediante obligaciones recíprocas asumidas por éstos. El art. 17¹⁷ se titula específicamente **“Protección a la Familia”**, reconociéndola como *“el elemento natural y fundamental de la sociedad”* que *“debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”*, seguido del reconocimiento del *ius conubi*, la equiparación de responsabilidades de los cónyuges, la protección de los hijos y la igualdad de derechos de los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio, priorizando al ser humano.

Al plasmar el *Derecho al Nombre* (Art. 18¹⁸) incluye el derecho a llevar los *apellidos de sus padres o al de uno de ellos*, ofreciendo alternativas sustitutivas cuando esto no es posible. La identificación de la persona, que hace a su dignidad, se procesa dentro de la

17 **Artículo 17. Protección a la Familia.** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

18 **Artículo 18. Derecho al Nombre.** Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

familia.

Lo mismo hace el **Protocolo Adicional de San Salvador**¹⁹ en sus artículos 15 (**Derecho a la Constitución y Protección de la Familia**²⁰) y 16 sobre **Derecho de la Niñez**²¹ sea cual fuere su filiación. En éste se establece el **derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres**. Descartando modelos de crianza comunitaria establece que **el niño de corta edad no debe ser separado de su madre**.

Concibiendo un concepto de **familia extendida** y preocupándose de ésta en **condiciones de especial vulnerabilidad**, se dedica especialmente a los **ancianos** (art. 17²²) y de los **minusválidos** (art. 18²³) procurando que sus familiares puedan ser formados para la óptima convivencia y para su desarrollo físico, mental y emocional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos se alinea con estos mismos presupuestos axiológicos, desarrollando en su enunciado formas similares para concretar los derechos y libertades de un lado, y los deberes positivos de los Estados, de otro, para proteger a la familia. Más aún, escoge en su PREÁMBULO el uso del término “**familia humana**”, para subrayar la igual dignidad de todos los miembros de la humanidad, apelando al parentesco como forma de resaltar la igual dignidad entre los hombres y la solidaridad que debe primar para la consecución de los ideales de libertad, justicia y paz

19 Protocolo Adicional A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador", 11/17/88

20 **Artículo 15. Derecho a la Constitución y Protección de la Familia.** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

21 **Artículo 16. Derecho de la Niñez.** Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

22 **Artículo 17. Protección de los Ancianos.** Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a. proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c. estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

23 **Artículo 18. Protección de los Minusválidos.** Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a: a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; b. proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; d. estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

que persigue la Declaración.

En su art. 12²⁴ consagra la **inmunidad de la vida privada y familiar** que deberá estar libre de injerencias arbitrarias, ni de terceros ni de la autoridad. La Declaración **veda de forma explícita la intromisión del Estado y de terceros en la determinación de la ideología, cosmovisión, opción axiológica, moral, política y religiosa de la familia. La opción por determinado ideario –preexistente o diseñado por la propia familia– es un asunto de absoluta, exclusiva y excluyente competencia de la familia, que el Estado está llamado sólo a proteger y nunca a sustituir en dicha libre elección.** Y los Estados tienen la obligación, compromiso asumido en forma soberana frente al resto de los sujetos de Derechos Internacional Público, de dictarse leyes para asegurar tal protección a la familia contra injerencias y ataques.

Tras reconocer el derecho a todos *“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil” ... “sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión”* a **contraer matrimonio y fundar una familia**, coincide con la Declaración Americana al proclamar a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad (art. 16²⁵) agregando que *tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (ONU, 1966), concretando los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de DDHH, desarrolla su enunciado en forma de obligaciones jurídicas para los Estados. Proclama de forma paralela al contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la familia como *el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado* (art. 23²⁶) y los derechos de todo niño (art. 24²⁷).

Se constata una coincidencia sustancial en las proclamaciones de derechos y libertades a nivel regional –sistema interamericano– y universal –ámbito de la ONU–.

La Constitución uruguaya y la familia titular de derechos y libertades

La Constitución nacional exhibe a su vez una veterana tradición patria de adhesión a unos determinados **principios tutores de la familia** que han forjado nuestra naciona-

24 Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU, diciembre de 1948, Artículo 12: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

25 Decl Univ. DDHH art. 16: **Artículo 16.** 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

26 **Artículo 23.** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

27 **Artículo 24.** 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

lidad, coincidente con la concepción familiar consagrada en el Derecho Internacional citado.

La Constitución erige a la familia, antes bien, la reconoce como titular de derechos y libertades²⁸.

Los derechos humanos y libertades fundamentales no son sólo de titularidad individual. Casi todos los derechos y libertades tienen una dimensión colectiva, tanto desde el punto de vista de quienes los detentan como de su ejercicio. Ello se debe a que el Derecho no puede sino reconocer –porque es un dato de la realidad tal y cual se le presenta- que el ser humano es un ser gregario, desde la prehistoria, de forma transversal a todas las culturas a todo lo ancho y largo del globo y en todos los tiempos. Es un ser *en relación con los demás*. Se agrupa. La familia aparece desde tiempos inmemoriales como la molécula base por excelencia de la sociedad.

Pero volvamos a los derechos colectivos, o al ejercicio colectivo de los derechos y libertades. Tomemos a la libertad de expresión, que se ejerce individual o colectivamente y es siempre frente a otros, presuponiendo una interacción entre el los emisores y el o más frecuentemente los receptores. En ella anclan las protegidas libertades de comunicación del pensamiento y la libertad de prensa, cuyo ejercicio es siempre de titularidad colectiva, es decir, de y ejercido por un grupo de personas.

Lo propio puede determinarse en relación a las libertades de reunión y asociación –intrínsecamente colectivas- y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, que prevé una dimensión colectiva de ejercicio, que es la propia y más frecuente en el ejercicio de estas libertades del espíritu.

Hasta el principio de igualdad está pensado para asegurar la titularidad por todos –individual o colectivamente considerados- de los mismos derechos y el consiguiente derecho a su ejercicio.

Pues de igual forma, la familia como ente colectivo, es titular de derechos y libertades. ¿Cuáles son, amén de los proclamados por el Derecho Internacional?

La familia en la Constitución

Se suele citar el artículo 40 de la Constitución que proclama a la familia como la base de la sociedad, de forma concordante con el derecho internacional de los derechos humanos. Sin perjuicio de volver sobre esta disposición, detengámonos antes –por haberlo así hecho el constituyente- en las primeras menciones de la familia que hace el texto.

28 Conforme, DELPIAZZO, C. en Clase inaugural del curso RELIGIONES DEL MUNDO EN PERSPECTIVA INTERDISCIPLINARIA, La Libertad Religiosa: eje de las relaciones Religión - Derecho - Sociedad, Universidad Católica del Uruguay Dámaso A. Larrañaga, 2015, analizando la Carta Magna a la luz del Año de la Familia, en que deslinda tres posibles enfoques para el abordaje de la institución familiar: 1) la familia desde la realidad uruguaya, 2) los derechos de base de la familia y 3) los derechos que la familia tiene frente al Estado y las correlativas obligaciones del Estado no sólo de hacer y de dar, sino también de abstención.

“Familia” aparece en el temprano artículo 3²⁹ como un **concepto que no requiere definición**, e inmediatamente en la Sección “Derechos, Deberes y Garantías” protegiendo en primer término el **ámbito espacial y temporal de la familia** en el art. 11 cuando 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.

Nótese que esta disposición no protege el derecho de propiedad, tutela que es provista por el art. 32³⁰. Protege el hogar, **seno de la familia**, donde ésta vive y se desarrolla. El concepto hogar no se circunscribe sólo a un inmueble; alcanza a aquel espacio y tiempo donde la familia vive. 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; téngase presente que la expresión “la casa” de alguien (por ejemplo, de familias reales, como “la casa de los Austria” o “la casa de los Borbones”) refiere a la familia, por lo que esta disposición constitucional tiene como principal sujeto de protección a la familia allí donde vive. Nótese también que cuando la Constitución quiere elevar el grado de protección de este hogar, lo llama apelando al lenguaje religioso, un “**sagrado inviolable**”. No utiliza esa terminología al establecer la protección de la propiedad privada, a la que nomina en el art. 32 como “derecho inviolable, **pero** sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general”. Y aún prevé que este derecho de propiedad puede ser privado -caso de las expropiaciones- por necesidad o utilidad pública y mediando una compensación.

La impenetrabilidad e inviolabilidad del hogar en la especial situación de vulnerabilidad de la noche es **absoluta**, no admite excepciones. Y durante el día queda reservada sólo a la autorización escrita del Juez, no de cualquier autoridad administrativa y además, a la previa habilitación legal.

Esta disposición constitucional también arroja luz acerca de quién representa jurídicamente al grupo familiar: es el **jefe de hogar** el único habilitado para autorizar el ingreso al hogar de noche, momento de la máxima vulnerabilidad de la familia que amerita la máxima protección de su **intimidad**. ¿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 ...

Más adelante propenderá a la constitución del llamado “**bien de familia**” (art. 49³¹)

29 Artículo 3°.- Jamás será el patrimonio de personas ni de familia alguna.

30 Artículo 32.- La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda.

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

para asegurar por lo menos una vivienda al grupo familiar. En el reconocimiento del derecho sucesorio (art. 48³²) queda 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. 74³³). 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 constituida en la República**” (arts. 75 literal A³⁴ y 78 inciso primero³⁵).

La protección directa y explícita de la familia en la Constitución

La protección franca, amplia y profunda de la institución familiar es provista por el art. 40:

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.

Si define a la República Oriental del Uruguay como *la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio* (art. 1), entonces podemos afirmar que nuestra 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 en sí misma (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*. La Constitución no descansa tras la mera adhesión a un valor como el de la familia ni se limita a la proclamación de principios, derechos y libertades de la familia. Va más allá y para propender a la **efectividad** de dichos derechos y libertades, haciendo honor al título de la Sección “Derechos, Deberes y Garantías”, instituye como garantía del goce de dichos derechos, unos deberes al Estado consistentes en que vele por su estabilidad moral y material. **El Estado está obligado a un hacer para la efec-**

32 *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.*

33 *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.*

34 *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.*

35 *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.*

tividad de los derechos, para que no quede en vano la proclamación de los mismos. Y como contrapartida, las familias como entes colectivos tienen 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*.

Pero en un Estado no confesional, neutral en materia moral y religiosa como el Estado uruguayo³⁶, éste es incompetente en materia moral. Es decir, no podría hábilmente, sin violar su neutralidad, imponer una u otra determinada postura en materia moral. Un Estado de Derecho que se autodefine como no confesional debe por imperativo democrático y exigencia del pluralismo, 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** —ya reconocido por el Derecho internacional de los Derechos Humanos— consagrado en la propia carta, además, como un deber en el artículo siguiente, 41.

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.

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 familia tiene derecho a cuidar y educar a los hijos según su propia concepción ideológica, moral y creencias

y el Estado debe facilitararlo.

La titularidad del derecho a elegir la forma de cuidado y educación de los hijos corresponde a los padres o curadores.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce el mismo derecho a los padres. Recordemos la inmunidad de coacción reconocida a la familia, asegurándole un

³⁶ Art. 5: *Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. ...*

ámbito de autodeterminación y de acción libre de toda injerencia (arts. 12 de la Declaración Universal, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y normas paralelas del sistema interamericano).

Pero además se ocupa específicamente de atribuir a los padres el derecho de elegir la *educación moral y religiosa* para sus hijos (arts. 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otras normas):

Conv. IDH art. 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.*

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 18 literal 4:

4. *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

Por otro lado, según ha interpretado el Comité de Derechos Humanos de la ONU desarrollando el artículo 18 de este Pacto, *El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del artículo 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas³⁷..., protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio³⁸.*

Los padres de familia son quienes determinan el ideario, conjunto de principios axiológicos, creencias, cosmovisión que transmitirán a sus hijos y que por tanto sosten-

37 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), párrafo 1

38 Observación General citada, párrafo 2: 2. *El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio.*

drá 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 intervendrá 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:

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.

En materia de cuidado de la salud, tal como lo establece el art. 44 de la Constitución, 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 determinan la postura moral del grupo familiar, garantizar la concreción de esta libre elección.

En materia de **educación** queda establecido el principio general de la libertad de enseñanza (art. 68³⁹), limitándose *“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 reiterando 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.**

Si exonera de impuestos a las instituciones privadas de enseñanza, como subvención por sus servicios, es porque brindan un servicio que es previamente valorado por el constituyente, en esta tríada de relaciones entre los padres que ejercen el derecho de escoger la educación para sus hijos, los hijos y las instituciones educativas y sus docentes.

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*⁴⁰.

Pues la neutralidad intelectual, en materia ideológica y moral no existe⁴¹; toda postura, por más aséptica que se presente, responde en último término a una determinada toma de partido en un sentido u otro⁴², por lo que no existe una enseñanza ideológica o

39 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.

40 PALOMINO, R., *Familia y Libertad Religiosa*, El Olivo XXXI, 65-66 (España, 2007), 139-162, citando sentencia del Tribunal Constitucional español de 13 de febrero de 1981, N° 5/1981, Fundamento del Derecho Séptimo

41 ASIAÍN PEREIRA, C., *Algunas Reflexiones acerca de la Libertad Religiosa en el Uruguay*, en *Anuario Argentino de Derecho Canónico* T. X, 2003

42 ARAUJO AZAROLA, M. C., “La Neutralidad Intelectual no existe”, artículo publicado en “SOLERIANA”, Revista de la Facultad de Teología del Uruguay “Monseñor Mariano Soler”, Año XXVI, N° 15 – 2001/1. “Psicológicamente, un

religiosamente aséptica⁴³. 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 padres⁴⁴.

La Constitución exhibe una profunda preocupación por la formación y estabilidad moral de los menores, 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, legitima que según éstas 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 virtudes⁴⁵.

Esto nos conduce a otro haz de derechos y libertades de titularidad de la familia, pues están todos interconectados e interrelacionados entre sí, de forma que afectado uno de estos derechos o libertades, se afecta al conjunto, dada la integralidad 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 se le cercene su derecho a proclamar la escogida.

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?

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

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?

43 PALOMINO, R., op. Cit.

44 PALOMINO, R., op. cit

45 PALOMINO, R., op. Cit.

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. Pero no es libre quien no conoce. **La formación moral que le impartan 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 e 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. 11⁴⁶ haciendo derivar este derecho del reconocimiento de la dignidad de la persona y Pacto Internacional e Derechos Civiles y Políticos art. 17⁴⁷).

La familia es titular de la libertad de expresión en relación a estas ideas de que se apropia, de los principios morales que abraza y de la religión o creencias a que adhiere. No sólo provee el respaldo jurídico a esta proyección la libertad de expresión consagrada en todos los textos de derechos humanos. Estos mismos textos a su vez se han preocupado, en el ámbito específico de las libertades del espíritu, de consagrar el **derecho al proselitismo**. El art. 12 de la Conv. IDH en sede de Libertad de Conciencia y Religión declara:

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.*

Se reconoce el derecho de la familia (forma de ejercicio en comunidad con otros, colectivo, de la libertad de conciencia y religión) a “**propagar su fe**”, es decir, el derecho de proselitismo⁴⁸: *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*⁴⁹.

46 **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.

47 **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.

48 PALOMINO, R., op. Cit.

49 PALOMINO, R., op. cit

Las instituciones escogidas por los padres tienen derecho a sostener, transmitir y enseñar su ideario

Son los padres los titulares del derecho *a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones* (Conv. IDH art. 12.4). *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*, reza el art. 41 de la Constitución.

Los padres ejercen este derecho y desarrollan el cuidado y educación de los hijos en el seno de la familia, dentro de una formación integral que no se limita a la trasmisión de conocimientos ni al entrenamiento en destrezas.

Pero para determinados conocimientos técnicos, prácticos, necesarios para la vida en sociedad y que quizás exceden su capacitación, se apoya en instituciones educativas en todos los niveles. **Los padres en ejercicio de su derecho a elegir la educación para sus hijos conforme a sus convicciones delegan parte de la enseñanza en el sistema educativo, sin renunciar a su derecho, al contrario, eligiendo las de su agrado.**

Y estas **instituciones educativas** escogidas por los padres –allí donde la elección es posible sin importar las posibilidades económicas de los padres- estas instituciones **de tendencia** no solo **tienen derecho a sostener determinado ideario**, a inculcarlo, transmitirlo, presentarlo como perseguible a los estudiantes y docentes, sino que de forma concomitante estas instituciones tienen el **deber** de impartir una enseñanza alineada con el ideario que la identifica y por el cual los padres la han escogido.

No sólo confluye la **libertad de asociación** (art. 39 de la Constitución⁵⁰) y específicamente en materia ideológica, moral y religiosa (art. 16 Conv. IDH⁵¹), libertad de la que se deriva el derecho de **conducir su vida institucional de conformidad con la doctrina o conjunto de ideas o principios** alrededor de los cuales la asociación ha decidido constituirse. El debido respeto de la autonomía de las entidades definidas en torno a un ideario, unos principios o una doctrina incluye el derecho a **mantener su identidad y a no ser constreñidas a contrariar su definición doctrinal, haz de derechos y libertades que conforman la llamada libertad de ideario institucional.**

No sólo coadyuva la **libertad de empresa** (Constitución art 36⁵²) y la **de cátedra y expresión referida a la institución de tendencia en sí.**

Entran en juego en esta **relación triangular** entre padres, institución educativa y alumnos más de una libertad que debe ser contemplada y que arroja proyecciones sobre otros campos y otros sujetos.

50 Constitución Art. 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.”*

51 **Artículo 16. Libertad de Asociación.** 1. *Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.* 2. *El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.*

52 **Artículo 36.-** *Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.*

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General N° 22 citada⁵³ opina (sic) *La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18.*

Existe un **contrato educativo** —explícito o implícito— entre los padres y la institución: ante la elección de los padres, es una y no otra la orientación en materia ideológica, moral y religiosa que debe ser impartida. Si los estudiantes gozan de autonomía, serán ellos los sujetos de este contrato educativo, ellos quienes optan y exigen. Existe, por tanto, un **derecho** pero también un **deber de la institución** educativa de impartir una educación con determinada tendencia, no neutral (con lo cual defraudaría a quienes la eligieron), ni tampoco de contenido contrario, opuesto o matizado respecto al ideario sostenido y elegido por los legitimados para ello.

Ello impacta en la **relación de la institución con sus dependientes** especialmente los docentes, a los que la institución puede exigir unas obligaciones intensificadas de lealtad hacia la institución y su doctrina, deberes de lealtad que serán más intensos cuanto más sensible sea la función desempeñada para los fines institucionales y sus principios⁵⁴.

El empleador cuya ética se funda en una religión *puede exigir de sus trabajadores una obligación de lealtad*⁵⁵. Ello es consecuencia de la autonomía de la institución⁵⁶.

Es que de otro modo, se vulnera el derecho a la *transmisión de las creencias a través de la enseñanza*, contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión colectiva⁵⁷.

Riesgos o dificultades

para el ejercicio de los derechos y libertades de la familia

La libertad religiosa de la familia y las formas de celebración del matrimonio

Es parte del contenido del derecho de libertad religiosa el derecho de toda persona de celebrar los ritos, sacramentos y preceptos de la confesión religiosa a que ha adherido,

53 Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).

54 Conforme, conclusiones del XIII Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, sobre *Autonomía de las entidades religiosas*, Richmond, Virginia, EE.UU., 2013, (conclusiones XI a XIV), disponibles en www.libertadreligiosa.org

55 PUPPINCK, G., *El "Principio de Autonomía" de la Iglesia Católica ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El caso Fernández Martínez contra España*, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 28 (2012), IUSTEL, Revistas@iustel.com, p. 5 y en la síntesis del *amicus curiae* presentado por el *European Centre for Law and Justice* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) presentadas en el caso Fernández Martínez contra España

56 TEDH, N° 56030/07, *Fernández Martínez contra España*, Sentencia de la Gran Sala de 12/6/2014, § 127, 128, 129, traducción de la autora. *Como consecuencia de su autonomía, las entidades religiosas pueden exigir grados de lealtad de parte de aquellos que se desempeñan para ella o que la representan* (§ 131).

57 CAÑAMARES ARRIBAS, S., *El control jurisdiccional de la autonomía de la Iglesia*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Ene-jun 2009, Vol. 66, N° 166, REDC 66 (2009), pp. 275-292

tal como lo desarrolla el art. 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁸, manifestaciones externas que son parte de la práctica religiosa garantizada también por el art. 5 de la Constitución⁵⁹.

La unión conyugal y la celebración del matrimonio son en la mayoría sino en todas las confesiones religiosas, ritos religiosos, y para los creyentes, los realmente válidos y constitutivos de su vínculo matrimonial. A ese derecho hace referencia la **Declaración Sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones**⁶⁰ (ONU, 1981), al comprender dentro del derecho de libertad religiosa, las manifestaciones externas de *practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción*⁶¹.

En el mismo sentido, la Observación General N° 22 del Comité de Derechos Humanos de la ONU⁶² 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*⁶³.

Se dirá en Uruguay que nada impide que los fieles de las diversas religiones celebren su unión matrimonial de acuerdo a las ceremonias religiosas de su creencia, siempre que antes acrediten haber celebrado el matrimonio oficial ante el Registro Civil. Al respecto, planteamos tres situaciones problemáticas que se han planteado, o pueden plantearse.

Un obstáculo se plantea a la celebración de un sacramento en momentos en que los

58 **Artículo 18.1.** *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.*

59 **Artículo 5°.** - Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay.

60 A.G. ONU, Res. 36/55 de 25/11/1981

61 **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; ...*

62 Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).

63 4. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias puede ejercerse "individual o colectivamente, tanto en público como en privado". 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. El concepto de culto se extiende 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, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto. La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo. Además, la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosas.

funcionarios registrales ejercen sus derechos sindicales de huelga, con lo cual los Registros no funcionan. Nos encontramos en estos casos, con que una medida gremial sumada a una norma estatal que prohíbe y castiga con prisión al sacerdote o pastor que celebre un matrimonio religioso sin haber antes constatado la unión civil, redundante en el **cercenamiento y anulación de la libertad religiosa de los creyentes**, a los que una norma estatal vetusta y no actualizada (casi sino única en el derecho comparado), norma penal en el Código Civil, les veda de celebrar un rito religioso.

Otro tipo de obstáculo, pero vinculado con el anterior se plantea a las personas que, aún funcionando el Registro de Estado Civil, quisieran poder (más aún, tienen derecho a) **celebrar una unión matrimonial de conformidad con sus creencias** (por ejemplo, de forma indisoluble, con *fórmulas* sacramentales adecuadas a sus creencias, etc.).

Tercer obstáculo, salvable y su solución. La problemática planteada ut supra y la inclusión de fórmulas sacramentales adecuadas a las creencias de los fieles de las diversas religiones del país, podría sin problemas implementarse otorgando **efectos civiles a los matrimonios religiosos**, asegurándose los requisitos de registro y publicidad, sin obligar a que los creyentes se casen dos veces. Se trata nada más que de una de las manifestaciones concretadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en la Observación General N° 22 citada, *actos rituales y ceremoniales, empleo de fórmulas, ritos asociados con determinadas etapas de la vida ritos asociados con determinadas etapas de la vida*.

Respecto al matrimonio indisoluble electivo, es decir, que exista como opción de los contrayentes no un solo tipo matrimonial, sino también otros que se adapten a sus creencias, ha dicho NAVARRO-VALLS que *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*⁶⁴. Nuestro Derecho ha sido sumamente receptivo a reclamos de varios colectivos, adaptando el derecho matrimonial con innovaciones que exhiben amplitud para satisfacer sus demandas. Éste es un reclamo real también, respaldado por el derecho de libertad religiosa.

Los recientes casos de las uniones conyugales entre los expresos de Guantánamo y mujeres uruguayas según el rito islámico y el debate suscitado, han vuelto a traer este planteamiento a la actualidad, interpelando no sólo la ultra vigencia del delito penal en que incurre el ministro de culto por celebrar el rito sin la previa constatación del matrimonio civil, sino también la duplicación innecesaria de la celebración –civil y religiosa-, reclamo de antaño de varias confesiones religiosas, además de la inexistencia de formas matrimoniales ajustadas a las creencias y voluntad de conducirse de conformidad con ellas de los creyentes.

La familia en contextos vulnerables y el derecho a la trasmisión de las creencias

El constituyente no sólo exhibe una sensibilidad por las familias en contextos vulnerables, sino que además provee a su auxilio.

64 NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio, familia y libertad religiosa*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado Vol XII, Madrid, 1996, p. 389

Además de la protección de la intimidad del hogar, sobre todo en la noche (situación de mayor vulnerabilidad), dispone la creación de **auxilios compensatorios para las familias numerosas** (art. 41), así como la **intervención estatal en caso de abandono, explotación o abuso**. Equipara los deberes de los padres para con los hijos habidos fuera del matrimonio con los deberes para con los habidos dentro del matrimonio (art. 42), inclinándose por la protección de la **familia natural** y los vínculos de sangre, sin desmedro de otras formas. Provee a la **asistencia de la mujer embarazada, cualquiera sea la condición o el estado de la mujer**, sobre todo en caso de desamparo.

Prevé regímenes especiales para la **delincuencia infantil**, ordenando que en los mismos se otorgue **participación a la mujer** –entendiéndose por tal a la madre del infante-, por reconocer evidentemente, el derecho de ésta sobre la rehabilitación del hijo y su influencia.

La pobreza como obstáculo al ejercicio de los derechos de los padres de escoger la educación moral y religiosa de sus hijos conforme a sus creencias.

Un contexto de especial vulnerabilidad de las familias es la pobreza y sin que alcance extremos de indigencia o marginación, la escasez de recursos materiales con que solventar una educación de elección para sus hijos.

La Constitución uruguaya y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocen en derecho de los padres a elegir la **educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones** (art. 12.4 Conv. IDH y art. 18.4 Pacto IDCyP). Con una formulación más tímida, lo propio surge de la Constitución uruguaya (art. 69 in fine). Consagrado este derecho, se revela el **correlativo deber del Estado de proveer para que esta elección sea posible**, es decir, para que los padres puedan elegir aquellas instituciones de enseñanza para sus hijos que esté conforme con sus creencias.

El obstáculo para el efectivo goce de este derecho se verifica en países como el nuestro –uno de los pocos de la región y del mundo occidental- en los que la Educación Pública no ofrece esa opción, por lo cual los padres de pocos recursos no pueden ejercer este derecho. Varios han sido los modelos escogidos por el derecho comparado para dar cumplimiento a este deber estatal y satisfacer el derecho de los padres. El modelo del FONASA vigente en nuestro país para la salud es un sistema imitable para la educación.

Los derechos y libertades de la familia y las situaciones de aparente conflicto con otros derechos

Las innovaciones introducidas por leyes recientes en varios terrenos que son sensibles a la moral y a las creencias (como las cuestiones relacionadas a la salud sexual y reproductiva, comienzo y fin de la vida humana, modelos de matrimonio y filiación, adopción, trasplante de órganos y tejidos y su donación compulsiva, legalización de cannabis, entre otros) interpelan de diversas formas a las familias, en punto a la postura moral a asumir a su respecto. A su vez, la introducción de estas prácticas –algunas recién extraídas de los códigos penales- lícitas tiene un impacto en la educación, afectando

los contenidos educativos y los modelos tradicionales.

Nuestro derecho reconoce hoy distintos modelos de organización familiar admitidos por la ley, algunos equiparados no sólo en derechos, sino en también en su denominación a instituciones de larga tradición patria.

Pero **la sociedad es plural**. Es plural y **democrática**. Existen quienes habilitados por la ley adoptan esas formas. Existen quienes en ejercicio de la libertades de expresión e ideológica, más aún, en uso de la libertad de creencias en el sentido amplio propuesto por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (que *abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias*⁶⁵, *las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia, entendiendo los términos “creencias” y “religión” en sentido amplio*), ejercen el derecho de proselitismo y promueven que otros ingresen en dichos modelos matrimoniales, valorándolos positivamente. Existen quienes, sin apoyar ni negar la filosofía fundante, defienden el derecho de cada persona humana de organizar su vida privada y familiar según su discernimiento, es decir, abogan desde el Derecho.

Y coexisten con todas esas expresiones de pluralismo democrático quienes defienden para sus familias, para la trasmisión de valores dentro de ellas y para formación de sus hijos, el modelo de familia tradicional.

¿Sería legítimo desde el punto de vista jurídico, más aún desde los postulados del pluralismo, **discriminar** a éstos últimos en una sociedad democrática? **¿Discriminaremos a aquellas familias que sostengan ideales que no se consideran políticamente correctos hoy y aquí por algunos grupos?**

¿Sería conforme a Derecho **reprimir, censurar, vedar el derecho de esos padres a la formación de sus hijos?**

¿Será hábil **constreñir a las instituciones educativas** -en cualquiera de los niveles de educación- a quien los padres encomiendan, en quienes delegan, a quienes confían una determinada y no otra educación para sus hijos, a que abandonen sus principios y adopten una ideología impuesta?

¿Podrían las instituciones educativas **defraudar** a sus contrapartes en el contrato educativo -ya sean los padres o los estudiantes-, es decir a quienes han escogido a éstas y no a otra institución justamente por razón de su filiación, su postura ideológica, moral o religiosa, por sostener un determinado ideario?

Si el Estado pretendiera **suplir** el deber y derecho de los padres de disponer el cuidado y educación de los hijos conforme a sus creencias, imponiendo unos determinados contenidos educativos y vedando otros por oponerse a las ideologías en boga o políticamente correctas, incurriría en una serie de **antijuridicidades** y en último término en **negación del ideal de justicia**.

⁶⁵ 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), párrafo 1

En primer lugar un Estado que impusiera determinados contenidos educativos alineados con determinada postura en materia ideológica, moral o de convicciones, **violaría su debida neutralidad en materia ideológica, moral y de creencias**. Estaría tomando partido por una postura entre otras en un terreno en el que es incompetente, sustituyendo el juicio moral de absoluto resorte de los padres de familia y de los propios estudiantes, seres humanos. Pues la neutralidad estatal, siguiendo a **Hervada**: “*supone una determinada actitud de los poderes públicos frente al fenómeno religioso, ... una incompetencia ... en materia religiosa, tanto en orden a imponerse mediante coacción o sustitución a los individuos, como ... a coexistir o concurrir con estos últimos en tanto que posibles cotitulares del acto de fe o en la práctica de la fe religiosa, las creencias o las convicciones ideológicas o religiosas*”⁶⁶. Con ello faltaría por cierto, a su deber de *buena administración*, exigencia del artículo 311 inciso segundo constitucional⁶⁷.

En segundo lugar **violentaría la Constitución y los Derechos Humanos**, desconociendo el derecho prioritario de los padres y **su cualidad subsidiaria**, exhibiendo caracteres de los regímenes totalitarios que invaden el ámbito sagrado del seno del hogar y los vínculos de sangre, desautorizando a los padres.

Un Estado que tal pretensión concretara **atentaría en definitiva contra la dignidad de la persona humana de forma irreparable**. ¿Cómo podría repararse a las víctimas de tal experimentación? Los ideales de libertad y justicia quedarían defraudados.

Por otro lado, **¿es que acaso los nuevos derechos, las nuevas ideologías, los nuevos modelos incorporados vienen a sustituir a los derechos veteranos que forjaron las bases de nuestra nacionalidad?**

¿No es más democrático habilitar la **coexistencia** de todos estos modelos y derechos de forma que convivan sino armónicamente, al menos en un espíritu de diálogo y tolerancia?

¿No es más propio del ideal republicano **que el Estado se mantenga al margen** –por ser incompetente- en materia moral, para habilitar todas las expresiones, sin imponer una de forma exclusiva y excluyente constriñendo a personas, grupos familiares e instituciones educativas?

La persona humana es libre. La familia también es libre. Goza de la libertad para autodeterminarse y adoptar la posición de su elección en materia ideológica, moral y religiosa y ostenta el derecho de conducirse en sociedad de conformidad con dicha opción, y aún de transmitir dentro de su seno dicha postura, divulgarla para hacer prosélitos, defender dentro de la sociedad los principios que abraza, escoger para sus hijos las instituciones cuyo ideario coincida con el escogido y exigir que éstas impartan esa y no otra formación alineada a sus hijos.

⁶⁶ Cfr. HERVADA, J. “Pensamientos sobre sociedad plural y dimensión religiosa”. *Ius Canonicum*. Vol. XIX. No. 38 (1979). P. 74;

⁶⁷ Constitución, Artículo 311: “*Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte. Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.*”

Para que estos derechos y libertades sean posibles de concretar y sean efectivos, las instituciones mandatarias han de poder impartir una educación alineada con su ideario, en libertad. Es ésta una exigencia del respeto por el pluralismo ideológico y de creencias. Se compromete nuevamente el deber de *buena administración* (art. 311 inciso 2° de la Constitución), en cuanto a la *gestión pública del factor religioso en la sociedad*⁶⁸.

Pues la verdadera libertad (política, ideológica, de conciencia y religiosa en sentido amplio) implica necesariamente la coexistencia de concepciones diversas, diferentes e incluso opuestas no sólo a la propuesta por el gobierno de turno, sino también a cualquier otra que prime en la sociedad. Es éste un presupuesto de la democracia plural. Lo contrario implicaría una **discriminación por razón de las creencias, vedada también por el Derecho**⁶⁹.

Al Estado le compete garantizar, proveer, facilitar, desplegar su accionar para que estos derechos y libertades sean efectivamente ejercidos. El Estado Social y Democrático de Derecho es aquel que cumple efectivamente con los “deberes positivos del Estado”, es decir, un Estado que se involucra en un hacer para la efectividad de los derechos, en lugar de simplemente abstenerse de invadir la esfera privada⁷⁰. Pues “No basta ni es tan fácil proclamar simplemente en la Constitución la existencia de determinadas libertades si no se las completa con garantías adecuadas”⁷¹.

La familia tiene derechos frente al Estado y éste tiene deberes frente a ella, sin importar la postura filosófica que su gobierno de turno aliente.

Como proclama el Pacto de San José de Costa Rica multicitado, los derechos de la familia tienen como correlativo los deberes de los demás:

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

68 PALOMINO, R., *Laicidad, laicismo, ética pública: presupuestos en la elaboración de políticas para prevenir la radicalización violenta*, en MARTÍN SÁNCHEZ, I. y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, ISBN: 978-84-7392-737-6, p. 63

69 Declaración Sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, A.G. ONU, Res. 36/55 de 25/11/1981, **Artículo 2. 1. Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares. 2. A los efectos de la presente Declaración, se entiende por “intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones” toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.**

Ídem, la Ley N° 17.817, Lucha Contra el Racismo, la Xenofobia y la Discriminación, D.O. 14 set/004, (art. 1), *entendiendo por discriminación “toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o ejercicio de violencia física y moral, basada en motivos de raza, color de piel, religión, origen nacional o étnico, discapacidad, aspecto estético, género, orientación e identidad sexual, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (art. 2).*

También Protocolo de San Salvador, Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Artículo 3. Obligación de no Discriminación “... por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, ...”

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16/12/1966, Artículo 2, 2 “Los Estados Partes (...) se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos (...), sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política ...”

70 Korseniak, J., “Primer Curso de Derecho Constitucional,” Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 347

71 CASSINELLI MUÑOZ, H., *Derecho Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo (2002), p. 109

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

La familia es titular de derechos y libertades porque está formada por personas de carne y hueso que tienen derecho a ser reconocidas en su dignidad. Y para estas personas lo más importante es su familia.

Para culminar

Citamos unas reflexiones recientes de LEONARDO GUZMÁN que al celebrar un nuevo aniversario de la reforma constitucional de 1917-1919, resultan pertinentes por exhibir el criterio de delimitación del poder de las autoridades públicas, que debe partir por respetar a los destinatarios del gobierno y del Derecho: a las personas:

“El 30 de julio de 1916 inauguró una tradición que el Uruguay iba a honrar muchas veces: decirle a los gobernantes que su poder se topa con fronteras infranqueables, en los sentimientos y las convicciones de sus conciudadanos. En aquellos días, los europeos, inmersos en la Primera Guerra, ya tenían semillas y fermentos de apoyo a gobiernos totalitarios. La ciudadanía uruguaya, en cambio, afirmaba la independencia de su criterio, incluso frente al gobernante que mejor había construido su paz: el poder entero, a nadie.”⁷²

Entonces, ¿Por qué proteger a la familia? ¿Por qué lo hace el Derecho?

Respondo con las palabras del título de la jornada: Entorno familiar y desarrollo social, por el “el capital social de la familia y su importancia en el desarrollo del individuo y la comunidad”.

72 GUZMÁN, L., *99 años y el mañana*, El País, 31/7/15