





# Revista de Derecho

Publicación arbitrada de la  
Universidad Católica del Uruguay



# REVISTA DE DERECHO

PUBLICACIÓN ARBITRADA

DE LA

UNIVERSIDAD CATÓLICA

DEL URUGUAY 02

2007

## CONSEJO DE REDACCIÓN

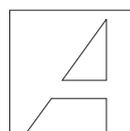
*Juan Carlos Peirano*

*Martín Risso Ferrand*

*Eugenio Xavier de Mello*

## SECRETARÍA DE REDACCIÓN

*Gabriela Aguirre Grompone*



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Monteideo

De esta edición:

© 2007 UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY  
8 de Octubre 2738 - CP 11600, Montevideo  
Teléfono 487 2717 - Fax 487 0323  
Internet: <http://www.ucu.edu.uy> - Correo electrónico: [secinfor@ucu.edu.uy](mailto:secinfor@ucu.edu.uy)

© 2007 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlin

República Federal de Alemania

Telefax: (#49-30) 269 96 0

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974 - Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: [ius@kasuy.org](mailto:ius@kasuy.org)

[www.kas.de](http://www.kas.de)

#### Corrección

María Cristina Dutto

Paginado, impreso y encuadernado en Mastergraf s.r.l.

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60\*

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: [mastergraf@netgate.com.uy](mailto:mastergraf@netgate.com.uy)

Depósito legal 343.290 - Comisión del Papel

Edición amparada por el Decreto 218/96

ISSN 1510-3714

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Por correspondencia y envío de material dirigirse a:

Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Av. 8 de Octubre 2738, CP 11600,

Montevideo, Uruguay. Teléfonos (5982) 487 2717\* - Fax (5982) 487 5225. E-mail: [fderecho@ucu.edu.uy](mailto:fderecho@ucu.edu.uy)

Todos los derechos reservados.

Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en, o transmitida por, un sistema de recuperación de información, en ninguna forma, ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro medio conocido o por conocer, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

## AUTORIDADES INSTITUCIONALES

---

MONS. DR. NICOLÁS COTUGNO FANIZZI SDB  
*Gran Canciller*

P. JUAN JOSÉ MOSCA SJ  
*Vice Gran Canciller*

P. ANTONIO OCAÑA SJ  
*Rector*

DR. JOSÉ AROCENA  
*Vicerrector Académico*

ING. JOHN MILES  
*Vicerrector de Desarrollo*

CR. AUGUSTO BAYLEY  
*Vicerrector Administrativo*

DR. EDUARDO CASAROTTI SJ  
*Vicerrector del Medio Universitario*

DRA. SUSANA MONREAL  
*Secretaria General de la Universidad Católica del Uruguay*

## FACULTAD DE DERECHO

---

DR. MARTÍN RISSO FERRAND  
*Decano*

DRA. MARÍA JOSÉ BRIZ  
*Secretaria Académica*

DRA. GABRIELA AGUIRRE GROMPONE  
*Coordinadora de investigaciones y publicaciones*

DR. HORACIO DE BRUM  
*Coordinador de actividades extracurriculares*

DRA. MARIELLA SAETTONE  
*Coordinador de Diplomados en Derechos Humanos*

ESC. JULIA SIRI  
*Coordinadora de Notariado*

DR. CARLOS DE CORES  
*Director del Área Académica de Derecho Civil*

DRA. TERESITA RODRÍGUEZ MASCARDI  
*Director del Área Académica de Derecho Comercial y Bancario*

DR. DANIEL OCHS (INTERINO)  
*Director del Área Académica de Derecho Constitucional y Derechos Humanos*

DR. RAÚL CERVINI  
*Director del Área Académica de Derecho Penal*

DR. WALTER GUERRA  
*Director del Área Académica de Derecho Procesal*

## REVISTA DE DERECHO

### CONSEJO ASESOR NACIONAL

---

Alejandro Abal  
Juan Blengio  
Juan Pablo Cajarville  
Horacio Cassinelli Muñoz  
Raúl Cervini  
Carlos de Cores  
Carlos Delpiazzo  
Augusto Durán  
Ronald Herbert  
Ángel Landoni  
Didier Operti  
Amadeo Ottati  
Mabel Rivero  
Óscar Sarlo  
Leslie Van Rompaey

### CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL

---

Luis Aguiar de Luque (España)  
Luis Fernando Álvarez (Colombia)  
Jesús María Casal (Venezuela)  
José Luis Cea Egaña (Chile)  
Paulo de Barros Carvalho (Brasil)  
Raúl A. Etcheverry (Argentina)  
Luis Fernández de la Gándara (España)  
Francisco Fernández Segado (España)  
Silvio Gambino (Italia)  
Giuseppe Gandolfi (Italia)  
Domingo García Belaunde (Perú)  
Rafael Illescas Ortiz (España)  
Marc Lacoursière (Canadá)  
Pierre Lemieux (Canadá)  
Luca Mezzetti (Italia)  
Íñigo A. Navarro Mendizábal (España)  
Carlos Antônio Nedel (Brasil)  
Mariano Negrón (Puerto Rico)  
Humberto Nogueira Alcalá (Chile)  
Loretta Ortiz (México)  
Julio C. Otaegui (Argentina)  
Milagros Otero Parga (España)  
Néstor Sagüés (Argentina)  
Jean Stoufflet (Francia)  
Alberto Tarsitano (Argentina)  
Arnoldo Wald (Brasil)  
Jan Woischnik (Alemania)

---

## ÍNDICE

### DOCTRINA

---

LAS RESTRICCIONES AL VELO ISLÁMICO: NEUTRALIDAD ESTATAL Y DERECHOS HUMANOS <i>Jesús M. Casal H.</i> .....	13
PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL TRIBUTARIO EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DERECHO <i>Raúl Cervini</i> .....	35
LA REFORMA FRANCESA DEL DERECHO DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS: UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA <i>Carlos de Cores</i> .....	69
LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO: UN MITO INNECESARIO Y PERNICIOSO <i>Augusto Durán Martínez</i> .....	119
LOS DESAFÍOS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CASO ALMONACID ARELLANO <i>Humberto Nogueira Alcalá</i> .....	153
EL CONCEPTO DE <i>DESCONSTITUCIONALIZACIÓN</i> <i>Néstor Pedro Sagüés</i> .....	181

---

**DOCUMENTOS**


---

ORDENANZA DEL 23 DE ENERO DE 2007 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA SOLICITUD DE URUGUAY DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR LOS CORTES DE RUTA ..... 199

SENTENCIA DEL 26 DE SETIEMBRE DE 2006 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE ..... 217

LAUDO DEL 6 DE SETIEMBRE DE 2006 DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER DE LA CONTROVERSI A PRESENTADA POR LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY A LA REPÚBLICA ARGENTINA SOBRE “OMISIÓN DEL ESTADO ARGENTINO EN ADOPTAR MEDIDAS APROPIADAS PARA PREVENIR Y/O HACER CESAR LOS IMPEDIMENTOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DERIVADOS DE LOS CORTES EN TERRITORIO ARGENTINO DE VÍAS DE ACCESO A LOS PUENTES INTERNACIONALES GRAL. SAN MARTÍN Y GRAL. ARTIGAS QUE UNEN LA REPÚBLICA ARGENTINA CON LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY” ..... 317

**INFORMACIÓN**


---

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY ..... 367

# DOCTRINA

---



# Las restricciones al velo islámico: neutralidad estatal y derechos humanos<sup>\*</sup>

*Jesús M. Casal H.*<sup>\*\*</sup>

**RESUMEN.** El velo islámico ha sido objeto en los últimos años, especialmente en algunos países europeos, de un intenso debate en el que se entrecruzan la neutralidad religiosa o la laicidad del Estado, la libertad religiosa en sus facetas positiva y negativa y el principio de tolerancia, entre otros. En tal contexto, este trabajo intenta reflejar, con apoyo en pronunciamientos de tribunales nacionales, y de organismos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos, los principales problemas jurídicos relacionados con las restricciones impuestas al uso del velo islámico en instituciones educativas públicas. Además, desde la perspectiva de los derechos humanos, en particular de la libertad religiosa, y del principio de tolerancia se trazan las líneas fundamentales para un examen crítico del tema.

**ABSTRACT.** In the last years the Islamic veil has been the object of intense debate, especially in some European countries. Religious neutrality or the lay State, religious freedom in its positive and negative facets and the principle of tolerance, among others are tightly interwoven in this debate. Within that context, on the basis of national court rulings and decisions of international human rights organizations, this work attempts to reflect the main legal aspects related to the restrictions imposed on the use of the Islamic veil in public educational institutions. Furthermore, this paper draws the fundamental guidelines

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 2 de mayo de 2007. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de julio de 2007, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\*Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela. Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. Miembro de la Comisión Andina de Juristas.

for a critical examination of the topic from the human rights perspective, particularly religious freedom and the principle of tolerance.

**PALABRAS CLAVE.** Derechos humanos. Libertad religiosa. Multiculturalismo. Tolerancia. Islamismo. Laicismo.

**KEY WORDS.** Human rights. Religious freedom. Multiculturalism. Tolerance. Islamism. Lay State.

**SUMARIO.** **1.** Introducción. **2.** El velo islámico ante la jurisdicción constitucional y ante organismos internacionales de protección de los derechos humanos. 1. Tribunal Constitucional Federal alemán. 2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. Comité de Derechos Humanos. **3.** Esbozo de un análisis crítico. 1. ¿Qué ha hecho del velo islámico un asunto socialmente conflictivo? 2. ¿Es el velo islámico un símbolo religioso más? 3. ¿Es el velo o la religión islámica el problema? 4. ¿Neutralidad estatal o laicismo autoritario? 5. ¿Un nuevo despotismo ilustrado? 6. ¿Hasta dónde llega la libertad religiosa en su faceta negativa? 7. ¿A cuál velo islámico nos referimos? 8. ¿Uniformidad o tolerancia? **4.** Reflexión final.

# 1.

---

## INTRODUCCIÓN

El velo islámico ha estado en los últimos años en el centro del debate jurídico y social en algunos países europeos, con motivo de las medidas orientadas a limitar su uso en instituciones públicas, en especial en las entidades educativas, lo cual se ha justificado aduciendo principalmente la necesaria neutralidad del Estado en materia religiosa. El trasfondo de esta discusión es, sin embargo, muy complejo, porque comprende, entre otros, aspectos ligados a los temores de la sociedad occidental frente al fundamentalismo islámico y a la voluntad de asegurar la preeminencia de los valores culturales de la mayoría de la población en países que han recibido importantes flujos migratorios de personas de fe musulmana. Si se dirige la mirada hacia la frontera euroasiática, en Turquía la lucha contra el velo pretende insertarse más bien en la defensa de una apuesta por la modernidad y el laicismo dentro de un medio religioso predominantemente musulmán. Lo que puede parecer una prenda completamente inocua ha dado lugar, pues, a toda clase de interpretaciones sobre lo que representa e infunde, que para algunos es una expresión de radicalismo religioso o político y de discriminación y sometimiento de la mujer. Lo que estaba supuestamente llamado a lograr la inadvertencia de quien lo porta ha sido colocado en la palestra y ha adquirido gran notoriedad, por la reacción estatal que en ocasiones ha suscitado.

En el ámbito europeo no hay uniformidad en el tratamiento del tema. Francia mantiene una postura muy restrictiva, hasta el punto de prohibir de manera general en las escuelas, incluyendo por tanto a las alumnas, el velo islámico u otros símbolos religiosos

ostensibles;<sup>1</sup> Alemania sigue una postura intermedia y en el fondo moderada, pues la prohibición no ha sido considerada imprescindible desde una óptica constitucional y se ha permitido la imposición de restricciones legislativas pero sólo respecto de quienes ejerzan la docencia, no del estudiantado;<sup>2</sup> el Reino Unido se distingue por una postura abierta o flexible.<sup>3</sup> En los límites entre Europa y Asia, Turquía ha emprendido prácticamente una cruzada contra el uso del velo.<sup>4</sup> Detrás de estas diferencias se encuentran diversas concepciones sobre la severidad de la separación entre la Iglesia y el Estado.

No es nuestro interés tratar todas estas aristas del asunto, como tampoco esbozar globalmente los desarrollos jurisprudenciales que al respecto se han producido en ese continente. Sólo se abordarán, a partir de casos relevantes decididos por tribunales nacionales o por tribunales o instancias internacionales, algunos de los problemas que desde la perspectiva de los derechos humanos, sobre todo de la libertad religiosa, y del principio de la tolerancia plantean el uso del velo islámico en instituciones educativas y la respuesta institucional prohibitiva que en ocasiones ha recibido.

## 2.

### EL VELO ISLÁMICO ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y ANTE ORGANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A continuación se examinarán algunas decisiones que han establecido, en sus respectivos ámbitos, precedentes significativos en relación con los conflictos de derechos que el uso del velo puede generar y con la tensión existente entre la neutralidad estatal en

---

<sup>1</sup> Véase Bernard TOULEMONDE, "Le porte de signes d'appartenance religieuse à l'école: la fin des interrogations?", en *AJDA*, 37, 2005, pp. 2044-2048; Thorsten ANGER, *Islam in der Schule*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 154 ss.

<sup>2</sup> ANGER, op. cit., pp. 167 ss.

<sup>3</sup> En relación con el Reino Unido y, en general, con el debate sobre el velo islámico en Europa, véase Dominic MCGOLDRICK, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

<sup>4</sup> Véase *Die Zeit*, n.º 33, 10 de agosto de 2006, pp. 11-14.

materia religiosa y la libre manifestación de la fe en instituciones educativas públicas. Sin perjuicio de otras contribuciones jurisprudenciales que después mencionaremos, se considerará, en primer lugar, una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que define hasta hoy la postura constitucional de uno de los países europeos en torno a esta temática; luego se aludirá a una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que perfila la jurisprudencia en la materia de este órgano regional de protección de los derechos humanos y, por último, se hará referencia a un pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. Después de reseñar estos pronunciamientos, se formularán algunas observaciones críticas.

## **1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN**

Una sentencia de tribunales nacionales que conviene traer a colación es el fallo dictado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania el 24 de septiembre de 2003, en relación con el uso del velo islámico por personal docente en las escuelas públicas. La sentencia fue adoptada al resolver el amparo interpuesto por quien aspiraba a ingresar, como maestra, a la función docente en el estado federado de Baden-Württemberg, lo cual le había sido negado por la administración aduciendo su falta de idoneidad para el cargo, derivada de su declarada intención de usar un velo islámico en la escuela e incluso durante las clases.<sup>5</sup>

El Tribunal declaró con lugar el amparo, dada la falta de una disposición legal estatal<sup>6</sup> específica que permitiera excluir del servicio a una maestra por el uso del velo islámico —o de otros símbolos religiosos ostensibles— durante las clases, o por la firme intención de hacerlo. La genérica exigencia jurídica de idoneidad y las disposiciones legales conexas no proporcionaban a la decisión una base normativa suficiente.<sup>7</sup> Pero el Tribunal entró también en un amplio análisis sobre los posibles significados socioculturales y políticos del velo, para lo cual se apoyó en la declaración de expertos.

Lo más resaltante de este pronunciamiento es que recoge distintas posiciones sobre el significado del velo y sobre el mensaje que su uso podría transmitir, pero no da por verdadera

---

<sup>5</sup> BVerfGE, 108, 282. Véanse los comentarios de Susanne BAER y Michael WRASE, “Staatliche Neutralität und Toleranz: Das Kopftuch-Urteil des BVerfG”, en *JuS*, 2003, pp. 1162 ss.

<sup>6</sup> El adjetivo *estadal* lo empleamos para referirnos a los estados federados (*Bundesländer o Länder*).

<sup>7</sup> Este criterio no fue unánime entre los miembros de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal, a la que correspondió decidir el caso, pues en la opinión separada formulada por tres de ellos se consideró suficiente el marco normativo existente para mantener la prohibición.

ninguna de ellas, sino que opta por reivindicar el valor de la tolerancia, que, según jurisprudencia previa del Tribunal, está enlazado con la noción y la garantía constitucional de la dignidad humana. En este sentido, la sentencia alude a diversas visiones sobre el contenido simbólico del velo: puede representar, en términos no sólo religiosos sino también políticos, la adhesión a corrientes fundamentalistas que intentan distanciarse de las convicciones de la sociedad occidental, en temas como la autodeterminación individual o la emancipación de la mujer; pero también puede hacer patente la voluntad de una persona de conservar los valores de la sociedad de procedencia o de preservar la propia identidad, en procesos de diáspora o de emigración. Uno de los informes de expertos que el Tribunal recibe y, en particular, los resultados de las encuestas a jóvenes musulmanas realizadas por uno de ellos indican que la decisión de llevar el velo, basada a veces en la intención de ceñirse a las tradiciones de los padres y de la sociedad de origen, es también expresión de una determinación personal de la mujer y de la idea de que el mantenimiento de su especificidad es una condición para su integración. La sentencia no declara la veracidad de estas afirmaciones, pero las considera suficientes para descartar que el velo islámico deba ser forzosamente asumido como un símbolo de sujeción social de la mujer, que no sería compatible con la imagen de la mujer subyacente a la Constitución alemana (Ley Fundamental). Tampoco estima que su uso implique una negación del orden liberal y democrático de la Ley Fundamental.

Sin embargo, el fallo admite que, ante una diversificación de las creencias o convicciones de la sociedad en materia religiosa, puede ser necesario introducir restricciones que preserven la neutralidad del Estado y eviten los conflictos que el uso del velo por docentes puede provocar con otros estudiantes o sus padres. La búsqueda de una solución adecuada a esta tensión latente corresponde al legislador, quien debe “determinar o concretizar” los límites de los derechos en juego: la libertad religiosa del docente, por un lado, y la libertad religiosa (negativa) de los estudiantes y el derecho de los padres sobre la educación de sus hijos, por otro lado.

La sentencia enfatiza que la restricción de derechos fundamentales y la búsqueda de la concordancia o el equilibrio entre derechos en colisión es función del Parlamento, en cuyo seno ha de darse democráticamente el debate público sobre la “necesidad y alcance” de la eventual injerencia en un derecho. El legislador estatal competente es pues “libre”, en uso de su prerrogativa de apreciación o valoración (*Einschätzungsprärogative*), para adoptar la base legal que no fue hallada en el caso planteado.

Esta clara deferencia hacia la libertad política resulta algo atenuada por algunos párrafos de la decisión, de los cuales se desprende que la adopción de una regulación de

corte eventualmente restrictivo sería, dadas ciertas condiciones, no sólo constitucionalmente posible, sino altamente aconsejable, por no decir necesaria, pero el Tribunal no señaló la orientación concreta que los legisladores estatales habrían de seguir. Para el Tribunal tal regulación no está ordenada por la Ley Fundamental considerada en abstracto y, en especial, no viene impuesta por el entendimiento de las relaciones entre la Iglesia y el Estado en dicho ordenamiento constitucional, en el que no rige una estricta separación. Además, el uso del velo por una maestra, como decisión individual, no es equiparable a la colocación de símbolos religiosos por disposición del Estado, tal como se había planteado en el caso, previamente resuelto por ese Tribunal, de los crucifijos en las escuelas públicas de Baviera. No obstante, la sentencia reconoce que, ante relaciones sociales cambiantes y ante la creciente diversificación de las convicciones sobre la religión o la cosmovisión, puede ser necesaria una mayor reserva frente a manifestaciones simbólicas religiosas en el ámbito educativo. Al mismo tiempo, declara que el mandato de tolerancia, vinculado al reconocimiento de la dignidad humana, favorece una solución dotada de “equilibrio”, un “punto medio”, una solución de “compromiso” que también aprecie la importancia de poder hacer visibles las propias creencias y de conocer las ajenas, lo cual debe ser procurado por el legislador correspondiente atendiendo a las concretas tradiciones educativas, la composición confesional de la población y su grado de religiosidad, y teniendo en cuenta el principio de igualdad.

En suma, se deja en manos de cada estado federado la regulación del asunto, y la sentencia no descarta que éstos puedan adoptar normativas divergentes. Algunos estados federados no han dictado una regulación con una orientación restrictiva,<sup>8</sup> lo cual es también una expresión de la libertad política y del espacio para la tolerancia que a fin de cuentas el Tribunal Constitucional Federal quiso preservar.

## **2. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

En algunos fallos este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre limitaciones impuestas por Estados europeos al uso del velo islámico en instituciones educativas. El más relevante ha sido el dictado en el caso *Leyla Sahin vs. Turkey*, con fecha 10 de noviembre de 2005, que confirmó la decisión adoptada anteriormente por una Sala del Tribunal. En esta ocasión se trataba de una estudiante de la Universidad de Estambul a la que se

---

<sup>8</sup> Véase

<http://baer.rewi.hu-berlin.de/wissen/comparativeconstitutionalism/kopftuchcomparativeconstitutionalism/>.

impidió, de acuerdo con una circular emanada del rector (vicecanciller) de la institución, seguir asistiendo a clases, cursos, tutorías o exámenes portando el velo. El Tribunal rechazó la alegada violación de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Prescindiendo de los aspectos concernientes a la base legal (formal) de tal prohibición, lo más relevante es el examen de fondo sobre su justificación (necesidad) en una sociedad democrática, a tenor de lo dispuesto por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce la libertad religiosa. El Tribunal, fiel a su doctrina sobre la materia, comienza destacando la importancia de la libertad religiosa en toda sociedad democrática, al calificarla como uno de los contenidos más vitales de la identidad de los creyentes, así como un bien precioso para quienes no lo son. Igualmente, subraya que sin tal libertad no habría pluralismo, el cual es inescindible de la democracia. Pero al mismo tiempo señala que en sociedades democráticas, en las que coexisten varias religiones, puede ser necesario limitar la libertad de manifestar la propia religión o creencias, para conciliar los intereses de los diversos grupos y garantizar el respeto a las convicciones de cada uno.<sup>9</sup>

Con un enfoque similar, la sentencia pone de relieve el papel del pluralismo, de la tolerancia y del espíritu de apertura en una sociedad democrática, y enfatiza que, dada la diversidad religiosa en una sociedad, la función de las autoridades no es la de suprimir las causas de la tensión resultante mediante la eliminación del pluralismo, sino la de asegurar que los grupos opuestos se toleren, pero también sostiene que el Estado ha de actuar, frente a las distintas confesiones religiosas, como un ente “neutral e imparcial” y que, en ciertas circunstancias, puede estar facultado para restringir el uso del velo islámico, si ello es incompatible con los derechos de otros o la seguridad o el orden público. Ha de hallarse un balance o equilibrio entre los intereses en juego.<sup>10</sup>

Al resolver el conflicto planteado, en sentido contrario a la demandante, el Tribunal reconoció al Estado denunciado un amplio margen de apreciación, dada, entre otras razones, la ausencia de uniformidad en el ámbito europeo en relación con el uso de símbolos religiosos en instituciones educativas, y confirió un peso decisivo al contexto en que la prohibición fue aplicada: la defensa de la laicidad del Estado en Turquía, como principio cuya preservación puede ser considerada necesaria para la protección del sistema demo-

---

<sup>9</sup> Párrafos 30 y 32.

<sup>10</sup> Párrafos 33-34.

crático en ese país; así como la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer, ambos valores centrales de ese ordenamiento constitucional.<sup>11</sup>

A ello se suman otras apreciaciones que ya había expresado una Sala del Tribunal al conocer inicialmente del caso, ahora acogidas por la sentencia, relativas a la significación política que el velo ha cobrado en Turquía en años recientes y al impacto que su uso puede generar en quienes han resuelto no llevarlo. La sentencia cita además, entre otros pronunciamientos, la decisión de inadmisibilidad adoptada por el Tribunal en el caso *Lucia Dablab vs. Switzerland*, el 12 de febrero de 2001,<sup>12</sup> referida a una maestra de primaria que portaba el velo islámico, en la cual se afirmó que portar el velo islámico representaba un “fuerte signo exterior” y en la que el Tribunal se preguntó acerca de sus posibles efectos proselitistas, visto que pareciera ser una imposición religiosa sobre la mujer “difícilmente conciliable con el principio de la igualdad entre los sexos...” y con “el mensaje de tolerancia, de respeto a los demás y, sobre todo, de igualdad y no discriminación que, en una sociedad democrática, todo educador debe transmitir a sus alumnos”.<sup>13</sup>

Por tanto, fue negada la existencia de una vulneración del derecho a la libertad religiosa. Los alegatos relativos a la violación del derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo n.º 1), del derecho al respeto de la vida privada (artículo 8), de la libertad de expresión (artículo 10) y de la igualdad (artículo 14) también fueron desechados. El primero mereció una consideración particular de parte del Tribunal, pero no añadió elementos significativos a los ya esbozados, al menos desde la perspectiva de este estudio.

### **3. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS**

Una aproximación algo distinta al problema aquí examinado se observa en el caso *Hudoyberganova vs. Uzbekistán*, resuelto mediante decisión o dictamen del 18 de enero de 2005 por el Comité de Derechos Humanos,<sup>14</sup> órgano encargado, de acuerdo con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del conocimiento de comunicaciones individuales relacionadas con la violación de los derechos consagrados en dicho Pacto. La comunicación fue presentada por una estudiante de educación superior de nacionalidad uzbeka, que alegaba haber sufrido una violación de los derechos reconocidos en los artículos 18 y 19 del Pacto (libertad religiosa y de conciencia

<sup>11</sup> Párrafos 39-40.

<sup>12</sup> Véase <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>.

<sup>13</sup> Párrafos 41 y 37.

<sup>14</sup> Comunicación n.º 931/2000, presentada por Raihon Hudoyberganova contra Uzbekistán; véase [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.82.D.931.2000.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.82.D.931.2000.Sp?Opendocument).

y libertad de opinión y expresión), al haber sido expulsada de la Universidad por no apegarse a un reglamento que prohibía llevar un atuendo religioso. La reclamante usaba, en virtud de sus principios religiosos, un “pañuelo en la cabeza (*hiyab*)”, lo que le generó problemas con las autoridades universitarias, los cuales desembocaron en la mencionada expulsión. Tras su expulsión, se le comunicó que, si cambiaba de actitud respecto al velo islámico, aquélla sería dejada sin efecto.

En su decisión el Comité declara que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión comprende el derecho “a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona”. Además, destaca que impedir a una persona portar prendas religiosas en público o en privado puede contrariar lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 18 del Pacto, el cual prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o de adoptar una religión, debiendo considerarse incluidas en ese concepto las que tengan un carácter coercitivo indirecto, como el que resulta, conforme a las Observaciones Generales del Comité sobre el artículo 18, de la limitación del acceso a la educación. El Comité recuerda que el derecho de manifestar la propia religión o creencias no es absoluto, tal como se desprende del artículo 18.3, por lo que los Estados pueden restringir expresiones de la fe religiosa, pero sostiene que en ese caso concreto el Estado “no invocó ningún motivo específico” por el cual la expulsión sufrida por la reclamante hubiera sido necesaria. Adicionalmente, ninguna de las partes habría precisado las características de la prenda que ella usaba, a la que ambas se referían como *hiyab*. La generalidad o insuficiencia de la respuesta estatal y la falta de claridad sobre la clase de prenda o pañuelo sobre el que giraba el debate llevaron, pues, al Comité a declarar, en términos un tanto lacónicos, la violación del derecho previsto en el artículo 18.

### 3.

## ESBOZO DE UN ANÁLISIS CRÍTICO

Después de haber reseñado estas decisiones, y a partir de los elementos que ellas proporcionan, pasamos a examinar los principales problemas jurídicos que, desde la óptica de los derechos humanos, plantean las restricciones al velo islámico. No se trata de un

análisis exhaustivo ni de una crítica definitiva, sino de un bosquejo de las líneas o cuestiones fundamentales que tendrían que ser tratadas para un desarrollo más extenso.

## **1. ¿QUÉ HA HECHO DEL VELO ISLÁMICO UN ASUNTO SOCIALMENTE CONFLICTIVO?**

Es imprescindible preguntarse, como un asunto previo a la indagación propiamente jurídica, por las razones que convierten al velo islámico en un problema. En un contexto como el latinoamericano es difícil advertir la eventual faceta conflictiva de la mencionada prenda, aun considerando su valor simbólico-religioso, tal vez porque nuestros países no han recibido grandes corrientes migratorias de Estados con población mayoritariamente musulmana. Una porción, aunque reducida, de la migración hacia Latinoamérica procede del mundo árabe, pero a menudo las prácticas religiosas de los inmigrantes musulmanes no parecen ser, en nuestro medio, tan estrictas u ortodoxas, al tiempo que su integración a la sociedad es generalmente rápida y efectiva.

En cualquier caso, en parte de Europa el velo islámico comienza a convertirse en un problema a raíz de los flujos migratorios procedentes de naciones con una presencia importante del islamismo, aunados luego al crecimiento de los grupos humanos que se han establecido en el país de recepción, sin abandonar sus tradiciones o creencias y, frecuentemente, sin que haya sido estimulada o favorecida su integración social. Paralelamente al uso del velo islámico por inmigrantes de primera, segunda o tercera generación, puede también constatar una disminución o enfriamiento de las prácticas religiosas católicas o cristianas de la mayoría de la población, lo que quizás ha hecho más llamativo socialmente el apego a ese símbolo confesional.

La experiencia francesa es especialmente ilustrativa de esta evolución. Aunque su examen particularizado excedería los fines de este estudio, interesa destacar que la ley francesa n.º 2004-228, del 15 de marzo de 2004, reguladora del uso de signos que manifiesten la pertenencia religiosa en las escuelas, colegios y liceos públicos, no por casualidad ha sido públicamente calificada como “la ley contra el velo” o “ley del velo”. Dicha ley fue antecedida parcialmente, en el plano normativo, por reglamentos interiores de las instituciones educativas y estuvo precedida de conflictos surgidos en algunas de estas instituciones, ligados generalmente al velo islámico, y de pronunciamientos jurisprudenciales.<sup>15</sup> Esa

---

<sup>15</sup> TOULEMONDE, op. cit., pp. 2045 ss.; ANGER, op. cit., pp. 154 ss.

designación, que acompañó el debate social sobre tal normativa, es expresiva de sus motivos reales, pues ésta es fruto no de una súbita concientización sobre la necesidad de reafirmar la laicidad del Estado francés, sino del propósito de contener los signos de índole islámica en las escuelas públicas, aunque para hacerlo fuese necesario, en aras de la igualdad ante la ley, generalizar el rigor de la prohibición. Y esto nos coloca ya en el umbral de los asuntos propiamente jurídicos.

## 2. ¿ES EL VELO ISLÁMICO UN SÍMBOLO RELIGIOSO MÁS?

Hay motivos fundados para pensar que las reacciones contra el velo islámico no han resultado solamente de la voluntad de observar un principio general de exclusión de la simbología religiosa en las instituciones educativas públicas. En Francia el laicismo ha distinguido al Estado por más de una centuria, pero la específica prohibición legal del año 2004 fue una respuesta a conflictos vinculados al uso del velo islámico en las escuelas. La aplicación de esta legislación parece confirmar la anterior presunción, pues en el año escolar 2004-2005, primero de vigencia de la ley, fueron reportados 639 casos de uso de signos religiosos ostensibles, de los cuales 626 se referían a velos islámicos, 11 a turbantes y 2 a grandes cruces.<sup>16</sup>

Hemos visto que en Alemania el marco constitucional y legal es más flexible, pero no deja de suscitar dudas el hecho de que, en los estados federados que han resuelto dictar una legislación prohibitiva del uso del velo islámico por las educadoras, la restricción en ocasiones no alcanza a los docentes católicos que lleven una vestimenta característica de su fe, aunque ésta puede llegar a ser más ostensible que el velo.<sup>17</sup> En un país con población mayoritariamente cristiana y, en especial, en aquellos estados federados con claro predominio de la religión católica, es comprensible que los símbolos del cristianismo o del catolicismo posean un valor cultural que desborda lo confesional e incluso cabe sostener, como recientemente afirmó el Tribunal Constitucional de Baviera,<sup>18</sup> que los valores cristianos de la civilización occidental impregnan la Constitución de ese estado federado. Sin embargo, en un contexto en el cual el velo islámico, y no los símbolos de la religión católica o de otras religiones cónsonas con los valores sociales dominantes, se encuentre prohibido, la probabilidad de que se esté produciendo un tratamiento discriminatorio es muy alta.

<sup>16</sup> TOULEMONDE, op. cit., p. 2044.

<sup>17</sup> S. BAER y M. WRASE, "Staatliche Neutralität und Toleranz in der 'christlich-abendländischen Wertewelt': zur aktuellen Entwicklung im Streit um das islamische Kopftuch", en *DOV*, 58, 2005, pp. 243-252.

<sup>18</sup> Sentencia del 15 de enero de 2007, en <http://www.spiegel.de/schulspiegel/0,1518,459736,00.html>.

### **3. ¿ES EL VELO O LA RELIGIÓN ISLÁMICA EL PROBLEMA?**

Pareciera que los problemas que el velo ha originado no residen tanto en la posibilidad de ostentar un símbolo religioso, cuanto en los concretos rasgos de la religión y de la cultura que están detrás de él, o al menos en algunos de ellos. Y desde estas perspectivas cobra suma importancia el enfoque del Comité de Derechos Humanos en el pronunciamiento anteriormente comentado. El artículo 18.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos excluye toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, teniendo aquí la noción de coerción, como ya apuntamos, un sentido amplio, que comprende medidas indirectas pero equiparables por sus propósitos o efectos. La verdad es que luce razonable estimar que, en principio, la prohibición general del uso del velo islámico en instituciones educativas públicas vulnera dicho precepto. No se descarta que en determinados contextos, como los señalados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que la ostentación del velo tenga una finalidad político-intimidatoria que sea comprobable y no simplemente conjeturable, pueda justificarse una regulación restrictiva, pero recae sobre el Estado, como sostuvo el Comité, la carga de argumentar suficientemente las razones de tal restricción.

### **4. ¿NEUTRALIDAD ESTATAL O LAICISMO AUTORITARIO?**

Una de las razones invocadas por las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para justificar las medidas de prohibición del velo islámico en las escuelas públicas es el deber de neutralidad o imparcialidad que ha de mantener el Estado en materia religiosa. Pero es sumamente discutible que este deber sea lesionado cuando una estudiante conserva durante sus actividades académicas el velo que normalmente porta. Si se trata de una educadora, acaso podría estimarse que el Estado debería evitar que la ostentación de una indumentaria religiosa se tradujera en el proselitismo hacia alguna confesión, aunque incluso esto habría que someterlo a mayor análisis.

No obstante, al tratarse de una estudiante resulta evidente que sus actos o convicciones personales no comprometen al Estado, aunque se manifiesten en una institución pública. Si los estudiantes pueden expresar en las clases, foros u otras actividades ideas de índole política, religiosa o relativas a su visión del mundo, sin que ello comprometa al Estado, ¿por qué no pueden llevar un símbolo o indumentaria que las haga visibles? En el caso de instituciones universitarias la prohibición es aún más difícil de sostener, por la edad de los estudiantes y por la propia misión de la universidad.

## 5. ¿UN NUEVO DESPOTISMO ILUSTRADO?

Cabe también preguntarse, como lo hizo el juez belga Tulkens en su opinión disidente de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Leyla Sabih vs. Turkey*, si corresponde al Estado cumplir una función “paternalista” dirigida a disuadir a las mujeres musulmanas del uso de un símbolo religioso que la sentencia llega a asumir como difícilmente compatible con el principio de no discriminación y con otros valores de una sociedad democrática que los educadores deben transmitir a sus alumnos. En otras palabras, ¿corresponde al Estado evitar la ostentación de aquellos símbolos religiosos que representen valores o ideas que puedan calificarse como erróneos?

Otro punto que genera interrogantes es si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podía y debía hacer una afirmación como ésta en relación con el significado del velo islámico. Al hacerlo pone en riesgo su equilibrio y autoridad en el tratamiento del tema, sobre todo porque no invoca sustento alguno que vaya más allá de la opinión dominante entre quienes no profesan la fe musulmana. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán antes examinada pone de manifiesto que el significado del velo islámico no es unívoco y, además, muestra que quien lo usa puede entenderlo como señal de autodeterminación personal. Adicionalmente, la respuesta estatal que pretende basarse en la defensa de la igualdad puede conducir a un resultado contraproducente y en alguna medida irónico: la mujer sometida a preceptos discriminatorios y a la presión de su esposo o padre, suele decirse, es ahora despojada compulsivamente del velo durante su permanencia en la institución educativa y, con ello, ve negada su aptitud para decidir libremente sobre el particular, con el agravante de que el retiro forzoso del velo, estimado dañino por el mensaje que infunde, adquiere un sentido degradante para quien siga adherido a la fe y la cultura que motivan su uso.

Volviendo a la cuestión de fondo antes mencionada, es preciso observar que no corresponde al Estado escoger aquellas religiones que más se apeguen al orden constitucional o democrático de valores. Abrir una senda como ésta comprometería seriamente la vigencia de la libertad religiosa, sin la cual la sociedad democrática se disuelve. Podría concederse que, si tras el manto de una religión subyacen efectivamente un ideario y un movimiento en los cuales, por ejemplo, la eliminación física de los infieles y la supresión, incluso por medios violentos, de las instituciones democráticas estén prescritas, sería lícita la adopción de medidas para restringir la exhibición en las escuelas de la simbología correspondiente. Pero este hipotético caso extremo no es el que fue considerado ni corroborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## 6. ¿HASTA DÓNDE LLEGA LA LIBERTAD RELIGIOSA EN SU FACETA NEGATIVA?

Un aspecto conceptual que ha estado presente en la discusión sobre el uso del velo en Alemania es la manifestación negativa de la libertad religiosa. La libertad religiosa no sólo abarcaría el derecho a profesar y practicar una religión o a no hacerlo, sino también el derecho a no ser expuesto, sin su consentimiento, a manifestaciones religiosas. Esta dimensión, que no ha estado exenta de debates, se desencadenaría sobre todo cuando exista una obligación de soportar la exposición a un símbolo religioso dispuesto por el Estado, como se planteó en las decisiones sobre el crucifijo en las escuelas públicas de Baviera o en las salas de audiencia judiciales.<sup>19</sup>

Salta a la vista, sin embargo, la diferencia entre estos supuestos y el del velo islámico, ya que en éste la decisión de llevarlo es exclusivamente individual. Si se trata de los estudiantes —no obligados por cierto, al menos en Alemania, al uso de un uniforme—, es indudable que su determinación personal, eventualmente respaldada por sus padres, no compromete al Estado; éste quedaría comprometido, por el contrario, al poner cortapisas a la decisión personal. Si se trata de una educadora, la decisión es también individual, pero cabría tal vez pensar que, dada la obligación de asistir y, se sobreentiende, de atender a las clases, los alumnos serían expuestos a un símbolo religioso utilizado por un funcionario público y con ello el Estado podría quedar enlazado, al menos tácitamente, al aceptar esta actuación en uno de sus funcionarios. Sin embargo, el asunto puede verse de otra forma si se reconoce mayor peso a la autodeterminación o autonomía personal que a la conexión con el Estado.

## 7. ¿A CUÁL VELO ISLÁMICO NOS REFERIMOS?

Otro asunto que no debe ser obviado, y que fue examinado por el Comité de Derechos Humanos, es la importancia de conocer las características reales del símbolo religioso que pretende ser sometido, en ciertas circunstancias, a una prohibición. Estas características no estaban claras en el caso *Hudoyberganova vs. Uzbekistán*, en lo que atañe al tipo de velo que la peticionante solía portar, lo cual motivó que uno de los miembros del Comité insistiera en la necesidad de precisarlas. No es lo mismo el velo o *hiyab* tradicional, es decir, un pañuelo sobre el cabello y en el cuello, que aquel que cubre completamen-

---

<sup>19</sup> Véase Josef LINDNER, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2005, pp. 268 ss.

te el rostro (*burka, niqab*), pues éste comportaría otra clase de problemas, ligados a las dificultades de comunicación, entre otros.<sup>20</sup> Ello es cierto; conviene no obstante aclarar que las prohibiciones a las que antes se ha hecho mención, impuestas en Francia, Alemania o Turquía, comprenden al velo tradicional y también a cualquier otro de mayor envergadura.

## 8. ¿UNIFORMIDAD O TOLERANCIA?

Un tema crucial que está en el trasfondo de todo el debate es el del alcance real que se atribuye al mandato de tolerancia. Sea desde la óptica de la dignidad humana, como sostiene el Tribunal Constitucional Federal alemán, sea desde la perspectiva de los principios de la sociedad democrática, como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la tolerancia debe también ostentar un peso específico en la ponderación de los intereses o derechos enfrentados, y éste no es fácilmente apreciable en la citada sentencia de este Tribunal encargado de la protección de derechos humanos. Su apelación a la tolerancia en ésta y en anteriores decisiones sobre la materia no deja de ser retórica, pues las medidas estatales restrictivas del uso del velo han sido confirmadas casi sin reservas. Otra fue la actitud del Tribunal Constitucional Federal alemán, pues la tolerancia lo llevó a dar cabida y a reflejar en la sentencia las diversas formas de entender el velo islámico y los valores positivos que su uso también puede implicar. Ello influyó igualmente en su rechazo a una interpretación en la que la prohibición del uso del velo por la educadora se derivase directamente de la Constitución o de sus deberes funcionariales.

Es pertinente traer a colación el luminoso estudio de BOBBIO sobre la tolerancia, en el que recuerda que LOCKE defendía este valor, pero hasta un cierto punto, porque ella no podía extenderse a los ateos, ya que no se podía confiar en su palabra, ni a los intolerantes, como según él eran los católicos.<sup>21</sup> La tolerancia no puede llegar hasta donde nos conviene o hasta donde no cree incomodidades o riesgos, porque sólo en estos últimos supuestos ella cuenta y vale como principio. Por supuesto, la tolerancia no es absoluta, porque se disolvería en el nihilismo, pero puede obligar a la mayoría a hacer concesiones reales en beneficio del pluralismo. El pluralismo milita en la misma dirección, pues favorece las soluciones que permitan la convivencia sin sacrificar la diversidad.

Esta búsqueda de caminos intermedios, de soluciones transaccionales fue requerida por la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y ha tenido expresión en la

<sup>20</sup> Voto particular de Ruth Wedgwood.

<sup>21</sup> Norberto BOBBIO, *Letà dei diritti*, Einaudi, Turín, 1997, pp. 240 y 243.

dinámica de algunas instituciones educativas y en algunas sentencias de tribunales de instancia, en lo concerniente a la práctica del deporte como materia del plan de estudios. Así, ante el impedimento de las jóvenes musulmanas de participar en natación junto con los varones, algunas instituciones han permitido que, cuando las clases correspondientes son conjuntas, ellas acudan a otra piscina y presenten una constancia sobre la realización de la actividad, sin perjuicio de que a veces la natación tiene carácter electivo. Adicionalmente, las jóvenes que compiten en otras disciplinas deportivas, como la gimnasia, pueden portar el velo si lo solicitan, pero se les pide que, para evitar cortes o lesiones, no usen ganchos o alfileres sino gomas para adherir el velo.<sup>22</sup> Una alternativa ofrecida a las educadoras musulmanas en Baviera, que ha sido seguida por algunas, la cual pretende ser transaccional pero mantiene en realidad el marcado sesgo excluyente hacia la religión islámica, es la de portar un sombrero en lugar del velo.<sup>23</sup>

Un caso que merece ser citado, aunque no provenga de tribunales europeos ni se refiera a la temática del velo islámico sino a otro símbolo religioso, es la sentencia dictada por la Corte Suprema de Canadá el 2 de marzo de 2006 (*Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*),<sup>24</sup> relativa a la prohibición que afectó a un estudiante de llevar consigo un *kirpan*, una daga metálica que por razones religiosas siempre debía portar.

La sentencia no duda en calificar dicho objeto como un arma blanca, que puede causar heridas o la muerte a una persona, pero confiere mayor peso a su significación subjetiva, a la luz de los informes de expertos que coincidían en señalar que para los fieles ortodoxos de la religión *sikh* es obligatorio llevar siempre consigo el *kirpan*, un símbolo religioso que no debe ser utilizado para amenazar ni lesionar a nadie. Sin embargo, esto no bastó para considerar excesiva la prohibición. Tras admitir que hubo una injerencia en la libertad religiosa del joven estudiante, la Corte examina la proporcionalidad de esta intervención y concluye que podía adoptarse una medida menos severa que la prohibición absoluta, la cual había sido recogida en un acuerdo al que inicialmente habían llegado el padre del estudiante y éste mismo con la escuela, pero luego no fue ratificado por autoridades educativas superiores. Según el fallo del juez de primera instancia, que precisó el alcance del acuerdo, el *kirpan* debía quedar oculto bajo la ropa; debía ser guardado en una vaina de madera, no de metal, y envuelto en una tela resistente; el personal de la escuela

---

<sup>22</sup> Cf. *Die Zeit*, n.º 50, 07/12/2006, p. 44.

<sup>23</sup> Véase <http://www.br-online.de/bayern-heute/artikel/0611/26-kopftuch-verbatim/index.xml?theme=print>.

<sup>24</sup> *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* (2006), 1 SCR 256, 2006 SCC 6.

estaba facultado para verificar por medios razonables la observancia de estas normas; el joven debía mantener el *kirpan* entre sus pertenencias e informar a las autoridades de la escuela si lo extraviaba; el incumplimiento de estas condiciones generaría la pérdida del derecho a llevar el *kirpan* en la escuela.

Las autoridades educativas que se habían negado a ratificar el antes citado acuerdo sostenían, entre otras razones, que la prohibición era necesaria porque el *kirpan* podía ser usado para infringir la seguridad escolar y era además un símbolo de la violencia, el cual transmitía el mensaje de que para la defensa de los derechos y la resolución de los conflictos era necesario hacer uso de la fuerza. Para la Corte, sin embargo, los elementos de juicio proporcionados permitían afirmar que ésta no era la significación simbólica del *kirpan* y que, adicionalmente, el joven afectado no tenía problemas de conducta ni había participado en actos violentos en la escuela y, además, según algunos informes citados en la sentencia, durante los cerca de cien años en que los *sikhs* han asistido a las escuelas en Canadá no se había presentado ni un solo incidente en que estuvieran implicados.

Una fundamentación última y decisiva en la sentencia fue el valor que la tolerancia y el multiculturalismo tienen en la sociedad canadiense. Para la Corte una prohibición absoluta habría quebrantado los valores del multiculturalismo, de la diversidad y del desarrollo de una cultura educativa respetuosa de los derechos de los demás. Al permitir al joven usar el *kirpan* con ciertas condiciones quedaría demostrada la importancia que la sociedad canadiense confiere a la libertad religiosa y al respeto a las minorías. Ante el alegato de que los demás estudiantes podrían sentirse con derecho a llevar un puñal, declaró:

La tolerancia religiosa es un valor muy importante en la sociedad canadiense. Si algunos estudiantes consideran injusto que [...] pueda llevar su *kirpan* a la escuela mientras a ellos no les está permitido llevar cuchillos entre sus pertenencias, es una responsabilidad de las escuelas cumplir su obligación de infundir en los estudiantes ese valor [...].<sup>25</sup>

La sentencia no requiere mayores comentarios; habla por sí sola. Sólo quisiéramos observar que es muestra de una tolerancia que cuenta y cuesta, como no podía ser de otra forma si es tomada en serio. Introduce además en el análisis que estamos bosquejando un elemento capital, como es el del respeto a las minorías y a la multiculturalidad, la cual no en todas las sociedades tiene tanta relevancia como en Canadá pero está vinculada al

<sup>25</sup> Párrafo 76.

principio de la tolerancia y al pluralismo que, conforme con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, distingue a toda sociedad democrática. Asimismo, cabe subrayar que, en el caso reseñado, quienes cuestionaban la simbología de la violencia tendieron con facilidad a pensar que las medidas compulsivas, en lugar de las acordadas o transaccionales, eran imprescindibles.

Un último aspecto de la sentencia que importa mencionar es que presta especial atención a la visión que el propio afectado confiere al símbolo objeto de discusión. No se trata de que su apreciación subjetiva sea el único factor relevante, pero ésta no puede ser soslayada al considerar el mensaje subyacente a un símbolo religioso. En lo que al velo islámico respecta, conviene traer a colación un estudio de la Fundación Konrad Adenauer del año 2006, calificado como altamente representativo, basado en entrevistas realizadas a mujeres de origen turco que usan el velo en Alemania, del cual se colige que la inmensa mayoría de ellas decide libremente portar el velo, como signo religioso que además les proporciona más confianza en sí mismas. El 90 % de las entrevistadas creen en un gobierno que sea elegido por el pueblo y tienen opiniones sobre el matrimonio, la vida en pareja, el reparto de tareas en el hogar y los hijos muy similares a las de la mayoría de las alemanas.<sup>26</sup> Esto suscita el interrogante de si frente al velo islámico no hay una serie de prejuicios que conducen a generalizaciones o a presunciones fundadas en simples conjeturas.

## 4.

---

### REFLEXIÓN FINAL

El tema del uso del velo islámico en las instituciones educativas públicas y de las respuestas que en algunos países ha suscitado puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista y desde distintas disciplinas. Una que necesariamente ha de estar presente es la de los derechos humanos, especialmente en lo concerniente a los derechos de quien resulta afectado por medidas estatales prohibitivas. Además, el principio de la tolerancia, como contenido democrático no siempre explícito pero sin duda primordial, ha de iluminar la

---

<sup>26</sup> Cf. *Die Zeit*, n.º 38, 14/09/2006, p. 10.

discusión sobre los medios adecuados para resolver los conflictos que la manifestación simbólica de la religiosidad ocasione. Las anteriores referencias a soluciones transaccionales enseñan que, mediante el diálogo y atendiendo a las situaciones concretas de cada institución y de cada persona, es posible hallar un punto medio en que el sacrificio de la libertad religiosa y de la diversidad sea mínimo.

Sería lamentable que, a causa del auge del fundamentalismo de signo musulmán o del propósito de asegurar la prevalencia de los valores culturales mayoritarios, algunos Estados reaccionaran con normas o prácticas excluyentes que incurrieran en una discriminación similar a la que pretenden evitar. Mucho más preocupante sería que instancias como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, llamado a contener los excesos estatales que lesionen estos derechos, abdique, en la práctica, de su función contralora en la materia que nos ocupa, invocando la ausencia de una uniformidad europea y el amplio margen de apreciación de los Estados o basándose en simples conjeturas. La citada decisión del Comité de Derechos Humanos trazó una orientación garantista de la libertad religiosa que no debería pasar inadvertida ni ser abandonada.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANGER, Thorsten, *Islam in der Schule*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003.
- BAER, Susanne, y Michael WRASE, “Staatliche Neutralität und Toleranz: Das Kopftuch-Urteil des BVerfG”, en *JuS*, 2003, pp. 1162-1166.
- “Staatliche Neutralität und Toleranz in der ‘christlich-abendländischen Wertenwelt’: zur aktuellen Entwicklung im Streit um das islamische Kopftuch”, en *DOV*, n.º 58, 2005, pp. 243-252.
- BOBBIO, Norberto, *L’età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1997, pp. 240 y 243.
- LE TOURNEAU, Dominique, “El ‘velo islámico’ y la neutralidad de la escuela pública en Francia”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 89, 1997, pp. 623-632.
- LINDNER, Josef, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2005, pp. 268 ss.
- MCGOLDRICK, Dominic, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- TOULEMONDE, Bernard, “Le porte de signes d’appartenance religieuse à l’école: la fin des interrogations?”, en *AJDA*, 37, 2005, pp. 2044-2048.
- ZACHARIAS, Diana, “Das Kopftuch vor internationalen Gerichten”, en *Kirche und Recht*, 2006, pp. 189-199.



# Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho<sup>\*</sup>

*Raúl Cervini*<sup>\*\*</sup>

**RESUMEN.** El autor trabaja sobre dos paradigmas inherentes a la pretensión tributaria en un Estado democrático social de derecho, a saber: el principio de la continuidad jurídica tributaria, lo que significa que los principios del derecho penal tributario deben mantener una necesaria armonía con los del derecho tributario general, y un segundo paradigma complementario, conforme al cual, aun marcando sus particularidades, el derecho penal tributario debe ser necesariamente reconducido al derecho penal común, a sus principios y garantías generales. A partir de esas bases, se analizan en una primera instancia los principios generales del derecho tributario en el Estado democrático social de derecho (sección II) y posteriormente, en la misma clave, los principios del derecho penal tributario (sección III). Finalmente se esbozan algunas sugerencias sobre una posible redefinición dogmática y legislativa tendiente a la afirmación de un derecho penal tributario garantizador, ajustado a las necesidades y limitaciones de tal Estado democrático social de derecho.

**ABSTRACT.** The author works on two paradigms inherent in the taxation object of a Social Democratic Rule of Law, to wit: the Principle of taxation's legal continuity, which means that the principles of Criminal Taxation Law have to live in necessary harmony with those of General Taxation Law and a second complementary paradigm, according to which, even stressing its peculiarities, Criminal Taxation Law has to be necessarily channelled back to Common Criminal Law, to its general principles and guarantees. Based on these, the

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 2 de mayo de 2007. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de julio de 2007, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Catedrático de Derecho penal y Director del Área Académica de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor Titular (G4) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Secretario General para América Latina y 2.º Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del International Centers of Economical Penal Studies (ICEPS).

general principles of Taxation Law in the Social Democratic Rule of Law are analyzed first (Chapter II) and then, in a similar way, the principles of Criminal Taxation Law (Chapter III). Finally, some suggestions regarding a possible dogmatic and legislative redefinition are made aimed at the affirmation of a guaranteeing Criminal Taxation Law, adjusted to the needs and restrictions of such Social Democratic Rule of Law.

**PALABRAS CLAVE.** Principio de legalidad. Tipicidad. Derecho tributario. Derecho penal. Dignidad de la persona. Justicia fiscal. Deberes tributarios. Obligación tributaria.

**KEY WORDS.** Principle of legality. Classification. Taxation law. Criminal law. Human dignity. Tax fairness. Taxation duties. Taxation obligations.

**SUMARIO.** **1.** Planteos generales. **2.** Los principios generales del derecho tributario en el Estado democrático social de derecho. 1. Principio de la capacidad contributiva. 2. Principio de la redistribución de riquezas. 3. Principio de legalidad o reserva de ley. 4. Principio de tipicidad de la tributación. 5. Principio del deber de colaboración del contribuyente con la administración tributaria. 6. Principio del efectivo contradictorio. 7. Principio de la obligatoriedad. 8. Principio de la patrimonialidad. 9. Principios de la igualdad y de desigualdad selectiva. 10. Principio de la interrelación espacial de la imposición. 11. Principio de la función integrativa. 12. Principio del superior interés nacional. 13. Principio de la territorialidad. 14. Principio de la cultura de la legalidad tributaria. **3.** Principios del derecho penal tributario. 1. Principio de protección de la dignidad de la persona humana. 2. Principio de protección del bien jurídico. 3. Principio de la ofensividad. 4. Principio de la necesidad de la pena. 5. Principio de reserva de ley. 6. Principio de observancia de la taxatividad. 7. Principio de la intervención mínima. 8. Principio de la proporcionalidad. 9. Principio de la racionalidad democrática. 10. Principio de la subsidiariedad en concreto como superador del falso dilema eficacia/garantías. 11. Principio del respeto a las categorías lógico-objetivas. 12. Principio de exclusión de la punibilidad del error de derecho. 13. Principio de la responsabilidad por el hecho. 14. Principios de la imputación y de la reprochabilidad. 15. Principios intradogmáticos descriminalizadores y despenalizadores de la sanción penal tributaria. **4.** A modo de conclusiones. **5.** Bibliografía.

# 1.

---

## PLANTEOS GENERALES

**1.** Preliminarmente debemos señalar dos correlatos sistémicos, imprescindibles para entender el sistema tributario general en el Estado democrático social de derecho. a) Los principios del derecho penal tributario se deben insertar armónicamente con los principios generales del propio derecho tributario. Esto es una manifestación de lo que LUDGENS denomina el *paradigma de la continuidad jurídica tributaria*.<sup>1</sup> b) Aunque presenta marcas particularidades, el derecho penal tributario debe ser necesariamente reconducido al derecho penal común y a sus principios generales. Por consiguiente, al decir de publicistas de la jerarquía de MOCCIA<sup>2</sup> y PALIERO, entre otros, un enfoque técnicamente aceptable del derecho penal tributario presupone un vínculo continuo con los principios y con las categorías dogmáticas del derecho penal común.<sup>3</sup>

**2.** En términos de portada general podemos decir que la gran mayoría de las Constituciones modernas basan la tributación sobre los *principios de solidaridad equitativa, capacidad*

---

<sup>1</sup> Erwin LUDGENS, “Sentido de la continuidad jurídica sistémica en el Estado social de derecho”, Doc. Mím. ICEPS/YUS/140/2006, ponencia a la Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del ICEPS, Nueva York, julio 2006, pp. 2 ss.

<sup>2</sup> Sergio MOCCIA, “Riflessioni di politica criminale e di tecnica della legislazione per una riforma del diritto penale tributario”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993, 1-2, pp. 123 ss.; “Considerazioni de legge ferenda sulla sistematica dei reati contro il patrimonio”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1991, p. 415.

<sup>3</sup> Carlo Enrico PALIERO, “Metodologie de legge ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, pp. 510 ss.

de contribución y redistribución racional y progresiva de las riquezas. Es decir: todos deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo, sustentable y no confiscatorio.<sup>4</sup>

**3.** Precisamente, la estrecha correlación existente entre el cumplimiento de los deberes de solidaridad y los fines propios del modelo de Estado social ha permitido afirmar que *el ilícito tributario configura una violación del deber de solidaridad*, que consiste esencialmente en la negativa deliberada al pago de sumas que deberían ser utilizadas en favor de la colectividad. Esa conducta evasiva constituiría un obstáculo relevante para la consecución de los fines estatales de carácter social. En reciente obra coordinada por LAMARCA PÉREZ se reafirma que el paradigma de que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo y no confiscatorio, sólo se verá realizado si el fraude al fisco encuentra —para sus más graves manifestaciones— una clara y disuasiva respuesta penal.<sup>5</sup>

**4.** En trabajo anterior hemos avanzado un poco más, agregando un tercer nivel del correlato sistémico democrático, referido al ámbito de una eventual punición penal. La criminalización de las infracciones tributarias se debe llevar a cabo respetando las exigencias previas de un Estado social de derecho, con el fin de contribuir al logro de una política criminal admisible, precisamente, en un Estado que pretenda jerarquizar por igual sus notas de *social y de derecho*. Por ello, el sistema penal tributario debe concebirse, a nuestro juicio, de modo bipolar, como un estatuto global de solidaridad social y garantías, donde deben interactuar en armonía los principios de los ingresos de derecho público cuya esencia recoge el dere-

<sup>4</sup> Ives GANDRA DA SILVA MARTINS, *Teoria da Imposição Tributária*, 2.<sup>a</sup> ed. rev. y act., Editora LTr, San Pablo, 1998, pp. 50 ss.

<sup>5</sup> Carmen LAMARCA PÉREZ (coord.), Avelina ALFONSO DE ESCAMILLA, Esteban MESTRE DELGADO e Ignacio GORDILLO ÁLVAREZ VALDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Colex, Madrid, p. 387. Dentro de la doctrina española véanse también Joan J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 4.<sup>a</sup> ed. rev. y puesta al día, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 521 ss.; Carmen LAMARCA PÉREZ, “Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública”, en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n.º 178, julio-agosto de 1985, pp. 743 ss.; F. MORALES PRATS, “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social”, en G. QUINTEROS OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 1361 ss.; L. MORILLAS CUEVA, “Delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social”, en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 859 ss.; C. SUÁREZ GONZÁLEZ, “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social”, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) *Comentarios del Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 870 ss.; J. M. VALLE MUNIZ, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 1411 ss.; M. BAJO y S. BACIGALUPO, *Delitos contra la hacienda pública*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000; J. BOIX REIG, *Los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000; D. LÓPEZ GARRIDO, y M. GARCÍA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Eurojuris, Madrid, 1996.

cho tributario y el cuadro de garantías que deben verse explicitadas con su mayor rigor en el derecho penal tributario. De lo contrario —ante el riesgo de que se desnaturalice su punición—, es mejor que dichas infracciones permanezcan en la órbita de un sistema administrativo sancionatorio, siempre y cuando éste contenga una similar estructura de garantías para el concernido de la pretensión tributaria. En ausencia de las imprescindibles garantías, el propio sistema de sanción administrativa carecerá de legitimidad.<sup>6</sup>

## 2.

### **LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO TRIBUTARIO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

El ya citado Ives GANDRA DA SILVA MARTINS, uno de los más encumbrados publicistas brasileños en la materia, sostiene que los principios generales del derecho tributario se vinculan, unos, al derecho tributario estructural, o sea, como derecho vinculado a las propias raíces esenciales de la vida en sociedad, y otros aluden a los aspectos formales o procedimentales de la realidad tributaria. Unos y otros conforman una estructura de siempre frágil equilibrio entre la solidaridad reglada y la prepotencia tributaria.<sup>7</sup>

#### **1. EL PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA**

Se trata de un típico principio de derecho estructural. Se entiende por capacidad contributiva aquella potencialidad del sujeto pasivo de la relación tributaria de aportar al patrimonio y las necesidades del erario público recursos racionales que no afecten su propia posibilidad de generarlos, a riesgo de que la tributación se transforme en simple confiscación.

El principio de la capacidad contributiva se manifiesta en su alcance jurídico por medio de dos expresiones: representa, por un lado, un parámetro de repartición de las

---

<sup>6</sup> Raúl CERVINI, *Os processos de descriminalização*, 2.<sup>a</sup> ed. rev., Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2002, pp. 225 ss.; Cf. Sergio MOCCIA, “Die Systematische Funktion der Kriminalpolitik. Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystem”, en *Bausteine des europäischen Strafrechts*, pp. 65 ss.

<sup>7</sup> GANDRA DA SILVA MARTINS, op. cit., pp. 50 ss.

cargas públicas en relación con las posibilidades del individuo; por otro, un criterio de ordenamiento y aplicación de la norma tributaria sobre la base de la paridad impositiva (igualdad) por efecto de la cual debe corresponder un régimen tributario igual para situaciones idénticas. De tal modo, en presencia de normativas jurídicas diferenciadas, ellas deberán estar fundadas en criterios de razonabilidad y no en el arbitrio o en la discrecionalidad pública.<sup>8</sup>

## 2. PRINCIPIO DE LA REDISTRIBUCIÓN DE RIQUEZAS

En el derecho tributario —nos recuerda el citado SILVA MARTINS—, los principios de capacidad contributiva y de redistribución de riquezas están en la propia esencia del llamado *derecho de naturaleza estructural*.<sup>9</sup>

Se entiende como función redistributiva de riquezas la finalidad estatal de reciclar sus ingresos tributarios, permitiendo que sectores socialmente pauperizados se vean beneficiados por políticas sociales activas, sin perjudicar la capacidad contributiva de aquellos que crearon originalmente los recursos.

## 3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD O RESERVA DE LEY

Se vincula al aspecto instrumental del derecho tributario. De acuerdo con este principio, *ninguna prestación patrimonial puede imponerse sino sobre la base de la ley*. Sólo la ley puede incidir en la esfera de la propiedad individual del ciudadano. El sujeto pasivo de la relación tributaria tiene la seguridad de que únicamente la ley —emanada del Poder Legislativo en ejercicio de facultades indelegables— podrá obligarlo a la contribución tributaria. Este principio está ineludiblemente vinculado con el de tipicidad en la tributación, de siguiente consideración.<sup>10</sup>

Agrega LO MONTE que el precedente más remoto de este principio se encuentra en el artículo 30 del Estatuto Albertino, en un contexto y con una finalidad muy diferentes de los actuales. Contemporáneamente, las disposiciones constitucionales y la reserva de ley en ellas contenidas se vinculan con el propósito de “equilibrar el orden de los poderes para garantizar la integridad patrimonial de los individuos respecto del soberano”.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Luigi SECHI, *Diritto penale e processuale finanziario*, Giuffrè, Milán, 1966, pp. 83 ss. En el mismo sentido Marco BACCARO, *Ordine pubblico e riforma del diritto tributario*, Macciardi, Padua, 2004, p. 67.

<sup>9</sup> GANDRA DA SILVA MARTINS, op. cit., p. 51.

<sup>10</sup> BACCARO, op. cit., p. 76.

<sup>11</sup> Elio LO MONTE, *Principios del Derecho penal tributario*, B de F y Julio César Faira, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 18.

#### **4. PRINCIPIO DE LA TIPICIDAD DE LA TRIBUTACIÓN**

También se vincula al aspecto instrumental. Implica que la obligación tributaria emanada de la norma legal no puede ser un mandato genérico, ni admitir interpretaciones flexibles ni maleabilidad exegética. Debe tratarse, en palabras de Moroni, de “una obligación plasmada con la adecuada certeza, aquella inherente al marco de rígidas garantías que se expresan necesariamente en una estructura típica”,<sup>12</sup> o sea, aquella surgida de una tipología cerrada. Con ello se busca lograr la mayor certeza jurídica, el “saber a qué atenerse” en la clásica expresión de Fernando Sainz De Bujanda.

#### **5. PRINCIPIO DEL DEBER DE COLABORACIÓN DEL CONTRIBUYENTE CON LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**

**5.1.** Se vincula a la faz instrumental o procesal. Se encuentra previsto en muchas legislaciones como la italiana, la brasileña, la uruguaya (artículo 70 del CT) y la propia legislación argentina en los artículos 33 a 40 de la ley 11 683.

Este principio observa en el derecho comparado variadas manifestaciones, entre ellas, *el deber de veracidad de los obligados al pago de los tributos*. Tiende a proteger la correcta y oportuna exteriorización de los hechos imponible como medio de asegurar la recaudación, mediante una declaración jurada que no es constitutiva, sino meramente declarativa de la deuda que por ella se reconoce.<sup>13</sup>

**5.2.** Pero el mismo deber de colaboración también alcanza aspectos más críticos. A tenor de lo dispuesto por dichas normas, la AFIP de Argentina, en la etapa de inspección, puede requerir del contribuyente que presente documentos, responda preguntas y dé explicaciones sobre los hechos que dicho organismo investiga. La falta de cumplimiento de esos requerimientos es punible con pena de prisión o multa en Italia, y en la Argentina mediante multa (artículo 39).

Esta manifestación del principio genera un profundo debate en Italia y Francia,<sup>14</sup> ya que la documentación del tal forma obtenida por la autoridad tributaria habrá de

---

<sup>12</sup> Silvano MORONI, “Contributo alla teoria delle sanzioni tributarie”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1998, pp. 36 ss.

<sup>13</sup> Jorge PEREIRA TORRES, “La esencia de la defraudación fiscal”, en *Revista de derecho penal tributario*, año II, n.º 3, Buenos Aires, Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario, junio 1994, pp. 33 ss.

<sup>14</sup> Paolo CERNI, “Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali. Accertamento tipico”, Meroni, Milán, 2001, p. 56; Salvatore DOVERE, *I nuovi reati tributari. Commento al D. Lgs 10 marzo 2000, No. 74*, Edizioni Giuridiche Simone, Nápoles, 2000, pp. 45 ss.; Estephane BACRIE y Paul GAVIN, “La estructura del tipo tributario

ser utilizada como prueba en la causa penal. Esto puede interpretarse como una violación a la garantía de la defensa en juicio y, más específicamente, al derecho de no declarar contra sí mismo. Entiendo que la jurisprudencia de los tribunales argentinos admite que, en las causas que se tramitan por aplicación de la ley penal tributaria, los documentos presentados por el contribuyente como resultado de los requerimientos de la AFIP sean utilizados como prueba en contra del investigado. Esto resulta francamente polémico. En nuestro concepto, *el deber de colaboración no puede ser absoluto*; debe deslindarse racionalmente su ámbito, hasta el punto de no confundirse con el deber de autoincriminarse. El derecho de defensa y la exhibición de documentos confidenciales jamás pueden integrar ese deber de colaboración. De lo contrario, aun en el contexto de un procedimiento administrativo, se violentarían principios de raigambre constitucional, como el de no estar obligado a producir prueba en su contra e, incluso, el privilegio de la comunicación confidencial con el asesor.

## 6. PRINCIPIO DEL EFECTIVO CONTRADICTORIO

Integra el elenco de principios instrumentales, y en la especie, más que en otros casos, se comprueba el aforismo de que las formas hacen a las garantías. En virtud de este principio, el sujeto pasivo de la pretensión tributaria tiene que contar con todos los recursos apropiados al pleno ejercicio del magisterio de la defensa. Ello impone la asistencia legal idónea y eventualmente gratuita, así como también la existencia de un sistema procesal administrativo y procesal penal tributario que consagre, en todas sus instancias, la igualdad de oportunidad de las partes a ser oídas en atención al esclarecimiento de los hechos, la concreta posibilidad de revisión de su causa y el derecho a un procedimiento racionalmente breve.<sup>15</sup> Es de destacar que, en el caso de Uruguay, este principio se ve francamente vulnerado en vía administrativa, donde el secreto de las actuaciones impide una adecuada defensa. Asimismo, la práctica de la Dirección General Impositiva de prescindir en ciertos casos del cumplimiento del requisito legal de procedibilidad consistente en comenzar las actuaciones cuando media resolución fundada de la administración, o la práctica de formular la denuncia penal por defraudación fiscal antes de la conclusión de las

---

y la necesaria certeza impositiva en el Estado democrático social de derecho”, en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, año 3, t. VI, Monterrey, 2005, pp. 145 ss.

<sup>15</sup> Marcelo PERUCHIN y Caetano GUAZZELLI, “Legitimação ativa e direito à ampla defesa e ao contraditório, pelo cidadão envolvido na cooperação judicial penal internacional”, tesis de maestría, Facultad de Derecho, PUCRS, Porto Alegre, 2000, pp. 50 ss.

actuaciones administrativas y consecuentemente antes de que el contribuyente realice sus descargos en ese ámbito, revelan la inexistente aplicación rigurosa de este principio.

## **7. PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD**

Se entiende que en el derecho tributario la voluntad del contribuyente que sufre la exacción o coerción tributaria es ajena a la producción de la obligación jurídica. Precisamente, el carácter obligatorio distingue los ingresos de derecho público, como los tributos, de los del derecho privado, cuya fuente es un negocio jurídico. Esta línea de pensamiento, tan afirmada en el derecho tributario clásico, sufre actualmente ciertas relativizaciones conceptuales en el campo del derecho penal tributario de inspiración garantista, fundamentalmente por aplicación del principio de protección de la dignidad de la persona humana, que veremos más adelante.<sup>16</sup>

Agrega LO MONTE que la obligatoriedad, además de representar un requisito conatural del tributo, también define en su conjunto la disciplina de la relación tributaria. Al ser expresión de la soberanía del Estado, que se plasma en el momento generador de la obligación, el tributo impide que el mandato autoritario se extienda a la disciplina de la relación jurídica subyacente. Por ello, la obligatoriedad abarca no sólo la imposición del tributo, sino que debe alcanzar, como medio de certeza y explícita garantía, a la regulación detallada de cada aspecto de la relación tributaria: monto, tiempos, modo y consecuencias derivadas del incumplimiento. Todo ello debe surgir necesariamente, de forma explícita, en consonancia con los principios de reserva de ley y taxatividad.<sup>17</sup>

## **8. PRINCIPIO DE LA PATRIMONIALIDAD**

El tributo termina por limitar en el plano patrimonial la riqueza de la persona, que se ve despojada de una parte de sus propios ingresos, de sus propios réditos o de parte de su propio patrimonio.

Lo dicho no implica asociar inexorablemente la naturaleza patrimonial de la afectación que sufre el concernido con el bien jurídico afectado. Este tema lo veremos con mayor detalle en oportunidad de tratar los principios del derecho penal tributario

---

<sup>16</sup> MOCCIA: “Die systematische Funktion...”, op. cit., p. 74; Vitor PERUCHIN y Antonio GUENZZELLI, “O crime de evasão: dificuldades definitórias e de controle”, disertación en el Programa de Posgraduación en Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

<sup>17</sup> LO MONTE, op. cit., pp. 12 ss.

## 9. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE DESIGUALDAD SELECTIVA

El primer principio surge de la regla constitucional de que todos son iguales ante la ley.

Este paradigma de la igualdad se ve frecuentemente sobrepasado en el contexto de la planificación de una política tributaria que, por estrictas razones de justicia, recurre a un tratamiento de desigualdad selectiva capaz de armonizar el principio de la capacidad contributiva con el principio de la distribución de las riquezas. Así surgen las políticas de imposición progresiva y las políticas fiscales desincentivadoras o estimuladoras que la doctrina muchas veces proyecta más allá del área meramente tributaria.<sup>18</sup>

La progresividad tiende a salvaguardar las diversas condiciones subjetivas de las personas sometidas a la soberanía del Estado. Y, como afirma LO MONTE, para realizar una justicia tributaria es preciso tener en cuenta que la utilidad marginal que le aporta al individuo la posesión de riqueza varía en sentido inverso a la cantidad de riqueza disponible.<sup>19</sup>

## 10. PRINCIPIO DE LA INTERRELACIÓN ESPACIAL DE LA IMPOSICIÓN

En el mundo actual surge con toda evidencia que *un Estado no puede vivir en el plano económico sin mantener relaciones internacionales*. En la medida en que, en ejercicio de su soberanía, el Estado imponga un exceso de tributación a sus ciudadanos, los colocará fuera de la relación internacional, condenándolos a un desarrollo menor y con ello a una reducción sensible de su capacidad de generar nuevos tributos. Por ello, el poder de imposición de cada Estado tiene una limitación natural en los poderes impositivos de los demás estados, por lo que debe tomar en cuenta las técnicas reductoras o estimuladoras tributarias de aquellos países con los cuales se relaciona.<sup>20</sup>

## 11. PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN INTEGRATIVA

Actualmente son de creciente aplicación los acuerdos generales regionales o sectoriales de carácter económico como por ejemplo, el del GATT, ALADI, Mercosur, Nafta, Unión Europea, Pacto Andino, etcétera. También se suelen implementar acuerdos contra la doble tributación a partir básicamente del modelo de la Organization for Economic

<sup>18</sup> BACCARO, op. cit., p. 81; GANDRA DA SILVA MARTINS, op. cit., p. 59.

<sup>19</sup> LO MONTE, op. cit., pp. 26.

<sup>20</sup> GANDRA DA SILVA MARTINS, op. cit., pp. 62 ss.

Corporation and Development (OECD), que procuran igualar las legislaciones en el plano internacional, la búsqueda de integración impositiva, etcétera. Estas manifestaciones de la función integrativa son básicas para acompañar el dinamismo propio de la inversión internacional, que exige crecientemente un estándar mínimo de adecuación o armonización legislativa tributaria de los países receptores.<sup>21</sup>

## **12. PRINCIPIO DEL SUPERIOR INTERÉS NACIONAL**

Este principio general responde a la génesis del propio derecho tributario como afirmación de soberanía fiscal, aunque hoy día se ve crecientemente debilitado por acuerdos como la Ronda de Tokio. Por ello entendemos que el derecho tributario contemporáneo solamente puede ser comprendido a partir de una visión integrativa del derecho económico-financiero. Todo ello sin perjuicio de la inherente raíz territorial de la propia imposición tributaria.<sup>22</sup>

## **13. PRINCIPIO DE LA TERRITORIALIDAD**

Este principio se basa en tres factores: a) los tributos se deben a un ente público; b) hallan su fundamento jurídico en el poder de imperio del Estado; c) se decide imponerlos con el fin de proveer los medios para las necesidades financieras de la Hacienda nacional (el Estado).

La potestad cuasidiscrecional del Estado en el diseño de sus políticas tributarias es la confirmación más evidente de la territorialidad.<sup>23</sup> Aludimos a una potestad cuasidiscrecional en atención a que tal potestad tributaria no es infinita, pues tiene límites constitucionales, dogmáticos y otros que impone la realidad fiscal global.

## **14. PRINCIPIO DE LA CULTURA DE LA LEGALIDAD TRIBUTARIA**

Los más recientes aportes sobre el tema ponen el acento en la necesaria conformación de una cultura de la legalidad tributaria. El Estado debe promover, con apoyo de sectores significativos de la propia comunidad, el desarrollo progresivo de una cultura de la legalidad tributaria que alcance a largo plazo el nivel de referente comunitario. Los

---

<sup>21</sup> Janio MELITON, *Principios del derecho tributario internacional*, EVS.A, México, 2003, pp. 147 ss.; GANDRA DA SILVA MARTINS, op. cit., pp. 66 ss.

<sup>22</sup> MOCCIA, op. cit., p. 81; GANDRA DA SILVA MARTINS, op. cit., pp. 70 ss.

<sup>23</sup> LO MONTE, op. cit., pp. 13 ss.; Cesare PEDRAZZI, "Qualche riflessione sulla frode fiscale", en *Dir. Prat. Trib.* 1988, pp. 260 ss.

ciudadanos contribuyentes deben introyectar los principios de solidaridad tributaria. Esto solamente se podrá lograr si el colectivo percibe prudencia y transparencia en la administración de los tributos por parte del Estado. Por el contrario, si la sociedad ve al tributo exclusivamente como una obligación de derecho público, la eficacia de las políticas de hacienda pública estará supeditada a niveles crecientes de control y represión. Esta estrategia tiene un límite, trasvasado el cual el derecho se transforma en mero ejercicio de poder y la pretensión tributaria empieza a confrontar los principios de garantía del propio Estado democrático social de derecho.<sup>24</sup>

### 3.

## PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL TRIBUTARIO

1. Debemos empezar señalando que, en el Estado democrático social de derecho, la posibilidad de ejercicio del *jus puniendi* está especialmente limitada sobre la base de principios intradogmáticos y adjetivos inherentes a la construcción, legitimación y conservación del propio Estado democrático social de derecho.

2. Corresponde seguidamente reiterar los conceptos de portada general vertidos al comienzo de esta exposición: si bien presenta marcadas particularidades, el derecho penal tributario debe ser necesariamente reconducido al derecho penal común y a sus principios generales.

Por consiguiente, un enfoque en clave de eficiencia y garantías del derecho penal tributario presupone un vínculo continuo con los principios y con las categorías intradogmáticas y formales del derecho penal común, principalmente con aquellas de raíz constitucional y vinculadas a la promoción efectiva de los derechos de la persona humana. Como hemos adelantado, la más prestigiosa doctrina penal de corte garantista confirma esta postura.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Saúl BLOVICH y Raúl CERVINI, *Informe sobre el necesario referente comunitario de las políticas tributarias contemporáneas*; Doc. ICEPS-BV/586/ 2005, ponencia en encuentro sobre derecho penal tributario del Tercer Milenio, Nueva York, ICEPS y Morton Banking Center, diciembre 2005, pp. 10 ss.

<sup>25</sup> MOCCIA, “Riflessioni...”, op. cit., pp. 123 ss.; “Considerazioni...”, op. cit., p. 415; PALIERO, op. cit., pp. 510 ss.; LO MONTE, op. cit., pp. 4 ss.; Cesare PEDRAZZI, “Profili problematici del diritto penale d’impresa”, en

La adopción de dichos principios, que son principios dogmáticos rectores de la actividad estatal, importa una sumisión del poder público a las garantías concretas de respeto a la libertad individual y a la estructura democrática del Estado.

**3.** En la dogmática actual, lo importante no se encuentra en la búsqueda de paradigmas teóricos, en la construcción de sistemas lógico-formales absolutamente perfectos, como la imaginación positivista podría suponer, y menos aun en la pretensión de lograr a través de las normas jurídicas organizar y sistematizar el orden social, sino en exigir de todas las autoridades, en las estructuras políticas, económicas y jurídicas, tanto en el aspecto de ejecución o aplicación de las leyes como en el ámbito de la propia producción legislativa, la necesaria ponderación acerca de los resultados sobrevenidos a causa de sus respectivas actividades. Ésta nunca podrá sobrepasar los principios de forma y contenido inherentes a la realización de los valores propios del Estado democrático social de derecho.<sup>26</sup>

No se trata de una dogmática de resultados, en el sentido de garantía de *ley y orden*, sino de una dogmática trascendente, que, conforme al pensamiento de SEVERIN, se muestre atenta a los efectos que la producción o aplicación legal pueda generar en confrontación con los postulados constitucionales y el orden democrático.<sup>27</sup> La dogmática, por lo tanto, no debe ser vista como un conjunto de apreciables preceptos lógicos, sino como exigencia democrática de una mínima coherencia tendiente a la efectiva protección del propio individuo, en el caso, frente a la siempre creciente voracidad tributaria.

Se procura, en definitiva, establecer lo que Juárez TAVARES denomina una *red de principios penales democráticos*, aplicables a todas las variedades de ilícitos, inclusive al área penal tributaria.

**4.** Es efectivamente difícil establecer una sistematización de esos principios, porque no son únicamente preceptos del derecho penal, sino fundamentos para un orden jurídico democrático. Son, antes que nada, preceptos político-jurídicos, de estructuración del Estado y del orden jurídico, a los cuales se deben subordinar tanto la creación legislativa como las actitudes de los poderes Ejecutivo y Judicial.

---

*Rivista Trimestrale. Diritto Penale dell'Economia*, 1988, pp. 160 ss.; Michele PISANI, "Delitti di frode fiscale: le nozioni di elementi pasivi fittizi nelle fatture soggettivamente inesistenti", en *Fisco*, 2004, pp. 6667 ss.

<sup>26</sup> Raúl CERVINI y Juárez TAVARES, *Principios (formais e intradogmáticos) de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 2000, pp. 171 ss.

<sup>27</sup> Louis W. SEVERIN, *Recent developments in relation to Economic Crimes*, Ladel, Austin, 1991, pp. 50 ss.

Observado lo anterior podemos clasificar tales principios, según sus efectos, en dos grandes grupos: a) principios de limitación material y b) principios de limitación formal. Los primeros comprenden aquellos principios de fundamentación del Estado democrático, tales como la protección a la dignidad humana, la observancia del bien jurídico, la necesidad de pena, la intervención mínima, la proporcionalidad y las categorías lógico-objetivas. Los segundos se refieren a la exigencia de la legalidad y sus corolarios y, más específicamente, a la formación de los tipos legales y a la fundamentación de los factores de reprobación y punibilidad.<sup>28</sup> Priorizaremos en este trabajo el tratamiento de los principios de limitación material al *jus puniendi* tributario.

## 1. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Puede parecer un comienzo demasiado abstracto, pero procuraremos demostrar que constituye el eje de toda concepción de garantías.

**1.1.** El régimen democrático contemporáneo presupone el requisito de la legitimidad, como condición de su nacimiento y sobrevivencia. Esta legitimidad no se limita a la realización de elecciones libres, con voto directo, secreto y universal, como se pensaba en el liberalismo, como una consecuencia del proceso de representación en el poder, sino que se extiende a la exigencia de la más amplia y efectiva participación de todos los ciudadanos en el proceso de formación, manutención y gestión del Estado.

En este orden de cosas, la legitimidad democrática está fundamentalmente vinculada a la función que en el Estado ejercen los ciudadanos. Como la democracia presupone una efectiva difusión de funciones a todos, las normas de estructuración del Estado deben estar necesariamente orientadas a asegurar que todos puedan en paridad ejercer su gestión, ya sea en forma directa como en forma indirecta, tanto de ejecución como de fiscalización.

La protección de la dignidad de la persona humana constituye el primero de esos principios, no como una norma apenas programática, sino como fundamento del Estado democrático y primer muro de contención ante la prepotencia del Estado.

---

<sup>28</sup> Para otras clasificaciones, véanse Francesco PALAZZO, *Valores constitucionais e Direito penal* (trad. Gerson Pereira dos Santos), Fabris, Porto Alegre, 1987; y Luis LUISI: *Os princípios constitucionais penais*, Fabris, Porto Alegre, 1991.

**1.2.** En lo relativo al derecho penal tributario, la protección de la dignidad de la persona humana debe servir de parámetro en la elaboración de las normas que lo integran, las que deben observar necesariamente un fundamento antropológico. También trasciende a la apreciación, por los administradores y magistrados, de las implicaciones que esas normas podrían generar, de cara al respeto de los derechos humanos.<sup>29</sup>

Concebida la dignidad de la persona humana ya no más como precepto puramente abstracto, sino como valor concreto de cada ser humano, invocarla impide la elaboración de normas penales tributarias irracionalmente discriminatorias, que, por ejemplo, traten desigualmente a los reincidentes o que no les reserven los mismos recursos para impugnar los actos que deban sufrir, así como, de igual manera, la cláusula que posibilite convertir la multa en pena privativa de libertad sin atender a la capacidad financiera del agente o su posibilidad de pagar.

**1.3.** Finalmente debe recordarse que, como premisa de la protección de la dignidad de la persona humana, el orden jurídico todo y el penal tributario en particular no pueden *tomar al ciudadano como simple medio, sino como fin*. Emerge por lo tanto la imposibilidad ontológica de que sus normas puedan significar un aumento de la miseria, la marginación o la desigualdad de los afectados por una desnaturalizada potestad tributaria.

## **2. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO**

**2.1.** Se suele afirmar que el centro del derecho penal se encuentra situado en el injusto, esto es, en el tipo de antijuridicidad.

Es a partir de la tipificación de las conductas que se vuelve posible la intervención estatal. Es también con la comparación entre esa conducta tipificada y las normas permisivas de todo el orden jurídico que se puede concluir que esa conducta es igualmente antijurídica. Pero estas aseveraciones no bastan.

**2.2.** En el fondo de toda norma con cerne constitucional, derivada de la protección a la dignidad de la persona humana y de los objetivos fundamentales del Esta-

---

<sup>29</sup> Ernst BENDA: *Handbuch des Verfassungsrechts*, Gruyter, Berlin-Nueva York, 1984, pp. 50 ss.

do democrático social de derecho, subsiste, como principio implícito, la protección del bien jurídico, tomado en sentido de objeto concretamente aprehensible.<sup>30</sup>

Desde la visión de la necesidad de participación de todos en los destinos y objetivos del Estado democrático, la conducta prohibida, aun en el ámbito tributario, debe ser encarada como realidad concreta y no como relación causal, neutra y formal, de modo que tanto la prohibición como la determinación de conductas sólo tendrán sentido si su objetivo es impedir una lesión concreta del bien jurídico.

Esa realidad, que subsiste en el proceso de prohibición, hace que se expresen como inconstitucionales las disposiciones que prohíban por prohibir, o que hagan de la norma penal y/o penal tributaria tan sólo el refuerzo para la obediencia, sin ninguna referencia al bien jurídico concreto.

**2.3.** La construcción de un tipo no sigue un procedimiento puramente causal. El legislador, al considerar una conducta como prohibida, lo hace teniendo en cuenta su realidad social, su conflictividad. Esto implica la consideración del disvalor que ella tiene en sí misma, en su manifestación (disvalor de acto) y en la producción de sus efectos (disvalor del resultado).

La prohibición tiene como presupuesto, por consiguiente, que la acción que se quiere prohibir se manifieste como integrante de una relación social conflictiva, que implique un lesionar o poner en peligro valores concretos del ser humano, referidos como bienes jurídicos. La referencia a valores concretos no significa que el bien jurídico se identifique con el objeto material del delito (objeto de la acción). El bien jurídico puede tener tanto aspectos materiales sensibles como ideales, lo que no desnaturaliza su contenido concreto.

El bien jurídico debe tener un papel preponderante en la solidificación de los principios de identidad y especialidad, lo que impone al Poder Judicial una interpretación limitadora de los pedidos de enjuiciamiento penal que envuelven la persecución de hechos que, en sí, sólo reflejan intereses formales y no la solución de conflictos en función de un bien jurídico concreto.

**2.4.** En el caso de los delitos tributarios, las reflexiones sobre el bien jurídico tutelado redimensionan su importancia. Si se considera que el bien jurídico está en el interés público en el cobro de los impuestos, la categoría de la ofensividad se

---

<sup>30</sup> Winfried HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt, 1973.

medirá en relación con dicha finalidad. Si se identifica al patrimonio del Estado como bien jurídico legítimamente tutelable por la normativa penal tributaria —tal es nuestra posición—, la ofensividad tendrá otros límites. En ese caso el daño se aprecia concretamente en la limitación causada al bien o a su funcionalidad.

Con relación a esto último resulta imprescindible distinguir entre el concepto de *bien jurídico* y el de *función*. Por ello debe rechazarse toda concepción que identifique al bien jurídico con el interés y la actividad administrativa dirigida a la recaudación. La actividad de la Hacienda es una función que persigue el objetivo de cumplir con el bien jurídico, y éste es evitar el lucro cesante derivado de la evasión. Si aceptáramos que esa función es lo que tutela el derecho penal tributario, posibilitaríamos una expansión irracional de éste y un adelantamiento de la tutela penal a conductas preparatorias del acto de defraudación.

**2.5.** Recordemos finalmente una observación realizada al tratar el principio general de la patrimonialidad. Antes expresamos que el tributo termina por limitar en el plano patrimonial la riqueza de la persona, quien se ve despojada de una parte de sus propios ingresos, de sus propios réditos o de parte de su propio patrimonio. Pero ello no implica asociar inexorablemente la naturaleza patrimonial de la afectación que sufre el concernido con la siempre debatida naturaleza del bien jurídico afectado. Al respecto nos remitimos a conceptos del publicista argentino José Daniel CESANO, en una reciente y valiosa obra.<sup>31</sup>

### 3. PRINCIPIO DE LA OFENSIVIDAD

**3.1.** La máxima *nullum crimen sine injuria* implica que en un Estado democrático social de derecho el legislador, al momento de producir normas penales, sólo puede llegar a tipificar con tal carácter aquellas conductas graves que lesionan o colocan

---

<sup>31</sup> José Daniel CESANO, *Estudios sobre la reforma del régimen penal tributario. Una contribución sobre los aspectos dogmáticos y político-criminales de la ley 25.874*, Mediterránea, Córdoba, col. Derecho penal Contemporáneo, vol. 8, 2006, pp. 19 ss. El citado autor expresa: “Sin desconocer la ardua discusión en torno a este punto, consideramos que el bien jurídico tutelado por los delitos tributarios ha sido perfilado, adecuadamente, con relación a nuestro régimen legal, por Carlos A. CHIARA DÍAZ (*La Ley Penal Tributaria y Previsional N.º 24.769*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 114). Sostiene este autor —en tesis que compartimos— que ‘hay que buscar el bien jurídico [de esta forma de criminalidad] en el deseo de proteger un interés macroeconómico y social, consistente en la Hacienda Pública, pero no en un sentido de patrimonio del Fisco, sino como sistema de recaudación normal de ingresos para solventar el gasto público demandado por la atención de los cometidos básicos del Estado. Ahí precisamente radica la diferencia entre un mero interés de proteger la propiedad estatal con la consideración de la Hacienda Pública bajo la faz dinámica de permitir que los gastos y la distribución de beneficios para amplios sectores de la sociedad queden asegurados con un régimen de ingresos de tributos y de aportes constantes, al cual hay que proteger contra las conductas evasoras, convertidas en delitos fiscales y contables’”.

efectivamente en peligro auténticos bienes jurídicos. Uno de los mecanismos de limitación reside precisamente en el principio de ofensividad. Expresa FERRAJOLI que el referido principio tiene el valor de un criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales. Eso equivale a un principio de tolerancia tendencial de la desviación, idóneo para reducir la intervención penal a un mínimo necesario y, con ello, reforzar su legitimidad y fiabilidad, pues si el derecho penal es un remedio extremo, deben estar privados de toda relevancia jurídica los hechos de mera desobediencia, degradables a la categoría del daño civil en lo que refiere a los perjuicios reparables y al ámbito de lo administrativo sancionador, en la medida en que lesionen bienes considerados como no esenciales o que son, sólo en abstracto, presumiblemente peligrosos.<sup>32</sup>

**3.2.** Corresponde seguidamente determinar si en un Estado democrático social de derecho, al momento de elaborarse los tipos penales, el legislador debe privilegiar la protección de la sociedad o la del individuo. Pensamos que la persona es el punto de referencia fundamental en torno al cual se orientan todos los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Este criterio, conocido como *monista individualista*, otorga a los bienes jurídicos el papel de medio para el desarrollo personal del individuo, y el Estado es también concebido como un instrumento al servicio prioritario de las personas.

El jurista Luiz REGIS PRADO expresa que cuando se privilegia a la sociedad se ingresa al estatuto del Estado social autoritario, en el cual el individuo es subordinado al todo social. En cambio, cuando se privilegia al individuo y sus necesidades, estamos en el campo del Estado democrático de derecho, que condiciona los intereses colectivos a los individuales. El Estado debe estar al servicio del individuo y no lo contrario. Ergo, el derecho penal, como todas las otras ramas del ordenamiento jurídico, debe privilegiar las relaciones sociales del individuo, reconociéndolo como el centro de atención de toda la actividad estatal y figura central de la escena social.<sup>33</sup>

**3.3.** Desde nuestra perspectiva, no se debe excluir la posibilidad de que el Estado pueda elaborar normas atendiendo a solucionar problemas típicos de la colectividad en su conjunto. En la sociedad contemporánea las necesidades sociales aumentan y con

<sup>32</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 479.

<sup>33</sup> Luiz REGIS PRADO, *Bem jurídico-penal e Constituição*, 2.<sup>a</sup> ed., RT, San Pablo, 1997, pp. 92 ss.

ello también las obligaciones asistenciales del Estado. Allí se encuentra el centro de su carácter de Estado democrático social de derecho. Pero debe tenerse siempre en cuenta que las normas de cuño colectivista disminuyen los espacios destinados a las prerrogativas individuales, por lo cual su legitimidad estará directamente relacionada con una racionalidad y justificación ajustadas al equilibrio dinámico que debe observar un Estado democrático social de derecho para considerarse tal.

**3.4.** Simplemente basta señalar que como corolario de los paradigmas ya analizados, en el Estado democrático social de derecho la represión penal tributaria debe limitarse a los hechos directamente relacionados, tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo, con la lesión de los intereses fiscales relevantes, con la consiguiente renuncia a la criminalización de las violaciones meramente formales y preparatorias, lo que supone abandonar también el primitivo modelo contravencional.

#### **4. PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PENA**

**4.1.** Tradicionalmente se entendía que, una vez configurados los elementos del hecho punible, como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y no existiendo causas que obstan a la punibilidad, la imposición de la pena sería consecuencia inexorable e inevitable.

Esta posición viene sufriendo atenuaciones, en especial después de que varios autores cuestionaron la culpabilidad como fundamento o único presupuesto de la pena, con el argumento de que su contenido era indemostrable y, por lo tanto, meramente simbólico. Como consecuencia de ello, se pasó a exigir también que, en ese caso, se investigara si la aplicación de la pena sería o no necesaria. Por ello, más que un criterio adicional de culpabilidad, la exigencia de la necesidad de la pena integra los principios generales del orden jurídico.<sup>34</sup>

**4.2.** Generalmente, el enunciado del principio de necesidad de la pena está articulado con los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y legalidad, y este último representa su complemento técnico.

---

<sup>34</sup> Claus ROXIN, "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurisprudenciales", en *Problemas básicos del derecho penal* (trad. Luzón Peña), Reus, Madrid, 1976, pp. 200 ss.; Enrique GIMBERNAT ORDEIG: "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1970; Juárez TAVARES: "Culpabilidad: a incongruencia dos métodos", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 24, RDT, San Pablo, 1998, pp. 145 ss.

Según el carácter fragmentario, el derecho penal sólo puede intervenir cuando se trate de tutelar bienes fundamentales o para contener ofensas intolerables, lo que justificaría la imposición de la sanción penal, con todos sus perjudiciales efectos.<sup>35</sup>

El carácter subsidiario significa que la norma penal ejerce una función suplementaria de la protección jurídica general, y que la imposición de sus sanciones sólo vale cuando las demás ramas del derecho no se muestren eficaces en la defensa de los bienes jurídicos. Ese mismo carácter subsidiario o sancionador fue formulado por BINDING<sup>36</sup> y malinterpretado por sus sucesores, que quisieron ver en el derecho penal un apéndice represor del orden jurídico. Este aspecto lo trataremos por separado al considerar el principio de la *subsidiariedad en concreto* como superador del falso dilema eficacia/garantías.

**4.3.** Por cierto, en lo que tiene que ver con el derecho penal tributario, el principio de necesidad de la pena debe presidir también la elaboración de las normas, autorizando sólo actos coercitivos que sean absolutamente necesarios en atención a una intolerable ofensa al bien jurídico.

## 5. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Ya hemos adelantado su alcance. Baste agregar que la reserva de ley tiene como fin tutelar al ciudadano y, de esa manera, evitar que la imposición de prestaciones patrimoniales, o las incriminaciones conexas, se utilicen como mero instrumento de opresión del individuo y de sus derechos fundamentales.<sup>37</sup>

## 6. PRINCIPIO DE OBSERVANCIA DE LA TAXATIVIDAD

En un sistema codificado, la taxatividad/determinación es un atributo del principio de la legalidad. Es frecuente que el legislador, en materia de delitos tributarios, tienda a violar este principio con fórmulas equívocas como la alusión a “otros documentos”, “contribuciones de análogo carácter”, etcétera. El principio de taxatividad, como realización garantista del canon de fragmentariedad, impone que se formulen figuras muy claras, comprensibles para todos los contribuyentes y cerradas, para evitar los excesos de

---

<sup>35</sup> Clauss ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlín, 1970, pp. 33 ss.; Ferrando MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padua, 1988, p. 24.

<sup>36</sup> Karl BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, Weidemann, Leipzig, 1902; reed.: Keip, Fráncfort, 1997, pp. 20 ss.; *Handbuch des Strafrechts*, Weidmann, Leipzig, 1885, p. 9.

<sup>37</sup> G. FLORA: “Legge penale tributaria”, en *Digesto Penale*, vol. VII, Turín, 1993, p. 363.

discrecionalidad de la Administración y de los jueces, en atención a la tutela de la libertad del individuo.<sup>38</sup>

## **7. PRINCIPIO DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA**

**7.1.** Normalmente, el principio de intervención mínima es confundido con el principio de subsidiariedad, con el carácter subsidiario del derecho penal o con el principio de necesidad de intervención. Esa confusión deber ser evitada.

El principio de la intervención mínima constituye, antes que nada, un principio de orden público que vincula al legislador, previamente a cualquier elaboración normativa, de modo que se vea obligado a verificar si la norma que va a crear armoniza con los postulados de los derechos humanos y del Estado social de derecho que en definitiva la avala.

**7.2.** El criterio de intervención mínima presenta mayor extensión y profundidad que los principios de subsidiaridad o fragmentariedad.

Los derechos humanos, que deben orientar la elaboración legal y su aplicación al caso concreto, no se limitan a los aspectos puramente formales de los derechos y garantías individuales contenidos en las constituciones, sino que extienden respeto a la propia condición humana como categoría óptica, que no puede ser alterada por el derecho.

La condición humana limita la potestad penal tributaria en la medida en que no será admisible una norma que exija el cumplimiento de una obligación fiscal físicamente imposible para los afectados por el acto de coacción. Sería naturalmente inexigible la hipótesis en que la tarea atribuida a esos órganos fuera enteramente concretizable, mediante la instauración de un Estado eminentemente policial o extremadamente jurisdiccionalizado, donde todas las infracciones sufrieran inexorablemente puniciones. Si esta utopía se hiciera real, acarrearía un completo caos social. A través del mero sistema penal jamás se podrá obtener cualquier grado de racionalidad, pues la contradicción entre lo teórico y lo práctico, en este sector, es una condición de subsistencia del propio siste-

---

<sup>38</sup> LO MONTE, op. cit., pp. 132 ss.

ma, en su función simbólica de expresión de poder y en su finalidad de manutención y reproducción.<sup>39</sup>

**7.3.** En lo que hace al derecho penal tributario, la exigencia de los derechos humanos, en el aspecto de la intervención mínima, debe centrarse en que el ámbito de la sanción penal fiscal sólo debe ser acogido cuando su utilidad se demuestre racional y se fundamente sólidamente, como instrumento de cohibir, *última ratio*, la injusticia estructural.

## **8. PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD O PROHIBICIÓN DE EXCESO**

El reconocimiento de los principios precitados conduce a que la pena sea utilizada no sólo en las hipótesis de imperiosa necesidad, sino en los estrictos límites de su adecuabilidad para regir frente a situaciones conflictivas graves e intolerables, que afecten la efectiva realización de los derechos humanos.

Concebida como expresión de poder, la pena debe guardar, con todo, una relación proporcional al daño social producido por el delito. Esto es evidente en el caso del delito tributario. Cuando no exista esa relación o se presente de un modo absolutamente inexpressivo, se podrá cuestionar la validez de la norma que instituyó la punición, en atención a que el legislador actuó arbitrariamente en su elaboración.

La alusión al principio del daño social, que sucede básicamente a los primeros postulados del derecho penal liberal, forjados en la Revolución Francesa y que sustentaron los fundamentos del principio de legalidad, como extensión de la noción social de libertad, no tiene aquí el mismo significado que se le atribuyó en los antiguos códigos, donde el concepto de delito estaba asociado legalmente a la acción socialmente peligrosa, de funestas consecuencias. Aquí el daño social no se incluye en la definición del delito, sino como límite a su represión, basado en la relación de proporcionalidad.

## **9. PRINCIPIO DE LA RACIONALIDAD DEMOCRÁTICA**

**9.1.** Siguiendo el pensamiento de DÍEZ RIPOLLÉS, podemos señalar que en el campo del control social jurídico sancionador el principio de la racionalidad democrática sería la capacidad para elaborar, en el marco de ese control social, una decisión

---

<sup>39</sup> CERVINI, op. cit., p. 218.

legislativa de corte democrático, que atienda a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquélla incide. En el ámbito del derecho penal tributario, de un modo u otro, la racionalidad democrática legislativa penal supondría el punto de llegada de una teoría de la argumentación jurídica, a desarrollar en el plano del proceder legislativo penal, que garantiza decisiones legislativas susceptibles de obtener amplios acuerdos sociales por su adecuación integral a la realidad social en que se formulan y con la cual interactúan.<sup>40</sup>

Con anterioridad ya PALAZZO había defendido el involucramiento de la doctrina jurídico-penal en el desarrollo de un método de creación de leyes que garantizara tanto una racionalidad lingüística o jurídico-formal como una racionalidad de fines, orientada en las corrientes político-criminales subyacentes, y una racionalidad instrumental que procurara asegurar las condiciones empíricas para su obtención.<sup>41</sup>

**9.2.** En el campo de la sociología jurídica, HABERMAS ha manifestado que todo procedimiento legislativo democrático debe atender a contenidos morales y éticos, a intereses, a cuestiones pragmáticas y a fórmulas de coherencia jurídica.<sup>42</sup> VOGEL supo captar acertadamente la utilidad de la teoría del discurso de HABERMAS y propugnó tres niveles de racionalidad legislativa penal: el ético-político, ligado a la cuestión de los bienes jurídicos a proteger; el pragmático, vinculado a la subsidiariedad y el carácter de *última ratio* del derecho penal, y el de la coherencia, conectado con la validez constitucional y la adecuación político-criminal y dogmática democrática de la propuesta legislativa.<sup>43</sup>

**9.3.** Finalmente, se impone preguntar cómo incide el principio de la racionalidad democrática en el campo de la elaboración legislativa penal tributaria. Se trata de asegurar lo más posible en el ámbito jurídico penal tributario una respuesta positiva a una serie de exigencias mutuamente entrelazadas planteadas a la norma: a) que el mandato o la prohibición sean susceptibles de ser cumplidos, satisfaciendo así la

---

<sup>40</sup> José Luis Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta, Madrid, 2003, p. 86 ss.

<sup>41</sup> F. PALAZZO, "Scienza penale e produzione legislativa: Paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.º 3, 1997, pp. 134-135.

<sup>42</sup> J. HABERMAS, *Facticidad y validez* (trad. M. JIMÉNEZ Redondo), Trotta, Madrid, 3.ª ed., 2001.

<sup>43</sup> J. VOGEL, "Legislación penal y ciencia del derecho penal. Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, 2003.

función de la norma como directiva de conducta, o sea, que luzca como seriamente presumible que el directo cumplimiento de la norma produzca los efectos de tutela perseguidos; b) que la aplicación contrafáctica de la norma produzca indirectamente esos mismos efectos de tutela; c) que se vaya a estar en condiciones de reaccionar ante el incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la aplicación coactiva de la ley, satisfaciendo así su función como expectativa normativa, en todo caso manteniendo su aplicación dentro del marco de garantías inherentes al Estado democrático social de derecho.

## **10. PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIEDAD EN CONCRETO COMO SUPERADOR DEL FALSO DILEMA EFICACIA/GARANTÍAS**

Actualmente, en el plano político-criminal, el aspecto más significativo de la subsidiariedad se encuentra en la efectividad de la intervención estatal. Precisamente, la expresión *subsidiariedad en concreto* expresa el dato según el cual la intervención penal únicamente se debe activar después de haberse creado otros instrumentos alternativos de control, como pueden ser mecanismos de frecuente control preventivo, indicaciones explicativas, procedimientos de reinserción en la legalidad, etcétera. Sólo después de haber accionado esas medidas de ataque distintas a lo penal y después de haberse verificado en el campo la insuficiencia de tales medios alternativos, se justificará el recurso al sistema penal. De esta manera el principio de subsidiariedad, al vincularse con el de efectividad, requiere también soluciones alternativas que se inspiren en parámetros de evaluable efectividad.<sup>44</sup>

## **11. PRINCIPIO DEL RESPETO A LAS CATEGORÍAS LÓGICO-OBJETIVAS**

**11.1.** El término *categoría* es aquí usado tanto en el sentido que le dio Aristóteles, de atributos fundamentales de todas las cosas, como en el de KANT, de modos por los cuales se manifiesta el proceso o la actividad de conocimiento.

Sin embargo, la teoría de las categorías lógico-objetivas nada tiene que ver con las concepciones filosóficas de estos pensadores. En verdad, se desarrolla a partir de la corriente jusfilosófica que buscaba sustentar una nueva forma de jusnaturalismo con base en la llamada *naturaleza de las cosas*. La naturaleza de las cosas debe servir al legislador como

<sup>44</sup> SEVERIN, op. cit., pp. 79 ss.

criterio de vinculación con las estructuras o elementos del propio objeto de regulación de la norma jurídica y no con la imagen del ser humano abstracto.

**11.2.** En el campo del derecho penal, la teoría de las categorías lógico-objetivas implica, en primer lugar, afirmar que, al contrario de lo que postulaba el neokantismo, hay un orden objetivo en el mundo, que no es creado ni modificado por el método, ni por el comportamiento, ni por los juicios de valor ajenos al contenido ético del derecho, orden éste que se estructura en los elementos de las propias cosas y en las relaciones que éstas guardan entre sí, como se observa en lo referente al concepto de *conducta*.

Una vez descubierta la estructura lógico-objetiva de la conducta humana, objeto de valoración de la norma penal, al legislador no le será permitido desvincularse de ella o alterar por su voluntad esa estructura. En caso de que ello ocurra, se estará regulando un objeto distinto. Esa regulación de un objeto distinto puede invalidar la norma, desde el momento en que el legislador desconozca la estructura que vincula ese objeto (conducta) con la propia persona humana.<sup>45</sup>

Así, las categorías lógico-objetivas no se agotan apenas en la tarea de institución de condiciones negativas de elaboración de las leyes, sino que ésta también debe atender elementos positivos, que deben observarse como fundamento de un orden humano racional.

**11.3.** En el ámbito específico del derecho penal tributario, una vez identificado el elemento lógico-objetivo que preside su tutela, no será lícito que el legislador desatienda ese elemento, por tratarse de un fundamento positivo al contenido ético de esos actos.

Se puede decir que los tipos penales tributarios deben tener presente la posibilidad física de la consecución de sus efectos sobre los destinatarios, de modo que no se desvinculen del hombre como persona, no establezcan contradicciones en sus valoraciones y puedan hacer de ello producto del ejercicio de ciudadanía, esto es, que su contenido pueda ser internalizado por todos como resultado de la más amplia participación social.

---

<sup>45</sup> Hans WELZEL, "Naturrecht und Rechtspositivismus", en *Festschrift für Niedermeyer*, Gotinga, 1953; ídem, "Das Recht als Gemeinschaftsordnung", en *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlín, 1945, p. 11; ídem, *Naturrecht und materielle Gerechtigkeit*, 1962; ídem, *Gesetz und Gewissen*, Karlsruhe, 1960; ídem, "Recht und Sittlichkeit", en *Festschrift für Schaffstein*, Gotinga, 1975.

De ello resultan efectos inmediatos, como la imposibilidad de que subsistan normas coercitivas de texto absolutamente confuso, la necesidad de emplear una terminología jurídica compatible en el entendimiento de los ciudadanos de los respectivos países, el reconocimiento de la conducta humana exteriorizada como objeto exclusivo de regulación de la norma penal incriminatoria, la necesidad de diferenciación que haga posible la armonía social entre las diversas conductas incriminadas y sus elementos estructurales. Por ello, entre otros factores, se propende a que los delitos tributarios no sean punibles a título de tentativa. Este criterio está fundado en razones de política criminal y social conducentes a la rectificación en el actuar del contribuyente hacia la legalidad.

## **12. EXCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD DEL ERROR DE DERECHO**

La tendencia moderna es que no dan lugar a hechos punibles las violaciones de normas tributarias dependientes de condiciones objetivas de incertidumbre sobre su alcance y respecto de su ámbito aplicativo. Los legisladores toman conciencia de las dificultades interpretativas, derivadas de la especialidad de la materia, y deciden no someter a sanciones penales los comportamientos del contribuyente que, si bien constituyen violaciones formales de normas, son generados por errores derivados de la complejidad del sector tributario, por el excesivo uso de términos de naturaleza puramente técnico-contable o por la remisión frecuente a otras normas tributarias escasamente coordinadas e incluso frecuentemente contradictorias.<sup>46</sup>

## **13. PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO**

De acuerdo con este principio, se debe asegurar que sólo se exija responsabilidad penal tributaria por conductas externas y concretas. El principio de la responsabilidad por el hecho trasciende en dos ámbitos. En primer lugar, el de la impunidad del mero pensamiento. Las actitudes o decisiones que no se plasman en una conducta externa —la disposición genérica de evadir, las actitudes o decisiones que no trascienden al exterior, como la deliberación reservada sobre una conducta de evasión— han de quedar libres de cualquier responsabilidad penal. Sólo deben considerarse lesivos aquellos comportamientos que afectan la convivencia social externa, ya que en el ámbito del Estado democrático sólo podemos aspirar a protegernos penalmente frente a ciertas perturbaciones exteriorizadas y relevan-

---

<sup>46</sup> LO MONTE, *op. cit.*, pp. 100 ss.

tes de las interacciones sociales. En segundo lugar, resulta también importante señalar que en ese mismo Estado democrático social de derecho, expresión de una sociedad pluralista y secularizada, es imposible exigir jurídicamente adhesiones internas a las normas de convivencia, esto es, vincular las conciencias individuales de los ciudadanos a los objetivos del orden y el control social.<sup>47</sup> A nuestro juicio esto es válido incluso ante políticas tributarias con probada vocación solidaria. Lo dicho impone un nuevo límite al principio del deber de colaboración del contribuyente.

#### **14. PRINCIPIO DE LA IMPUTACIÓN Y EL PRINCIPIO DE LA REPROCHABILIDAD O CULPABILIDAD**

**14.1.** Estamos en el campo de los principios de limitación formal. Siguiendo al citado DÍEZ RIPOLLÉS, mediante el principio de la imputación se ponen de manifiesto criterios valorativos y técnicos del Estado democrático social de derecho, por los que un comportamiento externo y concreto, y eventualmente el suceso a él subsiguiente, se pueden vincular a una persona. Nos inclinamos a pensar que en este campo, el penal tributario, debe prevalecer la imputación de tipo subjetivo. Ésta “exige que la vinculación objetiva entre el hecho y la persona que lo ha causado pueda atribuirse, de un modo socialmente asumible, a la voluntad de actuar o no actuar de esta misma persona, a cuyos efectos fija las condiciones de pertenencia subjetiva de un hecho a quien materialmente lo ha realizado o producido”.<sup>48</sup>

**14.2.** Por el principio de culpabilidad resulta que para exigir responsabilidad no basta que se pueda atribuir subjetivamente a una persona el hecho por ella materialmente producido; es preciso además atender al proceso de motivación que la ha llevado a tomar la decisión de realizar ese comportamiento. La sociedad está dispuesta a renunciar a hacer responsable a una persona de comportamientos que le son imputables si, en alguna medida socialmente asumible, se puede afirmar que no pudo evitar tomar tal decisión, o le resultó especialmente difícil evitarla. Este principio tiene como presupuesto la arraigada convicción ética de que el ser humano en condiciones normales dispone de un importante margen de libertad a la hora de tomar decisiones. En lo que refiere al tema en análisis, compartimos el pensa-

---

<sup>47</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 147 ss.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, p. 150 ss.

miento de MOCCIA<sup>49</sup> y LO MONTE<sup>50</sup> en el sentido de que los delitos tributarios sólo deben ser imputados a título doloso.

## **15. PRINCIPIOS INTRADOGMÁTICOS DESCriminalIZADORES Y DESPENALIZADORES DE LA SANCIÓN PENAL TRIBUTARIA**

La doctrina ha enunciado muy variadas pautas de trabajo. En obra anterior hemos referido a las que consideramos como más trascendentes.<sup>51</sup>

**15.1.** Deben descriminalizarse aquellas conductas previstas en los textos penales tributarios que se oponen a claros mandatos constitucionales.

**15.2.** En el derecho penal tributario, como en el derecho penal común, deben llevarse las disposiciones derogatorias o restrictivas de la penalidad a todos aquellos ámbitos dogmáticos en los que su vigencia, por rigor lógico, tenga que ingresar.

**15.3.** La normativa penal tributaria debe adecuarse, por vía abrogatoria, a los textos internacionales sobre la materia incorporados por ratificación al derecho interno, siempre y cuando estos acuerdos bilaterales o multilaterales no resulten violatorios del orden público internacional del Estado concernido.

**15.4.** El juez debe prescindir de la sanción penal tributaria o imponerla por debajo de su límite legal cuando ella viola el derecho a la vida o a la dignidad de la persona humana, o cuando se muestra manifiestamente excesiva.

**15.5.** El juez deberá aplicar una pena inferior a la establecida para determinado delito tributario, o incluso prescindir de su aplicación, si del contexto general del cuerpo normativo penal tributario resulta el entendimiento inequívoco de que la misma conducta es castigada en otro lugar con una penalidad menor o se la exoneró de pena.

---

<sup>49</sup> MOCCIA, "Riflessioni...", op. cit., p. 126.

<sup>50</sup> LO MONTE, op. cit., pp. 95 ss.

<sup>51</sup> CERVINI, op. cit., pp. 125 ss.

## 4.

## A MODO DE CONCLUSIONES

**1.** Los principios generales del derecho tributario deben estar en consonancia con los principios del derecho penal tributario. Esa necesidad hace a la funcionalidad del sistema tributario en su conjunto y es manifestación del paradigma de su continuidad jurídica. En cuanto al marco de las garantías, debemos recalcar que, más allá de sus particularidades, el derecho penal tributario abreva en los principios intradogmáticos del derecho penal común, los cuales le son total o necesariamente aplicables.

**2.** Ninguno de los principios antes enunciados y discutidos tiene, por sí solo, la cualidad de tornar al sistema penal tributario más o menos legítimo, más justo o menos justo, pero todos constituyen criterios de limitación material y formal que deben orientar siempre los actos de elaboración de los tipos penales tributarios y los procedimientos concretos de la administración tributaria, como condición indeclinable de un Estado democrático fundado en la dignidad de la persona humana y en el respeto de los derechos humanos.

**3.** Sin perjuicio y como derivación de lo expuesto, nos permitimos sugerir una *redefinición profunda del derecho penal tributario*, en varios sentidos.

**3.1.** *Ante todo se hace imperioso que el derecho tributario y el mismo derecho penal tributario se asienten en una cultura de la legalidad tributaria. Todos debemos sentir el tributo como una relación estatutaria que impone obligaciones y derechos: la obligación solidaria de contribuir al gasto social, más el derecho a exigir del Estado una efectiva y transparente implementación de sus prestaciones sociales. Si el vínculo estatutario se fractura, se desvanece la objetividad jurídica que sustenta en última instancia la coerción penal.*

**3.2.** *Es necesario que el derecho penal tributario se estructure sobre la base de un número exiguo de figuras jurídicas incriminadoras de base dolosa que el contribuyente pueda naturalmente conocer, cumpliendo así una función de prevención general positiva.*

**3.3.** Esta normativa debe ubicarse exclusivamente *en el ámbito natural del Código Penal, recurriendo a la terminología propia de esta ciencia.*

**3.4.** El legislador debe *evitar el recurso al mecanismo de los decretos de urgencia.* De esta forma podrá meditar los cambios normativos y dotarlos de mayor razonabilidad técnica.

**3.5.** Es importante finalmente *definir un umbral cuantitativo de punibilidad:* las microviolaciones expresadas en hechos de leve nocividad no justifican de modo alguno el encuadre típico penal y desdibujan el trasfondo racional y solidario de toda política tributaria de inspiración democrática.

**3.6.** Finalmente, en el plano adjetivo, debe *asegurarse el efectivo cumplimiento del principio del contradictorio,* tanto en la instancia administrativa como en la judicial. No debemos olvidar que precisamente las formas hacen a las garantías que debe tener todo contribuyente.

## 5.

### BIBLIOGRAFÍA

- BAJO, M. y S. BACIGALUPO, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- BACCARO, Marco, *Ordine pubblico e riforma del diritto tributario*, Macciardi, Padua, 1986.
- BACRIE Estephane y Paul GAVIN, “La estructura del tipo tributario y la necesaria certeza impositiva en el Estado democrático social de derecho”, en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, año 3, t. VI, Monterrey, 2005.
- BENDA, Ernst, *Handbuch des Verfassungsrechts*, Gruyter, Berlín-Nueva York, 1984.
- BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, Weidemann, Leipzig, 1902 (reedición: Keip, Fráncfort, 1997).
- *Handbuch des Strafrechts*, Weidmann, Leipzig, 1885.
- BLOVICH, Saúl, y Raúl CERVINI, “Informe sobre el necesario referente comunitario de las políticas tributarias contemporáneas”, ponencia en evento conjunto del ICEPS y el

- Morton Banking Center sobre *Derecho penal tributario del tercer milenio*, Doc. ICEPS BV/586/2005, Nueva York, diciembre 2005.
- BOIX REIG, J., *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- CERNI, Paolo, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali. Accertamento tipico*, Meroni, Milán, 2001.
- CERVINI, Raúl, *Os processos de descriminalização*, 2.ª ed. rev., Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2002.
- CERVINI, Raúl, y Juárez TAVARES, *Princípios (formais e intradogmáticos) de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 2000.
- CESANO, José Daniel, *Estudios sobre la reforma del régimen penal tributario. Una contribución sobre los aspectos dogmáticos y político-criminales de la ley 25.874*, Mediterránea, Córdoba, col. Derecho penal Contemporáneo, vol. 8, 2006.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.
- DOVERE, Salvatore, *I nuovi reati tributari. Commento al D. Lgs 10 marzo 2000, n.º 74*, Edizioni Giuridiche Simone, Nápoles, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- FLORA, G., “Legge penale tributaria”, en *Dig. Disc. Pen.*, vol. VII, Turín, 1993.
- GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives, *Teoria da Imposição Tributária*, 2.ª ed. rev. y act., LTI, San Pablo, 1998.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1970.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez* (traducción de M. JIMÉNEZ Redondo), Trotta, Madrid, 3.ª ed., 2001.
- HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtslehre*, Europäische Verlagsanstalt, Fráncfort, 1973.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), Avelina ALFONSO DE ESCAMILLA, Esteban MESTRE DELGADO e Ignacio GORDILLO ÁLVAREZ VALDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Colex, Madrid, p. 387.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública”, en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n.º 178, julio-agosto de 1985.
- LO MONTE, Elio, *Principios del Derecho penal tributario*, B de F y Julio César Faira, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

- LÓPEZ GARRIDO, D., y M. GARCÍA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Eurojuris, Madrid, 1996.
- LUDGENS, Erwin, “Sentido de la continuidad jurídica sistémica en el Estado social de derecho”, ponencia a la Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del ICEPS, Doc. ICEPS/YUS/140/2006, Nueva York, julio 2006.
- LUISE, Luis, *Os princípios constitucionais penais*, Fabris, Porto Alegre, 1991.
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padua, 1988.
- MELITON, Janio, *Principios del derecho tributario internacional*, EVSA, México, 2003.
- MOCCIA, Sergio, “Riflessioni di politica criminale e di tecnica della legislazione per una riforma del diritto penale tributario”, en *Ann. Ist. Dir. Proc. Pen.*, 1993.
- “Considerazioni di lege ferenda sulla sistematica dei reati contro il patrimonio”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1991.
- “Die systematische Funktion der Kriminalpolitik. Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystem”, en AA. VV., *Bausteine des europäischen Strafrechts*, pp. 65 ss.
- MORALES PRATS, F., “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social”, en G. QUINTEROS OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MORONI, Silvano, “Contributo alla teoria delle sanzioni tributarie”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1998.
- PALAZZO, Francesco, *Valores constitucionais e direito penal* (trad. Gerson Pereira dos Santos), Fabris, Porto Alegre, 1987.
- “Scienza penale e produzione legislativa: Paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 1997.
- PALIERO, Carlo Enrico, “Metodologie di legge ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992.
- PEDRAZZI, Cesare, “Profili problematici del diritto penale d’impresa”, en *Rivista Trimestrale Diritto Penale dell’Economia*, 1988.
- PEREIRA TORRES, Jorge, “La esencia de la defraudación fiscal”, en *Revista de derecho penal tributario*, publicación editada por el Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario, año II, n.º 3, Buenos Aires, junio 1994.

- PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli, *Legitimação ativa e direito à ampla defesa e ao contraditório, pelo cidadão envolvido na cooperação judicial penal internacional*, tesis de maestría, Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2000.
- PERUCHIN, Vitor Antonio Guenzelli, “O crime de evasão: dificuldades definitorias e de controle”, disertación en Programa de Posgraduación en Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.
- PISANI, Michele, “Delitti di frode fiscale: le nozioni di elementi pasivi fittizi nelle fatture soggettivamente inesistenti”, en *Fisco*, 2004.
- PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, 2.ª ed., RT, San Pablo, 1997.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 4.ª ed. rev., Atelier, Barcelona, 2002.
- ROXIN, Claus, “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurisprudenciales”, en *Problemas básicos del derecho penal* (trad. Luzón Peña), Reus, Madrid, 1976. — *Kriminalpolitik und strafrechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlín, 1970.
- SECHI, Luigi, *Diritto penale e processuale finanziario*, Giuffrè, Milán, 1966.
- SEVERIN, Louis W., *Recent developments in relation to Economic Crimes*, Ladelt, Austin, 1991.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios del Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- TAVARES, Juárez: “Culpabilidade: a incongruência dos métodos”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 24, RDT, San Pablo, 1998.
- VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- VOGEL, J., “Legislación penal y ciencia del derecho penal. Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, 2003.
- WELZEL, Hans, “Naturrecht und Rechtspositivismus”, *Festschrift für Niedermeyer*, Gotinga, 1953.
- “Dar Recht als Gemeinschaftsordnung”, en *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlín, 1945.
- *Naturrecht und materielle Gerechtigkeit*, Gotinga, 1962.
- *Gesetz und Gewissen*, Karlsruhe, 1960.
- “Recht und Sittlichkeit”, en *Festschrift für Schaffstein*, Gotinga, 1975.



# La reforma francesa del derecho de las garantías mobiliarias: una perspectiva latinoamericana<sup>\*1</sup>

*Carlos de Cores*<sup>\*\*2</sup>

**RESUMEN.** El artículo analiza las leyes sobre garantías y fideicomiso aprobadas en Francia en el último año. Entiende el autor que considerar esta reforma francesa es de gran importancia para el derecho comparado porque *muestra claramente la etapa culminante de un proceso crítico —a nivel global— en materia de garantías reales, en la que se contraponen verdaderas concepciones sobre la responsabilidad patrimonial:* por una parte, una que es precisamente la tradicional desde el Código Napoleón, que es propia de España, de Italia y de América Latina, cuyos procesos de codificación se inspiraron en mayor o menor medida en el Código Civil francés, y que parece estar en retirada; y por otra, una visión inspirada en el derecho alemán y del *common law*, que parece estar ganando terreno. Conocer este proceso es importante para mejorar la comprensión de las innovaciones introducidas en distintos ordenamientos latinoamericanos en relación con los complejos institutos de garantía, tanto los tradicionales, tales como la fianza, la prenda, la prenda sin desplazamiento, la prenda de créditos, la hipoteca, y la anticresis, como un sinnúmero de

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 2 de mayo de 2007. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de julio de 2007, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

<sup>1</sup> Corresponde precisar que la reforma del derecho positivo francés abarca todo el derecho de las garantías; no se reduce al derecho de las garantías reales y menos al de las garantías reales mobiliarias. Sin embargo, el título de este artículo, que hace exclusivamente alusión a la reforma de las garantías reales mobiliarias, se justifica por la autonomía conceptual del objeto de estudio. Se trata de advertir al lector que acometemos el tratamiento de una temática específica, que habilita un estudio aislado de las otras formas de garantía, de modo de permitir la observación del fenómeno de las garantías reales mobiliarias en una particular perspectiva comparativa. Se puede acceder a los textos legislativos y reglamentarios franceses en el sitio oficial de Legifrance <http://www.legifrance.gouv.fr/>

<sup>\*\*</sup> Director del Área Académica de Derecho Civil y Profesor Titular de Derecho de los Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

<sup>2</sup> Agradezco vivamente al profesor Jean Pierre Gridel, consejero de la Corte de Casación francesa, la valiosa información que me proporcionó sobre las reacciones doctrinarias posteriores a la reforma del Código Civil francés que se analizan en este artículo.

nuevas formas impuestas por la práctica comercial y financiera modernas (*leasing* o crédito de uso, *factoring* y securitización, fondos comunes de inversión, fideicomiso de garantía, etcétera).

**ABSTRACT.** This article analyzes the laws on secured transactions and trusts passed in France in the last year. The author believes that the French reform is paramount for comparative law since *it clearly shows the final stage of a critical process – worldwide – in terms of proprietary security interest, in which true conceptions of proprietary interest oppose: on the one hand, the traditional conception of the Code Napoleon, characteristic of Spain, Italy and Latin America, whose code processes were inspired to a lesser or greater extent in the French civil code, currently in retreat; and on the other hand, a vision inspired on German law and common law, which seems to be gaining ground. Comprehensive knowledge of this process is vital to improve the understanding of innovations introduced in different Latin American legal systems with reference to the complex concepts of secured transactions, both traditional ones, such as suretyships, pledges, liens, mortgages and antichresis as well as the endless list of new forms imposed by financial and commercial modern practices such as leasing, factoring, securitization, mutual investment funds, trusts, etc.*

**PALABRAS CLAVE.** Derecho de bienes. Francia. Derecho comparado. Fideicomiso. Responsabilidad patrimonial. Bienes muebles. Derecho civil.

**KEY WORDS.** Property law. France. Comparative law. Trusts. Civil liability. Personal property. Civil law. Secured transactions. Liens on personal property. Security interest.

**SUMARIO.** **1.** Prólogo. **2.** Aclaraciones introductorias. **3.** El contexto y la explicación de la reforma. **4.** Un esquema que puede ser útil. **5.** La perspectiva latinoamericana. **6.** El proceso legislativo de la reforma francesa. **7.** Las garantías reales mobiliarias. **8.** Nuevo diseño de la prenda de muebles corporales. a. Eliminación de la realidad del contrato. b. Organización de la publicidad del derecho de prenda. c. Extensión del conjunto de bienes susceptibles de ser objeto de prenda. d. Mantenimiento de la tipicidad de las garantías reales. e. Facilitación (*assouplissement*) de los modos de ejecución. **9.** Actualización de la prenda de bienes muebles incorporales. a. Reconstrucción de la prenda de créditos. b. Recepción de la prenda de moneda escritural y de instrumentos financieros. **10.** Reconocimiento de la propiedad retenida o cedida a título de garantía. **11.** Reserva de la propiedad en garantía. **12.** Cesión de la propiedad en garantía y fideicomiso de garantía. **13.** Final recepción del fideicomiso con fines de garantía. **14.** Epílogo.

# 1.

---

## PRÓLOGO

Mayotte es un pequeño archipiélago bañado por las aguas del océano Índico, entre la costa africana de Mozambique y la isla de Madagascar. Nadie hubiera imaginado que pudiera existir vínculo alguno entre este lejano paraje, conocido como la *Isla de los Perfumes*, y el derecho de las garantías. No obstante, la relación existe. Los avatares de la historia determinaron que esa exótica región del mundo, otrora colonia francesa, quedara fuera del proceso de descolonización ocurrido en la segunda mitad del siglo XX, por lo cual sigue manteniendo su estatuto de departamento francés de ultramar y se rige por tanto por las leyes francesas. Ocurre que, debido al complejo proceso de derecho internacional involucrado en la descolonización, la ley francesa sólo es aplicable en Mayotte si así ella lo indica expresamente; por eso, el libro IV del Código Civil francés se intitulaba hasta hace poco “Disposiciones aplicables a Mayotte”.

Sin embargo, en mayo de 2006, una ordenanza del Gobierno francés desplazó el libro IV del Code Civil, dedicada a disposiciones aplicables a Mayotte, al libro V, y colocó bajo la rúbrica del Libro IV un título totalmente nuevo: “Des Sûretés”. *A partir de ese momento, el libro IV del Code Civil, que antes se ocupaba de Mayotte, contiene la más formidable modificación experimentada por el Código Napoleón en sus doscientos años de historia.*

El derecho de las garantías no es lo único que ha sido objeto de reciente revisión en el derecho civil francés. El segundo centenario de vida del Código Napoleón ha sido oportunidad para que los franceses revisaran activamente la vigencia de sus disposiciones

en una variedad de dominios. Ya las partes correspondientes a la regulación de la persona y la familia habían sido objeto de actualización, bajo la conducción de Jean Carbonnier. El derecho patrimonial, no obstante —pese a que voces de reforma se han venido escuchando desde hace mucho y notoriamente en los inicios del siglo XX, en oportunidad de cumplirse el primer centenario—, no había sido objeto todavía de una revisión de conjunto.

Entre 2003 y 2005 un nutrido grupo de trabajo coordinado por Pierre Catala elaboró un monumental proyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción. Este trabajo no ha tenido, sin embargo, por el momento, consecuencias en el plano del derecho positivo; por otra parte, el propósito explicitado por el grupo de trabajo no era verificar una gran reforma, sino poner al día el derecho francés de las obligaciones y de la prescripción, desde una perspectiva más bien diríamos conservadora.

*Paralelamente tuvo lugar el desarrollo de trabajos para la reforma del derecho de las garantías. En este ámbito, a diferencia de lo ocurrido en sede de obligaciones, el trabajo de reforma logró transformarse en derecho positivo, pero además no se redujo a una mera puesta al día, sino que determinó una profunda transformación.*

Por otra parte, en mi opinión, considerar esta reforma francesa es, a su vez, de gran importancia para el derecho comparado y particularmente para nosotros, uruguayos y latinoamericanos, porque *muestra claramente la etapa culminante de un proceso crítico —de alcance global— en materia de garantías reales, en la que se contraponen verdaderas concepciones sobre la responsabilidad patrimonial*: por una parte, una que es precisamente la tradicional desde el Código Napoleón, que es propia de España, de Italia y de América Latina, cuyos procesos de codificación se inspiraron en mayor o menor medida en el Código Civil francés, y que parece estar en retirada; y por otra, una visión inspirada en el derecho alemán y del *common law*, que se presenta como más moderna (aunque en realidad no se trata de un problema de antigüedad de los modelos, sino de las sustantivas diferencias en sus características intrínsecas), que parece estar ganando terreno en todo el mundo y que —aun cuando en forma claudicante e imperfecta— ya ha tenido ingreso en numerosos países de América Latina y también en el Uruguay. Analizarla, por tanto, constituye un imperativo en orden a poseer una cabal comprensión de las innovaciones introducidas en distintos ordenamientos latinoamericanos y en particular en nuestro país en los últimos tiempos, en relación con los complejos institutos de garantía, tanto los tradicionales —tales como la fianza, la prenda, la prenda sin desplazamiento, la prenda de créditos, la hipoteca y la anticresis— como un sinnúmero de nuevas formas impuestas por la práctica comercial y financiera modernas (*leasing* o crédito de uso, *factoring* y securitización, fon-

dos comunes de inversión, fideicomiso de garantía, etcétera); pero particularmente en cuanto a las garantías reales mobiliarias. A ese fin dedicaremos el presente artículo.

## 2.

### ACLARACIONES INTRODUCTORIAS

**1.** Es imposible comenzar siquiera a tratar el tema sin deslindar previamente un asunto terminológico. La materia de las garantías reales debe de ser una de las más difíciles en derecho comparado, porque los sistemas de cada país difieren radicalmente y las afirmaciones doctrinarias que se predicán respecto de un ordenamiento pueden ser —y de regla son— inaplicables respecto de otros. Ya desde el comienzo observamos que los franceses no hablan del derecho “de las garantías”, sino de lo que podríamos literalmente traducir como derecho “de las seguridades” (*droit des sûretés*). Y el problema es grave, porque *sûretés* en francés comprende, por un lado, las garantías personales como la fianza, y por el otro las garantías reales como la prenda y la hipoteca (que en Francia no sólo es convencional, como ocurre en el Uruguay, sino también legal y judicial), la prenda de derechos incorporeales, y la anticresis, que contrariamente a lo que ocurre entre nosotros, se considera en Francia productora de derechos reales, pero también los privilegios (considerados en Francia *sûretés réelles*, mientras que en el Uruguay jamás producen efecto frente a terceros). No es ésta la sede para un adecuado tratamiento del punto, pero dado que el término francés *sûretés* comprende las garantías personales y reales, podemos provisoriamente traducirlo como *garantías*, haciendo constar que en Francia el tema comprende la problemática de los privilegios, que entre nosotros no son usualmente considerados como garantías.

**2.** El presente trabajo no tiene pretensión de ser un estudio específico del derecho francés. El interés no es profundizar en un derecho que no es el nuestro, y que por otra parte declaro no conocer más que en forma referencial, sino presentarlo, justamente, como una referencia o comparación, aun superficial e imperfecta, con la finalidad de provocar una reflexión que conduzca a una mejor comprensión de los institutos y, consecuentemente, de nuestro propio derecho.

**3.** Si bien la reforma francesa está básicamente enfocada a la reforma del derecho de las garantías reales, en el que descuella la reforma de las garantías reales mobiliarias, sus autores han considerado pertinente abarcar todo el derecho de las garantías, incluyendo por un lado las garantías personales y los privilegios (que, contrariamente a lo que ocurre en nuestro derecho, son considerados garantías reales en el derecho francés) y, por otra parte, también la hipoteca.

Lo que más importa señalar en materia de régimen general de los negocios de garantía (sean reales o personales) es que *la reforma aporta un nuevo concepto de la accesoriedad que en nuestra opinión es plenamente de recibo*. Tradicionalmente se definió el principio de accesoriedad, típico y propio de los negocios de garantía, según la conceptualización del artículo 1251 del Código Civil: “El contrato se llama principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar (garantizar) el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella”. Esto colocaba el acento de la cuestión de la garantía en la existencia o no de la obligación principal, debilitando la eficacia del instituto, ya que su efectividad se encontraba sometida a un doble orden de vicisitudes: las propias del negocio de garantía y, además, las del negocio principal. De ahí que la práctica del comercio (sobre todo en el ámbito internacional y financiero) hubiera desde hace décadas incorporado el instituto de la garantía autónoma o independiente, llamada también a primera demanda o a primer requerimiento, que funcionó y funciona perfectamente en el comercio internacional, aun cuando constituye (o, mejor dicho, constituía) una herejía imperdonable en el derecho interno de muchos países, ya que contradecía el principio de accesoriedad leído como acabamos de hacer.<sup>3</sup>

Una lectura moderna del principio de accesoriedad de las garantías pasa, más que por el artículo 1251 CC, por el 2108: “El fiador no puede obligarse a más ni en términos más gravosos que el deudor principal, tanto en la cantidad como respecto al tiempo, al lugar, a la condición, al modo de pago o a la pena impuesta por la inexecución del contrato a que acceda la fianza; pero puede obligarse a menos o en términos menos gravosos”.

Y bien, ésta es la visión de la nueva sistemática francesa, en cuanto se reagrupa a todas las garantías en un solo libro del Código, se atribuye autonomía legislativa a la categoría científica del concepto y los autores afirman que éste se abriría sobre *unos pocos*

---

<sup>3</sup> En la doctrina uruguaya, véase el trabajo de Nicolás HERRERA, “La garantía independiente”, en *Anuario de Derecho Comercial*, t. 3, pp. 95-128.

*principios directores del derecho de las garantías, entre los cuales figura la afirmación de que la garantía asegura la ejecución de una obligación, que ella no podría en forma alguna constituir fuente de enriquecimiento para el acreedor y que constituye un accesorio del crédito.*<sup>4</sup>

Esta afirmación de principio se complementa con otra circunstancia: el Código Civil francés incluye en el elenco de las garantías personales nominadas la llamada *garantía autónoma*, respecto de la cual se incorporan básicamente las reglas que han sido consagradas por la práctica del comercio internacional.<sup>5</sup>

Queda claro por tanto, a partir de la reforma francesa, que la dimensión del principio de la accesoriedad que interesa en el moderno derecho de las garantías no es tanto la que agrega necesariamente la existencia de una obligación principal (ya que ella no tiene por qué existir en el caso de la garantía autónoma o a primera demanda o a primer requerimiento, incorporada explícitamente en el elenco de las garantías personales nominadas), sino la que refiere a la *tutela del principio de la justicia de los intercambios patrimoniales, consagrando el principio de que todo enriquecimiento a costa del prójimo requiere una justificación y que la garantía asegura un crédito pero no puede constituir fuente autónoma de enriquecimiento del acreedor.*

Fuera de esta —a mi juicio trascendental— nueva visión del derecho de las garantías, hay dos reformas puntuales del derecho de la fianza: la regulación de la denominada *lettre de patronage* o *comfort letter*, y de la conocida fianza real, que algunos problemas ha creado en el derecho francés y en el nuestro,<sup>6</sup> pero cuya problemática, por razones de espacio, no podemos abordar. Nos dedicaremos, a partir de este punto, a la reforma de las garantías reales, y particularmente mobiliarias, que constituye el núcleo de la reforma.<sup>7</sup>

Como se indicó, la reforma ataca fundamentalmente las garantías reales y entre ellas, las mobiliarias. Es verdad que comprende también normas para la modernización de la hipoteca; se precisa expresamente que ella puede ser consentida para garantía de una o más deudas futuras siempre que sean determinables y se prevé asimismo la institución de una hipoteca convencional llamada “recargable”. Se entiende por hipoteca recargable aquella

---

<sup>4</sup> Véase “Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés - Rapport a Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice”, fechado en París el 28 de marzo de 2005, disponible en Internet, p. 4.

<sup>5</sup> “Art. 2321.- La garantía autónoma es el compromiso por el cual el garante se obliga, en consideración de una obligación suscrita por tercero, a pagar una suma, sea a primera demanda, sea según modalidades convenidas. El garante no queda obligado en caso de abuso o de fraude manifiestos del beneficiario, o de colusión de éste con el ordenante. El garante no puede oponer ninguna excepción relativa a la obligación garantizada. Salvo convención contraria, esta garantía no se trasmite junto con la obligación garantizada”.

<sup>6</sup> En el derecho uruguayo, véase *La Justicia Uruguaya*, c. 11 795 y 12 058.

<sup>7</sup> Cf. Dominique LEGAIS, en *JCP La Semaine Juridique*, suplemento al n.º 20, 17 de mayo de 2006, p. 12.

que permite ser afectada a garantía de créditos distintos de los mencionados en el acto constitutivo (artículo 2422); la hipoteca recargable se diferencia de la hipoteca de créditos futuros en que ésta requiere que se determine la fuente de dichos créditos, en tanto que la hipoteca recargable permite cubrir créditos posteriores respecto de los cuales el acto de gravamen hipotecario no dice nada.<sup>8</sup> Debe advertir el lector hasta qué punto el derecho francés anterior a la reforma estaba envejecido, que no se admitía la hipoteca abierta o en garantía de créditos futuros,<sup>9</sup> salvo que se tratara de la garantía del saldo de una cuenta corriente, lo que presentaba no pocos vericuetos jurídicos.

Pero en atención a la unidad de enfoque no nos ocuparemos tampoco de la hipoteca, sino que reservaremos la atención para el tratamiento de la prenda, que a nuestro entender constituye el eje de la reforma y posee una autonomía conceptual que habilita una especial dedicación.

### 3.

## EL CONTEXTO Y LA EXPLICACIÓN DE LA REFORMA

Como señala Laurent Aynés,<sup>10</sup> el derecho común en materia de garantías vigente en Francia derivaba en buena medida del Código Civil de 1804. Durante sus dos siglos de vigencia, el derecho de las garantías había sido objeto solamente de reformas tan puntuales como numerosas en ámbitos específicos de la actividad económica, en atención a sus características particulares, con la finalidad de facilitar el acceso al crédito.<sup>11</sup> Sin embargo, no había existido en Francia un replanteo del sistema de las garantías en su conjunto<sup>12</sup> y, según todos los testimonios,<sup>13</sup> existía una creciente presión de los operadores jurídicos y económicos en el sentido de modificar el sistema en su conjunto.

<sup>8</sup> Michelle GRIMALDI, “L’hypothèque rechargeable...”, en *Lamy Droit Civil*, suplemento al n.º 29, julio-agosto 2006, p. 28.

<sup>9</sup> Que se acepta cómodamente en el Uruguay.

<sup>10</sup> *Lamy Droit Civil*, cit., p. 7.

<sup>11</sup> Similar proceso experimentaron todos los países occidentales, entre ellos el nuestro, y se crearon diversos regímenes especiales de prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria.

<sup>12</sup> Respecto del derecho uruguayo, idéntica era la situación cuando concurrió al Uruguay una misión del Banco Mundial que propuso la reforma del derecho de las garantías reales mobiliarias. Véase *Tratado de Derecho civil uruguayo*, t. II, vol. 1, p. 308 ss.

<sup>13</sup> Por ejemplo, el Informe Grimaldi, que se referirá a continuación.

¿Cuál ha sido el sentido general de esta modificación? Ello surge con nitidez de la exposición de motivos elevada por el Ministerio de Justicia al presidente de la República Francesa, publicada en el diario oficial del 24 de marzo de 2006: *la finalidad fundamental de la reforma es modernizar el derecho de las garantías con el fin de hacerlas claras y eficaces tanto para los actores económicos como para los ciudadanos en general, proponiendo reglas innovadoras que por una parte simplifiquen el excesivamente complejo mecanismo de constitución, amplíen el abanico de bienes susceptibles de prenda y flexibilicen los modos de ejecución, previendo siempre, por otra parte, reglas protectoras a favor de quienes han de recurrir al crédito. En suma, eficacia y protección. Equilibrio entre las posiciones del acreedor y deudor.* El guardasellos francés, que como político había captado la necesidad de modificar el anticuado plexo normativo de las garantías, comenzó por encomendar a un grupo de trabajo presidido por Michel Grimaldi<sup>14</sup> la elaboración de un anteproyecto. Este grupo sometió al ministro su informe con fecha 28 de marzo de 2005;<sup>15</sup> como bien puede comprenderse, este informe es clave para comprender el significado de la reforma.

A juzgar por cómo comienzan el informe Grimaldi y otros documentos atinentes a la historia de la sanción de la reforma, la primera preocupación de los reformadores habría sido más que nada de carácter estético: terminar con la dispersión legislativa de la regulación de las garantías reales, y que el Code Civil, del cual se ha dicho muchas veces en ocasión de su bicentenario que es “la constitución civil de Francia”, volviera a ser la sede privilegiada de la materia, “*el lugar donde aparezca claramente la arquitectura del derecho de las garantías, y donde sean anunciados los principios que la gobiernan*”. ¡Ah, la Nación de Descartes! Esa preocupación tan francesa por el equilibrio va más allá del aspecto puramente formal y diríamos visual. El informe Grimaldi ha tenido cuidado de proponer, junto con las innovaciones, soluciones equilibradas que protejan los intereses de los deudores, tanto de su propia debilidad como de eventuales abusos de los acreedores.

Sin embargo, los franceses no trabajaron por el mero placer de diseñar un sistema ordenado. El grupo Grimaldi reconoce que ha consagrado algunas soluciones innovadoras, *reclamadas desde larga data por los operadores* (léase las instituciones financieras y las empresas) *y asumidas recientemente por los poderes públicos*. ¿Cuál ha sido el declarado objetivo de estas innovaciones? No ha sido otro que *facilitar el desarrollo del crédito y salvaguardar la*

---

<sup>14</sup> Profesor de la Universidad de París II (Panteón-Assas), presidente de la Asociación Henri Capitant de Amigos de la Cultura Jurídica Francesa.

<sup>15</sup> Véase *supra*, nota 3.

*competitividad del modelo jurídico francés.* Una de las enseñanzas más trascendentes que nos aporta este fascinante proceso operado en Francia es que, así como existen el mercado de los bienes y el mercado de los servicios, existe el “mercado del derecho”. Los distintos órdenes jurídicos compiten entre sí para atraer negocios. Naturalmente, esto es un eufemismo. Quienes compiten no son los ordenamientos, sino los países en tanto comunidades de prestadores de servicios (en este caso jurídicos); pero lo cierto es que los gobiernos se preocupan por que los ordenamientos jurídicos sean “atractivos” para los inversores, que normalmente ocupan la posición jurídica de acreedores.<sup>16</sup>

Señala Aynés<sup>17</sup> que el gobierno actuó presionado por la pérdida de competitividad del derecho francés en el concierto internacional. Y en la materia que nos ocupa, esa pérdida de competitividad tiene una causa muy concreta: *las garantías anglosajonas y alemanas.*

Las garantías reales mobiliarias alemanas impuestas en la práctica de los negocios internacionales son fundamentalmente dos: la reserva de la propiedad (*Eigentumsverbehalt*) y la transferencia fiduciaria de la propiedad en garantía (*Sicherungsubereinigug*). *Lo que más apetece a los empresarios es el uso flexible de ambas que amparan los tribunales alemanes: formas ampliadas de la garantía, que cubren no sólo un crédito sino una globalidad de relaciones, formas prolongadas, que permiten la afectación de bienes presentes y de bienes futuros, de conjuntos de bienes, de bienes que subrogan o sustituyen bienes prendados, o de los créditos o el dinero en efectivo que ocupan el lugar de los bienes prendados y enajenados. Esta flexibilidad comprende el uso discrecional de la propiedad con función de garantía.*<sup>18</sup>

Por su parte, el buque insignia de las garantías mobiliarias anglosajonas es el denominado *security interest*, diseñado en el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos (Uniform Commercial Code, UCC), el cual admite un *derecho real de garantía sobre bienes muebles que cubre bienes presentes y futuros, no está limitado por rígidas restricciones legales y reconoce su fuente fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de*

---

<sup>16</sup> En el acta de la discusión parlamentaria del proyecto de ley de fideicomiso de 17 de octubre de 2006, se lee lo siguiente: “L’attractivité de notre territoire ne dépend pas seulement de la législation fiscale ou du coût du travail, mais aussi des possibilités et des garanties offertes par notre système juridique pour la création d’entreprises ou la gestion d’investissements internationaux. Il est, de fait, ‘un marché du droit’”.

<sup>17</sup> AYNÉS, *Lamy Droit Civil*, cit., p. 7. Véase la nota 10.

<sup>18</sup> Para una significativa visión de conjunto del sistema alemán de garantías mobiliarias, véase Rolf SERICK, *Le garanzie mobiliare nel diritto tedesco*, Giuffrè, Milán, 1990.

las partes, con mínimas imposiciones legales.<sup>19</sup> Es significativa la expresión que utiliza Philippe Délébecque: “garantías reales extranjeras dominadas por la voluntad de las partes”.<sup>20</sup>

Este instituto reconoce su origen en la *floating charge* inglesa. El derecho del *common law* permite crear convencionalmente un derecho preferente sobre todos los activos o clases determinadas de activos del deudor. Este derecho preferente “planea” sobre los activos designados y se “cristaliza”, es decir, se concreta en determinados bienes, en el momento del incumplimiento del deudor o bien en el caso de insolvencia. De este modo, el acreedor garantizado puede aspirar a disputar con éxito a los acreedores quirografarios todo o buena parte (aquella parte que se corresponda con la descripción de las clases de bienes indicada en el acto de la creación de la *floating charge*) de los bienes existentes en el patrimonio del deudor al tiempo de la quiebra. En cambio, la exigencia de la especialidad en el derecho prendario de cuño continental hace que el acreedor garantizado no pueda invocar el derecho de prenda sobre bienes que no fueron específicamente designados originariamente en la convención prendaria o hipotecaria.

Además, el Uniform Commercial Code incorpora el principio de “equivalencia funcional”, que consiste en que ha de tenerse en cuenta primordialmente la voluntad de las partes en el sentido de la creación de un derecho de garantía, más que la forma negocial empleada.

El *security interest* norteamericano, vigente, además de en los Estados Unidos, también en Canadá, en Australia y Nueva Zelandia y otras jurisdicciones de *common law*, logra su publicidad hacia los terceros mediante un particular sistema registral de base subjetiva, que supone una información registral mínima sobre la base del deudor o dador prendario (*notice filing*), con una descripción genérica de los bienes prendados. La razón de que esa “noticia” sea mínima es que la información que entra y sale del registro, como es poca, es fácil de manejar, no es engorrosa (como sí lo es la que se basa en una minuciosa descripción de bienes prendados, propia del sistema francés anterior a la reforma y también del uruguayo, pese a los intentos de reforma por la ley 17 228, minuciosa descripción que paga tributo al principio de especialidad de los derechos reales de garantía, que no existe como tal en el ambiente anglosajón).

---

<sup>19</sup> Exactamente lo opuesto al sistema francés y al nuestro propio, así como, en general, los sistemas latinoamericanos, de acuerdo con los cuales el tema de las garantías reales es de reserva legal, con un sistema de *numerus clausus* y fuerte tipicidad, y una preferencia por la posición de los deudores y de los terceros adquirentes antes que del acreedor con garantía real. Obviamente, la autonomía de la voluntad es reconocida en todos los ordenamientos; se trata de una cuestión de énfasis o acento, pero que muchas veces define las cuestiones jurídicas y los conflictos de intereses.

<sup>20</sup> Philippe DÉLÉBECQUE, “Le régime des hypothèques”, *JCP La Semaine Juridique*, suplemento al n.º 20, 17 de mayo de 2006, p. 29 ss.

La premisa del sistema americano es que esa información mínima (*notice*) debe ser complementada por una investigación posterior entre las partes interesadas en un negocio, en etapas posteriores de éste. Preciso es decir que esta flexibilidad en la admisión de garantías reales basadas en modalidades de fuente más bien contractual, peligrosa para la seguridad del tráfico, se contrabalancea en el sistema germánico y del *common law* con la vigencia del principio de la posesión vale título (es decir, que el comprador de buena fe de bienes gravados se encuentra protegido); (veremos que, paradójicamente, este punto ha sido pasado por alto por los franceses, que admiten la máxima *possession vaut titre* con carácter de principio general).

Además, del mismo modo que en el derecho alemán, la flexibilidad de los sistemas anglosajones permite al acreedor el uso de la propiedad con función de garantía, cosa que en general no es admitida en los sistemas de cuño francés. En paralelo, los procedimientos de ejecución de las garantías en el sistema anglosajón están colocados bastante más fuera del poder judicial que en el sistema francés, lo cual les facilita las cosas a los acreedores en el momento de realizar las garantías.

En los grandes foros internacionales, las garantías mobiliarias anglosajonas están llevando la delantera y casi todos los organismos que se ocupan de la materia preconizan soluciones compatibles con el sistema anglosajón.<sup>21</sup>

Frente a estos sistemas, ¿cuál era la realidad del sistema francés? Puede responderse: un sistema poco amigable para el acreedor. Obsesionado por la protección del tráfico y de la responsabilidad patrimonial general del deudor, las garantías reales han estado siempre en Francia rígidamente organizadas, sobre la base del denominado *principio de especialidad* y de esquemas típicos que colocan al acreedor en posición débil, porque la mínima desviación de los tipos legales lo deja privado de su garantía real. Puede decirse que el legislador francés desconfió tradicionalmente de las garantías reales, prefiriendo ser

<sup>21</sup> Enumero a continuación algunos instrumentos internacionales relativamente recientes:

La ley modelo del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo para un régimen legal moderno de operaciones garantizadas (1994). La ley modelo interamericana de Garantías Mobiliarias de OEA (CIDIP VI) (2002). El proyecto de guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI) sobre operaciones garantizadas (2002-2006). Los trabajos del Grupo VI de CNUDMI (Garantías Reales/Security Interests) y del Grupo V (Insolencia). Los proyectos de convención de UNIDROIT sobre *leasing* y *factoring* (convención de Ottawa) (1988). Ídem UNIDROIT sobre derechos de garantía sobre equipo móvil (Convención de Cape Town) (2001). Convención de CNUDMI sobre cesión de créditos en el comercio internacional (2001). Directiva de la Comunidad Europea 2002/47/CE sobre contratos de garantía financiera.

Conferencia de derecho privado de La Haya (Prima Convention) sobre el derecho aplicable a la transferencia y constitución de derechos de garantía en valores gestionados por un intermediario. (Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary) concluida el 5 de julio de 2006. Unidroit Prima Convention de marzo de 2006.

él y no los particulares quien estableciera el rango de los créditos, sobre todo en los procedimientos colectivos. Una buena prueba de este concepto es la definición misma que se da de la *sûreté* en el *Traité de Droit civil* de Jacques Ghestin: la *sûreté* es una “*técnica específica de ruptura de la igualdad*”.<sup>22</sup> Ningún jurista bien formado vería con simpatía “una técnica específica de ruptura de la igualdad”...

Dice Laurent Aynès:<sup>23</sup> puede resumirse el derecho anterior a la reforma por los términos: diversidad, complejidad, entrecruzamiento de los regímenes, débil efectividad, rigidez... Pues bien, Aynès reconoce que la ordenanza se sitúa “dentro de un movimiento bastante general de retroceso de las preferencias legales, en favor de las convencionales”. Es indudable entonces que la creciente aceptación del sistema de garantías de cuño anglosajón estaba quitando el sueño a los empresarios franceses y al gobierno, que veían cómo los contratos de garantía de sus negocios internacionales se regían preferente y progresivamente por el *common law* en lugar de regularse por el derecho francés.<sup>24</sup>

Sin embargo, es menester reconocer que los franceses no podían hacer —ni hicieron— “una simple copia” del derecho anglosajón. Podrán haberse inspirado en los derechos extranjeros y aun haber incorporado sus institutos por obediencia a los dictados de su inteligencia práctica; pero su inteligencia teórica jamás habría admitido un injerto en su sistema jurídico. Resulta pues destacable el esfuerzo por incorporar las modificaciones de forma que resulte armoniosa en el conjunto del edificio del derecho francés, de modo que, al fin del día, no puede afirmarse de manera alguna que el nuevo sistema francés de garantías reales mobiliarias sea un simple espejo del sistema anglosajón. Ahora bien: en qué medida se ha logrado una incorporación armoniosa es cuestión que resulta opinable y que requiere mayor información y meditación.

---

<sup>22</sup> MESTRE, PUTMAN, BILIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, París, 1996, p. 10.

<sup>23</sup> *Lamy*, op. cit., p. 7.

<sup>24</sup> En la discusión parlamentaria de la ley de fideicomiso, que forma parte de este proceso que analizamos, los parlamentarios y miembros del gobierno denuncian que empresas francesas como Alstom o Peugeot, en cuyo capital accionario participa fuertemente el Estado francés, han debido acudir al *trust* anglosajón para operaciones de reestructuración financiera (sesión del Senado francés del 17 de octubre de 2006).

## 4.

### UN ESQUEMA QUE PUEDE SER ÚTIL

Luego de mucho examinar distintos sistemas sobre garantías reales, y siguiendo las ideas originales del profesor inglés Phillip Wood,<sup>25</sup> propongo a continuación un esquema sumamente simplificado pero que puede ser útil para comprender que existen dos sistemas contrapuestos en la materia (aunque seguramente ningún derecho positivo concreto se identifique totalmente con uno de los paradigmas).

He titulado a uno de ellos “infierno de los acreedores”, para indicar que las garantías reales están vistas con disfavor y a la primera oportunidad que se presente son desatendidas o preteridas. En cambio, en el paraíso, los acreedores tienen ante sí un amplio campo para el uso de las garantías reales, muy convenientes a sus intereses.

<b>Paraíso de los acreedores</b>	<b>Infierno de los acreedores</b>
Todos los bienes son prendables.	Restricciones a los bienes prendables.
Posibilidad de prenda de bienes futuros.	Sólo pueden prendarse bienes presentes.
Se admite la garantía de deudas genéricas y futuras.	Sólo pueden garantizarse deudas específicas.
No se requiere un monto máximo garantizado.	Se requiere.
Basta una descripción genérica de los bienes prendados.	Descripción específica (individualización concreta).
No es necesaria la desposesión en materia de muebles.	Se requiere la desposesión.
En la prenda de créditos, no es necesario notificar a los deudores cedidos (sin perjuicio de ciertos derechos de éstos).	Se requiere notificar a los deudores cedidos en la prenda de créditos.
La novación no produce la extinción de las garantías.	Viceversa.

<sup>25</sup> *World Financial Law, University Edition*, Allen-Overy, 2002.

<b>Paraíso de los acreedores</b>	<b>Infierno de los acreedores</b>
Se admite la vía paralela ( <i>voie parée</i> ) y la ejecución extrajudicial.	Ejecución sólo en vía judicial con juicio extenso.
Los procedimientos concursales no bloquean la ejecución de las garantías.	Bloquean.
Validez del pacto comisorio y del pacto marciano.	Invalidez.
Derecho de garantía no cede ante deudas por costas y costos, impuestos, salarios.	Cede, salvo a los costos de ejecución del mismo bien.
No hay revocación: conocimiento de la insolvencia. – si se dio nuevo crédito; – si la prenda era rotativa o flotante. Se admite la convención de <i>margin security</i> , salvo que el acreedor tuviera	Revocación concursal en período de sospecha.
Se admiten la cesión de la propiedad en garantía y el fideicomiso de garantía.	No se admiten.
Se admite la compensación en la quiebra	No se admite.

Por todas las informaciones recibidas, el derecho francés, lo mismo que los nuestros latinoamericanos, en muchos aspectos podría ser identificado como el infierno; el sentido de la reforma ha sido pasar, por lo menos, a un digno purgatorio.

## 5.

### LA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

Antes de entrar en el análisis puntual de la reforma francesa del 2006-2007, resulta de interés efectuar un breve desarrollo para dar cuenta de la experiencia del observador. Quien escribe, mira la reforma francesa desde un país latinoamericano, que en muchos puntos compartía soluciones con el derecho francés, particularmente el principio de accesoriedad y especialidad de las garantías reales, y la prohibición de los pactos comisorio y de reserva de dominio; pero que ha tenido experiencia de la reforma desde mucho

tiempo antes. En efecto, ya desde los primeros años de la década de los noventa es perceptible la influencia del derecho anglosajón, en el sentido de la incorporación de un sistema de garantías reales diferente al vigente en los países de América Latina. En el caso particular del Uruguay, en ocasión de la exposición de motivos de la reforma de la ley uruguaya de prenda sin desplazamiento, en 1999, el Poder Ejecutivo mencionó diversos coloquios e informes que daban cuenta de las carencias del sistema uruguayo de garantías reales, entre los que se encontraba un informe preparado por funcionarios del Banco Mundial, donde se expresaban críticas al sistema uruguayo y se señalaba que un sistema inadecuado de garantías incrementaba el costo del crédito, haciendo subir los intereses entre un 7% y un 19%. Para lograr una mayor funcionalidad, *se propuso levantar las restricciones legales que impedían que algunos bienes sirvieran como garantía y que algunos prestamistas usaran bienes muebles para garantizar sus préstamos, acelerar los procedimientos y modernizar los registros de prendas para reducir el riesgo de préstamo con garantía de bienes muebles.*

¿De qué modo? Se propendió a la creación de un “generic universal security interest, that may attach to all property”. Es decir, una forma de garantía real que no se ajusta exactamente a nuestra prenda o hipoteca, que contradice el principio de especialidad y que planea sobre todos los bienes del deudor. Según el informe, lo que la ley debe regular es la prioridad de las demandas, los requisitos de registro, los estándares para el embargo y remate de los bienes.

El asunto se ve claro si se focaliza la atención sobre determinado tipo de bienes, particularmente, el *inventory* o inventario, y los *accounts receivable* o cuentas por cobrar. Ambos representan en el sistema anglosajón una garantía dinámica y fluida. A medida que algunos bienes se enajenan, otros vienen a sustituirlos. El inconveniente de la ley uruguaya, según el informe del Banco Mundial, es que un *security interest* no puede flotar en el *inventory* del deudor, ya que, en virtud del principio de especialidad, la prenda requiere una identificación específica del *collateral*.

El informe concluye que para que estos bienes puedan ser objeto de prenda:

1. La ley debe establecer que una prenda sin desplazamiento (*non possessory security interest*) sea creada en bienes incorpóreos, de modo que el deudor no tenga que ceder las futuras cuentas a cobrar.
2. La ley debe permitir a las partes que los contratos contengan descripciones generales de la garantía por tipo o clase, de modo que la garantía flote en todos los bienes que coincidan con la descripción.

3. La ley debe permitir que el derecho de garantía continúe en el producido de los bienes prendados y en cualquier otra propiedad adquirida recibida en intercambio o en lugar de los bienes prendados originalmente, de modo que las partes no tengan que celebrar nuevos contratos de prenda cada vez que los bienes prendados se transforman o cada vez que el deudor adquiere una nueva propiedad.

4. La ley debe permitir que se garanticen líneas de crédito con la misma garantía, autorizando al acreedor a tener garantía sobre líneas de crédito revolventes.<sup>26</sup>

5. Estas ideas en el campo sustantivo se complementan con mecanismos novedosos en el campo registral, especialmente con el denominado *notice filing system*. Tanto en Estados Unidos de América como en Canadá se puede registrar un *financing statement* (declaración de adeudo o de financiamiento) en vez de una copia del contrato de prenda. Contiene alguna información resumida sobre el contrato de prenda. La declaración de adeudo muestra sólo que el acreedor puede ser titular de un derecho de prenda en tipos de bienes específicos en poder del deudor. Los terceros no van a ser informados ni sobre el monto de la deuda ni sobre los bienes prendados. Si los terceros requieren más información, pueden pedir detalles de la transacción directamente al deudor. Exactamente en el mismo sentido obra la exposición del Dr. Ronald Cuming en ocasión de un seminario realizado en el año 1992 en el Banco Central del Uruguay, que daba cuenta de la experiencia en Canadá. El autor describe la evolución del instituto de la cesión genérica de cuentas a cobrar, incluyendo el inventario, y las cuentas futuras (créditos por cobrar) derivadas de la venta del inventario. En caso de quiebra, la cesión es inoponible salvo que esté registrada legalmente.

Es posible registrar un interés de garantía en cualquier tipo de propiedad personal, incluyendo bienes altamente negociables, tales como el dinero e instrumentos negociables. El efecto de la inscripción, sin embargo, no es el mismo en todos los casos; en algunos brinda sólo una prioridad mínima. Lo que se inscribe es un sencillo documento o pantalla computarizada de información (que se llama declaración de financiamiento o *financing statement*) que indica algunos datos básicos sobre el acreedor garantizado, el deudor y la relación entre ambos... No consiste en un registro de acuerdos determinados de garantía, sino en un registro de garantías existentes o potenciales. Incluye los datos del deudor y una descripción (genérica o específica) de los bienes garantizados. Salvo que se obtenga la cooperación del deudor, los competidores de la parte garantizada no tienen acceso a los

---

<sup>26</sup> Véanse estas ideas en "Argentina, cómo las leyes para garantizar préstamos limitan el acceso al crédito", por Heywood FLEISIG y Nuria DE LA PEÑA, CEAL, Washington D.C., publicado en Internet.

detalles. Una declaración de financiamiento puede corresponder a uno o más acuerdos de garantía. La inscripción de esta noticia funciona muy bien en registros computarizados (*electronic financing statement*). La inscripción la pide el acreedor por sí, pero hay un sistema de protección contra inscripciones abusivas. Todos los sistemas usan el nombre del deudor como criterio básico de inscripción y búsqueda. El problema de este sistema es que no ofrece protección para los terceros que no están en condiciones de obtener una búsqueda del registro en base al nombre del deudor, porque su existencia o identidad le es desconocida. Es el problema A-B-C-D; se aplica el principio *nemo dat quod non habet*. Hay dos soluciones que dependen del tipo de bien. Si el bien es identificable, el adquirente tiene la carga de pedir el certificado. Pero cuando la garantía es tenida por el deudor como inventario (bienes no identificables), la ley asegura que el comprador de un ítem del inventario lo toma libre de toda afectación prendaria en el mismo. En cambio en la quiebra del deudor, el acreedor ejerce su preferencia respecto de la masa. Es decir que, cuando se trata de bienes no identificables, la ley no confiere al acreedor el derecho de persecución (*droit de suite*) sino más bien una preferencia en concurso con otros acreedores.

La Organización de los Estados Americanos, en su VI Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, realizada en ciudad de México en febrero de 2002, aprobó un proyecto de ley modelo sobre garantías mobiliarias en esta línea.

Es claro que estas ideas inspiraron (aun cuando en forma incompleta) la propuesta de ley de reforma del sistema de garantías mobiliarias en Uruguay y particularmente de la nueva ley de prenda sin desplazamiento, n.º 17 228, de 1999. El problema consistió en que, tratándose de un sistema distinto al propio y careciéndose de información suficiente, la comprensión de su funcionamiento fue muy relativa.<sup>27</sup>

Entiendo que similares experiencias han sido vividas en muchos países latinoamericanos. Es el caso de la ley mexicana de títulos y operaciones de crédito, que data de 1932 pero que fue reformada recientemente en diversas oportunidades (años 2000, 2003 y la última en 2006) para recibir el concepto anglosajón. Diversos países centroamericanos han seguido esta orientación. El derecho argentino, mediante la ley 24 411, de 1995, incorpora el *leasing* y diversas mejoras en cuanto a la rapidez de la ejecución de las garantías reales, así como normas sobre fideicomiso y securitización. El derecho peruano incorporó una ley de garantías mobiliarias en el 2006. El derecho brasileño recibió esta influen-

---

<sup>27</sup> Resulta anecdótica la discusión provocada en ocasión de la discusión del proyecto de ley en el Parlamento: previendo el proyecto la posibilidad de prenda de “cardúmenes”, un legislador se preguntó el significado de tal expresión. Y es que, efectivamente, la prenda de la pesca futura de una empresa puede servir fácilmente de garantía en el sistema anglosajón, pero difícilmente en un sistema donde domina el principio de especialidad y la necesidad de la entrega de la cosa. La discusión subsiguiente denotó el desconcierto frente a la pretensión de incorporación de un sistema de garantías diferente, por falta de la debida información.

cia ya desde la década de los sesenta, según puede apreciarse en la denominada ley de *alienação fiduciária*.<sup>28</sup>

En todos los casos la implantación de un sistema radicalmente distinto al vigente de inspiración francesa provocó y provoca dificultades que no es posible analizar en esta nota. Esta experiencia, que precede en más de quince años a la francesa, confiere al observador latinoamericano una perspectiva particularmente privilegiada de esta reforma del Código de Napoleón.

## 6.

### EL PROCESO LEGISLATIVO DE LA REFORMA FRANCESA

Según el artículo 38 de la Constitución francesa, el Gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar al Parlamento la autorización para tomar, por ordenanzas, durante un término limitado, medidas que recaen normalmente en el dominio de la ley. Estas ordenanzas deben ser tomadas en Consejo de Ministros con la opinión del Consejo de Estado y entran en vigor a partir de su publicación, pero caducan si el proyecto de ley de ratificación no es presentado al Parlamento antes de la fecha fijada en la propia ley de habilitación. A la expiración del plazo limitado referido más arriba, la ordenanza queda en vigor y no puede ser modificada sino por ley en las materias que son del dominio legislativo.

Por el artículo 24 de la ley n.º 2005-842 del 26 de julio de 2005, “para la confianza y modernización de la economía”, el Parlamento autorizó al Gobierno a tomar, por vía de ordenanza, las medidas necesarias para:

- 1.º Introducir, en el código de comercio, disposiciones habilitando la afectación de stocks de empresas y modificar las disposiciones del código civil para simplificar la constitución de garantías reales mobiliarias y sus efectos, extender su asiento y autorizar la prenda sin desposesión;

<sup>28</sup> Decreto ley 911 de octubre de 1969. Sin embargo, la tendencia brasileña ha sido en el sentido opuesto al indicado en este artículo. Luego de la influencia ejercida por la tendencia a la protección del consumidor, las leyes 10 406, de 2002 (nuevo Código Civil, artículo 1364 ss.) y 10 931, de 2004, impiden la aplicación pura y simple del pacto comisorio en este tipo de negocio de garantía.

[...]

3.º Recopilar las normas vigentes sobre cláusula de reserva de propiedad, insertándolas en el código civil;

4.º Dar base legal a la garantía autónoma, que obliga al garante, salvo fraude manifiesto, a pagar desde el momento en que le es solicitado, o según las modalidades previamente convenidas; a la “carta de intención” por la cual un tercero expresa a un acreedor su intención de sostener al deudor en la ejecución de su obligación; así como el derecho de retención, que permite al acreedor que tiene una cosa que debe devolver, rehusarse a entregarla en tanto no ha recibido el pago completo.

El Parlamento indicó al gobierno que las ordenanzas debían ser aprobadas en un plazo de nueve meses a partir de la ley de habilitación, y que para cada ordenanza debía presentársele al Parlamento, un proyecto de ley de habilitación dentro del plazo de tres meses a contar de su publicación. La ordenanza que reforma el código fue aprobada el 23 de marzo de 2006, y el proyecto de ley de ratificación fue presentado al Senado con fecha 21 de junio de 2006, con lo que se cumplieron los términos de la autorización y la reforma del derecho de las garantías se encuentra hoy vigente en Francia.

Es menester señalar especialmente que, si bien el texto aprobado recoge en general la visión del tema adoptada por la comisión Grimaldi, entre las propuestas de la comisión y el texto finalmente aprobado existen significativas diferencias.

## 7.

### LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS

Como dijimos, el principal impacto de la reforma se produce sobre las garantías reales mobiliarias. El grupo Grimaldi organizó la materia dividiendo el libro IV del Code Civil en cuatro grandes partes, relativas a “las cuatro figuras más importantes en el derecho francés de las *sûretés réelles*”:

- el edicto de reglas de clasificación de privilegios mobiliarios (1);
- el rediseño de la prenda (*gage*) de bienes muebles corporales (2);
- la actualización de la prenda (*nantissement*) de muebles incorporales (3);
- el reconocimiento de la propiedad retenida o cedida a título de garantía (4).

Como indicamos al comienzo, descartaremos el análisis de la primera parte, por cuanto, como hemos dicho, los privilegios no constituyen en nuestro derecho garantías reales (como sí ocurre en el derecho francés, que presenta en este aspecto tantas diferencias con el nuestro que cualquier apreciación sobre él desde nuestra perspectiva debe hacerse con suma cautela). Sí nos ocuparemos de las tres innovaciones siguientes, que analizaremos por su orden a continuación.

## 8.

---

### NUEVO DISEÑO DE LA PRENDA DE MUEBLES CORPORALES

El grupo Grimaldi sostuvo la necesidad de una completa refacción (*refonte*) del contrato de prenda, con la confesada finalidad de que el derecho francés resultara más atractivo para los operadores. Si bien algunos trazos de la vieja prenda se mantienen, el instituto experimenta en la nueva reglamentación caracteres que pueden calificarse como revolucionarios.

#### **A. ELIMINACIÓN DE LA REALIDAD DEL CONTRATO**

He aquí uno de los puntos más dramáticos de la reforma. ¿Desde cuándo ha sido el contrato de prenda un contrato real? Toda la vida, se dirá. Siempre aprendimos que en el antiguo derecho romano existían los contratos *re*, que se perfeccionaban con la entrega de la cosa. Hasta hoy, el contrato de prenda era un contrato real. Si bien la categoría misma del contrato real había venido siendo objeto de crítica y generalmente se la consideraba una rémora de concepciones arcaicas, la prenda, entre todos los contratos reales, había venido convirtiéndose en el símbolo de la realidad en materia contractual, puesto que la entrega de la cosa opera en este negocio no sólo como requisito de perfeccionamiento del contrato, sino como punto de partida del nacimiento del derecho real de prenda que, como todo derecho real, requiere publicidad, de la cual la entrega constituye un signo, aun cuando rudimentario.

Pues bien, tómesese el lector de su asiento: desde la reforma francesa, *la prenda ha dejando de ser un contrato real*. Se lee en el informe Grimaldi:

Nuestro derecho padece, en efecto, como consecuencia del principio tradicional según el cual, en ausencia de texto especial, una garantía prendaria implica la desposesión del constituyente. Ciertamente, existen textos especiales instituyendo prendas sin desplazamiento sobre tal o cual bien que se han ido multiplicando con el correr de los años; pero, por una parte, su frondosidad implica una extrema complejidad del derecho francés de las garantías mobiliarias; por otra parte, existen otros bienes respecto de los cuales permanece insatisfecha la necesidad de asiento de garantías reales que pueda ofrecer el deudor sin perder la tenencia de su bien.

La entrega de la cosa deja de ser —entonces— requisito de perfeccionamiento del contrato, y aun del derecho real de prenda (recordemos que en el derecho francés rige el principio del consensualismo y que el contrato es de regla negocio dispositivo). La claridad del texto no deja lugar a dudas.<sup>29</sup> No queda regulado, sin embargo, como contrato consensual, sino solemne: se requiere forma escrita y la utilización del *nomen iuris* de prenda (*gage*), así como la determinación del objeto.<sup>30</sup>

En verdad, el escándalo no es tanto. Es cierto que la prenda se había convertido en un contrato rígidamente real, pero en el principio no había sido así: el antiguo derecho romano consideraba posible la prenda tanto con desplazamiento como sin él. El derecho justinianeo admitió indistintamente la prenda y la *hipoteca*, caracterizada esta última no con base en el carácter inmueble de la cosa gravada, sino exclusivamente con base en el no desplazamiento de ella. El término griego *hypo* significa ‘debajo’, es decir que la hipoteca no es más que una prenda que no se ve, que se encuentra oculta.<sup>31</sup> Puede decirse que la historia de las garantías reales en Europa continental es la historia de cómo la hipoteca deja de ser prenda y adquiere una tipicidad excluyente de aquélla.<sup>32</sup>

Sin embargo, lo cierto es que, en el ambiente de hostilidad hacia el acreedor garantizado propio del sistema francés, la realidad de la prenda se había convertido en un

---

<sup>29</sup> Así reza el nuevo “Art. 2336.- Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature”.

Y el “Art. 2333.- Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.

<sup>30</sup> “Les créances garanties peuvent être présentes ou futures; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables”.

<sup>31</sup> No obstante el confesado propósito de simplificar, he aquí un ejemplo del genio francés de las garantías reales que jamás podría haber estado en el derecho anglosajón: la necesidad de que se establezca en *nomen iuris*, es decir, que se diga *gage* o *prenda*. En el sistema anglosajón no se requieren palabras sacramentales; basta con que surja la voluntad de crear una garantía real.

<sup>32</sup> Esta similitud sustancial entre prenda e hipoteca está claramente expresada en el pasaje de Marciano en el Digesto: “Inter pignus et hypothecam tantum sonus nominis differt” (D. 20.1.5.1).

<sup>33</sup> Aunque se mantienen resabios de la antigua promiscuidad: el Código Civil uruguayo define a la hipoteca como “un derecho de prenda constituido por convención y con las formalidades de la ley, sobre determinados bienes raíces, que no por eso dejan de permanecer en poder del deudor” (artículo 2322).

*leitmotiv* para que aquél perdiera su preferencia. Por ejemplo: si la entrega de la cosa cierta y determinada no había sido efectiva, o se trataba de cosas fungibles (prenda rotativa) y las cosas en poder del acreedor —si bien respondiendo a un acuerdo de garantía lejano en el tiempo— habían ingresado en su poder efectivo en un momento cercano a la cesación de pagos del deudor, la prenda dejaba de proteger al acreedor garantizado, en beneficio de la masa.

El sentido de la reforma francesa ha sido revertir esta situación.

## **B. ORGANIZACIÓN DE LA PUBLICIDAD DEL DERECHO DE PRENDA**

La entrega de la cosa es trasladada al campo de oponibilidad del derecho, al mismo nivel que la publicidad registral. El artículo 2336 va de la mano de los siguientes, que organizan el sistema de publicidad del contrato.<sup>33</sup>

La nueva organización de la prenda se ha inspirado en el *security interest* de Estados Unidos. Los franceses admiten que la entrega de la cosa no es necesaria para la validez del contrato, y que siendo éste válido por la sola convención de las partes, con el requisito de la solemnidad, se plantea solamente un problema de oponibilidad de los derechos emergentes del acuerdo. Pues bien, tanto la entrega de la cosa como la inscripción en el registro pueden ser consideradas como mecanismos de publicidad u oponibilidad del contrato a terceros. Si la prenda es con desposesión (o, mejor dicho, en nuestra jerga, sin desplazamiento de la tenencia) la publicidad se cumple con la entrega. Si se trata de prenda sin desplazamiento, la publicidad se cumple con el registro.

El informe Grimaldi explicita que el grupo ha considerado oportuna la creación de una garantía mobiliaria convencional, sin desplazamiento de la tenencia y *polivalente*. Repito: no se trata de una nueva figura de prenda sin desplazamiento. Si así fuera, no podría-

---

<sup>33</sup>Art. 2337.- Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite.

“Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet.

”Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2279.

”Art. 2338.- Le gage est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités sont réglées par décret en Conseil d'Etat.

”Art. 2339.- Le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêts et frais.

”Art. 2340.- Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription.

”Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier”.

mos alabar la originalidad de los franceses. Se trata de algo distinto: de una revolución del derecho francés de las garantías reales. La eliminación del requisito de la entrega de la cosa en la prenda está establecida con carácter absolutamente general.

Se sigue en este punto, como está explícitamente reconocido en el informe Grimaldi, el modelo del *security interest*. El sistema de publicidad norteamericano, de base subjetiva, es el único que ha conjugado exitosamente la posibilidad de extensión de los objetos prendables con una adecuada protección a los terceros adquirentes. Por un lado, el sistema protege a los terceros que adquieren bienes prendados en el giro ordinario de los negocios del deudor prendario (admitiendo una suerte de sistema de posesión vale título). Por otro, la indización registral de base subjetiva, aunado ello al desarrollo tecnológico en materia informática y de comunicaciones, facilita la solicitud y obtención de información registral, que no será completa, sino sólo consistente en una “noticia” (*notice filing*) de que determinada persona (sobre la cual se está solicitando información) mantiene algún género de acuerdo con un tercero por el cual afectó bienes con un derecho real de prenda (*security interest*). El certificado registral no determina con precisión cuáles son los bienes, ya que se admite que la inscripción contenga solamente una descripción muy genérica del acuerdo de garantía. Serán los interesados quienes deberán profundizar en la investigación si desean llegar a algún negocio con el deudor prendario.

La reforma plantea la creación de un nuevo registro de prendas, cuyas modalidades han sido establecidas por decreto del Consejo de Estado que fue aprobado el 23 de diciembre de 2006 (decreto 2006-1804). Según dicha norma, las prendas sin desplazamiento se inscriben en forma local, indicando la identificación personal del constituyente, los bienes prendados y la categoría a la que pertenecen los bienes, de acuerdo con una nomenclatura establecida por circular del Ministerio de Justicia. Los registradores comunican el nombre de las personas y la categoría a que pertenecen los bienes prendados a un Registro Nacional de Prenda sin Desplazamiento, de carácter electrónico, que es consultable gratuitamente vía Internet. La consulta debe hacerse especificando el nombre del dador prendario y la categoría de bienes prendados. Cuando el Registro recibe una solicitud de información y no existe inscripción a nombre del constituyente y sobre la categoría de bienes prendados, expide una comunicación electrónica negativa. Cuando existe inscripción, el Registro se limita a informar de la existencia de la prenda, siendo de cargo del interesado obtener del registro local correspondiente la información complementaria.

Es decir que el sistema francés consagra la clasificación básicamente subjetiva, del mismo modo que el sistema del *notice filing* estadounidense, con una variante: se agrega

una categoría de bienes prendados, que puede complicar un poco las cosas desde el momento en que toda taxonomía es falible y un bien puede encontrarse en más de una categoría. Sin embargo, desde el momento en que la solicitud de información es gratuita, el interesado podrá agotar las consultas para adquirir seguridad sobre la información que necesita.<sup>34</sup> Por circular de fecha 1 de febrero de 2007, publicada en el diario oficial el 10 de febrero de 2007 y con vigencia a partir del 1 de marzo de 2007, el Ministerio de Justicia ha establecido las siguientes categorías:

1. Animales.
2. Relojería y joyas.
3. Instrumentos de música.
4. Materiales, mobiliario y productos de uso profesional no comprendidos en otras categorías.
5. Materiales de uso no profesional distintos que informáticos.
6. Materiales vinculados al deporte.
7. Materiales informáticos y accesorios.
8. Mobiliario.
9. Muebles incorporales distintos que partes sociales.
10. Monedas.
11. Objetos de arte, de colección o de antigüedad.
12. Partes sociales.
13. Productos de edición, de la prensa o de otras industrias gráficas.
14. Productos líquidos no comestibles.
15. Productos textiles.
16. Productos alimentarios.
17. Otros.

Como puede observarse, esta modalidad de división de los bienes muebles en categorías puede entenderse como una concesión al genio francés y a la especialidad de la prenda; concesión, sin embargo, un tanto artificial y de dudosa utilidad, más simbólica

---

<sup>34</sup> Cabe comparar la eficacia del sistema público francés con la del uruguayo. La ley francesa que consagra esta moderna prenda sin desplazamiento se dictó entre mayo y junio de 2006, y a partir del 1.º de marzo de 2007 está vigente el decreto reglamentario de la inscripción sobre base subjetiva. La ley uruguaya de registros 16 871 y la ley de prenda sin desplazamiento (tomando esta última, su fecha es diciembre de 1999) instituyen un registro nacional de matriculación subjetiva, pero a la fecha éste no se ha reglamentado y el sistema no se encuentra operativo.

que real, ya que cualquier bien puede ser prendado sin desplazamiento en el sistema de este registro. Es verdad que no se puede pedir la información solamente por el nombre del deudor, sino que debe incorporarse en la solicitud de información una categoría de bienes; pero teniendo en cuenta que cualquier persona puede solicitar información por Internet sin costo, basta que apriete un botón 17 veces en lugar de una, lo que, después de todo, no es tan oneroso.

Como dijimos, este sistema de *notice filing*, combinado con la protección del adquirente de buena fe, constituyen los pilares del sistema. Si los terceros adquirentes en el curso ordinario de los negocios del deudor prendario no estuvieran protegidos, el sistema sería objetable por admitir gravámenes ocultos, porque no es exigible a todos los adquirentes de cualquier bien solicitar información registral en todas las transacciones ordinarias de la vida, cosa que sería necesaria, en estricto derecho, para que los adquirentes obtuvieran la tutela jurídica.

### **C. EXTENSIÓN DEL CONJUNTO DE BIENES SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO DE PRENDA**

De la mano de esta innovación registral al socaire del sistema norteamericano, la reforma francesa instaura lo que constituye el resultado buscado: “Extension de l’assiette du gage”.

Ya se trate de prenda con entrega o con registro, en ambos casos la opción puede ser ejercida respecto de cualquier bien.<sup>35</sup> No se trata de tal o cual régimen especial de prenda sin desplazamiento, no constituye un mecanismo susceptible de aplicación para tal o cual tipo de objetos o para satisfacer la necesidad de crédito de tal o cual actividad económica específica; la prenda sin desplazamiento que organiza el Código Civil francés es de portada absolutamente general, se aplica para cualquier acreedor o cualquier deudor y para cualquier bien mueble siempre que sea corporal (de los bienes muebles incorporales nos ocuparemos seguidamente).

Señala el Grupo Grimaldi que el principio de la especialidad de la prenda, tanto en cuanto a los créditos garantizados como a los bienes gravados, ha sido mantenido. Sin embargo, sostiene que el principio se flexibiliza, desde el momento en que se admite la

---

<sup>35</sup> Idéntica peripecia sufrió el derecho uruguayo de prenda sin desplazamiento, desde que la reforma introducida por la ley 17 228 amplía la posibilidad de preñar sin desplazamiento cualquier bien, incurriendo en lo que el profesor Arturo Iglesias llamara jocosamente “desenfreno pignoraticio”. Claro que el legislador, sin conciencia clara de los caracteres de los sistemas de garantías en juego, mantuvo el polémico giro “con tal que sea concretamente identificable”.

prenda de cosas futuras y sobre conjuntos de bienes.<sup>36</sup> Además, cuando se trata de bienes fungibles o que constituyen elementos de un conjunto, el deudor que los tiene puede enajenarlos si la convención lo autoriza; los derechos del acreedor prendario se ejercerán, entonces, sobre los bienes que vienen a sustituirlo (artículo 2339). De ese modo —señalan los autores— sería grandemente facilitada la constitución de prenda sobre *stocks*, que se entiende hoy día necesaria para el desarrollo del crédito comercial.

Si cualquier bien presente o futuro puede ser objeto de prenda, dado que la oponibilidad de la prenda ocurre no sólo por la vía de la entrega, sino del registro, surge la pregunta: ¿deben los terceros consultar al registro en oportunidad de realizar cualquier adquisición sobre cosa mueble? En el sistema norteamericano la pregunta tiene respuesta: no. Los terceros, adquirentes de bienes muebles prendados, si compran en el curso ordinario de los negocios del deudor prendario, están protegidos. Es una suerte de aplicación del principio general de *posesión vale título*. La paradoja aquí es que justamente en Francia, donde el Code Napoléon consagró hace doscientos años la regla *possession vaut titre*, el nuevo sistema francés viene a establecer la regla opuesta: este principio no puede ser invocado contra el acreedor prendario, salvo que la convención prendaria haya autorizado al deudor a enajenar los bienes prendados. Si no es el caso, el tercer adquirente ve postergar su posición jurídica frente a la del acreedor prendario.

Ello es así desde que el artículo 2337 (véase la nota 33) establece que, desde el momento en que la prenda ha sido objeto de publicidad, los terceros causahabientes no pueden prevalecerse de lo dispuesto por el artículo 2279, célebre norma que consagra la máxima *posesión vale título*.

Desconocemos el porqué de esta solución francesa, que contraviene su propio derecho y, además, el derecho norteamericano que explícitamente ha servido como fuente del derecho francés, y genera por otra parte un problema insoluble en la contratación.

Otro punto en el que es observable una contradicción es la consagración del principio de nulidad de la prenda de cosa ajena (artículo 2335), que no se compadece (o al menos requiere coordinación) con el principio de la validez de la prenda de cosa futura (artículo 2333).

---

<sup>36</sup> Yo diría que el principio de especialidad de la prenda queda severamente cuestionado a partir de la reforma.

## D. MANTENIMIENTO DE LA TIPICIDAD DE LAS GARANTÍAS REALES

Hay que señalar, sin embargo, que los franceses no copiaron el *security interest* anglosajón. Una clave para entender el sistema anglosajón es que éste llegó a una concepción monista y funcional de las garantías reales mobiliarias. Pueden existir e históricamente han existido múltiples formas de garantía real sobre bienes muebles, producto de la rica tradición histórica angloamericana. Sin embargo, a mediados del siglo XX ganó terreno la idea de que todas las formas de garantía (impliquen o no una transferencia o retención de la propiedad) tienen una finalidad o una función de garantía y económicamente son equivalentes, por lo que deberían ser tratadas de la misma manera. Señala Legeais que en Francia se ha preferido mantener la diversidad de formas de *sûretés réelles*, por lo que el objetivo de la unificación y simplificación propuesto por los autores del proyecto difícilmente podrá entenderse alcanzado.<sup>37</sup>

Y para muestra basta un botón. El texto finalmente aprobado admite que puede prendarse sin desplazamiento cualquier bien por cualquier acreedor y para garantizar cualquier deuda en un régimen de prenda flotante. En esta prenda puede pactarse el pacto comisorio. Sin embargo, el texto aprobado comprende la reforma del Código de Comercio, también admitiendo paralelamente la prenda de *stocks*, pero imponiendo a esta prenda una serie de restricciones que no tiene el régimen general; por ejemplo, que sólo pueden acceder a ella los establecimientos de crédito. Con buen criterio, la doctrina ha criticado esta inconsistencia. Los bancos tenderán a utilizar el régimen general, que es más amplio y flexible y habilita el pacto comisorio, en lugar del régimen especial previsto para los propios institutos de crédito.<sup>38</sup>

## E. FACILITACIÓN (ASSOUPLEMENT) DE LOS MODOS DE EJECUCIÓN

El grupo Grimaldi estaba convencido de que la eficacia de una garantía dependía de la simplicidad y rapidez de las vías de ejecución, y de que en tal sentido se orienta la evolución actual del derecho positivo. Sin embargo, la preocupación de los autores de la reforma fue, como ya está dicho, lograr el equilibrio que siempre ha caracterizado al derecho francés, con el fin de proteger al deudor y a los otros acreedores de un proceso sumario que expoliaría sus derechos.

<sup>37</sup> Dominique LEGEAI, "Le gage de meubles corporels", en *JCP La Semaine Juridique*, suplemento al n.º 20, 17 de mayo de 2006.

<sup>38</sup> Annie BAC, "Le point de vue des établissements de crédit sur l'ordonnance", en *Lamy Droit Civil*, suplemento al n.º 29, julio-agosto de 2006.

Naturalmente, en caso de incumplimiento, el acreedor puede ejecutar judicialmente la prenda y solicitar se le adjudique por el tribunal.

Sin embargo, la más trascendente y si se quiere más escandalosa reforma ha sido la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. Como es sabido, el antiguo derecho romano permitía —mediante la *fiducia cum creditore* y el pacto de la *lex comisoria*— que el acreedor insatisfecho se hiciese dueño de la cosa dada en garantía por el solo hecho del incumplimiento. A partir del derecho justinianeo, los países de Europa continental en general eliminaron la *fiducia cum creditore*, reservando al acreedor únicamente los derechos de prenda y de hipoteca, concebidos no como un traspaso del dominio sino como derechos reales menores en cosa ajena, y prohibiendo el pacto comisorio en dichos contratos, es decir, vedando la posibilidad del pacto por el cual el acreedor se hacía dueño de la cosa prendada o hipotecada por el solo incumplimiento. Este proceso se explica por la sensibilización general frente a los abusos cometidos por los usureros, que vía pacto comisorio adquirían bienes de valor muchas veces superior al monto de la deuda, enriqueciéndose injustamente a costa de su deudor.

El *common law* tuvo una evolución bien diferente: la *fiducia cum creditore* siguió vigente, por lo cual la garantía real es concebida en la ley de Inglaterra como la transferencia de la propiedad (*legal title*) con una cláusula que permite al deudor recuperarla pagando la deuda (*redemption clause*). El impago constituye únicamente la circunstancia que permite al acreedor constituido en propietario consolidar su derecho. Con el tiempo, sin embargo, y siguiendo el mismo patrón de respuesta al abuso de los usureros y al intento de impedir el enriquecimiento injusto a costa del deudor en dificultades, las cortes de equidad fueron flexibilizando esta regla, concediendo al deudor la posibilidad de redimir su propiedad mediante el pago tardío, pero sin cuestionar la validez o justicia de la transferencia a favor del acreedor. De donde el procedimiento legal equivalente a nuestra ejecución hipotecaria o prendaria consiste, en el derecho angloamericano, en un proceso cuyo objeto es la declaración de preclusión (*foreclosure*) de la posibilidad del deudor de pagar tardíamente y obtener la recompra de su propiedad (*redemption*). Va de suyo que este procedimiento es más seguro para el acreedor que la costosa ejecución hipotecaria, porque el bien ya está en poder legal del acreedor desde el momento del crédito.

Viendo perder al derecho francés terreno todos los días frente al derecho anglosajón, preferido por los empresarios, la reforma introduce la posibilidad de pactar el pacto

comisorio, tanto en la prenda como en la hipoteca,<sup>39</sup> aunque con un control: la pericia. Salvo que los bienes prendados consistan en valores objeto de cotización oficial en mercados organizados (instrumentos financieros o valores en el sentido de nuestra ley de mercado de valores, en cuyo caso no es necesaria una pericia porque hay un precio notorio del bien prendado que permite dar una justa pauta de la liquidación de la prenda), la ley francesa no estuvo dispuesta a autorizar la apropiación lisa y llana de la cosa prendada o hipotecada. Se requiere un trámite que puede ser extrajudicial, pues el experto o perito puede ser designado por las partes. Es decir que el acreedor puede hacerse atribuir el bien prendado, pero a un valor que debe ser determinado no de antemano (lo que era conocido como *pacto marciano*) sino “al día de la atribución”.

Es de hacer notar que el informe Grimaldi da cuenta de que los representantes de los abogados han expresado una opinión favorable al mantenimiento integral de la prohibición del pacto comisorio, como protección al deudor.<sup>40</sup> En ese mismo sentido, en doctrina, Philippe Délébecque ha expresado una posición crítica, sobre todo en materia inmobiliaria, sobre la base de que “el inmueble no es un bien como cualquier otro, y ha sido mala idea que los acreedores puedan de ahora en adelante atribuirse los bienes de sus deudores y convertirse en propietarios en su lugar, teniendo en cuenta que en Francia la propiedad fundiaria está fuertemente enraizada en la costumbre (*les mœurs*)”. En materia de bienes muebles, si bien no expresa una posición radicalmente opuesta, de todos modos su opinión es discordante: “La validez de tal pacto [comisorio] es ya discutible en materia mobiliaria; puede verse en él una cláusula abusiva”.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> El artículo 2459 CC admite que “puede ser acordado en la convención hipotecaria que el acreedor devendrá propietario del inmueble hipotecado”, aunque precisa que esta cláusula no tiene efecto tratándose del inmueble que constituye residencia principal del deudor.

<sup>40</sup> El texto finalmente aprobado del código reza así: “Art. 2348.- Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

”La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

”Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée”.

<sup>41</sup> DÉLÉBECQUE, op. cit., p. 31.

## 9.

---

## ACTUALIZACIÓN DE LA PRENDA DE BIENES MUEBLES INCORPORALES

Ya indicamos cómo, para claridad terminológica, se distinguen de ahora en adelante los vocablos *gage* y *nantissement* (que nosotros traduciríamos en ambos casos por *prenda*), el primero aplicable a los muebles corporales y el segundo a los incorporales. El grupo Grimaldi propone actualizar el derecho de prenda de bienes incorporales, regulando las variedades más usuales. Analizaremos, por una parte, la propuesta de reconstrucción de la prenda de créditos y, por otra, la propuesta de incorporación de normas sobre prenda de moneda escritural y prenda de instrumentos financieros.

### A. RECONSTRUCCIÓN DE LA PRENDA DE CRÉDITOS

Si vamos a mirar las cosas desde la perspectiva actual, debemos reconocer que el código francés era tremendamente restrictivo en cuanto a la prenda de créditos. Ésta era admitida, pero así como era inconcebible la prenda sin entrega de la cosa, del mismo modo la prenda del crédito no adquiriría vida jurídica sin una notificación formal al deudor.

La permanente necesidad de crédito y las nuevas técnicas de financiamiento fueron preparando el camino para la sanción, en la década de los ochenta, de la denominada ley Dailly, que eliminaba la necesidad de notificación a los deudores permitiendo que los créditos fueran cedidos (en cambio o en garantía) mediante la simple firma de un documento privado denominado *bordereau* (por ello llamado *bordereau Dailly*), integrado posteriormente a la normativa del Código Monetario y Financiero francés.

Sin embargo, la jurisprudencia había hecho del procedimiento Dailly un trámite sumamente formal.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Por ejemplo, según el artículo 313-29 de dicho código, el deudor cedido puede obligarse a pagar al cesionario los créditos cedidos, con lo cual le confiere una particular firmeza a la cesión. Pero para ello, la ley establece que debe firmar un escrito que diga: "Acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle". En un caso jurisprudencial sometido a la corte de casación, el deudor había enviado un correo indicando: "Nous nous engageons à régler les factures référencées ci-dessous". Pues bien, la corte de casación resolvió (Cass. com., 29 de octubre de 2003, n.º 01-02 512) que el escrito de aceptación "no había sido redactado exactamente en los términos exigidos, de donde resulta que pese al compromiso de pago que dicho escrito implica, no vale como aceptación de la cesión por el deudor cedido, el cual queda habilitado para oponer las excepciones emergentes de sus relaciones personales con el cesionario".

La reforma del código permite ahora realizar cesión de créditos de todo tipo, sin las limitaciones que implicaba la ley Dailly y con más amplitud que la vigente hasta ese momento. El nuevo artículo 2361 del Code Civil establece que la prenda de un crédito, presente o futuro, tiene efecto entre las partes y se vuelve oponible a los terceros, desde la fecha del acto. Y el artículo 2362 dispone que, para ser oponible al deudor del crédito prendado, la prenda de crédito debe serle notificada o el deudor intervenir en el acto.

Los franceses resumieron magistralmente, en dos breves artículos, la esencia de la técnica de securitización de créditos: distinguir entre la oponibilidad al deudor y la oponibilidad a los demás terceros. Según el Código Napoleón y los que en él se inspiraron, la cesión de créditos tiene efecto entre las partes por el mero consentimiento; pero el cesionario “no se considera dueño del crédito”, *ni frente al deudor ni frente a los demás terceros*, hasta que no se notifica la cesión al deudor cedido. La notificación al deudor cedido es requisito, en el sistema clásico, tanto de la nueva legitimación del nuevo acreedor frente al deudor cedido como de la simultánea transferencia del crédito respecto de los demás terceros. Así, hasta la fecha de la notificación, por una parte, el deudor cedido paga bien si lo hace al cedente, y, por otra, el crédito sigue estando en el patrimonio del cedente y no en el del cesionario, lo que es relevante a todos los efectos de derecho: embargo del crédito, doble cesión sucesiva, nueva prenda del crédito, quiebra del deudor cedente, etcétera.

La nueva técnica de la cesión de créditos disocia en cambio los dos momentos. La notificación se requiere, sí, para que el cesionario adquiera legitimación frente al cedido, quien, si no es notificado, paga bien si lo hace al acreedor cedente (artículo 2362). Pero no se requiere para que el cesionario “se considere dueño del crédito respecto de terceras personas”, lo que ocurre en la fecha del acto, el que adquiere una relevancia dispositiva (artículo 2361).

El crédito puede ser futuro, y en ese caso el proyecto establece que el acreedor se considera habiendo adquirido el crédito desde su nacimiento, pero se elimina la necesidad de una nueva prenda (artículo 2357). Mediante este arbitrio se resuelve el problema de la liquidación del cedente.

Se perfeccionan los mecanismos de ejecución de la prenda de crédito, previniendo que, si el crédito garantizado ha vencido, el acreedor prendario cobra el crédito cedido y lo imputa a la deuda; pero si el crédito garantizado no ha vencido, y el crédito dado en garantía sí, el acreedor prendario debe cobrar y conservar la suma

cobrada a título de garantía, depositada en una cuenta abierta en un establecimiento bancario (habilitado a recibir fondos del público). El Código establece que, en caso de retardo, el acreedor debe constituir en mora al deudor y ocho días después puede imputarse las cifras cobradas y depositadas en pago de las sumas adeudadas. En caso de quiebra del deudor, el acreedor prendario puede hacerse atribuir el crédito dado en prenda, con todos sus derechos accesorios; puede también proceder al cobro de la deuda prendada (artículo 2364).

## **B. RECEPCIÓN DE LA PRENDA DE MONEDA ESCRITURAL Y DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS**

El grupo Grimaldi había propuesto reglamentar la prenda de moneda escritural y de cuentas de instrumentos financieros, pero el Código efectivamente aprobado no incorporó esos institutos.

Según los autores del informe, habría sido una innovación bastante importante introducir en el Código dos tipos de afectación: uno totalmente nuevo, la afectación o prenda de moneda escritural; el otro, “repatriado”, desde que el Código Monetario y Financiero prevé y regula la afectación prendaria de instrumentos financieros.

Según el grupo Grimaldi, correspondía que esa regulación figurara en el Código Civil, porque “se trata de una garantía que todo ciudadano puede constituir, teniendo en cuenta la parte creciente que los valores mobiliarios ocupan en el patrimonio de los franceses”.

### ***La afectación de moneda escritural***

Se la define como una convención por la cual el constituyente afecta en garantía fondos registrados en una cuenta bloqueada, abierta a su nombre en un establecimiento habilitado para recibirlos. Quizá la previsión más importante es que el inicio de un procedimiento concursal no tendría incidencia.

La reforma finalmente aprobada organiza la prenda de depósito o cuenta bancaria, indicando que la prenda de una cuenta afecta “el saldo acreedor, provisorio o definitivo, al día de realización de la garantía, bajo reserva de la regularización de las operaciones en curso, según las modalidades previstas para los procedimientos civiles de ejecución” (artículo 2360).

Si se ha abierto un proceso concursal del deudor, la prenda de la cuenta recae sobre el saldo de ésta a la fecha de la apertura del proceso concursal.

# 10.

## RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD RETENIDA O CEDIDA A TÍTULO DE GARANTÍA

Otro de los platos fuertes de este menú ha sido la inclusión —en el elenco de las garantías reales— de la retención y de la transferencia de la propiedad a título de garantía. Esta figura no había sido objeto, hasta la fecha, de ninguna disposición específica en el Code Civil. La propiedad cedida en garantía se encontraba prevista por algunas leyes particulares, en especial la ley n.º 81-1, de 2 de enero de 1981, que ya hemos citado (*cession Dailly*), y que ha sido luego codificada en el Código Monetario y Financiero. Y ello por cuanto mediante la cesión el deudor traspasa al acreedor la titularidad de una cartera de créditos, aun cuando eventualmente la finalidad del negocio sea meramente garantizar adeudos del cedente con el cesionario. En cuanto a la propiedad retenida en garantía, también conocida como *reserva de propiedad*, no se encontraba reglamentada en el derecho francés sino a propósito de las leyes concursales.

El grupo Grimaldi ha considerado que la importancia económica de la propiedad-garantía justificaba que el Código la reglamentara en un libro destinado a las garantías reales, consagrando la libertad de las partes de elegir, en su caso, entre la figura de la constitución de una garantía real tradicional, prenda o afectación, o la de la cesión o retención de la propiedad a título de garantía.

La explicación sigue siendo la misma. El derecho alemán y el anglosajón admiten la retención (*Eigentumsvorbehalt, title retention*) o la cesión fiduciaria (*Sicherungsvereinbarung*) de la propiedad en garantía, que resultan más atractivos para los empresarios que el derecho francés.

Rige el principio de la conversión (*Umwandlungprinzip* o *requalification*) por el cual el tribunal puede calificar una trasmisión o retención de la propiedad como garantía real, en un esquema de equivalencia funcional: cumplen la misma función, deben tener el mismo régimen. Con lo cual nos acercamos al *security interest* uniforme norteamericano, es decir, una idea de garantía que vale como tal, sin importar la forma, forma que puede consistir, entre otras, en la retención o la cesión de la propiedad.

El grupo Grimaldi no hizo más que tratar de ponerse a tiro con esta concepción. El texto propuesto por la comisión Grimaldi rezaba así:

Capítulo IV; De la propiedad cedida o retenida a título de garantía.

Artículo 2379.

La propiedad de un bien mueble puede ser cedida en garantía de una obligación en las condiciones previstas por la ley.

Puede también ser retenida en garantía de una obligación por efecto de una convención de reserva de propiedad.

Sin embargo, *esta redacción propuesta por el grupo Grimaldi no fue finalmente adoptada por el Gobierno*, que incorporó al Código un artículo que sólo refiere a la reserva de propiedad, pero omitió toda referencia a la cesión o transferencia de la propiedad en garantía. Más adelante ensayamos un análisis de esta omisión. Trataremos primero la reglamentación de conjunto de la propiedad retenida a título de garantía, que sí fue admitida en la reforma.<sup>43</sup>

## 11.

### RESERVA DE LA PROPIEDAD EN GARANTÍA

Como es sabido, la reserva de dominio, en su forma más corriente, es el recurso que tiene el vendedor de no transferir la propiedad hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio. La utilización de la propiedad reservada en garantía estaba sometida en Francia, igual que en Uruguay, a la limitación de la prohibición del pacto de reserva de dominio. Tanto en Francia como en nuestro país, sin embargo, la presión de las garantías anglosajonas determinó que fuera admitida finalmente la figura del *leasing*, arrendamiento financiero, crédito de uso o *crédit-bail*, con normas legales especiales de portada limitada.<sup>44</sup>

Lo que hace la reforma francesa no es ampliar la figura (ya existente en el derecho francés) sino incorporarla en el código como figura de portada general. La reserva de propiedad sería definida como la convención por la cual las partes suspenden el efecto

<sup>43</sup> Obsérvese que, en derecho uruguayo, la reserva de propiedad, prohibida en el Código Civil, hace su ingreso en la ley 8 733 de promesa de enajenación de inmuebles a plazos, y recibe su consagración en las leyes de crédito de uso o *leasing*, 16 072, 16 205 y 16 906.

<sup>44</sup> Si bien existe en este punto un paralelo entre el derecho francés y el nuestro, no hay que olvidar que en el derecho francés el contrato es por sí sólo traslativo, cosa que no ocurre en nuestro derecho, donde la adquisición del derecho opera recién con la tradición. Véase al respecto el trabajo de Francisco DEL CAMPO, "Pacto de reserva de dominio", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXIX, p. 435 ss.

traslativo de un contrato hasta el pago completo de la obligación que constituye la contrapartida. Precisamente señala el artículo 2367:

[...] la propiedad de un bien puede ser retenida en garantía por efecto de una cláusula de reserva del dominio, que suspende el efecto traslativo de un contrato hasta el completo pago de la obligación que constituye su contrapartida.

La propiedad así reservada constituye un accesorio del crédito de la que garantiza el cumplimiento.<sup>45</sup>

Interesa señalar que, si bien la reserva de propiedad adquiere carta de ciudadanía, su empleo no es lo amplio que hubiera sido deseable, si se trataba de lograr los estándares de los derechos alemán o anglosajón. Según la práctica alemana, la reserva de dominio puede emplearse no sólo como cobertura de la obligación que constituye la correspondiente contrapartida, sino genéricamente para cubrir cualquier obligación, y no solamente la del pago del precio que constituye la contrapartida de la transferencia del bien cuya propiedad se reserva. Tenemos el ejemplo de la reserva de propiedad ampliada (convención por la cual la reserva de dominio cubre no sólo la garantía de la obligación correlativa, sino todas las obligaciones del deudor para con el acreedor, por ejemplo, proveedor).

## 12.

### CESIÓN DE LA PROPIEDAD EN GARANTÍA Y FIDEICOMISO DE GARANTÍA

El artículo 2379 del anteproyecto redactado por el grupo Grimaldi establecía:

La propriété d'un bien mobilier peut être cédée en garantie d'une obligation aux conditions prévues par la loi.

Elle peut aussi être retenue en garantie d'une obligation par l'effet d'une convention de réserve de propriété.

<sup>45</sup> "Art. 2368.- La réserve de propriété est convenue par écrit.

"Art. 2369.- La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte.

"Art. 2370.- L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage.

"Art. 2371.- À défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer.

"La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie".

El proyecto Grimaldi preveía entonces —como figura de portada absolutamente general— no solamente la retención de la propiedad, sino su transferencia o cesión en garantía. Señalaba el grupo Grimaldi que, tratándose de la propiedad cedida en garantía, el grupo, luego de una reflexión profunda, había llegado a la redacción de ocho artículos. Ocurre que, en el curso de los trabajos del equipo Grimaldi, el Gobierno constituyó otra comisión tendiente a elaborar una proposición sobre la introducción del negocio fiduciario en el derecho positivo francés. Si bien no toda cesión de propiedad a título de garantía opera por medio de la técnica fiduciaria, la inversa no ofrece dudas: el fideicomiso de garantía (*fiducie-sûreté*) se define como una transferencia de la propiedad a título de garantía. El grupo Grimaldi consideró entonces más prudente proponer un texto que se limita a reconocer la existencia de la propiedad-garantía: “*la propriété d’un bien mobilier peut être cédée en garantie d’une obligation aux conditions prévues par la loi* (article 2379)”. Naturalmente, el grupo manifestó su deseo en el sentido de que el texto por él elaborado fuera comunicado a la comisión a cargo de la reflexión sobre la fiducia.

El texto del Código Civil finalmente aprobado por el Gobierno contempla el instituto de la propiedad retenida, pero *no dice una palabra de la propiedad cedida en garantía*. Pese a los deseos del grupo Grimaldi, la cesión de la propiedad con función de garantía no ha sido incorporada en el Libro del Código relativo a las garantías reales. ¿Razones? Quizás el legislador francés no quiso innovar tanto. En realidad, parece más plausible la explicación de que el Gobierno no estaba autorizado a incorporar la cesión de la propiedad en garantía, habida cuenta de los términos de la ley de habilitación.<sup>46</sup>

Pero hay otra explicación. El tema de la cesión de la propiedad en garantía convoca el tema del fideicomiso de garantía. Mediante el fideicomiso de garantía, el deudor entrega un bien que abandona su patrimonio e ingresa en el patrimonio del fiduciario, con la instrucción de que, en caso de incumplimiento, transfiera a su vez el bien al acreedor o cumpla los mandatos establecidos en la fiducia.

El derecho francés (como también el nuestro hasta hace muy poco tiempo) había rechazado terminantemente la posibilidad del fideicomiso de garantía y la de todo fideico-

---

<sup>46</sup> Recordemos que la autorización al gobierno a legislar se había dado con el siguiente objeto:

“1.º Introducir, en el código de comercio, disposiciones habilitando la afectación de stocks de empresas y modificar las disposiciones del código civil para simplificar la constitución de garantías reales mobiliarias y sus efectos, extender su asiento y autorizar la prenda sin desposesión; y [...]

”3.º Recopilar las normas vigentes sobre cláusula de reserva de propiedad, insertándolas en el código civil”.

Si se lee atentamente el objeto del mandato conferido, es razonable concluir que el Gobierno no estaba habilitado a incorporar un instituto diferente a la prenda y a la reserva del dominio, como lo es el fideicomiso de garantía.

miso. Tímidamente, habían existido iniciativas para incorporar la transferencia fiduciaria de la propiedad en garantía en el derecho francés, equilibrando el instituto con la necesaria producción de una tasación en el momento de incumplimiento y transferencia del bien, que jamás llegaron a ser convertirse en ley.<sup>47</sup> Sin embargo, era obvio que esta vez la presentación de un proyecto sobre fideicomiso no podía correr la misma suerte. La sensibilización de los actores sociales y la posición política del gobierno indicaban un campo propicio para el tratamiento del tema. Pues bien, paralelamente a la trascendente reforma del derecho de las garantías reales que estamos comentando, observamos el desarrollo de otro teatro, el del trámite parlamentario de la ley de fideicomiso.

Con fecha 8 de febrero de 2005, el senador Philippe Marini dio comienzo al tratamiento legislativo del tema mediante la presentación de una propuesta de ley sobre fideicomiso. Con fecha 11 de octubre de 2006, la comisión del Senado encargada de estudiar el proyecto produjo, bajo la dirección del senador Henri de Richemont, un copioso informe que fue considerado en el plenario del Senado francés el 17 de octubre de 2006. Tanto la exposición de motivos articulada por Philippe Marini como el informe de Henri de Richemont constituyen piezas valiosísimas para observar la problemática de las garantías reales en el contexto de la contraposición de dos modelos: el napoleónico y el germánico-anglosajón.

Señala Marini que numerosos prácticos del derecho habían venido reclamando la introducción de la fiducia en el derecho francés, fundamentalmente con dos finalidades: la de gestión y la de garantía.<sup>48</sup>

Nos referimos por tanto a la cesión o transferencia de la propiedad en garantía que estaba contenida en el informe Grimaldi y fue desglosada por el gobierno a la hora de consagrar el instituto en el Código Civil francés. Indica Marini:

---

<sup>47</sup> En el segundo anteproyecto francés de Ley de Fiducia, de 14 de noviembre de 1990, se establecía: “Lorsque la fiducie est conclue à des fins de garantie, le contrat doit prévoir les modalités de réalisation des bien transférés. Est réputée non écrite la clause prévoyant qu’en cas de défaillance du débiteur, le fiduciaire ou le créancier est définitivement et de plein droit propriétaire du bien transféré. Cette clause est toutefois valable lorsque la garantie porte sur des sommes d’argent, des créances, des valeurs mobilières ou des contrats à terme cotés sur un marché organisé”. El 25 de julio de 1991 se presentó un cuarto anteproyecto de Ley de Fiducia, que establecía en forma similar: “En cas de défaillance du débiteur et si le contrat n’a pas disposé autrement, la valeur du bien transféré au fiduciaire doit être déterminée à dire d’expert, sauf s’il s’agit de sommes d’argent, de créances, de valeurs mobilières ou de contrats à terme cotés sur un marché organisé”. Ninguno de esos proyectos había tenido el más mínimo progreso legislativo.

<sup>48</sup> Si bien las dos están estrechamente vinculadas y deberían ser consideradas por igual en el estudio del instituto del fideicomiso, por la obvia razón de que este artículo trata de las garantías reales, nos limitaremos a analizar las connotaciones que el proceso legislativo francés sobre fideicomiso tiene exclusivamente desde el punto de vista de la fiducia de garantía (*fiducie-sûreté*).

Es así, por ejemplo que los bienes podrán ser puestos bajo fideicomiso a fin de garantizar una o más obligaciones, para beneficio de uno o más acreedores: la transferencia de titularidad ofrecerá la ventaja de la *propriété-sûreté*<sup>49</sup> a los acreedores, lo cual debería implicar una baja del costo del crédito para el deudor, corolario de la reducción del riesgo que sufre el acreedor.

Algunos países de tradición romano-germánica llegan a un resultado equivalente al del *trust*, con la práctica, consagrada por la jurisprudencia, o bien por la ley, de la fiducia. Puede notarse que Escocia, Liechtenstein, África del Sur, Etiopía, Israel, Puerto Rico, Japón y aun Rusia han adoptado un equivalente al *trust*, del mismo modo que —a lo largo de un cierto número de años— muchos países de América del Sur. Luxemburgo, mediante una ley publicada el 3 de septiembre de 2003, amplió el campo de aplicación de su legislación sobre la fiducia. Del otro lado del Atlántico, la provincia canadiense de Quebec ha ya adoptado un régimen general y completo de fideicomiso nominado, en ocasión de la reforma de su Código Civil, entrada en vigor el 1 de enero de 1994. El 28 de abril de 2001, la República Popular de China adoptó una ley relativa al *trust*, que entró en vigor el 1 de octubre de 2001. El Uruguay, a fin de 2003, adoptó igualmente una ley que tiene por efecto regir las relaciones fiduciarias. Francia no puede quedar insensible frente a la globalización de este instrumento jurídico.<sup>50</sup>

Señala Marini:

El fiduciante podrá también tener recurso a la fiducia para crear una garantía. Se sabe que el recurso a la reserva de propiedad es muy frecuente en la práctica: el fideicomiso de garantía permitirá utilizar la propiedad a título de garantía bajo una nueva forma.

Esta garantía —sostiene Marini— *no será accesoria al crédito garantizado*. Ello permitirá al constituyente afectar en garantía bienes de forma tal que la garantía no se extinga automáticamente con la extinción del crédito inicial, sino que pueda operar cubriendo un nuevo crédito posterior, sin que sea necesario crear un nuevo fideicomiso, a condición de que el contrato sea suficientemente preciso; la retrocesión de los bienes constituidos en fideicomiso de garantía no operará sino una vez que todos los créditos garantizados sean pagados de conformidad con las condiciones o modalidades previstas por el contrato.

[...]

<sup>49</sup> He mantenido el término *propriété-sûreté* del original en francés para señalar un tema que tiene enorme actualidad en el derecho no sólo de Francia sino de todos los países de derecho civil. El término alude a la posibilidad de utilizar la propiedad con función de garantía, como podía hacerse en el antiguo derecho romano mediante la fiducia *cum creditore*, y dejó de estar permitido en el derecho justinianeo y en el derecho intermedio, con el triunfo en los países de Europa continental de la concepción de garantía como derecho real menor en cosa ajena y el rechazo de la propiedad-garantía. Este proceso no tuvo lugar en Inglaterra, donde el *common law* ha aceptado desde los orígenes romanos el uso de la propiedad en garantía.

<sup>50</sup> He utilizado negritas para señalar el hecho insólito de que el derecho uruguayo ha servido de fuente al derecho francés, inversamente a lo que históricamente ha sucedido siempre.

---

El fideicomiso de garantía podrá recaer sobre créditos existentes o futuros, de manera análoga a lo que está habilitado en materia de *cesión Dailly*.

El fideicomiso de garantía permitirá así garantizar flujos de créditos y que los bienes objeto de la garantía no permanezcan estáticos (vía cesión de instrumentos financieros, por ejemplo). El contrato de fiducia deberá prever las modalidades de evaluación de los bienes que constituyen la garantía y que deban ser transferidos al beneficiario en caso de incumplimiento del deudor, con el fin de limitar los riesgos de abuso, lo que excluye prever que el acreedor se convierta definitivamente en propietario del bien dado en garantía. Esta evaluación podrá, por ejemplo, reposar sobre la venta amigable del bien por el fiduciario. En la ausencia de estipulación contractual que prevea las modalidades de evaluación, está indicado el recurso a un perito o experto, salvo en el caso de bienes cuya evaluación no ponga dificultades (tales como sumas de dinero, instrumentos financieros, créditos) y respecto de los cuales el riesgo de abuso en la valuación (y por tanto en la apropiación) sea inexistente.

## 13.

---

### FINAL RECEPCIÓN DEL FIDEICOMISO CON FINES DE GARANTÍA

Como hemos visto, el derecho de las garantías ha sido objeto recientemente en Francia de una vasta reforma operada por la ordenanza n.º 2006-346 del 23 de marzo 2006. Si bien este texto ha ampliado y modernizado los diferentes tipos de garantía —tanto personales como reales— disponibles en el derecho francés, no ha mencionado el fideicomiso entre las garantías reales de las que podría disponer un acreedor en garantía del pago de su crédito, ello en función de que el tema no podía ser abordado en virtud de los términos de la habilitación dada por el legislador.

Paralelamente al trámite de la reforma de las garantías reales, se tramitaba en el Parlamento francés el proyecto de ley Marini sobre fideicomiso (que comprendía naturalmente el fideicomiso de garantía). Como dijimos, el proyecto fue sometido a estudio de

una comisión del Senado que encomendó al senador Henri de Richemont un informe sobre el instituto del fideicomiso cuya lectura es ineludible.

Señala De Richemont que el fideicomiso de garantía puede llegar a constituir una modalidad sumamente protectora del acreedor. Por hipótesis, el fiduciario se compromete a retroceder el bien transferido al constituyente del fideicomiso cuando la garantía ya no tiene más un papel que jugar en virtud de la desaparición o extinción del crédito. Sin embargo, para el caso de que el deudor no pague, el acreedor se hace atribuir los bienes en calidad de beneficiario.

Esta aplicación se revela muy interesante, puesto que la disponibilidad por parte del acreedor de la propiedad de un bien constituye para él la mejor de las garantías posibles. El derecho positivo privilegia la garantía por propiedad “retenida” por el acreedor (reserva de dominio), mientras que el fideicomiso de garantía constituye una garantía en el marco de una propiedad cedida o transferida al acreedor.

El fideicomiso podría igualmente presentar numerosas ventajas en el marco de operaciones de financiamiento estructurado y de préstamos bancarios sindicados.

Permitiría generalizar así la alienación fiduciaria que implica la transferencia de propiedad de una cosa a fin de garantizar una deuda, y que ofrece al acreedor una garantía sumamente eficaz en caso de procedimiento concursal o moratoria posterior del constituyente.

Abonando el terreno de la legitimidad de la figura, De Richemont sostiene que el fideicomiso, en realidad, ha existido toda la vida en el derecho francés, en lo que se llama *fiducias innominadas*. Se trata de los casos en los cuales se admiten traspasos de titularidad de bienes cuya real finalidad es de garantía. Como ejemplos tenemos el pacto de retroventa, la cesión Dailly, el endoso en blanco de títulos valores, la prenda de depósitos bancarios, etcétera. En la propia reforma de las garantías reales aprobada, hay normas que podrían cómodamente entrar en este concepto de *fiducia innominada*.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Aun cuando desde ya adelantamos que el gobierno no incorporó finalmente estas disposiciones expresas, en la parte de la reforma efectivamente aprobada hay situaciones que fenomenológicamente se orientan a la propiedad transferida en garantía, aunque no se trate formalmente de propiedad cedida en garantía.

“Art. 2341.- Cuando la prenda con desplazamiento tiene por objeto cosas fungibles, el acreedor debe mantenerlas separadas de las cosas de la misma naturaleza que le pertenecen. [...]”

“Si la convención dispensa al acreedor de esta obligación, él adquiere la propiedad de las cosas prendadas, con cargo de restituir la misma cantidad de cosas equivalentes”.

“Art. 2342.- Cuando la prenda sin desplazamiento tiene por objeto cosas fungibles, el constituyente puede enajenarlas si la convención lo prevé, con cargo de reemplazarlas por la misma cantidad de cosas equivalentes”.

Según el informe de De Richemont, la comisión del Senado, con el fin de asegurar que el fideicomiso sea una figura atractiva, propone:

- un marco jurídico “unitario” para el fideicomiso, que no opera una distinción entre la función de garantía y la función de gestión que las partes pudieran asignar al contrato de fiducia;
- abrir este nuevo mecanismo tanto a las personas físicas como a las personas morales;
- favorecer la libertad contractual limitando tanto como sea posible las disposiciones imperativas;
- facilitar la constitución, la gestión y la realización de las garantías reales constituidas en ocasión de operaciones jurídicas complejas con recurso al instituto del fideicomiso, consagrando en el derecho francés la figura del *agente de garantías*.

De acuerdo con estas bases, el informe de De Richemont define a la fiducia como la operación por la cual uno o más constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, presentes o futuros, o un conjunto de bienes, derechos o garantías, a uno o más fiduciarios, quienes, teniéndolos separados de su propio patrimonio, actúan con una finalidad determinada en beneficio de uno o más beneficiarios.

Como se indicó, no se explicita la finalidad de garantía, pero ella se encuentra comprendida en la expresión absolutamente genérica de “una finalidad determinada”.

Se proponía asimismo una previsión expresa en materia de fideicomiso de garantía, en el artículo 2328-1 del proyecto, según el cual *cualquier garantía real puede ser inscrita, gestionada y ejecutada por cuenta de varios acreedores de la obligación garantizada, por una persona que ellos designan a este fin en el acto que constata esa obligación*.

El 17 de octubre de 2006 tuvo lugar la discusión del proyecto en el plenario del Senado francés. El ministro de Justicia, M. Pascal Clément, afirmó que el bicentenario del Código Civil ha sido ocasión para crear el compromiso con una profunda renovación de la legislación francesa (entre otras) en la materia del derecho de las garantías.

En efecto, el derecho común de las garantías estaba limitado, en una gran medida, a las disposiciones del Código Civil vigente desde 1804. La ordenanza de 23 de marzo de 2006 ofrece útiles nuevos, modernos y eficaces a los agentes económicos, a fin de garantizar sus créditos. Como recordatorio, menciono que puede ser acordada al acreedor una prenda sin desplazamiento, que permite al deudor conservar el uso de la cosa que él afecta en

garantía de la obligación. Además, el asiento de la prenda ha sido ampliado, ya que puede a partir de ahora recaer sobre cosas fungibles y sobre cosas futuras. Los modos de realización de esta garantía han sido igualmente facilitados por el reconocimiento de la validez del pacto comisorio, que permite a las partes convenir que el bien afectado en garantía será adjudicado en propiedad al acreedor en caso de incumplimiento del deudor, sin intervención del juez. En fin, nuevos instrumentos han sido integrados en el Código Civil, notablemente en materia de garantías reales inmobiliarias, como es el caso de la hipoteca recargable y del préstamo viajero hipotecario. Así, en poco tiempo, muchas reformas fundamentales han sido llevadas adelante por la cancillería. Ellas traducen la voluntad del Gobierno de modernizar nuestro derecho en interés de los ciudadanos y de los actores económicos.

Luego de algunas vicisitudes de que se dará cuenta enseguida, la ley obtuvo media sanción. A continuación se escucharon opiniones escépticas sobre el buen fin de la iniciativa en la Asamblea Nacional, porque no era la primera vez que se presentaba un proyecto de ley de fideicomiso y quedaba en agua de borrajas. El Gobierno, sin embargo, en la persona del ministro de Justicia, había comprometido su palabra ante el Senado francés de que el proyecto de ley aprobado por el Senado sería ratificado por la Asamblea Nacional. Y efectivamente, el 7 de febrero de 2007 la Asamblea Nacional francesa aprobó la ley, que fue promulgada por el Gobierno el 21 de febrero de 2007. El nuevo artículo 2011 del Código Civil reza:

El fideicomiso es la operación por la cual uno o más constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías o un conjunto de bienes, derechos y garantías, a uno o más fiduciarios que, teniéndolos separados de su propio patrimonio, actúan con una finalidad determinada en beneficio de uno o más beneficiarios.

Señalamos algunas particularidades de la legislación francesa.

**1.** La ley impone una restricción a los legitimados para actuar en calidad de fiduciarios.

Art. 2015. Sólo pueden tener la calidad de fiduciarios los establecimientos de crédito mencionados en el art. 511-1 del Código Monetario y Financiero, las instituciones y servicios enumerados en el artículo 518-1 del mismo código, las empresas de inversión mencionadas en el art. 531-4 del mismo código, así como las empresas de seguros regidas por el artículo 310-1 del Código de Seguros. Esta limitación es compartida por muchos ordenamientos.

**2.** También ha incorporado la ley de fideicomiso una polémica limitación de la legitimación para ser fiduciante.

Según el Art. 2014 sólo pueden ser constituyentes las personas jurídicas sometidas de pleno derecho o por opción al impuesto sobre sociedades. Los derechos del constituyente al título de la fiducia no son ni transmisibles a título gratuito, ni cesibles a título oneroso a otros sujetos que no sean personas jurídicas sometidas al impuesto sobre las sociedades.

Se trata de una imposición del Gobierno en ocasión del debate en el Senado. M. Pascal Clément, ministro de Justicia, había sostenido:

Compartimos todos un objetivo: introducir el negocio fiduciario en nuestro derecho para ofrecer a los actores económicos un útil comparable a los *trusts* con la finalidad fundamental de atraer a los inversores y de evitar la deslocalización de operaciones financieras en el extranjero. Todos nosotros nos hemos preocupado de preservar las disposiciones de orden público de derecho común. Es la primera razón por la que hemos querido limitar la fiducia sólo a los constituyentes personas morales.

Sin embargo, la oposición fue muy crítica respecto de esta limitación. M. Badinter, senador socialista, expresó:

En todas partes, el *trust* o fiducia tiene una doble finalidad: financiera, para garantizar los créditos, y humana, puesto que no se puede a veces acudir a las tutelas. La segunda finalidad se ha perdido de vista, y no quedará sino la fiducia financiera para obtener créditos. Existe desde hace tiempo un movimiento europeo favorable a la generalización de la fiducia, o más exactamente, del *trust*. Así, una resolución del Parlamento Europeo de fecha 15 de febrero de 2001 prevé la armonización de los derechos europeos, fundamentalmente en lo que concierne al *trust*. Del mismo modo, el 6 de junio de 2002, al momento en que comenzaba la actual legislatura, ha sido adoptada una directiva relativa a los contratos de garantía financiera, que constituyen en realidad el punto esencial de nuestra preocupación de hoy, pero respecto de la cual el gobierno no ha hecho ninguna diligencia para introducirla en el derecho francés. No puede por tanto decirse que se haya precipitado hacia los horizontes fiduciarios con el entusiasmo que usted, señor ministro de Justicia, pone para describir su esplendor. ¡Más vale tarde que nunca! Sin embargo, si seguimos las proposiciones del gobierno, temo mucho que el instrumento cuya creación encaramos, y que según entiendo es completamente necesario en francés, no llegue a colmar nuestras esperanzas.

El *trust* o la fiducia, sin entrar en el detalle del *jus communis* ni remontarnos hasta la fiducia romana, tienen, en todas partes, una doble finalidad. Reconozcamos, antes que nada, una finalidad financiera, que siempre ha sido tenida en cuenta: se trata fundamentalmente de garantizar las aperturas de crédito a favor de los agentes económicos. Estos mecanismos ofrecen a los establecimientos financieros una garantía incomparable, en el sentido genérico del término, en la medida en que el propietario se encuentra en la mejor situación posible de garantía. La segunda finalidad, muy importante, es de orden familiar o aun, simplemente, humana. No siempre se puede, por ejemplo, recurrir al derecho de tutelas a fin de tomar en consideración la situación particular de tal o cual niño, más o menos favorecido por la naturaleza, al que se quisiera ayudar. Tradicionalmente, en los Estados inspirados por el derecho anglosajón, pero

también en la casi totalidad de los Estados de la Europa continental, es igualmente a esa finalidad que sirve la fiducia o el *trust*. Ahora bien, esta segunda finalidad ha sido perdida de vista por el Gobierno. Por ello, nos presenta, sin justificación conveniente, una versión puramente financiera de la fiducia, que permitirá únicamente a las personas morales, establecimientos de crédito y sociedades comerciales ser partes en el dispositivo. En breve, es una garantía que beneficiará estrictamente al mercado de crédito.

Ello no parece corresponder a la necesaria modernización de la que soy igualmente que usted, señor guardasellos, partidario, ya que a mis ojos la fiducia no es en medida alguna un monstruo jurídico en relación con nuestro derecho.

Usted dice que se crea la noción de patrimonio de afectación. Se trata simplemente de tomar dentro de un patrimonio elementos determinados para afectarlos a un uso particular. ¡Y eso se ha hecho toda la vida!

En cuanto a la finalidad humana de la fiducia, cuyo carácter es tan precioso, ella ha sido escamoteada más por razones que tienen que ver con la desconfianza que con razones verdaderamente jurídicas; hay una suerte de obsesión según la cual la fiducia servirá al fraude, y eso es algo que paraliza literalmente el progreso del derecho.

La fiducia es considerada como el instrumento que permite el desvío del patrimonio o escamoteo, fundamentalmente en materia de impuesto al patrimonio. A partir de este punto no podemos avanzar.

Por lo demás, fuerza es comprobar que los profesionales del fraude encuentran en la situación prevalente en este momento en Europa todos los recursos necesarios para librarse a ese género de escamoteos. Todos conocemos ejemplos.

Pese a tan elocuente planteamiento, finalmente la posición del Gobierno se impuso y el texto de la ley con media sanción establece que sólo las personas morales pueden ser constituyentes.

**3.** Según el artículo 2013, “El contrato de fideicomiso es nulo si procede de una intención liberal en favor del beneficiario. Esta nulidad es de orden público”.

Obviamente, se trata de una restricción de impronta fiscal.

Asimismo, tiene origen fiscal otra severa restricción existente en el sistema francés de fideicomiso, respecto de quiénes pueden ser fiduciantes o constituyentes, lo que sí constituye una originalidad en el derecho comparado.

**4.** Creación de un patrimonio autónomo pero no tan autónomo.

La ley francesa es precisa en el establecimiento de la separación del patrimonio fiduciario, y es técnicamente correcta cuando edicta que el patrimonio fiduciario es inembargable salvo por los acreedores originados en la conservación o gestión del patrimonio fideicomitado (fuera, por supuesto, de las casos de fraude).

Otra particularidad de la fiducia francesa es que se establece la responsabilidad subsidiaria del patrimonio del fiduciante o constituyente. En caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario, ese patrimonio constituye la garantía común de sus acreedores, salvo que el contrato de fideicomiso ponga todo o parte del pasivo de cargo del fiduciario.

Tal cláusula no es oponible a los acreedores que no la han aceptado expresamente.

## 5. Disposiciones que afectan el fideicomiso de garantía.

Según el artículo 2024 del Código Civil en la redacción dada por la ley de 7 de febrero de 2007, el inicio de un procedimiento de salvaguardia, de reestructuración judicial o de liquidación judicial respecto del fiduciario no afecta el patrimonio fiduciario. Esta disposición es clave, porque determina la afectación del patrimonio fiduciario a la finalidad de garantía, sustrayéndolo del poder de agresión de los acreedores del fiduciario.

Asimismo, el artículo 2016, al permitir que tanto el constituyente como el fiduciario puedan ser beneficiarios del contrato de fiducia, admite la constitución del fideicomiso de garantía en la cual el propio fiduciario es beneficiario de la garantía. Sin embargo, la ley francesa no se ha abocado a resolver el principal problema del fideicomiso de garantía, que es el eventual conflicto de intereses entre fiduciario y beneficiario, fundamentalmente en el caso de que esas calidades coincidan en la misma persona.

Es cierto que la ley prevé la designación de un sujeto destinado a hacer cumplir adecuadamente las estipulaciones del contrato, originalmente llamado *protector* y luego *tercero*. Según el artículo 2017, “salvo estipulación contraria del contrato de fideicomiso, el constituyente puede, en todo momento, designar un tercero encargado de asegurar la preservación de sus intereses en el cuadro de la ejecución del contrato y que puede disponer de los poderes que la ley acuerda al constituyente”. Sin embargo, se trata solamente de una eventualidad y es de presumir (como lo hace creo fundadamente Délébecque) que el desigual poder de las instituciones de crédito impondrá a los deudores no establecer en los contratos de fiducia protector alguno.

Una adecuada protección del interés del deudor, tal como está prevista, por ejemplo, en el Código Civil de Quebec, es uno de los puntos débiles de esta versión del fideicomiso incorporada por la reforma francesa.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup>Señala el artículo 1263 del Code Civil du Québec: “La fiducie établie par contrat à titre onéreux peut avoir pour objet de garantir l’exécution d’une obligation. [...] Le fiduciaire est, en cas de défaut du constituant, assujéti aux règles relatives à l’exercice des droits hypothécaires énoncées au livre Des priorités et des hypothèques”.

## 14.

## EPÍLOGO

El hecho de que, finalmente, Francia haya incorporado un sistema reformado de garantías reales, que comprende una ley de fideicomiso, constituye un acontecimiento importante en el derecho comparado. En cierto modo, supone el punto final de un proceso. Sin embargo, cualquier observador puede concluir que el tema convoca actitudes y pasiones profundas —verdaderas cosmovisiones jurídicas, si pudiéramos utilizar el término de Dilthey— porque están en juego ideas arquetípicas de lo justo y de lo injusto, discernimiento que constituye, por otra parte, la esencia de la ciencia jurídica. Tan complejo es el tema que no se descarta una perspectiva psicoanalítica. Willem J. Zwalve sostiene que, desde que el concepto de *fiducia cum creditore*, vigente desde la antigüedad, no se incorporó en la sistematización de Justiniano, quedó escondido de la conciencia y relegado al “subconsciente colectivo jurídico” de Europa continental (no así en Inglaterra, donde tuvo su desarrollo al amparo del *trust* y del *mortgage*) hasta que reapareció en el siglo XIX en Holanda y Alemania, pero no en Francia, España ni Italia, ni en América Latina, países todos tributarios del Código de Napoleón, donde el proceso que estamos presenciando y comentando puede ser considerado como expresión de la puja profunda por su reconocimiento legal. ¿Podrá afirmarse que, desaparecida de la superficie, permaneció, sin embargo, en una especie de subconsciente jurídico colectivo, y que la cultura jurídica contemporánea en Europa continental no está inventando, sino recordando las viejas raíces romanas?

En la discusión del 17 de octubre, el ministro de justicia afirmó: “No se trata de remediar la carencia del derecho francés importando ‘tal cual’ el derecho anglosajón. No se trata de importar idénticamente el *trust* anglosajón, que toma la impronta del *common law* de Inglaterra, sino de adaptarlo a nuestro derecho, que hunde sus raíces en el derecho romano”. A lo que el senador Marini aplaudió. Y en el análisis de Xavier de Roux, miembro informante de la Comisión de Legislación de la Asamblea Nacional que aprobó finalmente la ley de fideicomiso el 7 de febrero de 2007, se lee la misma idea:

En Francia, el fideicomiso conoció cierto suceso en la edad media, en la época de las cruzadas más particularmente, en cuanto permitía a los cruzados transmitir la propiedad de sus dominios a terceros, quienes tenían el cargo de restituirlos a su vuelta, o, si morían en

---

Tierra Santa, transmitírselos a sus herederos. El fideicomiso se mantuvo bajo la forma de sustituciones fideicomisarias, las cuales obligaban al heredero o legatario a conservar los bienes transmitidos y a transferirlos al fallecimiento del constituyente a un tercero designado de antemano.

Sin embargo, el fideicomiso fue voluntariamente olvidado por los redactores del Código Civil napoleónico, los cuales veían en él un instrumento de feudalismo, tendiente a evitar la división de los mayores patrimonios.

Lo cierto es que, después de doscientos años, el Code Napoleon se ha tenido que batir en retirada frente al avance de las formas anglosajonas de garantía y de patrimonio de afectación con finalidad de gestión. Ya no se trata de tal o cual país latinoamericano heredero de la codificación civil francesa que ha sucumbido a las presiones de los organismos financieros internacionales. La cuestión se da en cabeza del causante; es la propia cuna de toda una concepción de las garantías reales la que ha admitido el trasplante de los conceptos extraños. ¿Es cierto entonces cuanto afirma Délébecque, que “el legislador francés ha sucumbido a ciertos cantos de sirena de la flexibilidad de un pretendido liberalismo”?<sup>53</sup> Se trata, ciertamente, de una lectura posible.

Me permito una reflexión epilodal. Virgilio describe la noche en que cayó Troya. Eneas despierta sobresaltado por una pesadilla en la que ve a la ciudad incendiada. Cuando se asoma a su balcón ve que la pesadilla era realidad: Ulises y sus compañeros han abierto las puertas y los aqueos asaltan la ciudad. En ese momento Virgilio le hace pronunciar a Eneas una frase que resume el sentimiento de toda una civilización que cae sometida por otra más poderosa: “Hostis habet muros...”. Los muros eran lo que protegía a Troya; ya los muros están en poder del enemigo, ¿qué futuro puede preverse?

Troya desapareció de la faz de la tierra en manos de enemigos más poderosos. Pero —al menos en la visión de Virgilio— los valores de la civilización troyana sobrevivieron en la civilización romana.

Quiero significar que la importación de nuevas formas y modalidades de garantía, el imperio de nuevos sistemas, aunque impliquen modificaciones de fondo, no tiene por qué privar de vigencia al principio de tutela del equilibrio entre los intereses del deudor y del acreedor, que por otra parte no es patrimonio exclusivo del derecho francés ni de quienes en él nos hemos inspirado.

---

<sup>53</sup> DÉLÉBECQUE, op. cit., p. 31.

Quizá se trate simplemente de nuevas formas, no de realidades sustanciales. Compete a la doctrina avanzar en la profundización de las implicancias de esos cambios en el marco del mantenimiento de ese principio irrenunciable. En el fondo, en el marco de una visión optimista, expreso mi seguridad de que la necesidad de tutela de un equilibrio forma parte de nuestra cultura jurídica común, que compartimos con Italia, Francia, España y Latinoamérica, y que resultará reafirmada por la jurisprudencia teórica y práctica que suceda a estos traumáticos cambios.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- BAC, Annie, “Le point de vue des établissements de crédit sur l’ordonnance”, en *Lamy Droit Civil*, suplemento al n.º 29, julio-agosto de 2006.
- DE CORES, Carlos, “Prenda sin desplazamiento”, en *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. II vol 1, FCU, Montevideo, 2002.
- DEL CAMPO, Francisco, “Pacto de reserva de dominio”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXIX.
- DÉLÉBECQUE, Philippe, “Le régime des hypothèques”, en *JCP La Semaine Juridique*, suplemento al n.º 20, 17 de mayo de 2006.
- GRIMALDI, Michelle, “L’hypothèque rechargeable...”, en *Lamy Droit Civil*, suplemento al n.º 29, julio-agosto de 2006.
- GROUPE DE TRAVAIL RELATIF À LA RÉFORME DU DROIT DES SÛRETÉS, “Rapport a Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice”, fechado en París el 28 de marzo de 2005, disponible en Internet.
- HERRERA, Nicolás, “La garantía independiente”, en *Anuario de Derecho Comercial*, t. 3.
- Heywood FLEISIG y Nuria DE LA PEÑA, “Argentina, cómo las leyes para garantizar préstamos limitan el acceso al crédito”, CEAL, Washington D.C., publicado en Internet.
- LEGEAIS, Dominique, *Le gage de meubles corporels*, en *JCP La Semaine Juridique*, suplemento al n.º 20, 17 de mayo de 2006.
- MESTRE, PUTMAN, BILIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, París, 1996.
- SERICK, Rolf, *Le garanzie mobiliare nel diritto tedesco*, Giuffrè, Milán, 1990.
- WOOD, P., *World Financial Law*, University Edition, Allen-Overy, 2002.



# La presunción de legitimidad del acto administrativo.

## Un mito innecesario y pernicioso<sup>\*</sup>

*Augusto Durán Martínez*<sup>\*\*</sup>

**RESUMEN.** Una larga y constante jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo afirma el principio de *presunción de legitimidad del acto administrativo*. Ante la ausencia de un texto de derecho positivo que consagre tal presunción, el Tribunal se funda en la opinión de MARIENHOFF. La opinión de MARIENHOFF sobre el punto no es por cierto aislada; son muchos los autores que sostienen la presunción de legitimidad; pero en general lo hacen mediante afirmaciones dogmáticas, sin profundizar el tema y, muchas veces —como ocurre en Argentina y España—, en un marco de derecho positivo que impone la presunción de legitimidad. Un examen a fondo de la cuestión revela que la presunción de legitimidad carece de fundamento jurídico, viola claros principios generales de nuestro derecho, es innecesaria a los efectos de extraer las consecuencias que de ella se pretende derivar y es perjudicial, puesto que favorece la arbitrariedad administrativa en detrimento de los derechos humanos. En definitiva, la presunción de legalidad es un mito innecesario y pernicioso.

**ABSTRACT.** Extensive case law from the Administrative Contentious Court affirms the *legitimacy presumption of administrative acts*. In the absence of statutory law drawn up in said respect, the Court bases its rulings on the opinion of MARIENHOFF. MARIENHOFF's opinion on the subject matter is not at all isolated; many an author support the legitimacy presumption. However, they do so by means of dogmatic statements, lacking any deep delving in the matter, and many times – as it happens in Argentina and Spain – within a

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 2 de mayo de 2007. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de julio de 2007, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Decano Emérito y Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor Titular de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

statutory framework which imposes the legitimacy presumption. A profound analysis reveals that the legitimacy presumption is bereft of legal grounds, violates clear general principles of our law, is unnecessary for the purposes of drawing the consequences intended and it is harmful, since it favors administrative arbitrations to the detriment of human rights. In sum, the legality presumption is an unnecessary and pernicious myth.

**PALABRAS CLAVE.** Derecho administrativo. Jurisprudencia. Acto administrativo. Legitimidad de las normas. Presunción de legitimidad. Eficacia. Estabilidad.

**KEY WORDS.** Administrative law. Case law. Administrative act. Legitimacy of regulations. Legitimacy presumption. Efficacy. Stability.

**SUMARIO.** **1.** Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. **2.** Precisiones elementales. **3.** Posición de MARIENHOFF. **4.** Crítica a la posición de MARIENHOFF. **5.** Derecho positivo uruguayo. **6.** A manera de conclusión.

# 1.

## JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**1.** Una larga y constante jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostiene como principio la presunción de legitimidad del acto administrativo. A veces se limita a efectuar una afirmación dogmática de la cual se extraen determinadas consecuencias,<sup>1</sup> otras veces parte de la autorizada opinión de MARIENHOFF,<sup>2</sup> y en otras sentencias —a partir del año 2000— el Tribunal mantiene la tradicional cita de MARIENHOFF, incor-

---

<sup>1</sup> Sentencias n.º 1198, de 16 de noviembre de 1992, n.º 208, de 16 de marzo de 1992, y n.º 862, de 3 de agosto de 1992, casos n.ºs 262, 265 y 267 respectivamente del *Anuario de Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 1996, t. V, pp. 189 ss.; sentencias n.º 367, de 27 de marzo de 1996, y n.º 689, de 29 de setiembre de 1997, casos n.ºs 218, 220 y 221 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VIII, p. 382; sentencias n.º 213, de 5 de abril de 2000, y n.º 566, de 15 de agosto de 2001, casos n.º 144 y n.º 147 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. X, pp. 279 y 282; sentencias n.º 466, de 19 de agosto de 2002, n.º 202, de 7 de mayo de 2003, y n.º 624, de 12 de noviembre de 2003, casos n.ºs 237, 240 y 242 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XI, pp. 88 ss.; sentencias n.º 61, de 18 de febrero de 2004, n.º 86, de 25 de febrero de 2004, n.º 104, de 15 de marzo de 2004, n.º 176, de 21 de abril de 2004, n.º 212, de 3 de mayo de 2004, n.º 371, de 28 de junio de 2004, casos n.ºs 104, 105, 106, 107, 108 y 109 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XII, pp. 162 ss.

<sup>2</sup> Sentencias n.º 597, de 11 de noviembre de 1991, n.º 72, de 10 de febrero de 1992, n.º 126, de 19 de febrero de 1992, n.º 391, de 21 de agosto de 1991, casos n.ºs 261, 263, 264 y 266 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. V, pp. 189 ss.; sentencias n.º 57, de 10 de febrero de 1993, n.º 397, de 3 de mayo de 1993, n.º 428, de 5 de mayo de 1993, n.º 548, de 7 de junio de 1993, casos n.ºs 172, 173 y 174 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VI, p. 240; sentencias n.º 297, de 27 de marzo de 1996, n.º 694, de 31 de julio de 1996, casos n.º 217 y 219, del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VIII, pp. 381; sentencias n.º 38 de 9 de febrero de 1998, y n.º 8, de 3 de febrero de 1999, casos n.º 209 y n.º 210 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. IX, pp. 285 ss.; sentencia n.º 101, de 7 de abril de 2005, caso n.º 103 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XIII, pp. 284 ss.

pora a ROTONDO TORNARÍA como referencia doctrinaria nacional sobre el tema, y en ocasiones evoca su propia jurisprudencia.<sup>3</sup>

**2.** ROTONDO TORNARÍA no efectúa cita doctrinaria alguna al referirse al punto.<sup>4</sup> No obstante, de su simple lectura se desprende que su visión coincide en sus aspectos básicos con la de MARIENHOFF.

**3.** Cuando nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo no cita a MARIENHOFF, efectúa afirmaciones coincidentes con las efectuadas por MARIENHOFF en su obra.

**4.** Es verdad que muchos son los autores que aceptan la presunción de legitimidad del acto administrativo,<sup>5</sup> y lo hicieron antes y después de MARIENHOFF. Pero no cabe duda acerca de la gravitación que ha tenido MARIENHOFF en el derecho administrativo iberoamericano. La jurisprudencia de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo es una prueba elocuente de ello.

<sup>3</sup> Sentencia n.º 609, de 16 de agosto de 2001, caso n.º 148 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. X, p. 282; sentencia n.º 534, de 4 de setiembre de 2002, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Contencioso administrativo*, FCU, Montevideo, 2007, pp. 227 ss.; sentencias n.º 97, de 7 de abril de 2003, n.º 118, de 21 de abril de 2003, n.º 648, de 17 de noviembre de 2003, n.º 634, de 17 de noviembre de 2003, 701, de 10 de diciembre de 2003, n.º 702, de 10 de diciembre de 2003, n.º 694, de 23 de octubre de 2002, n.º 38, de 17 de marzo de 2003, n.º 528, de 24 de setiembre de 2003, n.º 664, de 24 de noviembre de 2003, casos n.ºs 238, 239, 241, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249 y 250 respectivamente del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. X, pp. 308 ss.; sentencias n.º 743, de 6 de diciembre de 2004, n.º 765, de 15 de diciembre de 2004, y n.º 749, de 8 de diciembre de 2004, casos n.ºs 112, 114 y 115, respectivamente, del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XII, pp. 165 ss.; sentencias n.º 26, de 9 de febrero de 2005, n.º 175, de 11 de abril de 2005, n.º 225, de 11 de mayo de 2005, y n.º 281, de 30 de mayo de 2005, casos n.ºs 102, 104, 105, y 106 del *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XIII, pp. 284 ss.

<sup>4</sup> F. ROTONDO TORNARÍA, *Manual de Derecho administrativo*, Ediciones del Foro, Montevideo, 2000, p. 211.

<sup>5</sup> J. R. DROMI, *Instituciones de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973, pp. 203 ss.; J. F. LINARES, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975, pp. 211 ss.; J. A. PRAT, *Derecho administrativo*, Acali, Montevideo, 1978, vol. 2, pp. 147 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, t. I, pp. 536 ss.; H. A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. II, pp. 173 ss.; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, vol. I, p. 706; J. VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 1997, p. 155; A. R. BREWER-CARÍAS, *Contencioso administrativo*, t. VII de *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p. 231; R. PARADA, *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. I, pp. 150 ss.; L. PAREJO ALFONSO, A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, vol. I, p. 721; R. C. BARRA, *Tratado de Derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, t. I, pp. 273 ss.; A. GORDILLO, *Tratado de Derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, t. 3, 4.ª ed., pp. v.1 ss.; B. ILDARRAZ, A. R. ZARZA MENSAQUE y C. M. VIALE, *Derecho constitucional y administrativo*, Eudecor, Córdoba, 2001, pp. 458 ss.; T. HUTCHINSON, "Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo", en AA. VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002, pp. 149 ss.; J. R. COMADIRA, *Derecho administrativo*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 25; C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito administrativo*, Malheiros, San Pablo, 2003, p. 232; J. C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, t. II, 8.ª ed. actualizada, pp. 317 ss.

De la lectura de todos esos autores se advierte que, salvo algunas excepciones que presentan puntos de vista distintos, a veces coadyuvantes y otras veces contrapuestos, en general todos, en esencia, dicen lo mismo. Da la sensación de que se repiten basados en la innegable autoridad de esos juristas, sin efectuar un análisis en profundidad del tema. En definitiva, casi todos presentan la presunción de legitimidad en la forma en que lo hace MARIENHOFF.

Por eso estimo conveniente, a los efectos de este trabajo, partir del análisis del pensamiento del gran maestro argentino.

**5.** Pero antes corresponde efectuar algunas precisiones terminológicas.

## 2.

### PRECISIONES ELEMENTALES

**1.** Empleo el término *presunción de legitimidad* porque es el más habitual en doctrina<sup>6</sup> y el que emplea nuestra jurisprudencia, pero no es el único usado. También se habla de *presunción de juridicidad*,<sup>7</sup> de *presunción de legalidad*,<sup>8</sup> de *presunción de validez*<sup>9</sup> (SAYAGUÉS LASO, al decir que el acto administrativo se presume válido, obviamente relaciona la cuestión con la validez)<sup>10</sup> y de *presunción de veracidad*.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> M. S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, pp. 367 ss.; DROMI, op. cit., pp. 203 ss.; GARRIDO FALLA, op. cit., vol. I, p. 706; GORDILLO, op. cit., t. 3, 4.ª ed., pp. v.1 ss.; J. C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. II, 8.ª ed. actualizada, pp. 317 ss.; BARRA, op. cit., t. I, p. 273; HUTCHINSON, *Breves reflexiones...*, loc. cit., pp. 149 ss.; ROTONDO TORNARÍA, op. cit., p. 211; ILDARRAZ, ZARZA MENSAQUE y VIALE, op. cit., p. 458; BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 382; COMADIRA, op. cit., p. 25.

<sup>7</sup> PRAT, op. cit., t. 3, vol. 2, p. 148; C. E. DELPIAZZO, *Derecho administrativo uruguayo*, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 153.

<sup>8</sup> J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, París, 1973, p. 96; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 1999, p. 30; VIDAL PERDOMO, op. cit., p. 155.

<sup>9</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, 4.ª ed., t. I, p. 536; PARADA, op. cit., t. I, pp. 150; PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA ÁLVAREZ, op. cit., vol. I, p. 721.

<sup>10</sup> E. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. I, p. 490.

<sup>11</sup> A. R. BREWER-CARÍAS, op. cit., p. 231. También este autor habla de *presunción de legitimidad, veracidad y legalidad*.

En general los autores entienden que los términos *presunción de juridicidad*, *presunción de legalidad*, *presunción de validez* o *presunción de legitimidad* son sinónimos: significan que se supone que el acto administrativo ha sido dictado con arreglo a derecho.<sup>12</sup> Hay en cambio cierta reticencia para el empleo del término *presunción de veracidad*, porque la plena fe que podría dar el acto administrativo “se refiere a la instrumentalidad de un acto jurídico, no a los hechos que sirven de base, circunstancia o contenido. La instrumentalidad pública del acto certifica tan sólo su celebración, su firma, su fecha, pero no certifica su contenido”.<sup>13</sup>

**2.** En general se estudia la presunción de legitimidad entre los caracteres del acto administrativo.<sup>14</sup> Así MARIENHOFF sostiene que los caracteres del acto administrativo son dos: presunción de legitimidad y ejecutoriedad;<sup>15</sup> otros, además de presunción de legitimidad, incluyen como caracteres del acto administrativo los de estabilidad, impugnabilidad, ejecutividad y ejecutoriedad.<sup>16</sup>

SAYAGUÉS LASO no se detiene particularmente en el tema. Al pasar afirma que el acto administrativo se presume válido y de ahí extrae su ejecutividad.<sup>17</sup> Estudia el punto al tratar los efectos del acto administrativo.<sup>18</sup>

HUTCHINSON ha señalado que nuestro tema se relaciona con la ejecución de oficio del acto administrativo y con la teoría del acto defectuoso;<sup>19</sup> GORDILLO, sin perjuicio de estudiar la presunción de legitimidad del acto administrativo entre los caracteres del acto, lo hace relacionándolo con la teoría de las nulidades,<sup>20</sup> y CASSAGNE presupone el conocimiento de la teoría de la invalidez administrativa.<sup>21</sup>

La presunción de legitimidad del acto administrativo se estudia en varios contextos: el de los caracteres del acto, el de sus efectos, el de su ejecución o el de su

<sup>12</sup> DROMI, op. cit., p. 204; PARADA, op. cit., t. I, pp. 150 ss.; HUTCHINSON, op. cit., p. 151.

<sup>13</sup> DROMI, op. cit., p. 206.

<sup>14</sup> MARIENHOFF, op. cit., t. II, p. 367; GORDILLO, op. cit., t. 3, p. V.1; CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 317; PRAT, op. cit., pp. 147 ss.; ROTONDO TORNARÍA, op. cit., p. 211; DELPIAZZO, op. cit., p. 153; ILLARRAZ, ZARZA MENSAQUE Y VIALE, op. cit., p. 458.

<sup>15</sup> MARIENHOFF, op. cit., t. II, p. 367.

<sup>16</sup> DROMI, op. cit., p. 203; PRAT, op. cit., t. 3, vol. 2, pp. 150 ss.; ROTONDO TORNARÍA (op. cit., pp. 211 ss.) y DELPIAZZO (op. cit., pp. 153 ss.) hacen una presentación del tema parecida a la de PRAT.

<sup>17</sup> SAYAGUÉS LASO, al definir la *ejecutoriedad*, dice: “En principio el acto administrativo una vez perfeccionado produce todos sus efectos y por lo mismo, cuando requiere ser llevado a los hechos, puede y debe ser ejecutado. Es la regla general. Esta peculiar característica del acto administrativo se denomina *ejecutoriedad*” (op. cit., p. 490).

<sup>18</sup> *Ibíd.*, pp. 486 ss.

<sup>19</sup> HUTCHINSON, op. cit., p. 149.

<sup>20</sup> GORDILLO, op. cit., pp. V.1 ss.

<sup>21</sup> CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 318.

extinción, lo que no resulta incompatible, puesto que todos estos aspectos se encuentran relacionados.

Cabe señalar, como una dificultad especial para el tema, que los autores toman los mismos términos no siempre en el mismo sentido o no usan los mismos términos.

La diferente ubicación metodológica del tema y la diversidad terminológica empleada se presta así, como bien ha dicho CASSAGNE, “a verdaderos rompecabezas semánticos”.<sup>22</sup>

### 3. Una última advertencia se impone: es necesario tener en cuenta el derecho positivo.

En Argentina, la presunción de legitimidad está impuesta por el derecho positivo,<sup>23</sup> el que a su vez regula particularmente el tema de la nulidad del acto administrativo.<sup>24</sup> Por eso, no se puede tomar la doctrina argentina fuera de su contexto normativo.

Lo mismo ocurre en España. El artículo 57.1 de la ley n.º 30/992, de 26 de noviembre de 1992, establece: “Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos [...]”.<sup>25</sup> La doctrina española, pues, está condicionada por este texto.

En Uruguay, en cambio, como bien lo señaló DELPIAZZO, el derecho positivo no impuso la presunción de legitimidad.<sup>26</sup> Y nuestra normativa en materia de nulidad del acto administrativo es muy escasa y, por cierto, muy distinta de la argentina.

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, en su artículo 12, dice: “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; [...]”. (Texto extraído de J. ABAD HERNANDO, *Norma de procedimiento administrativo nacional*, Comercio y Justicia Editores, Córdoba, 1986, p. 7.) Esta solución es recogida en muchas leyes provinciales; así por ejemplo, las de Catamarca (art. 38), Corrientes (artículo 137), Formosa (artículo 38), La Pampa (artículo 50), La Rioja (artículo 77), Mendoza (artículo 79), Neuquén (artículo 55 literal *a*), Salta (artículo 77), San Juan (artículo 12), Santa Cruz (artículo 12), Tierra del Fuego (artículo 105), Tucumán (artículo 47), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 12). (HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 150.)

<sup>24</sup> La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo en sus artículos 17 y 18 dice: “*Revocación del acto nulo*. Artículo 17. El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviese firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad. *Revocación del acto regular*. Artículo 18. El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”. (Textos extraídos de ABAD HERNANDO, *op. cit.*, pp. 7 ss.)

<sup>25</sup> Texto extraído de L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes administrativas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, 12.ª edición, p. 459.

<sup>26</sup> DELPIAZZO, *op. cit.*, p. 153.

Por eso estimo que debo aclarar el sentido con que emplearé los términos que más importan a los efectos de este estudio, sentido que ya he empleado, por cierto, en trabajos anteriores.

4. Considero así que debo aclarar el sentido de los términos *perfección, validez y eficacia* por un lado, *estabilidad, firmeza y definitividad* por otro, y finalmente *ejecutividad y ejecutoriedad*, así como la relación de estos conceptos con la nulidad del acto administrativo.

Un acto es *perfecto* cuando reúne todos sus presupuestos y elementos. Si esto no ocurre no hay acto o, como mal se dice habitualmente, hay acto inexistente.<sup>27</sup>

Si se reúnen todos los presupuestos y elementos y ellos se ajustan a derecho, ese acto perfecto es además válido o legítimo. Si alguno de esos presupuestos o elementos no se ajusta a derecho, el acto es inválido o ilegítimo.<sup>28</sup>

Aclaro que tomo los conceptos de *invalidez* y de *ilegitimidad* como sinónimos, aunque reconozco que otros autores distinguen invalidez de ilegitimidad.<sup>29</sup> Encuentro

<sup>27</sup> A. DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de Derecho administrativo*, Universidad Católica del Uruguay e Ingranusi, Montevideo, 1999, vol. I, p. 62; A. DURÁN MARTÍNEZ, “Cosa juzgada administrativa”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999, p. 354.

<sup>28</sup> DURÁN MARTÍNEZ, *Casos...*, op. cit., vol. I, p. 62; DURÁN MARTÍNEZ, “Cosa juzgada...”, op. cit., p. 354.

<sup>29</sup> CAJARVILLE PELUFFO sostiene que ilegitimidad es la contrariedad del acto a una regla de derecho. Esa violación del deber ser jurídico puede acarrear una sanción; si la sanción de la ilegitimidad consiste en una afectación de la eficacia formal del acto, éste es *inválido*; si, en cambio, la sanción no afecta su eficacia formal, el acto, aunque ilegítimo, es válido. (J. P. CAJARVILLE PELUFFO, “Invalidez de los actos administrativos”, en J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Dos estudios de Derecho administrativo*, Editorial Universidad, Montevideo, 1995, pp. 75 ss.) También HUTCHINSON distingue ilegitimidad de invalidez. En tal sentido expresa: “Debe distinguirse entre ilegitimidad e invalidez del acto administrativo. Aquélla resulta de la discordancia entre el acto y la norma (mejor con los requisitos exigidos por la norma para el acto). De allí que la ilegitimidad del acto resulte de una constatación que hace el operador jurídico al contrastar la discordancia entre aquél y el ordenamiento jurídico. Si hay concordancia, hay legitimidad; si no la hay, existe ilegitimidad. La legitimidad o ilegitimidad es algo que depende de que el acto esté conforme o no al ordenamiento jurídico [...] La invalidez es la declaración de ilegitimidad relevante realizada por el órgano competente para ello. Es el fruto de una valoración. Debo detenerme en este punto para señalar algunos datos: a) el ordenamiento jurídico no siempre califica de inválidos a todos los actos ilegítimos, desde el momento en que admite ilegitimidades no invalidantes (las irregularidades intrascendentes para el ordenamiento); b) en ciertos casos, el ordenamiento permite que un acto ilegítimo en principio recobre legitimidad; no se lo invalida, sino que se subsana la irregularidad; c) más aún, puede resultar que un acto ilegítimo, similar al que me afecta, haya sido declarado inválido por un órgano competente y, sin embargo, decido no acudir a obtener la invalidación de mi acto porque prefiero, por cuestiones de tiempo o por lo que sea, cumplir con el deber a que me obliga el acto ilegítimo antes de acudir a la Administración o al Tribunal para obtener la invalidez. Ese acto ilegítimo no será invalidado (a menos que la Administración decida hacerlo de oficio)”. (HUTCHINSON, op. cit., p. 156). NIETO, aunque habla de ilegalidad en lugar de ilegitimidad, también la distingue de la invalidez. Al respecto dice: “el resultado de la discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico no es la invalidez sino la ilegalidad [...] la ilegalidad por sí sola no produce consecuencia directa alguna [...] la invalidez es [...] una ilegalidad relevante declarada por un órgano público constitucionalmente habilitado para hacerlo. Todas las invalideces proceden de una ilegalidad, pero no todas las ilegalidades desembocan en una invalidez, sino solamente aquéllas sobre las que se ha realizado un pronunciamiento especial. La invalidez —en otras palabras— no es el resultado automático de una discordancia entre el acto y la norma sino el contenido de una declaración valorativa expresa” (A. NIETO, “Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación”, en *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, Funeda, Caracas, 1997, pp. 53 ss.).

innecesaria esa distinción porque en definitiva un acto administrativo viciado produce efectos hasta que sea anulado o dejado sin efecto por un órgano jurisdiccional o, según corresponda, por un órgano administrativo, en función de la gravedad del vicio y si lo permiten las circunstancias de fondo, como enseguida se verá.

Un acto es *eficaz* cuando tiene la capacidad de producir efectos jurídicos.<sup>30</sup> La eficacia no deriva de la validez, sino de las exigencias previstas por el derecho para la producción de efectos jurídicos, como, por ejemplo, la notificación o publicación.

Cuando el acto es *eficaz*, es *ejecutivo*, es decir, puede y, según las circunstancias, debe ser ejecutado,<sup>31</sup> y a veces también *ejecutorio*, es decir, la Administración puede ejecutarlo por sí misma sin necesidad de acudir a la justicia.<sup>32</sup>

Un acto es *definitivo* cuando respecto de él se agotó la vía administrativa con la interposición en tiempo y forma de los correspondientes recursos administrativos y su resolución expresa o tácita.<sup>33</sup>

Un acto es *firme* cuando es inimpugnable. Por esa inimpugnabilidad, la firmeza implica una ausencia de derecho a la revocación del acto administrativo o a su anulación.<sup>34</sup> La firmeza se adquiere: “a) si no se recurre en tiempo contra un acto originario; b) si no se acciona en tiempo contra un acto definitivo; c) si pasa en autoridad de cosa juzgada una sentencia contencioso-administrativa que confirma el acto impugnado”.<sup>35</sup>

Un acto es *estable* cuando no puede ser revocado o anulado. La *estabilidad* es la restricción a la revocabilidad del acto —o su anulación— y ella deriva de las condiciones de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos.<sup>36</sup>

---

<sup>30</sup> P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 176; H. FRUGONE SCHIAVONE, “De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1974, t. 74, n.º 1-10, pp. 9 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, “Revocación del acto administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios...*, op. cit., p. 201; DURÁN MARTÍNEZ, *Casos...*, op. cit., vol. I, p. 62.

<sup>31</sup> Según SAYAGUÉS LASO, *puede y debe ser ejecutado* (op. cit., t. I, p. 490).

<sup>32</sup> *Ibidem*. Hago notar que la *ejecutoriedad* no es de principio. Como bien ha expresado GORDILLO, “si la ley no autoriza expresamente a la administración a ejecutar ella misma el acto, ni tampoco la autoriza implícitamente, y no hay sanción penal, civil ni administrativa por el incumplimiento, entonces simplemente la administración *no puede* ejecutar de oficio por la coerción del acto, cuando con ello invade derechos de particulares, y sólo podrá solicitarlo judicialmente, para que el juez, previo indispensable escrutinio del acto, disponga su ejecución en caso de ser regular; la solución opuesta no tendría fundamento alguno de orden positivo e implicaría un claro disvalor político” (GORDILLO, op. cit., t. 3, p. V.49).

<sup>33</sup> Artículo 24 del decreto ley n.º 15 524, de 9 de enero de 1984; H. GIORGI, *El contencioso administrativo de anulación*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pp. 161 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, “Cosa juzgada...”, op. cit., pp. 139 ss.

<sup>34</sup> DURÁN MARTÍNEZ, “Cosa juzgada...”, op. cit., p. 349.

<sup>35</sup> H. CASSINELLI MUÑOZ, “Recurso erróneo contra un acto administrativo firme”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia*, t. 55, p. 236.

<sup>36</sup> J. P. CAJARVILLE PELUFFO, “Recursos administrativos”, en *AA.VV., Procedimiento administrativo*, Acali, Montevideo, 1977, p. 100; DURÁN MARTÍNEZ, “Revocación del acto...”, op. cit., pp. 349 ss.

En materia de nulidades, cabe advertir que en nuestro derecho no existe ninguna disposición como los artículos 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo argentina, que ha permitido a la doctrina distinguir la *nulidad* (o nulidad absoluta) de la *anulabilidad* (o nulidad relativa).<sup>37</sup>

Tampoco procede en el derecho administrativo uruguayo, ante ausencia de texto de derecho positivo al respecto, la aplicación de la distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa prevista en el Código Civil y aplicable por ende en el derecho privado.<sup>38</sup>

A falta de texto expreso del tipo del argentino, estimo aplicable en el derecho administrativo uruguayo un criterio basado en la entidad del vicio. La entidad del vicio determinará o no la nulidad.<sup>39</sup>

Esa nulidad sólo la puede disponer el Tribunal de lo Contencioso Administrativo al entender en una acción de nulidad (artículos 309 y siguientes de la Constitución) o el Poder Ejecutivo al resolver un recurso de anulación interpuesto contra actos de los servicios descentralizados (artículo 317). No la puede disponer la Administración fuera del caso indicado ni ningún otro órgano jurisdiccional que el mencionado.<sup>40</sup>

La anulación, pues, sólo puede disponerse ante un vicio grave y en las vías indicadas.

Un vicio grave también puede provocar la revocación del acto en vía administrativa, si el acto no es firme, en el ámbito y en el sentido del recurso,<sup>41</sup> y, si es firme, sólo si el acto no es estable.<sup>42</sup>

Por supuesto que si no se perfecciona el acto no hay acto o, como mal se dice, hay acto inexistente, por lo que no se pueden predicar de él ni la validez, ni la eficacia, ni la firmeza, ni la estabilidad, ni la definitividad. Y si no es eficaz, no puede ser ejecutivo ni ejecutorio. Si hay efectos, derivan de un hecho, por lo que ello es ajeno a nuestro tema.

Si el acto es perfecto puede ser válido (o legítimo) o inválido (o ilegítimo), según si sus presupuestos o elementos se ajustan o no a derecho.

En virtud de la gravedad del vicio, el acto inválido (o ilegítimo) puede ser anulado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o por el Poder Ejecutivo al resolver un

<sup>37</sup> GORDILLO, op. cit., t. 3, pp. V.2 ss.

<sup>38</sup> SAYAGUÉS LASO, op. cit., pp. 502 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, *Casos...*, op. cit., vol. II, pp. 124 ss.

<sup>39</sup> R. ODENT, *Contentieux administratif*, Université de Paris-Institut d'Études Politiques, Les Cours de droit, París, 1970-1971, fascículo V, pp. 1446, 1447 y 1450; G. VEDEL, *Droit administratif*, Themis-PUF, París, 1973, p. 590; SAYAGUÉS LASO, op. cit., t. I, pp. 504 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, *Casos...*, op. cit., vol. II, p. 125; DURÁN MARTÍNEZ, "Cosa juzgada...", op. cit., pp. 353 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, *Contencioso...*, op. cit., p. 548.

<sup>40</sup> DURÁN MARTÍNEZ, "Revocación...", op. cit., pp. 202 ss.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 206 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, "Cosa juzgada...", op. cit., pp. 354 ss.

<sup>42</sup> DURÁN MARTÍNEZ, "Revocación...", op. cit., pp. 206 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, "Cosa juzgada...", op. cit., pp. 350 ss.

recurso de anulación, o puede ser revocado por la Administración al resolver el recurso de revocación o jerárquico o, siendo el acto firme, de oficio si no es estable.

Si el acto es perfecto puede o no ser eficaz, independientemente de su validez; y en caso de ser inválido, independientemente de la gravedad del vicio. Y si es eficaz puede ser ejecutado por la Administración con independencia de su validez. Si además es ejecutivo, la Administración puede ejecutarlo por sí misma también con independencia de su validez. Y todo ello mientras el acto no sea anulado o se lo prive de sus efectos por la vía que corresponda según el derecho.

### 3.

---

## POSICIÓN DE MARIENHOFF

**1.** MARIENHOFF refiere fundamentalmente: a) al significado de la presunción de legitimidad; b) al sentido del vocablo *legitimidad*; c) al fundamento de la presunción de legitimidad; d) a las consecuencias de dicha presunción; e) al alcance de la presunción.

En esta parte de su obra, MARIENHOFF también trata el caso de las contradicciones del acto administrativo con el ordenamiento jurídico: a) cuando es inicial o concomitante con la emisión del acto, o b) cuando es sobreviniente al nacimiento de éste.<sup>43</sup>

**2.** El maestro argentino comienza diciendo que “la *presunción de legitimidad* consiste en la suposición de que el acto fue emitido *conforme a derecho*, es decir que su emisión responde a todas las prescripciones legales”.<sup>44</sup>

**3.** Luego, con relación a este principio, sostiene que el vocablo *legitimidad* debe entenderse como sinónimo de *perfección*. Y aclara que “el acto administrativo, para ser *perfecto*, debe, a su vez, ser simultáneamente *válido y eficaz*”.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> MARIENHOFF, op. cit., t. II, pp. 367 ss.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 368 y 369.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 369.

A mayor abundamiento sostiene: “la presunción de *legitimidad* se refiere al acto *perfecto*, o sea al acto válido y eficaz. Si el acto es válido, pero no *eficaz*, no es un acto *perfecto*, y en consecuencia no será *ejecutorio*”.<sup>46</sup>

**4.** Con relación al fundamento de la presunción de legitimidad dice que “no puede decirse que consiste simplemente en la circunstancia de que la Administración debe actuar ajustando su conducta a la ley, pues si bien ello debe ser así, en la práctica podría no serlo”.<sup>47</sup> De esta manera rechaza la posición de la Corte de Justicia de la Nación cuando entendió que la presunción de legitimidad “obedece a que el acto administrativo proviene de una autoridad o poder”.<sup>48</sup>

En este punto se pliega a la doctrina que encuentra que el fundamento de la presunción de legitimidad “radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos”.<sup>49</sup> Cita al respecto primero a TIVARONI y luego señala que “María RIVALTA, recordando a TREVES, al referirse al fundamento de tal presunción de legitimidad, dice que es lógico que dicha presunción sea aceptada, por cuanto el acto administrativo procede de una autoridad pública, que tiene el deber de respetar la ley; es obra de funcionarios particularmente seleccionados y desinteresados; debe observar frecuentemente determinada forma; antes de su eficacia está supeditada a una serie de controles, siendo entonces necesaria la intervención de varios organismos. Todas esas circunstancias inducen a considerar que en la mayor parte de los casos el acto administrativo se conforma a la ley (María RIVALTA: *La motivazione degli atti amministrativi*, páginas 165-166)”.<sup>50, 51</sup>

**5.** Luego expresa MARIENHOFF que de la presunción de legitimidad se derivan las siguientes consecuencias:

- a) no es necesario que la legitimidad de los actos administrativos sea declarada por la autoridad judicial;
- b) la nulidad de los actos administrativos no puede declararse de oficio por los jueces;

<sup>46</sup> *Ibídem*, p. 369.

<sup>47</sup> *Ibídem*, p. 369.

<sup>48</sup> *Ibídem*, p. 369, nota 377.

<sup>49</sup> *Ibídem*, p. 370.

<sup>50</sup> *Ibídem*, p. 370, nota 378.

<sup>51</sup> Esta opinión doctrinaria es evocada alguna vez por nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pero cita a TIVARONI y no a María RIVALTA (sentencia n.º 297, de 27 de marzo de 1996, caso n.º 217, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VIII, p. 382).

- c) quien pretenda la ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar lo pertinente;
- d) la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo debe promoverse a pedido de parte.<sup>52</sup>

**6.** Aclara luego MARIENHOFF que esta presunción no es absoluta sino simple o relativa: puede ser desvirtuada por el interesado demostrando que el acto controvierte el orden jurídico.<sup>53</sup>

Otros autores, al estudiar el alcance de esta presunción, sostienen que ella no comprende a aquellos actos que poseen vicios manifiestos.<sup>54</sup>

También se ha limitado su alcance desde el punto de vista subjetivo. En tal sentido se ha dicho que “el acto se presupone legítimo respecto de todos los particulares que afecte. Impugnado judicialmente, el acto no podrá presumirse legítimo respecto del particular accionante, pero lo será con relación a las personas ajenas al juicio”.<sup>55</sup>

**7.** Por último, el autor ahora comentado analiza los casos en que las contradicciones del acto con el derecho son iniciales o son sobrevinientes.

En el primer caso, sostiene que el acto es ilegítimo y puede ser revocado en ciertos supuestos por la propia Administración o extinguido en vía judicial en otros supuestos.

En el segundo caso, sostiene que el acto no es ilegítimo sino inoportuno y su extinción “sólo puede lograrse mediante *revocación basada en razones de oportunidad, conveniencia o mérito*”.

A partir de esas afirmaciones efectúa determinadas proyecciones en el ámbito de la responsabilidad. Dice que si existe revocación por razones de legitimidad no se compromete la responsabilidad del Estado y si es por razones de mérito, sí.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> MARIENHOFF, op. cit., t. II, pp. 371 ss.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 372.

<sup>54</sup> CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 322; PRAT, op. cit., t. 3, vol. 2, p. 148; ROTONDO TORNARÍA, op. cit., p. 211; DELPIAZZO, op. cit., p. 154.

<sup>55</sup> DROMI, op. cit., p. 207; PRAT, op. cit., t. 3, vol. 2, p. 148.

<sup>56</sup> MARIENHOFF, op. cit., t. II, pp. 373 ss.

## 4.

## CRÍTICA A LA POSICIÓN DE MARIENHOFF

1. No veo que el último punto tratado por MARIENHOFF tenga alguna relación con la presunción de legitimidad. Es más, aparece como “colgado” en la propia obra de MARIENHOFF. Tanto es así que autores que escribieron sobre el punto tratan todos los temas abordados por MARIENHOFF pero no éste.

Véase que, si el acto administrativo posee un vicio *ab initio*, en ocasiones puede ser revocado por la Administración y en otras puede ser anulado en vía jurisdiccional, como lo señala MARIENHOFF, pero ello es independiente de si existe o no la presunción de legitimidad. Se revoca o, en su caso, se anula porque el acto es ilegítimo. Y si no es revocado, o en su caso no es anulado, eso no se produce por razones distintas de la presunción de legitimidad: si un acto es firme y estable, por ejemplo, no se revoca o anula por razones de seguridad jurídica a fin de no lesionar derechos adquiridos, pero no porque se presuma legítimo.

Si la oposición del acto administrativo con el ordenamiento jurídico no es *ab initio* sino superviniente, lo que habrá es un decaimiento y por razones de certeza podrá ser conveniente el dictado de un acto declarativo que certifique la extinción del acto en cuestión o de sus efectos,<sup>57</sup> pero no habrá una revocación por razones de mérito. Por cierto que tampoco está aquí en juego la presunción de legitimidad. En este caso, el acto no nació ilegítimo y se extinguió por un cambio posterior en el derecho que hace incompatible su subsistencia con la nueva normativa.

De más está decir que la proyección que efectúa MARIENHOFF en el ámbito de la responsabilidad tampoco tiene relación con la presunción de legitimidad y no puede aceptarse en términos absolutos. En efecto, considero que una revocación por razones de legitimidad puede comprometer la responsabilidad del Estado si el acto revocado era firme y estable. Y en caso de incompatibilidad superviniente del acto con el ordenamiento jurídico —haya *revocación por mérito*, como dice MARIENHOFF, o declaración de decaimiento, como estimo con MÉNDEZ— no necesariamente se compromete la responsabili-

<sup>57</sup> A. MÉNDEZ, “Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación”, en *La Justicia Uruguaya*, 1949, t. 18, D, pp. 16 ss.

dad del Estado. Se comprometerá la responsabilidad si el acto es estable, pero no si el acto no lo es.

**2.** El concepto de perfección de MARIENHOFF, que, como se ha visto, es diferente del que he adoptado (coincido en este punto con DROMI cuando expresa que “el vocablo legitimidad no debe entenderse como sinónimo de perfección o como equivalente al acto perfecto”),<sup>58</sup> carece de sentido si se acepta la presunción de legitimidad, y es contradictorio con la posición sustentada por el propio MARIENHOFF en cuanto a la relación existente entre dicha presunción y la ejecutoriedad del acto administrativo.

En efecto, véase que para MARIENHOFF la perfección, que a su juicio es sinónimo de legitimidad, se relaciona con la validez y la eficacia: un acto es perfecto, dice, cuando a su vez es válido y eficaz. Sólo el acto perfecto es, a juicio del maestro, el que se beneficia de la presunción de legitimidad.

Pero adviértase que, si el acto es válido, es legítimo. Y si es legítimo, no tiene ningún sentido hablar de presunción de legitimidad. El acto no se presume legítimo; lisa y llanamente, es legítimo. Y esa legitimidad es totalmente independiente de la eficacia.

Por otro lado, hago notar que para MARIENHOFF la *presunción de legitimidad* y la ejecutoriedad del acto son cosas distintas e independientes: son consecuencias paralelas derivadas del carácter público de la potestad administrativa, sin que pueda afirmarse que una deriva de la otra.<sup>59</sup> Pero si la perfección exige a su vez la validez y la eficacia, como la ejecutoriedad supone la ejecutividad y ésta supone la eficacia, en definitiva la ejecutoriedad tendría que depender de la presunción de legalidad.

El concepto de perfección de MARIENHOFF hace que carezca de sentido hablar de presunción de legitimidad y resulta contradictorio con lo sustentado por el propio MARIENHOFF en cuanto a la relación existente entre la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad del acto administrativo.

**3.** Como se ha visto, MARIENHOFF extrae de la presunción de legitimidad cuatro consecuencias.

En realidad, la segunda y la cuarta por él indicadas son la misma, mirada desde dos perspectivas diferentes. En efecto, decir que la declaración de nulidad de un acto adminis-

---

<sup>58</sup> DROMI, op. cit., p. 204.

<sup>59</sup> MARIENHOFF, op. cit., t. II, p. 376.

trativo no puede proponerse de oficio por los jueces y decir que la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo sólo puede promoverse a pedido de parte es decir la misma cosa. De las cuatro consecuencias, pues, sólo quedan tres.

CASSAGNE objeta esta consecuencia ahora analizada diciendo que ella no deriva de la presunción de legitimidad sino del principio de separación de poderes y del sistema judicialista de control de los actos administrativos existente en Argentina.<sup>60</sup>

Más bien pienso que la prohibición de una declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo de oficio es una cuestión de derecho positivo. Así, en un sistema que pretenda tutelar la legalidad objetiva, sería lógico admitir una declaración jurisdiccional de oficio de un acto administrativo aunque la Constitución consagre el principio de separación de poderes y un sistema judicialista. En efecto, ello no impide un control jurisdiccional basado en la regularidad jurídica. En cambio, en un sistema, como el previsto en los artículos 309 y siguientes de nuestra Constitución, encarado como una tutela de las situaciones jurídicas subjetivas, no tiene sentido en principio una declaración de oficio, puesto que en este sistema sin interés no puede haber acción. Y la elección de un sistema u otro depende del derecho positivo. Incluso, en un sistema de tipo subjetivo, el derecho positivo puede promover un accionamiento de oficio, como lo es por ejemplo el admitido en el artículo 258 de la Constitución nacional en el ámbito de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

De manera que la prohibición de la declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo de oficio, o, dicho de otra manera, la necesidad de que la declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo sea promovida a pedido de parte interesada, depende del derecho positivo y no deriva de la presunción de legitimidad.

La tercera consecuencia señalada por MARIENHOFF (necesidad de alegar y probar la ilegitimidad del acto administrativo) también es cuestionada.

BREWER-CARÍAS, pese a sostener que la presunción de legitimidad produce una inversión de la carga de la prueba, luego relativiza su afirmación y admite que igualmente cierta prueba corresponde a la Administración.<sup>61</sup>

CASSAGNE y HUTCHINSON plantean objeciones mayores. CASSAGNE dice al respecto:

a) la exigencia de alegar la ilegitimidad del acto no implica una derivación de la presunción de legitimidad; b) el requisito de la prueba, en el sentido procesal, depende de

<sup>60</sup> CASSAGNE, *op. cit.*, t. II, p. 321.

<sup>61</sup> BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, p. 233.

las circunstancias del caso, pues bien puede suceder que se trate únicamente de una cuestión de puro derecho que se somete a dilucidación de la justicia.<sup>62</sup>

HUTCHINSON abordó el punto con agudeza. En tal sentido indicó:

Todos conocemos el principio de que a quien alega le incumbe probar, principio que ha sido desnaturalizado a partir de la premisa de que el acto se presume legítimo. Como ya lo dije antes, la mentada presunción no significa que sufra un vuelco importante el principio de la carga de la prueba. Cierzo es que a quien impugna un acto le incumbe demostrarle al Juez (o al funcionario administrativo) la ilegitimidad de aquél, pero también lo es que antes de sancionar un acto administrativo deben reunirse antecedentes que justifiquen el dictado de ese acto. Si la Administración no probó, al momento del dictado del acto, lo que afirma, le bastará al actor probar en sede judicial o administrativa que en el expediente administrativo no existe prueba de lo que afirma aquélla. Pero no debe necesariamente probar la inexistencia del hecho que no acreditó administrativamente la Administración. Porque no se debe perder de vista que la Administración es titular de la carga de la prueba en el plano material de las relaciones, de modo que si la ha desatendido y, no obstante, sin prueba ha dado por probados ciertos hechos, el acto que adoptó es ilegítimo. El particular tendrá la carga de impugnar esta decisión, pero le bastará con invocar la desatención de la carga de la prueba que incumbía a la Administración, argumento formal que no le grava a él en el proceso con la prueba de hacer una prueba contraria, muchas veces virtualmente imposible.<sup>63</sup>

Más adelante, al referirse al principio *actori incumbit probatio*, indica que éste significa que a quien alega corresponde probar. *Incumbe a cada parte la carga de la prueba sobre los presupuestos de hecho de las normas que invoca a su favor.*

Cabe, pues, a la Administración, antes de dictar el acto, la carga de la prueba de que los hechos sobre los que se basa son ciertos. Así se atribuye la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión al actor y de los impeditivos, extintivos y excluyentes en la Administración demandada.<sup>64</sup>

Finalmente, con relación a este punto, HUTCHINSON expresa:

El principio general expuesto sobre distribución de la carga de la prueba se establece expresamente en nuestra legislación adjetiva (en el orden nacional, el Art. 377 CPCC). Ahora bien, desde una interpretación que parte de la presunción de legitimidad de los actos

---

<sup>62</sup> CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 321.

<sup>63</sup> HUTCHINSON, op. cit., p. 160.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 161.

administrativos (p. ej., Art. 12, LPPA; Art. 101, Ley N.º 141 de T. del Fuego) y del carácter revisor del proceso administrativo, se ha colegido que le incumbe al impugnante del acto la carga de la prueba sin distinción alguna. Así, ésta se atribuiría, siempre, a quien afirma que el acto impugnado es ilegítimo, independientemente del carácter (constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente) de los hechos que fundamentan la pretensión. La jurisprudencia ha caído en ese error, incluso en el caso de sanciones administrativas.

De la presunción de legitimidad del acto administrativo, no se puede extraer semejante principio; de aquélla sólo surge que se desplaza sobre el administrado la carga de accionar, pero no la carga de la prueba, que está sometida a las reglas generales: cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor.

La presunción de legitimidad del acto no cambia, en principio, la regla que atribuye la carga de la prueba de los hechos constitutivos al interesado y de los impeditivos, extintivos y excluyentes a la Administración.<sup>65</sup>

Los cuestionamientos de CASSAGNE me parecen aceptables y la argumentación de HUTCHINSON ilevantable por las razones por ellos enunciadas. Cae así la tercera de las consecuencias que MARIENHOFF extrae de la presunción de legitimidad.

Queda por analizar sólo la primera: la de que no es necesario que la legitimidad de los actos administrativos sea declarada por la autoridad judicial.

Dicha afirmación es correcta. No es necesario que en vía jurisdiccional se declare la legitimidad de los actos administrativos para que éstos sean aplicados. Pero esto no deriva de la presunción de legitimidad sino de la *ejecutividad*. A tal punto que un acto notoriamente ilegítimo, si es firme y estable, en caso de ser eficaz puede y debe ser ejecutado. Nada tiene que ver al respecto la presunción de legitimidad.

La presunción de legitimidad no sirve, pues, para extraer las cuatro consecuencias que de ella extrae MARIENHOFF.

**4.** En cuanto al alcance de la presunción, tanto MARIENHOFF como los autores que la admiten la relativizan.

En efecto, todos ellos sostienen que no se trata de una presunción absoluta sino simple o relativa, es decir, que admite prueba en contrario. Pero, además, algunos autores señalan que ella no comprende todos los actos administrativos: quedan excluidos aquellos que poseen vicios manifiestos. Y otros indican además una limitación subjetiva.

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 162 ss.

No me parece lógica esa distinción relativa al vicio, ya que en definitiva el acto producirá efectos si es eficaz, con independencia del vicio, hasta que sea anulado en vía jurisdiccional, o por el Poder Ejecutivo al resolver el recurso de anulación interpuesto contra actos de los servicios descentralizados, o hasta que sea desaplicado por un juez al entender en la respectiva causa, o hasta que sea revocado en sede administrativa si se dan las circunstancias para ello. Y todo ello en función de la gravedad del vicio, sin que importe si hay o no presunción de legitimidad.

La limitación subjetiva que algunos autores pretenden efectuar al alcance de la presunción de legitimidad tampoco me parece razonable. Piénsese por ejemplo en una sentencia anulatoria que no tenga alcance general sino con efectos que se limiten al proceso en que se dictó; ¿es razonable considerar que ese acto, considerado con un vicio de legitimidad grave por el órgano jurisdiccional competente, goza de presunción de legitimidad con relación a los particulares alcanzados por el acto impugnado pero que no fueron parte en el juicio? La respuesta es negativa. No se puede considerar que ese acto se presume legítimo cuando el tribunal competente declaró lo contrario. Lo que ocurre es que, sin perjuicio de su ilegitimidad, igualmente produce efectos en virtud de su ejecutividad para los que no formaron parte en el juicio, porque para ellos es un acto firme y no se puede revocar si además es estable.

**5.** La presunción de legitimidad es un resabio absolutista; por eso, con razón se ha dicho que tiene un origen autoritario.<sup>66</sup>

El Estado absolutista surgido luego de la Edad Media, cuando se produjo una triple unificación del poder —unificación del poder político, del poder militar y de la hacienda pública—, significó la realización de la noción de soberanía de BODINO,<sup>67</sup> en lo interno y en lo externo. El poder del Estado no tenía límites, no estaba sometido al derecho. Los actos jurídicos estatales, por el solo hecho de constituir una manifestación del poder público —soberano—, no podían ser sino legítimos.

Esta concepción pasó al derecho administrativo continental y por influencia de éste en general al latinoamericano a través de la Revolución Francesa, que tuvo en este aspecto una visión autoritaria. Al tratar estos temas, HUTCHINSON dice que reflejan la oculta raíz autoritaria, termidoriana, del derecho administrativo francés.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> *Ibíd.*, p. 150.

<sup>67</sup> BODINO definía la soberanía como “la puissance absolue et perpétuelle d’une République” (J. BODIN, *Les six livres de la République*, Éditions Confluences, Bordeaux, 1999, p. 46).

<sup>68</sup> HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 150.

CASSAGNE, en cambio, tiene una visión distinta. Sostiene que “no siempre hay que atribuir a estas prerrogativas el carácter de un resabio del Estado de Policía. Antes bien, en muchos casos se trata de poderes que antaño ha poseído la Administración, algunos de los cuales asumen ahora un carácter residual, cuyas limitaciones se determinan en función de una dinámica histórica en constante evolución, dentro del denominado régimen administrativo que caracteriza al derecho continental europeo y a nuestro ordenamiento jurídico positivo y en un sentido contrario al que preconizan las concepciones del absolutismo”.<sup>69</sup>

No se puede desconocer la influencia en el punto del derecho administrativo francés con su construcción de la *décision exécutoire*.

Ésta consiste en la posibilidad que tiene la Administración de crear obligaciones, y eventualmente derechos, sin necesidad de consentimiento de los destinatarios de estos derechos y obligaciones;<sup>70</sup> es lo que WALINE llama carácter *obligatorio* del acto administrativo.<sup>71</sup> Es distinto de lo que se ha llamado *exécution d'office*, que consiste en la ejecución forzosa del acto administrativo sin necesidad de acudir a la justicia, considerada en general como excepcional.<sup>72</sup>

La *décision exécutoire* goza de lo que se ha llamado *privilège du préalable*, que consiste en la posibilidad que tiene la Administración de ejecutar sus actos administrativos sin una previa declaración de legitimidad por parte de la justicia.<sup>73</sup>

Rivero vincula el *privilège du préalable* con la *presunción de legalidad*.<sup>74, 75</sup> Pero esa vinculación no aparece en WALINE, ni en DE LAUBADÈRE, ni en VEDEL, ni en BÉNOIT.

<sup>69</sup> CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 320.

<sup>70</sup> RIVERO decía: “la *décision exécutoire* est l'acte dans lequel l'administration met en œuvre ce pouvoir de modification unilatérale des situations juridiques (RIVERO, op. cit., p. 91). Por su parte, VEDEL decía: “une *décision exécutoire* est un acte juridique émis unilatéralement par l'Administration en vue de modifier l'ordonnement juridique par les obligations qu'il impose ou par les droits qu'il confère” (VEDEL, op. cit., p. 180). Antes que ellos, HAURIUO había escrito: “La gestion d'office de l'administration est astreinte à une procédure essentielle qui consiste en ce que, préalablement à toute mesure d'exécution par un agent d'exécution, il doit être pris, par une autorité administrative, une *décision exécutoire* par laquelle la puissance publique affirme à la fois son intention et son droit de passer à exécution. C'est la procédure par *décision exécutoire*” (M. HAURIUO, *Précis de Droit administratif et de Droit public*, Librairies de la Société du Recueil Sirey, París, 1921, p. 393).

<sup>71</sup> M. WALINE, *Précis de Droit administratif*, Éditions Montchrestien, París, 1969, vol. I, p. 381.

<sup>72</sup> WALINE, op. cit., vol. I, pp. 384 ss.; VEDEL, op. cit., pp. 205 ss.; BÉNOIT, *Le Droit administratif français*, Dalloz, París, 1968, pp. 556 ss.

<sup>73</sup> RIVERO, op. cit., p. 97; DE LAUBADÈRE decía: “Le privilège du préalable résulte de la possibilité qu'a l'administration de prendre des *décisions exécutoires*; on veut dire par là que l'administration se trouve dispensée, pour réaliser ses droits, de s'adresser préalablement à un juge (d'ou l'expression: privilège du préalable) [...] le privilège du préalable entraîne celui de l'exécution administrative” (DE LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, t. 1, 9.<sup>e</sup> édition par Jean-Claude Venezia et Yves Gaudemet, LGDJ, París, 1984, p. 366).

<sup>74</sup> RIVERO, op. cit., pp. 96 ss.

<sup>75</sup> También LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ y GENEVOIS admitieron la presunción de legitimidad. En efecto, partieron de la *presunción de legalidad*, que a su juicio beneficia en general a todo acto administrativo, para fundar la presunción de legalidad del fin perseguido, al estudiar la desviación de poder (op. cit., p. 30).

HAURIOU dice que con la *décision exécutoire* la Administración afirma su derecho, pero no dice que exista una presunción de legitimidad; habla de una presunción de veracidad suficiente para justificar la *procédure d'action d'office*, limitada a aspectos formales, no de fondo,<sup>76</sup> lo que es muy distinto que proclamar el principio de presunción de legitimidad. Para estos autores —a mi juicio— el *privilège du préalable* parece derivarse más de la obligatoriedad del acto (de la *décision exécutoire*) que de la *presunción de legitimidad*.

En general los autores, al tratar la *décision exécutoire*, la consideran un privilegio de la Administración.<sup>77</sup> En Iberoamérica, siguiendo esta línea, se suele también incluir la ejecutividad y la presunción de legitimidad entre los privilegios de la Administración; más concretamente, se las incluye entre los denominados “privilegios hacia fuera”.<sup>78</sup>

No obstante, BÉNOIT muestra un punto de vista distinto. Sostiene que es inaceptable presentar la *décision exécutoire* como un privilegio conferido por el derecho a la Administración. Sostiene que la cosa es exactamente al revés. Recuerda que en el origen de las instituciones, en la época feudal y en el comienzo del absolutismo, todos los poderes los poseía el gobernante. Por el esfuerzo de los juristas se fueron escindiendo y limitando esos poderes. El derecho, así, más que conferir privilegios ha tratado de limitarlos. La *décision exécutoire* “*n'est donc rien d'autre que la mise en forme juridique du pouvoir de commandement global initial, sans cesse divisé, défini et enserré dans des règles de plus en plus précises. Le Droit n'a jamais conféré ici nul privilège; il a tout au contraire sans cesse cherché à mieux soumettre*”.<sup>79</sup>

En esto pensó tal vez CASSAGNE cuando tomó distancia de las imputaciones de raíz autoritaria efectuadas a la *presunción de legitimidad*.

Aun aceptando la explicación historicista de BÉNOIT, considero que la *presunción de legitimidad* tiene una raíz autoritaria en la medida en que se la haga derivar de la pertenencia al poder público del acto administrativo.

También pienso que el Estado surgido de la Revolución Francesa muestra un carácter autoritario, muy distinto del modelo emergente de la Revolución Americana.

Puede compartirse así la observación de HUTCHINSON cuando afirma que el derecho administrativo francés oculta una raíz termidoriana y, se podría agregar, napoleónica, puesto que en buena medida es una creación pretoriana de la justicia administrativa y ésta —más allá de los remotos antecedentes del Consejo del Rey— se inicia con el Consejo de Estado creado por la Constitución del año VIII.

<sup>76</sup> HAURIOU, op. cit., pp. 345 ss., nota 1.

<sup>77</sup> VEDEL, op. cit., p. 173; DE LAUBADÈRE, op. cit., t. 1, pp. 365 ss.

<sup>78</sup> HUTCHINSON, op. cit., p. 151; CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 319.

<sup>79</sup> BÉNOIT, op. cit., p. 508.

Pero, a decir verdad y tal como se ha visto, no todos los autores en Francia hablan de la *presunción de legitimidad*. La doctrina iberoamericana que la recoge parecería haber efectuado una errónea lectura del *privilège du préalable*, tal vez influida además por el reconocido prestigio del sector de la doctrina francesa que sí la acepta.

La presunción de legitimidad se fundamenta, para algunos autores, en que el acto administrativo constituye una expresión del poder soberano del Estado.<sup>80</sup>

Pero ocurre que ese modelo de Estado que dio origen a la presunción de legitimidad está en decadencia<sup>81</sup> o en crisis. Tanto que constitucionalistas acostumbrados a concebir el derecho constitucional como *derecho del Estado* —sobre todo en Alemania— ante la nueva realidad en que al centro único de poder ha sucedido una multiplicidad de poderes<sup>82</sup> se esfuerzan en darle un contenido más allá del Estado. Es que la crisis del Estado es una crisis de la soberanía “que se manifiesta en el desplazamiento de cuotas crecientes de poder y de funciones públicas tradicionalmente reservadas a los Estados, más allá de los confines nacionales”.<sup>83</sup>

Ante esta nueva realidad, sin perjuicio de que, como muy bien lo observó MARITAIN, la soberanía sobre la que se fundó el absolutismo no existió nunca,<sup>84</sup> no se puede fundar la presunción de legitimidad en el poder soberano del Estado.

Como una variante de esta tesis, se dice que la presunción de legitimidad del acto administrativo se funda en la circunstancia de que la Administración Pública debe actuar ajustando su conducta al derecho. Pero el propio MARIENHOFF reacciona contra esta postura —y con razón— diciendo que “si bien ello debe ser así, en la práctica podría no serlo”.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> HUTCHINSON ubica en esta línea a FIORINI (HUTCHINSON, op. cit., p. 152). MARIENHOFF ha expresado que “para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la referida presunción de legitimidad obedece a que el acto administrativo proviene de una autoridad o poder”. Concretamente, cita una sentencia de la Corte en la que dice: “El acto administrativo es un acto de autoridad o de poder que lleva consigo como expresión de tal poder la presunción de su validez” (MARIENHOFF, op. cit., p. 369, nota 377). GORDILLO transcribe el siguiente fragmento del fallo de la Corte Suprema en el conocido caso *Los lagos*: “Esos actos administrativos por serlo tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo, de la actividad administrativa y por consiguiente toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio”. Y enseguida expresa: “Esto es un error, pero se repite” (GORDILLO, op. cit., t. 3, p. v.9).

<sup>81</sup> P. G. GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 57 ss. y 94 ss.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 57 ss.

<sup>83</sup> L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, p. 137.

<sup>84</sup> J. MARITAIN, *El hombre y el Estado*, Encuentro, Madrid, 1983, pp. 54 ss.

<sup>85</sup> MARIENHOFF, op. cit., t. II, p. 369.

Propone entonces MARIENHOFF fundar la mencionada presunción de legitimidad en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos. Y es aquí que cita a María RIVALTA en cuanto dice que el acto administrativo procede de una autoridad pública que debe respetar la ley y es obra de funcionarios particularmente seleccionados y desinteresados, debe observar determinadas formalidades y es precedido de una serie de controles.<sup>86</sup>

La visión de MARIENHOFF adolece al respecto de una gran ingenuidad. La misma ingenuidad —propia de una época— que padeció SAYAGUÉS LASO cuando dijo que la ejecución de sentencias contra el Estado no plantea problemas porque el Estado cumple espontáneamente cuando es condenado.<sup>87</sup>

Muy bien ha advertido GRASSO que “sobre todo, a causa de la aparición de partidos totalitarios, se ha demostrado que, en realidad, en lugar de ser garantía de un gobierno imparcial, el Estado tiende a reducirse a un aparato e instrumento de dominio de los grupos gobernantes”.<sup>88</sup>

CEA EGAÑA ha denunciado los neocorporativismos que aparecen hoy en día, que afectan obviamente la imparcialidad de los agentes públicos.<sup>89</sup> Aunque, en puridad, esa falta de parcialidad fue advertida por GIANNINI desde el comienzo mismo del Estado moderno:

El Estado es un conjunto organizado de administraciones diversas, es decir, un ente con administraciones desgregadas y, consecuentemente, con órganos desgregados [...] Todo ello ha permanecido en el Estado de pluralidad de clases, con una ulterior complicación: que los intereses públicos atribuidos a los diversos Ministerios son en ocasiones institucionalmente conflictivos.<sup>90</sup>

Tampoco hay con estas circunstancias fácticas garantías de imparcialidad. GORDILLO, reaccionando ante posturas como la de MARIENHOFF, expresó:

La realidad es el incumplimiento de las reglas del procedimiento, la dificultad práctica de tener vista de las actuaciones, la arbitrariedad con que el trámite se desenvuelve, la falta de cumplimiento de las normas que fijan los requisitos mínimos del acto, de audiencia previa, dictamen legal, sólida fundamentación, etc. La ausencia de alguno de ellos —aislado, y a veces ni siquiera sumados—, no lleva a la nulidad judicial sino a su anulabilidad, saneable *per se*. Cabe pues concluir, de *lege lata*, que no están dadas en el derecho viviente las

---

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 370.

<sup>87</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. II, p. 614.

<sup>88</sup> GRASSO, *op. cit.*, p. 100.

<sup>89</sup> J. L. CEA EGAÑA, “Presente y futuro del Estado Social de Derecho”, en *Revista de Derecho*, n.º VII, Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, p. 212.

<sup>90</sup> M. S. GIANNINI, *El poder público. Estados y administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991, p. 97.

condiciones que se postulan para la presunción de legitimidad amplia del acto administrativo. Tiene razón Nava Negrete cuando sostiene que esta situación “se antoja como hacerse justicia por propia mano, lo que expresamente prohíbe la Constitución a toda persona”. Lo grave es que la justicia deja que la Administración se haga justicia por su propia mano, como si estuviéramos en el *Ancien Régime*.

En el derecho argentino no existen todavía garantías efectivas, subjetivas y objetivas, para la emanación de los actos administrativos, por el exiguo cumplimiento de la ley de procedimiento administrativo y la ineficacia de los procedimientos judiciales existentes para tutelar en forma plena, eficaz y oportuna los derechos individuales: a lo que cabe agregar la ausencia de entes reguladores autónomos e independientes, no controlables por el Poder Ejecutivo.

[...]

[...] el acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un solo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidiós, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia.<sup>91</sup>

Lo expresado por GORDILLO con relación a Argentina resulta plenamente aplicable en el Uruguay.

Nuestra realidad muestra claramente cómo los intereses sectoriales de los funcionarios de ciertos entes los llevan a posturas que privilegian al ente en detrimento del bien común.<sup>92</sup> Para comprobar esta afirmación basta observar la resistencia de estas instituciones al tímido control ejercido por las unidades reguladoras.

Por otro lado, no se puede desconocer la vocación totalitaria del actual partido de gobierno.

No están dadas así las condiciones en nuestro país para fundar la presunción de legalidad en las garantías previstas en el derecho positivo.

Más allá de que se den o no las circunstancias fácticas sobre las que reposan estas dos posturas, la fundada en el poder público y la fundada en las garantías previstas por el ordenamiento jurídico, llamadas por HUTCHINSON *sustancial* y *formal* respectivamente,<sup>93</sup>

<sup>91</sup> GORDILLO, op. cit., t. 3, pp. v.14 ss.

<sup>92</sup> DURÁN MARTÍNEZ, “La Administración en tiempos de crisis”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, Montevideo, 2004, vol. 1, pp. 408 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, “Corrupción. Mecanismos sociales y jurídicos para su control”, en *La Justicia Uruguaya*, año 2006, t. 134, D. p.10.

<sup>93</sup> T. HUTCHINSON, *Procedimiento administrativo de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur*, Emprendimientos Fueguinos, Usuahia, 1997, p. 241; HUTCHINSON, *Breves reflexiones...*, op. cit., p. 152.

cabe reconocer que no resultan aceptables además por el mismo motivo. En efecto, aunque exista un poder público soberano, aunque el poder público se ejerza para el fin debido, aunque las garantías previstas para el dictado del acto administrativo se cumplan efectivamente, pueden existir errores, y aunque sea por esa razón el acto administrativo resulta ilegítimo.

Por eso es que en todo Estado de derecho existen sistemas de control de la Administración.<sup>94</sup> La sola existencia de un sistema de control jurisdiccional de la Administración que habilite al juez a anular un acto administrativo ilegítimo presupone por parte del derecho el desconocimiento del principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos.

Ante las falencias de estas posturas, un importante sector de la doctrina —MAIRAL,<sup>95</sup> CASSAGNE<sup>96</sup> y BARRA,<sup>97</sup> por ejemplo— procura un fundamento de orden práctico: si no existiera la presunción de legitimidad —dicen— toda la actividad administrativa sería directamente cuestionable, en principio, aunque la legitimidad fuera patente obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos al anteponer un interés individual de naturaleza privada al interés colectivo, en definitiva al interés público.<sup>98</sup>

MAIRAL explica que prefiere este fundamento diciendo:

[...] si se acepta el mero carácter estatal del acto como base del privilegio, será difícil hallarle un límite; al contrario, fundarlo en razones de conveniencia práctica permite restringir el privilegio a aquellos casos en que tal conveniencia lo exige.<sup>99</sup>

---

<sup>94</sup> DURÁN MARTÍNEZ, “Control de los actos administrativos”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios...*, op. cit., p. 360.

<sup>95</sup> MAIRAL, op. cit., vol. II, pp. 775 ss.

<sup>96</sup> CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 321.

<sup>97</sup> BARRA, luego de reiterar los términos de CASSAGNE, agrega: “cuya raíz ética y ontológica parte de la concepción del bien común como causa final del Estado” (op. cit., t. I, pp. 273 ss.).

<sup>98</sup> Cabe advertir, con todo, que CASSAGNE y BARRA no se despegan del todo del fundamento del poder, ya que además del fundamento práctico indicado sostiene que la presunción de legalidad se basa en la presunción de la legitimidad de todos los actos estatales: ley, sentencia, acto administrativo (CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 321; BARRA, op. cit., t. I, p. 273). MAIRAL, en cambio, rechaza la simetría del acto administrativo con los otros actos estatales. En tal sentido argumenta que “la actividad ejecutiva se desenvuelve en un plano jurídico inferior al de la ley (es sub-legal) y, además, está sujeta a revisión judicial a pedido del particular que cuestiona su validez. Desde este punto de vista, pues, la asimetría podría llevar a una conclusión contraria en la presunción de legitimidad del acto administrativo” (MAIRAL, op. cit., pp. 775 ss.). COMADIRA, por su parte, objeta esta posición de MAIRAL diciendo: “En primer lugar presumir legítimo el acto no importa equiparar, jerárquicamente, el acto a la ley, sino sólo afirmar que aquél cumple, supuestamente, con el ordenamiento en el cual se incluye, por supuesto, la ley formal. En segundo término tampoco la revisión judicial conspira contra la presunción; en todo caso significa que ella puede ser desvirtuada ante el Tribunal. Por lo demás, también las leyes pueden ser revisadas constitucionalmente por el Poder Judicial” (COMADIRA, op. cit., p. 26).

<sup>99</sup> MAIRAL, op. cit., vol. II, pp. 775 ss.

La ventaja señalada por MAIRAL del argumento práctico sobre los otros que podemos llamar ideológicos, ya que en definitiva los argumentos calificados por HUTCHINSON como sustanciales o formales son ideológicos, es innegable, pero tampoco me parece aceptable. Considero que el riesgo que pretenden evitar MAIRAL, CASSAGNE y BARRA se evita por la *imperatividad* del acto administrativo, como sostiene HUTCHINSON,<sup>100</sup> y no como consecuencia de la presunción de legitimidad.

Esa *imperatividad*, como dice HUTCHINSON, deriva del poder político, el que a su vez deriva de la naturaleza humana. El hombre es un animal racional, por ser racional es social y por ser social es político.<sup>101</sup> El poder político está para ser cumplido, de ahí su *imperatividad*.

Lo dicho respecto del poder político es aplicable al acto administrativo como emanación del poder político.

El acto administrativo goza del régimen de imperatividad. Como dice HUTCHINSON, es ejecutivo, configura una *décision exécutoire* —como dicen los franceses— y debe ser legítimo. Pero no necesariamente es legítimo.

Por eso un sujeto que no cumple un acto administrativo que considera ilegítimo no puede ser sancionado si luego ese acto es anulado o revocado por razones de legitimidad. Pero si eso no ocurre, ese sujeto sufre las consecuencias por el incumplimiento del acto. En otras palabras, el acto se ejecuta con independencia de su legitimidad: el destinatario asume el riesgo por sus decisiones.<sup>102</sup>

En este aspecto MARIENHOFF tenía razón cuando sostenía que la ejecutoriedad del acto administrativo no derivaba de la presunción de legitimidad, que son dos cosas distintas e independientes.

Bien se puede decir con HUTCHINSON que la presunción de legitimidad es técnicamente insostenible<sup>103</sup> y además innecesaria,<sup>104</sup> por no ser correctas las consecuencias que de él se pretenden derivar.

---

<sup>100</sup> HUTCHINSON, *Breves reflexiones...*, op. cit., p. 153.

<sup>101</sup> ARISTÓTELES, *La política*, Tor, Buenos Aires, 1965, pp. 7 ss.; TOMÁS DE AQUINO, “Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes”, en TOMÁS DE AQUINO, *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Porrúa, México, 1975, pp. 257 ss.; F. SUÁREZ, *Selección de Defensio Fidei y otras obras. El pensamiento político hispanoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 1966, pp. 31 ss.

<sup>102</sup> GORDILLO, op. cit., t. 3, pp. v.20 ss.

<sup>103</sup> HUTCHINSON, *Breves reflexiones...*, op. cit., p. 150.

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 153 ss.

## 5.

### DERECHO POSITIVO URUGUAYO

**1.** Nuestro derecho positivo no tiene ninguna disposición como el argentino o el español que establezca expresamente la presunción de legitimidad.

Llama la atención, entonces, que cierta doctrina nacional la haya recogido y una jurisprudencia prolongada y uniforme la haya afirmado sin el menor cuestionamiento. No solamente se adoptó una doctrina foránea errónea, sino que se hizo sin apoyatura de derecho positivo alguna.

**2.** Llama la atención también que no se haya reparado en los cuestionamientos que algunos autores han efectuado a su propio derecho positivo.

MAIRAL, por ejemplo, al referirse al artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, que —como se ha visto— consagra a texto expreso la presunción de legitimidad, dice de él que configura una “respuesta coherentemente autoritaria”.<sup>105</sup>

GORDILLO sostiene que si ese artículo se interpreta conforme a lo que literalmente dice, es irrazonable y, por ende, inconstitucional. El legislador no puede cambiar la razón ni tampoco la ley de la gravedad, expresa.<sup>106</sup>

NIETO, al referirse al derecho positivo español en cuanto consagra la presunción de legitimidad y efectúa en el marco de ese tema las distinciones de inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad grave y leve y hasta irregularidades no invalidantes, denuncia su arbitraria incongruencia.<sup>107</sup>

**3.** Llama especialmente la atención, además, que al recoger la presunción de legitimidad sin texto de derecho positivo que lo imponga se desconozcan claros principios generales del derecho.

Así, por ejemplo, la presunción de legitimidad implica el desconocimiento del principio de oficialidad, expresamente recogido en el artículo 2, literal *c*, del decreto n.º 500/991, de 27 de setiembre de 1991, principio instrumental ligado al de verdad

---

<sup>105</sup> MAIRAL, *op. cit.*, vol. II, p. 773.

<sup>106</sup> GORDILLO, *op. cit.*, t. 3, p. V.6.

<sup>107</sup> NIETO, *op. cit.*, p. 59.

material,<sup>108</sup> ya que procura que el acto administrativo resultante del procedimiento se ajuste a la verdad. Cuestionada en vía administrativa la legitimidad de un acto administrativo por un particular, la Administración no puede descansar en el seudoprincipio de presunción de legitimidad y esperar que el particular pruebe el vicio del acto. Debe de oficio investigar la cuestión a los efectos de averiguar la verdad. La Administración tiene el deber de buscar la verdad.<sup>109</sup>

Si en el marco de una acción anulatoria el Tribunal de lo Contencioso Administrativo advierte que el fundamento jurídico invocado por el actor no es correcto pero que corresponde la anulación por otro vicio no señalado en la demanda, debe anular; no puede invocar la presunción de legitimidad y confirmar el acto.

El principio *jura novit curia* impone la solución propiciada. Como bien ha expresado GORDILLO:

[...] el juez no puede, sin abdicar de la más elemental de su función que es *decir el derecho*, y partir a la inversa de una mal entendida solidaridad con el poder o la administración, ni tener una postura de compromiso inicial con el acto, las leyes, sentencias, etc.: su compromiso inicial y también último es con la justicia y el orden jurídico, en cuya cúspide se hallan el orden público internacional, los tratados internacionales y supranacionales y la Constitución Nacional. Ése es el compromiso de un juez, que ejerza su *jurisdictio*. Pues no será decir el derecho, sino mentirlo, preferir a los actos de menor rango en la escala normativa, que son del poder de turno y preterir a las normas supremas del ordenamiento, que son las permanentes de un orden jurídico respetuoso del bien común.<sup>110</sup>

Por otro lado, las diligencias probatorias de oficio previstas en el artículo 73, inciso final, del decreto-ley n.º 15 524, de 9 de enero de 1984, y las medidas para mejor proveer previstas en el artículo 81 del mismo decreto-ley, demuestran que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, si tiene dudas, no puede ampararse en la cómoda *presunción de legalidad*, sino que debe emplear todos los medios que estén a su alcance para averiguar la verdad.

---

<sup>108</sup> H. FRUGONE SCHIAVONE, "Principios del procedimiento administrativo", en AA. VV., *El Nuevo procedimiento administrativo*, Secretaría de la Presidencia de la República, Programa Nacional de Desburocratización, Montevideo, 1991, 2.ª ed., pp. 31 ss.

<sup>109</sup> A. DURÁN MARTÍNEZ, "La prueba en el procedimiento administrativo", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios...*, op. cit., p. 146.

<sup>110</sup> GORDILLO, op. cit., t. 3, p. v.29.

**4.** Pero lo más insólito de todo es que cuando nuestro derecho positivo consagró una presunción en esta materia fue de *ilegitimidad*, y esto es desconocido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, el artículo 6 de la ley n.º 15 869, de 22 de junio de 1987,<sup>111</sup> prevé una *presunción simple de ilegitimidad* del acto administrativo cuando se dan las circunstancias en ese artículo previstas. Y aun así, aun reconociendo que se han reunido esas circunstancias, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha invocado la presunción de legitimidad del acto administrativo para rechazar la demanda.<sup>112</sup>

Por cierto que esa presunción de ilegitimidad del acto administrativo, en las cuestiones de pleno derecho, no impide al Tribunal levantarla mediante la aplicación del principio *jura novit curia*. Tampoco en casos en que la legitimidad dependa de las pruebas de los hechos, como era el de la sentencia indicada,<sup>113</sup> esa presunción impide al Tribunal disponer prueba de oficio o medidas para mejor proveer; pero sin duda le impide —para rechazar la demanda— invocar la presunción de legitimidad del acto en un caso en que no sea el actor el que debe probar que el acto es ilegítimo, sino que es la Administración la que debe probar su legitimidad con la prueba de los hechos correspondientes.

**5.** La *presunción de legitimidad* del acto administrativo, a nuestro juicio, ha servido en definitiva en nuestro país para facilitar a la Administración, con el aval del propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el desconocimiento del derecho positivo vigente. La *presunción de legitimidad* ha favorecido sin duda la arbitrariedad administrativa en detrimento de los derechos humanos.

---

<sup>111</sup> La redacción vigente proviene del artículo 41 de la ley 17 292, de 16 de enero de 2001, que recoge en esencia la solución prevista en el artículo 6 de la ley 15 869, con variantes accidentales.

<sup>112</sup> Sentencia n.º 534, de 4 de setiembre de 2002. Véase DURÁN MARTÍNEZ, *Contencioso...*, op. cit., p. 227 ss.

<sup>113</sup> Véase el caso en DURÁN MARTÍNEZ, *Casos...*, op. cit., vol. II, pp. 23 ss.

---

## 6.

---

### A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. Ante este estado de cosas, cabe responder la aguda pregunta que se formuló BRITO hace algunos años: “¿Es posible ya, a esta altura de los tiempos, sostener la presunción de legitimidad... en términos de regla de principio?”.<sup>114</sup>
2. La respuesta es no. Es más, puede afirmarse que la presunción de legitimidad no existe. Es un mito, un mito innecesario y pernicioso.

---

### BIBLIOGRAFÍA

- ABAD HERNANDO, J., *Norma de procedimiento administrativo nacional*, Comercio y Justicia Editores, Córdoba, 1986.
- Anuario de Derecho Administrativo*, FCU, tomos V, VI, VIII, IX, X, XI, XII y XIII.
- ARISTÓTELES, *La política*. Tor, Buenos Aires, 1965.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito administrativo*, Malheiros, San Pablo, 2003.
- BARRA, R. C., *Tratado de Derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, t. I.
- BÉNOIT, F. P., *Le Droit administratif français*, Dalloz, París, 1968.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973.
- BODIN, J., *Les six livres de la République*, Confluences, Bordeaux, 1999.
- BREWER-CARIÁS, A. R., *Contencioso administrativo*, t. VII de *Instituciones políticas y constitucionales*, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997.
- BRITO, M. “¿Derecho público y Derecho privado?”, en M. BRITO, *Derecho administrativo. Su permanencia-contemporaneidad-prospectiva*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2004.

---

<sup>114</sup> BRITO, “¿Derecho público y Derecho privado?”, en M. BRITO, *Derecho administrativo. Su permanencia—contemporaneidad—prospectiva*. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2004, p. 282.

- CAJARVILLE PELUFFO, J. P., “Recursos administrativos”, en AA. VV., *Procedimiento administrativo*, Acali, Montevideo, 1977.
- “Invalidez de los actos administrativos”, en CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Dos estudios de Derecho administrativo*, Editorial Universidad, Montevideo, 1995.
- CASSAGNE, J. C., *Derecho administrativo*, Lexis Nexis y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, t. II, 8.<sup>a</sup> ed. actualizada.
- CASSINELLI MUÑOZ, H., “Recurso erróneo contra un acto administrativo firme”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1957, t. 55.
- CEA EGAÑA, J. L., “Presente y futuro del Estado Social de Derecho”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, n.º VII.
- COMADIRA, J. R., *Derecho administrativo*, Lexis Nexis y Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- DE AQUINO, T., “Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes”, en Tomás DE AQUINO. *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Porrúa, México, 1975.
- DE LAUBADÈRE, A., *Traité de Droit administratif*, t. 1, 9<sup>e</sup> édition par Jean-Claude VENEZIA e Yves GAUDEMET, LGDJ, París, 1984.
- DELPIAZZO, C. E., *Derecho administrativo uruguayo*, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- DROMI, J. R., *Instituciones de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho administrativo*, Universidad Católica del Uruguay e Ingranusi, Montevideo, 1999 (2 vol.).
- “La prueba en el procedimiento administrativo”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
- “Cosa juzgada administrativa”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
- “Revocación del acto administrativo”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
- “Control de los actos administrativos”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
- “La Administración en tiempos de crisis”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, Montevideo, 2004, vol. I.
- “Corrupción. Mecanismos sociales y jurídicos para su control”, en *La Justicia Uruguaya*, año 2006, t. 134.

- *Contencioso administrativo*, FCU, Montevideo, 2007.
- FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004.
- FRUGONE SCHIAVONE, H., “De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1974, t. 74, n.º 1 al 10.
- “Principios del procedimiento administrativo”, en AA. VV., *El nuevo procedimiento administrativo*, Secretaría de la Presidencia de la República, Programa Nacional de Desburocratización, Montevideo, 1991, 2.ª edición.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, t. I.
- GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, vol. I.
- GIANNINI, M. S., *El poder público. Estados y administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991.
- GIORGI, H., *El contencioso administrativo de anulación*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958.
- GORDILLO, A., *Tratado de Derecho administrativo*, t. 3, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4.ª ed., 1999,
- GRASSO, P. G., *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- HAURIOU, M., *Précis de Droit administratif et de Droit public*, Librairies de la Société du Recueil Sirey, París, 1921.
- HUTCHINSON, T., *Procedimiento administrativo de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur*, Emprendimientos Fueguinos, Ushuaia, 1997.
- “Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo”, en AA. VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002.
- ILDARRAZ, B., A. R. ZARZA MENSAQUE y C. M. VIALE, *Derecho constitucional y administrativo*, Eudecor, Córdoba, 2001.
- LINARES, J. F., *Fundamentos de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
- LONG, M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 1999.

- MAIRAL, H. A., *Control judicial de la Administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. II.
- MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II.
- MARITAIN, J., *El hombre y el Estado*, Ediciones, Madrid, 1983.
- MARTÍN REBOLLO, L. *Leyes administrativas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 12.<sup>a</sup> ed., 2006.
- MÉNDEZ, A., “Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 18, 1949.
- NIETO, A., “Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación”, en *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias”. Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, Funeda, Caracas, 1997.
- ODENT, R., *Contentieux administratif*, Université de Paris, Institut d’Études Politiques, Les Cours de droit, fascículo V, París, 1970-1971.
- PARADA, R., *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. I.
- PAREJO ALFONSO, L., A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho administrativo*, vol. 1, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.
- PRAT, J. A., *Derecho administrativo*, vol. 2, Acali, Montevideo, 1978.
- RIVERO, J., *Droit administratif*, Dalloz, París, 1973.
- ROTONDO TORNARÍA, F., *Manual de Derecho administrativo*, Ediciones del Foro, Montevideo, 2000.
- SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953.
- SUÁREZ, F., *Selección de Defensio Fidei y otras obras. El pensamiento político Hispanoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 1966.
- VEDEL, G., *Droit administratif*. Themis-PUF, París, 1973.
- VIDAL PERDOMO, J., *Derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 1997.
- WALINE, M., *Précis de Droit administratif*, vol. I, Montchrestien, París, 1969.



# Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano*<sup>\*</sup>

*Humberto Nogueira Alcalá*<sup>\*\*</sup>

**RESUMEN.** Se analiza la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano*, en el cual se decidió que: a) pese a que la declaración chilena de reconocimiento de “pleno derecho” de la competencia de la Corte Interamericana refería a hechos posteriores a la fecha del depósito del instrumento de ratificación, el acto unilateral de cada Estado está condicionado por la propia Convención como un todo y no puede ser objeto de reservas, y b) que Chile incumplió los deberes generales contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (obligación de respetar los derechos y obligación de adoptar decisiones de derecho interno). Luego de analizar los dos aspectos señalados se estudia la legitimidad del decreto ley 2191, tanto por su mantenimiento como por su aplicación, con detenimiento en todos los aspectos relevantes de la cuestión. El artículo culmina con una reflexión sobre la naturaleza jurídica de las normas internacionales de derechos humanos en Chile y la nulidad del Decreto Ley de Amnistía, y concluye que cualquier tribunal que considere que la ley no se ajusta al bloque constitucional de los derechos humanos puede y debe pedir al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la inaplicabilidad del precepto legal.

**ABSTRACT.** The article analyzes the judgment of the Inter-American Court of Human Rights on the case “*Almonacid Arellano*”, where it was decided that (a) although the Chilean declaration acknowledging the competence of the Inter-American Court by “operation of

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 2 de mayo de 2007. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de julio de 2007, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

El texto de la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile* se presenta en las pp. 217 y ss. de este volumen.

\*\* Doctor en derecho Constitucional. Profesor Titular de Derecho y Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

law" referred to facts subsequent to the date the ratification instrument was submitted, the unilateral act of any state is conditioned by the Convention itself as a whole and cannot be subject to objections; and (b) Chile infringing the general duties pursuant to articles 1.1 and 2 of the American Convention on Human Rights (the duty to respect the rights and the duty to adopt decisions of domestic law). Upon the analysis of both aspects mentioned, the legitimacy of Decree Law 2191 is studied in respect of its maintenance as well as its adoption, laying special emphasis on all relevant aspects of the matter. The article ends with a reflection on the legal nature of human rights' international regulations in Chile and the annulment of the Amnesty Decree Law, concluding that any court which deems that the law does not adjust to the constitutional block of human rights, may and must request the Constitutional Court to pronounce on the inapplicability of the legal precept.

**PALABRAS CLAVE.** Derechos humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chile.

**KEY WORDS.** Human rights. Inter-American Court of Human Rights. Chile.

**SUMARIO.** **1.** Introducción. **2.** Limitación temporal de la competencia de la Corte Interamericana. **3.** Incumplimiento por el Estado de Chile de los deberes generales contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (obligación de respetar los derechos y obligación de adoptar disposiciones de derecho interno). 3.1. Respecto de si el mantenimiento del decreto ley 2191 dentro del ordenamiento jurídico chileno vulnera o no la Convención Americana de Derechos Humanos. 3.2. Respecto de la aplicación del decreto ley 2191. **4.** Sobre si la jurisdicción militar es un tribunal adecuado para conocer del caso. **5.** La obligación del Estado de Chile de adecuar su derecho interno a la Convención Americana de Derechos Humanos, disponiendo que el decreto ley 2191 carece de efectos jurídicos respecto de crímenes de lesa humanidad. **6.** Los hechos específicos de los órganos del Estado chileno que vulneraron los artículos 8 y 25 en concordancia con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. **7.** La obligación del Estado de Chile de dejar sin efecto dichas resoluciones y sentencias y remitir el expediente a la justicia ordinaria para desarrollar el proceso penal correspondiente. **8.** El Estado de Chile no puede alegar prescripción, principio *ne bis in idem* ni cualquier otra excluyente similar de responsabilidad. 8.1. Los delitos de lesa humanidad, además de ser inamnistiables, son imprescriptibles. 8.2. Prohibición de aplicar el principio *ne bis in idem*. **9.** Consideraciones sobre la sentencia para el caso chileno. **10.** Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana *Almonacid Arellano vs. Chile* para los operadores jurídicos nacionales.

# 1.

---

## INTRODUCCIÓN

El Estado de Chile ha ratificado y publicado en el *Diario Oficial* la Convención Americana de Derechos Humanos, la que tiene por objeto y fin asegurar los derechos humanos estableciendo un umbral en materia de respeto a estos derechos que los Estados partes de la Convención deben asegurar y garantizar.

El Estado de Chile, el 21 de agosto de 1990, realizó la declaración de reconocimiento de “pleno derecho” de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es conveniente señalar que el artículo 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos determina la obligación de los Estados partes de cumplir las sentencias de la Corte Interamericana, la que constituye una *obligación de resultado*. Asimismo, el acatamiento y cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana es una obligación en virtud de los principios generales del derecho *pacta sunt servanda* y de cumplimiento de buena fe de todas las obligaciones internacionales.

Antes de iniciar el análisis de la sentencia debe precisarse que el Estado de Chile, en su declaración de reconocimiento de competencia de la Corte Interamericana, dejó constancia de que “los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha de depósito de este instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990”.

Dicha declaración ha sido respetada plenamente por la Corte Interamericana en este fallo, en el que analiza sólo conductas y normas vigentes con posterioridad al 21 de agosto de

1990 y constata en tales hechos, conductas y normas, que para el tribunal son hechos autónomos e independientes de situaciones anteriores, vulneraciones de las obligaciones emanadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, además de incumplimiento de los derechos a garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25).

Como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya en la sentencia del caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, de diciembre de 2003, la Corte tiene la facultad inherente a su función jurisdiccional de supervisar el cumplimiento de sus fallos con el fin de poder comunicar a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el incumplimiento de las sentencias que dicta.

Cabe explicitar que los derechos asegurados por la Convención Americana son, además, parte del bloque constitucional de derechos de nuestro sistema constitucional, de conformidad con el artículo 5.2 de la Constitución,<sup>1</sup> ya que ellos forman parte del haz de facultades mínimas que integran los derechos asegurados constitucionalmente, los cuales son límites a la soberanía.

Estos aspectos constituyen datos objetivos que deben ser tenidos en consideración frente a una nueva sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condena al Estado de Chile en virtud de resoluciones judiciales dictadas por las instancias superiores de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar, las cuales vulneran los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, además de vulnerar las obligaciones establecidas por los artículos 1 y 2 de la misma Convención. Nos referimos a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, dictada el 26 de septiembre de 2006.

Esta sentencia genera jurídicamente para el Estado de Chile una *obligación de cumplir la sentencia como obligación de resultado*, de acuerdo con el artículo 68 de la Convención, como asimismo en virtud de principios imperativos de derecho como es el cumplimiento de las obligaciones internacionales de buena fe. Ello implica que el Estado de Chile está obligado a cumplir lo ordenado en la sentencia, debiendo determinar los medios a través de los cuales concreta y ejecuta las obligaciones emanadas de la sentencia, entre ellas: anulación de resoluciones judiciales, modificaciones normativas, cambios de conducta de agentes estatales y cambios de interpretación y aplicación del derecho por los tribunales en seguimiento de la

---

<sup>1</sup> Sobre la materia véase Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago, 2006, pp. 245 ss. Asimismo José Luis CEA EGAÑA, *Derecho constitucional*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004; Mario VERDUGO, Emilio PFEFFER y Humberto NOGUEIRA, *Derecho constitucional*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2.ª ed., 1997, pp. 121 ss. Alejandro SILVA BASCUÑAN, *Tratado de Derecho constitucional*, t. IV, Editorial jurídica de Chile, 2.ª ed., 1997, pp. 105-130.

jurisprudencia de la Corte Interamericana como último y supremo intérprete de la Convención Americana.

En el presente artículo se analizan los distintos aspectos que fueron resueltos por la sentencia, los cuales constituyen una verdadera “revolución” para la concepción con que tradicionalmente se trataban estas materias en el orden jurisdiccional nacional, pese a los esfuerzos hechos por académicos que a partir de 1994, como abogados integrantes de las cortes de apelaciones, lograron obtener fallos en correcta aplicación del derecho y de las fuentes del derecho vigentes. En la misma perspectiva se sitúan fallos recientes de la Corte de Apelaciones de Santiago que están pendientes de resoluciones definitivas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. En esta última hay también esfuerzos a partir de 1998, con avances y retrocesos, para aplicar como corresponde el derecho internacional de los derechos humanos, el cual es parte del derecho chileno y debe aplicarse con primacía sobre las leyes internas, anteriores o posteriores a las normas convencionales.

Los temas centrales que aborda la sentencia son los siguientes:

- Limitación temporal de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso chileno:
- Incumplimiento por el Estado de Chile de los deberes generales contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (obligación de respetar los derechos y obligación de adoptar disposiciones de derecho interno). Violación por el Estado de Chile de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que aseguran a las personas las garantías judiciales y la protección judicial.

## 2.

---

### LIMITACIÓN TEMPORAL DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

El Gobierno de Chile, en su declaración de reconocimiento de competencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 21 de agosto de 1990, dejó

constancia de que “los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha de depósito de este instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990”.

El Gobierno de Chile en este caso fundó su excepción preliminar en el caso *Almonacid Arellano* en esta declaración.

La Corte Interamericana precisa en la materia que “el reconocimiento de competencia de la Corte [...] es un acto unilateral de cada estado, condicionado por los términos de la propia Convención Americana como un todo y, por lo tanto, no está sujeto a reservas”. La declaración realizada por Chile constituye una limitación temporal al reconocimiento de competencia de la Corte Interamericana que se encuentra prevista en la propia Convención, en su artículo 62, y no una reserva.<sup>2</sup>

La Corte determina que, de acuerdo con el principio de “competencia de la competencia”, no puede dejar a la voluntad de los estados que éstos determinen cuáles son los hechos excluidos de su competencia. Esta determinación le corresponde a la propia Corte Interamericana en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Los hechos sobre los cuales debe pronunciarse, acerca de si tuvieron principio de ejecución con posterioridad al otorgamiento de competencia de la Corte, en esta materia son:

- a. el otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar en perjuicio de la jurisdicción ordinaria;
- b. la vigencia del decreto ley 2191 con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos para Chile;
- c. la aplicación de este decreto ley en el presente caso por autoridades judiciales militares.

La Corte considera que en el transcurso de un proceso se pueden producir hechos independientes que pueden configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia, como ya lo había resuelto en el caso *Hermanas Serrano Cruz*, excepciones preliminares, párrafo 84, y otros casos que se mencionan expresamente.<sup>3</sup> Existen por tanto claros precedentes en la materia.

---

<sup>2</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafos 43-44.

<sup>3</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 48.

La Corte Interamericana determina que es competente para pronunciarse sobre los puntos antes señalados, por cuanto constituyen “violaciones autónomas de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma”, dado que transcurren dentro del ámbito temporal de competencia de la Corte.

Al respecto la Corte determina que el principio de ejecución del incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se produce cuando el Estado se obligó a adecuar su legislación interna a la Convención, es decir, en el momento en que la ratificó, el 21 de agosto de 1990. Desde esa fecha la obligación del Estado de Chile es adecuar su ordenamiento jurídico interno a las obligaciones del artículo 2 de la Convención, y la Corte Interamericana es competente para declarar si tal obligación se ha cumplido o no.

En virtud de ello, la Corte rechaza la excepción preliminar.<sup>4</sup>

### 3.

---

## **INCUMPLIMIENTO POR EL ESTADO DE CHILE DE LOS DEBERES GENERALES CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS Y OBLIGACIÓN DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO)**

En la materia la Corte Interamericana está llamada a resolver si el Estado chileno cumplió o no con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos al mantener en vigencia del decreto ley 2191 con posterioridad a la ratificación de la Convención por Chile.

---

<sup>4</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafos 49-51.

### 3.1. RESPECTO DE SI EL MANTENIMIENTO DEL DECRETO LEY 2191 DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO VULNERA O NO LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte toma nota de que los representantes del propio Estado no desconocen que el decreto ley 2191 viola la Convención,<sup>5</sup> lo cual es un hecho incontestable y evidente. Con ello hay un reconocimiento de parte expreso.

### 3.2. RESPECTO DE LA APLICACION DEL DECRETO LEY 2191

#### 3.2.1. En esta materia, la Corte Interamericana determina, en primer lugar, la noción de *crimen de lesa humanidad*

La Corte determina que el asesinato como crimen de lesa humanidad fue codificado por primera vez en el artículo 6.c del estatuto del Tribunal Militar de Núremberg, el cual fue anexado al Acuerdo para el Establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo a los principales criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945. De igual manera fue codificado en el Estatuto de Tokio, artículo 5.c, adoptado el 19 de enero de 1946.

La Corte reconoce que el estatuto de Núremberg desempeñó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Es tal estatuto el que proporciona la primera articulación de los elementos de dicha ofensa (“asesinato, exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante ella; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”), que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los *crímenes contra la humanidad* pueden ser cometidos tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra.

La Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito para que se cometa un crimen de lesa humanidad, como ya fue aplicado por el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia

---

<sup>5</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 92.

en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Todos los elementos ya estaban definidos cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado.<sup>6</sup>

La prohibición de crímenes contra la humanidad ha sido confirmada por las Naciones Unidas a través de los *principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho Tribunal*. Esos principios de derecho internacional fueron adoptados en 1950 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo principio VI.c califica el asesinato como crimen contra la humanidad. Asimismo, el artículo 3 común de los *Convenios de Ginebra de 1949*, de los cuales Chile es parte desde 1950, prohíbe en todas sus formas el homicidio de personas que no participaron directamente en las hostilidades.

La Corte determina que hay amplia evidencia para concluir que en 1973 la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil —como fue el de Almonacid Arellano—, era violatoria de una norma imperativa de derecho internacional. Cabe destacar que la Corte Interamericana determina que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad constituye una norma imperativa de derecho internacional: una norma de *ius cogens*, con todas las implicaciones jurídicas que ello tiene,<sup>7</sup> incluyendo el deber de penalizar dichos crímenes conforme al derecho internacional general.

La Corte Interamericana enfatiza que en 1998, cuando se confirmó la aplicación del Decreto Ley de Amnistía 2191 en el caso Almonacid por los tribunales chilenos, ya se habían adoptado los estatutos de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), cuyos artículos 5 y 3, respectivamente, habían ratificado que el asesinato es un crimen grave de derecho internacional, lo cual fue corroborado por el artículo 7 del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).

Así, el asesinato como crimen contra la humanidad se encontraba consolidado como *principio de ius cogens* en el derecho internacional cuando los tribunales chilenos aplicaron la amnistía en el caso *Almonacid Arellano*.

### **3.2.2. Determinación de si las circunstancias de la muerte del señor Almonacid Arellano la constituyen en un crimen de lesa humanidad, como éste estaba definido en 1973**

La Corte Interamericana considera un hecho probado que durante el periodo que transcurre desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990:

---

<sup>6</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 96.

<sup>7</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 99.

[...] gobernó Chile una dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a producir miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura. De igual forma la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este periodo represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura. La ejecución del señor Almonacid precisamente se produjo en esa época.<sup>8</sup>

Considerando y valorando tales hechos la Corte Interamericana considera que existe “suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano [...] cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad”.<sup>9</sup>

### 3.2.3. Determinación de si se pueden amnistiar crímenes de lesa humanidad

La Corte Interamericana determina que, de acuerdo con el *corpus iuris* del derecho internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación de los derechos humanos y afecta a la humanidad toda.

La Corte, citando jurisprudencia del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, precisa:

[Los crímenes de lesa humanidad] son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima.<sup>10</sup>

La Asamblea General de las Naciones Unidas sostiene desde 1946 que los crímenes de lesa humanidad deben ser sancionados. La adopción y la aplicación de leyes que otor-

<sup>8</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 103.

<sup>9</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 104.

<sup>10</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 105.

gan amnistía por crímenes de lesa humanidad impiden el cumplimiento de la obligación de sancionar tales crímenes.

La Corte Interamericana determina que la obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se los declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los cuales se encuentran los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía de los derechos consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana.<sup>11</sup>

La Corte señala una vez más lo que tantas veces ha reiterado en su jurisprudencia: que el artículo 1.1 de la Convención exige a los Estados parte:

[...] organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.<sup>12</sup>

La Corte reitera su conocida jurisprudencia desarrollada a partir del caso *Barrios Altos*:

Son inadmisibles las disposiciones de amnistías, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho internacional de los Derechos humanos.<sup>13</sup>

Concluye la Corte:

[Los Estados] no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo

---

<sup>11</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 110.

<sup>12</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 110.

<sup>13</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 112

de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no puede concederse amnistía.<sup>14</sup>

### 3.2.4. Determinación de si el decreto ley 2191 amnistía crímenes de lesa humanidad

La Corte constata que el crimen de asesinato no figura en el listado del artículo 3.º de dicho decreto ley, como también lo comprendieron los tribunales chilenos que aplicaron la amnistía en el presente caso.

La Corte precisa que, aun cuando no ha sido llamada a pronunciarse en este caso sobre otros crímenes de lesa humanidad, llama la atención respecto a que tampoco se encuentran excluidos de la amnistía crímenes de lesa humanidad como la desaparición forzada, la tortura y el genocidio, entre otros.<sup>15</sup>

La Corte Interamericana advierte que los Estados parte, en virtud del artículo 2 de la Convención Americana, tienen la obligación de:

- a. suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza (legislativas, administrativas o judiciales) que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y
- b. expedir normas y desarrollar prácticas (administrativas, judiciales, etcétera) conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

La Corte reafirma la concepción, señalada en varios casos anteriores, de que la expedición de normas que adecuen el derecho interno a las obligaciones de la Convención Americana sólo se satisface cuando efectivamente tales reformas se encuentran realizadas y están vigentes.<sup>16</sup>

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye:

[El decreto ley 2191] carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 114.

<sup>15</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 116.

<sup>16</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 118.

<sup>17</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 119.

De ese modo la Corte determina que el Estado de Chile, en inobservancia de las obligaciones establecidas por el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha mantenido vigente por 16 años el decreto ley 2191, el cual es contrario al objeto y fin de la Convención, a su letra y a su espíritu.<sup>18</sup>

### **3.2.5. La determinación de la aplicación del decreto ley 2191 por los tribunales de justicia**

La Corte Interamericana determina que, cuando el Poder Legislativo de un Estado falla en su tarea de suprimir o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la Convención y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. Señala la Corte:

El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico de derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos (incluidas las resoluciones judiciales de los tribunales ordinarios o especiales) en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.<sup>19</sup>

La Corte Interamericana recuerda a los tribunales que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana:

[...] sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.<sup>20</sup>

Como la doctrina nacional ha precisado muchas veces, la Corte Interamericana recuerda a los tribunales chilenos que deben:

[...] ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos

---

<sup>18</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafos 121 y 122.

<sup>19</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

<sup>20</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>21</sup>

Cabe señalar que, en el derecho chileno, los derechos esenciales de la persona contenidos en la Convención Americana son parte del contenido de los derechos asegurados por la Constitución nacional, ya sea como derechos implícitos o como parte del haz de facultades que integran el contenido esencial del derecho, si se actúa de buena fe y se tiene objetivamente en consideración el objeto y fin de la reforma de 1989 al artículo 5.2 de la Constitución, como hemos afirmado reiteradamente. Ello adquiere más fuerza si se considera a tales derechos como parte del derecho imperativo internacional, vale decir, como *ius cogens*, como sostiene la Corte Interamericana en el caso en análisis.

Por otra parte, hoy el texto de la Constitución dispone en su artículo 54.5:

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional

Ello asume que actos unilaterales del Estado, incluidas las resoluciones judiciales, no pueden afectar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones del Estado mientras el tratado se encuentre vigente. Dicha disposición no hace otra cosa que darle fuerza normativa constitucional al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, ratificada por Chile, la cual determina que un Estado parte no puede poner como obstáculo para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales su propio derecho interno.<sup>22</sup> Un Estado sólo puede desvincularse de sus obligaciones internacionales de acuerdo con el propio derecho internacional.<sup>23</sup>

Por otra parte, la Corte también recuerda a los tribunales chilenos que ella es la intérprete última y suprema de los derechos en la Convención Americana de los Derechos Humanos, por lo que los tribunales nacionales deben seguir dicha jurisprudencia (doctrina del seguimiento nacional) en una aplicación de buena fe que busque efectivamente cumplir las obligaciones internacionales.

<sup>21</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

<sup>22</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 125.

<sup>23</sup> Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (coord.): *La Constitución reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, 2005, pp. 381-403.

La Corte Interamericana concluye que, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, se ha establecido que la aplicación del decreto ley 2192 tuvo como consecuencia inmediata el cierre de la investigación y el archivo del expediente, lo cual impidió que los familiares ejercieran el derecho a ser oídos por “un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que reparara las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido y les permitiera conocer la verdad”.<sup>24</sup>

La Corte considera que los Estados parte deben asegurar el derecho de que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio de un derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Las leyes de autoamnistía incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana, finalmente, resuelve que la aplicación del decreto ley 2191 de Amnistía desconoció los deberes impuestos por el artículo 1.1 de la Convención, en violación de los derechos de los familiares directos del señor Almonacid Arellano consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, de todo lo cual Chile es internacionalmente responsable.

### **3.2.6. Conclusión general de esta parte de la sentencia**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vez considerados todos los aspectos anteriores llega a una conclusión general,<sup>25</sup> cuyos puntos específicos son los siguientes:

- a. El asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil y representa sólo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época.
- b. El ilícito cometido contra el señor Almonacid Arellano no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, por constituir un crimen de lesa humanidad.
- c. El Estado de Chile incumplió su obligación de adecuar el derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, por cuanto mantuvo y mantiene vigente el decreto ley 2191, el que no excluye los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga.

<sup>24</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 126.

<sup>25</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 129.

- d. El Estado chileno violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial e incumplió su deber de garantía en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano al aplicar el decreto ley 2191 al presente caso.

## 4.

### SOBRE SI LA JURISDICCIÓN MILITAR ES UN TRIBUNAL ADECUADO PARA CONOCER DEL CASO

Señala la Corte:

Toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúa en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.<sup>26</sup>

En el presente caso, la Corte Interamericana determina:

Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.<sup>27</sup>

En el presente caso, en 1996 la Corte Suprema de Justicia resolvió el conflicto de competencia entre el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua y el Segundo Juzgado Militar de Santiago a favor de este último, por lo que fue la jurisdicción militar la que finalmente concluyó las investigaciones aplicando el decreto ley 2191 de Amnistía.

En vista de lo anterior, la Corte Interamericana concluye que el Estado de Chile, a través de dichas resoluciones judiciales:

<sup>26</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 130.

<sup>27</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 131.

[...] violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunto con el artículo 1.1 de la misma, por otorgar competencia a la jurisdicción militar para que conozca del presente caso, ya que ésta no cumple con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad anteriormente expuestos.<sup>28</sup>

## 5.

---

### **LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE CHILE DE ADECUAR SU DERECHO INTERNO A LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DISPONER QUE EL DECRETO LEY 2191 CARECE DE EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD**

La Corte Interamericana dispone:

Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el decreto ley N.º 2191 es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, carece de efectos jurídicos; en consecuencia el Estado debe: i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, sanción de los responsables, y ii) asegurar que el Decreto ley N.º 2191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile.<sup>29</sup>

La Corte determina y ordena al Estado de Chile no volver a aplicar el decreto ley 2191, por todas las consideraciones dadas en la sentencia.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 133

<sup>29</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 145.

<sup>30</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 151, segunda frase.

## 6.

---

### LOS HECHOS ESPECÍFICOS DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO CHILENO QUE VULNERARON LOS ARTÍCULOS 8 Y 25 EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La violación de tales derechos se produjo por dos causas:

- a. la resolución de la Corte Suprema de Justicia de 5 de diciembre de 1996, que otorgó competencia a la jurisdicción militar para que conociera el caso por la muerte del señor Almonacid Arellano, y
- b) la aplicación del decreto ley 2191 de Amnistía a través de los actos jurisdiccionales que constituyeron la sentencia dictada el 28 de enero de 1997 por el Segundo Juzgado Militar de Santiago y la sentencia de la Corte Marcial de 25 de marzo de 1998.

## 7.

---

### LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE CHILE DE DEJAR SIN EFECTO DICHAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS Y REMITIR EL EXPEDIENTE A LA JUSTICIA ORDINARIA PARA DESARROLLAR EL PROCESO PENAL CORRESPONDIENTE

La Corte Interamericana dispone:

El Estado dejar sin efecto las citadas resoluciones y sentencias emitidas en el orden interno, y remitir el expediente a la justicia ordinaria, para que dentro de un procedimiento penal se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano”<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 147.

La Corte Interamericana recuerda que las personas tienen un *derecho a la verdad*, el que se encuentra subsumido en el “derecho de la víctima y sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”.<sup>32</sup>

En la materia, la Corte precisa que la “verdad histórica” contenida en los informes de las comisiones nacionales estatuidas para reconstruir lo ocurrido no sustituye la obligación del Estado de Chile de “investigar judicialmente los hechos referentes a la muerte del señor Almonacid Arellano, atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes”.<sup>33</sup>

## 8.

### **EL ESTADO DE CHILE NO PUEDE ALEGAR PRESCRIPCIÓN, PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* NI CUALQUIER OTRA EXCLUYENTE SIMILAR DE RESPONSABILIDAD**

Finalmente la Corte Interamericana advierte:

El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. [...] no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.<sup>34</sup>

#### **8.1. LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD, ADEMÁS DE SER INAMNISTIABLES, SON IMPRESCRIPTIBLES**

La Corte Interamericana en este fallo determina con absoluta claridad que el delito cometido contra Almonacid Arellano constituye un crimen de lesa humanidad, y que estos

<sup>32</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 148.

<sup>33</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 150.

<sup>34</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 151.

crímenes, además de ser inamnistiables, son *imprescriptibles*: “van mas allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda”.<sup>35</sup>

Como señala la Corte, el daño que producen tales crímenes permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y la sanción de los responsables, con independencia del tiempo transcurrido.

### **8.1.1. La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es norma imperativa de derecho internacional: *ius cogens***

La Corte Interamericana recuerda que la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad afirma que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido”.

[...] aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, la Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de derecho internacional general (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.<sup>36</sup>

### **8.2. PROHIBICIÓN DE APLICAR EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM***

La Corte Interamericana determina que en el caso en análisis no es aplicable el principio *ne bis in idem* contenido en el artículo 8.4 de la Convención, en cuanto éste no constituye un derecho absoluto y no resulta aplicable cuando:

- a) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal;
- b) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o
- c) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.

Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas, según determina la Corte, constituye cosa juzgada aparente o fraudulenta.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 152.

<sup>36</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 153.

<sup>37</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 154

En el caso en análisis, la Corte Interamericana determina que se cumplieron dos de los supuestos antes señalados.

En primer lugar, la causa fue llevada por tribunales que no guardaban la garantía de competencia, independencia e imparcialidad. En segundo lugar, la aplicación del Decreto ley N.º 2191 consistió en sustraer a los presuntos responsables de la acción de la justicia y dejar el crimen cometido contra el señor Almonacid. En consecuencia, el Estado no puede auxiliarse en el principio *ne bis in idem* para no cumplir con lo ordenado por la Corte.<sup>38</sup>

En la práctica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que *las resoluciones judiciales dictadas en el caso no son verdaderas sentencias sino meras apariencias de ellas*; son sólo situaciones de hecho, resoluciones arbitrarias sin valor jurídico y sin fuerza vinculante. Por ello deben ser eliminadas y realizarse un nuevo proceso con todas las garantías judiciales que asegura a los chilenos la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto ella no sólo es derecho internacional vinculante para el Estado de Chile, sino que es también parte del derecho nacional, incumplido por las resoluciones judiciales arbitrarias antes determinadas.

## 9.

---

### CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA PARA EL CASO CHILENO

La Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano* dictó una de sus sentencias más duras, contundentes y detalladas.

Sin lugar a dudas, ello se debe, por una parte, a la absoluta ausencia en la justicia militar chilena del mínimo sentido de independencia e imparcialidad para resolver los crímenes contra la humanidad cometidos por agentes del Estado pertenecientes a las fuerzas armadas o a carabineros, su nula voluntad de investigar y de hacer justicia.

---

<sup>38</sup> CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 155.

Por otra parte, responde a la prescindencia de la Corte Suprema respecto a la aplicación de elementales principios de derecho internacional, como son normas de *ius cogens*, del derecho consuetudinario internacional y del derecho convencional internacional vinculante para el Estado de Chile, que no era argumentado ni considerado en las resoluciones judiciales pertinentes. Ello implica una vulneración de las fuentes del derecho aplicables a los casos respectivos, algo que oportunamente fue advertido por la doctrina y que algunas salas de Corte de Apelaciones habían intentado remediar a partir del restablecimiento del Estado constitucional democrático, sin éxito hasta el momento en que se determinó la amnistía en el caso *Almonacid Arellano*.

Los fallos definitivos de la Corte Suprema en los últimos tres años fueron contados, y referían a situaciones de desapariciones forzadas y no de homicidios —por tanto, de situaciones que se hacían trascender más allá del periodo del Decreto Ley de Amnistía—. No hay hasta la fecha ninguna sentencia definitiva y de fondo en que la Corte Suprema aplique el derecho imperativo internacional de *ius cogens* ni el derecho consuetudinario internacional —fuentes del derecho vigentes en nuestro ordenamiento jurídico y que gozan de primacía respecto de la ley interna—, ni tampoco de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* obliga a todos los órganos estatales y sus agentes a aplicar el derecho internacional vigente y válido a los crímenes de lesa humanidad de los cuales conozcan en sus respectivos tribunales.

Dicha sentencia determina la nulidad del Decreto Ley de Amnistía desde sus orígenes, en lo referente a su aplicación para delitos de lesa humanidad, como lo veníamos sosteniendo en la doctrina.<sup>39</sup> Por tanto, los tribunales deben prescindir de él para conocer y resolver los crímenes cometidos por agentes del Estado en el periodo cubierto por dicho decreto ley.

---

<sup>39</sup> Véase Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Decreto Ley de Amnistía 2191 de 1978 y su armonización con el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista de Derecho*, vol. XVIII n.º 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, diciembre de 2005, pp. 107-130. Del mismo autor, véase “Jurisprudencia” comentada, en *Revista Gaceta Jurídica* n.º 301, julio de 2005, Lexis Nexis, Santiago, pp. 40-63. Asimismo, véase “Informe pericial ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso Almonacid Arellano”, publicado en *Ius et Praxis*, año 12, n.º 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

# 10.

## LOS DESAFÍOS DE LA SENTENCIA ALMONACID ARELLANO VS. CHILE PARA LOS OPERADORES JURÍDICOS NACIONALES

La sentencia obliga a los órganos colegisladores a expedir una ley que *determine la nulidad de derecho público del Decreto Ley de Amnistía*, por contravenir obligaciones imperativas de derecho internacional y de derecho consuetudinario internacional que eran parte del derecho chileno cuando la norma se dictó. La derogación del Decreto Ley de Amnistía no sirve para cumplir el fallo y sus efectos serían contraproducentes, ya que implicaría legitimarlo desde que fue dictado hasta el presente, y además seguiría operando ultraactivamente. Tal fue la posición adoptada por Argentina en la misma situación. Cualquier otra hipótesis significa no cumplir la sentencia de la Corte Interamericana de buena fe.

Finalmente, queda un aspecto que los órganos colegisladores deben afrontar en el más breve plazo para evitar daños mayores al honor del Estado chileno: la aprobación de una ley que determine el procedimiento de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como diversos países lo han hecho en el contexto europeo para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En el ámbito chileno, las normas derivadas de la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos son normas internacionales incorporadas al derecho interno, por lo cual deben ser aplicadas por la jurisdicción interna como fuente del ordenamiento jurídico, además de ser normas internacionales cuyo intérprete supremo es la Corte Interamericana de San José de Costa Rica.

En consecuencia, el juez nacional, al resolver los casos específicos de los cuales conoce en el ámbito de su competencia, puede y debe realizar la interpretación de las normas convencionales incorporadas al derecho interno en clave convencional, teniendo en cuenta necesariamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Una vez que los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos entran a formar parte del derecho interno, ellos contribuyen a delimitar y configurar los derechos asegurados constitucionalmente o a asegurar nuevos derechos esenciales, en la medida en que la propia Convención Americana los considere tales y el Estado

los haya asumido al ratificar en sus términos la Convención, sin que ellos puedan modificar o suprimir derechos expresamente asegurados por el texto constitucional.

Ambas fuentes normativas, la Constitución y los tratados, otorgan a los derechos humanos o fundamentales el carácter de límites a la potestad estatal y derivaciones directas de la dignidad humana, cuyas diversas formas normológicas de expresión se complementan recíprocamente a través de la interpretación y determinación del conjunto de facultades que integra cada derecho y sus fronteras o límites.

Por otra parte, independientemente de los derechos contenidos en las normas convencionales, estas últimas, una vez incorporadas válidamente a nuestro ordenamiento jurídico, tienen una aplicación preferente frente a las normas de derecho interno, en aplicación del principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, que junto con ser norma internacional es también norma interna al haberse incorporado al ordenamiento jurídico chileno la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Por tanto, la norma internacional válidamente incorporada al derecho interno en materia de derechos fundamentales tiene aplicabilidad preferente y operatividad inmediata<sup>40</sup> frente a este último, sea anterior o posterior a la ratificación de la convención internacional respectiva. Ello se vio fortalecido con la reforma constitucional de 2005, ya que el artículo 54.1.6 aclara que el derecho convencional internacional incorporado válidamente al ordenamiento jurídico no puede ser derogado, modificado o suspendido sino en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional, por lo cual, mientras esté vigente, tiene primacía aplicativa sobre la ley interna.

Es necesario precisar que el sistema interamericano de protección de derechos se caracteriza por la subsidiariedad del nivel supranacional; por tanto, la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se produce sólo cuando las instancias jurisdiccionales nacionales se encuentran agotadas o son inútiles para resolver el problema. Ello exige a los abogados nacionales plantear y hacer valer directamente ante la judicatura nacional las posiciones jurídicas aseguradas y garantizadas por la Convención Americana de Derechos Humanos.

A su vez, en materia de normas que aseguran derechos fundamentales, el juez nacional, en caso de que no pueda inaplicar directamente la ley interna, puede requerir el

---

<sup>40</sup> Salvo que la norma internacional tenga una estructura que establezca una facultad al Estado parte o cuando otorgue al Estado la determinación del procedimiento para su aplicación.

pronunciamiento del Tribunal Constitucional para hacer respetar el bloque constitucional de derechos y obtener la inaplicabilidad de la norma interna que colide con el derecho fundamental respectivo constitucionalmente asegurado, o bien, mediante su propia actividad interpretativa, configurar las normas de derecho interno de tal manera que no contradigan los derechos asegurados por las normas de la Convención respectiva, mediante una interpretación conforme al bloque constitucional de derechos, fuente de derechos y de obligaciones para todas las personas.

Esta perspectiva se funda en que, en principio y aplicando la buena fe, se debe interpretar, mientras sea posible, que el legislador no ha querido vulnerar las obligaciones internacionales establecidas en el derecho convencional. La legislación interna debe considerarse conforme al derecho convencional, salvo cuando exista una incompatibilidad directa e insuperable entre ambos.

Asimismo, los jueces nacionales deben realizar una lectura de las normas de origen convencional considerando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El no hacerlo puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, ya que la vía para obtener el amparo interamericano de sus derechos siempre está abierta a toda persona y el problema puede llegar a ser conocido por vía jurisdiccional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya ha sucedido en los casos *La última tentación de Cristo*, *Palamara* y *Almonacid Arellano*, con el consiguiente costo jurídico, político y económico para el Estado chileno.

Una conducta razonable de la judicatura chilena, que atienda al objeto y fin de la Convención Americana y al sentido y espíritu con que el Estado chileno la ratificó, es desarrollar la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ella es la posición correcta, ya que los Estados parte le han concedido a la Corte Interamericana la competencia de interpretación auténtica de la Convención y de juez supremo de la convencionalidad de los actos internos de los Estados en materia de derechos humanos. Todo ello con la finalidad de establecer un estándar mínimo común de respeto de los derechos humanos en los Estados de la región, base sustantiva sobre la cual se construyen la paz y la democracia en el sistema interamericano.

Así, a la Corte Interamericana le corresponde una función nomofiláctica en materia de derechos humanos, frente a la cual se puede apreciar cierta resistencia cultural de quienes recibieron formación jurídica en la primera parte del siglo XX, ya sea por desconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos o simplemente por la voluntad de ignorarlo. Ambas conductas resultan inexcusables a esta altura del siglo XXI y

tras dieciséis años de vigencia en Chile de la Convención Americana y de la competencia jurisdiccional vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La magistratura ordinaria debe entender que, especialmente en materia de derechos humanos, los principios de *ius cogens*, el derecho consuetudinario internacional, el derecho convencional internacional y la jurisprudencia de los tribunales supranacionales en la materia desempeñan una función trascendente y central. Éstos estructuran un estándar mínimo que no puede sobrepasarse y que debe ser seguido por las jurisdicciones nacionales, ya que ello contribuye a una similar tutela nacional y supranacional de los derechos, entre las que no debe existir una posición confrontacional sino de colaboración entre ambas jurisdicciones, tanto por motivos funcionales como sustantivos. En efecto, los tribunales nacionales tienen también el deber constitucional de asegurar, garantizar y promover los derechos fundamentales, como lo dispone el artículo 5.2 de la Constitución, el cual exige a los órganos estatales el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos haciendo un reenvío directo a las normas internacionales en cuanto tales y al significado de ellas en tal contexto, lo que constituye un límite a la actividad legislativa, administrativa y jurisdiccional.

Como lo venimos sosteniendo insistentemente desde 1989, el artículo 5.2 de la Constitución impone un límite a la actuación de los órganos estatales, al establecer que el derecho de los derechos humanos, válido y vigente, asume relevancia como parámetro de control de las normas infraconstitucionales y de razonabilidad y legitimidad de las resoluciones jurisdiccionales internas, las que deben respetar el estándar mínimo determinado por la Corte Interamericana, sin perjuicio de un margen limitado de apreciación de que disponen, el cual será siempre determinado y controlado por la jurisprudencia de la misma Corte Interamericana. Los jueces nacionales no pueden realizar una lectura disociada del ordenamiento jurídico interno del derecho internacional de los derechos humanos válidamente exigible, ya que estas últimas determinan el alcance mínimo de las primeras.

Obviamente, la magistratura no es la única responsable en la materia. A los órganos constituyentes instituidos y al legislativo les corresponde el deber de adecuar el derecho interno a los principios imperativos de *ius cogens* y a las obligaciones derivadas del derecho convencional y consuetudinario internacional, dejando sin efecto o declarando la nulidad de las disposiciones normativas internas contrarias a las obligaciones internacionales válidas, libre y voluntariamente contraídas.

El artículo 5.2 de la Constitución legitima asimismo a los órganos jurisdiccionales nacionales para realizar una interpretación constitucional en materia de derechos huma-

nos conforme a la Convención, como lo hacen muchas jurisdicciones constitucionales y ordinarias latinoamericanas, entre las cuales la jurisdicción ordinaria chilena ha sido una de las pocas excepciones hasta ahora. Por último, si cualquier tribunal ordinario o especial tiene dudas sobre la conformidad de una ley con el bloque constitucional de derechos, puede y debe solicitar al Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 93.6 de la Constitución, que se pronuncie sobre la inaplicabilidad del precepto legal.

El sistema de la Corte Interamericana, de acuerdo con la Convención Americana de Derechos Humanos, impone a los Estados una obligación de resultado: el respeto de los derechos asegurados y garantizados por la Convención, y deja a los Estados la libertad de elegir los medios más oportunos o adecuados para cumplir la sentencia.

En caso de que la lesión de los derechos sea producida por uno de los órganos jurisdiccionales internos de Chile, no hay ningún mecanismo para reabrir los procesos en virtud de una sentencia condenatoria de la Corte Interamericana. Esta situación debe ser remediada a la brevedad

En Suiza, el artículo 139.1 de la Ley Federal sobre la Organización Judicial, en vigor desde el 15 de febrero de 1992, establece:

La demanda de revisión de una sentencia del Tribunal Federal o de una resolución de una instancia inferior es admisible cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] ha estimado el recurso individual por violación del Convenio del 4 de noviembre de 1950 para la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales o sus protocolos, y la reparación sólo es posible mediante la revisión.

Normas similares existen en diversos otros países. Ellas deberían establecerse en el ordenamiento jurídico chileno, con el objeto y fin de cumplir las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y dejar sin efecto las sentencias arbitrarias nacionales que sólo en apariencia son cosa juzgada, ya que una sentencia dictada en violación de derechos humanos es una situación de hecho y no una verdadera sentencia judicial.



# El concepto de *desconstitucionalización*\*

*Néstor Pedro Sagiés*\*\*

**RESUMEN.** El autor profundiza en la noción de *desconstitucionalización* analizando el concepto como reducción de la constitución, como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo, como pérdida de rango constitucional de las normas constitucionales y como “derogación sociológica” de disposiciones constitucionales. A continuación enfoca ciertos fenómenos contemporáneos de inusual trascendencia para el constitucionalismo, tales como: (a) el “desmontaje de la Constitución” conforme a nociones del tipo de derecho de emergencia, doctrina del “quebrantamiento constitucional”, la “concesión de plenos poderes” al Poder Ejecutivo, entre otros; (b) la desvalorización de la Constitución por su falta de pleno cumplimiento, por la erosión de la “conciencia constitucional”, etcétera; (c) el falseamiento o fraude constitucional por la utilización de otros valores distintos de los constitucionales o por la práctica de una legislación inconstitucional no declarada tal. Por último, el autor realiza un particularmente interesante análisis axiológico que desmitifica la cuestión.

**ABSTRACT.** The author delves deeply into the notion of *deconstitutionalization*, analyzing the concept as a reduction of the Constitution, as the abandonment of the liberal political principles of constitutionalism, as the loss of constitutional rank in constitutional regulations, and as the “sociological abrogation” of constitutional provisions. He then focuses on specific contemporary phenomena unusually relevant to constitutionalism, such as: (a) the *dismantling of the Constitution* according to notions such as those of emergency law, the

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 2 de mayo de 2007. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de julio de 2007, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica Argentina.

doctrine of *constitutional violation* and the *granting of full authority* to the Executive Branch, among others; (b) the undervaluing of the Constitution due to the absence of full compliance and the erosion of “constitutional awareness”, etc.; (c) constitutional corruption or fraud due to the use of other values different from the constitutional ones or as a result of the practice of an unconstitutional legislation not declared as such. Finally, a specially interesting axiological analysis is drawn up whereby the author demystifies the issue.

**PALABRAS CLAVE.** Constitución. Teoría constitucional. Revisión constitucional. Control de constitucionalidad. Garantías constitucionales.

**KEY WORDS.** Constitution. Constitutional theory. Constitutional revision. Constitutionality check. Constitutional guarantees.

**SUMARIO.** **1.** Introducción. **2.** Desconstitucionalización como reducción de la constitución. **3.** Desconstitucionalización como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo. **4.** Desconstitucionalización como pérdida de rango constitucional de normas constitucionales. **5.** Desconstitucionalización como derogación sociológica de normas constitucionales. **6.** Fenómenos próximos. Desconstitucionalización y *desmontaje* de la constitución. **7.** Desconstitucionalización y *desvalorización* de la constitución. **8.** Desconstitucionalización y *falseamiento* o *fraude* constitucional. **9.** Reexamen. **10.** Reflexiones axiológicas sobre la desconstitucionalización. **11.** Colofón.

# 1.

---

## INTRODUCCIÓN

Constitutionalistas y politólogos han empleado con distintos sentidos la palabra *desconstitucionalización*, originada, al parecer, en Francia (*déconstitutionnalisation*). En otros casos no se ha utilizado explícitamente esa palabra, pero sí nociones muy próximas a ella. El presente trabajo realizará una muestra elemental de esos significados y procurará reelaborar las notas distintivas de la desconstitucionalización, sus tipos principales y la calificación que merecen desde el ángulo de la estimativa jurídica.

# 2.

---

## DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO REDUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En esta versión del concepto, *desconstitucionalizar* importa ceñir la constitución a un conjunto de “reglas de organización”, relativas a la erección y el funcionamiento de los poderes del Estado, quitándole la “parte dogmática” y reduciendo a la ley suprema, en verdad, a un *code de procédure constitutionnel* o código de procedimientos de la operatividad de los órganos de gobierno.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sobre esta acepción y su enunciado en BARTHÉLEMY y DUEZ, y en ESMEIN y NÉZARD, véase Kägy WERNER, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho constitucional* (trad. Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven), Dykinson, Madrid, 2005, p. 140-141.

Desde esta perspectiva, la constitución, circunscripta a su “parte orgánica”, no se ocupa de enunciar los derechos de las personas, que en definitiva pasan a tener categoría legislativa pero no constitucional. De esa maneaa, apunta Werner KÄGY, el legislador goza de un enorme margen para determinar el contenido de las leyes, ya que no está condicionado, respecto a ese contenido, por derechos de nivel constitucional. Un ejemplo de ello pudo ser Francia de 1875 a 1940, que tenía como “constitución” (inorgánica) un conjunto de leyes constitucionales que no describían derechos, sino que estructuraban a los poderes del Estado francés y determinaban las pautas de su interrelación.<sup>2</sup>

Si bien cabe recordar que la primera versión de la constitución de Estados Unidos (1787) no contenía la descripción de derechos (aunque pronto se corrigió con las diez enmiendas iniciales, que instrumentaron el llamado *bill of rights* estadounidense), lo cierto es que una constitución sin derechos equivale a una constitución con derechos dejados a la discrecionalidad del Poder Legislativo y a las mayorías de turno. Eso puede conducir, como se ha dicho con acierto, a una *democracia absoluta*, pero no a una genuina *democracia constitucional*.<sup>3</sup>

### 3.

## DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO ABANDONO DE LOS PRINCIPIOS POLÍTICOS LIBERALES DEL CONSTITUCIONALISMO

Una segunda posibilidad es la de entender la desconstitucionalización como la pérdida de ciertos postulados clave del movimiento constitucionalista de la primera etapa, de corte liberal, tales como el principio democrático, el régimen representativo o la división de los poderes. Este fenómeno se produjo, por ejemplo, en la primera posguerra, en los estados totalitarios y autoritarios entonces en boga (Italia, Alemania, la Unión Soviética, etcétera).<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Ibídem.

<sup>3</sup> Ibídem, p. 142.

<sup>4</sup> Véase Adolfo POSADA, “El principio del Führer o la desconstitucionalización del Estado”, en *La Nación*, Buenos Aires, 6 de mayo de 1935, cit. por Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 1, Plus Ultra, Buenos Aires, 2.ª ed., 1977, pp. 182-183.

Segundo V. LINARES QUINTANA, quien acepta ese concepto, detalla entre otras razones que provocaron la referida desconstitucionalización:

- a. la inseguridad de la paz y el estado latente de guerra que existieron apenas concluida la primera guerra mundial;
- b. lo que llama “la crisis de la psicología nacional”, o sentimientos regresivos desatados en diversas comunidades nacionales;
- c. la falta de coincidencia entre los textos constitucionales y las realidades locales, vale decir, la contradicción entre la dimensión normativa del llamado “constitucionalismo teorizante o profesoral” (constituciones redactadas por catedráticos, al estilo de Alemania y Austria) y la dimensión fáctica o existencial;
- d. las luchas sociales, apuradas por las crisis económicas y falsamente resueltas por “los enunciados líricos y declamatorios incluidos en el papel de una Constitución”;
- e. la crisis de los principios morales, devaluados por una sociedad materialista y maquiavelizada;
- f. el progreso de la ciencia y de la técnica, que ha contribuido al engrosamiento del poder del Estado, confiriéndole un poder de coerción inimaginable años atrás;
- g. el advenimiento al poder de las masas, que generó en muchos países un clima político demagógico y dictatorial;
- h. el factor económico y de prevalencia de intereses de ese tipo, sectoriales, sobre el bien común;
- i. políticas rutinarias y vegetativas en las democracias, ineptas para adaptarse a las nuevas crisis que se presentaron y para formular respuestas útiles.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> LINARES QUINTANA, op. cit., pp. 183-193.

## 4.

### DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO PÉRDIDA DE RANGO CONSTITUCIONAL DE NORMAS CONSTITUCIONALES

Parte de la doctrina francesa ha explicado que, ante fenómenos de golpe de Estado o revolucionarios, sobreviven jurídicamente no solamente las leyes anteriores compatibles con el nuevo régimen, sino también las normas constitucionales previas que no se refieren al régimen político (ciertas declaraciones de derecho administrativo o penal, por ejemplo, que al decir de ESMEIN solamente eran constitucionales por la forma, al estar incluidas en la constitución, pero no por su objeto o naturaleza), aunque en este caso lo hacen solamente con fuerza de ley. A ello se llamó, explican PRÉLOT y BOULOIS, “la desconstitucionalización por efecto de las revoluciones”.<sup>6</sup>

## 5.

### DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO DEROGACIÓN SOCIOLOGICA DE NORMAS CONSTITUCIONALES

En ese sentido, se sostiene que el incumplimiento, la desnaturalización o la violación reiterados de reglas constitucionales, no sancionados por los custodios de la supremacía constitucional, pueden provocar en determinados casos la abrogación sociológica, por desuetudo, de las normas en cuestión. Según situaciones que varían de país en país, es factible que tramos significativos de la constitución queden así desconstitucionalizados. En homenaje a la verdad, cabe constatar esas exclusiones de reglas constitucionales, más allá de lo lamentable que sea el proceso de desconocimiento de cláusulas de la ley suprema.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Cf. A. ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, t. I, Recueil Sirey, París, 7.ª ed., 1921, p. 580; Marcel PRÉLOT y Jean BOULOIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8.ª ed., Dalloz, París, 1980, p. 197.

<sup>7</sup> Hemos utilizado tal sentido de la palabra *desconstitucionalización* en Néstor Pedro SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 1.ª reimp., 2004, p. 358.

## 6.

## FENÓMENOS PRÓXIMOS. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y DESMONTAJE DE LA CONSTITUCIÓN

Interesa abordar situaciones que, aunque no hayan sido etiquetadas como formas de desconstitucionalización, de todos modos guardan cercanía con esta última.

Para Werner KÄGY, el “desmontaje” de la constitución es un fenómeno vinculado a la *decadencia* o el *desplazamiento* de lo normativo-constitucional, entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza motivadora de la norma de la ley suprema. Importan casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla en sí no queda afectada, aunque sí su eficacia. A su entender, la decadencia de lo normativo-constitucional es una consecuencia general de la declinación de lo normativo en la existencia humana en comunidad.<sup>8</sup>

Entre los indicadores de ese desmontaje constitucional, KÄGY destaca los siguientes:

- a. el “derecho de emergencia” refrendado por una lectura de la constitución entrevista como la “constitución extraordinaria o de emergencia”, que desvincula al operador gubernativo de controles y responsabilidades, y que magnifica un derecho de emergencia intra o extraconstitucional;
- b. la admisión de la doctrina del “quebrantamiento constitucional”, por vía consuetudinaria, y conforme a la cual es admisible que en un *caso concreto* se infrinja la constitución, siempre que el precepto constitucional continúe rigiendo en el futuro.<sup>9</sup>
- c. la delegación de competencias legislativas y la “concesión de plenos poderes” al Poder Ejecutivo, confiriéndole un “poder constitucional exorbitante”, traducido, por ejemplo, en la definición de la autoridad del *Führer* como poder “amplio, total, libre e independiente, exclusivo e ilimitado”.<sup>10</sup> En definitiva,

<sup>8</sup> Cf. WERNER, op. cit., pp. 54 ss., 62, 137 ss.

<sup>9</sup> Sobre la aceptación del *quebrantamiento* de la constitución (infracción para un caso específico) en virtud de que “su necesidad resulta de la situación especial de un caso concreto, de una coyuntura anormal imprevista”, “en interés de la existencia política del todo”, y como muestra de “la supremacía de lo existencial sobre la simple normatividad”, véase Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid, reimpresión s/f, p. 125. El autor puntualiza que el quebrantamiento no significa una reforma constitucional, ya que el texto quebrantado continúa en vigor.

<sup>10</sup> Así, se llegó a decir que “El *Führer* y Canciller del Reich es el delegado plenipotenciario y constituyente del pueblo alemán que, sin atención de los requisitos formales, determina la configuración de la forma externa del Reich como asimismo la política general [...] En el *Führer* se reúne todo el poder del pueblo alemán”, incluso “la máxima

se arriba a “una emancipación progresiva de la actividad estatal de las normas constitucionales”.

- d. una concepción de la “constitución política” o “constitución viviente” sustraída de la normativización clásica, de tipo consuetudinario, no moldeada en forma de ley, sino vivencialmente, modificable por la ley común o incluso individualmente por el *Führer*.
- e. la identificación entre derecho y política, y entre el ordenamiento populista y el derecho;
- f. la admisión de la reforma o cambio de la constitución por medio de la interpretación constitucional (“dinámica” o “mutativa”) o por un procedimiento distinto del previsto por la propia constitución (hipótesis de “reforma despreciativa de la constitución” y caso de las “mutaciones constitucionales”); también, la reforma “indirecta” o “tácita” de la constitución, por medio de la ley común opuesta a ella, pero no declarada inconstitucional, o de la costumbre opuesta a la constitución;<sup>11</sup>
- g. evitar la aplicación de preceptos constitucionales precisos mediante el avance de los conceptos jurídicos indeterminados (“conceptos válvula”) o la “fuga hacia las cláusulas generales”;
- h. recurrir a la “adaptación de la Constitución” como estrategia de evasión de las directrices constitucionales.

---

autoridad jurisdiccional”. V. KÁGY, op. cit., p. 144, nota 154, con mención como fuente de H. FRANK y Carl SCHMITT.

<sup>11</sup> Cabe recordar que, respecto de la constitución de Weimar, fue frecuente el uso de la llamada reforma *implícita*, que consistía en decidir una enmienda constitucional con la mayoría legislativa requerida por el artículo 76 de aquel texto, pero sin expresar que se reformaba la constitución. Por ello, no era claro determinar, en múltiples casos, si mediaba o no reforma. Para terminar con esa práctica, algunas constituciones modernas, como la alemana, demandan que, si se reforma la constitución, ello se diga expresamente en el acto reformativo. Véase Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 62-63.

## 7.

---

## DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y DESVALORIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Karl LOEWENSTEIN plantea el problema de la “desvalorización” de la constitución escrita preferentemente en el ámbito de las constituciones que denomina *normativas*, esto es, de las cumplidas u obedecidas en una proporción aceptable (no en la esfera de las constituciones *nominales*, cuya dosis de observancia es mínima, ni en el campo de las constituciones *semánticas*, que importan un simple disfraz constitucional para encubrir hipócritamente situaciones de poder).<sup>12</sup>

En concreto, define esa *desvalorización* como un episodio signado por dos acontecimientos. El primero es la “falta de observancia *consciente* de la constitución”, por parte de quienes poseen el poder constitucional, y acaece cuando una disposición constitucional de tipo *esencial* no es deliberada y consecuentemente aplicada o realizada. La norma constitucional sigue formalmente vigente, pero permanece —explica— como *lex imperfecta* o letra muerta, “en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la ley fundamental”. Ello es así porque la efectivización de la norma perjudicaría a los operadores de la constitución.

Esta patología, explica Loewenstein, se produce algunas veces: a) incumpliendo prohibiciones constitucionales (por ejemplo, el rearme japonés, interdicto por la constitución de 1946; la concesión de delegaciones legislativas parlamentarias en el poder ejecutivo, en la constitución francesa de 1946), o b) no realizando deberes constitucionales (algo que hoy llamaríamos *inconstitucionalidad por omisión*: la falta de lanzamiento de la Corte Constitucional italiana durante ocho años, por desacuerdos entre los partidos políticos acerca de los jueces que cabía designar, y la ausencia de ley reglamentaria de la vida interna de los partidos políticos en Alemania Federal, durante un lapso prolongado, a pesar de las previsiones de la ley fundamental de 1947). En otros casos, c) se adoptan medidas que la constitución no contempla (por ejemplo, en Suiza, durante bastante tiempo, las “resoluciones federales urgentes”). El listado es simplemente enunciativo.

---

<sup>12</sup> Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (trad. por Alfredo Gallego Anabitarte), Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1976, p. 222 ss. Los destacados son nuestros.

El segundo factor que coadyuva a la desvalorización de la constitución es la “erosión de la conciencia constitucional” en la sociedad, vale decir, la pérdida de prestigio de la constitución en la comunidad, suceso que para nuestro autor es muy frecuente: “la masa de la población ha perdido su interés en la constitución, y ésta, por tanto, su valor efectivo para el pueblo. Esto es un hecho indiscutible y alarmante”. Existen, eso sí, distintos grados de desapego y de indiferencia hacia la constitución, que en casos extremos pueden llegar hasta la hostilidad constitucional. Lograr la “revitalización de la conciencia constitucional” en el pueblo puede en ciertos casos resultar una misión hartamente difícil, que demanda —concluye— o acercar al pueblo a su constitución o acercar la constitución al pueblo, mediante la reforma constitucional.<sup>13</sup>

En definitiva, el incumplimiento consciente de cláusulas constitucionales importantes por los operadores oficiales de la constitución encuentra en la indiferencia u hostilidad popular hacia la constitución un excelente caldo de cultivo para el éxito de la empresa evasiva de la constitución. El producto final, la *desvalorización* de la constitución, bien puede configurar, entendemos, la *desconstitucionalización* en sí, o al menos una de sus manifestaciones más significativas.

## 8.

### DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y FALSEAMIENTO O FRAUDE CONSTITUCIONAL

El término *falseamiento* de la constitución ha sido aplicado de distintos modos. A título ejemplificativo mencionamos algunos:

a. SÁNCHEZ AGESTA cita como primera manifestación del *falseamiento* constitucional la imposición de una constitución inspirada en valores o principios incapaces de vertebrar a una sociedad. El segundo caso ocurre cuando los valores originales de una constitución sufren una desviación histórica, pierden convicción comunitaria y terminan como una tradición muerta. De hecho se impone un nuevo orden, con otros principios y

<sup>13</sup> LOEWENSTEIN, op. cit., p. 231.

creencias, pero bajo el ropaje del mismo texto constitucional viejo, que concluye entonces falseado en el orden de las realidades. La versión extrema del falseamiento deliberado —sostiene— es el “fraude constitucional”, que se dio de modo manifiesto, por ejemplo, con Mussolini, al manipular el Estatuto albertino de 1848, o con Hitler, al distorsionar las reglas constitucionales del texto de Weimar de 1919.<sup>14</sup>

b. Maurice HAURIUO empleó la expresión *falseamiento de la constitución* igualmente con dos acepciones, ambas referidas a la modificación o el cambio encubierto de la constitución formal. Una, mediante la sanción de leyes ordinarias opuestas a la constitución, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos de control de la constitucionalidad, con lo que pueden terminar derogándola.<sup>15</sup> Otra, a través de prácticas y costumbres, en particular de los órganos gubernativos, opuestas a la ley suprema.

## 9.

### REEXAMEN

Un nuevo encuadre del concepto de *desconstitucionalización* obliga a recordar que el prefijo *des* denota *negación* o *inversión* del significado de la palabra a la que es antepuesto. Por ende, aplicado a nuestro caso, implica negación o inversión de una *constitucionalización*.

a. Un primer sentido de la *desconstitucionalización* es, consecuentemente, quitar rango constitucional a algo que tiene esa calidad. Eso puede producirse por vía de reforma expresa de la constitución, sea 1) eliminando del escenario jurídico un instituto incluido en la constitución (así, la reforma constitucional de la Provincia de Tucumán del año 2006 borró al Tribunal Constitucional formalmente creado por la constitución local de 1990), sea 2) manteniéndolo, pero en un plano subconstitucional (un ejemplo de ello es el tema del número de jueces de la Corte Suprema de Justicia argentina, punto tratado en el texto constitucional de 1853, artículo 91, que los fijaba en nueve, cifra que desapareció de la

---

<sup>14</sup> Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de teoría política*, 3.ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1970, pp. 341-342.

<sup>15</sup> Maurice HAURIUO, *Principios de derecho público y constitucional* (trad. Carlos Ruiz del Castillo), Reus, Madrid, 2.ª ed., s/f, pp. 331-332. Debe recordarse que, al escribir HAURIUO su obra, varios países carecían de un sistema de control de constitucionalidad, motivo por el cual en ellos las leyes inconstitucionales aprobadas por el

constitución formal a partir de la reforma de 1860 —actual artículo 108— para ser regulada por ley). En esta última hipótesis, el asunto pasa de estar *constitucionalizado* a la condición de *legalizado*.

Todavía estamos, conviene aclararlo, dentro del marco de lo constitucional, en tanto la enmienda se haya realizado respetando a la constitución.

b. A los supuestos de los temas que el propio constituyente “baja” —*constitucionalmente*— de la constitución formal, hay que añadir los casos de derogación sociológica de reglas constitucionales, por medio de la costumbre constitucional abrogatoria, o desuetudo.<sup>16</sup> También ellos entran en el catálogo de los rubros desconstitucionalizados, pero por conductos no formalmente constitucionales. Ingresamos así en la dimensión *inconstitucional* de la desconstitucionalización.

c. La palabra *desconstitucionalización* puede proyectarse igualmente hacia situaciones más sutiles, propias del llamado *desmontaje* (*supra*, sección 6), *falseamiento* (*supra*, sección 8) o *desvalorización* constitucional (*supra*, sección 7), cuando una regla constitucional no es formalmente cambiada pero sí resulta desvirtuada, pervertida, bloqueada o desnaturalizada, especialmente por prácticas, costumbres o interpretaciones mutativistas, por lo general manipulativas de la constitución,<sup>17</sup> que en definitiva producen una caída en el vigor jurídico (o *fuerza normativa*) del precepto constitucional sancionado en su momento. Uno o más tramos de éste, en efecto, dejarán realmente de aplicarse, a veces incluso con sustitución del contenido constitucional, por más que el operador simule que los está haciendo funcionar a pleno.

Ese vaciamiento puede referirse, cabe destacarlo, tanto a la letra como al espíritu (fines, principios, ideología) que anime a la cláusula constitucional.

Como se anticipó, otra importante fuente de desconstitucionalización surge de la reiterada sanción de leyes o decretos inconstitucionales, pero no declarados así por los órganos de control de constitucionalidad, con lo que, indirectamente, rigen por encima de la constitución y de hecho bloquean o anestesian las reglas constitucionales que los contra-

---

Parlamento no podían ser declaradas por los operadores jurídicos como opuestas a la constitución. En tal hipótesis, la ley común del caso reformaba oblicuamente a la constitución.

<sup>16</sup> No abordamos aquí el debate sobre la posibilidad de que la costumbre derogue una regla de la constitución formal. Nos inclinamos a la doctrina que así lo acepta —véase nuestra *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 413 ss., adonde derivamos al lector.

<sup>17</sup> Sobre la interpretación mutativa (que puede quitar algo al texto constitucional, agregárselo o realizar ambas operaciones: mutación por *sustracción*, *adición* y *mixta*), y en cuanto a la interpretación manipulativa, nos remitimos a Néstor Pedro SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la constitución*, LexisNexis, Buenos Aires, 2.ª ed., 2006, pp. 42 ss., 165 ss.

dicen.<sup>18</sup> La aplicación de un derecho subconstitucional contrario a la constitución, en efecto, importa paralelamente la inaplicación del derecho constitucional que se le opone.

d. Conceptualmente, una cosa es la *desconstitucionalización* de una norma constitucional (su vaciamiento o desmontaje, como vimos) y otra su *quebrantamiento*, ya que en este último caso el precepto sigue en vigor, por más que haya sido infringido en una situación específica (véase *supra*, sección 6, nota 9). Sin embargo, si en un país se dan situaciones de quebrantamiento de múltiples reglas constitucionales importantes, puede por cierto hablarse de una crisis de constitucionalidad lindante, o similar, llegado el caso, con un estado de desconstitucionalización. Quizá podría clasificarse el problema así: el decaimiento o la *desvalorización* (para hablar en términos de LOEWENSTEIN) de la constitución puede perpetrarse tanto por *quebrantamiento* como por *desconstitucionalización* inconstitucional.

e. La superficie de la desconstitucionalización (ya en la letra, ya en los fines e ideología) es forzosamente variable. Hay constituciones con una baja cuota de desconstitucionalización, pero en otras los tramos desconstitucionalizados pueden ser enormes. Los episodios de fraude constitucional consignados *supra*, en la sección 8.a, son indicativos de situaciones extremas.

e. La desconstitucionalización se consolida en el plano normativo si el intérprete final (y, por ende, definitivo) de la constitución la acepta, explícita o implícitamente, sin excluirla del escenario de la validez constitucional, por más que se trate de una operación inconstitucional. Pero otro dato importante, en la realidad existencial, es el refrendo sociológico de la desconstitucionalización, que se produce cuando obtiene un real consenso en el medio, consecuencia, de vez en cuando pero no siempre —volviendo a LOEWENSTEIN (*supra*, sección 7)—, de vivencias colectivas de desapego o indiferencia hacia la constitución.

---

<sup>18</sup> Cabe recordar que, como enseña Kelsen, la ley inconstitucional vale como constitucional mientras no sea declarada inconstitucional. En realidad, agrega, *es* constitucional hasta que se produzca su descalificación como inconstitucional. Cf. Hans KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Maynez), México, UNAM, 3.ª ed., 1969, p. 187.

# 10.

## REFLEXIONES AXIOLÓGICAS

Cabe inquirir si la desconstitucionalización, que en el plano ideológico se encuentra íntimamente vinculada a los valores, bienes y creencias jurídico-políticas, está signada solamente por el abandono de los principios políticos liberales (*supra*, sección 3).

La respuesta a este interrogante depende de si se exige, para plasmar una constitución, la pertenencia a una concepción ideológica determinada, como es la liberal, o si puede haber constituciones y derecho constitucional no liberales. De hecho, los últimos han existido y existen. Si un país contaba con una constitución liberal y adopta una marxista, por ejemplo, se ha *desconstitucionalizado* en lo liberal, y se ha *constitucionalizado* en lo marxista.

En rigor de verdad, actualmente existe un principio de derecho constitucional que opera como recaudo de legitimidad de una constitución y de un derecho constitucional cualquiera: la adopción de las pautas del Estado social de derecho. Desde esta perspectiva, un país que hoy adopte una constitución opuesta a aquél se ha desconstitucionalizado ideológica e ilegítimamente. El Estado social de derecho reconoce distintas variantes ideológicas, aunque exige ciertos recaudos indispensables y comunes: democracia, justicia social y respeto por los derechos fundamentales de la persona, entre otros.<sup>19</sup>

Por último: ¿es la desconstitucionalización un fenómeno positivo o negativo? Generalmente, la de tipo inconstitucional es un episodio nocivo, como muestra de desorden o falseamiento normativo, o de decaimiento de ciertos valores clave.

No obstante, no toda desconstitucionalización es de por sí mala. Veamos algunas alternativas: si un Estado quita —respetando los trámites del caso— rango constitucional a cierto tema (la sede concreta de la capital, por ejemplo) y lo relega a una ley ordinaria (así lo hizo Argentina con la reforma de 1860: el texto de 1853 indicaba en su artículo 3.º que la sede de los poderes era la ciudad de Buenos Aires), ello puede ser una opción discrecional para el constituyente, ni buena ni perversa.

En otro orden de ideas, si una regla constitucional notoriamente ilegítima es (felizmente) incumplida y termina derogada por desuetudo, o por una interpretación mutativa por sustracción, ese vaciamiento puede festejarse. Por ejemplo, los artículos 55, 89 y 111

<sup>19</sup> Ello importa concluir que el derecho constitucional actual no es ideológicamente neutro. Nos remitimos a SAGÜÉS, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 107.

de la constitución argentina demandan, para ser senador, presidente, vicepresidente o juez de la Corte Suprema, contar con un ingreso económico significativo (dos mil pesos fuertes de renta), y tal cláusula, de corte oligárquico, bueno es que haya quedado ahora desconstitucionalizada por una experiencia jurídica que prácticamente nunca la aplicó.

## 11.

### COLOFÓN

A título de síntesis esbozamos estas proposiciones:

1. El concepto de *desconstitucionalización*, como tantos otros del derecho, ha tenido muchas versiones. No obstante, es posible rastrear ciertos elementos comunes en ellas e intentar algo para su precisión y determinación.

2. Visualizado en este trabajo como el vaciamiento o desmontaje de normas, principios o valores de la constitución, puede afectar a uno o varios segmentos de ella y realizarse, de modo expreso o tácito, por distintos operadores constitucionales que actúen individualmente o asociados en esa empresa.

3. La desconstitucionalización puede ejecutarse constitucionalmente, mediante reformas o enmiendas practicadas según los dispositivos de la ley suprema, o inconstitucionalmente, a través —principalmente— de prácticas o costumbres *contra constitutionem*, vías de hecho, interpretaciones manipulativas de la ley suprema, o la sanción de normas subconstitucionales opuestas a ésta pero no declaradas inconstitucionales por los órganos custodios de la supremacía constitucional.

4. La desconstitucionalización inconstitucional es, como regla, un fenómeno axiológicamente desvalioso, pero ocasionalmente no (si produce el vaciamiento de reglas o principios constitucionales notoriamente ilegítimos). La desconstitucionalización operada por vías de reforma constitucional es en principio legítima, pero requiere que el procedimiento seguido y el nuevo escenario normativo sean a su vez legítimos.

5. La desconstitucionalización se consuma definitivamente cuando el intérprete supremo de la constitución la convalida, también de modo expreso o tácito. Tal es la consolidación jurídica de la desconstitucionalización. La sociológica ocurre cuando logra consenso en una comunidad.



# **DOCUMENTOS**

---



INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

**Case concerning Pulp Mills  
on the River Uruguay  
(Argentina v. Uruguay)**

*Request for the Indication of Provisional  
Measures\**

---

\* 2007, 23 January. General List No. 135.



---

## ORDER

*Present: President HIGGINS; Vice-President AL-KHASAWNEH; Judges RANJEVA, SHI, KOROMA, BUERGENTHAL, OWADA, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV; Judges ad hoc TORRES BERNÁRDEZ, VINUESA; Registrar COUVREUR.*

The International Court of Justice,

Composed as above,

After deliberation,

Having regard to Articles 41 and 48 of the Statute of the Court and to Articles 73 and 74 of the Rules of Court,

*Makes the following Order:*

1. Whereas by an Application filed in the Registry of the Court on 4 May 2006, the Argentine Republic (hereinafter “Argentina”) instituted proceedings against the Eastern Republic of Uruguay (hereinafter “Uruguay”) for the alleged breach by Uruguay of obligations under the Statute of the River Uruguay, which was signed by Argentina and Uruguay on 26 February 1975 and entered into force on 18 September 1976 (hereinafter the “1975 Statute”); whereas such breach is said to arise from “the authorization, construction and future commissioning of two pulp mills on the River Uruguay”, with reference in particular “to the effects of such activities on the quality of the waters of the River Uruguay and on the areas affected by the river”;

2. Whereas Argentina, in order to found the jurisdiction of the Court, relied in its Application on Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court and on the first paragraph of Article 60 of the 1975 Statute, which provides that any dispute concerning the interpretation or application of the 1975 Statute “which cannot be settled by direct negotiations may be submitted by either Party to the International Court of Justice”;

3. Whereas on the basis of the statements of facts and law alleged in the Application, Argentina requested the Court to adjudge and declare as follows:

“1. that Uruguay has breached the obligations incumbent upon it under the 1975 Statute and the other rules of international law to which that instrument refers, including but not limited to:

- (a) the obligation to take all necessary measures for the optimum and rational utilization of the River Uruguay;
- (b) the obligation of prior notification to CARU and to Argentina;
- (c) the obligation to comply with the procedures prescribed in Chapter II of the 1975 Statute;
- (d) the obligation to take all necessary measures to preserve the aquatic environment and prevent pollution and the obligation to protect biodiversity and fisheries, including the obligation to prepare a full and objective environmental impact study;
- (e) the obligation to co-operate in the prevention of pollution and the protection of biodiversity and of fisheries; and

2. that, by its conduct, Uruguay has engaged its international responsibility to Argentina;

3. that Uruguay shall cease its wrongful conduct and comply scrupulously in future with the obligations incumbent upon it; and

4. that Uruguay shall make full reparation for the injury caused by its breach of the obligations incumbent upon it”;

4. Whereas by a request filed in the Registry on 4 May 2006, immediately after the filing of the Application, Argentina, invoking Article 41 of the Statute of the Court and Article 73 of the Rules of Court, and relying on the facts alleged in the Application, requested that the Court indicate the following provisional measures:

“(a) pending the Court’s final judgment, Uruguay shall:

- (i) suspend forthwith all authorizations for the construction of the CMB and Orion mills;
- (ii) take all necessary measures to suspend building work on the Orion mill; and (iii) take all necessary measures to ensure that the suspension of building work on the CMB mill is prolonged beyond 28 June 2006;

(b) Uruguay shall co-operate in good faith with Argentina with a view to ensuring the optimum and rational utilization of the River Uruguay in order to protect and preserve the aquatic environment and to prevent its pollution;

(c) pending the Court's final judgment, Uruguay shall refrain from taking any further unilateral action with respect to construction of the CMB and Orion mills which does not comply with the 1975 Statute and the rules of international law necessary for the latter's interpretation and application;

(d) Uruguay shall refrain from any other action which might aggravate or extend the dispute which is the subject-matter of the present proceedings or render its settlement more difficult";

5. Whereas by an Order dated 13 July 2006, the Court, after hearing the Parties, found "that the circumstances, as they [then] present[ed] themselves to the Court, [were] not such as to require the exercise of its power under Article 41 of the Statute to indicate provisional measures"; and whereas by an Order of the same day, the Court fixed 15 January 2007 as the time-limit for the filing of the Memorial of Argentina and 20 July 2007 as the time-limit for the filing of the Counter-Memorial of Uruguay;

6. Whereas on 29 November 2006, Uruguay, referring to the pending case and invoking Article 41 of the Statute of the Court and Article 73 of the Rules of Court, submitted in turn to the Court a request for the indication of provisional measures;

7. Whereas in this request Uruguay stated that "[t]he provisional measures ... requested are urgently needed to protect the rights of Uruguay that are at issue in these proceedings from imminent and irreparable injury, and to prevent the aggravation of the present dispute";

8. Whereas Uruguay explained that since 20 November 2006, "[o]rganized groups of Argentine citizens have blockaded a vital international bridge over the Uruguay River, shutting off commercial and tourist travel from Argentina to Uruguay", that "the blockade ... is planned to continue without interruption for at least the next three months", that is to say during the whole of the South American summer tourist season, and that the blockade "will deprive Uruguay of hundreds of millions of dollars in foregone trade and tourism"; whereas Uruguay maintained that "[t]he economic damage suffered by Uruguay to date as a result of the blockades has [already] been enormous"; whereas it pointed out that the leaders of the blockade "are planning to extend the blockades beyond the bridges to the river itself 'to prevent river traffic with supplies for Botnia'"; whereas Uruguay added that it is not the first time that Argentina has unlawfully allowed the blockade of international bridges; whereas it recalled that Argentina previously "allowed a similar blockade by the

same Argentine citizen groups” for the purpose of forcing “Uruguay to terminate construction of the cellulose plants” and specified that “[t]hat blockade was imposed during and beyond the last summer tourist season, between 8 December 2005 and 20 March 2006, and again from 5 April to 2 May”;

9. Whereas Uruguay contended that “[t]he stated purpose of the blockade is to compel Uruguay to accede to Argentina’s demand that it permanently end construction of the Botnia cellulose plant that is the subject of this litigation, and to prevent the plant from ever coming into operation”;

10. Whereas in the request for the indication of provisional measures, Uruguay maintained that “the Government of Argentina has not taken any action against the new blockade, and it appears that it has no intention to use the means at its disposal as a sovereign State to stop it”; whereas Uruguay thus argued that “Argentina’s international responsibility for [the] blockades. resulting from its allowance of them, its acquiescence in them, and its failure to act against them. is manifest”;

11. Whereas according to Uruguay, the right which it seeks to safeguard by its request is “the right to carry on with the construction and operation of the Botnia plant in conformity with the environmental standards established under the bi-national agreement known as the Estatuto del Río Uruguay” pending the Court’s adjudication on the merits of the case;

12. Whereas Uruguay further claimed that it “has a right to have [the present] dispute resolved by the Court pursuant to Article 60 [of the 1975 Statute], rather than by Argentina’s unilateral acts of an extrajudicial and coercive nature”; whereas Uruguay termed Argentina’s conduct “a contempt of court”; whereas Uruguay submitted “that Argentina’s conduct constitutes a flagrant violation of its obligations as a Party to proceedings in this Court, which require it to refrain from any action or omission that might irreparably harm the rights claimed by Uruguay that the Court has been called upon to adjudicate”; whereas Uruguay further contended that Argentina’s conduct “contravenes the Court’s 13 July 2006 injunction to the Parties to ‘refrain from any actions which might render more difficult the resolution of the present dispute’”;

13. Whereas at the conclusion of its request Uruguay asked the Court to indicate the following provisional measures:

“While awaiting the final judgment of the Court, Argentina

- (i) shall take all reasonable and appropriate steps at its disposal to prevent or

- end the interruption of transit between Uruguay and Argentina, including the blockading of bridges and roads between the two States;
- (ii) shall abstain from any measure that might aggravate, extend or make more difficult the settlement of this dispute; and (iii) shall abstain from any other measure that might prejudice the rights of Uruguay in dispute before the Court”;

14. Whereas the last paragraph of Uruguay’s request reads as follows:

“It is Uruguay’s strong preference that this matter be resolved diplomatically and amicably between the two Parties. What Uruguay seeks is Argentina’s agreement to end the current blockade and prevent any further blockades, and its fulfilment of that agreement. If Argentina will make such a commitment, Uruguay will accept it in good faith and will no longer have a need for judicial intervention, or for the provisional measures requested herein. In such circumstances, Uruguay would be pleased to withdraw this request”;

15. Whereas immediately upon receiving the text of the request for the indication of provisional measures, the Registrar transmitted a certified copy thereof to the Agent of the Republic of Argentina, in accordance with Article 73, paragraph 2, of the Rules of Court; and whereas the Registrar also notified the Secretary-General of the United Nations of the filing of the request;

16. Whereas by letters dated 29 November 2006, the Registrar informed the Parties that the Court, in accordance with Article 74, paragraph 3, of the Rules of Court, had fixed 18 December 2006 as the date for the opening of the oral proceedings;

17. Whereas, on 14 December 2006, Uruguay transmitted to the Court a volume of documents concerning the request for the indication of provisional measures entitled “Observations of Uruguay”; and whereas a copy of these documents was immediately sent to Argentina;

18. Whereas, on 18 December 2006, before the opening of oral proceedings, Argentina transmitted to the Court a volume of documents concerning the request for the indication of provisional measures; and whereas a copy of these documents was immediately sent to Uruguay;

19. Whereas, at the public hearings held on 18 and 19 December 2006 in accordance with Article 74, paragraph 3, of the Rules of Court, oral observations on the request for the indication of provisional measures were presented by the following representatives of the Parties:

*On behalf of Uruguay:*

H.E. Mr. Héctor Gros Espiell, *Agent*,  
Mr. Alan Boyle,  
Mr. Luigi Condorelli;

*On behalf of Argentina:*

H.E. Ms Susana Myrta Ruiz Cerutti, *Agent*,  
Mr. Marcelo Kohen,  
Mr. Alain Pellet;

\*

\*        \*

20. Whereas, at the hearings, Argentina challenged the jurisdiction of the Court to indicate the provisional measures requested by Uruguay; whereas it contended that “[r]ecognition of the Court’s jurisdiction over the case brought before it by Argentina does not imply that the Court has jurisdiction to deal with any procedural incident such as the request for the indication of provisional measures submitted by Uruguay”; whereas Argentina contended that provisional measures can be indicated by the Court only if there is “a direct *legal link* ... between, on the one hand, the provisional measures requested and, on the other, the claims filed in the Application, which define the subject of the case” (emphasis in the original); whereas it argued that the request for the indication of provisional measures has “no link with the Statute of the River Uruguay, the only international instrument serving as a basis for the Court’s jurisdiction to hear the case concerning *Pulp Mills on the River Uruguay*”, nor, *a fortiori*, with Argentina’s Application by which the case was brought before the Court; and whereas it explained that, had Uruguay addressed the same requests to the Court “by means of a fresh application based on Article 60 of the 1975 Statute ... the Court [would have declined] jurisdiction, there being no jurisdictional link”, inasmuch as those requests are completely unrelated to the 1975 Statute;

21. Whereas Argentina contended that the real purpose of Uruguay’s request is to obtain the removal of the roadblocks; whereas it emphasized that none of the rights potentially affected by the aforesaid roadblocks, that is the right to freedom of transport and to freedom of commerce between the two States, are rights “governed by the Statute of the River Uruguay”; whereas it stipulated that those rights are guaranteed by the Treaty of Asunción which established the Southern Common Market (hereinafter “Mercosur”); whereas Argentina indicated that Uruguay had in fact already seised a Mercosur *ad hoc* Tribunal in relation to the roadblocks and that that tribunal “handed down its decision on the case on 6 September last

... [and] its decision is final and binding and constitutes *res judicata* with respect to the Parties”; whereas it noted that Mercosur’s dispute settlement system “rule[s] out the possibility of applying to any other forum” once a specific course of action has been selected and that, having had recourse to the Mercosur procedure, Uruguay “cannot today back down”; and whereas it added that Uruguay, in its request to the Court, is seeking “to obtain a new decision on the same facts that have already been decided” and “on an issue which is neither within the jurisdiction of the Court nor part of the case that Argentina submitted [to it]”, thus constituting “an abuse of forum on the part of Uruguay”;

\*

22. Whereas Uruguay denied that its request for the indication of provisional measures seeks to obtain from the Court condemnation of the unlawfulness of the blocking of international roads and bridges connecting Argentina to Uruguay under general international law or under the rules of the Treaty of Asunción; whereas it stated that it “is fully aware that such breaches ... fall outside of the jurisdiction of this Court inasmuch as they are not covered by the Statute of the River Uruguay” and that it “follows that the arbitration clause in Article 60 of the Statute simply cannot be invoked in that regard”; whereas it indicated, however, that the roadblocks constitute “unlawful acts” which “violate and threaten irreparable harm to the very rights defended by Uruguay” in the present case; whereas it added that “[t]he blocking of international roads and bridges ... is a matter directly, intimately and indissociably related to the subject-matter of the case before the Court”; and whereas it contended that the Court “most certainly has jurisdiction in respect of breaches by Argentina of its obligations as a Party to this dispute”;

23. Whereas Uruguay further disputed that the measures it took within the framework of the Mercosur institutions had any bearing whatsoever on the Court’s jurisdiction to hear its request for the indication of provisional measures; whereas it explained that the decision of the *ad hoc* Tribunal of 6 September 2006 concerned different roadblocks, established at another time and with a different purpose, to those referred to by its request for provisional measures; whereas it makes clear that it has not instituted any further proceedings within Mercosur’s dispute settlement mechanisms with respect to the existing roadblocks and that those institutions do not in any case have the jurisdiction to address the rights concerned by the proceedings before the Court and which Uruguay is in this case seeking to protect;

\*

24. Whereas in dealing with a request for provisional measures the Court need not finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case but will not indicate such measures unless there is, prima facie, a basis on which the jurisdiction of the Court might be established; (see, for example, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Provisional Measures, Order of 10 July 2002*, I.C.J. Reports 2002, p. 241, para. 58; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Provisional Measures, Order of 13 July 2006*, para. 57); whereas that is so whether the request for the indication of provisional measures is made by the applicant or by the respondent in the proceedings on the merits;

25. Whereas in establishing the Court's prima facie jurisdiction to deal with the merits of the case, the question of the nature and extent of the rights for which protection is being sought in the request for the indication of provisional measures has no bearing; whereas that latter question will only be addressed once the Court's prima facie jurisdiction over the merits of the case has been established;

26. Whereas in its Order of 13 July 2006 the Court, noting that both "Parties [were] in agreement that the Court has jurisdiction with regard to the rights to which Article 60 of the 1975 Statute applies", already concluded that "it [had] prima facie jurisdiction under Article 60 of the 1975 Statute to deal with the merits [of the case]" (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Provisional Measures, Order of 13 July 2006*, para. 59);

27. Whereas, in the course of the current proceedings, the Parties have expressed diverging views as to whether Uruguay's request for the indication of provisional measures aims at protecting rights which fall within the scope of the 1975 Statute and thus within the prima facie jurisdiction which the Court has to deal with the merits of the case; whereas the link between the alleged rights the protection of which is the subject of the provisional measures being sought, and the subject of the proceedings before the Court on the merits of the case has to be examined;

28. Whereas Article 41 of the Court's Statute authorizes it "to indicate ... any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party"; and whereas the rights of the respondent are not dependent solely upon the way in which the applicant formulates its application;

29. Whereas the Court finds that any right Uruguay may have to continue the construction and to begin the commissioning of the Botnia plant in conformity with the provisions of the 1975 Statute, pending a final decision by the Court, effectively constitutes

a claimed right in the present case, which may in principle be protected by the indication of provisional measures; and whereas Uruguay's claimed right to have the merits of the present case resolved by the Court under Article 60 of the 1975 Statute also has a connection with the subject of the proceedings on the merits initiated by Argentina and may in principle be protected by the indication of provisional measures;

30. Whereas the Court concludes that the rights which Uruguay invokes in, and seeks to protect by, its request (see paragraphs 11 and 12 above) have a sufficient connection with the merits of the case for the purposes of the current proceedings; whereas Article 60 of the 1975 Statute may thus be applicable to the rights which Uruguay invokes in the present proceedings; whereas the rights invoked by Uruguay before the Mercosur *ad hoc* Tribunal are different from those that it seeks to have protected in the present case; and whereas it follows that the Court has jurisdiction to address the present request for provisional measures;

\*  
\*       \*

31. Whereas the power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute has as its object to preserve the respective rights of each party to the proceedings “[p]ending the final decision”, providing that such measures are justified to prevent irreparable prejudice to the rights which are the subject of the dispute;

32. Whereas that power of the Court to indicate provisional measures can be exercised only if there is an urgent necessity to prevent irreparable prejudice to such rights, before the Court has given its final decision (see, for example, *Passage through the Great Belt* (*Finland v. Denmark*), *Provisional Measures, Order of 29 July 1991*, *I.C.J. Reports 1991*, p. 17, para. 23; *Certain Criminal Proceedings in France* (*Republic of the Congo v. France*), *Provisional Measure, Order of 17 June 2003*, *I.C.J. Reports 2003*, p. 107, para. 22);

33. Whereas the Court thus has to consider whether the existence of such urgent necessity to prevent irreparable prejudice to the rights which are the subject of the present case has been shown in the current proceedings;

\*       \*

34. Whereas the Court will now turn to the first provisional measure which Uruguay requests, namely that Argentina “shall take all reasonable and appropriate steps at its

disposal to prevent or end the interruption of transit between Uruguay and Argentina, including the blockading of bridges and roads between the two States”;

\*

35. Whereas Uruguay explained that roadblocks had been installed on all of the bridges linking Uruguay to Argentina; whereas it specified that the Fray Bentos bridge, which normally carries 91 per cent of Uruguay’s exports to Argentina, was subject to a complete and uninterrupted blockade; whereas it added that the two other bridges linking the two countries “ha[d] at times been closed” and that there was a real risk of them being blocked permanently; whereas it stressed the fact that these roadblocks had an extremely serious impact on Uruguay’s economy and on its tourist industry; whereas Uruguay recalled that “the outcome which the blockaders wish to impose on Uruguay by taking to the streets is the same as that pursued by Argentina in seising [the] Court”, that is, “to compel Uruguay to halt construction of the Botnia plant”; and whereas it believed that this shared goal explains the decision taken “at the highest level, [by the Argentine Government,] to remain inactive, taking care not to prevent the blockades and not to end them”;

36. Whereas Uruguay further stated that, if it were obliged to halt the Botnia project in order to protect its tourist industry and its trade, as a consequence of the pressure exerted upon it, the project would be lost in its entirety and the prejudice suffered would therefore be irreparable; and whereas it also contended that the provisional measures it has requested the Court to indicate are urgent in view of the fact that Argentina’s coercive manoeuvres are already under way and might be aggravated;

37. Whereas Uruguay argued that “by its behaviour in encouraging the blockades, [Argentina] is attempting ... to undermine the Court’s ability to render effective justice between the Parties” and that “[i]t is in that very direct and immediate sense that Uruguay’s right to proceed with construction and authorization of the plant is at serious risk of irreparable prejudice now, not merely in the future”; whereas, according to Uruguay, in evaluating the urgency of the provisional measures requested, the Court should take into account the “urgency or imminence ... of the activity causing the harm, not necessarily the harm itself”; whereas it maintained that with the blockades “Argentina has initiated a trend that is intended to result in irreparable harm to the very substance of the rights in dispute” and that, accordingly, “it is the blockades that present the urgent threat, not ... [the] impact they may eventually have on the Botnia plant”;

\*

38. Whereas Argentina disputed the version of the facts presented by Uruguay; whereas it explained that the issue is the blockade of roads in Argentine territory and not of an international bridge and that such roadblocks are “sporadic, partial and geographically localized”; whereas it claimed that those blockades have had no impact on either tourism or trade between the two countries, which, on the contrary, have both shown growth over the first three quarters of 2006; whereas it submitted that the aforesaid roadblocks “have not had the slightest effect on the construction of the pulp mills”, which “has continued at its own pace” and Argentina indicates in this respect that “the Orion mill is at 70 per cent of the planned construction”; and whereas it insisted on the fact that it has never encouraged the roadblocks, nor provided the blockaders with any support, and that it “applies an active policy of persuasion but not of repression to discourage that type of social movement”;

39. Whereas Argentina further submitted that in any case the partial blocking of roads in Argentina is not capable of causing irreparable prejudice to the rights which will be the subject of the decision of the Court on the merits of the case, and that there is no urgency to the measures which Uruguay has requested the Court to indicate; whereas it claimed that “[t]he possible impact of these sporadic protests on the Uruguayan economy and tourist industry ... has no factual or legal bearing on the River Uruguay, the quality of its water or the construction of the Botnia pulp mill” and that “Uruguay has provided no evidence ... that the disputed construction works have been affected” by those protests; whereas it contended moreover that any damage resulting from the interruption of the construction works “would be perfectly ‘reparable’” and that the “right to a judgment ... can ... be infringed only in the event of discontinuance”, of which there is no question in the present case;

\*

40. Whereas the Court, having heard the arguments of the Parties, is of the view that, notwithstanding the blockades, the construction of the Botnia plant progressed significantly since the summer of 2006 with two further authorizations being granted and that it is now well advanced; whereas the construction of the plant is thus continuing;

41. Whereas the Court, without addressing whether the roadblocks may have caused or may continue to cause damage to the Uruguayan economy, is not convinced, in view of the foregoing, that those blockades risk prejudicing irreparably the rights which Uruguay claims in the present case from the 1975 Statute as such;

42. Whereas, moreover, it has not been shown that were there such a risk of prejudice to the rights claimed by Uruguay in this case, it is imminent;

43. Whereas the Court consequently finds that the circumstances of the case are not such as to require the indication of the first provisional measure requested by Uruguay, to “prevent or end the interruption of transit” between the two States and *inter alia* “the blockading of [the] bridges and roads” linking them;

\* \*

44. Whereas the Court will now turn to the remaining provisional measures which Uruguay requests, namely that Argentina “shall abstain from any measure that might aggravate, extend or make more difficult the settlement of this dispute; and shall abstain from any other measure that might prejudice the rights of Uruguay in dispute before the Court”;

\*

45. Whereas Uruguay maintained that the second provisional measure is necessary to prevent the “aggravation or extension of the [present] dispute” or to prevent rendering its settlement more difficult; whereas Uruguay observed in this regard that “a party to litigation before the Court, even one that has lost a provisional measures application, has a duty to respect the decision of the Court and to refrain from taking or permitting measures which are calculated to undermine the due administration of justice”; whereas it emphasized that the Court has already decided in the past that it had the “power to indicate, if need be, such provisional measures as may conduce to the due administration of justice”; whereas Uruguay claimed that “[a]n order can be made to prevent aggravation of the dispute even where the Court has found that there is no threat of irreparable damage to the rights in dispute”; whereas Uruguay submitted that, *in casu*, “the blockade of trade and traffic across the bridges over the River Uruguay amounts to an aggravation of the dispute which threatens the due administration of justice”;

46. Whereas Uruguay, in support of the third provisional measure it requests, asserted that according to the Court’s jurisprudence, *pendente lite* “the Court’s judgment should not be anticipated by reason of any initiative regarding the matters in issue before the Court”, but that Argentina’s conduct aimed “to compel Uruguay to submit at once, without waiting for [the] judgment on the merits, to the claims submitted by Argentina to the Court” and, in particular, to force it “to halt the construction [of the Botnia plant] ... when the [Court’s] Order of last July refused to enjoin such a halt” and that Argentina is “in reality seeking to obtain by anticipation and *de facto* what it could only obtain at this

juncture by means of a judgment in its favour, on the merits, in other words exclusively through a judgment recognizing its alleged ‘right of veto’ as to the construction ...”; whereas Uruguay moreover maintained that in conformity with the 1975 Statute and according to the Court’s Order of 13 July 2006, it has the right to proceed with the construction and authorization of the Botnia plant pending the hearing on the merits and that this right should thus be protected by the Court’s Order; whereas it added that Argentina’s conduct “undermines the authority of the Court and prejudices the final decision [it is] to give regarding whether or not such construction is permitted under the 1975 Statute in spite of Argentina’s disagreement”; and whereas Uruguay concluded that the Court should order that Argentina “shall abstain from any other measure that might prejudice the rights of Uruguay in dispute before the Court”;

\*

47. Whereas Argentina maintained that no risk of aggravation or extension of the dispute exists given that “no right that Uruguay could invoke before the Court in respect of the dispute before it has been infringed”; whereas it further argued that neither the 1975 Statute nor the Order rendered by the Court on 13 July 2006 give Uruguay a “right to continue with the construction of the Botnia plant” capable of benefiting from any protection by the Court at this stage of proceedings; whereas it specified that by that Order the Court simply “held that at the provisional measures stage it did not have to consider the issue of whether Uruguay could implement its project in the absence of agreement between the Parties or, failing such agreement, pending settlement of the dispute by the Court”, but that the Order did not create “any new right for Uruguay”; whereas, while Argentina does not deny that Uruguay has the right to have the Court settle the dispute between the Parties over the pulp mills, it noted that “[n]othing in its conduct infringes Uruguay’s procedural rights” and that “nothing and no one is endangering Uruguay’s rights to continue the present proceedings, to deploy all its grounds of defence and to obtain a decision of [the] Court with binding force”;

48. Whereas, finally, Argentina submitted that in the absence of any link to the subject-matter of the proceedings before the Court, should the Court decide not to indicate the first provisional measure, the second and third provisional measures requested by Uruguay cannot be indicated independently from the first provisional measure;

\*

49. Whereas the Court has on several occasions issued provisional measures directing the parties not to take any actions which could aggravate or extend the dispute or render more difficult its settlement (see, for example, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Provisional Measures, Order of 15 December 1979*, *I.C.J. Reports 1979*, p. 21, para. 47 (B); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, *Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, *I.C.J. Reports 1993*, p. 24, para. 52 (B); *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Provisional Measures, Order of 15 March 1996*, *I.C.J. Reports 1996*, p. 24, para. 49 (1); *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Provisional Measures, Order of 3 July 2000*, *I.C.J. Reports 2000*, p. 129, para. 47(1)); whereas in those cases provisional measures other than measures directing the parties not to take actions to aggravate or extend the dispute or to render more difficult its settlement were also indicated;

50. Whereas the Court has not found that at present there is an imminent risk of irreparable prejudice to the rights of Uruguay in dispute before it, caused by the blockades of the bridges and roads linking the two States (see paragraphs 41-43 above); whereas the Court therefore considers that the blockades themselves do not justify the indication of the second provisional measure requested by Uruguay, in the absence of the conditions for the Court to indicate the first provisional measure;

51. Whereas, for the aforementioned reasons, the Court cannot indicate the third provisional measure requested by Uruguay either;

\* \*

52. Whereas the request for the indication of provisional measures by Uruguay in its entirety thus cannot be upheld;

\* \*

53. Whereas the Court reiterates its call to the Parties made in its Order of 13 July 2006 “to fulfil their obligations under international law”, “to implement in good faith the consultation and co-operation procedures provided for by the 1975 Statute, with CARU [Administrative Commission of the River Uruguay] constituting the envisaged forum in this regard”, and “to refrain from any actions which might render more difficult the resolution

**INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE**

Case concerning *Pulp Mills on the River Uruguay* (*Argentina v. Uruguay*)

of the present dispute” (*Pulp Mills on the River Uruguay* (*Argentina v. Uruguay*), *Provisional Measures, Order of 13 July 2006*, para. 82);

\*

\*        \*

54. Whereas the decision given in the present proceedings in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case or any questions relating to the admissibility of the Application, or relating to the merits themselves; and whereas it leaves unaffected the right of Argentina and of Uruguay to submit arguments in respect of those questions;

55. Whereas this decision also leaves unaffected the right of Uruguay to submit in the future a fresh request for the indication of provisional measures under Article 75, paragraph 3, of the Rules of Court, based on new facts;

\*

\*        \*

56. For these reasons,

THE COURT,

By fourteen votes to one,

*Finds* that the circumstances, as they now present themselves to the Court, are not such as to require the exercise of its power under Article 41 of the Statute to indicate provisional measures.

IN FAVOUR: *President* Higgins; *Vice-President* Al-Khasawneh; *Judges* Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; *Judge ad hoc* Vinuesa;

AGAINST: Judge *ad hoc* Torres Bernárdez.

Done in French and in English, the French text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twenty-third day of January, two thousand and seven, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Argentine Republic and the Government of the Eastern Republic of Uruguay, respectively.

(*Signed*) Rosalyn HIGGINS,

President.

(*Signed*) Philippe COUVREUR,

Registrar.

Judges KOROMA and BUERGENTHAL append declarations to the Order of the Court;  
Judge *ad hoc* TORRES BERNÁRDEZ appends a dissenting opinion to the Order of the  
Court.

*(Initialed)* R.H.

*(Initialed)* Ph.C.

CORTE INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS

**Almonacid Arellano y otros  
vs. Chile**



En el caso *Almonacid Arellano y otros*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces\*:

Sergio García Ramírez, Presidente;

Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente;

Antônio A. Cançado Trindade, Juez;

Manuel E. Ventura Robles, Juez; y

Diego García-Sayán, Juez.

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y

Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y con los artículos 29, 31, 53.2, 55, 56 y 58 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), dicta la presente Sentencia.

---

\* El Juez Oliver Jackman informó al Tribunal que, por motivos de fuerza mayor, no podía estar presente en la deliberación y adopción de la presente Sentencia. La Jueza Cecilia Medina Quiroga, de nacionalidad chilena, se excusó de participar en la deliberación y firma de la presente sentencia.

## I.

### INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA

1. El 11 de julio de 2005, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Chile (en adelante “el Estado” o “Chile”), la cual se originó en la denuncia número 12.057, recibida en la Secretaría de la Comisión el 15 de septiembre de 1998.

2. La Comisión presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de los familiares del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que declare que el Estado incumplió con la obligación emanada del artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención.

3. Los hechos expuestos por la Comisión en la demanda se refieren a la presunta falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del Decreto Ley No. 2.191, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como a la supuesta falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

4. Además, la Comisión solicitó a la Corte Interamericana que, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención, ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación indicadas en la demanda (*infra* párr. 139). Por último, solicitó a la Corte que ordene al Estado el pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

## **II.**

### **COMPETENCIA**

5. Chile es Estado Parte en la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha. En ese momento declaró que reconocía la competencia de la Corte, conforme a lo dispuesto por el artículo 62 de la Convención, solamente respecto a los “hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990”. El Estado ha alegado en sus excepciones preliminares que el Tribunal no tiene competencia para conocer del presente caso (*infra* párrs. 38). Por lo tanto, la Corte decidirá primero sobre las excepciones preliminares interpuestas por Chile; posteriormente, si fuera jurídicamente procedente, el Tribunal pasará a decidir sobre el fondo y las reparaciones solicitadas en el presente caso.

## **III.**

### **PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN**

6. El 15 de septiembre de 1998 Mario Márquez Maldonado y Elvira del Rosario Gómez Olivares presentaron una petición ante la Comisión Interamericana, a la cual se dio trámite bajo el número 12.057.

7. El 9 de octubre de 2002 la Comisión Interamericana, durante su 116º período ordinario de sesiones, adoptó el Informe No. 44/02, mediante el cual declaró admisible la petición, en relación con los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana. Dicho informe fue transmitido el 29 de octubre de 2002 al Estado y a los peticionarios.

8. En el marco de su 122º Período Ordinario de Sesiones, el 7 de marzo de 2005, la Comisión aprobó el Informe de Fondo No. 30/05, en observancia del artículo 50 de la Convención. En éste, concluyó que el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la

misma, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, y efectuó una serie de recomendaciones a efectos de subsanar tales violaciones.

9. El Informe de Fondo fue notificado al Estado el 11 de abril de 2005 y se le concedió el plazo de dos meses para que se pronunciara sobre la implementación de las recomendaciones. El 24 de junio de 2005 el Estado solicitó a la Comisión que prorrogara el plazo otorgado hasta el 8 de julio de 2005. La Comisión otorgó una prórroga al Estado, pero hasta el 1 de julio de 2005.

10. El 20 de junio de 2005, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43.3 de su Reglamento, la Comisión notificó a los peticionarios la adopción del Informe de Fondo y la transmisión de éste al Estado, y les solicitó que expresaran su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte Interamericana. Mediante comunicación de 27 de junio de 2005, los peticionarios solicitaron que la Comisión enviara el caso a la Corte.

11. El 11 de julio de 2005, ante la falta de información del Estado sobre la implementación de las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 de la Convención Americana (*supra* párr. 8), y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51(1) de la Convención y 44 de su Reglamento, la Comisión Interamericana decidió someter el presente caso a la Corte. Ese mismo día, el Estado remitió a la Comisión, fuera del plazo establecido (*supra* párr. 9), su informe sobre el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en Informe de Fondo No. 30/05.

## IV.

### PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

12. El 11 de julio de 2005 la Comisión presentó una demanda ante la Corte en relación con el presente caso. Los anexos a la demanda fueron presentados el 18 de julio de 2005. La Comisión designó como Delegados ante la Corte al Comisionado Evelio Fernández Arévalos y al Secretario Ejecutivo Santiago A. Canton, y como asesores legales a los señores Ariel E. Dulitzky, Víctor H. Madrigal Borloz, Juan Pablo Albán y Christina M. Cerna.

13. El 27 de julio de 2005 la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”), previo examen preliminar de la demanda realizado por el Presidente de la Corte (en ade-

lante “el Presidente”), la notificó, junto con sus anexos, al Estado y le informó sobre los plazos para contestarla y designar representación en el proceso. El mismo día, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.1.d y e del Reglamento, la Secretaría notificó la demanda al señor Mario Márquez Maldonado, designado en la demanda como representante de la presunta víctima y sus familiares (en adelante “el representante”), y le informó que contaba con un plazo de dos meses para presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”).

14. El 22 de agosto de 2005 el Estado designó como Agente a la señora Amira Esquivel Utreras y como Agente Alterno al señor Miguel González Morales.

15. El 26 de septiembre de 2005 el representante presentó su escrito de solicitudes y argumentos, y el 29 de septiembre de 2005 los anexos al mismo.

16. Los días 18 y 25 de noviembre de 2005 el Estado informó a la Corte que el 17 de octubre del mismo año la Comisión Interamericana consultó al Estado si “tendría interés en iniciar el proceso de solución amistosa”.

17. El 26 de noviembre de 2005 el Estado presentó un escrito mediante el cual interpuso excepciones preliminares, contestó la demanda y remitió sus observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “contestación de la demanda”). Las excepciones preliminares interpuestas se refieren a la supuesta incompetencia *ratione temporis* de la Corte para conocer del presente caso y a una supuesta violación procesal durante la tramitación del caso ante la Comisión que habría violado el derecho del Estado a ser oído. El 23 de diciembre de 2005 el Estado presentó los anexos a su contestación de la demanda.

18. El 8 de diciembre de 2005 la Secretaría, de conformidad con el artículo 37.4 del Reglamento, otorgó a la Comisión y a los representantes un plazo de treinta días, para que presentaran sus alegatos escritos sobre las excepciones preliminares interpuestas (*supra* párr. 17). El representante no presentó observaciones.

19. El 6 de enero de 2006 la Comisión remitió sus observaciones escritas a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado, a las cuales adjuntó prueba documental.

20. El 7 de febrero de 2006 la Corte dictó una Resolución mediante la cual estimó conveniente recibir, a través de declaración rendida ante fedatario público (*affidávit*) la declaración del señor Cristián Correa Montt, propuesto como testigo por el Estado. Asimismo, el Presidente convocó a la Comisión, al representante y al Estado a una audiencia pública que se celebraría en la sede del Superior Tribunal de Justicia del Brasil, en la ciudad de Brasilia, a partir del 29 de marzo de 2006, para escuchar sus alegatos finales orales sobre las excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas en el presente

caso, así como las declaraciones de los señores Elvira Gómez Olivares, propuesta como testigo por el representante, Jorge Correa Sutil, propuesto como testigo por el Estado, Humberto Raúl Ignacio Nogueira Alcalá, propuesto como perito por la Comisión, y Cristián Maturana Miquel, propuesto como perito por el Estado. Además, en la referida Resolución el Presidente informó a las partes que contaban con plazo hasta el 12 de mayo de 2006 para presentar sus alegatos finales escritos en relación con las excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas.

21. El día 10 de marzo de 2006 el Estado remitió la declaración rendida por el señor Cristián Correa Montt solicitada por la Corte (*supra* párr. 20). Los anexos a dicha declaración fueron recibidos el 21 de marzo de 2006.

22. El 16 de marzo de 2006 el Estado informó que por motivos de fuerza mayor, el testigo Cristián Maturana Miquel, convocado a comparecer ante la Corte Interamericana en audiencia pública (*supra* párr. 20), estaba imposibilitado de trasladarse a la ciudad de Brasilia, por lo que no podría rendir su declaración. Por esta razón, el Estado solicitó a la Corte que se le permita sustituir dicho peritaje por el del señor Alejandro Salinas Rivera y que se autorice que el señor Maturana Miquel rinda su declaración a través de fedatario público (*affidávit*). Ese mismo día, la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, requirió a la Comisión y al representante que presentaran las observaciones que creyesen convenientes a la solicitud del Estado.

23. El 17 de marzo de 2006 la Comisión presentó sus observaciones, en las que señaló que no tenía objeciones a la solicitud para que se reciba la declaración del señor Maturana Miguel por medio de *affidávit*. Por otro lado, la Comisión señaló que la solicitud del Estado de proponer como nuevo perito al señor Salinas Rivera “resulta improcedente”, en “aplicación del principio de preclusión y dado que el Estado no utilizó la oportunidad procesal pertinente”, y estimó que el ofrecimiento del señor Salinas Rivera como perito “no constituye una sustitución, sino una adición”. Asimismo, la Comisión indicó que “se verifica impedimento” del señor Salinas Rivera para prestar su declaración, puesto que “el presente asunto fue sometido a consideración del Sistema Interamericano [...] cuando el señor Salinas Rivera ya prestaba sus servicios en el área de derechos humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile”.

24. El 17 de marzo de 2006 el representante de las presuntas víctimas presentó observaciones a la declaración del señor Cristián Correa Montt (*supra* párr. 21).

25. El 21 de marzo de 2006 el Estado informó que retiraba “como perito propuesto, al [señor] Alejandro Salinas Rivera, estimando atendible la razón expuesta por la Comi-

sión Interamericana” (*supra* párr. 23), y que en su reemplazo designaba al señor Jean Pierre Matus Acuña. Asimismo, el Estado insistió “en su petición de que se autorice al [señor] Cristián Maturana Miquel, a presentar su informe ante fedatario público”.

26. El 22 de marzo de 2006 la Comisión presentó sus observaciones en relación con la declaración del testigo Cristián Correa Montt. El mismo día presentó sus observaciones sobre el ofrecimiento del Estado de la declaración del señor Jean Pierre Matus Acuña (*supra* párr. 25), en las que manifestó su oposición a tal ofrecimiento, en vista de que “no constituye una sustitución, sino una adición”.

27. El 24 de marzo de 2006 el Presidente de la Corte Interamericana emitió una Resolución, mediante la cual decidió aceptar que el señor Cristián Maturana Miquel presente su peritaje a través de declaración rendida ante fedatario público (*affidavit*), así como convocar al señor Jean Pierre Matus Acuña para que rinda su experticia ante el Tribunal en la audiencia pública convocada por el mismo (*supra* párr. 20).

28. El 29 de marzo de 2006 se celebró la audiencia pública en la ciudad de Brasilia, Brasil, a la cual comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Evelio Fernández Arévalos y Santiago Canton, Delegados; Víctor H. Madrigal Borloz y Juan Pablo Albán, Asesores; b) por los representantes: Mario Eugenio Márquez Maldonado y Ricardo Zúñiga Lizama, y c) por el Estado: Amira Esquivel Utreras, Agente; René Ruidíaz Pérez, Primer Secretario de la Embajada de Chile en Brasil; Patricio Aguirre Vacchieri, Segundo Secretario de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile; y Virginia Barahona, abogada de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Asimismo, comparecieron la señora Elvira Gómez Olivares, testigo ofrecida por el representante, y Jorge Correa Sutil, testigo ofrecido por el Estado, y los señores Humberto Raúl Ignacio Nogueira Alcalá y Jean Pierre Matus Acuña, peritos ofrecidos por la Comisión y el Estado, respectivamente. Los peritos Humberto Raúl Ignacio Nogueira Alcalá y Jean Pierre Matus Acuña presentaron documentación en la audiencia pública. Asimismo, durante la audiencia la Corte solicitó al Estado la remisión de prueba documental.

29. El 19 de abril de 2006 el Estado remitió la declaración jurada del señor Cristián Maturana Miquel.

30. El 19 de abril de 2006 la Asociación Americana de Juristas de Valparaíso/Aconcagua presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*, al cual adjuntó documentación.

31. El 28 de abril de 2006 el representante de las presuntas víctimas presentó sus alegatos finales escritos. Adjuntó a los mismos prueba documental.

32. El 2 de mayo de 2006 la Comisión presentó sus observaciones a la declaración jurada rendida por el señor Cristián Maturana Miquel. La Comisión solicitó a la Corte que “no tome en cuenta la declaración jurada del señor Maturana Miquel, por encontrarse fuera del objeto para el que fue solicitada”.

33. El 22 de mayo de 2006 la Comisión y el Estado presentaron sus alegatos finales escritos. El Estado adjuntó prueba documental, así como los documentos solicitados por la Corte en la audiencia pública (*supra* párr. 28).

34. El 14 de junio de 2006 la Comisión objetó los anexos al escrito de alegatos finales presentados por el Estado. La Comisión señaló que “en virtud del principio de preclusión” y dado que el Estado no presentó esos documentos en la etapa procesal oportuna, “dichos documentos deben ser objeto de rechazo de plano”. Asimismo, la Comisión solicitó que “en el supuesto de que la [...] Corte decidiera admitir la documentación cuestionada [...], se garantice el equilibrio procesal, concediendo a las partes una oportunidad para formular observaciones al contenido de los documentos presentados”.

35. El 14 de junio de 2006 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, informó a la Comisión que el Tribunal, en seguimiento del equilibrio procesal y del principio del contradictorio, transmite a las partes toda la documentación que una de ellas le presenta, a efectos de que puedan pronunciarse sobre la misma. A tal efecto, el Tribunal no concede plazos, en el entendido de que es una facultad, mas no una obligación, que la parte interesada presente observaciones. En el presente caso, la Secretaría transmitió a la Comisión Interamericana y al representante los documentos remitidos por el Ilustrado Estado junto con sus alegatos finales escritos. La Comisión tenía la potestad de presentar observaciones a tal documentación, como en efecto lo hizo mediante el escrito de 14 de junio de 2006 (*supra* párr. 34). Asimismo, la Secretaría informó a la Comisión que si deseaba ampliar sus observaciones, podía remitirlas al Tribunal a la mayor brevedad. La Comisión no presentó observaciones adicionales.

36. El 6 de julio de 2006 el representante de las presuntas víctimas remitió copias legibles de parte de la documentación presentada junto con sus alegatos finales escritos (*supra* párr. 31), así como documentación adicional.

37. El 27 de julio de 2006 el Estado presentó sus observaciones en relación con las observaciones efectuadas con fecha de 2 de mayo de 2006 por la Comisión respecto de la declaración jurada rendida por el señor Cristián Maturana Miquel (*supra* párr. 32). A este escrito el Estado adjuntó prueba documental.

## V.

### EXCEPCIONES PRELIMINARES

38. El Estado, en su contestación a la demanda (*supra* párr. 17), formuló de manera nominada dos excepciones preliminares, a saber: i) incompetencia *ratione temporis* de la Corte para conocer del presente caso, y ii) violaciones al procedimiento ante la Comisión Interamericana. Sin embargo, en la inteligencia de este Tribunal, de los diversos alegatos presentados por Chile se infiere la existencia de otra objeción a la competencia de la Corte: falta de agotamiento de los recursos internos. Si bien el Estado no calificó este argumento como una excepción preliminar, la Corte considera oportuno pronunciarse al respecto en este capítulo.

#### PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR

##### COMPETENCIA DE LA CORTE RATIONE TEMPORIS

###### 39. Alegatos del Estado

- a) el Estado, al momento del depósito del Instrumento de Ratificación de la Convención y reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana, con fecha 21 de agosto de 1990, manifestó que tal reconocimiento de competencia se refiere a “hechos posteriores a la fecha del depósito del Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990”;
- b) el hecho que sustenta la acción penal es el delito de homicidio cometido en contra del señor Almonacid, hecho acaecido el 17 de septiembre del año 1973 y que se encuentra cubierto por la Declaración de incompetencia *ratione temporis* formulada por el Estado, por haber acontecido con anterioridad al 11 de marzo de 1990;
- c) la investigación criminal constituye un todo único y continuo, permanente en el tiempo. Se trata de un proceso judicial, que tiene su inicio en el mes de septiembre del año 1973, en el cual se dictan sucesivos sobreseimientos. El proceso no es susceptible de ser parcializado, dividido, separado o escindido, ni siquiera material o formalmente, es y ha seguido siendo siempre, en forma invariable y permanente en el tiempo, uno solo, con una foliación continua, al igual que su tramitación, y

- d) las acciones judiciales intentadas por los familiares de la víctima, con posterioridad al año 1990, no tienen un carácter de “hechos independientes”, carácter que, además, es ajeno a la realidad material, formal y jurídica.

#### **40. Alegatos de la Comisión**

- a) hay hechos y efectos que se han producido con posterioridad al reconocimiento de la competencia de la Corte, que permanecen y se repiten, y tienen comienzo y ejecución con posterioridad a la aceptación de competencia contenciosa del Tribunal por parte del Estado. Entre estos hechos autónomos, que tienen relación con la violación a los artículos 8 y 25 de la Convención, están los siguientes:
- i) la remisión del caso, el 5 de diciembre de 1996, a la jurisdicción militar, pese a tratarse de delitos comunes, que no corresponden a actos de servicio del personal involucrado;
  - ii) las omisiones de investigación, procesamiento y sanción de los responsables del homicidio del señor Almonacid Arellano, a partir del 11 de marzo de 1990;
  - iii) la sentencia de 28 de enero de 1997 del tribunal militar inferior que sobreyó al supuesto responsable de la muerte del señor Almonacid Arellano;
  - iv) la confirmación de esa sentencia por parte de la Corte Marcial el 25 de marzo de 1998, la que además estableció que resultaba aplicable la ley de auto amnistía de 1978;
  - v) la omisión del Ministerio Público Militar de impugnar la decisión de la Corte Marcial de 25 de marzo de 1998; y
  - vi) la omisión de la Corte Suprema de Justicia de Chile de ejercer de oficio el control de constitucionalidad del Derecho Ley de auto amnistía No. 2.191, según lo previsto por el artículo 80 de la Constitución;
- b) estas actuaciones u omisiones judiciales constituyen actos de incumplimiento del Estado con sus obligaciones de investigar efectiva y adecuadamente; y omisiones en proporcionar un recurso efectivo que sancione a los inculpados por la comisión del delito. En todos los casos, se configuran violaciones convencionales específicas y autónomas, ocurridas después del reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana, y

- c) los hechos violatorios de la obligación estatal de legislar de conformidad con la Convención constituyen también materia sobre la cual el Tribunal es competente. En el caso particular de legislación contraria a la Convención Americana, su continuada vigencia, con independencia de su fecha de promulgación, es de hecho una violación repetitiva de las obligaciones contenidas en el artículo 2 convencional. Adicionalmente, todo acto de aplicación de dicha ley en afectación de los derechos y libertades protegidos en la Convención debe ser considerado como un acto violatorio autónomo.

#### **41. Alegatos del Representante**

- a) el presente juicio internacional no es sobre el homicidio del señor Almonacid Arellano, acaecido en septiembre 1973, sino sobre la denegación de justicia recaída en la investigación de dicho delito, lo que es una infracción distinta aunque relacionada con el homicidio indicado;
- b) el principio de ejecución de la denegación de justicia empieza el 25 de septiembre de 1996, cuando la justicia militar reclamó para sí la competencia para conocer del delito de homicidio; continuó con la resolución de fecha 5 de diciembre de 1996 de la Corte Suprema que, dirimiendo la competencia entre la justicia militar y la justicia civil, lo hizo a favor de la primera; luego siguió con la resolución de fecha 28 de enero de 1997 del Juez del Segundo Juzgado Militar de Santiago que sobreseyó definitivamente la causa y se consumó finalmente con la resolución de 25 de marzo de 1998 de la Corte Marcial, que confirmó el antes dicho sobreseimiento definitivo. Por lo tanto, todos los hechos constitutivos de la denegación de justicia acaecieron con posterioridad al 12 de marzo de 1990, y
- c) el bien jurídico protegido por el delito de homicidio es el derecho a la vida y en el caso de la denegación lo es la probidad de la justicia. Por lo tanto, el homicidio y la denegación de justicia son conductas relacionadas, pero independientes y jurídicamente autónomas.

#### **Consideraciones de la Corte**

42. El fundamento de la primera excepción preliminar interpuesta por el Estado radica en su “declaración” realizada al reconocer la competencia de la Corte el 21 de agosto de 1990, la cual establece que:

[...]

b) El Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62.

[...] el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Igualmente el Gobierno de Chile, al conferir la competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona.

43. De acuerdo a la jurisprudencia desarrollada por esta Corte, debe entenderse que la “declaración” realizada por Chile constituye una limitación temporal al reconocimiento de la competencia de este Tribunal, y no una “reserva”. En efecto, el Tribunal ha sostenido que

[el] “reconocimiento de la competencia” de la Corte [...] es un acto unilateral de cada Estado[,] condicionado por los términos de la propia Convención Americana como un todo y, por lo tanto, no está sujeta a reservas. Si bien alguna doctrina habla de “reservas” al reconocimiento de la competencia de un tribunal internacional, se trata, en realidad, de limitaciones al reconocimiento de esa competencia y no técnicamente de reservas a un tratado multilateral<sup>1</sup>.

44. Asimismo, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, este tipo de limitaciones temporales al reconocimiento de la competencia de la Corte tienen su fundamento en la facultad, que otorga el artículo 62 de la Convención a los Estados Partes que decidan reconocer la competencia contenciosa del Tribunal, de limitar temporalmente dicha competencia<sup>2</sup>. Por lo tanto, esta limitación se encuentra prevista en la propia Convención.

45. Corresponde ahora al Tribunal, teniendo en cuenta los principios y parámetros anteriormente expuestos, determinar si puede conocer de los hechos que fundamentan las

<sup>1</sup> Cfr. *Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, párr. 61; *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113, párr. 68; y *Caso Cantos. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 34.

<sup>2</sup> Cfr. *Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*, *supra* nota 1, párr. 73.

alegadas violaciones a la Convención en el presente caso. Además, la Corte resalta que, de acuerdo al principio de *compétence de la compétence*, no puede dejar a la voluntad de los Estados que éstos determinen cuáles hechos se encuentran excluidos de su competencia. Esta determinación es un deber que corresponde al Tribunal en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales<sup>3</sup>.

46. La Comisión y el representante han señalado que la Corte es competente para pronunciarse sobre una serie de hechos que, según su criterio, tuvieron principio de ejecución con posterioridad al reconocimiento de la competencia de la Corte (*supra* párr. 40.a y 41.b). Esos hechos básicamente se refieren a tres aspectos: i) el otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar en perjuicio de la jurisdicción civil, ii) la vigencia del Decreto Ley No. 2.191 con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana para Chile, y iii) la aplicación de ese Decreto Ley en el presente caso por parte de las autoridades judiciales militares. Todas estas, supuestas violaciones cometidas en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano. Ni la Comisión ni el representante solicitan que la Corte se pronuncie sobre la detención y muerte del señor Almonacid Arellano, ni señalan ninguna falencia o violación procesal, o cualquier otro hecho ocurrido antes de la ratificación de la Convención.

47. De otra parte, el Estado alegó que “la investigación criminal [...] constituye un todo único y continuo, permanente en el tiempo”, que no “es susceptible de ser parcializado, dividido o escindido, ni siquiera material o formalmente”. Por tanto, concluye el Estado, el principio de ejecución de la supuesta violación es anterior al reconocimiento de competencia de la Corte, dado que el proceso de investigación por la muerte del señor Almonacid Arellano se inició en el mes de septiembre de 1973.

48. Esta Corte ha considerado que en el transcurso de un proceso se pueden producir hechos independientes que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia<sup>4</sup>. Por ejemplo, la decisión de un juez de no permitir la participación del defensor del acusado en el proceso<sup>5</sup>; la prohibición a los defensores de entrevistarse a solas con sus clientes, conocer oportunamente el expediente, aportar pruebas de descargo, contradecir las de cargo y preparar adecuadamente los alegatos<sup>6</sup>; la actuación de

---

<sup>3</sup> Cfr. *Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*, *supra* nota 1, párr. 74.

<sup>4</sup> Cfr. *Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*, *supra* nota 1, párr. 84.

<sup>5</sup> Cfr. *Caso Comunidad indígena Yakyé Axa*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 117.

<sup>6</sup> Cfr. *Caso Castillo Petrucci y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrs. 135 a 156.

jueces y fiscales ‘sin rostro’<sup>7</sup>, el sometimiento al acusado a torturas o maltratos para forzar una confesión<sup>8</sup>; la falta de comunicación al detenido extranjero de su derecho de asistencia consular<sup>9</sup>, y la violación del principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia<sup>10</sup>, entre otros.

49. En vista de ello, la Corte considera que es competente para pronunciarse sobre los hechos señalados por la Comisión y los representantes referentes al otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar en perjuicio de la jurisdicción civil, y a la aplicación de la Ley de Amnistía en el presente caso por parte de las autoridades judiciales militares, puesto que ocurrieron con posterioridad al 21 de agosto de 1990. Dichos hechos se encuentran detallados en el párrafo 82.11 a 82.23 de la presente Sentencia y podrían constituir violaciones autónomas de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. En consecuencia, el Tribunal estima que no están excluidos por la limitación realizada por el Estado. De otra parte, acerca de las supuestas “omisiones de investigación, procesamiento y sanción de los responsables del homicidio del señor Luis Almonacid” alegadas por la Comisión (*supra* párr. 40.a.ii), la Corte advierte que ni ésta ni el representante precisaron cuáles son esas omisiones, por lo que la Corte no puede determinar a cuáles hecho se refieren y, por ende, la fecha en que ocurrieron, por lo que desestima tal argumento.

50. En lo que se refiere a la vigencia del Decreto Ley No. 2.191, no puede alegarse que el principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se haya dado con la promulgación de éste en 1978, y que por ende la Corte no tiene competencia para conocer ese hecho. El principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se produce cuando el Estado se obligó a adecuar su legislación interna a la Convención, es decir, al momento en que la ratificó. En otras palabras, la Corte no tiene competencia para declarar una presunta violación al artículo 2 de la Convención al momento en que dicho Decreto Ley fue promulgado (1978), ni respecto a su vigencia y aplicación hasta el 21 de agosto de 1990, porque hasta ese momento no existía el deber del Estado de adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana. No obstante, a partir de esa fecha rige para Chile tal obligación, y esta Corte es competente para declarar si la ha cumplido o no.

<sup>7</sup> Cfr. *Caso Lori Berenson Mejía*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 147.

<sup>8</sup> Cfr. *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 146.

<sup>9</sup> Cfr. *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 125.

<sup>10</sup> Cfr. *Caso Fermín Ramírez*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párrs. 65 a 69.

51. En consecuencia, se rechaza la excepción preliminar en los términos que se han señalado.

## **SEGUNDA EXCEPCIÓN PRELIMINAR:**

### **VIOLACIONES DE TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN**

#### **52. Alegatos del Estado**

- a) mediante nota de 11 de abril de 2005, la Comisión Interamericana comunicó al Estado que aprobó el Informe de Fondo No. 30/05 el 7 de marzo de 2005. En la misma nota se solicitó al Estado que informara, dentro del plazo de dos meses contados desde la fecha de su transmisión, sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión en dicho Informe;
- b) el 15 de abril de 2005 el Estado solicitó la concesión de una prórroga al plazo otorgado, en virtud de que no se adjuntó en forma íntegra el Informe de Fondo a la nota de 11 de abril. El Informe íntegro fue recibido un mes después, el 12 de mayo de 2005. En estas circunstancias, el Estado quedó en una situación de desmedro respecto del término que dispuso para informar sobre las medidas de cumplimiento, cuyo vencimiento se mantuvo en los dos meses originales;
- c) nuevamente, el 15 de junio de 2005, se insistió ante la Comisión en la concesión de una prórroga que reflejara que el Estado disponía de los tres meses que contempla el artículo 51 de la Convención, lo que no fue acogido;
- d) el Estado presentó el 11 de julio de 2005 a la Comisión su informe con las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo No. 30/05, y así cumplió con informar dentro de plazo;
- e) es dable suponer fundadamente que la demanda contra Chile fue redactada sin haber tenido a la vista, o al menos, sin haber considerado someramente, la comunicación de 11 de julio de 2005, sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones del Informe de Fondo y, por consiguiente, que se habría vulnerado el derecho del Estado de Chile a ser oído;
- f) con anterioridad a la fecha en que se comunicó al Estado la concesión de una prórroga para acompañar el informe de cumplimiento, ya se había tomado la decisión de elevar el caso al conocimiento de la Corte Interamericana y se habían solicitado los antecedentes, por correo electrónico, al representante de las presuntas víctimas, y

- g) la decisión de la Comisión después de conocido el informe de cumplimiento estatal fue solicitar al Estado que manifieste su interés de someterse al procedimiento de solución amistosa que establecen los artículos 48.1.f de la Convención y 41 del Reglamento de la Comisión.

### **53. Alegatos de la Comisión**

- a) el 11 de abril de 2005, al transmitir al Estado el Informe adoptado en relación con el fondo del caso, la Comisión le otorgó plazo hasta el 11 de junio de 2005 para que informara sobre el cumplimiento de las recomendaciones formuladas;
- b) el 24 de junio de 2005 el Estado solicitó a la Comisión que prorrogara el plazo hasta el 8 de julio de 2005. El 27 de junio de 2005 la Comisión otorgó al Estado plazo hasta el 1 de julio de 2005, para que se pronunciara sobre la implementación de las recomendaciones. Dicho plazo venció sin que se recibiese el informe estatal;
- c) el correo electrónico del representante de la presunta víctima al que se refiere el Estado, contiene la respuesta del representante a la consulta formulada por la Comisión de conformidad con el artículo 43.3 de su Reglamento;
- d) en ausencia de un informe estatal, el 11 de julio de 2005, último día del plazo establecido por el artículo 51.1 de la Convención, ante la falta de cumplimiento por parte del Estado de las recomendaciones del Informe de Fondo, la Comisión sometió el caso a la Corte, y
- e) con posterioridad al sometimiento del caso ante la Corte, fue recibida una comunicación estatal en materia de cumplimiento, en que se expresó ánimo conciliatorio; el informe no acredita el cumplimiento de las recomendaciones formuladas, como se manifiesta en la contestación a la demanda, sino las razones por las cuales el Estado se considera imposibilitado de cumplirlas a plenitud, acompañadas de la reiteración de las diversas acciones emprendidas con el propósito de paliar la impunidad.

### **54. Alegatos del Representante**

El representante no presentó alegatos en cuanto a la supuesta violación de procedimiento.

### **Consideraciones de la Corte**

55. La segunda excepción preliminar del Estado se refiere a dos asuntos: i) el envío “apresurado” de la Comisión del presente caso a la Corte, sin que se hubiese tenido en cuenta el informe del Estado relativo al cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo de la Comisión, y ii) que la decisión de la Comisión de someter el caso a la Corte se habría tomado con anterioridad a la presentación del informe estatal, puesto que se habrían solicitado “los antecedentes” al representante de las presuntas víctimas.

56. Respecto al primer argumento del Estado, resulta pertinente referirse a lo dispuesto en el artículo 51.1 de la Convención Americana:

Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

57. Por su parte, el artículo 43 del Reglamento de la Comisión establece que:

Luego de la deliberación y voto sobre el fondo del caso, la Comisión procederá de la siguiente manera:

[...]

2. Si establece una o más violaciones, preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. El Estado no estará facultado para publicar el informe hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto.

[...]

58. Los plazos establecidos en los citados artículos no son los mismos. El plazo de tres meses señalado en el artículo 51.1 de la Convención es el plazo máximo dentro del cual la Comisión Interamericana está facultada para someter un caso a la competencia contenciosa de esta Corte, luego de lo cual la facultad de la Comisión caduca. Por su parte, el plazo del artículo 43.2 del Reglamento de la Comisión se refiere al plazo máximo dentro del cual un Estado debe informar a la Comisión sobre las medidas adoptadas para cumplir con sus recomendaciones. Este último plazo es fijado por la propia Comisión.

59. En el presente caso, no hay controversia entre las partes respecto a que la Comisión transmitió el Informe de Fondo No. 30/05 al Estado el 11 de abril de 2005, por medio de una comunicación que establecía como fecha máxima el 11 de junio de 2005, para que el Estado informara sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. Sin embargo, en esa fecha (11 de abril de 2005) el Estado no recibió el Informe No. 30/05 en forma íntegra. La versión completa del informe fue recibida por el Estado el 12 de mayo de 2005. Esto motivó que el 24 de junio de 2005 el Estado solicitara una prórroga al plazo establecido para presentar su informe de cumplimiento<sup>11</sup>. El Estado sugirió que dicha prórroga se concediera hasta el 8 de julio de 2005. La Comisión Interamericana comunicó al Estado el 27 de junio de 2005 que concedía la prórroga solicitada hasta el 1 de julio de 2005. El Estado presentó su informe de cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión el 11 de julio de 2005.

60. Como puede apreciarse en el párrafo anterior, estaban transcurriendo dos plazos distintos, el plazo del Estado para presentar su informe de cumplimiento, que vencía el 1 de julio de 2005 (artículo 43.2 del Reglamento de la Comisión), y el plazo de la Comisión para someter el presente caso a la Corte, que vencía el 11 de julio de 2005 (artículo 51.1 de la Convención). Consecuentemente, el Estado erró al considerar que el plazo del artículo 51.1 de la Convención le era aplicable, cuando en realidad estaba sometido al plazo fijado por la Comisión en base al artículo 43.2 de su Reglamento.

61. Por tales razones, el Tribunal estima que el Estado presentó su informe de cumplimiento fuera de plazo, y que la Comisión actuó de conformidad con sus normas reglamentarias y la Convención Americana. El hecho de que el Informe No. 30/05 haya sido transmitido íntegramente al Estado el 12 de mayo 2005 no afecta la conclusión anterior, en vista de que la Comisión, teniendo en cuenta la transmisión tardía, otorgó un plazo adicional al Estado del 11 de junio al 1 de julio de 2005.

Asimismo, la Corte estima que el hecho de que la Comisión haya consultado al Estado su interés en iniciar un proceso de solución amistosa el 17 de octubre de 2005, cuando el caso ya estaba en conocimiento de este Tribunal, si bien resulta incomprensible, no incide en la decisión de la Corte de considerar que el Estado presentó su informe de cumplimiento fuera de plazo.

62. En relación con el segundo argumento del Estado, respecto a que la Comisión habría tomado la decisión de someter el presente caso ante la Corte con anterioridad a la

<sup>11</sup> No consta en el expediente del presente caso obrante ante el Tribunal la supuesta solicitud de prórroga del Estado de 15 de abril de 2005 (*supra* párr. 52.b).

presentación del informe estatal, puesto que se habrían solicitado los antecedentes, por correo electrónico, al representante de las presuntas víctimas, la Corte nota que tal situación no se ha producido. En efecto, del expediente obrante ante este Tribunal se desprende que el correo electrónico al que hace referencia el Estado corresponde a la comunicación remitida a la Comisión el 24 de junio de 2005 por el representante de las presuntas víctimas, en el que envía la información solicitada por aquélla el 20 de junio de 2005, de conformidad con el artículo 43.3 del Reglamento de la Comisión, el cual dispone que:

Luego de la deliberación y voto sobre el fondo del caso, la Comisión procederá de la siguiente manera:

[...]

3. Notificará al peticionario la adopción del informe y su transmisión al Estado. En el caso de los Estados partes en la Convención Americana que hubieran aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, al notificar al peticionario la Comisión dará a éste la oportunidad de presentar, dentro del plazo de un mes, su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte. Si el peticionario tuviera interés en que el caso sea sometido a la Corte, deberá presentar los siguientes elementos:

- a. la posición de la víctima o sus familiares, si fueran distintos del peticionario;
- b. los datos de la víctima y sus familiares;
- c. los fundamentos con base en los cuales considera que el caso debe ser remitido a la Corte;
- d. la prueba documental, testimonial y pericial disponible;
- e. pretensiones en materia de reparaciones y costas.

63. En virtud de las consideraciones expuestas, esta Corte decide desestimar la segunda excepción preliminar presentada por el Estado.

\*

\*        \*

64. Este Tribunal observa que, si bien el Estado no ha planteado la excepción formal de no agotamiento de recursos internos, éste señaló, *interalia*, que “[l]os representantes de los familiares de la víctima, quienes tenían la calidad de querellantes particulares, no interpusieron los recursos de que disponían para llevar la definición de esta materia ante la Corte Suprema de Justicia de Chile”. Al respecto, la Corte reitera los criterios sobre la interposición de la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos, los que deben atenderse en el presente caso. En primer lugar, la Corte ha señalado que la falta de agotamiento de recursos es

una cuestión de pura admisibilidad y que el Estado que la alega debe indicar los recursos internos que es preciso agotar, así como acreditar que esos recursos son efectivos. En segundo término, la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión, o sea, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella. En tercer lugar, el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de la falta de agotamiento de los recursos internos<sup>12</sup>.

65. En el caso particular, durante el procedimiento ante la Comisión el Estado no alegó la falta de agotamiento de los recursos internos (*supra* párr. 7). Por lo tanto, como consecuencia de no haber planteado en su oportunidad procesal objeción alguna sobre el agotamiento de los recursos internos, la Corte concluye que el Estado está impedido —en virtud del principio del *estoppel*— de hacerla prevalecer ante este Tribunal<sup>13</sup>, porque ha renunciado tácitamente a ella. Consecuentemente, desestima el argumento estatal respecto a la falta de agotamiento de los recursos internos.

## VI. PRUEBA

66. Antes del examen de las pruebas recibidas, la Corte realizará, a la luz de lo establecido en los artículos 44 y 45 del Reglamento, algunas consideraciones generales aplicables al caso específico, la mayoría de las cuales han sido desarrolladas por la propia jurisprudencia del Tribunal.

67. En materia probatoria rige el principio del contradictorio, que respeta el derecho de defensa de las partes, siendo este principio uno de los fundamentos del artículo 44 del Reglamento, en lo que atañe a la oportunidad para el ofrecimiento de la prueba, con el fin de que haya igualdad entre las partes<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 124.

<sup>13</sup> Cfr. *Caso Durand y Ugarte. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C No. 50, párr. 38; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66, párrs. 56 y 57; y *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 83.

<sup>14</sup> Cfr. *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 42; *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 106; y *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 60.

68. Según la práctica del Tribunal, al inicio de cada etapa procesal las partes deben señalar qué pruebas ofrecerán en la primera oportunidad que se les concede para pronunciarse por escrito. Además, en ejercicio de las potestades discrecionales contempladas en el artículo 45 de su Reglamento, la Corte o su Presidente podrán solicitar a las partes elementos probatorios adicionales como prueba para mejor resolver, sin que ello se traduzca en una nueva oportunidad para ampliar o complementar los alegatos, salvo que el Tribunal lo permita expresamente<sup>15</sup>.

69. La Corte ha señalado anteriormente, en cuanto a la recepción y valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia<sup>16</sup>.

70. Con fundamento en lo anterior, la Corte procederá a examinar y valorar los elementos probatorios documentales remitidos por la Comisión, los representantes y el Estado en diversas oportunidades procesales (*supra* párrs. 12, 15, 17, 19, 31, 33, 36 y 37), así como la prueba pericial y testimonial rendida ante la Corte durante la audiencia pública, todo lo cual conforma el acervo probatorio del presente caso. Para ello, el Tribunal se atenderá a los principios de la sana crítica, dentro del marco legal correspondiente.

### **A) Prueba Documental**

71. En la prueba documental presentada por el Estado constan una declaración testimonial en respuesta a lo dispuesto por la Corte en su Resolución de 7 de febrero de 2006

---

<sup>15</sup> Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 43; *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 107; y *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 61.

<sup>16</sup> Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 44; *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 108; y *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 62.

(*supra* párr. 20) y un dictamen pericial de acuerdo a la Resolución del Presidente de la Corte de 24 de marzo de 2006 (*supra* párr. 27). Dichas declaraciones se resumen a continuación:

a) **Declaración del señor Cristián Correa Montt**, testigo propuesto por el Estado

El testigo declaró “sobre las medidas de reparación establecidas por el Estado de Chile a favor de las víctimas de violaciones a los derechos humanos cometidas por la dictadura de 1973 a 1990”.

Según el testigo, como resultado final del trabajo de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, “ésta entregó un informe con antecedentes sobre cómo operaron las violaciones a los derechos humanos, incluyendo también un resumen de los principales antecedentes de todos los casos que quedaron con convicción y un listado de los casos pendientes”.

Como parte de las recomendaciones de la Comisión de Verdad y Reconciliación y para implementar una política de reparación a las familias de las víctimas se creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación por la Ley 19.123 de 8 de febrero de 1992 (en adelante “la Ley 19.123”). Ésta “tuvo por objeto coordinar, ejecutar y promover las acciones necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión”. La Ley 19.123, además, estableció otras medidas de reparación: una pensión de reparación, distinta según el tipo de parentesco con la víctima; beneficios médicos, es decir atención gratuita en establecimientos adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud; para los hijos de las víctimas beneficios educacionales y la opción de quedar en la categoría de disponibles para los efectos del servicio Militar Obligatorio.

Al continuar el proceso de reconocimiento y reconciliación de las violaciones de derechos humanos, el Estado inició e implementó varias medidas de reparación como:

- a) “Programa de Apoyo a los Presos Políticos que al 11 de marzo de 1990 se encontraban privados de la libertad” que provea un apoyo económico para la reinserción y el acceso a indultos y/o conmutación de pena como medio para obtener la libertad;
- b) “Programa de Reparación y Atención Integral de Salud (PRAIS) a los afectados por las violaciones a los derechos humanos”;
- c) “Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación” que fue creada por la Ley No. 19.123 como la continuadora de la Comisión de Verdad y Recon-

- ciliación y tuvo por principal tarea el estudiar los 634 casos pendientes de su antecesora, estando también facultada para recibir nuevos casos;
- d) “Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior” que es el continuador de la Corporación de Reparación y Reconciliación y cuya principal tarea es la asesoría y la interposición de acciones judiciales para establecer las circunstancias del desaparecimiento y/o la muerte y la ubicación de los restos de las víctimas;
  - e) “Servicio Médico Legal” que trata de identificar los restos de detenidos desaparecidos;
  - f) “Oficina Nacional del Retorno” que fue creada por la Ley No. 18.994 y “atendió a personas que fueron condenadas y se les conmutó la pena por extrañamiento, en virtud del Decreto Supremo [No.] 504; personas expulsadas u obligadas a abandonar el país por resolución administrativa; personas que fueron objeto de prohibición de ingreso; personas que abandonaron el país por medio de asilo; personas que se acogieron al Estatuto de Refugiados de Naciones Unidas y obtuvieron refugio en otros países por razones humanitarias”. Esta oficina “fue un centro de primera atención y de derivación a otros servicios públicos y a organismos no gubernamentales” y proveía “medidas administrativas y de reinserción”;
  - g) “Programa Exonerados Políticos”, mediante el cual el Estado consagró beneficios para quienes fueron exonerados por motivos políticos de la Administración Pública o de empresas del Estado o intervenidas por éste.” Asimismo, fueron establecidos “como beneficios pensiones no contributivas de sobrevivencia y abono de tiempo de gracia”;
  - h) “Restitución o Indemnización por Bienes Confiscados y Adquiridos por el Estado a través de los Decretos Leyes No. 12, 77 y 133 de 1973; No. 1.697 de 1977 y No. 2.346 de 1978”;
  - i) “Mesa de Diálogo sobre Derechos Humanos”, cuyo objetivo central era “avanzar en el esclarecimiento del destino final de los detenidos desaparecidos”;
  - j) “Iniciativa Presidencial ‘No hay mañana sin ayer’” que fue iniciada para “seguir avanzando en el delicado proceso de sanar las heridas por las graves violaciones a los derechos humanos” incluyendo medidas tendientes a “perfeccionar la búsqueda de la verdad y la justicia”, a “mejorar la reparación social a las víctimas” y a “fortalecer la sociedad y sus instituciones para que las violaciones a los derechos humanos no vuelvan a ocurrir”, y

- k) “Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura” que fue creada en noviembre de 2003 como parte de la iniciativa presidencial señalada y estuvo orientada a “recabar antecedentes acerca de violaciones al derecho a la libertad personal y al derecho a la integridad y seguridad personales que se hubieren cometido por motivación política”. Su objetivo era determinar “quiénes son las personas que sufrieron privación de libertad y torturas por razones políticas por actos de agentes del Estado o de personas a su servicio” y “proponer medidas de reparación”.

En cuanto a las medidas que en particular han beneficiado a los familiares del señor Almonacid Arellano, el testigo señaló que todos los integrantes del núcleo familiar han tenido derecho a las medidas de reparación de salud señaladas anteriormente. “La cónyuge del señor Almonacid ha recibido la pensión [...]. Los hijos, a su vez, recibieron el bono [...]. En total, en los años de vigencia de estas medidas, la familia directa ha recibido transferencias [...] por una suma aproximada de US\$ 98 mil [dólares de los Estados Unidos de América]. Además, dos de los hijos hicieron uso del derecho consagrado por la Ley 19.123 de acceder a becas de estudio de educación superior. [...] En total, el grupo familiar recibió becas de estudios por la suma total de US\$ 12.180 [dólares de los Estados Unidos de América]”.

El testigo concluyó que “el conjunto de todas estas medidas de reparación refleja la voluntad del Estado de reconocer las violaciones a los derechos humanos cometidas, incluyendo un reconocimiento individual de las víctimas y su significación, y de adoptar medidas que respondan a las diversas necesidades de reparación de éstas, en los ámbitos financiero, de salud, educación, vivienda y otros”.

- b) **Dictamen del señor Cristian Maturana Miquel**, perito propuesto por el Estado

Según el perito, “[a] ratificar [la] Convención [Americana], y teniendo presente que la restauración del sistema democrático jamás es posible que se consolide de inmediato, sino que sólo en forma gradual y paulatina, se debió limitar la forma de entrada en vigencia de esa Convención mediante una Declaración por parte del Estado de Chile”.

“La referida Declaración, que no constituye una reserva, impide que la Comisión y la Corte se avoquen al conocimiento de casos cuyos hechos hubieren tenido su principio de ejecución antes del 11 de marzo de 1990”.

“Respecto de la primera recomendación [de la Comisión Interamericana,] consistente en establecer responsabilidades por la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo

Almonacid Arellano mediante un debido proceso judicial y una investigación completa e imparcial de los hechos, [...] requiere remontarse por parte del Estado a una situación anterior al 11 de marzo de 1990, y por ello, tanto la Comisión como la Corte Interamericana son incompetentes según la Declaración formulada por el Estado de Chile”.

Lo mismo acontece por la segunda recomendación de la Comisión que consiste en “adecuar estas medidas legislativas u otras medidas, de manera que deje sin efecto el Decreto Ley No. 2.191, conocido como la ley de ‘auto amnistía’” dado que “este Decreto Ley data del año 1978, y por ello se trata de un hecho que queda amparado por la Declaración formulada”.

En cuanto a “la adecuación de la legislación interna a la normativa de los Derechos Humanos”, el perito informó que Chile “ha ido en forma paulatina, pero sostenidamente, introduciendo importantes modificaciones con esa finalidad”.

En cuanto a la jurisdicción penal militar el perito informó que “se ha reducido el ámbito de su competencia por la Ley No. 19.047, publicada en el Diario Oficial de 14 de febrero de 1991” y “se ha introducido a nivel de rango constitucional diversas modificaciones”.

Por otro lado, el perito estimó que “la derogación o Declaración de nulidad de la ley de amnistía por la vía legislativa puede presentar mayores obstáculos jurídicos que el interpretar jurisprudencialmente que las normas internacionales deben ser preferidas por sobre las internas y que por ello deben primar en su aplicación [...]. En efecto, si se declara la derogación o nulidad de la ley de amnistía ello no solucionaría a lo menos en el plano interno la pugna con la norma de rango constitucional que obliga a aplicar la ley más favorable al reo y no establecer la incriminación o castigo de conductas con efecto retroactivo”.

## **B) Prueba Testimonial y Pericial**

72. El 29 de marzo de 2006 la Corte recibió en audiencia pública las declaraciones de los testigos y peritos propuestos por las partes (*supra* párr. 28). El Tribunal procederá a resumir dichas declaraciones y dictámenes periciales a continuación.

- a) **Declaración de Elvira Gómez Olivares, esposa de Luis Alfredo Almonacid Arellano**, testigo propuesta por el representante

Según la testigo, “el día 14 de septiembre [de 1973] llegó una patrulla a [su] casa buscando a [su] esposo que no se encontraba en ese momento. Allanaron [la] casa [...] y [le] encañonaron con [un] arma[. Ella t]enía un embarazo de ocho meses y medio. Registraron todo y se fueron”.

“El día 16 [de septiembre de 1973], a las once de la mañana [su esposo] fue a la casa a ver[la], porque él no se encontraba alojando [allí] por razones de seguridad. [A eso de] las once y media de la mañana llegó una patrulla a buscarlo[.] Lo sacaron a empujones, no le dejaron ponerse el vestón y lo llevaron los carabineros [...]. Lo empujaban y él iba nervioso, con las manos en alto. [Su] marido usaba lentes. [Al llegar] a la esquina de la casa [...] en el tumulto [vio] que [su] marido trastabill[ó], trata[ba] de sujetar sus lentes que se le [caían] y [sintió] la ráfaga de la metralleta [...]. Eran dos carabineros que en ese momento iban con él. Cayó herido de muerte ya, pero quedó vivo y [la testigo] a socorrerlo, vacil[ó] y venía [su] hijo pequeño detrás de [ella], de dos años y se lo pasó a [su] hijo de nueve años que v[enía] atrás, para que se lo lleve a la casa”. La testigo intentó acercarse al señor Almonacid, “pero la cara del teniente que estaba con él, con su metralleta [se] lo impidió y [ella se] par[ó] a dos metros de él en una muralla, a ver lo que hacían con [el señor Almonacid]. El sargento fue a buscar una camioneta. La trajeron. [...] Tomaron [al señor Almonacid] como un fardo de papas y lo tiraron arriba. Se subieron. Después llegaron varios carabineros más [...] y lo llevaron al hospital[.] Lo operaron, pero [...] murió ya al día siguiente”.

“En el momento mismo que a [su] marido le dispararon, a [ella se le] desprendió la placenta y [su] hijo murió también”. Después de la muerte del señor Almonacid Arellano su “familia completa fue destruida, porque [sus] hermanos quedaron sin trabajo, [su] hermano mayor, que era el sostén de la familia fue relegado, y [...] a [ella le] vigilaban eternamente todos los días”.

Fue citada una vez por el Juzgado del Crimen, pero nunca a la Fiscalía Militar y nunca ha recibido alguna oferta del Consejo de Defensa del Estado de Chile para hacerse cargo judicialmente del caso. Rindió declaración ante la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, y la reseña de la ejecución extrajudicial de su marido, junto con el nombre de éste, aparecen en el informe final de esa Comisión.

Desde 1992 recibe una pensión que proviene del Estado de Chile. Antes de percibir la pensión sobrevivió “cociendo, haciendo trabajos en [su] casa y con la ayuda solidaria de muchas personas que llegaron a ayudar[le] en ese momento”. Lo que percibe actualmente, le alcanza para vivir “medianamente, porque [tiene] una salud muy mala”. Dos de sus tres hijos han recibido becas y hoy día son profesionales. Además, usan la tarjeta de atención gratuita de salud, en el sistema público de salud. Ella no ha podido usarla porque su “salud está tan mala” que debe “recurr[ir] a lo que es más rápido, pero no porque no [le] sirva”. Sin embargo, cree que “va a llegar el momento en que la [va] a necesitar y est[á] dispuesta a usarla”. El nombre de su marido, como medida de reparación simbólica, se

encuentra incluido en el memorial que se hizo a las víctimas de la represión de la dictadura militar en el cementerio general, además existe una calle y una villa denominada “Luis Almonacid” en la ciudad de Rancagua.

De la Corte Interamericana espera que “se haga justicia, [...] se reivindique la memoria de [su] marido, se abr[a] un juicio imparcial [...] y en la medida que [...] se haga justicia nunca nadie más vuelva a sufrir lo que [ella] sufrió”. Además, señaló que desea que “se derogue [el Decreto] Ley No. 2.191 y se vea que la ley de amnistía no sirve”.

b) **Declaración de Jorge Correa Sutil**, testigo propuesto por el Estado

En su opinión, “las políticas del gobierno democrático, desde el año 1990 a la fecha, han estado fuertemente influidas por dos propósitos. Esto es, en primer lugar, la prevención de futuras violaciones de derechos humanos, y en segundo lugar, la reparación a las víctimas”.

“Con ese propósito la primera gran medida [...] fue la creación de una Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación [la cual hizo] una declaración explícita respecto de la calidad de víctimas de cada una de esas personas, las que fueron luego complementadas por una segunda comisión, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación entre los años 92 y 96, llegando aproximadamente a la individualización de cerca de algo más de 3000 víctimas. Respecto de cada una de ellas el Estado de Chile a través del poder legislativo declaró solemnemente su derecho a conocer la verdad de lo ocurrido y a conocer la suerte de los detenidos-desaparecidos y los ejecutados sin la entrega de restos y proveyó una serie de medidas de reparación al respecto. Tal vez lo más importante fue la publicación del Informe [de la Comisión de la Verdad] que significó de alguna manera colocar en la opinión la posibilidad de un repudio social respecto de hechos que habían sido negados o distorsionados gravemente por el Gobierno militar, como era precisamente el caso de los muertos y desaparecidos. Se reivindicó o se hizo el intento de reivindicar de alguna manera el buen nombre de aquellos que habían muerto o desaparecido, con acusaciones de que eran terroristas, o habían escapado del país”. “Respecto de cada uno de ellos, se establecieron también medidas de reparación consistentes en pensiones periódicas a sus viudas, a sus familiares [...] se les otorgaron becas de estudio, y se proveyeron otra serie de medidas de carácter de salud y de exención del servicio militar obligatorio, una carga común en el país, respecto de los hijos de estos familiares. Se estable-

ció también la obligación del Estado de propender a la memoria de estos casos a través de memoriales o formas de recuerdo de lo ocurrido precisamente para poder canalizar el repudio social”.

“El Estado continúa adelante con esa política de reparación y [...] una segunda oleada de actividad gubernamental vino fuertemente a raíz de [...] algunos casos judiciales emblemáticos, [en particular el] encarcelamiento del General Contreras quien había sido el jefe de la Policía Secreta en Chile [...] y la detención del General Pinochet en Londres”. Esos casos volvieron a “despertar en el país una conciencia fuerte respecto de la deuda todavía pendiente en materia de derechos humanos y fue el momento a través de la llamada Mesa de diálogo[,] un segundo hito de este trabajo. Un momento de reconocimiento por parte de las Fuerzas Armadas [...] el reconocimiento del mal causado y por lo tanto esta verdad de las más graves violaciones a los derechos humanos no solo fue conocido sino también, [...] por primera vez en Chile es reconocida por parte de sus autores”.

“Un tercer momento de actividad gubernamental [...] se encuentra ubicado en el año 2003. [Este año] vuelve a producirse a raíz de hechos más bien políticos, un debate en el país respecto de lo realizado en materia de derechos humanos y el Gobierno vuelve a tomar la iniciativa para establecer luego una Comisión [Nacional sobre prisión Política y Tortura, con] una política pública para enfrentar nuevamente este tema. En primer lugar y de manera más importante, a través de la creación de una Comisión conocida popularmente como Comisión Valech, por quien la presidió, [a la que] correspondió hacer una tarea análoga a la que había hecho la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pero ahora respecto de las personas que habían sufrido o padecido de prisión política y tortura[... H]izo también un relato de carácter general y luego calificó, poco menos de 30.000 casos [...] como personas que habían padecido injustamente prisión política o tortura. Respecto de cada uno de ellos también el Congreso Nacional a partir de la iniciativa del Presidente Lagos estableció una pensión de reparación [...]”.

El testigo calificó esa política de reparación como eficaz, señalando que “ha sido una política implementada: lo que el Estado o el Gobierno ha prometido se ha podido cumplir. Ha sido una política legítima socialmente, en el sentido de que no es una política que esté bajo fuego o que esté bajo discusión. Los propios familiares de las víctimas la han aceptado [...] como efecto del reconocimiento del agravio causado”.

Además, la calificó como “una política de reparación incremental”, porque ha ido abarcando “cada vez más víctimas, aumentando en algunos períodos las reparaciones

monetarias, crecientemente estableciendo hitos y momentos de recuerdo de esas víctimas con un grado importante de aceptación social”.

“El Gobierno como tal nunca patrocinó ningún proyecto de Ley para derogar el Decreto Ley de Amnistía. Lo hicieron varios parlamentarios de la coalición de gobierno. [Esta] era más bien una actividad testimonial o política en el sentido de crear conciencia ciudadana” porque no tuvieron la mayoría, ni la han tenido hasta hoy en día. “Hoy han cambiado por primera vez las fuerzas políticas para derogar el Decreto Ley de Amnistía”. “Nadie ha[bía] pensado en la posibilidad de declarar inválida la ley porque eso no está en la tradición, [...] nunca el Congreso ha declarado la invalidación”, y “el Tribunal Constitucional tiene ahora la facultad también de declarar la ley inválida” con requisitos más altos.

“Los argumentos para invalidar [el Decreto Ley de Amnistía] han estado fuertemente centrados en la inmoralidad de [éste], dictado por los propios autores de los crímenes”. Es una inmoralidad que “por la vía jurídica se manifiesta fundamentalmente en la violación de principios del derecho internacional ya bastante asentados, por lo menos respecto de los crímenes más graves cometidos en lesa humanidad”.

Los argumentos de la posición opuesta, o sea, para la validez del Decreto Ley de Amnistía son los siguientes: Primero, “si se consideraran inválidas las normas dictadas por los gobiernos de facto en Chile, buena parte [del] ordenamiento jurídico caería, incluyendo muchas de las normas que le otorgan legitimidad al actual sistema político. [...] Lo segundo es que éste es un Decreto Ley que se argumenta produjo pacificación en el país, que fue en su momento aplaudido [entre otros] por la Iglesia Católica [y que] fue un momento [...] de término de la [...] de la represión en Chile”. “Tercero, ha habido una aplicación de este Decreto Ley de Amnistía que ha beneficiado a muchas personas”.

c) **Dictamen de Humberto Raúl Ignacio Nogueira Alcalá**, perito propuesto por la Comisión

Según el perito, durante el período del régimen militar la Corte Suprema de Chile fue una “corte adicta al régimen autoritario militar”. En el “período que va entre 1990 hasta septiembre de 1998 la regla general e[ra] la aplicación del Decreto [Ley] de Amnistía tan pronto como se adv[ertía] que el hecho investigado rev[estía] el carácter de delito comprendido en el período [que cubre el] Decreto [...], aplicándose [...] de pleno derecho”.

“En septiembre de 1998 se abre una segunda etapa [...] con el caso *Poblete y Córdoba*, que determina que para aplicar la amnistía debe haberse investigado y determinado [al

responsable] en forma indubitable, como única manera de extinguir la pena. Esta segunda etapa no dice que se va a sancionar, sino que el [Decreto] Ley de Amnistía se aplicará al momento de determinar la [identidad] del responsable. Por lo tanto [el] responsable no será sancionad[o]”.

“El 7 de enero de 1999 en la causa contra *Gómez Segovia* [...] en caso de detenidos desaparecidos calificados generalmente como secuestro calificado o como detención ilegal, se señala en este sentido que no corresponde aplicar el Decreto Ley de Amnistía en la medida en que el secuestro calificado o la detención ilegal constituye un delito permanente, y como delito permanente sí trasciende el período comprendido en la amnistía [...]. En definitiva, la amnistía no puede ser aplicada porque se trata de un delito que permanece en el tiempo”.

“La sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema del 17 de noviembre de 2004 [...] va a confirmar una sentencia ya dictada por la Corte de Apelaciones donde además de mantener la tesis del secuestro permanente, agrega un elemento muy trascendente [...] que es la aplicación y el reconocimiento por primera vez de los Convenios de Ginebra de 1948, [y] reconoce explícitamente que había un estado de guerra en el año 1973, período donde ocurren también los [presentes] hechos”.

“En una sentencia de la Sala Penal de 4 de agosto de 2005, [...] en el caso del *Coronel Rivera* [...] revoca la Sala Penal de la Corte Suprema la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco que acoge el derecho internacional utilizando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [...] la Convención Americana [sobre] Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y al mismo tiempo el derecho consuetudinario y los principios de *jus cogens*”. En este caso “la Sala Penal de la Corte Suprema vuelve sobre sus pasos y dice que no ha[bía] estado de guerra en Chile [y] sostiene, por lo tanto, que no son aplicables los Convenios de Ginebra [...], que además no es aplicable [...] el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no porque no estuviera ratificado, sino simplemente por el hecho de no estar publicado en el Diario Oficial [...]. Es una forma de interpretación que tiene por objeto en el fondo tener una posición contraria a hacer justicia realmente en el caso. [A]nalizado todo el período [...] los casos en que [la Corte Suprema] ha sancionado es porque en definitiva se entiende que el delito ha sido más allá del período del Decreto Ley de Amnistía [...], pero siempre ha sostenido [que] si el caso cae dentro del período comprendido por el Decreto Ley de Amnistía, se aplica [éste]”. “Los tribunales de justicia como órgano del Estado de Chile en definitiva han siempre aplicado preferentemente el Decreto Ley de

Amnistía sobre el derecho internacional”. “Las Cortes de Apelaciones y los tribunales de primera instancia a partir de 1994 inician un proceso que cada vez [...] desarrolla más [la] aplicación directa del derecho internacional”.

“El tema no es solamente el Decreto Ley de Amnistía sino también de la prescripción ante delitos de lesa humanidad o delitos de crímenes de guerra, porque normalmente la Corte cada vez aplica menos el Decreto Ley [...] y empieza a aplicar cada vez más la prescripción de la acción penal”.

d) **Dictamen de Jean Pierre Matus Acuña**, perito propuesto por el Estado de Chile

Según el perito, durante los primeros años de vigencia de la Convención Americana “y hasta entrado 1998 [...] la jurisprudencia de la Corte Suprema en la mayor parte de los casos sometidos a su conocimiento daba aplicaciones restrictas al Decreto Ley No. 2.191 de autoamnistía, señalando que el objetivo preciso de este Decreto Ley era impedir que se investigasen hechos [...], para mantener la paz social según los términos del propio Decreto Ley. Sin embargo, esta jurisprudencia no era uniforme aún en esa época y cambió significativamente durante el año 1998 en el sentido de, por una vía o por otra, no dar aplicación al Decreto Ley [No.] 2.191, o sea, mediante artilugios procesales que han permitido llevar adelante las investigaciones judiciales, determinar los hechos investigados e identificar y sancionar a los responsables, sea reconociendo [...] la incompatibilidad de este Decreto Ley con el ordenamiento democrático y los tratados de derechos humanos vigentes en Chile”. En efecto, en una sentencia del 30 de septiembre de 1994, “se sentaron las bases jurídicas para dejar sin aplicación el Decreto Ley de Amnistía en el ordenamiento chileno”. “Según los considerandos principales de esta sentencia, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile se ha ido asentando en el sentido de dar primacía a los Tratados sobre la ley interna[.] [E]n materia de derechos humanos el juez debe interpretar los Tratados teniendo en cuenta su fin último, que es la protección a los derechos de la persona humana”. “Existe así una plena armonía entre el derecho convencional vigente en Chile en materia de derechos humanos y la Carta fundamental agregando que en tal sentido las leyes valen en la medida que se respeten y se garanticen los derechos humanos, por lo que concluye que los delitos de secuestro-desaparición que constituyen violaciones graves de la Convención de Ginebra no son sujetos a amnistía según el ordenamiento interno chileno”.

“Lamentablemente, en ese momento, el criterio jurisprudencial dominante en la Corte Suprema daba aplicación más o menos irrestricta al Decreto Ley de Amnistía, por lo cual este fallo fue revocado el 26 de octubre de 1995 y posteriormente la causa fue sobreseída el 19 de agosto de 1998, justo antes de que comenzara el cambio jurisprudencial”.

“En efecto, si uno revisa la jurisprudencia sobre amnistía [...] podrá comprobarse que explícita e implícitamente la Corte Suprema ha denegado de hecho y de derecho la aplicación del Decreto Ley de Amnistía [No.] 2191 en los casos de más graves violaciones de derechos ocurridas en Chile durante la dictadura militar. Aisladamente, a partir del año 90, pero de manera creciente y sistemática, desde el año 1998”.

“Siguiendo esta tendencia jurisprudencial ya sentada en la Corte Suprema, 300 sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago han comenzado a condenar a los autores de graves violaciones de derechos humanos, dejando de hecho y de derecho sin aplicación el Decreto Ley de Amnistía.

A su juicio, “lo que existe en Chile [...] es un papel escrito en el cual consta una resolución dictada por el gobierno de facto, con un número y unos considerandos que le llamamos Decreto Ley de Amnistía, pero como norma vigente en Chile [...] prácticamente no existe, puesto que los tribunales sistemáticamente no lo aplican”.

### **C) Valoración de la Prueba**

73. En este apartado la Corte se pronunciará sobre la valoración de los elementos probatorios aportados al Tribunal.

74. En este caso, como en otros<sup>17</sup>, el Tribunal admite el valor probatorio de aquellos documentos presentados por las partes en su oportunidad procesal que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda.

75. Respecto a la declaración rendida por el señor Cristián Correa Montt (*supra* párr. 21), este Tribunal la admite en cuanto concuerde con su objeto, señalado en la Resolución de la Corte de 7 de febrero de 2006 (*supra* párr. 20), teniendo en cuenta las observaciones del representante (*supra* párr. 24) y de la Comisión (*supra* párr. 26). Asimismo, acepta los documentos presentados por el señor Correa Montt junto con su declaración y los valora en el conjunto del acervo probatorio y con aplicación de las reglas de la sana crítica.

---

<sup>17</sup> Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 48; *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 112; y *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 65.

76. En lo que respecta a la declaración del perito Cristián Maturana Miquel (*supra* párr. 29), este Tribunal comparte lo indicado por la Comisión Interamericana (*supra* párr. 32), en el sentido de que tal declaración contiene pronunciamientos del perito ajenos al objeto para el que fue solicitada por Resolución del Presidente de 24 de marzo de 2006 (*supra* párr. 27). No obstante lo anterior, la admite pues la considera útil para la presente causa, y la valora en el conjunto del acervo probatorio y con aplicación de las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta las observaciones de la Comisión, y las observaciones que al respecto presentó el Estado (*supra* párr. 37).

77. Si bien las dos declaraciones señaladas en los párrafos anteriores fueron presentadas ante un notario público para el reconocimiento de la firma de sus autores y, por tanto, no constituyen formalmente *affidávits*, el Tribunal las acepta, en vista de que no se ha afectado la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal entre las partes.

78. En relación con las declaraciones rendidas en la audiencia pública por el testigo Jorge Correa Sutil y por los peritos Raúl Ignacio Nogueira Alcalá y Jean Pierre Matus Acuña, la Corte las admite en cuanto concuerden con el objeto establecido mediante Resoluciones de 7 de febrero (*supra* párr. 20) y 24 de marzo de 2006 (*supra* párr. 27), y les reconoce valor probatorio. Este Tribunal estima que el testimonio de la señora Elvira Gómez Olivares (*supra* párrs. 28), que resulta útil en el presente caso, no puede ser valorado aisladamente por tratarse de una presunta víctima y tener un interés directo en este caso, sino debe serlo dentro del conjunto de las pruebas del proceso<sup>18</sup>.

Asimismo, respecto a la documentación presentada por los peritos Raúl Ignacio Nogueira Alcalá y Jean Pierre Matus Acuña durante la audiencia pública del presente caso (*supra* párr. 28), la Corte decide admitirla, por cuanto resulta útil para el presente caso y porque forma parte de la fundamentación de los referidos peritajes.

79. En lo que respecta a la prueba documental remitida por las partes con posterioridad a la presentación de sus escritos principales (*supra* párr. 19, 31, 33, 36 y 37), sólo la Comisión Interamericana presentó objeciones, relativas únicamente a la prueba remitida por el Estado junto con sus alegatos finales (*supra* párr. 34). El resto de la documentación aportada por las partes no fue objetada por ninguna de ellas. La Corte nota que parte de la prueba presentada por el Estado junto con sus alegatos finales escritos corresponde a la prueba solicitada por la Corte en la audiencia pública del presente caso (*supra* párr. 28),

---

<sup>18</sup> Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 48; *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 121; y *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 66.

por lo cual decide aceptarla. Respecto al resto de la prueba remitida por las partes, este Tribunal igualmente decide admitirla, puesto que la considera útil para la resolución de este caso. Por lo tanto, agrega toda esta documentación al acervo probatorio.

80. Respecto a la documentación remitida por la Asociación Americana de Juristas de Valparaíso/Aconcagua, en calidad de anexos a su *amicus curiae*, la Corte la admite, por cuanto contiene información útil y relevante para el presente caso.

81. Finalmente, en cuanto a los documentos de prensa presentados por las partes, este Tribunal ha considerado que podrían ser apreciados cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso<sup>19</sup>.

## VII. HECHOS PROBADOS

82. Después de analizados los elementos probatorios, las declaraciones de testigos y peritos, así como los alegatos de la Comisión Interamericana, los representantes y el Estado, la Corte considera probados los hechos que se detallan a continuación. Resulta importante resaltar que el Estado no contradijo en ningún momento procesal los hechos señalados en los numerales 1 a 23 de este capítulo. De igual forma, la Comisión y los representantes no contradijeron los hechos que se detallan en los numerales 24 y 26 a 35 de este capítulo. Por otro lado, la Corte desea precisar que los hechos descritos en el literal b) *infra*, relativos a lo ocurrido con anterioridad a la fecha de ratificación de la competencia de la Corte por parte de Chile, únicamente sirven como antecedentes para contextualizar los hechos señalados en los literales siguientes<sup>20</sup>. Finalmente, la Corte resalta que los hechos contenidos en el literal b.i) fueron obtenidos en su totalidad de los tres informes

---

<sup>19</sup> Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 55; *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 17, párr. 122; y *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 70.

<sup>20</sup> Como lo ha expresado la Corte Europea, aunque sólo se tenga competencia temporal en relación con hechos posteriores a la ratificación del Convenio Europeo, “puede, sin embargo, tomar en consideración los hechos anteriores a la ratificación, en la medida en que [...] pudieran ser relevante para la comprensión de los hechos ocurridos luego de tal fecha”. *ECHR, Case Broniowski v Poland [GC]*. Judgment of 22 June 2004, Application nos. 31433/96, para. 122.

oficiales sobre los sucesos ocurridos entre el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1990, a saber, el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, y el Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura.

**a) Sobre el señor Almonacid Arellano, la señora Gómez Olivares y los hijos de ambos**

82.1. El señor Luis Alfredo Almonacid Arellano y la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares estaban casados entre sí<sup>21</sup>, y tuvieron tres hijos, los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez.

82.2. El señor Almonacid Arellano “era profesor de enseñanza básica, militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE)”<sup>22</sup>.

**b) Antecedentes: hechos ocurridos antes del 21 de agosto de 1990**

**i) Contexto**

82.3. El 11 de septiembre de 1973 advino en Chile un régimen militar que derrocó al Gobierno del Presidente Salvador Allende. “Los institutos armados y de orden, a través de la Junta de Gobierno, asumieron primero el poder ejecutivo (Decreto Ley No. 1) y luego el constituyente y el legislativo (Decreto Ley No. 128)”<sup>23</sup>. La nueva Presidencia de la República/Comandancia en Jefe estuvo dotada “de una suma de poderes jamás vista en Chile. Su titular no sólo gobernaba y administraba el país, sino que además integraba y presidía la Junta de Gobierno —y, por ende, no se podía legislar ni reformar la Constitución sin él— y comandaba todo el Ejército”<sup>24</sup>. Mediante Decreto Ley No. 5 de 22 de

---

<sup>21</sup> *Cf.* certificado de matrimonio conferido por el Registro Civil y de Identificación de Rancagua, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1675).

<sup>22</sup> *Cf.* Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo III, pág. 18, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2572).

<sup>23</sup> *Cf.* Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo I, pág. 42, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2101).

<sup>24</sup> *Cf.* Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo I, pág. 47, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2103).

septiembre de 1973 “se declaró que el estado de sitio por conmoción interna que regía al país debía entenderse como `estado o tiempo de guerra”<sup>25</sup>.

82.4. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras (*infra* párr. 82.6), como política de Estado, operó desde ese mismo día hasta el fin del gobierno militar el 10 de marzo de 1990, “aunque con grados de intensidad variables y con distintos niveles de selectividad<sup>26</sup> a la hora de señalar a sus víctimas”<sup>27</sup>. Esta represión estuvo caracterizada por una práctica masiva y sistemática<sup>28</sup> de fusilamientos y ejecuciones sumarias, torturas (incluida la violación sexual, principalmente de mujeres), privaciones arbitrarias de la libertad en recintos al margen del escrutinio de la ley, desapariciones forzadas, y demás violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado, asistidos a veces por civiles. La represión se aplicó en casi todas las regiones del país<sup>29</sup>.

82.5. La época más violenta de todo el período represivo corresponde a los primeros meses del gobierno de facto. De las 3.197<sup>30</sup> víctimas identificadas de ejecuciones y desapariciones forzadas que ocurrieron en todo el gobierno militar, 1.823 se produjeron en el año 1973<sup>31</sup>. Por su parte, “el 61% de las 33.221 detenciones que fueron calificadas por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, corresponde a detenciones efectuadas en 1973”<sup>32</sup>. Esta misma Comisión señaló que “más

<sup>25</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo I, pág. 60, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2110).

<sup>26</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo I, pág. 115, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2137).

<sup>27</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura, pág. 177 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 4, folio 3583).

<sup>28</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Primera Parte, capítulo II y Segunda Parte, Págs. 15 a 104 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2); e Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, pág. 37 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 3, folio 2822).

<sup>29</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pág. 19 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2089); Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 3); e Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 4).

<sup>30</sup> Cfr. cuadro 16 “Víctimas declaradas por el Estado, Clasificadas como muertas y desaparecidas”, anexo 1 del Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, pág. 576 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 3, folio 3356).

<sup>31</sup> Cfr. cuadro 17 “Denuncias investigadas y víctimas declaradas por el Estado, según el año en que ocurrieron los hechos denunciados”, Anexo 1 del Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, pág. 577, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 3, folio 3357).

<sup>32</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, pág. 178 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 4, folio 3584).

del 94% de las personas ‘que sufrieron prisión política’ dijeron haber sido torturadas por agentes estatales<sup>33</sup>.

82.6. Las víctimas de todas estas violaciones fueron funcionarios destacados del régimen depuesto y connotadas figuras de izquierda, así como sus militantes comunes y corrientes; jefes y dirigentes políticos, sindicales, vecinales, estudiantiles (de enseñanza superior y media) e indígenas; representantes de organizaciones de base con participación en movimientos de reivindicaciones sociales. “Muchas veces [las] relaciones políticas se deducían de la conducta ‘conflictiva’ de la víctima en huelgas, paros, tomas de terrenos o de predios, manifestaciones callejeras, etc.”<sup>34</sup>. Las ejecuciones de estas personas “se insertan dentro del clima reinante [...] de hacer una ‘limpieza’ de elementos juzgados perniciosos por sus doctrinas y actuaciones, y de atemorizar a sus compañeros que podían constituir una eventual ‘amenaza’”<sup>35</sup>. No obstante, en la época inicial de la represión existió un amplio margen de arbitrariedad a la hora de seleccionar a las víctimas<sup>36</sup>.

82.7. En lo que se refiere a las ejecuciones extrajudiciales —crimen cometido en el presente caso—, “[p]or lo general, las muertes fueron de personas detenidas y se practicaban en lugares apartados y de noche. Algunos de los fusilamientos al margen de todo proceso fueron, sin embargo, fulminantes y se efectuaron al momento de la detención. [...] En las regiones del sur [del país] la persona, sometida ya al control de sus captores, [era] ejecutada en presencia de su familia”<sup>37</sup>.

## **ii) La ejecución del señor Almonacid Arellano y la iniciación del procedimiento penal seguido por ese hecho**

82.8. “El día 16 de septiembre de 1973 fue detenido [el señor Almonacid Arellano, de 42 años de edad,] en su domicilio ubicado en la población Manso de Velasco, por

---

<sup>33</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, pág. 177, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 4, folio 3583).

<sup>34</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo I, pág. 114, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2137).

<sup>35</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo I, pág. 115, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2137).

<sup>36</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2); Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 3); e Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 4).

<sup>37</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo I, pág. 117, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2138).

carabineros, quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció en el Hospital Regional de Rancagua el día 17 de septiembre de 1973<sup>38</sup>.

82.9. El 3 de octubre de 1973 el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua inició una investigación bajo la causa No. 40.184 por la muerte del señor Almonacid Arellano<sup>39</sup>, la cual fue sobreseída por este Juzgado el 7 de noviembre de 1973<sup>40</sup>. La Corte de Apelaciones de Rancagua revocó tal sobreseimiento el 7 de diciembre de 1973<sup>41</sup>. Desde esa fecha en adelante el caso fue sobreseído una y otra vez por el Juzgado del Crimen<sup>42</sup>, mientras que la Corte de Apelaciones continuó revocando tales sobreseimientos<sup>43</sup>, hasta que el 4 de septiembre de 1974 confirmó el sobreseimiento temporal de la causa<sup>44</sup>.

### **iii) El Decreto Ley No. 2.191**

82.10. El 18 de abril de 1978 el gobierno de facto que regía en el país dictó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual concedió amnistía en los siguientes términos:

Considerando:

1° - La tranquilidad general, la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país, en términos tales, que la conmoción interna ha sido superada, haciendo posible poner fin al Estado de Sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional;

2° - El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos;

3° - La necesidad de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile.

La Junta de Gobierno ha acordado dictar el siguiente Decreto ley:

Artículo 1° - Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la

<sup>38</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo III, pág. 18, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2572).

<sup>39</sup> Cfr. providencia del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 3 de octubre de 1973, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1628).

<sup>40</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 7 de noviembre de 1973, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1631).

<sup>41</sup> Cfr. resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 7 de diciembre de 1973, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1634).

<sup>42</sup> Cfr. resoluciones del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 8 de abril (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1631), 17 de mayo (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1658), y de 7 de agosto de 1974 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1666).

<sup>43</sup> Cfr. resoluciones de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 30 de abril y 18 de junio de 1974 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1655 y 1661).

<sup>44</sup> Cfr. resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 4 de septiembre de 1974 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1669).

situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.

Artículo 2° - Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973.

Artículo 3° - No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1°, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario.

Artículo 4° - Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1°, las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc.

Artículo 5° - Las personas favorecidas por el presente decreto ley, que se encuentren fuera del territorio de la República, deberán someterse a lo dispuesto en el artículo 3° del decreto ley N° 81, de 1973, para reingresar al país.

### **c) Hechos posteriores al 21 de agosto de 1990**

#### **i) Procedimiento judicial a nivel interno**

82.11. El 4 de noviembre de 1992 la señora Gómez Olivares, a través de su representante, presentó querrela criminal ante el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua y solicitó la reapertura la causa No. 40.184<sup>45</sup>. En virtud de lo anterior, el Juzgado dejó sin efecto el sobreseimiento temporal<sup>46</sup> (*supra* párr. 82.9), y tomó los testimonios de los señores Manuel Segundo Castro Osorio<sup>47</sup> y Raúl Hernán Neveu Cortesi<sup>48</sup>, presuntos responsables de la muerte del señor Almonacid.

---

<sup>45</sup> Cfr: querrela criminal presentada por Elvira del Rosario Gómez Olivares el 4 de noviembre de 1992, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1694 a 1696).

<sup>46</sup> Cfr: resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 5 de noviembre de 1992, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1697).

<sup>47</sup> Cfr: declaración de Castro Osorio de 18 de noviembre de 1992 ante el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1698 a 1700).

<sup>48</sup> Cfr: declaración de Neveu Cortesi de 12 de enero de 1993 ante el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1707).

82.12. Por resoluciones de 3 de febrero<sup>49</sup> y 3 de junio de 1993<sup>50</sup>, y 5 de abril de 1994<sup>51</sup>, el Juez Primero del Crimen de Rancagua se declaró incompetente para conocer la causa y ordenó la remisión de la misma a la Fiscalía Militar y de Carabineros de San Fernando. Frente a tales resoluciones la señora Gómez Olivares, a través de su representante, presentó recursos de reposición y apelación los días 9 de febrero<sup>52</sup> y 5 de junio de 1993<sup>53</sup>, y 8 de abril de 1994<sup>54</sup>, respectivamente. El Juzgado Primero del Crimen declaró “no ha lugar” los recursos de reposición, mediante resoluciones de 25 de febrero<sup>55</sup> y 7 de junio de 1993<sup>56</sup>, y 9 de abril de 1994<sup>57</sup>, respectivamente, y remitió el expediente a la Corte de Apelaciones, a efectos de que ésta resolviera sobre los recursos de apelación. La Corte de Apelaciones revocó las resoluciones de incompetencia del Juez Primero, mediante resoluciones de fechas 5 de abril<sup>58</sup> y 9 de noviembre de 1993<sup>59</sup>, y 11 de octubre de 1994<sup>60</sup>, respectivamente, puesto que consideró que no se habían agotado las investigaciones y no existía la certeza suficiente para determinar la calidad de civil o militar de las personas que participaron en los hechos. En consecuencia, se mantuvieron abiertas las investigaciones.

82.13. El 23 de diciembre de 1994 el Primer Juzgado del Crimen declaró cerrado el sumario<sup>61</sup>, frente a lo cual el 28 de diciembre del mismo año, la señora Gómez Olivares, a través de su representante, solicitó al Juez que se deje “sin efecto” esta resolución<sup>62</sup>. El 2

<sup>49</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 3 de febrero de 1993, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1711).

<sup>50</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 3 de junio de 1993, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1740).

<sup>51</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 5 de abril de 1994, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1774).

<sup>52</sup> Cfr. recursos de reposición y apelación presentados por el representante de la señora Gómez Olivares el 9 de febrero de 1993, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1718 y 1719).

<sup>53</sup> Cfr. recursos de reposición y apelación presentados por el representante de la señora Gómez Olivares el 5 de junio de 1993, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1741 y 1742).

<sup>54</sup> Cfr. recursos de reposición y apelación presentados por el representante de la señora Gómez Olivares el 8 de abril de 1994, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1777 y 1778).

<sup>55</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 25 de febrero de 1993, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1721).

<sup>56</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 7 de junio de 1993, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1742).

<sup>57</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 9 de abril de 1994, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1779).

<sup>58</sup> Cfr. resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 5 de abril de 1993, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1730).

<sup>59</sup> Cfr. resolución de la Corte de Apelaciones de 9 de noviembre de 1993, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1747).

<sup>60</sup> Cfr. resolución de la Corte de Apelaciones de 11 de octubre de 1994, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1788).

<sup>61</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 23 de diciembre de 1994, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1796).

<sup>62</sup> Cfr. escrito de 28 de diciembre de 1994 del representante de la señora Gómez Olivares, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1797 y 1798).

de enero de 1995 el Juez dejó sin efecto su anterior resolución<sup>63</sup>. No obstante, el 8 de febrero de 1995 el mismo Juez declaró nuevamente cerrado el sumario<sup>64</sup>. Seguidamente, el 15 de febrero de 1995 el Juez sobreseyó definitivamente la causa, en aplicación del Decreto Ley No. 2.191<sup>65</sup> (*supra* párr. 82.10). El 3 de noviembre de 1995 la Corte de Apelaciones decidió revocar tal sobreseimiento y “reponer” la causa a la etapa del sumario, “por no encontrarse agotada la investigación”<sup>66</sup>. El 5 de junio de 1996 el Primer Juzgado del Crimen nuevamente declaró cerrado el sumario<sup>67</sup>. La Corte de Apelaciones decidió revocar esta resolución y, además, ordenó al Juez “perseguir la responsabilidad criminal” del presunto responsable Neveu Cortesi<sup>68</sup>.

82.14. El 31 de agosto de 1996 el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua dictó resolución mediante la cual “somet[ió] a proceso a [Manuel Segundo Castro Osorio], como cómplice[,] y a [Raúl Hernán Neveu Cortesi], como autor del delito de homicidio de Luis Alfredo Almonacid Arellano”. Asimismo, el Juzgado dictó órdenes de aprehensión en contra de Castro Osorio y ofició a la Prefectura de Carabineros de Curicó a fin de que se ponga a su disposición a Neveu Cortesi<sup>69</sup>.

82.15. El 3 de octubre de 1996 el Juzgado del Crimen de Rancagua decidió dictar la excarcelación bajo fianza del señor Castro Osorio<sup>70</sup>, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones el 4 de octubre de 1996<sup>71</sup>. Inmediatamente después, el 5 de octubre de 1996, Castro Osorio presentó un recurso de apelación en contra de la decisión del Primer Juzgado del Crimen que lo sometió a proceso<sup>72</sup> (*supra* párr. 82.14).

---

<sup>63</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 2 de enero de 1995, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1798).

<sup>64</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 8 de febrero de 1995, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1802).

<sup>65</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 15 de febrero de 1995 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1803).

<sup>66</sup> Cfr. resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 3 de noviembre de 1995, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1817).

<sup>67</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 5 de junio de 1996, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1854).

<sup>68</sup> Cfr. resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 28 de agosto de 1996, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1873 y 1874).

<sup>69</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 31 de agosto de 1996, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1877 y 1878).

<sup>70</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 3 de octubre de 1996, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1902).

<sup>71</sup> Cfr. resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 4 de octubre de 1996, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1907).

<sup>72</sup> Cfr. recurso de apelación interpuesto por el representante de Castro Osorio el 5 de octubre de 1996, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1917 y 1918).

La Corte de Apelaciones decidió revocar la resolución apelada y declarar al señor Castro Osorio como no procesado<sup>73</sup>.

82.16. El 27 de septiembre de 1996 el Segundo Juzgado Militar de Santiago se dirigió al Primer Juzgado del Crimen de Rancagua y le solicitó que se inhibiera de seguir conociendo la causa, en vista de que los procesados Castro Osorio y Neveu Cortesi “a la fecha de los hechos se encontraban en servicio activo, estando sujetos al fuero militar”. Asimismo, el Juzgado Militar señaló que al momento de los hechos “estaba en vigencia el [Decreto Ley] No. 5, de 12 de [s]eptiembre de 1973, que declaró [...] el estado de sitio[,] decretado por conmoción interna[, y que] en las circunstancias que vivía el país debía entenderse estado o tiempo de guerra”<sup>74</sup>. El 7 de octubre de 1996 el Primer Juzgado del Crimen negó la solicitud de inhibición presentada por el Segundo Juzgado Militar, porque “no e[ra] posible inferir que los inculpados de autos, se hayan encontrado en acto de servicio al momento de ocurri[r] los hechos”<sup>75</sup>. De esta forma quedó trabado el incidente de competencia ante la Corte Suprema.

82.17. El 5 de diciembre de 1996 la Corte Suprema resolvió el incidente de competencia (*supra* párr. 82.16) declarando que “es competente para seguir conociendo el asunto el Segundo Juzgado Militar de Santiago, al cual se deberá remitir” el expediente<sup>76</sup>.

82.18. El 16 de diciembre de 1996 el Segundo Juzgado Militar instruyó sumario a través de la Segunda Fiscalía de Ejército y Carabineros de Santiago<sup>77</sup>. El 13 de enero de 1997 el referido Juzgado Militar acumuló la causa No. 40.184, seguida hasta ese entonces en el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua, a la causa 876-96, seguida ante sí<sup>78</sup>.

82.19. El 14 de enero de 1997 la Segunda Fiscalía de Ejército y Carabineros de Santiago solicitó al Segundo Juzgado Militar que “dicte sobreseimiento total y definitivo [por encontrarse] extinguida la responsabilidad penal” de Castro Osorio y Neveu Cortesi, en virtud del Decreto Ley No. 2.191<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> Cfr. resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 30 de octubre de 1996, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 2044).

<sup>74</sup> Cfr. incidente de competencia presentado por el Segundo Juzgado Militar de Santiago contra el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua el 27 de septiembre de 1996, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1886 y 1887).

<sup>75</sup> Cfr. resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 7 de octubre de 1996, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1916).

<sup>76</sup> Cfr. resolución de la Corte Suprema de Justicia de 5 de diciembre de 1996, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1931).

<sup>77</sup> Cfr. resolución del Segundo Juzgado Militar de Santiago de 16 de diciembre de 1996, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1933).

<sup>78</sup> Cfr. resolución del Segundo Juzgado Militar de Santiago de 13 de enero de 1997, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1970).

<sup>79</sup> Cfr. comunicación de 14 de enero de 1997 de la Segunda Fiscalía Militar de Santiago, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1934 y 1935).

82.20. El 28 de enero de 1997 el Segundo Juzgado Militar de Santiago, sin realizar ninguna diligencia probatoria ni establecer que hubiese quedado agotada la investigación, dictó sobreseimiento total y definitivo, en aplicación del Decreto Ley No. 2.191. Entre los considerandos de esta resolución el Juzgado Militar señaló que:

el derecho se inspira en dos valores que le son propios, a saber, la justicia y la seguridad jurídica.

En la medida en que las normas jurídicas están basadas en estos valores el derecho podrá lograr un fin último que es la paz social.

La amnistía es una institución que fundada en la seguridad jurídica, en cierta medida prescinde de la justicia, con el objeto de obtener la paz social, fin último y esencial del derecho que[ da] razón a su existencia.

[...]

[U]n Estado de Derecho como el de Chile se expresa entre otras conductas básicas en el imperio de la ley, por lo que el mandato de la ley de amnistía no puede quebrantarse sin alterar el orden constitucional y la legalidad inscrito en él.

[E]l efecto de la amnistía se retrotrae al momento mismo en que el delito fue cometido, por lo [que] dictada una ley de amnistía y establecido que el hecho [quedó] comprendido dentro del período por ella cubiert[o] deben sobreseerse definitivamente los procesos pendientes”.

[...]

[C]on la amnistía el delito deja de serlo, por lo que resulta absolutamente inútil [agotar] la investigación en el caso de un hecho respecto del cual está acreditado que acaeció durante el período cubierto por la amnistía.

En todo caso, cabe señalar que en la especie la investigación de autos está completamente agotada<sup>80</sup>.

82.21. El 26 de febrero de 1997 la señora Gómez Olivares, a través de su representante, presentó un recurso de apelación en contra del sobreseimiento definitivo dictado en la causa. Fundamentó el recurso señalando, *inter alia*, que el sobreseimiento dictado no “asegura precisamente la paz social ni la estabilidad del estado de Derecho” y la “copiosa legislación internacional suscrita por Chile [...] hace improcedente la aplicación de la amnistía”<sup>81</sup>. El expediente se remitió a la Corte Marcial, la cual el 25 de marzo de 1998 confirmó la resolución del Segundo Juzgado Militar (*supra* párr. 82.20). Entre los

<sup>80</sup> Cfr. sobreseimiento No. 28 dictado por el Segundo Juzgado Militar de Santiago el 28 de enero de 1997, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1936 a 1938 y 1974 a 1976).

<sup>81</sup> Cfr. recurso de apelación presentado por el representante de la señora Gómez Olivares el 26 de febrero de 1997, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1949).

considerandos de su sentencia la Corte Marcial reprodujo lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que

la amnistía [es] una causal objetiva de extinción de responsabilidad criminal [y] sus efectos se producen de pleno derecho a partir del momento establecido por la ley, sin que puedan ser rehusados por sus beneficiarios [...], pues se trata de leyes de derecho público, que miran al interés general de la sociedad. Lo expresado significa, que una vez verificada la procedencia de la ley de amnistía deben los jueces proceder a declararla [...], sin que en consecuencia tenga obligatoria aplicación lo dispuesto en el artículo 413 [del Código de Procedimiento Penal], que exige para decretar el sobreseimiento definitivo que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y determinar la persona del delincuente<sup>82</sup>.

La Corte Marcial continuó indicando que

se ha establecido fehacientemente la existencia de ilícito penal (homicidio) [del señor Almonacid Arellano], y su concurrencia en el período de tiempo que cubre la amnistía, como asimismo se ha dictado auto de procesamiento en contra de las personas que aparecen como responsables. Que, siendo así, el decreto ley sobre amnistía tiene plena eficacia, razón por la cual corresponde a los jueces darle aplicación sobreseyendo definitivamente el proceso, toda vez que las responsabilidades penales se han extinguido, perdiendo el juicio penal su finalidad<sup>83</sup>.

En lo referente a la aplicación de los convenios internacionales sobre derechos humanos, la Corte Marcial consideró que

no puede sostenerse en concepto de esta Corte que dichos instrumentos internacionales son idóneos para restar eficacia al [Decreto Ley No. 2.191 ... E]n efecto, el Pacto de San José de Costa Rica fue ratificado el 21 de agosto de 1990[,] en tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se incorporó al derecho chileno con fecha 29 de abril de 1989, razón por la cual, no puede retrotraerse su aplicación, afectando al principio de la irretroactividad de la ley penal, puesto que ello equivaldría a sostener que responsabilidades penales definitivamente extinguidas en virtud de la amnistía han tenido la virtud de renacer después. Lo anterior contradice la esencia de la amnistía que es siempre ley penal más benigna para quienes resulten favorecidos por ella<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> C/í: sentencia de la Corte Marcial de 25 de marzo de 1998, considerando 5, (expediente de anexos a la demanda, Anexo 3, folio 41).

<sup>83</sup> C/í: sentencia de la Corte Marcial de 25 de marzo de 1998, considerando 6 (expediente de anexos a la demanda, Anexo 3, folio 42).

<sup>84</sup> C/í: sentencia de la Corte Marcial de 25 de marzo de 1998, considerando 9 (expediente de anexos a la demanda, Anexo 3, folios 43 y 44).

Una Ministra de la Corte Marcial no estuvo de acuerdo con lo resuelto por la mayoría, puesto que consideró que el “homicidio” del señor Almonacid Arellano se perpetró en una “época en que imperaba en el país un estado de guerra interna”, y que tal acto, “atendidas las circunstancias y modalidad de su comisión, [...] es una de las acciones prohibidas por el artículo 3 [común] de los Convenios de Ginebra”. Asimismo, la Ministra indicó que el artículo 52 de los Convenios de Ginebra “hace claramente imprescriptible e inadmisiable los crímenes de guerra”<sup>85</sup>.

82.22. El 9 de abril de 1998 la señora Gómez Olivares, a través de su representante, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia de la Corte Marcial (*supra* párr. 82.21), en el cual presentó, *inter alia*, los siguientes alegatos:

de acuerdo al código procesal penal [...] se prohíbe a los jueces decretar sobreseimientos definitivos antes de estar agotada una investigación [...]. En el caso de autos, la investigación distaba de estar agotada, faltando importantes diligencias, entre las cuales contaban la determinación de los integrantes de la patrulla de Carabineros y eventualmente la aparición de nuevos antecedentes que permitieron identificar otros responsables del homicidio [del señor Almonacid Arellano];

[...]

el decreto ley de amnistía puede seguir teniendo eficacia, pero en todo aquello que no haya sido regulado o prohibido por la norma internacional. [Pero] tratándose de homicidios cometidos por agentes estatales, se configura un ilícito internacional, respecto del cual ‘la soberanía nacional’ [...] queda necesariamente restringida para otorgarles un indiscriminado perdón o amnistía;

[...]

el derecho a la verdad y a la justicia que asisten a los familiares de las víctimas es un derecho originario y de mayor jerarquía, que aquel que se reclama en favor de los delincuentes cuando se persigue su responsabilidad criminal en los hechos y que deviene en un derecho derivado; y

[...]

de las Convenciones de Ginebra y la ley de amnistía, [...] se infiere que la amnistía puede tener eficacia sobre todas aquellas materias que no sean las ‘graves infracciones señaladas en los Convenios de Ginebra’<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Cfr. voto disidente de la Ministra Morales a la Sentencia de la Corte Marcial de 25 de marzo de 1998 (expediente de anexos a la demanda, Anexo 3, folios 44 y 45).

<sup>86</sup> Cfr. recurso de casación presentado por el representante de la señora Gómez Olivares, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 2000 a 2016).

82.23. La Corte Suprema resolvió este recurso el 16 de abril de 1998, declarándolo “no ha lugar por extemporáneo”<sup>87</sup>. El 11 de noviembre de 1998 se ordenó el archivo del expediente<sup>88</sup>.

## **ii) Medidas adoptadas por el Estado respecto al Decreto Ley No. 2.191**

82.24. Hasta la fecha de la presente Sentencia se han presentado 6 proyectos de ley tendientes a modificar el Decreto Ley No. 2.191. Dos de ellos<sup>89</sup> pretendían que a través de una ley se interpretara el decreto ley señalado, estableciendo que éste no es aplicable a los crímenes de lesa humanidad, por su carácter de inadmixtibles e imprescriptibles. Un tercero<sup>90</sup> pretendía ampliar el período cubierto por el Decreto Ley hasta el 11 de marzo de 1990. Un cuarto proyecto<sup>91</sup> buscaba impedir que se inicie proceso alguno destinado a hacer valer la responsabilidad de quienes aparezcan en ellos como autores, cómplices o encubridores, “entendiéndose extinguida toda acción penal o civil que de ellos haya emanado” y proponía el sobreseimiento definitivo “sin más trámite” de los juicios que se encontraran pendientes. Un quinto proyecto<sup>92</sup> tenía el propósito de reglar la aplicación del Decreto Ley y establecer que en caso de personas detenidas-desaparecidas el juez continuaría las investigaciones “con el sólo propósito de esclarecer el destino de la víctima o de sus restos”. Ninguno de estos cinco proyectos fue aprobado. Un sexto proyecto<sup>93</sup> fue recientemente presentado con la finalidad de declarar la nulidad de derecho público del Decreto Ley No. 2.191. La Corte desconoce el estado del trámite legislativo de este último proyecto.

82.25. En los últimos años el Poder Judicial chileno ha inaplicado el Decreto Ley No. 2.191 en varios casos<sup>94</sup>.

<sup>87</sup> Cf: resolución de la Corte Suprema de 16 de abril de 1998, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 2019).

<sup>88</sup> Cf: orden de archivo de 11 de noviembre de 1998, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 2039).

<sup>89</sup> Cf: boletín No. 654-07, presentado el 7 de abril 1992 por los senadores Rolando Calderón Aránguiz, Jaime Gazmuri Mujica, Ricardo Núñez Muñoz y Hernán Vodanovic Schnake (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 10, folios 4269 a 4274); Boletín No. 1718-07, presentado el 11 de octubre de 1995 por los senadores Ruiz de Giorgio y Mariano Ruiz Esquide (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 11, folios 4276 a 4285).

<sup>90</sup> Cf: boletín No. 1.622-07, presentado el 6 de junio 1995 por el senador Sebastián Piñera Echenique (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 12, folios 4365 a 4371).

<sup>91</sup> Cf: boletín No. 1632-07, presentado el día 14 de junio 1995 por el senador Francisco Javier Errazuriz (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 13, folios 4373 a 4377).

<sup>92</sup> Cf: boletín No. 1657-07, presentado el 19 de julio de 1995 por los senadores Díez, Larraín, Otero y Piñera (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 14, folios 4379 a 4389).

<sup>93</sup> Cf: boletín No. 4162-07, presentado el 21 de abril de 2006 por los senadores Girardi, Letelier, Navarro y Ruiz-Esquide (Anexo 9 alegatos finales escritos del Estado, folios 4249 a 4267).

<sup>94</sup> Cf: Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Apelación Rol No. 38683-94 de 30 de septiembre de 1994 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 483 a 495); Corte Suprema, Recurso

**d) Medidas de reparación adoptadas frente a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el Gobierno de facto**

82.26. El 25 de abril de 1990, inmediatamente después del fin de la Dictadura Militar, el Presidente Patricio Aylwin Azocar, considerando, *inter alia*, “[q]ue la conciencia moral de la Nación requiere el esclarecimiento de la verdad sobre las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el país entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990”<sup>95</sup> dictó el Decreto Supremo No. 355 que creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (en adelante “la Comisión de la Verdad”). La tarea de este organismo era:

---

de Casación Rol No. 3831-97 de 8 de junio de 1998 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 186 a 196); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 469-98 de 9 de septiembre de 1998 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 364 a 380); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 2097-1998 de 29 de diciembre de 1998 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 299 a 305); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 247-98 de 7 de enero de 1999 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 197 a 206); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 1359-2001 de 26 de agosto de 2002 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 220 a 234); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 4135-2001 de 29 de noviembre de 2002 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 207 a 219); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 4054-2001 de 31 de enero de 2003 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 272 a 283); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 4053-2001 de 31 de enero de 2003 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 253 a 271); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 4209-01 de 3 de marzo de 2003 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 284 a 298); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 2231-01 de 28 de agosto de 2003 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 235 a 252); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 1134-2002 de 4 de noviembre de 2003 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 306 a 316); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 2505-2002 de 11 de noviembre de 2003 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 317 a 324); Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Apelación Rol No. 11821-2003, de 5 de enero de 2004 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 443 a 475); Corte Suprema, Recurso de Casación, Rol No. 457-2005, de 9 de febrero de 2005 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 424 a 437); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 4622-2002, de 29 de marzo de 2005 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 325 a 339); Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Revisión Rol No. 15765-2004, de 6 de julio de 2005 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 438 a 442); Corte Suprema, Rol No. 3925-2005, de 5 de septiembre de 2005 (expediente de documentos presentados en la Audiencia Pública, folios 390 a 423); Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Apelación Rol No. 37483-2004, resolución 8472, dictada por la Secretaría Criminal, de 18 de enero de 2006 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 4, Tomo II, folios 4170 a 4179); Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Apelación Rol No. 24471-2005, resolución 43710, dictada por la Secretaría Criminal, 20 de abril de 2006 (expediente de fondo, Tomo IV, folios 1089 a 1093); Corte Suprema, Recurso de Queja Rol No. 396-2006, Resolución 9334, dictada por la Secretaría Única, de 8 de mayo de 2006 (expediente de fondo, Tomo IV, folios 1094 y 1095); Corte Suprema, Recurso de Casación Rol No. 3215-2005, Resolución 11745, dictada por la Secretaría Única, de 30 de mayo de 2006 (expediente de fondo, Tomo IV, folios 1157 a 1159); Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No. 14567-2004, Resolución 64656, dictada por la Secretaría Criminal, de 2 de junio de 2006 (expediente de fondo, Tomo IV, folios 1160 y 1161); Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No. 14058-2004, Resolución 74986, dictada por la Secretaría Criminal, de 27 de junio de 2006 (expediente de fondo, Tomo IV, folios 1263 a 1270); Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No. 32365-2005, Resolución 76786, dictada por la Secretaría Criminal, de 29 de junio de 2006 (expediente de fondo, Tomo IV, folios 1260 a 1262).

<sup>95</sup> Cfr. considerando primero del Decreto Supremo No. 355 de 25 de abril de 1990, en Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo I, págs. XI a XIV (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folios 2077 a 2079).

- a) Establecer un cuadro lo más completo posible sobre los graves hechos referidos, sus antecedentes y circunstancias;
- b) Reunir antecedentes que permitan individualizar a sus víctimas y establecer su suerte o paradero;
- c) Recomendar medidas de reparación y reivindicación que crea de justicia; y
- d) Recomendar las medidas legales y administrativas que a su juicio deben adoptarse para impedir o prevenir la comisión de los hechos a que este artículo se refiere.

### El Decreto Supremo No. 355 entendió por graves violaciones

las situaciones de detenidos desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte, en que aparezca comprometida la responsabilidad moral del Estado por actos de sus agentes o de personas a su servicio, como asimismo los secuestros y los atentados contra la vida de personas cometidos por particulares bajo pretextos políticos<sup>96</sup>.

82.27. Luego de concluida su labor la Comisión de la Verdad emitió su informe, acordado por unanimidad de sus miembros, e hizo entrega del mismo al Presidente Aylwin el 8 de febrero de 1991<sup>97</sup>. A su vez, el Presidente Aylwin dio a conocer el informe a la sociedad el 4 de marzo de 1991<sup>98</sup>. En esa ocasión el Presidente pidió perdón a los familiares de las víctimas en los siguientes términos:

Quando fueron agentes del Estado los que ocasionaron tanto sufrimiento, y los órganos competentes del Estado no pudieron o no supieron evitarlo o sancionarlo, y tampoco hubo la necesaria reacción social para impedirlo, son el Estado y la sociedad entera los responsables, bien sea por acción o por omisión. Es la sociedad chilena la que está en deuda con las víctimas de las violaciones a los derechos humanos.

[...]

Por eso es que yo me atrevo, en mi calidad de Presidente de la República, a asumir la representación de la Nación entera para, en su nombre, pedir perdón a los familiares de la[s] víctimas<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Cfr: artículo primero del Decreto Supremo No. 355 de 25 de abril de 1990, en Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo I, págs. XI a XIV (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folios 2077 a 2079).

<sup>97</sup> Cfr: mensaje a la Nación del Presidente Patricio Aylwin al dar a conocer el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 4 de marzo de 1991, en Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo II, págs. 887 a 894 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folios 2529 a 2533).

<sup>98</sup> Cfr: mensaje a la Nación del Presidente Patricio Aylwin, *supra* nota 97.

<sup>99</sup> Cfr: mensaje a la Nación del Presidente Patricio Aylwin, *supra* nota 97.

82.28. En el informe de la Comisión de la Verdad se nombra individualmente a las víctimas, incluido el señor Almonacid Arellano<sup>100</sup>. Asimismo, la Comisión de la Verdad propuso recomendaciones de reivindicación y reparación simbólica<sup>101</sup>, de carácter legal y administrativo<sup>102</sup> y relativas al bienestar social<sup>103</sup>.

82.29. El 8 de febrero de 1992 se publicó en el Diario Oficial la Ley No. 19.123 que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación<sup>104</sup>. El objeto de esta Corporación era “la coordinación, ejecución y promoción de las acciones necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”<sup>105</sup>. A tal efecto, se estableció una pensión mensual en beneficio de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política<sup>106</sup>, se les otorgó el derecho a recibir gratuitamente ciertos beneficios médicos<sup>107</sup> y beneficios educacionales<sup>108</sup>, y se eximió a los hijos de las víctimas de realizar el servicio militar obligatorio, si así lo solicitaren<sup>109</sup>.

82.30. El 11 de noviembre de 2003 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo No. 1.040 que creó la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, para el esclarecimiento de la verdad acerca de quiénes fueron las personas que sufrieron privación de libertad y tortura por razones políticas en el período de la Dictadura militar<sup>110</sup>. Asimismo, la Comisión propuso en su informe final medidas de reparación individuales (recogidas en la Ley No. 19.992) colectivas y simbólicas.

---

<sup>100</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación, Tomo II, pág. 904 y Tomo III, pág. 18 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folios 2233 y 2572).

<sup>101</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación, Tomo II, págs. 824 y 825 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2498).

<sup>102</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación, Tomo II, págs. 826 y 827 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folio 2499).

<sup>103</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación, Tomo II, págs. 827 a 836 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, folios 2499 a 2504).

<sup>104</sup> Cfr. Ley No. 19.123, publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1993, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 3, folios 3383 a 3395).

<sup>105</sup> Cfr. artículo 1 de la Ley No. 19.123, publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1993 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 3, folio 3383).

<sup>106</sup> Cfr. artículos 17 a 27 de la Ley No. 19.123, publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1993 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 3, folios 3389 a 3392).

<sup>107</sup> Cfr. artículo 28 de la Ley No. 19.123, publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1993 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 3, folio 3393).

<sup>108</sup> Cfr. artículos 29 a 31 de la Ley No. 19.123, publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1993 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 3, folios 3393 a 3394).

<sup>109</sup> Cfr. artículo 32 de la Ley No. 19.123, publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1993 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 3, folio 3394).

<sup>110</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 4, folio 3430).

82.31. El 29 de octubre de 2004 se promulgó la Ley No. 19.980 que modificó la Ley No. 19.123 (*supra* párr. 82.29), ampliando y estableciendo nuevos beneficios a favor de los familiares de las víctimas, entre los que destacan el incremento del 50 por ciento del monto de la pensión de reparación mensual; la concesión al Presidente de la República de la facultad para otorgar un máximo de 200 pensiones de gracia, y la ampliación de los beneficios en salud<sup>111</sup>.

82.32. Además de las citadas medidas de reparación el Estado adoptó las siguientes: i) el Programa de Apoyo a los Presos Políticos que al 11 de marzo de 1990 se encontraban privados de la libertad; ii) el Programa de Reparación y Atención Integral de Salud (PRAIS) a los afectados por las violaciones a los derechos humanos; iii) el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior; iv) mejoras tecnológicas al Servicio Médico Legal; v) la Oficina Nacional del Retorno; vi) el Programa para Exonerados Políticos; vii) la restitución o indemnización por bienes confiscados y adquiridos por el Estado; viii) la creación de la Mesa de Diálogo sobre Derechos Humanos, y ix) la iniciativa presidencial “No hay mañana sin ayer” del Presidente Ricardo Lagos<sup>112</sup>.

82.33. Finalmente, el Estado ha construido varios memoriales en homenaje de las víctimas de violaciones a los derechos humanos<sup>113</sup>.

#### **e) Medidas de reparación otorgadas a la señora Gómez Olivares y a su familia**

82.34. La señora Gómez Olivares percibió una bonificación en el año 1992, y ha recibido una pensión mensual y tiene derecho a seguirla recibiendo de forma vitalicia. También es beneficiaria y tiene derecho a continuar recibiendo beneficios en materia de salud. De igual manera, los hijos de la señora Gómez Olivares y del señor Almonacid Arellano han recibido reparaciones económicas y educacionales, incluida la educación superior. Asimismo, tienen también beneficios en salud. En total, la señora Gómez Olivares y sus hijos han recibido transferencias directas por una suma de aproximadamente US\$ 98.000,00 (noventa y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América), y han

---

<sup>111</sup> Cfr. Ley No. 19.980 publicada en el Diario Oficial el 29 de octubre de 2004, (expediente de anexos a la contestación a la demanda, folios 376 a 379).

<sup>112</sup> Cfr. declaración de Cristián Correa Montt testigo propuesto por el Estado (expediente de fondo, Tomo II, folios 421 a 440).

<sup>113</sup> Cfr. documento titulado “Memoriales construidos con Aportes del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior”, anexo 1 al declaración de Cristián Correa Montt (expediente de fondo, Tomo II, folios 441 a 450); libro “Políticas de Reparación. Chile 1990-2004” de Elizabeth Lira y Brian Loveman, anexo 2 a la declaración de Cristián Correa Montt (expediente de fondo, Tomo II, folios 451 a 463).

recibido becas de estudio por una suma aproximada de US\$ 12.180,00 (doce mil ciento ochenta dólares de los Estados Unidos de América)<sup>114</sup>.

82.35. El Estado procedió a la nominación de una calle con el nombre Luis Almonacid y de una Villa Profesor Luis Almonacid, ambas en la ciudad de Rancagua, e incluyó el nombre del señor Almonacid Arellano en el Memorial del Cementerio General de Santiago<sup>115</sup>.

**f) Respetto a los daños causados a la señora Gómez Olivares y a su familia, y respecto a las costas y gastos**

82.36. Debido a la falta de sanción de los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano, la señora Gómez Olivares y sus hijos padecieron sufrimientos.

82.37. La señora Gómez Olivares actuó a través de representantes en el trámite del presente caso ante la justicia interna y ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual ha producido costas y gastos.

---

<sup>114</sup> *Cfr.*: declaración de la señora Elvira Gómez Olivares en la audiencia pública del 29 de marzo de 2006; declaración de Cristián Correa Montt (expediente de fondo, Tomo II, folio 439); constancias de la División Pago de Beneficios del Departamento de Operaciones del Instituto de Normalización Provisional, de febrero de 2006 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 4, tomo II, folios 4392 a 4394).

<sup>115</sup> *Cfr.*: declaración de la señora Elvira Gómez Olivares (audiencia pública celebrada el 29 de marzo de 2006); listado de obras Rancagua [http://www.ddhh.gov.cl/DDHH/obras/info\\_VIR/VIR\\_rancagua.html](http://www.ddhh.gov.cl/DDHH/obras/info_VIR/VIR_rancagua.html) (expediente de anexos a la contestación de la demanda, folio 381).

**VIII.**  
**INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES GENERALES**  
**CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2**  
**DE LA CONVENCIÓN AMERICANA**  
**(OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS Y DEBER DE ADOPTAR**  
**DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO)**  
**Y VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 8 Y 25**  
**DE LA MISMA**  
**(GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL)**

**83. Alegatos de la Comisión**

- a) la denegación de justicia en perjuicio de la familia del señor Almonacid Arellano deriva de la aplicación del Decreto Ley de auto amnistía, expedido por la dictadura militar como auto perdón, en beneficio de sus miembros. El Estado ha mantenido en vigor esa ley tras la ratificación de la Convención Americana; a su vez, los tribunales chilenos la han declarado constitucional y la continúan aplicando;
- b) en el presente caso, es claro que la vigencia del Decreto Ley de auto amnistía afecta el derecho de las víctimas a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos responsables de matar y herir a sus familiares. Esta ley en definitiva, afecta el derecho de las víctimas a la justicia;
- c) la aplicación del Decreto Ley de auto amnistía tuvo el efecto de cercenar de forma definitiva el procedimiento judicial que tenía como objeto la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de la detención arbitraria y ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano. En ese sentido, el Estado chileno ha violado los artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención, en perjuicio de sus familiares;
- d) otra consecuencia de la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 y el subsiguiente archivo del proceso de investigación fue desconocer el derecho de los familiares del señor Almonacid Arellano a ser oídos por un tribunal competente, y
- e) por otra parte, el hecho de que una investigación que involucra a miembros de carabineros haya sido confiada a la justicia militar plantea serias dudas acerca de su independencia e imparcialidad.

#### **84. Alegatos del Representante**

- a) el crimen investigado en estos autos no es un delito común, sino un ilícito de carácter internacional que sobreponiéndose a las amnistías, prescripciones u otras instituciones extintivas de responsabilidad penal, da derecho a la acción procesal para su persecución, incluyendo el enjuiciamiento de los delincuentes y la sanción de los mismos;
- b) el sobreseimiento definitivo por aplicación del Decreto Ley de Amnistía, manifiesta un absoluto desconocimiento de los alcances de la normativa que surge de la comunidad internacional, a la cual Chile ha concurrido soberanamente y la ha hecho suya, incorporándola al ordenamiento interno;
- c) tratándose de homicidios cometidos por agentes estatales, se configura un ilícito internacional, respecto del cual la soberanía nacional, expresada en la suscripción de esos acuerdos internacionales, queda necesariamente restringida para otorgarles un indiscriminado perdón o amnistía;
- d) un Estado puede disponer libremente de su derecho interno, conforme a sus normas nacionales soberanas, pero no tiene competencia para modificar unilateralmente las situaciones cuya calificación jurídica viene dada por el derecho internacional. Si el derecho internacional califica como criminal un hecho y obliga al Estado a su sanción, no puede el Estado alterar dicha situación en virtud de su conveniencia interna;
- e) la remisión de la causa a la justicia militar violó el artículo 8 de la Convención Americana, al entregarse el conocimiento de un homicidio a un tribunal que no era competente, independiente ni imparcial, y
- f) en este efecto, no puede ser imparcial un sistema de juzgamiento como el militar, que pone a disposición sus medios para la defensa de una persona que eventualmente va a juzgar.

#### **85. Alegatos del Estado**

- a) por principio, las leyes de amnistía o auto amnistía son contrarias a las normas de derecho internacional de los derechos humanos;
- b) la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile, palpable desde el año 1998, ha encontrado más de un camino para evitar la aplicación del Decreto Ley de Amnistía y, con ello, evitar sus negativos efectos sobre el respeto de los derechos humanos, y

- c) comparte la opinión de la Corte Interamericana que por principio es deseable que leyes de amnistía no existan, pero que, de existir, éstas no pueden ser un obstáculo para el respeto de los derechos humanos, tal como lo concluyó la Corte en el caso Barrios Altos.

### **Consideraciones de la Corte**

86. El artículo 1.1 de la Convención establece que:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

87. Por su parte, el artículo 2 de la Convención determina que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

88. El artículo 8.1 de la Convención establece que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

89. A su vez, el artículo 25.1 de la Convención dispone que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

90. En el presente caso, la Corte ha sido llamada a pronunciarse respecto a si el Estado cumplió con los deberes generales establecidos en los citados artículos 1.1 y 2 de la

Convención al mantener en vigencia el Decreto Ley No. 2.191 con posterioridad a la ratificación de la Convención por parte de Chile. Por otro lado, la Corte debe determinar si la aplicación del referido decreto ley constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas del presente caso. Para ello, el Tribunal estima oportuno dividir el análisis de la cuestión de la siguiente manera: a) primero, habría que calificar si el homicidio del señor Almonacid Arellano constituye o no un crimen de lesa humanidad, b) en segundo lugar y en caso que se establezca que tal homicidio constituye un crimen de lesa humanidad, la Corte considerará si dicho crimen puede o no ser amnistiado, c) en tercer lugar y en caso que se establezca que tal crimen no puede ser amnistiado, el Tribunal analizará si el Decreto Ley 2.191 amnistía o no este crimen y si el Estado violó o no la Convención al mantener vigente esa normativa, y d) finalmente, la Corte analizará si la aplicación de dicha normativa por parte de las autoridades judiciales en el presente caso conlleva una violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención. Todo lo anterior será analizado en el apartado *A)* del presente capítulo.

91. Establecido lo anterior, la Corte pasará a examinar en el apartado *B)* de este capítulo lo alegado por la Comisión Interamericana y el representante de las presuntas víctimas respecto a que la jurisdicción militar no era la competente para conocer el presente caso, lo cual consideran como una violación del artículo 8.1 de la Convención Americana.

92. Es importante señalar que el Estado se ha limitado a contradecir la admisibilidad del caso —lo cual ya fue resuelto por este Tribunal en párrafos anteriores (*supra* párrs. 38 a 65)— y a señalar que los tribunales de justicia chilenos ya no aplican el Decreto Ley No. 2.191. La Corte desea recalcar que el Estado en ningún momento ha afirmado que el citado decreto ley no viola la Convención Americana. Incluso la Agente del Estado en la audiencia pública señaló:

Yo quiero que quede bien claro y vuelvo a repetir acá, el Estado de Chile no está haciendo una defensa del Decreto Ley de Amnistía. Por el contrario, nosotros no consideramos que el Decreto Ley de Amnistía tenga valor, ni ético ni jurídico<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> *Cf.* alegatos orales del Estado (audiencia pública celebrada el 29 de marzo de 2006).

**A) Respecto a la vigencia y aplicación del Decreto Ley No. 2.191****a) La ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano**

93. En esta sección la Corte analizará si el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano podría constituir o no un crimen de lesa humanidad. En este sentido, la Corte debe analizar si para el 17 de septiembre de 1973, fecha en que murió el señor Almonacid Arellano, el asesinato constituía un crimen de lesa humanidad, y en qué circunstancias.

94. El desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad se produjo en los inicios del siglo pasado. En el preámbulo del Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Convenio núm. IV) las potencias contratantes establecieron que “las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”<sup>117</sup>. Asimismo, el término “crímenes contra la humanidad y la civilización” fue usado por los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia el 28 de mayo de 1915 para denunciar la masacre de armenios en Turquía<sup>118</sup>.

95. El asesinato como crimen de lesa humanidad fue codificado por primera vez en el artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el cual fue anexado al Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 (el “Acuerdo de Londres”). Poco después, el 20 de diciembre de 1945, la Ley del Consejo de Control No. 10 también consagró al asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II.c. De forma similar, el delito de asesinato fue codificado en el artículo 5.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (Estatuto de Tokyo), adoptada el 19 de enero de 1946.

96. La Corte, además, reconoce que la Estatuto de Nuremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de

---

<sup>117</sup> *Cfr.* Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convenio núm. IV).

<sup>118</sup> Egon Schwelb, *Crimes Against Humanity*, British Yearbook of International Law. Vol 23, (1946), 178, pág. 181. “[L]os crímenes contra la humanidad y la civilización de los cuales son responsables los miembros del Gobierno turco, así como los agentes implicados en las masacres”.

lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa<sup>119</sup>, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra<sup>120</sup>. En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, al considerar que “un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable”<sup>121</sup>. Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado.

97. Por su parte, el Tribunal Militar Internacional para el Juzgamiento de los Principales Criminales de Guerra (en adelante “el Tribunal de Nuremberg”), el cual tenía jurisdicción para juzgar los crímenes establecidos en el Acuerdo de Londres, indicó que la Estatuto de Nuremberg “es la expresión de derecho internacional existente en el momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al derecho internacio-

---

<sup>119</sup> Artículo 6.- El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

[...]

(c) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

<sup>120</sup> *Cfr.* United States Nuremberg Military Tribunal, United States v. Ohlendorf, 15 I.L.R. 656 (1948); United States v. Alstotter (1948 Justice Case), in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10* Vol. III 956 (U.S. Gov. Printing Office 1951); *History of the U.N. War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* compiled by the U.N. War Crimes Commission (1948); *Cfr.* O.N.U., Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y la Sentencia del Tribunal. Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el año 1950, U.N. Doc. A/1316 (1950), part III, párr. 123; artículo I.b de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 25 de noviembre de 1968.

<sup>121</sup> *Cfr.* Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Opinion and Judgement, May 7, 1997, at para. 649. Esto fue posteriormente confirmado por el mismo tribunal en *Prosecutor v. Kupreskic, et al*, IT-95-16-T, Judgement, January 14, 2000, at para. 550, y *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, Judgement, February 26, 2001, at para. 178.

nal”<sup>122</sup>. Con ello reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión del derecho internacional, que proscibía esos crímenes.

98. La prohibición de crímenes contra la humanidad, incluido el asesinato, fue además corroborada por las Naciones Unidas. El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General confirmó “los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal”<sup>123</sup>. Asimismo, en 1947 la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional que “formul[ara] los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”<sup>124</sup>. Estos principios fueron adoptados en 1950<sup>125</sup>. Entre ellos, el Principio VI.c califica al asesinato como un crimen contra la humanidad. De igual forma, la Corte resalta que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, de los cuales Chile es parte desde 1950, también prohíbe el “homicidio en todas sus formas” de personas que no participan directamente en las hostilidades.

99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

100. La Corte Europea de Derechos Humanos también se pronunció en el mismo sentido en el caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*. En este caso los señores Kolk y Kislyiy cometieron crímenes de lesa humanidad en 1949 y fueron juzgados y sancionados por ellos en las cortes de Estonia en el año 2003. La Corte Europea indicó que aún cuando los actos cometidos por esas personas pudieron haber sido legales por la ley doméstica que imperaba en ese entonces, las cortes de Estonia consideraron que constituían crímenes de lesa

---

<sup>122</sup> Cfr. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, Germany, (1947) at 218.

<sup>123</sup> Cfr. O.N.U., Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 95(I), Quincuagésima quinta reunión plenaria de 11 de diciembre de 1946.

<sup>124</sup> Cfr. O.N.U., Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, adoptado por la de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 177 (II), 123ª sesión plenaria de 21 de noviembre de 1947.

<sup>125</sup> Cfr. O.N.U., Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las Sentencias del Tribunal. Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el año 1950 (A/CN.4/34).

humanidad bajo el derecho internacional al momento de su comisión, y que no encontraba motivo alguno para llegar a una conclusión diferente<sup>126</sup>.

101. Por otra lado, esta Corte enfatiza que para el año 1998, cuando se confirmó la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 en el presente caso (*supra* párr. 82.21), ya se habían adoptado los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (25 de mayo de 1993) y Ruanda (9 de noviembre de 1994), cuyos artículos 5 y 3, respectivamente, reafirman que el asesinato constituye un grave crimen de derecho internacional. Este criterio fue corroborado por el artículo 7 del Estatuto de Roma (17 de julio de 1998) que creó la Corte Penal Internacional.

102. Ahora bien, corresponde al Tribunal analizar si las circunstancias en que se produjo la muerte del señor Almonacid Arellano podrían constituir un crimen de lesa humanidad, conforme fuera definido para el año 1973 (*supra* párr. 99).

---

<sup>126</sup> Cfr. ECHR, *Case Kolk and Kislyiy v. Estonia*, Judgment of 17 January 2006. Applications Nos. 23052/04 and 24018/04.

[Los señores Kolk y Kislyiy] señalaron que los actos en relación a los cuales fueron condenados sucedieron en el año 1949 en el territorio de [la República Socialista Soviética de] Estonia. En el momento material de los hechos era aplicable en el territorio de Estonia el Código Criminal de 1946 de la República Socialista Federal Rusa. Este código no incluía crímenes de lesa humanidad. La responsabilidad para crímenes de lesa humanidad no fue establecida en Estonia sino hasta el 9 de Noviembre de 1994 [...].

La Corte observa, primero, que Estonia perdió su independencia como consecuencia del Pacto de no Agresión entre Alemania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (también conocido como el “Pacto de Molotov-Ribbentrop”), adoptado el 23 de agosto de 1939, y sus protocolos adicionales secretos. [...] El régimen totalitario comunista de la Unión Soviética condujo acciones sistemáticas y a gran escala en contra de la población de Estonia, incluyendo, por ejemplo, la deportación de cerca de 10.000 personas el 14 de junio de 1941 y más de 20.000 el 25 de marzo de 1949.

[...]

La Corte observa que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 como un crimen de lesa humanidad (artículo 6 (c)). Aun cuando el Tribunal de Nuremberg fue establecido para perseguir a los principales criminales de guerra de los países del Eje Europeo por los delitos cometidos antes o durante la Segunda Guerra Mundial, la Corte observa que la validez universal de los principios sobre los crímenes de lesa humanidad fueron confirmados subsiguientemente por, *inter alia*, la Resolución No. 95 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y luego por la Comisión de Derecho Internacional. Por consiguiente, la responsabilidad por crímenes de lesa humanidad no puede ser limitada únicamente a nacionales de algunos países y únicamente a actos cometidos en el marco temporal de la Segunda Guerra Mundial. [...]

[...]

La Corte observa que aun cuando los actos cometidos por [los señores Kolk y Kislyiy] pudieron haber sido considerados lícitos bajo las leyes soviéticas en ese momento, las cortes de Estonia los consideraron bajo el derecho internacional como crímenes de lesa humanidad, en el momento de su comisión. La Corte no ve razón para llegar a una conclusión diferente. [...] Por lo tanto, la Corte considera que las alegaciones de los recurrentes no tienen bases suficientes para señalar que sus actos no constituían crímenes de lesa humanidad en el momento de su consumación [...].

Además, ninguna prescripción limitante es aplicable a los crímenes de lesa humanidad, independientemente de la fecha de su comisión. [...] La Corte no encuentra razón alguna para poner en duda la interpretación y aplicación de la ley doméstica que las cortes de Estonia efectuaron a la luz del derecho internacional pertinente. En conclusión se tiene que [las] alegaciones [de los peticionarios] son manifiestamente infundadas y deben ser rechazadas.

103. Como se desprende del capítulo de Hechos Probados (*supra* párr. 82.3 a 82.7), desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile un dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura (*supra* párr. 82.5). De igual forma, la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura. La ejecución del señor Almonacid Arellano precisamente se produjo en esa época.

104. En vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad.

#### **b) Imposibilidad de amnistiar los crímenes de lesa humanidad**

105. Según el *corpus iuris* del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda. En el caso *Prosecutor v. Erdemovic* el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia indicó que

[l]os crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima<sup>127</sup>.

<sup>127</sup> Cfr. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, November 29, 1996, at para. 28.

Crimes against humanity are serious acts of violence which harm human beings by striking what is most essential to them: their life, liberty, physical welfare, health, and or dignity. They are inhumane acts that by their extent and

106. Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones desde 1946<sup>128</sup> ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973. En la primera, la Asamblea General sostuvo que la “investigación rigurosa” de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, “son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”<sup>129</sup>. En la segunda Resolución, la Asamblea general afirmó:

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

[...]

Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad<sup>130</sup>.

---

gravity go beyond the limits tolerable to the international community, which must perforce demand their punishment. But crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes against humanity.

<sup>128</sup> Cfr: O.N.U., Extradición y castigo de criminales de guerra, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3 (I) de 13 de febrero de 1946; Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946; Extradición de delincuentes de guerra y traidores, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 170 (II) de 31 de octubre de 1947; Cuestión del Castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2338 (XXII) de 18 de diciembre de 1967; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 25 de noviembre de 1968; Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2712 (XXV) de 14 de diciembre de 1970; Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971, y Prevención del delito y la lucha contra la delincuencia, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3020 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972.

<sup>129</sup> Cfr: O.N.U., Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969.

<sup>130</sup> Cfr: O.N.U., Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3074 (XXVIII) 3 de diciembre de 1973.

107. Igualmente, las Resoluciones 827 y 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>131</sup>, junto con los Estatutos de los Tribunales para ex Yugoslavia (Artículo 29) y Ruanda (Artículo 28), imponen una obligación a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas de cooperar plenamente con los Tribunales en la investigación y persecución de personas acusadas de haber cometido serias violaciones de Derecho Internacional, incluidos crímenes contra la humanidad. Asimismo, el Secretario General de las Naciones Unidas ha señalado que en vista de las normas y los principios de las Naciones Unidas, los acuerdos de paz aprobados por ella nunca pueden prometer amnistías por crímenes de lesa humanidad<sup>132</sup>.

108. La adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad impide el cumplimiento de las obligaciones señaladas. El Secretario General de las Naciones Unidas, en su informe sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, afirmó que

[a]unque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario<sup>133</sup>.

109. El Secretario General también informó que no se reconoció efectos jurídicos a la amnistía concedida en Sierra Leona, “dada su ilegalidad con arreglo al derecho internacional”<sup>134</sup>. En efecto, el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona dispuso que la amnistía concedida a personas acusadas de crímenes de lesa humanidad, infracciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional II<sup>135</sup>, así como otras infracciones graves del derecho internacional humanitario, “no constituirá un impedimento para [su] procesamiento”.

---

<sup>131</sup> Cfr. O.N.U., Resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/827 para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 25 de marzo de 1993; y Resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/955 para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda 8 de noviembre de 1994.

<sup>132</sup> Cfr. O.N.U., Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616 de 3 de agosto de 2004, párr. 10.

<sup>133</sup> Cfr. O.N.U., Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona, S/2000/915 de 4 de octubre de 2000, párr. 22.

<sup>134</sup> Cfr. O.N.U., Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal para Sierra Leona, S/2000/915, 4 de octubre de 2000, párr. 24.

<sup>135</sup> Cfr. O.N.U., Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

110. La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción<sup>136</sup>.

111. Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”<sup>137</sup>. Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales<sup>138</sup>. Al respecto, este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166, y *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175.

<sup>137</sup> Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 299; *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 237; *Caso de la Comunidad Moiwana*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 203.

<sup>138</sup> Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 148; *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 94; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 143.

<sup>139</sup> Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 144; *Caso 19 Comerciantes*, Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 192; y *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 77.

112. Este Tribunal ya había señalado en el *Caso Barrios Altos* que

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>140</sup>.

113. Resulta útil destacar también que el propio Estado en el presente caso reconoció que en “principio, las leyes de amnistía o auto amnistía son contrarias a las normas de derecho internacional de los derechos humanos”<sup>141</sup>.

114. Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía.

**c) La vigencia del Decreto Ley No. 2.191 a partir del 21 de agosto de 1990**

115. Ya que se ha establecido que el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano es un crimen de lesa humanidad, y que los crímenes de lesa humanidad no pueden ser amnistiados, corresponde al Tribunal analizar si el Decreto Ley No. 2.191 amnistía ese crimen y si, de darse ese supuesto, el Estado ha dejado de cumplir su obligación derivada del artículo 2 de la Convención por mantener vigente esa normativa.

116. El artículo 1 del Decreto Ley No. 2.191 (*supra* párr. 82.10) concede una amnistía general a todos los responsables de “hechos delictuosos” cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. Por su parte, el artículo 3 de ese Decreto Ley excluye de la amnistía una serie de delitos<sup>142</sup>. La Corte nota que el crimen de lesa

<sup>140</sup> Cfr. *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Párr. 41.

<sup>141</sup> Cfr. alegatos finales escritos del Estado (expediente de fondo, Tomo III, folio 723).

<sup>142</sup> De acuerdo al Artículo 3 del Decreto Ley No. 2.191 no quedaron comprendidos en la amnistía “las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario”.

humanidad de asesinato no figura en el listado del artículo 3 del citado Decreto Ley. Así también lo entendieron las cortes chilenas que conocieron el presente caso, al aplicarlo (*supra* párr. 82.20 y 82.21). De igual forma, este Tribunal, aún cuando no ha sido llamado a pronunciarse en este caso sobre otros crímenes de lesa humanidad, llama la atención respecto a que tampoco se encuentran excluidos de la amnistía crímenes de lesa humanidad como la desaparición forzada, la tortura, el genocidio, entre otros.

117. Esta Corte ha afirmado en varias oportunidades que

[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“principe allant de soi”; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif*, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados<sup>143</sup>.

118. A la luz del artículo 2 de la Convención, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías<sup>144</sup>. Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma<sup>145</sup>.

119. Leyes de amnistía con las características descritas (*supra* párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado<sup>146</sup>. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de

---

<sup>143</sup> Cfr. *Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C N° 72, párr. 179.

<sup>144</sup> Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 83; *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 91; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 137, párr. 109.

<sup>145</sup> Cfr. *Caso Raxcacó Reyes*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133. párr. 87; *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, *supra* nota 5, párr. 100; y *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 91 y 93.

<sup>146</sup> Cfr. *Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile<sup>147</sup>.

120. Por otro lado, si bien la Corte nota que el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, “es indiferente para estos efectos”<sup>148</sup>. En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su *ratio legis*: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar.

121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.

122. Por tales razones, la Corte encuentra que el Estado ha incumplido con los deberes impuestos por el artículo 2 de la Convención Americana, por mantener formalmente dentro de su ordenamiento un Decreto Ley contrario a la letra y espíritu de la misma.

---

<sup>147</sup> Cfr. *Caso Barrios Altos*, *supra* nota 140, párr. 44.

<sup>148</sup> Cfr. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26.

**d) La aplicación del Decreto Ley No. 2.191**

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana<sup>149</sup>.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”<sup>150</sup>. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

---

<sup>149</sup> Cfr. Caso Ximenes Lopes, supra nota 14, párr. 172; y Caso Baldeón García, supra nota 14, párr. 140.

<sup>150</sup> Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.

126. En el presente caso, el Poder Judicial aplicó el Decreto Ley No. 2.191 (*supra* párr. 82.20 y 82.21), lo que tuvo como efecto inmediato el cese de las investigaciones y el archivo del expediente, dejando en la impunidad a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. De acuerdo a lo anterior, se impidió a los familiares que ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que repare las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido y les permitiera conocer la verdad.

127. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal,

a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurrir en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente<sup>151</sup>.

128. Por lo tanto, la Corte considera que la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 desconoció los deberes impuestos por el artículo 1.1 de la Convención Americana en violación de los derechos de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, de todo lo cual Chile es internacionalmente responsable.

\*

\* \* \*

129. El Tribunal, como conclusión de todo lo señalado en esta sección A), considera que el asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa sólo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época. El ilícito cometido en

<sup>151</sup> Cfr. Caso Barrios Altos, *supra* nota 140, párr. 43.

contra del señor Almonacid Arellano no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, puesto que constituye un crimen de lesa humanidad. El Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley No. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga. Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, porque aplicó el Decreto Ley No. 2.191 al presente caso.

### **B) Respecto a la jurisdicción militar**

130. La Convención Americana en su artículo 8.1 establece que toda persona tiene el derecho de ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Así, esta Corte ha señalado que “toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete”<sup>152</sup>.

131. El Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar<sup>153</sup>. Al respecto, la Corte ha dicho que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia<sup>154</sup>.

132. En el presente caso, la Corte ha encontrado probado que el 27 de septiembre de 1996 el Segundo Juzgado Militar de Santiago solicitó al Primer Juzgado del Crimen de Rancagua que se inhibiera de seguir conociendo la causa porque las personas investigadas al momento en que ocurrieron los hechos estaban sujetas al fuero militar (*supra* párr.

---

<sup>152</sup> Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 13, párr. 169; y *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 77.

<sup>153</sup> Cfr. *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 124; *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, *supra* nota 137, párr. 202; y *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 139, párr. 165.

<sup>154</sup> Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 153, párr. 143; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 139, párr. 167; y *Caso Las Palmeras*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 52.

82.16). Como resultado de lo anterior, la Corte Suprema chilena resolvió el conflicto de competencia a favor de la Jurisdicción Militar (*supra* párr. 82.17), la que finalmente concluyó las investigaciones del presente caso aplicando el Decreto Ley de autoamnistía (*supra* párr. 82.20 y 82.21).

133. En vista de lo anterior, la Corte declara que el Estado violó el Artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunto con el artículo 1.1 de la misma, por otorgar competencia a la jurisdicción militar para que conozca el presente caso, ya que ésta no cumple con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad anteriormente expuestos.

## IX.

### REPARACIONES

#### (APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

#### OBLIGACIÓN DE REPARAR

134. De conformidad con el análisis realizado en el capítulo precedente, la Corte declaró que Chile es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, y por el incumplimiento de las obligaciones que se derivan de los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento internacional. La Corte ha establecido, en varias ocasiones, que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente<sup>155</sup>. A tales efectos, el artículo 63.1 de la Convención Americana establece que:

[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

---

<sup>155</sup> Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 115; *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 207; y *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 345.

135. Tal como lo ha señalado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación<sup>156</sup>.

136. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno<sup>157</sup>.

137. Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores<sup>158</sup>.

138. En el capítulo de Hechos Probados, este Tribunal tuvo como demostrado que Chile, a partir del retorno a la democracia, ha llevado adelante una política de reparaciones por las violaciones perpetradas durante el período de dictadura militar. Esta política ha beneficiado a las víctimas sobrevivientes y a los familiares de las víctimas fallecidas o desaparecidas, y ha buscado la reconciliación nacional. La Corte celebra los pasos dados

---

<sup>156</sup> Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros*, *supra* nota 155, párr. 116; *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 208; y *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 346.

<sup>157</sup> Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros*, *supra* nota 155, párr. 117; *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 209; y *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 347.

<sup>158</sup> Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros*, *supra* nota 155, párr. 118; *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 210; y *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 348.

por el Estado y resalta el trabajo de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (*supra* párr. 82.26 a 82.30). Asimismo, es un hecho no controvertido que los familiares del señor Almonacid Arellano se beneficiaron de esta política de reparación estatal (*supra* párr. 82.34 y 82.35).

139. Sin embargo, el presente caso se refiere a la denegación de justicia que sufrieron la señora Gómez Olivares y sus hijos a raíz de los hechos analizados en el capítulo anterior. Por tanto, esta Corte, de conformidad con los elementos probatorios recogidos durante el proceso y a la luz de los anteriores criterios, procede a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y por el representante y las consideraciones del Estado, para después dictar las reparaciones que crea pertinentes.

#### **140. Alegatos de la Comisión**

- a) a efectos de reparar las violaciones cometidas en el presente caso, la Corte debe ordenar al Estado que:
  - i) realice una investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos, con el objeto de establecer la verdad y sancionar a los responsables materiales e intelectuales del homicidio del señor Almonacid Arellano;
  - ii) adopte las medidas legislativas y de otra índole, de conformidad con sus procesos constitucionales y las disposiciones de la Convención Americana, con el propósito de suspender en forma definitiva y en todas las instancias, los efectos del Decreto Ley No. 2.191, y retrotraer los procesos judiciales en que haya sido aplicado al estado anterior a tal aplicación;
  - iii) garantice a las víctimas de violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar que gobernó el país entre septiembre 1973 y marzo de 1990, no ser sustraídas de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención;
  - iv) adopte las medidas necesarias para garantizar que los casos relativos a violaciones a los derechos humanos no serán investigados o juzgados por el fuero militar, bajo ninguna circunstancia, y
  - v) otorgue una plena y adecuada reparación a los familiares del señor Almonacid Arellano, que comprenda cualquier indemnización adicional a las que ya hubiere recibido la familia y que se estime pertinente por

daños materiales y morales; así como las costas y gastos legales incurridos por las víctimas en tramitación del caso tanto a nivel nacional, como las que se originen en la tramitación del presente caso ante el sistema interamericano.

- b) además de la medida de satisfacción consistente en la investigación y sanción a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano, el Tribunal debe ordenar que el Estado que:
  - i) en consulta con los familiares de la víctima, lleve a cabo un reconocimiento de la impunidad que ha imperado en este caso y de los obstáculos mantenidos durante años para la realización de la justicia, que incluya una disculpa pública, digna y significativa;
  - ii) haga público el resultado del proceso interno de investigación y sanción, con el fin de coadyuvar al derecho a la verdad de la familia Almonacid y de la sociedad chilena en su conjunto, y
  - iii) adopte medidas destinadas a la divulgación con fines didácticos de la decisión que dicte la Corte.

#### **141. Alegatos del representante**

- a) “no es interés de los familiares del señor Almonacid Arellano obtener beneficios pecuniarios”. Su interés radica en la consecución de justicia. “La reparación debe ser preventiva y la prevención importa el castigo a los culpables y el conocimiento de la verdad, pero también importa el pago pecuniario de los daños que se han provocado a las víctimas. Para [los familiares de las víctimas] ese es el tema menos importante [,] es más, [...] si el Estado de Chile asume y se allana a la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos renuncia[n] desde ya a cualquier indemnización, porque lo que [les] interesa es verdad y justicia y evidentemente sanción de los culpables”;
- b) reconoce que la señora Gómez Olivares desde el mes de marzo de 1992 está recibiendo una pensión que empezó aproximadamente con \$56.000,00 (cincuenta y seis mil pesos chilenos) y que actualmente asciende a \$347.321,00 (trescientos cuarenta y siete mil trescientos veintiún pesos chilenos) mensuales. También que los hijos del señor Almonacid Arellano, los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez, recibieron por una sola vez, a princi-

prios de 2005, un pago de \$10.000.000 (diez millones de pesos chilenos) cada uno. También es efectivo que el menor de los hijos, José Luis, estudió con beca del Estado;

- c) las sumas indicadas y la beca recibida resultan del homicidio del señor Almonacid Arellano, pero no es la reparación que emana de la presente acción internacional, es decir, la que deriva de la denegación de justicia, toda vez que importa un daño moral por el “incuantificable” esfuerzo de 23 años en búsqueda de justicia;
- d) en cuanto al lucro cesante, el señor Almonacid Arellano en la actualidad estaría percibiendo en su condición de profesor un sueldo aproximado a los \$450.000,00 (cuatrocientos cincuenta mil pesos chilenos) mensuales. Falleció a los 42 años de edad y pudo haberse jubilado a los 65 años, de manera que al momento de su muerte le quedaban 33 años de vida activa, y
- e) no hay que olvidar que al presenciar el homicidio de su marido, la señora Gómez Olivares se encontraba embarazada de ocho meses y medio de gestación y producto de ello, se le produjo un desprendimiento de placenta con la muerte inmediata del feto.

#### **142. Alegatos del Estado**

- a) el avance jurisprudencial de los tribunales de justicia chilenos evoluciona en el sentido de declarar inaplicable el Decreto Ley de amnistía en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Además, a la fecha de la audiencia en el presente caso se habían presentado cinco proyectos de ley tendientes a modificar el Decreto Ley No. 2.191;
- b) en el informe Rettig se nombra individualmente a las víctimas, incluido el señor Almonacid Arellano, y luego de emitido ese informe se otorgó a todos los familiares de las víctimas reconocidas una reparación, consistente en un bono de reparación y una pensión vitalicia, además de bonos de reparación para los hijos, becas educacionales y atención gratuita a través del Programa de Salud dependiente del Ministerio de Salud (PRAIS);
- c) la señora Gómez Olivares ha señalado que la reparación que ha recibido y que recibirá le es suficiente y que lo que busca es justicia, en consecuencia, la petición de reparación adicional planteada sin debe ser rechazada porimprocedente.

## Consideraciones de la Corte

### A) Beneficiarios

143. En los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte considera como “parte lesionada” a la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y a los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez, en su carácter de víctimas de las violaciones detalladas en el capítulo anterior de la presente Sentencia.

144. Ahora, la Corte procede a determinar las medidas de reparación que estime oportunas para el presente caso. Para ello, primero se referirá a aquellas medidas que más se acerquen a la *restitutio in integrum* de las violaciones declaradas en esta Sentencia, a saber: la adecuación del derecho interno a la Convención Americana y la obligación del Estado de continuar con las investigaciones del presente caso, identificar, juzgar y sancionar a los responsables; medidas que además forman parte de las garantías de no repetición de hechos lesivos a los derechos humanos. En segundo lugar, la Corte se referirá a la compensación económica por los daños materiales e inmateriales que la Comisión y los representantes alegan que los beneficiarios sufrieron a consecuencia de los hechos del presente caso. Finalmente, la Corte ordenará la publicación de esta Sentencia como una medida de reparación del daño inmaterial.

### B) **Adecuación del derecho interno a la Convención Americana y obligación del Estado de continuar con las investigaciones del presente caso, identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables**

145. Como fue detallado en el párrafo 119 de la presente Sentencia, la Corte dispone que, al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos; en consecuencia, el Estado debe: i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, sanción de los responsables, y ii) asegurar que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile.

\*

\* \*

146. El Tribunal ha establecido que el Estado violó los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez. Esta violación se produjo por dos causas: i) el otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar para que conociera el caso por la muerte del señor Almonacid Arellano, y ii) por la aplicación del Decreto Ley No. 2.191. La primera violación fue producto de la resolución de la Corte Suprema de 5 de diciembre de 1996 (*supra* párr. 82.17), mientras que la segunda fue consecuencia de las sentencias de 28 de enero de 1997 del Segundo Juzgado Militar de Santiago (*supra* párr. 82.20) y de 25 de marzo de 1998 de la Corte Marcial (*supra* párr. 82.21).

147. En vista de lo anterior, este Tribunal dispone que el Estado debe dejar sin efecto las citadas resoluciones y sentencias emitidas en el orden interno, y remitir el expediente a la justicia ordinaria, para que dentro de un procedimiento penal se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano.

148. La Corte ha establecido con anterioridad que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención<sup>159</sup>.

149. La Corte desea resaltar una vez más la importancia que han cumplido las diversas Comisiones chilenas (*supra* párr. 82.26 a 82.30) en tratar de construir de manera colectiva la verdad de lo ocurrido entre 1973 y 1990. Asimismo, la Corte valora que en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se encuentra mencionado el nombre del señor Almonacid Arellano y se haga un breve resumen de las circunstancias de su ejecución.

150. No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto, por lo que Chile tiene el deber de investigar judicialmente los hechos referentes a la muerte del señor Almonacid Arellano, atribuir responsabilidades y sancionar a todos quie-

---

<sup>159</sup> Cfr. *Caso Barrios Altos*, *supra* nota 140, párr. 48. *Caso Bámaca Vélasquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 201.

nes resulten partícipes. En el propio informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se concluyó lo siguiente:

Desde el punto de vista estrictamente preventivo, esta Comisión estima que un elemento indispensable para obtener la reconciliación nacional y evitar así la repetición de los hechos acaecidos, sería el ejercicio completo, por parte del Estado, de sus facultades punitivas. Una cabal protección de los derechos humanos sólo es concebible en un real estado de Derecho. Y un Estado de Derecho supone el sometimiento de todos los ciudadanos a la ley y a los tribunales de justicia, lo que envuelve la aplicación de sanciones previstas en la legislación penal, igual para todos, a los transgresores de las normas que cautelan el respeto a los derechos humanos<sup>160</sup>.

151. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145. Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

152. En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad<sup>161</sup> claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de

---

<sup>160</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, f. 2520).

<sup>161</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.

154. En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia<sup>162</sup>. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”<sup>163</sup>. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.

155. En el presente caso, se cumplen dos de los supuestos señalados. En primer lugar, la causa fue llevada por tribunales que no guardaban la garantía de competencia, independencia e imparcialidad. En segundo lugar, la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 consistió en sustraer a los presuntos responsables de la acción de la justicia y dejar el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano en la impunidad. En consecuencia, el Estado no puede auxiliarse en el principio de *ne bis in idem*, para no cumplir con lo ordenado por la Corte (*supra* párr. 147).

156. Por otro lado, el Estado, para cumplir con su deber investigativo, debe garantizar que todas las instituciones públicas brinden las facilidades necesarias al tribunal ordinario que conocerá el caso del señor Almonacid Arellano (*supra* párr. 147) y, en conse-

---

<sup>162</sup> Cfr. Cfr. O.N.U., Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, art. 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/Res/827, 1993, Art. 10, y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, Art. 9.

<sup>163</sup> Cfr. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131.

cuencia, deberán remitirle la información y documentación que les solicite, llevar a su presencia a las personas que éste requiera y realizar las diligencias que les ordene.

157. Finalmente, el Estado debe asegurar que la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana<sup>164</sup>. Los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados por el Estado, de manera tal que la sociedad chilena pueda conocer la verdad acerca de los hechos del presente caso<sup>165</sup>.

### C) Daño material e inmaterial

158. El daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con las violaciones<sup>166</sup>. El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas o sus condiciones de existencia<sup>167</sup>.

159. En el presente caso, el representante fundamenta su solicitud de indemnización por daño material e inmaterial en la muerte del señor Almonacid Arellano. Así, por ejemplo, se refiere a las bonificaciones que recibió su familia como indemnización a partir del año 1992, la expectativa de vida del señor Almonacid Arellano y el lucro cesante, y el dolor de los familiares por la pérdida de su ser querido en las circunstancias violentas en que se dieron los hechos. Asimismo, la Comisión solicita que se otorgue una “indemnización adicional a las que ya hubiere recibido la familia y que se estime pertinente por daños materiales y morales”. Es decir, que la Corte incremente el monto que la familia del señor Almonacid Arellano ha recibido como indemnización por la muerte de éste.

160. Las violaciones declaradas en esta Sentencia se refieren a la denegación de justicia que sufrieron los familiares del señor Almonacid Arellano y el incumplimiento del Estado de sus deberes generales consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención

---

<sup>164</sup> Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros*, supra nota 155, párr. 139; *Caso Baldeón García*, supra nota 14, párr. 199; y *Caso de Blanco Romero y otros*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 97.

<sup>165</sup> Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros*, supra nota 155, párr. 139; *Caso Baldeón García*, supra nota 14, párr. 199; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, supra nota 138, párr. 267.

<sup>166</sup> Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, supra nota 14, párr. 220; *Caso Baldeón García*, supra nota 14, párr. 183; y *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 216.

<sup>167</sup> Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros*, supra nota 155, párr. 130; *Caso de las Masacres de Ituango*, supra nota 14, párr. 383; y *Caso Baldeón García*, supra nota 14, párr. 188.

Americana. Consecuentemente, las reparaciones que se dictan en esta instancia deben referirse únicamente a estos aspectos y no a aquellos sobre los cuales la Corte no se ha pronunciado por falta de competencia *ratione temporis*. Ni el representante ni la Comisión han presentado argumentos ni pruebas que demuestren que las violaciones declaradas en la presente Sentencia produjeron un daño material. En vista de ello, la Corte no fijará indemnización por este concepto.

161. En lo referente al daño inmaterial, este Tribunal reconoce que las víctimas del presente caso sufrieron por la denegación de justicia producto de los hechos que se analizaron en los capítulos anteriores. De igual forma, toma nota lo expresado por el representante en el sentido de que el interés principal de las víctimas en este caso es la consecución de justicia. Por otro lado, la Corte valora positivamente la política de reparación de violaciones a derechos humanos adelantada por el Estado (*supra* párr. 82.26 a 82.33), dentro de la cual la señora Gómez Olivares y sus hijos recibieron aproximadamente la cantidad de US\$ 98.000,00 (noventa y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América), más beneficios educacionales correspondientes aproximadamente a US\$ 12.180,00 (doce mil ciento ochenta dólares de los Estados Unidos de América). Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal considera no ordenar el pago de una compensación económica por concepto de daño inmaterial, debido a que estima, como lo ha hecho en otros casos, que esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación<sup>168</sup>, y que las medidas que se detallan en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia constituyen una debida reparación en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana.

\*

\*      \*

162. Como lo ha ordenado en otras oportunidades<sup>169</sup>, la Corte estima que, como medida de satisfacción, el Estado deberá publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez y sin las notas al pie de página, el capítulo relativo a los hechos probados de esta Sentencia y la parte resolutive de la misma. Para estas publicaciones se fija el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia.

---

<sup>168</sup> Cfr. *Caso Montero Aranguen y otros*, *supra* nota 155, párr. 131; *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 236; y *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 387.

<sup>169</sup> Cfr. *Caso Montero Aranguen y otros*, *supra* nota 155, párr. 151; *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 249; y *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 410.

### **E) Costas y Gastos**

163. Las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, puesto que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto a su reembolso, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance. Teniendo en cuenta la naturaleza de la jurisdicción internacional de la protección de los derechos humanos, esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable<sup>170</sup>.

164. En el presente caso, la Corte nota que el representante no ha acreditado ni probado un monto concreto por concepto de costas y gastos, por lo que procederá a fijarlas en equidad. Para ello, el Tribunal considera que las costas y gastos a nivel interno deben calcularse desde el 5 de diciembre de 1996, fecha en que la Corte Suprema resolvió que la jurisdicción militar era la competente para seguir conociendo el caso (*supra* párr. 82.17), puesto que desde esa fecha se inició la denegación de justicia que se ha analizado en el presente caso. Las costas y gastos a nivel internacional se considerarán desde la presentación de la denuncia ante la Comisión Interamericana. En consecuencia, la Corte estima equitativo ordenar al Estado que reintegre la cantidad de US\$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda chilena, a la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares, quien entregará a su representante la cantidad que le corresponda, por concepto de costas y gastos.

## **X.**

### **MODALIDAD DE CUMPLIMIENTO**

165. Para dar cumplimiento a la presente Sentencia, el Estado deberá efectuar el reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año contado a partir de la

---

<sup>170</sup> Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros*, *supra* nota 155, párr. 152; *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 414; y *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 208.

notificación de la presente Sentencia. En cuanto a la publicación de la presente Sentencia (*supra* párr. 162), el Estado dispone de un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la misma, para cumplir con lo ordenado. En el caso de las otras reparaciones ordenadas, deberá cumplirlas en un plazo razonable (*supra* párrs. 145 a 157).

166. Si por causas atribuibles a la beneficiaria del reintegro de costas y gastos no fuese posible que ésta lo reciba dentro del plazo indicado en el párrafo anterior, el Estado consignará dicho monto a favor de la beneficiaria en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera chilena solvente, en dólares estadounidenses y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si al cabo de diez años la indemnización no ha sido reclamada, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

167. El Estado puede cumplir sus obligaciones mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en una cantidad equivalente en moneda chilena, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas que esté vigente en la plaza de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

168. La cantidad asignada en la presente Sentencia bajo el concepto de reintegro de costas y gastos, no podrá ser afectada o condicionada por motivos fiscales actuales o futuros. Por ende, deberán ser entregada a los beneficiaria en forma íntegra conforme a lo establecido en esta Sentencia.

169. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en Chile.

170. Conforme a su práctica constante, la Corte se reserva la facultad inherente a sus atribuciones y derivada, asimismo, del artículo 65 de la Convención Americana, de supervisar el cumplimiento íntegro de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente Fallo. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, Chile deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la misma.

## XI. PUNTOS RESOLUTIVOS

171. Por tanto,

La Corte,

Decide:

Por unanimidad:

1. Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado.

DECLARA:

Por unanimidad, que:

2. El Estado incumplió sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de dicho tratado, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez, en los términos de los párrafos 86 a 133 de la presente Sentencia.

3. Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado.

4. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Y Dispone:

Por unanimidad, que:

5. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, conforme a lo señalado en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia.

6. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia.

7. El Estado deberá efectuar el reintegro de las costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo, en los términos de los párrafos 164 de esta Sentencia.

8. El Estado deberá realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 162 de la presente Sentencia, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la misma.

9. Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

El Juez Antônio A. Cançado Trindade hizo conocer a la Corte su Voto Razonado, el cual acompaña la presente Sentencia.

Redactada en español y en inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el día 26 de septiembre de 2006.

Sergio García Ramírez  
Presidente

Alirio Abreu Burelli  
Manuel E. Ventura Robles

Antônio A. Cançado Trindade  
Diego García-Sayán

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Sergio García Ramírez  
Presidente  
Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario

## VOTO RAZONADO DEL JUEZ A. A. CANÇADO TRINDADE

1. He votado en favor de la adopción, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la presente Sentencia en el caso *Almonacid Arellano y Otros versus Chile*. Dada la importancia de las cuestiones en ella tratadas por la Corte, me veo en la obligación de agregar a la presente Sentencia este Voto Razonado, con mis reflexiones personales como fundamento de mi posición al respecto de lo deliberado por el Tribunal. Centraré mis reflexiones en tres puntos básicos, a saber: a) la falta de validez jurídica de las autoamnistías; b) las autoamnistías y la obstrucción y denegación de justicia: la ampliación del contenido material de las prohibiciones del *jus cogens*; y c) la conceptualización de los crímenes contra la humanidad en la confluencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional.

## I.

### LA FALTA DE VALIDEZ JURÍDICA DE LAS AUTOAMNISTÍAS

2. La presente Sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y Otros* se inserta en su línea de razonamiento inaugurada en su histórica Sentencia (del 14.03.2001) en el caso *Barrios Altos* referente al Perú, en la cual la Corte afirmó que

“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (párr. 41).

La Sentencia de esta Corte en el caso de *Barrios Altos*, —en el cual hubo allanamiento por parte del Estado peruano—, se ha tornado mundialmente conocida y reconocida en los círculos jusinternacionales, por haber sido la primera vez que un tribunal internacional determinó que una ley de autoamnistía *carece de efectos jurídicos*. En su Sentencia en el caso de *Barrios Altos*, la Corte afirmó, de forma pionera y lapidaria, que

“Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos (...) ni para la identificación y el castigo de los responsables (...)” (párr 44).

3. En el presente caso *Almonacid Arellano y Otros*, si bien no hubo allanamiento por parte del Estado chileno, éste ha asumido una actitud positiva y constructiva en el procedimiento ante la Corte (como se desprende de la presente Sentencia), pues en ningún momento ha afirmado que el Decreto Ley n. 2191 (de auto-amnistía) del 18.04.1978 no viola la Convención Americana (párr. 90), y él propio ha admitido que “en principio, las leyes de amnistía o autoamnistía son contrarias a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (párr. 112). En la presente Sentencia, la Corte correctamente caracterizó el referido Decreto Ley No. 2191 como de *autoamnistía*, dictado por “el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios

crímenes”, perpetrados durante el estado de sitio entre 11.09.1973 y 10.03.1978 (párrs. 119 y 81.10).

4. Es de conocimiento general que hay distintos tipos de amnistía<sup>171</sup>, “concedida” en medio a pretextos de alcanzar la “reconciliación nacional” mediante la revelación de la “verdad” (según los términos de la amnistía en cuestión) y el perdón; esos pretextos, en la práctica de algunos Estados, han sido invocados individual o conjuntamente<sup>172</sup>. Sin embargo, el perdón no puede ser impuesto por decreto ley, ni de ninguna otra forma: sólo puede ser concedido espontáneamente por las propias víctimas. Y, para eso, éstas han buscado la realización de la justicia. A propósito, la Corte recuerda en la presente Sentencia que, al dar a público, en 04.03.1991 en *Informe* final (del 08.02.1991) de la Comisión de la Verdad, el entonces Presidente de Chile, Sr. Patricio Aylwin, pidió perdón, en nombre del Estado (y de la nación), a los familiares de las víctimas, en los siguientes términos:

“Cuando fueron agentes del Estado los que ocasionaron tanto sufrimiento, y los órganos competentes del Estado no pudieron o no supieron evitarlo o sancionarlo, y tampoco hubo la necesaria reacción social para impedirlo, son el Estado y la sociedad entera los responsables, bien sea por acción o por omisión. Es la sociedad chilena la que está en deuda con las víctimas de las violaciones a los derechos humanos. (...) Por eso es que yo me atrevo, en mi calidad de Presidente de la República, a asumir la representación de la Nación entera para, en su nombre, pedir perdón a los familiares de las víctimas”<sup>173</sup>.

5. Los diferentes tipos de amnistía han sido estudiados en los últimos años, sin que sea necesario retomar aquí este aspecto de la materia en aprecio. Cabe, esto sí, en las circunstancias del *cas d'espèce*, retener la atención sobre un tipo específico de amnistía, la llamada “autoamnistía”, que busca substraer de la justicia los responsables por violaciones graves de los derechos humanos, conllevando así a la impunidad. Cabe, de inicio, recordar que las verdaderas leyes no pueden ser arbitrarias, no tienen nombre y apellido de los que se consideran estar por encima de ellas. Cuentan con un cierto grado de abstracción, inevitable en la operación del Derecho. Encierran principios, que las informan y las con-

<sup>171</sup> Cf., v.g., L. Joinet (*rapporteur*), *Estudio sobre las Leyes de Amnistía*, documento E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, Ginebra, ONU/Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, 1985, pp. 1-22; J. Gavron, “Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court”, 51 *International and Comparative Law Quarterly* (2002) pp. 91-117.

<sup>172</sup> A. O'Shea, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, The Hague, Kluwer, 2004, p. 23, y cf. pp. 25-33.

<sup>173</sup> *Cit. in* párrafo 81.26 de esta Sentencia. Y cf., al respecto, P. Aylwin Azocar, “La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Chile”, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, tomo II (eds. A.A. Cançado Trindade y L. González Volio), San José de Costa Rica, IIDH, 1995, pp. 105-119.

forman, y les dan vida propia, siendo aprehendidos por la razón humana, la *recta ratio*. Dan expresión a valores, que se muestran siempre presentes. Como se señaló en un célebre estudio sobre la interpretación de las leyes,

“Las leyes permanecen idénticas a sí mismas, mientras por debajo de ellas fluye el curso siempre nuevo de la historia y de la vida”<sup>174</sup>.

6. Esta misma Corte, en su Opinión Consultiva n. 6 (del 09.05.1986), sostuvo que

“la palabra *leyes* en el artículo 30 de la Convención [Americana] significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes” (párr. 38).

7. Las autoamnistías están lejos de satisfacer todos estos requisitos. Las autoamnistías no son verdaderas leyes, por cuanto desprovistas del necesario carácter *genérico* de éstas<sup>175</sup>, de la *idea del Derecho* que las inspira (esencial inclusive para la seguridad jurídica)<sup>176</sup>, y de su búsqueda del bien común. Ni siquiera buscan la organización o reglamentación de las relaciones sociales para la realización del bien común. Todo lo que pretenden es sustraer de la justicia determinados hechos, encubrir violaciones graves de derechos, y asegurar la impunidad de algunos. No satisfacen los mínimos requisitos de leyes, todo lo contrario, son aberraciones antijurídicas.

8. Quien escribió más elocuentemente sobre los fines del derecho y las injusticias practicadas con base en supuestas “leyes” fue, a mi juicio, Gustav Radbruch. En sus célebres *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, publicado por primera vez como una circular dirigida a los estudiantes de la Universidad de Heidelberg en 1945, poco después —y ciertamente bajo el impacto— de las atrocidades de la II guerra mundial, el gran jusfilósofo afirmó que “los tres valores que todo el derecho debe servir” son la justicia, el bien común y la seguridad jurídica. Sin embargo, hay “leyes” que se muestran tan nocivas para el bien común, tan injustas, que se muestran desproveídas del carácter de “jurídicas”.

9. En su crítica devastadora al positivismo, G. Radbruch prosiguió: “También hay principios fundamentales del derecho que son más fuertes que todo y cualquier pre-

---

<sup>174</sup> S. Soler, *La Interpretación de la Ley*, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, p. 108, y cf. pp. 15, 115, 117 y 143.

<sup>175</sup> G. Radbruch, *Introdução à Ciência do Direito* [originalmente *Einführung in die Rechtswissenschaft*], São Paulo, Livr. Martins Fontes Ed., 1999, p. 8.

<sup>176</sup> G. Radbruch, *Filosofia do Direito*, tomo I, Coimbra, A. Amado Ed., 1961, pp. 185-186.

cepto jurídico positivo, de tal modo que toda ley que los viole no podrá dejar de ser privada de validez<sup>177</sup>. Y remató el gran jusfilósofo que la concepción positivista

“fue la que dejó sin defensa el pueblo y los juristas contra las leyes más arbitrarias, más crueles y más criminosas. Torna equivalentes, en última instancia, el derecho y la fuerza, llevando a creer que dónde esté la segunda estará también el primer”<sup>178</sup>.

10. Al evocar el pensamiento de G. Radbruch al final de su vida, me permito agregar que las autoamnistías son, a mi modo de ver, la propia negación del Derecho. Violan abiertamente principios generales del derecho, como el acceso a la justicia (que en mi concepción pertenece al dominio del *jus cogens*), la igualdad ante la ley, el derecho al juez natural, entre otros. En algunos casos, han encubierto inclusive crímenes contra la humanidad y actos de genocidio<sup>179</sup>.

En la medida en que impiden la realización de la justicia por crímenes de tamaña gravedad, las autoamnistías son violatorias del *jus cogens* (cf. *infra*).

11. En la presente Sentencia en el caso *Almonacid Arellano y Otros*, la Corte Interamericana, en la misma línea jurisprudencial inaugurada en el caso *Barrios Altos*, advirtió que las autoamnistías con las características del supracitado Decreto Ley n. 2191 de 1978,

“conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley n. 2191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile” (párr. 118).

<sup>177</sup> G. Radbruch, *Filosofía do Direito*, tomo II, Coimbra, A. Amado Ed., 1961, pp. 213-214.

<sup>178</sup> *Ibid.*, pp. 211-214.

<sup>179</sup> Por ejemplo, el tratado de Sevres (1920) prevía la incriminación de los turcos responsables por el masacre de los armenios, pero fue terminado por el tratado de Lausanne (1923) que “concedió” una amnistía para los perpetradores de aquel que vino a ser considerado el primer genocidio del siglo XX; *cit. in* A. O’Shea, *op. cit. supra* n. (2), p. 15; y cf. B. Bruneteau, *Le siècle des génocides - Violences, massacres et processus génocidaires de l’Arménie au Rwanda*, Paris, A. Colin, 2004, pp. 48-72.

12. En nada sorprende que, en la bibliografía jurídica especializada, el referido Decreto Ley n. 2191 haya sido particularmente criticado<sup>180</sup>. Al fin y al cabo, fue precisamente en el período cubierto por dicha auto-amnistía que la mayor parte de los crímenes de Estado del régimen Pinochet fueron perpetrados. La Corte Interamericana ha establecido en la presente Sentencia que, precisamente en el período entre 11.09.1973 y 10.03.1978 la “dictadura militar” en Chile,

“dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositora al régimen, mediante una serie de graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional, entre las cuales se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura” (párr. 102).

Entre estas numerosas víctimas estuvo el Sr. Almonacid Arellano, ejecutado extrajudicialmente por agentes estatales, en medio a un “patrón sistemático y generalizado” de crímenes contra la población civil (párr. 103).

13. Relatos y testimonios publicados en los últimos años coinciden al respecto: la dictadura instaurada en Chile el 11 de septiembre de 1973 optó por la “eliminación inmediata” mediante “fusilamientos colectivos”; del total de no menos de 3.197 muertos y desaparecidos, “1.823 lo fueron en los primeros cuatro meses después del golpe”<sup>181</sup>. El 11 de septiembre de 1973 empezaba así la “guerra [sic] contra el terrorismo”, al igual que el 11 de septiembre de 2001: en una y otra se optó por violar los derechos humanos y el Derecho Internacional, al combatir el terrorismo equivocadamente mediante el terrorismo de Estado.

14. En la “guerra total” iniciada el 11 de septiembre de 1973, personas sospechosas y prisioneros políticos

“fueron amontonados en improvisados campos de concentración, como el Estadio Nacional de Santiago. Se ejecutó sumariamente a más de mil personas (...). Los militares chilenos iniciaron una nueva táctica para América Latina: enterraban los cuerpos de los

---

<sup>180</sup> Cf., *inter alia*, v.g., B. Chigara, *Amnesty in International Law - The Legality under International Law of National Amnesty Laws*, Harlow/London, Longman, 2002, pp. 11 y 114; A. O’Shea, *Amnesty for Crime in International Law...*, *op. cit. supra* n. (2), pp. 68, 285-286 y 313.

<sup>181</sup> N. C. Mariano, *Operación Cóndor - Terrorismo de Estado en el Cono Sur*, Buenos Aires, Ed. Lohlé-Lumen, 1998, p. 87; y cf. A. Boccia Paz, M. H. López, A. V. Pecci y G. Giménez Guanes, *En los Sótanos de los Generales - Los Documentos Ocultos del Operativo Cóndor*, Asunción, Expolibro/Servilibro, 2002, p. 187.

prisioneros ejecutados en tumbas secretas masivas o ‘fosas comunes’, mientras negaban a las familias de los prisioneros que alguna vez hubieran estado bajo custodia.

(...) Porque el enemigo tenía alcance internacional, Pinochet ideó un esquema internacional para vencerlo. Con este fin creó una alianza secreta con los gobiernos militares de Uruguay, Paraguay, Bolivia, Brasil y Argentina. (...) La iniciativa fue bautizada como ‘Operación Cóndor’ (...). Casi invariablemente, las víctimas del Cóndor desaparecían”<sup>182</sup>.

15. Pretender amnistiar los responsables por la perpetración de dichos crímenes de Estado es una afrenta al Estado de Derecho en una sociedad democrática. Como sostuve en mi Voto Concurrente en el caso de *Barrios Altos*,

“Las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibile al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia). Son ellas manifestamente incompatibles con las obligaciones generales – indisociables – de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículo 1(1) de la Convención), así como de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (en los términos del artículo 2 de la Convención).

Además, afectan los derechos protegidos por la Convención, en particular los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25). (...) Hay otro punto que me parece aún más grave en relación con la figura degenerada – un atentado en contra el propio Estado de Derecho – de las llamadas leyes de autoamnistía. Como los hechos del presente caso *Barrios Altos* lo revelan – al llevar la Corte a declarar, en los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado demandado, las violaciones de los derechos a la vida<sup>183</sup> y a la integridad personal<sup>184</sup>, – dichas leyes afectan derechos inderogables – el *minimum* universalmente reconocido, – que recaen en el ámbito del *jus cogens*” (párrs. 5 y 10).

16. Y concluí mi referido Voto Concurrente ponderando que

“ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos. (..) Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas ‘leyes’ de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibile a la conciencia jurídica de la humanidad” (párr. 26).

<sup>182</sup> J. Dinges, *Operación Cóndor - Una Década de Terrorismo Internacional en el Cono Sur*, Santiago, Ediciones B Chile, 2004, pp. 22-23.

<sup>183</sup> Artículo 4 de la Convención Americana.

<sup>184</sup> Artículo 5 de la Convención Americana.

## II.

**LAS AUTOAMNISTÍAS Y LA OBSTRUCCIÓN  
Y DENEGACIÓN DE JUSTICIA:  
LA AMPLIACIÓN DEL CONTENIDO MATERIAL  
DE LAS PROHIBICIONES DEL *JUS COGENS***

17. Dichas autoamnistías, aunque basadas en instrumentos “legales”, – leyes, decretos leyes, u otros – son la propia negación del Derecho, son verdaderamente una aberración jurídica. La adopción y promulgación de dichas autoamnistías constituyen, a mi modo de ver, una violación *adicional* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El *tempus commisi delicti* es el de la decretación de la autoamnistía en cuestión, – violación *adicional* de la Convención que se suma a las violaciones originales de la misma en el caso concreto. La autoamnistía viola *per se*, por su propia existencia, los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, obstruye el acceso a la justicia por parte de los victimados o sus familiares (artículos 25 y 8 de la Convención), impide la investigación de los hechos (requerida por el artículo 1(1)) de la Convención, imposibilita la realización de la justicia y el otorgamiento de reparaciones adecuadas. Conllevan, en suma, a las más flagrantes obstrucción y denegación de justicia, dejando los victimados y sus familiares en la más completa e inadmisibles indefensión.

18. Tal denegación de justicia se configura circundada de circunstancias agravantes, con todas sus consecuencias jurídicas, por cuanto conlleva al deliberado encubrimiento de violaciones de derechos fundamentales, v.g., por medio de la práctica sistemática de detenciones ilegales o arbitrarias, secuestros, tortura y desapariciones forzadas de personas, cuya prohibición absoluta recae en el dominio del *jus cogens*<sup>185</sup>. Siendo así, dichas autoamnistías comprometen la responsabilidad internacional *agravada* del Estado.

19. Dicha responsabilidad internacional agravada es una consecuencia de la violación del *jus cogens*, —conformando una ilegalidad objetiva<sup>186</sup>—, que acarrea otras consecuencias en materia de reparaciones. Ningún Estado puede acudir a artificios para violar normas del *jus cogens*<sup>187</sup>; las prohibiciones de este último no dependen del consentimiento

---

<sup>185</sup> A. O’Shea, *op. cit. supra* n. (2), p. 186, y cf. pp. 198-199, 219 y 222-223.

<sup>186</sup> Cf. A. Orakhelashvili, “Peremptory Norms and Reparation for Internationally Wrongful Acts”, 3 *Baltic Yearbook of International Law* (2003) p. 26.

<sup>187</sup> Cf. B. Chigara, *op. cit. supra* n. (9), pp. 151 y 164, y cf. pp. 26, 35-36, 60 y 91.

del Estado<sup>188</sup>. En su muy reciente Sentencia, de hace cuatro días, en el caso *Goiburú y Otros versus Paraguay* (del 22.09.2006), la Corte Interamericana amplió el contenido material del *jus cogens* de modo a abarcar el derecho de acceso a la justicia en los planos nacional e internacional, en el sentido en que venía yo propugnando en el seno de la Corte hace ya algún tiempo, tal como señalé en mi Voto Razonado (párrs. 62-68) en este caso.

20. Además, la referida denegación de justicia constituye una violación grave de los artículos 1(1), 2, 25 y 8 de la Convención Americana conjuntamente. El Estado que la comete mediante la imposición de una “autoamnistía” deja de “respetar” y “hacer respetar” los derechos consagrados en la Convención Americana (en los términos del deber general consignado en su artículo 1(1)), deja de armonizar su derecho interno con la normativa de la Convención Americana (en los términos del otro deber general consagrado en su artículo 2), e impide el acceso a la justicia ya no sólo formalmente sino también materialmente<sup>189</sup> (artículos 25 y 8 de la Convención). O sea, el acceso a la justicia y todo el debido proceso legal pasan a mostrarse comprometidos, denegados que se encuentran por la “autoamnistía”; la interrelación ineluctable entre las disposiciones de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana, aquí violadas, es reconocida enfáticamente por la doctrina jurídica contemporánea más lúcida, inclusive en relación con las “autoamnistías”, al advertir que

“The right of access to justice is expressed in human rights treaties in the *interrelated provisions* for the right to a hearing and the right to an effective remedy”<sup>190</sup>.

21. En última instancia, las autoamnistías violan los derechos a la verdad y a la justicia, desconocen cruelmente el terrible sufrimiento de las víctimas, obstaculizan el derecho a reparaciones adecuadas. Sus efectos perversos, a mi modo de ver, permean todo el cuerpo social, con la consecuente pérdida de fe en la justicia humana y en los verdaderos valores, y una perversa distorsión de los fines del Estado. Originalmente creado para la realización del bien común, el Estado pasa a ser un ente que extermina miembros de

<sup>188</sup> Precisamente para evitar que el Estado recurra a subterfugios para dar encubrimiento a los crímenes perpetrados, en los últimos años se ha fomentado la erosión de los vínculos tradicionales de territorialidad y nacionalidad, para “desnacionalizar” en determinadas circunstancias la administración de la justicia penal y satisfacer los intereses legítimos de la comunidad internacional en esta materia; cf. L. Reydam, *Universal Jurisdiction - International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, University Press, 2004, pp. 27 y 220-221. Y cf. también Y. Beigbeder, *Judging Criminal Leaders - The Slow Erosion of Impunity*, The Hague, Nijhoff, 2002, pp. 14 y 207-214.

<sup>189</sup> Cf. A. O’Shea, *op. cit. supra* n. (2), pp. 270-272, y cf. p. 273.

<sup>190</sup> O sea, los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana; cf. *ibid.*, p. 282 (énfasis acrecentado), y cf. pp. 284 y 288-289.

segmentos de su propia población (el más precioso elemento constitutivo del propio Estado, su *substratum* humano) ante la más completa impunidad. De un ente creado para la realización del bien común, se transforma en un ente responsable por prácticas verdaderamente criminales, por innegables *crímenes de Estado*.

22. Se desprende de la presente Sentencia de la Corte (párr. 152) en el caso *Almonacid Arellano* que el *jus cogens* trasciende el derecho de los tratados, y abarca el Derecho Internacional general. Y no podría ser de otra forma, por su propia conceptualización como derecho imperativo. La Corte Interamericana determina significativamente, en el *cas d'espèce*, que

“El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del Sr. Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley n. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, puesto que el Estado está en la obligación de dejar sin efecto el citado Decreto Ley (*supra*, párr. 144). Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *non bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables” (párr. 150).

23. De ahí el punto resolutivo n. 3 de la presente Sentencia, en el sentido de que “al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley n. 2.121 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado”. O sea, como dicho Decreto Ley carece de efectos jurídicos a la luz de la Convención Americana, no podrá el Estado demandar mantener formalmente en vigencia en el plano de su derecho interno, para poner fin a la violación, establecida por la Corte (punto resolutivo n. 2), de los artículos 1(1) y 2, así como 25 y 8, de la Convención Americana (capítulo VIII de esta Sentencia).

24. En el seno de esta Corte, siempre he interrelacionado, en los planos ontológico y hermenéutico, los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (como, *inter alia*, v.g., en mi reciente Voto Razonado —párrs. 28-65— en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello versus Colombia*, Sentencia del 31.01.2006), en la construcción conceptual del derecho de acceso a la justicia (derecho a la prestación jurisdiccional, *derecho al Derecho*) como un imperativo del *jus cogens*. Del mismo modo, desde mis primeros años en esta Corte, he consistentemente interrelacionado los deberes generales de los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, desde mi Voto Disidente (párrs. 2-11) en el caso *El Amparo* referente a Venezuela, en la Sentencia sobre reparaciones, del 14.09.1996. En otro Voto Disidente en el mismo caso *El*

*Amparo* (Resolución del 16.04.1997 sobre Interpretación de Sentencia), sostuve asimismo la responsabilidad internacional objetiva o “absoluta” del Estado por falta de cumplimiento de sus obligaciones *legislativas* bajo la Convención Americana, de modo a armonizar su derecho interno con sus obligaciones convencionales (párrs. 12-14 y 21-26).

25. Asimismo, en mi Voto Disidente en el caso *Caballero Delgado y Santana versus Colombia* (Sentencia sobre reparaciones, del 29.01.1997) sostuve, sobre dicha interrelación entre los deberes generales de respetar y garantizar dos derechos protegidos y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a la normativa de protección de la Convención Americana (párr. 6), que

“En realidad, estas dos obligaciones generales, – que se suman a las demás obligaciones convencionales, específicas, en relación con cada uno de los derechos protegidos –, se imponen a los Estados Partes por la aplicación del propio Derecho Internacional, de un principio general (*pacta sunt servanda*) cuya fuente es metajurídica, al buscar basarse, mas allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales. En el presente dominio de protección, los Estados Partes tienen la obligación general, emanada de un principio general del Derecho Internacional, de tomar todas las medidas de derecho interno para *garantizar* la protección eficaz (*effèt utile*) de los derechos consagrados.

Las dos obligaciones generales consagradas en la Convención Americana – la de respetar y garantizar los derechos protegidos (artículo 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional de protección (artículo 2) – me parecen ineluctablemente interligadas. (...) Como estas normas convencionales vinculan los Estados Partes – y no solamente sus Gobiernos –, también los Poderes Legislativo y Judicial, además del Ejecutivo, están obligados a tomar las providencias necesarias para dar eficacia a la Convención Americana en el plano del derecho interno. El incumplimiento de las obligaciones convencionales, como se sabe, compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial. En suma, las obligaciones internacionales de protección, que en su amplio alcance vinculan conjuntamente todos los poderes del Estado (...)” (párrs. 8-10).

## III.

## LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD EN LA CONFLUENCIA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

26. En mi reciente Voto Razonado, de cuatro días atrás (siempre bajo la presión temporal despiadada, y agudizada por los actuales “métodos” acelerados de trabajo de la Corte Interamericana, que no comparto), en la Sentencia en el caso *Goiburú y Otros versus Paraguay* (del 22.09.2006), situé la conceptualización de los crímenes contra la humanidad en la confluencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. En este anterior Voto Razonado, me permití señalar que los crímenes contra la humanidad

“son perpetrados por individuos pero siguiendo políticas estatales, con la impotencia, o tolerancia, o connivencia, o indiferencia del cuerpo social que nada hace para impedirlos; explícita o implícita, la política de Estado está presente en los crímenes contra la humanidad, inclusive contando con el uso de instituciones, personal y recursos del Estado”<sup>191</sup>. No se limitan a una simple acción aislada de individuos alucinados. Son fríamente calculados, planificados y ejecutados.

La tipificación de los crímenes contra la humanidad es una gran conquista contemporánea, abarcando en mi entender no sólo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también el Derecho Penal Internacional, al reflejar la condenación universal de violaciones graves y sistemáticas de derechos fundamentales e inderogables, o sea, de violaciones del *jus cogens*; de ahí la no-aplicabilidad, en casos de su ocurrencia, de los llamados *statutes of limitations* propios de los sistemas jurídicos internos o nacionales<sup>192</sup>. La configuración de los crímenes contra la humanidad es, a mi juicio, una manifestación más de la *conciencia jurídica universal*, de su pronta reacción contra crímenes que afectan la humanidad como un todo.

Los crímenes contra la humanidad sitúanse en la confluencia entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Revestidos de particu-

---

<sup>191</sup> Cf., en ese sentido, v.g., M. Ch. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2nd. rev. ed., The Hague, Kluwer, 1999, pp. 252, 254-257. Es este el entendimiento subyacente a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, que criminaliza, bajo el Derecho Internacional, la conducta de agentes del poder estatal; *ibid.*, p. 263, y cf. p. 277.

<sup>192</sup> M.Ch. Bassiouni, *op. cit. supra* n. (21), pp. 227 y 289.

lar *gravedad*, en sus orígenes estuvieron los crímenes contra la humanidad vinculados a conflictos armados, pero hoy día se admite, en una perspectiva humanista, que tienen incidencia en el dominio también del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (v.g., en casos sistemáticos de tortura y humillación de las víctimas), denegatorios que son de la humanidad en general, al buscar deshumanizar sus víctimas<sup>193</sup>. Los crímenes contra la humanidad tienen un carácter masivo y sistemático, son organizados y planificados como política criminal estatal, – tal como conceptualizados en su jurisprudencia por los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia y Ruanda<sup>194</sup>, – son verdaderos crímenes de Estado<sup>195</sup>.

Organizados y planificados por el Estado, en sus más altos escalones, los crímenes de Estado son ejecutados por muchos individuos en cumplimiento de una política criminal del Estado en cuestión, constituyendo verdaderos crímenes de Estado, que comprometen de inmediato la responsabilidad internacional tanto del Estado en cuestión (en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) como de los individuos que los ejecutaron<sup>196</sup>. De ahí la importancia de su prevención, dada su especial gravedad, así como de la garantía de su no-repetición” (párrs. 40-43).

27. La Corte Interamericana ha incorporado esta temática en su razonamiento en la presente Sentencia en el caso *Almonacid Arellano y Otros versus Chile*. En muestra de *jurisprudential cross-fertilization*, la Corte evoca la jurisprudencia constante del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia (TPIY, *Trial Chamber*) en el sentido de que un único acto gravemente violatorio de los derechos humanos por parte de un perpetrador puede constituir un crimen contra la humanidad, si cometido dentro de un contexto de una *práctica sistemática*, resultante de un “sistema político basado en el terror y la persecución” (caso *Tadic*, 07.05.1997, párr. 649). Lo que está en cuestión es la conducta del Estado, la presencia de un “elemento de *policy*” (caso *Kupre[ki]*, 14.01.2000, párrs. 550-551). Actos aislados de un perpetrador, si planificados por el Estado, formando una práctica “sistemática” en ejecución de una “política de Estado”, constituyen crímenes contra la humanidad (caso *Kordic*, 26.02.2001, párrs. 176-179).

<sup>193</sup> Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 21-23, 40, 52-53 y 66-67. Y cf. E. Staub, *The Roots of Evil - The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge, University Press, 2005 [reprint], pp. 119, 121 y 264.

<sup>194</sup> Sobre la jurisprudencia internacional contemporánea sobre crímenes contra la humanidad, cf. J. R. W. D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2a. ed., Ardsley/N.Y., Transnational Publs., 2000, pp. 103-120 y 490-494; L. J. van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 151-198.

<sup>195</sup> *Ibid.*, pp. 93, 183, 192, 199, 228, 278-279, 310, 329-331, 335, 360 y 375.

<sup>196</sup> Cf. *ibid.*, pp. 375-377, 403, 405-407, 441 y 447-448.

28. En mi reciente *Curso General de Derecho Internacional Público* ministrado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2005), me permití ponderar que, en realidad, ya en los albores del Derecho Internacional, se acudió a nociones básicas de humanidad para regir la conducta de los Estados. Lo que, con el pasar del tiempo, vino a denominarse “crímenes contra la humanidad” emanó, originalmente, del Derecho Internacional consuetudinario<sup>197</sup>, para desarrollarse conceptualmente, más tarde, en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario<sup>198</sup>, y, más recientemente, en el del Derecho Penal Internacional<sup>199</sup>.

Aquí nos encontramos en el dominio del *jus cogens*, del derecho imperativo. En la ocurrencia de tales crímenes victimizando seres humanos, la propia humanidad es del mismo modo victimizada. Esto ha sido expresamente reconocido por el TPIY (en el caso *Tadic*, 1997); tales crímenes afectan la conciencia humana (TPIY, caso *Erdemovic*, 1996)<sup>200</sup>, – la conciencia jurídica universal –, y tanto los individuos agraviados como la propia humanidad tórnanse víctimas de los mismos<sup>201</sup>. Esta línea de entendimiento, que alcanzó el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional contemporáneo, debe, a mi juicio, integrarse también al universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La presente Sentencia de la Corte Interamericana en el presente caso *Almonacid Arellano y Otros* constituye un primer paso en este sentido.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juez

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

---

<sup>197</sup> S. R. Ratner y J. S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 45-48.

<sup>198</sup> Cf. J. Pictet, *Développement et principes du Droit international humanitaire*, Genève/Paris, Inst. H.-Dunant/Pédone, 1983, pp. 107 y 77; C. Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1990, p. 20.

<sup>199</sup> Cf. D. Robinson, “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference”, 93 *American Journal of International Law* (1999) pp. 43-57; y, para los antecedentes históricos, cf., v.g., H. Fujita, “Le crime contre l’humanité dans les procès de Nuremberg et de Tokyo”, 34 *Kobe University Law Review* (2000) pp. 1-15. - Los crímenes contra la humanidad encuéntrase hoy tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional permanente (artículo 7).

<sup>200</sup> J. R. W. D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals...*, *op. cit. supra* n. (24), pp. 111-112.

<sup>201</sup> A. A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye* (2005) cap. XI (en prensa).



## **TRIBUNAL “AD HOC” DEL MERCOSUR**

Controversia presentada por  
la República Oriental del Uruguay  
a la República Argentina sobre  
“Omisión del Estado Argentino en adoptar  
medidas apropiadas para prevenir y/o hacer  
cesar los impedimentos a la libre circulación  
derivados de los cortes en territorio argentino  
de vías de acceso a los Puentes Internacionales  
Gral. San Martín y Gral. Artigas  
que unen la República Argentina con la  
República Oriental del Uruguay”



En la Ciudad de Montevideo, a los seis días del mes de septiembre de dos mil seis, el Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” del MERCOSUR constituido para decidir la controversia entre la REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY y la REPÚBLICA ARGENTINA sobre “Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR integrado por los Árbitros Señores Dr. Luis Martí Mingarro, Dr. José María Gamio y Dr. Enrique Carlos Barreira, nacionales, respectivamente de España, Uruguay y Argentina.

El Tribunal ha estructurado la presente decisión Arbitral en el orden que se indica a continuación:

## **SUMARIO**

- I. Resultandos.
- I-A. El Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” en el momento de su constitución.
- I-B. Incidencias y trámites relativos a la composición e integración del Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*”.
- I-C. Las Partes y su representación en el proceso.
- I-D. Solicitud de suspensión de la tramitación del procedimiento.
- I-E. La invitación de presencia en el proceso de los Estados Terceros.
- I-F. Reclamo de la República Oriental del Uruguay.
- I-G. Respuesta de la República Argentina.

- I-H. Propositiones y producción de la prueba.
- I-I. Alegato Final por escrito de la República Oriental del Uruguay.
- I-J. Alegato Final por escrito de la República Argentina.
- I-K. Plazo para la emisión del presente Laudo.

## **II. CONSIDERANDOS.**

- II-A. El planteo de la Parte Reclamada según el cual habría habido una novación y ampliación del objeto demandado.
- II-B. El planteo de la Parte Reclamada según el cual el Reclamo es abstracto por carecer de objeto fáctico.
- II-C. La Sede del Tribunal.
- II-D. Los hechos que generaron las manifestaciones de los vecinos de la costa argentina que dieran lugar a la controversia.
- II-E. Sobre la existencia de incumplimiento por omisión frente a la normativa del MERCOSUR.
- II-F. Sobre la referencia a los Derechos Humanos.
- II-G. La conducta debida ante las circunstancias existentes.
- II-H. La responsabilidad del Estado Federal por las omisiones de los Gobiernos Provinciales.
- II-I. La actitud de los vecinos de Gualeguaychú.
- II-J. La relevancia de los perjuicios.
- II-K. El pedido de que se condene a la Parte Reclamada a adoptar las medidas apropiadas para prevenir o hacer cesar la posible reiteración futura de hechos similares.

## **III. CONCLUSIONES.**

## **IV. DECISIÓN.**

## I. RESULTANDOS

### **I-A. EL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” EN EL MOMENTO DE SU CONSTITUCIÓN**

1) El 21 de junio de 2006 tuvo lugar la sesión constitutiva del Tribunal Arbitral “Ad Hoc” a la cual asistieron los tres árbitros y en la cual se levantó Acta de Sesión n° 1 y se adoptaron las Reglas del Procedimiento adoptadas por el Tribunal Arbitral “Ad Hoc”, en cuyo transcurso los Árbitros Dres. Luis Martí Mingarro y José María Gamio hallaron recíprocamente, en buena y debida forma sus respectivas designaciones como Árbitros de conformidad con el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias y su Reglamento, para entender en la controversia.

2) Comprobaron asimismo, que se encuentran incluidos en la lista de Árbitros establecida de acuerdo con el artículo 11 del Protocolo de Olivos y han firmado la declaración de aceptación requerida a los Árbitros en el artículo 21 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

3) Por su parte el Árbitro designado por Argentina Dr. Héctor Masnatta manifestó que, en su opinión, la designación del Dr. Luis Martí Mingarro no reunía los requisitos legales suficientes para ser efectiva, dejando a salvo su estimación personal y científica respecto del mencionado Árbitro.

4) Con las reservas del Dr. Masnatta los restantes dos Árbitros consideraron que el inicio del Procedimiento fue establecido por la Nota N° 423/06 del 04/05/06 de la Coor-

dinación Nacional de Uruguay en el GMC que fue debidamente notificada; que el plazo de procedimiento comenzó el día 10 de junio del corriente año según lo establecido por el artículo 16 del Protocolo de Olivos; que la Presidencia sería ejercida por el Dr. Luis Martí Mingarro, de acuerdo con el artículo 10, numeral 3 inciso ii del Protocolo de Olivos; que la sede del Tribunal se fijaba en la Ciudad de Montevideo, capital de la República Oriental del Uruguay, de conformidad con el artículo 38 del Protocolo de Olivos y que quedaban aprobadas las Reglas de Procedimiento adoptadas por el Tribunal.

5) Asimismo se invitó a las dos Partes a designar sus Respective Representantes y a constituir sus respectivos domicilios en la ciudad de Montevideo, a los fines de practicar las notificaciones, invitándose a la Parte Reclamante a someter el escrito de presentación dentro de los 10 días contados desde el siguiente a la notificación y también a ambas Partes a comunicar su posición en relación con la intervención de terceros países en los términos del artículo 14 de las Reglas de Procedimiento.

## **I-B. INCIDENCIAS Y TRÁMITES RELATIVOS A LA COMPOSICIÓN E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL "AD HOC"**

6) El Ministerio de Relaciones de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina había manifestado su disconformidad con el proceso de designación del Tercer Árbitro.

7) La oposición y cuestionamiento de la República Argentina referida a la designación del Tercer Árbitro, Titular y Suplente, dio lugar a la formulación por parte de la representación de ese país, de un Recurso de Revisión presentado ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

8) El referido Tribunal Permanente, mediante el Laudo 2/2006 del 6 de julio de 2006, expresó, por mayoría, que no era admisible la substanciación peticionada por la Parte argentina pero que sin embargo, ésta determinación no dejaba a la Parte recurrente en estado de indefensión sino que meramente se declaraba no admisible el recurso de revisión en este estadio procesal, no emitiendo juicio de valor sobre el mérito de las alegaciones sustentadas por la Parte argentina, que bien podían ser nuevamente presentadas como contenido de un eventual recurso de revisión contra el laudo arbitral que en definitiva recayera.

9) El 7 de julio de 2006 el Representante de la República Argentina comunicó a la Secretaría del MERCOSUR que el Arbitro Titular de la República Argentina Dr. Héctor Masnatta había presentado su renuncia y que en su lugar asumiría el Dr. Enrique Carlos Barreira que revestía hasta ese momento el carácter de suplente por ese país.

10) Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal Arbitral "*Ad Hoc*" quedó, desde esa fecha, compuesto en la siguiente forma: **Dr. Luis Martí Mingarro** (Presidente), **Dr. José María Gamio** (co-Árbitro) y **Dr. Enrique Carlos Barreira** (co-Árbitro)

### **I-C. LAS PARTES Y SU REPRESENTACIÓN EN EL PROCESO**

11) La República Oriental del Uruguay constituyó domicilio en la calle Colonia 1206, segundo piso, Montevideo (Dirección General para Asuntos de Integración y MERCOSUR, Ministerio de Relaciones Exteriores) y designó para actuar, indistintamente, como sus representantes ante este Tribunal y a los efectos del trámite de esta reclamación, a los Doctores Carlos Amorín, Hugo Cayrús Maurín, Myriam Fraschini y José María Robaina. Por su parte la República Argentina constituyó domicilio en la Representación Argentina para MERCOSUR y ALADI, sita en Plaza Independencia 759, Piso 6, Montevideo, República Oriental del Uruguay y designó como Representante Titular ante el Tribunal Arbitral al Dr. Juan Vicente Sola y como Representante Alterno a la Dra. Nora Capello.

### **I-D. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

12) En su momento la Representación de la República Argentina solicitó la suspensión de las actuaciones en base a la trascendencia de sus objeciones sobre la constitución del Tribunal, y habida cuenta de la presentación por su parte del recurso de revisión que había formulado ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

13) En el momento procesal en que la representación de la República Argentina solicitó la suspensión del procedimiento se daba una circunstancia ciertamente excepcional, cual era la existencia de un recurso de revisión que la representación de ese Estado Parte había formulado ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, el cual fue rechazado "in limine". Por ello, ante el pedido de suspensión, el Tribunal Arbitral "*Ad Hoc*", luego de la sustanciación de los traslados pertinentes a las Partes, expresó que en atención a lo ya resuelto por el Tribunal Permanente de Revisión la causa alegada para la suspensión carecía de vigencia y, consecuentemente, por resolución unánime del 26 de julio de 2006 desestimó la pretensión de suspensión, por haber devenido abstracta.

## **I-E. LA INVITACIÓN DE PRESENCIA EN EL PROCESO DE LOS ESTADOS TERCEROS**

14) Conforme a las Reglas de Procedimiento, aprobadas para este proceso arbitral, las Partes que intervienen en la controversia habrían de dar su opinión sobre la posibilidad de invitar a Estados Parte del Tratado MERCOSUR en los que concurra la condición de terceros respecto de la concreta controversia.

15) Sobre este particular el Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” cuidó de brindar a las Partes la oportunidad de pronunciarse al respecto. La República Argentina por medio de su escrito de fecha 01/08/2006 hizo saber al Tribunal que no entendía pertinente la participación de Estados Terceros en un diferendo que consideraba estrictamente bilateral. Por su parte la República Oriental del Uruguay al evacuar este traslado entendió que dado que las Partes ya habían tenido la oportunidad inicial que les brindaba el apartado 5° de la parte dispositiva del Acta N° 1 para manifestarse y que, como nada dijeron, le concernía al Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” adoptar la resolución que entendiera pertinente sobre sí proce-  
de o no invitar a Estados Terceros. Consecuentemente por resolución del 8 de agosto de 2006, el Tribunal resolvió declarar que no procede cursar invitación a Estados Miembros del MERCOSUR para que comparezcan en las presentes actuaciones a los efectos y en los términos del Art. 14 de las Reglas de Procedimiento.

## **I-F. RECLAMO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

16) Con fecha 3 de julio de 2006, la Representación de la República Oriental del Uruguay presenta, en tiempo y forma, **Escrito de Presentación**, en el cual fundamentó su reclamo.

17) El fundamento de la reclamación de la República Oriental del Uruguay lo constituye los cortes, en territorio argentino, de rutas de acceso a puentes internacionales que comunican con Uruguay, dispuestos por movimientos ambientalistas argentinos en protesta por la construcción de plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, límite entre ambos países. Los cortes en la Ruta 136, de acceso al puente internacional Gral. San Martín, comenzaron el 19 de diciembre de 2005 y, con suspensiones, se extendieron hasta el 2 de mayo de 2006. Los Cortes en la Ruta 135, de acceso al puente internacional Gral. Artigas, comenzaron el 30 de diciembre de 2005 y con suspensiones, se extendieron hasta el 18 de abril de 2006

18) También según la Reclamante existieron interrupciones de la circulación, de corta duración, en el puente que une las ciudades de Concordia (Argentina) y Salto (Uru-

guay), destacando la actora que el 22 de febrero de 2006 se frustró un intento de bloqueo de esa ruta por la intervención de las autoridades argentinas.

19) A tenor del reclamo uruguayo fuera de la situación específica antes mencionada, las autoridades argentinas omitieron tomar las medidas apropiadas para hacer cesar los cortes de ruta pese a que el número de manifestantes era, en general, muy reducido. Ni siquiera se promovió la denuncia penal correspondiente como, en algún momento, el Gobernador de la Provincia de Entre Ríos insinuó. El propio Presidente de la República, según informaciones de prensa, habría manifestado que "no puede pedir (a los manifestantes) lo que no le darán". El Ministro del Interior habría ido más allá al expresar: "nada se les puede decir a los ambientalistas".

20) Según la Representación del Uruguay frente a los cortes de ruta, tanto el gobierno nacional argentino como el provincial de Entre Ríos fluctuaron entre el tímido ejercicio de la disuasión e inaceptables manifestaciones de complacencia.

21) La República Oriental del Uruguay entiende que los referidos cortes de ruta le ocasionaron importantes daños y perjuicios así como también a sectores y agentes económicos de este país, fundamentalmente vinculados a negocios de exportación e importación, turismo y transporte terrestre de pasajeros y mercaderías.

22) Para la Parte Reclamante el Tratado de Asunción, por el cual se decide constituir el MERCOSUR, establece que el mercado común implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países a través de la eliminación, entre otras, de las restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y "de cualquier otra medida equivalente" (art. 1).

23) Alega Uruguay en su Reclamo que por "restricciones" se entiende, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de "cualquier naturaleza" mediante el cual un Estado Parte impida o "dificulte", por decisión unilateral, el comercio recíproco (Anexo I al Tratado de Asunción art. 2º lit.b).

24) Señala la representación de la Reclamante que es un valor entendido que a partir del 1º de enero de 2000, el MERCOSUR constituye una zona de libre comercio universal (salvo algunas excepciones) por lo que a partir de dicha fecha todas las restricciones que impidan o dificulten el comercio recíproco constituyen barreras y obstrucciones al comercio, incompatibles con los compromisos asumidos

25) Afirma la República Oriental del Uruguay que la libre circulación de servicios, fue establecida por el Protocolo de Montevideo, vigente entre los Estados Partes, y elimina las medidas que en cualquier forma afecten ese comercio, incluso las dispuestas por auto-

ridades provinciales, municipales o locales y por las instituciones no gubernamentales (art. II).

26) Para Uruguay en el ámbito del referido Protocolo, existen compromisos asumidos por Argentina, entre otros, los relativos a turismo y transporte los cuales han sido afectados por las medidas que dan motivo a esta controversia.

27) Entiende la Reclamante que en materia de libre circulación de personas, los cortes de ruta han desconocido compromisos vigentes entre las Partes en virtud de instrumentos jurídicos internacionales relativos a Derechos Humanos así como también exigibles en la Argentina por sus normas internas.

28) También invocó la Representación de la República Oriental del Uruguay el Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre (ATIT) vigente entre “países del cono sur” del continente —entre otros los Estados Partes— y que fue asumido por instrumentos del MERCOSUR como medio idóneo para avanzar en la integración en materia de transporte terrestre. La obstrucción a la libre circulación de pasajeros y cargas afectó operaciones de transporte al amparo del Convenio ATIT, no sólo entre los Estados Partes sino también respecto a movimientos de tránsito desde o hacia terceros países Partes de este acuerdo.

29) En su fundamentación, también menciona Uruguay las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que vinculan a las Partes, tales como las relativas a trato de la nación más favorecida, libertad de tránsito, acceso a los mercados —entre otras— las cuales resultaron afectadas por las medidas denunciadas.

30) A pesar que los actos materiales que obstaculizan la libre circulación son realizados por particulares, el incumplimiento lo imputa la República Oriental del Uruguay al Estado Argentino por la omisión en adoptar las medidas adecuadas, razonables y eficaces para evitar dichos actos. El Reglamento del Protocolo de Olivos incluye en la materia que puede ser objeto de una controversia, entre otras, las “omisiones” incompatibles con la normativa del MERCOSUR (art.27).

31) En tal sentido, Uruguay trae al caso el asunto resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Comisión c/Francia – Asunto C-265/95) en el cual, frente al bloqueo de rutas en Francia dispuesta por particulares, el órgano judicial estableció la responsabilidad de este Estado por la omisión en restablecer la libre circulación.

32) Así que, según la Reclamante, el incumplimiento continuado de Argentina por omisión frente a los cortes de ruta —dispuestos y luego levantados por voluntad de los particulares— hace suponer que de reiterarse los mismos en el futuro, dicho Estado observará la misma conducta generando, así, un permanente estado de duda e inseguridad.

33) Finalmente solicita la República Oriental del Uruguay que:

a) el Tribunal decida que Argentina ha incumplido sus obligaciones derivadas de los artículos 1 y 5 del Tratado de Asunción, artículos 1º, 2º y 10 par. 2º del Anexo I de dicho Tratado; artículos II, III y IV del Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios así como de principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia; y

b) que la República Argentina, de reiterarse los impedimentos a la libre circulación, debe adoptar las medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar tales impedimentos y garantizar la libre circulación con Uruguay.

### **I-G. RESPUESTA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**

34) El 26 de julio de 2006 fue presentado, en tiempo y forma, Escrito de Respuesta de la República Argentina, mediante el cual fundamentaba su oposición y ofrecía su prueba.

35) Afirma la Representación de la República Argentina que Uruguay ha innovado y ampliado el objeto respecto al contenido de la solicitud de negociaciones directas. Mientras que en ésta el objeto eran "impedimentos a la libre circulación", la demanda refiere a la "omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación".

36) Además, para Argentina el reclamo carece de objeto en virtud de que, a la fecha de la demanda, los cortes de ruta habían cesado, situación que se mantiene. Es, asimismo, inespecífico y abstracto porque solicita al Estado argentino que, de reiterarse en el futuro esas manifestaciones, adopte medidas sin determinar cuáles serían éstas.

37) En su opinión, la República Argentina formula objeciones a que la ciudad de Montevideo sea sede del Tribunal *Ad Hoc* por cuanto esto supone un menoscabo a la independencia del mismo y le otorga ventajas a uno de los Estados Partes, sobre todo en lo relativo a la producción de prueba.

38) Al referirse la República Argentina a las etapas previas de esta controversia, afirma que la solicitud de Uruguay de mantener negociaciones directas, fue contestada por nota de 3 de marzo de 2006 en la cual se manifestó la disposición del Gobierno Argentino "en mantener un diálogo bilateral franco y exhaustivo".

39) Por otra parte la Representación Argentina realiza observaciones a la integración del Tribunal *Ad Hoc* fundadas en aspectos de procedimiento.

40) Respecto a los hechos, la Parte Reclamada da cuenta que los cortes de ruta fueron precedidos de una movilización realizada el 30 de abril de 2005, conocida como

“*El Abrazo Solidario*” que reunió en las proximidades de la ciudad Argentina de Gualeguaychú, por cinco horas, a más de 40.000 personas en protesta por la construcción de las plantas de celulosa en territorio uruguayo.

41) Según los alegatos la opinión de la República Argentina a partir del mes de diciembre de 2005 comenzaron los cortes de ruta aunque éstos, contra lo que afirma la Parte reclamante, no se tradujeron en perjuicios ni desde el punto de vista del comercio bilateral ni del turismo en virtud de que ambos rubros, en el período de los cortes, lejos de disminuir, aumentaron a favor de Uruguay.

42) Además, la Representación Argentina entiende que los agentes económicos que utilizaban los puentes, tampoco pueden invocar perjuicios por cuanto los cortes de ruta eran, en general, anunciados con antelación y así podían dirigirse a vías alternativas de comunicación entre los dos países.

43) La Representación de la República Argentina en el proceso arbitral pone de manifiesto que su Gobierno comprendió, sin alentar, las manifestaciones llevadas a cabo por entender que constituyen el ejercicio de un legítimo derecho. Ello no impidió que se realizaran gestiones para que los cortes de ruta fueran dejados sin efecto.

44) Según la República Argentina las circunstancias determinaron una contraposición entre los derechos de libre expresión del pensamiento y de reunión, por un lado, y el derecho a la libre circulación de bienes, por otro. Se debe tener presente que las normas internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes en la República Argentina tienen rango constitucional mientras que las normas de integración revisten rango legal.

45) En cuanto a la libre circulación de bienes, la República Argentina expone que cabe recordar que las metas fijadas en el tratado fundacional del MERCOSUR aún no se encuentran plenamente vigentes.

46) Por otra parte, sigue alegando la República Argentina, cuando el proceso de integración establece la obligación de eliminar las restricciones no arancelarias, éstas refieren a medidas gubernamentales. Con similar alcance son las normas que rigen la Organización Mundial de Comercio así como la Comunidad Económica Europea.

47) La República Argentina, en su opinión entiende que, respecto a la libre circulación de servicios, el Protocolo de Montevideo que la regula, sólo establece compromisos de abstenerse de adoptar medidas gubernamentales que la afecten.

48) La República Argentina recuerda que Uruguay invoca, asimismo, el Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre (ATIT) aunque éste no consagra libertad alguna de

circulación ya que se trata de un acuerdo administrativo destinado a establecer criterios técnicos para otorgar permisos de circulación internacional de transportes terrestres.

49) Para la República Argentina la libre circulación de personas, que se afirma por Uruguay como lesionada por los cortes de ruta, no está aún operativa en el ámbito del MERCOSUR como, por el contrario, lo está —a vía de ejemplo— en la Comunidad Europea.

50) Tampoco según la respuesta argentina está vigente en este proceso de integración regional el derecho al libre tránsito en cuanto puede afectar a los transportes de bienes desde o hacia terceros países.

51) La Representación de la República Argentina funda su opinión en que los Derechos Humanos pueden justificar una restricción al ejercicio de los derechos consagrados por un tratado de integración. Menciona, en tal sentido, el precedente del caso *Schmidberger*, resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el sentido de otorgar prioridad al derecho a la libre expresión del pensamiento sobre el derecho a la libre circulación de bienes el cual resultó afectado por el corte de una ruta internacional dispuesto por un movimiento ambientalista (Sentencia del TJCE de 12 de junio de 2003, Asunto C-112/00).

52) En el campo de los Derechos Humanos, según afirma la República Argentina con especial relevancia cabe reconocer a los derechos de libre expresión del pensamiento y de reunión así como al derecho de protesta entendido, éste, como el medio de exigir el cumplimiento de otros derechos. A ellos cabe agregar el derecho a elegir aquel foro público en el cual la protesta se pueda ejercer con mayor eficacia.

53) Así, afirma la Representación Argentina, aceptada la validez de estas normas, la requerida liberación del puente hubiera supuesto una represión inaceptable para las disposiciones de derecho público argentino.

54) Frente a lo expuesto, según lo alegado por la República Argentina la disuasión ante los cortes de ruta no constituye sino la única alternativa legítima que se presenta a los gobernantes.

55) En la formulación de su alegación sostiene la República Argentina que la policía en el territorio de las provincias corresponde a la policía de las provincias. Imponer la intervención del gobierno federal sobre el territorio de las provincias sólo puede hacerse al costo de la alteración del sistema político democrático en la provincia.

56) En el estado actual del Derecho Internacional según alega la Representación Argentina en materia de responsabilidad por hechos ilícitos, según el Proyecto de la Co-

misión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se excluye la responsabilidad del Estado por los hechos de los particulares.

57) Para la República Argentina el Estado sólo será responsable por el comportamiento de una persona o grupo de personas si ellas actúan de hecho por disposición o bajo la dirección o el control del Estado al observar ese comportamiento (art. 8 del Proyecto). Este no es, bajo forma alguna, el presente caso.

58) Manifiesta la representación argentina que toda otra conducta que hubiere observado ese país hubiera implicado el riesgo de provocar reacciones difíciles de controlar y graves alteraciones del orden público.

59) Menciona la República Argentina que la Parte actora afirma que en otras manifestaciones populares, similares a las de este proceso, las autoridades argentinas las disolvieron mediante la fuerza pública. No obstante, tales manifestaciones, a diferencia de la que refiere el presente caso, se trataba de acciones violentas, según responde la República Argentina.

60) También sostiene la República Argentina que la circulación de bienes y personas, entre los dos países, contó siempre con vías alternativas de acceso y, a efectos de facilitar su uso, los servicios de Aduana y Migración argentinos, en esos puntos, fueron reforzados durante las medidas. Con ello se demuestra que no hubo omisión.

61) Tampoco hubo omisión según la Representación Argentina por la acción disuasoria de las autoridades argentinas que, en definitiva, se demostró eficaz al punto que los manifestantes levantaron los cortes de ruta.

62) Por escrito del 27 de julio de 2006, el Representante de la República Argentina efectuó determinadas erratas incurridas en el escrito de Respuesta al reclamo que individualiza.

## **I-H. PROPOSICIONES Y PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA**

63) Las Partes formularon proposición de prueba, lo que fue tratado en la Resolución de 28 de julio de 2006 del Tribunal haciendo lugar a la prueba documental, testimonial e informativa ofrecida por ambas Partes, determinando que debían presentar el listado de preguntas a los testigos al menos con tres días de antelación. Admitió las reservas de proponer prueba Informativa por ambas Partes y, de conformidad con el Artículo 17 de las Reglas de Procedimiento, convocó a las Partes a una sesión en la que pudieran presentar brevemente sus exposiciones para fundamentar sus respectivas posiciones. Por último convocó a las Partes a una comparecencia a celebrar los días 9 y 10 de agosto de 2006.

64) El día 9 de agosto de 2006 se dio comienzo a la Audiencia, en cuyo transcurso, la Representación argentina presentó cuestión de previo y especial pronunciamiento basada en las amenazas que alega haber sufrido el testigo por ellos propuesto Don Aníbal Oscar Oszust. El Tribunal le recibió testimonio y encargó a la Secretaría del MERCOSUR que diera traslado de esta cuestión a las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina y la República Oriental del Uruguay para que dieran curso a las actuaciones que procedieran.

65) Posteriormente de conformidad con la propuesta de las Partes y con el objeto de facilitar, en lo posible, la presencia de los testigos convocados, en compatibilidad con sus cargos y ocupaciones, el Tribunal "*Ad Hoc*" examinó los testigos en el orden que seguidamente se establece: Aníbal Oscar Oszust, Daniel Sica, Ricardo Echegaray, Alejandro García, Raúl Cuence, y Jorge Campaña, todos ellos de nacionalidad argentina, correspondientes a la Parte Reclamada. Se inició posteriormente el examen de los siguientes testigos: José Carlos González Huerta, Javier Larrondo, Yanina Corsini, Antonio Carámbula, Benjamín Liberoff, Víctor Sosa Echevarría, Luis Alberto Borsari Brenna, Antonio Serrentino, Pablo Garbarino Lazcano, Leopoldo Cayrús Tarreh y Daniel Sureda Tortosa, todos ellos de nacionalidad uruguaya y solicitados por la Parte Reclamante.

66) La Representación de Uruguay manifestó que el testigo cuya declaración ofreciera, señor José Larramendi, no pudo declarar debido a que tuvo que retirarse del Edificio antes de la Audiencia por enfermedad de un familiar y el testigo Gustavo Teske se vio impedido de concurrir.

67) Ambas Partes formularon las respectivas preguntas a los testigos y el Tribunal interrogó asimismo cuando lo entendió oportuno a los mencionados testigos en el transcurso de la audiencia.

68) En la segunda parte de la reunión que tuvo lugar en la mañana del día 10 de agosto, las Partes hicieron sus exposiciones para fundamentar sus respectivas posiciones, en el orden establecido por el Tribunal Arbitral Ad Hoc. Tanto las declaraciones de los testigos como los alegatos de las Partes fueron grabados en soporte magnetofónico, que se entregó a las Partes y quedó unido a las actuaciones.

69) El Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, expresó "in voce" en este acto su resolución de admitir toda la prueba documental presentada hasta el momento por las Partes, incluido el documento utilizado en la declaración del Dr. Sica. De conformidad con las Partes, que así lo asumen, el Tribunal resolvió que se admitiría como prueba documental e informativa la que se presentara hasta el mismo día de vencimiento del plazo de presentación de los alegatos escritos que finalizaba el día 17 de agosto de 2006.

## **I-I. ALEGATO FINAL POR ESCRITO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

70) Dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 18 de las Reglas de Procedimiento, ambas Partes presentaron en tiempo y forma sus alegatos finales.

71) La Representación uruguaya solicitó que hiciera lugar al reclamo presentado en la forma ya impetrada y que decidiera:

“a) que la República Argentina ha incumplido sus obligaciones derivadas de los artículos 1 y 5 del Tratado de Asunción; artículos 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> y 10 párrafo segundo del Anexo I de dicho Tratado; artículos II, III y IV del Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios, así como de principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables a la materia, por la omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los Puentes Internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay; y

b) que la República Argentina, de reiterarse los impedimentos a la libre circulación a los que alude el literal a) precedente u otros de similares características, debe adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar en forma inmediata los impedimentos a la libre circulación, y garantizar la libre circulación con la República Oriental del Uruguay.”

## **I-J. ALEGATO FINAL POR ESCRITO DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA**

72) La Representación argentina solicitó que el Tribunal resolviera:

“a) que la presente controversia carece de objeto y las solicitudes de Uruguay se fundan en abstracciones;

b) que el derecho de libertad de expresión, ejercido por los ciudadanos argentinos, constituye un derecho humano fundamental reconocido en todos los ordenamientos constitucionales y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, vinculantes para la Argentina y el Uruguay, y que, además, gozan, en Argentina, de jerarquía constitucional;

c) que no cabe invocar legítimamente una restricción a la libertad de expresión — derecho humano protegido— en desmedro de otro derecho —libertad de circulación de bienes y servicios— que está legalmente protegido pero que no reviste esa calidad de derecho humano;

d) que las manifestaciones en rutas efectuadas en forma intermitente entre el 6 de enero y el 2 de mayo de 2006 constituyen una muestra de la libre expresión ciudadana, que fueron puestas en conocimiento del público con antelación suficiente y no implicaron, en ningún caso, un impedimento total a la libre circulación de bienes y servicios entre ambos países;

e) que el Gobierno argentino no ha adoptado medida alguna que constituya una violación de los principios de libre circulación de bienes y servicios, previstos en los artículos

1 y 5 del Tratado de Asunción, en los artículos I y II, III y IV y Anexos del Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios, en el Acuerdo sobre Transporte Terrestre Internacional (ATIT) y en otros principios o disposiciones de derecho internacional aplicables a esta materia;

f) que el Gobierno argentino ha actuado, a nivel nacional, provincial y municipal, con el objetivo de disuadir a sus ciudadanos de utilizar las manifestaciones en rutas como forma de expresión de su protesta y ha arbitrado los medios necesarios para facilitar la libre circulación de bienes y servicios durante la etapa de vigencia de las mismas;

g) que tal actuación resulta razonable atento las circunstancias del caso bajo análisis y las normas constitucionales e internacionales vigentes aplicables al mismo; y

h) que los compromisos asumidos por la Argentina en el contexto en que se desarrolla esta controversia no pueden ser objeto de una interpretación extensiva que suponga reprimir el ejercicio de un derecho humano en una situación claramente no prevista en los tratados de derechos humanos en vigor para ambos países”.

## **I-K. PLAZO PARA LA EMISIÓN DEL PRESENTE LAUDO**

73) El 18 de julio de 2006 el Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” acordó por unanimidad prorrogar el plazo para la emisión del Laudo en las presentes actuaciones por 30 días, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 21 de las Reglas de Procedimiento, por lo que el plazo se extendió hasta el 7 de septiembre del 2006.

## **II.**

### **CONSIDERANDOS**

#### **II-A. EL PLANTEO DE LA PARTE RECLAMADA SEGÚN EL CUAL HABRÍA HABIDO UNA NOVACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEMANDADO**

74) La Parte Reclamada sostiene que la Reclamante amplió el objeto de su pretensión original pues según la normativa del MERCOSUR en especial el art. 14 párrafo segundo del Protocolo de Olivos, los escritos de demanda y contestación determinan el objeto de la controversia que deben basarse en las cuestiones que fueron consideradas en las etapas previas, añadiendo que en las etapas de negociaciones directas, la controversia se denominaba de un modo (“*impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes*”) y

dado que al iniciarse el procedimiento arbitral, dichas manifestaciones habían cesado, Uruguay habría adaptado unilateralmente a la nueva circunstancia denominándola (“*omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación*”) tal como figura en el escrito de Reclamo de Uruguay.

75) El Tribunal considera que la modificación terminológica indicada no pudo perjudicar el derecho de defensa de la Parte Reclamada, pues la convocatoria a las negociaciones directas y la demanda en este proceso, por sus denominaciones, están haciendo referencia a los mismos hechos y si bien en la primera de las denominaciones podría entenderse que se trata de la imputación a actos directos del Gobierno argentino, hay que tener en cuenta que era de público y notorio conocimiento que los cortes eran realizados por particulares, a lo que cabe añadir que en la Nota del 9 de marzo de 2006 (remitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay a su par de Argentina, que la Parte Reclamante agregara como Recaudo 5 sin que la Parte Reclamada la haya negado), se reitera el pedido de negociaciones directas, haciendo expresa mención a los cortes de ruta “*realizados por particulares que ocuparon las mismas, afectando la libre circulación de personas, bienes y servicios*” agregando que “*ante esta situación el Estado argentino omitió adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los referidos cortes, a efectos de restablecer la libre circulación entre ambos países*”.

## **II-B. EL PLANTEO DE LA PARTE RECLAMADA SEGÚN EL CUAL EL RECLAMO ES ABSTRACTO POR CARECER DE OBJETO FÁCTICO**

76) La Parte Reclamada afirma que el proceso carece de objeto en virtud de que, a la fecha de presentación de la demanda, los cortes de ruta habían cesado antes de la presentación del escrito de Reclamo de la República Oriental del Uruguay, situación que, sostiene, se habría mantenido hasta el momento en que se responde dicho escrito.

77) Al respecto, el Tribunal advierte que no ha habido pronunciamiento expreso de quienes mantuvieron los cortes de ruta en el pasado en el sentido de que no los habrán de reiterar en el futuro; ni tampoco ha habido pronunciamiento de las autoridades de la Parte Reclamada en el sentido que, de producirse tales reiteraciones, habría de seguir una conducta distinta a la observada cuando tales cortes de ruta ocurrieron.

78) El Tribunal no desconoce que se ha sostenido que cuando se solicita que uno de los Estados Partes deje sin efecto determinadas normas legales o reglamentarias, por considerarlas incompatibles con los compromisos asumidos en los en los acuerdos internacio-

nales tendientes a la facilitación del comercio y a la integración económica, y la norma cuestionada es derogada por el Estado Reclamado antes de que el tribunal se constituya o se dicte el pronunciamiento final, el procedimiento culmina por considerarse que la cuestión ha devenido abstracta desde que el soporte normativo del obstáculo al comercio habría desaparecido<sup>(1)</sup>. No es necesario para ello que la norma cuestionada haya sido puesta en práctica, bastando que haya un peligro de daño que puede tornarse en daño real mediante su activación en cualquier momento. Dicho peligro, como un arma apuntando al corazón del posible afectado, es suficiente para considerar que el mantenimiento de ese estado de cosas es contrario a los compromisos contraídos, debiendo resolverse mediante la desactivación del peligro potencial.

79) A diferencia del supuesto antes señalado, en el caso que se encuentra a conocimiento del Tribunal, la Parte Reclamante no cuestiona la existencia de una "norma", actual o potencialmente lesiva de los compromisos existentes, sino que cuestiona la conducta omisiva del Gobierno de la Parte Reclamada en impedir que parte de su población despliegue "conductas" consideradas incompatibles con la normativa MERCOSUR, pues aquí no hay norma alguna que se cuestione y cuyos efectos nocivos pudieran desactivarse mediante su derogación. Se trata de una situación amenazante de ciertos particulares que habiendo ya realizado actos cuyos efectos la Parte Reclamante considera reñidos con los compromisos asumidos en el ámbito del MERCOSUR, pueden reanudarlos en cualquier momento, con la posibilidad cierta de que, en tal supuesto, el Gobierno argentino continúe manteniendo una conducta permisiva.

80) Al tratarse de vías de hecho que, pese a la queja del Gobierno de la Parte Reclamante —tal como surge de la Prueba documental aportada por Uruguay que no ha sido refutada por la contraparte<sup>(2)</sup>—, han sido toleradas por el Gobierno de la Parte Reclamada, cabe pensar que, de reanudarse aquellas vías de hecho, se reitera la conducta permisiva que, en virtud de su repetición adopta el carácter de un "standard" de conducta, para este supuesto, del Gobierno argentino. En otras palabras, las conductas reiteradas y sucesivas

---

<sup>1</sup> En el sistema de la O.M.C, ver LUFF, David: *"Le droit de L'Organisation Mondiale du Commerce - Analyse Critique"*, Bruylent, LGDJ, Bruselas, 2004, pag. 794, citando al efecto el informe del grupo especial *"Argentina, Medidas que afectan las importaciones de calzado, textiles, vestimentas y otros artículos, WT/DS56/R"*, 25 de noviembre de 1997, parágrafo 6,12 a 5,15). En igual sentido ver *"Guía de las Normas y Usos del GATT - Índice Analítico"* Ediciones de la OMC, Ginebra 1995, Volumen 2, paginas 719 y 720) se expresa que en el informe de 1982 del Grupo Especial en el asunto *"Estados Unidos, Prohibición de importaciones de atún, procedentes de Canadá"* se examinó una prohibición impuesta por los Estados Unidos el 31 de agosto de 1979 que fue levantada durante las actuaciones del grupo especial el 4 de septiembre de 1980.

<sup>2</sup> Recaudos Números 2, 3, 5, 6 y 7 de la Prueba uruguaya que no ha sido desconocida por la representación argentina.

delinean un “modelo” o “patrón” de conducta de la Parte Reclamada que es dable esperar se repita en los casos futuros en virtud del principio de congruencia en las conductas asumidas por la administración pública. Esta expectativa, de manera similar (aunque no idéntica) al caso de una norma cuestionable susceptible de ser activada, genera una situación de peligro potencial que el Estado Reclamado no ha tenido interés en desactivar, por lo que cabe considerar que en este caso nos hallamos ante el peligro latente de que se produzcan nuevos hechos similares a los anteriores, lo que descarta que nos hallemos ante una cuestión meramente abstracta.

81) Si bien al tratar los casos de responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, cuya aplicación a casos como el presente en el cual se trata de incumplimientos de tratados de integración ofrece dudas, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (en adelante CDI) ha sostenido que la trasgresión a la norma internacional no necesariamente debe manifestarse en un acto o hecho instantáneo o continuado, sino que puede exteriorizarse también a través de una serie de acciones u omisiones que se prolonguen —aún con interrupciones— a lo largo del tiempo, a los cuales denomina “hecho compuesto”<sup>(3)</sup>, y el caso presente no carece de complejidad, dada la diversidad de protagonismos —grupos, asambleas, poderes públicos— y las intermitencias, reiteraciones y continuidad de la situaciones contempladas.

## II-C. LA SEDE DEL TRIBUNAL

82) La Parte Reclamada cuestionó la decisión tomada por el Tribunal *Ad Hoc* de establecer su sede en la ciudad de Montevideo, aduciendo que esto suponía un menoscabo a la independencia del Tribunal por tratarse de la ciudad capital de uno de los Estados Partes involucrado en la controversia. Manifestó que se trata de un proceso arbitral que produce estrépito en el foro que podría llevar a una decisión injusta en razón de reunirse en una ciudad donde la cuestión se encuentra en el debate público cotidiano que podría influir negativamente en los Árbitros.

---

<sup>3</sup> El último Relator Especial de la CDI, sobre el proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos ilícitos, al comentar el art. 15, primer párrafo de dicho trabajo afirma que *“Las acciones u omisiones deben ser parte de una serie pero la norma no requiere que la serie completa de hechos ilícitos haya sido cometido a los efectos de caer en la categoría de hecho compuesto con tal que un número suficiente de hechos haya ocurrido para constituir el incumplimiento. A la fecha que ocurre el hecho suficiente para constituir el incumplimiento, puede no estar claro que nuevos hechos han de seguir si la serie no está completa”* - traducción propia - (CRAWFORD, James, *“The International Law Commission’s Articles on State Responsibility”*, Cambridge University Press, 2003, pág.143).

83) El Tribunal eligió la ciudad de Montevideo como sede para la realización de los actos procesales así como para sus deliberaciones en razón de encontrarse allí la Secretaría del MERCOSUR que constituye un importante apoyo administrativo para su labor y de conformidad con las facultades que al efecto le confiere el artículo 38 última parte del Protocolo de Olivos.

84) Dicha elección en forma alguna aparejó menoscabo para la independencia del Tribunal ni otorgó ventaja alguna a la Parte Reclamante como se ha insinuado, habiéndose desarrollado las pruebas testimonial y de informes sin incidentes dignos de mención. Además de ejercer una facultad expresamente contemplada en la normativa vigente, cabe resaltar que éste no es el primer caso en que un Tribunal *Ad Hoc* en el que el país en que se encuentra radicada la Secretaría del MERCOSUR está involucrado como contendiente, pese a lo cual ello no influyó en desigualdades procesales. Si bien puede ser que en este caso la opinión pública se encuentre más motivada a prestar atención que en los anteriores, ello no ha influido en las opiniones y libertad de decisión de ninguno de los Árbitros que integran este Tribunal.

## **II-D. LOS HECHOS QUE GENERARON LAS MANIFESTACIONES DE LOS VECINOS DE LA COSTA ARGENTINA QUE DIERAN LUGAR A LA CONTROVERSI**

85) La controversia que hoy se ventila ante este Tribunal "*Ad hoc*" se origina en las manifestaciones efectuadas por las poblaciones de la ribera argentina del río Uruguay, en especial la población de la ciudad de Gualeguaychú, como reacción ante la construcción por dos empresas privadas en Fray Bentos, costa uruguaya del mismo río enfrente de la mencionada ciudad argentina, de dos fábricas de pasta de papel a las cuales ven como un futuro foco de contaminación ambiental que consideran en infracción a las cláusulas del Acuerdo que sobre la administración del río Uruguay tienen celebrado Argentina y Uruguay en el año 1975.

86) La Parte reclamada invoca, la existencia de esas manifestaciones desde el mes de septiembre de 2003 a través de la movilización denominada "Abrazo Solidario", con la participación de vecinos de poblaciones argentinas y uruguayas que se manifestaron contra la construcción de las plantas procesadoras de pasta de papel en la zona (punto IV-1, de la Respuesta argentina, no desconocida por la contraparte en sus alegatos).

87) La denominada "Asamblea Ambiental Ciudadana de Gualeguaychú" hizo sendas presentaciones ante el Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay (21 de julio de

2005) y al Presidente Néstor Kirchner, en este caso con pliegos conteniendo 35.484 firmas de pobladores de esa ciudad (prueba documental argentina, Anexo II, 1.2 y Anexo II, 1.3, no desconocida por la Parte Reclamante). En ellas denunciaron al Gobierno argentino y al Gobierno uruguayo el incumplimiento del tratado que estableció el Estatuto del Río Uruguay y solicitaron a ambos países la paralización de las construcciones hasta que se efectuara un análisis del impacto ambiental sobre la cuenca a través de una comisión bipartita, de manera que, si de resultas de ello, hubiera discrepancia entre las delegaciones de ambos países sobre ese punto, la cuestión fuera ventilada ante la Corte Internacional de Justicia.

88) El 6 de octubre de 2005 reiteró el pedido al Ministro de Relaciones Exteriores argentino a fin de que se requiriera del Gobierno uruguayo la inmediata paralización de las obras que las empresas seguían construyendo a la vera del río Uruguay, solicitando que ante el rechazo uruguayo Argentina iniciara acciones ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya (Anexo II. 1.4 de la prueba argentina no negada por la contraparte).

89) Mientras tanto, y según se desprende de un informe de la Policía de la Provincia de Entre Ríos, acompañado por la Parte Reclamada (Anexo II.2 de la prueba documental), se produjeron cortes en los tres puentes internacionales que unen Argentina y Uruguay aunque con intensidad muy dispar.

90) En la ruta internacional N° 136 y Provincial N° 42 que une Gualeguaychú con Fray Bentos a través del Puente General San Martín, hubo un primer corte el 8 de julio de 2005 de 10 a 18 horas, sucediéndose luego un corte temporario de cuatro horas el 15 de agosto, reanudándose en el mes de diciembre con dos cortes realizados los días 8 (tres horas), 18 (cinco horas), 23 (10 horas y media) y 30 de diciembre de 2005 (13 horas). En el año 2006 los cortes comenzaron el 30 de enero de 2006 manteniéndose en forma esporádica y temporaria, hasta el 3 de febrero de 2006 en que comenzó un corte de ruta que se prolongó por 46 días hasta el 20 de marzo de ese año y, posteriormente, un corte que se prolongó por 26 días desde el 5 de abril a las 8 horas hasta el 2 de mayo del mismo año a las 16 horas. De tal manera, el Puente que une Gualeguaychú con Fray Bentos estuvo cortado aproximadamente 72 días corridos.

91) En cuanto a la ruta que une a la ciudad de Paysandú con Colón (a través del puente General Artigas), sufrió cortes por 35 días corridos (desde el 16 de febrero hasta el 23 de marzo de 2006), reiterándose luego por el lapso de 8 días (desde el 11 de abril hasta el 19 del mismo mes de 2006).

92) Por último, en el puente internacional ubicado sobre la represa de Salto Grande, se produjeron cortes los días 13 y 14 de enero y 22 de febrero de 2006 por lapsos de una hora, una hora y media, y treinta minutos respectivamente.

93) Los datos antes mencionados relativos a los cortes de los tres puentes internacionales coinciden, con pequeñas diferencias de días, con lo expresado por la representación uruguaya en su alegato (punto IV, página 20).

94) En razón de los cortes sucedidos, la Dirección General de Aduanas argentina por correo electrónico N° 47 del 8 de febrero de 2006 (Prueba documental argentina Anexos II.3 y II.4), instruyó a las aduanas acerca de una operatoria de emergencia a fin de garantizar el normal flujo del comercio internacional, reforzando las dotaciones de personal de las aduanas de Concordia y Colón para hacer frente al incremento de trabajo generado por el desvío de operaciones desde la aduana de Gualeguaychú.

95) De la prueba documental antes mencionada, así como de los testimonios recogidos en la audiencia testimonial, se desprende que los vecinos de Gualeguaychú procuraron llamar la atención, tanto de la República Oriental del Uruguay por su omisión en impedir la continuación de construcciones que ellos consideraban potencialmente dañinas, como de la República Argentina por su falta de reacción categórica ante ese proceder, lo que inclina a este Tribunal a comprender el sentimiento de la alarma y consecuente protesta de los mismos, con independencia de la mayor o menor justificación de sus actuaciones.

96) Debe tenerse en cuenta que el levantamiento de los cortes por los vecinos de Gualeguaychú se produjo dos semanas después del discurso del Presidente de la Nación de Argentina del 19 de abril de 2006, en el cual les manifestó que no compartía los cortes de ruta y en el cual les solicitó que los dejaran sin efecto (Prueba documental argentina Anexo II.6, no negada por la representación uruguaya).

97) Dos días, después del levantamiento de los cortes de ruta, es decir el 4 de mayo de 2006 quedó formalmente registrado el ingreso de la demanda de Argentina contra Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya por la controversia suscitada en relación con el Acuerdo del río Uruguay.

98) Con anterioridad a esto último y ante la situación de los cortes de rutas, el 16 de enero de 2006 el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay había hecho llegar al Embajador argentino en ese país una Nota (Recaudo N° 1 de la prueba documental de Uruguay) respondiendo una Nota del 12 de enero de 2006 del Secretario de Relaciones Exteriores de la República Argentina referida a las autorizaciones

concedidas por Uruguay a dos empresas para construir sendas plantas industriales de producción de celulosa sobre la margen izquierda del río Uruguay, así como una autorización para construir y operar una terminal portuaria destinada al uso exclusivo de una de esas plantas industriales, reiterando una nota anterior. En la segunda parte de esa nota el Canciller uruguayo manifestaba su preocupación por los cortes de ruta de acceso en territorio argentino a los pasos fronterizos, que obstaculizaban la libre circulación de personas y bienes en violación a los acuerdos del MERCOSUR, generando daños importantes a ambos países.

99) El 13 de febrero de 2006, el Presidente de Uruguay se dirigió al Presidente argentino solicitando el levantamiento de dichos cortes (Recaudo N° 2 de la prueba documental uruguaya).

100) El 22 de febrero de 2006 el Ministro (interino) de Relaciones Exteriores de Uruguay dirigió una nota a su par argentino expresando que ese país había decidido plantear la controversia correspondiente a la violación de la libre circulación en contravención a la normativa MERCOSUR y disposiciones y principios del derecho internacional, solicitando el inicio de negociaciones directas contempladas en los arts. 4 y 5 del Protocolo de Olivos.

101) El 3 de marzo de 2006 el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina contestó, expresando que la nota uruguaya no establecía que acciones precisas se le imputaban a la República Argentina, ni tampoco se determinaban las normas internacionales que ese país consideraba vulneradas, expresando que la Argentina no impedía la libre circulación a través de esas vías de acceso que unen a ambos países.

## **II-E. SOBRE LA EXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR OMISIÓN FRENTE A LA NORMATIVA DEL MERCOSUR**

102) Se ha planteado el interrogante respecto de si, en el ámbito del MERCOSUR, se encuentran plenamente vigente la libre circulación de bienes mencionada en el Tratado de Asunción y sus normas complementarias, así como la libre circulación de servicios referida en el Protocolo de Montevideo. En tal sentido se ha afirmado que las metas del Tratado de Asunción aún no se han alcanzado en su plenitud (Respuesta de la Parte Reclamada a fs. 47).

103) La integración económica puede ser considerada como una “situación” o como un “proceso”. Dado que la integración parte de la existencia de distintos ámbitos espaciales económicos en los cuales la mercadería u otros factores económicos originarios

del exterior dejen de ser discriminados, como "situación" la integración consiste en la ausencia de las formas de discriminación entre las economías nacionales, pero como "proceso" consiste en el conjunto de medidas dirigidas a abolir en forma progresiva la discriminación entre las unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones<sup>(4)</sup> con el objetivo de conformar una nueva unidad económica.

104) Consecuentemente, no se puede negar que como "proceso", el MERCOSUR se encuentra en permanente desarrollo. No obstante, también es dable señalar que, salvo determinadas excepciones, a partir del 31 de diciembre de 1999, el MERCOSUR constituye una zona de libre comercio<sup>(5)</sup> y que sin perjuicio de que hay una dinámica referente a compromisos que deben estructurarse, también es cierto que lo andado hasta el momento ha generado vínculos ciertos y en vigencia que implican compromisos exigibles por los Estados Partes.

105) Respecto a la libre circulación de servicios, no se ha puesto en cuestión la vigencia del Protocolo de Montevideo, que rige esta materia, así como tampoco el pleno vigor del mismo en cuanto a los servicios que resultaron afectados por los cortes de ruta (transporte, turismo, etc.) y cuyos efectos son analizados en este proceso. Por otra parte, no se considera del caso determinar la aplicabilidad a la cuestión en proceso del Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre (ATIT) en virtud de que su materia está ya alcanzada por el Protocolo de Montevideo, antes mencionado. Por último, tampoco resulta procedente analizar en forma específica, la libre circulación de personas en el ámbito del MERCOSUR en virtud de que, en forma indirecta, tal derecho resulta cubierto por las libertades de circulación antes tratadas.

106) El artículo 1º del Tratado de Asunción luego de expresar que los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, establece que este Mercado Común "... *implica: la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente*".

107) El Anexo I, art. 2 literal b) del Tratado de Asunción da una definición de carácter residual de las "restricciones" —como complementarias de los "gravámenes"— incluyendo en las mismas "*cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario*

---

<sup>4</sup> BASALDÚA, Ricardo X, "MERCOSUR y Derecho de la integración", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pág. 23.

<sup>5</sup> Así ha sido puesto de manifiesto en el § 85, punto vii del Laudo N° I sobre "Comunicados Nos. 37 y 7" del 28 de abril de 1999 y en el Laudo N° iv sobre "Aplicación de medidas anti-dumping", § 135 y § 138 del 21 de mayo de 2001.

*o de cualquier naturaleza, mediante el cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco...*". Cabe preguntarse si la definición citada ("*medida de cualquier naturaleza*"), alcanza a las medidas denunciadas. Estas normas requieren de ciertas precisiones.

108) En primer lugar, el verbo "implicar" mencionado en el encabezamiento del artículo 1º del Tratado de Asunción, que significa "contener" o "llevar dentro de sí", indica que la libre circulación allí mencionada constituye un objetivo esencial del acuerdo, a punto tal que no se puede concebir un Mercado Común sin ese requisito, a lo que cabe agregar el compromiso asumido en las restantes disposiciones del Tratado que promueven la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias que impidieran o dificultaran esta libre circulación.

109) En segundo lugar, que si bien el corte de rutas no constituiría una restricción no arancelaria en sentido estricto, pues esta última presupone un acto administrativo, no es necesario apelar a esa asimilación para considerarla como una restricción objetiva a la libre circulación, pues la mención que la norma hace de los derechos aduaneros, de las restricciones no arancelarias y de cualquier otra medida equivalente, se hace a un mero título ejemplificativo.

110) En tercer lugar, la circulación de bienes a la que allí se alude es la "económica", esto es que la mercadería permanezca o sea consumida, utilizada o industrializada en el espacio económico al que se la introduce<sup>(6)</sup> y si bien es un concepto que excede al de mero tránsito o traslado fronterizo, pues este último tiene un sentido espacial (geográfico o físico) aludiendo a la posibilidad de atravesar determinado espacio económico sin sufrir por ese mero hecho restricciones directas o indirectas, las barreras al tránsito implican barreras al comercio y, por ende a la libre circulación económica.

111) De la prueba producida por las Partes surge que las medidas denunciadas crearon —en el período considerado— dificultades significativas en los intercambios recíprocos, sobre todo a nivel de los agentes económicos, lo que se manifestó en la necesidad de buscar vías alternativas para el paso de frontera, generalmente, con aumento de las distancias a recorrer y el consiguiente incremento de costos. En algunos casos, servicios de transporte debieron ser suspendidos y, en otros, negocios vinculados con la actividad de tránsito por el puente Gral. San Martín, en forma primordial, sufrieron serias dificultades. En otras palabras, que los hechos relatados quebraron la libre circulación que el art.

<sup>6</sup> BASALDÚA, Ricardo X., obra citada, pág. 113.

1º del Tratado de Asunción considera presupuesto básico del compromiso entre los Estados Partes.

112) El Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ha tenido ocasión de conocer en profundidad a través de todo el material probatorio de alta calidad aportado al proceso el conjunto de repercusiones que los cortes de los puentes han producido sobre los flujos económicos mas generales que podrían haber sido afectados, así como la manera en que quedaron perturbadas las conductas de los operadores económicos, de los ciudadanos y de las entidades públicas de uno u otro país que se vieron obligados todos ellos a modificar sus decisiones y estrategias, cambiar sus modos de trabajo, asumir las diferencias en las cargas de actividad administrativa aduanera, redistribuir no solo los itinerarios sino también los medios de transporte utilizados etc.

113) El tiempo de los cortes; la arbitrariedad e imprevisibilidad de los mismos, las alternativas en la presentación y duración de su práctica han sido tan variables y del tal entidad que el Tribunal Arbitral *Ad Hoc* no puede dejar de valorar como infracción a lo establecido en el artículo 1 del Tratado de Asunción la efectividad de las restricciones resultantes de todo ello para la libertad de circulación de mercancías y servicios.

114) Así que cualesquiera que hayan sido las cifras aportadas, y los balances sectoriales y generales que han sido traídos como prueba ante el Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, lo cierto es que el ejercicio por los vecinos de Gualeguaychú de su derecho de protesta ha sobrepasado en sus efectos los límites del respeto que tanto ellos como los Estados, en este caso el Estado Argentino deben al cumplimiento de la norma que obliga a garantizar la libre circulación de bienes y servicios. Libre circulación que por la intermitencia, insistencia y continuidad de los cortes quedo sin efecto para quienes forzados por aquella situación extraña a la normalidad económica hubieron de cambiar sus decisiones como ciudadanos o como agentes económicos de MERCOSUR. Prestatarios y prestadores de servicios hubieron de revisar sus decisiones merced a un factor exógeno e ilícito, cambiando sus estrategias para prestar servicios turísticos o de transporte o para servirse de ellos; alterando los tiempos y formas de comprar o suministrar mercancías; corrigiendo la composición de los precios y los tiempos de entrega: en definitiva sintiendo alterado el marco de libertad de circulación de mercaderías y servicios que señala el Tratado de MERCOSUR y que para una inmensa cantidad de gente quedo por un tiempo sin efecto, en un volumen económico extraordinariamente significativo y generando una situación gravosa para todos aquellos que tenían que recomponer sus conductas como resultado de los hechos infractores que se estaban produciendo con los cortes en los puentes.

115) Y eso es así en todo caso aunque el balance final de intercambio de flujos económicos no lo explicita ni quizás pueda explicitarlo, teniendo en cuenta que las fluctuaciones fueron dispersas en los sectores, en los tiempos y en los protagonistas afectados; y en todo caso al ser imprevisibles, discontinuas, y no siempre registrables, la difícil medida de su valor en magnitudes monetarias no es un parámetro que alcance a desvirtuar la realidad de la libertad de circulación perturbada y de la infracción que tal cosa comporta.

116) No obstante, en el caso que nos ocupa, la conducta de obstruir la vía de comunicación ha sido desarrollada por particulares y no por el Estado mismo, y en principio, la responsabilidad del Estado no resulta comprometida por los actos de las personas privadas, sino sólo por los actos u omisiones de sus propios agentes<sup>(7)</sup>. No obstante, el Estado puede igualmente ser considerado responsable, ya no por el hecho ajeno, sino por el hecho propio, si omitiera la "conducta debida", esto es, por la "falta de diligencia" en prevenir o corregir actos de los particulares que puedan causar perjuicio a otro Estado<sup>(8)</sup>. En esta situación, "... no estamos ante una responsabilidad vicaria o indirecta sino frente a una responsabilidad por hecho propio"<sup>(9)</sup>.

117) No nos hallamos aquí ante una disposición normativa que prescriba en forma específica que en el caso que ciertos particulares obstaculizaran el paso internacional de vehículos, el Gobierno del Estado Parte correspondiente está obligado a prevenir o hacer cesar esos impedimentos. No obstante, no toda conducta debida surge diáfana de una prescripción normativa específica.

118) La "conducta debida" se deriva del compromiso que los Estados Partes asumen de mantener la libre circulación entre los Estados del MERCOSUR por ser consustancial con el objetivo perseguido, lo que implica la obligación de aplicar los "medios" para arribar a dicho objetivo aunque no se determinen cuales son las "medidas necesarias" para obtenerlo, lo que deja un amplio margen de posibilidades, entre las cuales el Estado obligado deberá elegir la que considere mas adecuada a las circunstancias.

---

<sup>7</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, en el "Manual de Derecho Internacional Público", editado por Max Sorensen, México, 1985, pág. 530.

<sup>8</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en la obra citada en la nota precedente, pág. 530.

<sup>9</sup> PASTOR RIDRUEJO, José A., "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales", Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 584. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al afirmar que las vías de hecho para que las personas o países miembros se hagan justicia por sí mismas no se encuentran permitidas y de ninguna manera pueden legitimar la adopción de medidas unilaterales (Sentencia N° 391 de 11 de septiembre de 1998, en Proceso 2.AI-97; cf. Sent. del TJCA de 24 de noviembre de 2000 en Procesos 15-AI-2000 y 16-AI-2000).

119) Como vemos, la "conducta debida" surgiría de la interpretación de una pauta general de conducta. La norma presenta una "textura abierta" del lenguaje legal<sup>(10)</sup> esto es, una regla formulada en abstracto de una manera muy general, que origina legítimas dudas acerca de las formas específicas de conducta exigidas por ellas. En estos casos se deja librada a la discrecionalidad del obligado el optar por el mejor medio para acceder al fin.

120) Dado que todo conflicto de derecho implica tener que arbitrar entre diferentes valores en pugna, el deber del gobernante que se enfrenta con ese dilema, consistirá en tomar las medidas apropiadas, aplicando el "debido cuidado" en la elección de la que fuere mejor, dadas las circunstancias y teniendo en consideración todos los valores en juego, de manera de perjudicar de la menor manera posible los intereses contrapuestos; esto es, que no implique un sacrificio demasiado grande para otros intereses respetables para lo cual deberán tomarse las precauciones que eviten daño sustancial<sup>(11)</sup>.

121) Si no hay criterio claro de las normas del MERCOSUR respecto de la conducta que en concreto se deba adoptar en las circunstancias que la realidad presenta, cabrá preguntarse si el Gobierno de la Parte Reclamada adoptó algún tipo de medidas para resguardar los compromisos asumidos en el seno de esa organización y, en tal caso, si los medios que se hubieran utilizado fueron adecuados a las circunstancias con el objetivo de obtener el fin propuesto y a la vez respetando los demás intereses en juego.

122) En relación con el planteo de la Parte reclamada que no se le puede exigir que para impedir las manifestaciones reprima a sus propios ciudadanos, el Tribunal considera que la cuestión no pasa por que se exijan al Estado Reclamado resultados sin reparar en los costos (tanto sociales como individuales) que ellos pudieran implicar, pues no se desconoce que se está afectando a ciudadanos de toda una comunidad que sostienen reclamos que, en sí mismos, no pueden ser calificados de injustos ya que, en su visión, se consideran amenazados con un futuro que implicaría una disminución en su calidad de vida; por lo que cabría detenerse y determinar si la Parte Reclamada ha acreditado en estos autos que le era imposible adoptar medidas mas eficaces, lo que no parece que haya sucedido.

123) La Parte Reclamada considera que las medidas que "impiden o dificultan" los intercambios deberían responder a una decisión positiva de un Estado Parte pero, como hemos dicho antes, la responsabilidad del Estado puede resultar comprometida por los actos de las personas privadas, si omite la "conducta debida" tendiente a prevenir que los

---

<sup>10</sup> HART, H. L. A., "El concepto de derecho", con traducción al español de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, 1995, pág. 157/159.

<sup>11</sup> HART, obra citada en la nota precedente, pág. 165.

mismos causen perjuicio a otro Estado, como es el caso de los cortes de rutas sin que el Estado Parte tome las medidas apropiadas para remover la referida actividad de obstrucción<sup>(12)</sup>.

## II-F. SOBRE LA REFERENCIA A LOS DERECHOS HUMANOS

124) La Parte demandada ha procurado refutar el cargo según el cual habría incurrido en omisión, en el caso, en virtud de que en reiteradas oportunidades sus autoridades —tanto nacionales como provinciales— trataron de disuadir a los manifestantes respecto a los cortes de rutas. Una acción más enérgica —agrega— no habría sido procedente sino a riesgo de violar Derechos Humanos en vigor cuando no, de provocar graves alteraciones del orden público.

125) Se ha puesto en cuestión la competencia jurisdiccional del Tribunal Arbitral para entender en una materia que involucra aspectos de los Derechos Humanos que, como tales, resultan ajenos a la normativa del MERCOSUR (exposición del representante de la Parte Reclamada en la audiencia de 10 de agosto de 2006).

126) Los integrantes del Tribunal pertenecen a países en los cuales se ha experimentado el avasallamiento de los denominados derechos humanos, que nuclean el plexo normativo que ampara los aspectos más íntimamente ligados con la dignidad del ser humano, por lo que el planteo no deja de serles de alta sensibilidad.

127) La Parte Reclamada invoca la imposibilidad de adoptar, frente a los cortes de rutas, medidas más enérgicas que las de disuasión por cuanto ello importaría tanto como desconocer derechos humanos como los de libertad de expresión, de reunión y de manifestación que revestirían en su derecho interno, rango constitucional, mientras que el derecho de integración sólo reviste rango legal. De tal manera, la Parte Reclamada parece reposar en que el contenido del compromiso internacional depende de las posibilidades jurídicas que le brinda el propio derecho interno argentino en materia de derechos humanos.

128) Aceptar que el cumplimiento de la obligación internacional asumida en el Tratado del MERCOSUR, consistente en mantener la libre circulación, dependa de las posibilidades del propio derecho interno, se contrapone con el principio de que los Estados no pueden eludir sus compromisos internacionales invocando normas de su derecho interno que surge del art. 27 de la Convención sobre el derecho de los Tratados de Viena de 1969.

---

<sup>12</sup> OPPENHEIM, L. *“Tratado de Derecho Internacional Público”*, Ed. Bosch, Barcelona - 1961, T. I Vol.I, ps. 387 y 388.

129) Al respecto cabe tener presente lo que dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 —tratado en vigor entre ambos Estados Partes— en cuanto establece que *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado ...”*. A este respecto se ha señalado que el “derecho interno” del artículo 27 incluye, entonces, no sólo a las leyes nacionales que pudieran estar en conflicto con un tratado internacional, sino a la Constitución misma<sup>(13)</sup>. La opinión expuesta es sustentada, asimismo, por decisiones jurisdiccionales en el ámbito internacional<sup>(14)</sup>.

Para justificar la conducta seguida, la Parte demandada invocó, asimismo, que toda otra acción del Estado —más allá de la disuasión— *hubiere implicado reacciones difíciles de controlar ... actos violentos por parte de los manifestantes ...*” (Respuesta de la Parte Reclamada, fs. 109). Sobre este punto el Tribunal advierte que dicho planteo se refiere a un supuesto que no encuentra respaldo en la prueba producida en el proceso.

130) La representación argentina sostiene que el gobierno de ese país ha procurado siempre evitar, en el ámbito de su política interna, la aplicación de medidas que pudieran ser interpretadas como atentatorias contra los derechos humanos en tanto represivas de las manifestaciones que incluyen cortes de vías de comunicación, salvo que ellas desembocaran en violencia. En tal sentido es ilustrativo el discurso pronunciado por el Presidente de esa Nación en el acto de la firma de Convenios para la construcción de viviendas en la Provincia de Buenos Aires, celebrado el 19 de abril de 2006 incorporado como prueba documental por la representación argentina (Anexo II.6 no desconocido por la contraparte).

131) De estas palabras se desprende que, pese a cierta actitud crítica, la tolerancia con los cortes parece haber constituido una política del Poder Ejecutivo argentino. A tenor de la contestación del reclamo presentado por Argentina en esta controversia, esa política encuentra su explicación y significado en el respeto al derecho de protesta que esa representación considera un derecho humano amparado por la Constitución Nacional argentina.

<sup>13</sup> BARBOZA, Julio, *“Derecho Internacional Público”*, Ed. Zavalía, Buenos Aires - 2004, p. 76; DE LA GUARDIA, Ernesto, *“Derecho de los Tratados Internacionales”*, Ed. Abaco, Buenos Aires - 1997, pág. 196 nota 11; PODESTA COSTA - RUDA, *“Derecho Internacional Público”*, Ed. TEA, Buenos Aires -1985, T. II, p. 112, para. 194.

<sup>14</sup> *“Tratamiento de los nacionales polacos en el territorio de Danzig”*, 1933, PCIJ Series A/B, N° 44, p. 4; cf. *“S.S. Wimbledon”*, 1923, PCIJ, Series A, N° 1; *“Comunidades greco-búlgaras”*, 1930, PCIJ, Series B, N° 17, p. 32; *“Zonas Francas y el Distrito de Gex”*, 1930, PCIJ, Series A N° 24, p. 12 y Series A/B, N° 46, p. 96/167; *“Caso de las Pesquerías”*, ICJ Reports, 1951, p. 116 a 137; *“Nottebohm”* - Objeción preliminar, ICJ Reports 1953, p. 111 a 123; *“Reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas”* ICJ Reports, 1949, p. 176 a 180; *“Elettronica Sicula” S.p.A. (ELSI)*, ICJ Reports, 1989, pág. 15.

132) En materia de acuerdos comerciales de cooperación y facilitación del comercio, el derecho internacional y el derecho interno así como las instituciones legales de uno y otro orden en materia de asuntos económicos (como es el caso del MERCOSUR) están inextricablemente entrelazados y no es posible entender el comportamiento de estos segmentos de derecho aislando unos de otros<sup>(15)</sup>.

133) No escapa a este tribunal que en materia de acuerdos multilaterales de facilitación del comercio y con especial referencia al régimen de la OMC, se ha sostenido que cabe apartarse de los compromisos asumidos por acuerdos multilaterales de comercio siempre que fueren invocados principios y valores aceptados por la comunidad internacional<sup>(16)</sup> y que en los casos en los que la armonización de los derechos en juego resulta sumamente dificultosa o imposible, es inevitable que deba optarse por resguardar en la mayor medida los intereses y valores de mayor jerarquía, pues los “bienes jurídicos” no son otra cosa que objetos valiosos susceptibles de clasificarse jerárquicamente prefiriendo los más valiosos respecto de los menos valiosos<sup>(17)</sup>. Pero el Tribunal considera que, aun cuando por vía de hipótesis nos halláramos ante ese caso, ello habilitaría algún grado de restricción pero nunca la anulación absoluta del valor que sea considerado menor, en aras de otro que sea juzgado de mayor jerarquía.

134) La restricción del tránsito que, como hemos visto, desemboca en una restricción a la libre circulación económica en los espacios integrados, puede llegar a ser tolerada siempre que fueran tomados los recaudos necesarios para aminorar los inconvenientes que causaren y que sea adoptado en períodos cortos que no entorpezcan ni causen daños graves o continuados, lo que no se ha dado en este caso en el cual los cortes se han dilatado por espacio de más de tres meses en plena temporada estival de vacaciones en que el turismo de ambos países sufren mas gravemente sus consecuencias.

135) El Artículo 75 inc. 22, segundo párrafo (parte pertinente), de la Constitución de la Nación Argentina especifica que las declaraciones y convenciones internacionales

---

<sup>15</sup> JACKSON, John, *“The World Trading System”*, Second Edition, The MIT Press, USA, Fourth printing, 2000, pág. 26.

<sup>16</sup> PÉREZ GABILONDO, José Luis, *“Manual sobre solución de controversias en la OMC”*, Buenos Aires, Editorial EDUNTREF, 2004, pág. 30/31.

<sup>17</sup> RECASSENS SICHES, Luis (*“Filosofía del Derecho”*), México, Editorial Porrúa, 2003, Capítulo Segundo, N° 8, pág. 63) expresa: *“Los valores presentan el espectáculo de guardar entre sí relaciones de rango o jerarquía. Hay especies de valores que valen más que otras clases - por ejemplo, los valores éticos valen más que los utilitarios - y además, dentro de cada familia de valores, también ocurre que unos valen más que otros, por ejemplo, vale más la pureza que la decencia, vale más la sublimidad que la gracia”*. En relación con la jerarquía de los valores, también GARCÍA MORENTE, Manuel *“Lecciones Preliminares de Filosofía”*, Editorial Losada, 1963, pág. 380; FRONDIZI, Risieri, *“¿Que son los valores?”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1958, Capítulo IV, § 6, pág. 94 y siguientes.

sobre derechos humanos que han sido firmados y aceptados por la República Argentina y que allí se indican tienen *jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*.

136) En relación con la afirmación de que estos instrumentos no derogan los derechos y garantías enumerados en la parte dogmática de la Ley Fundamental, se ha especificado que ha existido por parte de la Asamblea Constituyente un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna de la primera parte de la Constitución, por lo cual la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir<sup>(18)</sup>.

137) Ello supone, entonces, que los derechos legislados por tales tratados internacionales, junto a los demás enumerados por la Constitución Argentina (art. 14 y concordantes), no serían entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (arg. art. 33 Constitución de la Nación Argentina) y que son gozados por los habitantes de la Nación *"conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio"*, aunque tales leyes reglamentarias no pueden alterarlos (arg. art. 28 Constitución de la Nación Argentina). Esto es, *"la interpretación valorativa de la Constitución en orden a los derechos humanos contenidos en ella debe dar por supuesto que: a) esos derechos son, ontológicamente, limitados, porque son derechos "del hombre en sociedad"... b) esos derechos son relativos y, por ende, admiten limitaciones razonables a tenor de lo que en ese punto habilita la Constitución. Habrá de tenerse en cuenta al interpretar tales limitaciones que ellas no pueden exceder el margen de lo razonable, es decir, no pueden destruir o alterar el derecho limitado"*<sup>(19)</sup>.

138) En sentido concordante, los propios tratados internacionales generales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional reconocen la relatividad de los derechos subjetivos de cada uno, ante los derechos subjetivos de los demás, y la posibilidad de su limitación por razones de bienestar general. Así, el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Bogotá, 1948) especifica que *"el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos"* y que *"los derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre"*. Por ello se expresa en el art. XXVIII

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en autos *"Chocobar, Sixto"* del año 1996, (Fallos 319:3241).

<sup>19</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *"Teoría General de los Derechos Humanos"*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2006, pág. 407

de tal Declaración que “*los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático*”. Por su parte, el art. 29.2. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, especifica que “*en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática*”. Finalmente, el art. 32.2. del Pacto de San José de Costa Rica, expresa que “*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*”.

139) De ello cabe concluir que, ni aún en el derecho argentino el derecho a la protesta es absoluto y debe limitarse cuando afecta el derecho de los demás tal como lo expresa el art. 29 apartado 2 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” de 1948, el art. 32 apartado 2 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica), del 22 de enero de 1969<sup>(20)</sup> y, en especial respecto de la libertad de expresión, el art. 19 apartados 2 y 3 y artículo 21 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de las Naciones Unidas del 19 de diciembre de 1966, que son parte integrante de la Constitución de la Nación Argentina desde 1994 al haber sido incorporados en su art. 75 inciso 22.

## II-G. LA CONDUCTA DEBIDA ANTE LAS CIRCUNSTANCIAS EXISTENTES

140) El problema de juzgar cuestiones en las cuales están íntimamente entrelazadas instituciones del derecho nacional enraizadas con garantías constitucionales como lo son los derechos humanos y compromisos asumidos en pactos internacionales de capital importancia como lo es del de la integración económica de América del Sur radica en que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1º, apartado 1 del Protocolo de Olivos, el Tribunal Arbitral “Ad Hoc” debe limitar su examen a la interpretación, aplicación y cumplimiento de la normativa del MERCOSUR, corriendo el riesgo de exceder su competencia jurisdiccional si interpreta las leyes nacionales de uno de los Estados Partes, en especial los derechos constitucionales de que gozan los ciudadanos y el poder del Estado para manejar su política interna. Se trata de un ámbito de discrecionalidad, relacionado con las políticas que

---

<sup>20</sup>. Allí se expresa: “*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*”.

internamente se fija el Gobierno argentino, propios de su soberanía política y que el principio de no intervención resguarda de toda intromisión de un Estado extranjero.

141) En el caso que nos ocupa los obligados deberían hallarse ante la necesidad de adoptar medidas que dependen del derecho interno y en las cuales hay un importante uso de la discrecionalidad, que indican que la razonabilidad y la buena fe son elementos independientes del posible incumplimiento incurrido, pues la violación de una norma por un Estado Parte no necesariamente significa que éste haya actuado de mala fe<sup>(21)</sup>.

142) La buena fe debe presumirse y de la prueba acompañada no se desprende que Argentina haya promovido o alentado la actitud asumida por los vecinos. Más bien, la actitud de ellos fue la de llamar la atención del Gobierno argentino sobre el problema. No surge por lo tanto que haya existido en las autoridades argentinas la intención de impedir la libre circulación y burlar el compromiso del art. 1º del Tratado de Asunción, ya que la política de tolerancia adoptada por el gobierno argentino en relación con las manifestaciones de los vecinos de Gualeguaychú, parece no diferir de la adoptada en relación con los demás conflictos que hubo en las ciudades o rutas del interior de Argentina. Ello hace concluir a este tribunal que no ha habido en el Gobierno argentino intencionalidad discriminatoria para perjudicar el tráfico comercial con Uruguay.

143) Por otra parte, si bien los cortes de ruta producidos por la población y la actitud permisiva del Gobierno argentino produjeron innegables inconvenientes, los mismos afectaron tanto al comercio uruguayo como al argentino, ya que los manifestantes que protagonizaron los cortes de ruta no hicieron diferencias de tratamiento entre la mercadería de origen uruguayo o de origen argentino ni tampoco entre las importaciones o las exportaciones de uno u otro país.

144) Así las cosas, este Tribunal considera que el Gobierno argentino pudo haber tenido razones para creer que actuó dentro de la legalidad al ser tolerante con las manifestaciones de los vecinos que cortaron las rutas en cuestión, por considerar que violentar la actividad de los mismos podía implicar cercenarles derechos fundamentales y porque esos reclamos eran juzgados atendibles en razón de la creencia (cierta o errónea, aun no lo sabemos pues ello dependerá de las conclusiones a que se arribe con el tiempo) de que las

---

<sup>21</sup> Cuarto Laudo del tribunal "ad hoc" del MERCOSUR sobre dumping de pollos (21/05/01) en donde el Tribunal dijo que la violación de una norma por un Estado Parte no significa necesariamente que haya actuado de mala fe. Con posterioridad, este criterio fue consagrado en la decisión del Órgano de Apelación de la OMC que entendió en "*United States - Continued dumping and Subsidy FOCET Act of 2000 [US-Offset Act (Byrd Amendment )*", WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptada el 27 de enero de 2003, párrafo 297.

obras cuestionadas en el territorio uruguayo generarán en el territorio argentino una repercusión negativa para su calidad de vida y para el futuro económico de la zona.

145) No obstante, en el singular caso que nos ocupa, los hechos han tenido efectos que trascienden las fronteras y afectan la libre circulación entre los Estados Partes del MERCOSUR; esto es, un bien jurídico que Argentina se ha comprometido a respetar.

146) Sin embargo y pese a la “buena fe” que pudiera haber inspirado el punto de vista de la Parte Reclamada, la elección de la “conducta debida” no depende del propósito de la parte, por bien intencionado que el mismo fuera, sino de la efectividad de las medidas adoptadas para obtener el resultado requerido, cumpliendo con los compromisos asumidos internacionalmente.

147) Como ya se ha expresado precedentemente, la base de la responsabilidad del Estado por los hechos antijurídicos de los particulares que residen en el territorio sometido a su jurisdicción no radica en una presunta complicidad con ellos, sino solamente en el hecho de que el Estado ha dejado de cumplir con sus obligaciones internacionales de impedir que dicho acto lesivo se pueda producir<sup>(22)</sup>.

148) Los Estados, desde que son reconocidos como tales por el derecho internacional público, tienen el monopolio de la coacción para hacer cumplir, con la persuasión que ese poder implica, los deberes que prescriben tanto sus ordenamientos jurídicos internos como los que surgen de los tratados internacionales que celebran y que el manejo de ese poder puede ser ejercido sin necesidad de incurrir en represiones cruentas, bastando con ser categórico en el respeto de determinados cronogramas de las manifestaciones de protesta, la delimitación de los espacios físicos afectados a ese fin, con el objeto de equilibrar los intereses contrapuestos en juego para hacerlos compatibles con el compromiso internacional asumido por los países en uno de los más importantes emprendimientos de grandeza que se han dado en construir los países de América del Sur y que este Tribunal tiene la misión de defender.

149) En ese contexto, no parece compatible con el sistema del MERCOSUR que una interrupción del tráfico en el puente fluvial por el cual pasa el mayor tráfico terrestre en el comercio entre Argentina y Uruguay tenga una duración que superó los dos meses sin solución de continuidad y que, luego de un cese de dos semanas, volvió a interrumpirse otra vez, por más de un mes, sin que la actitud del Gobierno argentino ante esta reiteración haya tomado medidas que impidieran la repetición de esos hechos.

<sup>22</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, en la obra colectiva *“Manual de Derecho Internacional Público”*, coordinada y editada por Max Sorensen, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.14, pág. 530.

150) El Tribunal considera que no son asimilables a este caso ninguno de los precedentes de la Corte de Justicia Europea invocados en el Reclamo y en la Respuesta. No sólo por la diferencia cualitativa que tiene el derecho comunitario europeo, de claro carácter supranacional respecto del derecho del MERCOSUR que es índole interestatal y por el hecho de que la normativa aplicable es diferente de la que rige en nuestro caso, sino también por razón de la peculiaridad de los casos.

151) En el caso de la sentencia del 9 de diciembre de 1997 recaída en el caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa s/ libre circulación de las mercaderías" (Asunto C-265/95) se trataba de la obstrucción de particulares a la circulación de vehículos por el territorio francés provenientes de otro país de la Comunidad, pero en el mismo el móvil que guiaba a los particulares que protagonizaron el hecho era netamente discriminatorio contra el ingreso de la mercadería de otro de los países. A ello debe añadirse que se produjeron hechos de violencia sobre los conductores y la carga, que no han existido en el caso que nos ocupa.

152) El caso de la sentencia del 12 de junio de 2003 recaída en el caso "Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzugue contra la República de Austria" (Asunto C-112/00), se trataba de un corte, en Austria, de la ruta que une el tráfico entre Alemania e Italia. Pero a diferencia del caso en análisis, se trataba de una demanda de daños y perjuicios entablada directamente por el particular y no un reclamo declarativo de incumplimiento de un Estado contra otro Estado, a lo que cabe añadir que el período de interrupción del tráfico fue de tan sólo 28 horas y no de tres meses como el que nos ocupa, se produjo en una sola oportunidad y se trató de cortes previamente anunciados y autorizados por la autoridad con hora de inicio y de culminación.

153) Cada Estado soberano tiene pleno autogobierno, regula independiente y libremente su forma de Estado y de Gobierno, su organización interior y el comportamiento de sus miembros, su política interior y exterior<sup>(23)</sup>, y los demás Estados no pueden inmiscuirse en las medidas concretas que aquél adopte en el orden interno para cumplir con sus compromisos internacionales. La contrapartida de ese derecho es el deber de la "diligencia

---

<sup>23</sup> VERDROSS, Alfred, *"Derecho Internacional Público"*, Madrid, Aguilar, 1969, traducción de Antonio Truyol y Serra, Capítulo X-II-A, pág. 135. En igual sentido OPPENHEIM, L. *"Tratado de Derecho Internacional Público"*, Barcelona, Editorial Bosch, traducción al español de López Olivan y Castro Rial, 1961. Tomo I, Volumen 1 (Paz), § 124, págs. 305/306; ROUSSEAU, Charles *"Derecho Internacional Público"*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1960, traducción de Fernando Gimenez Artigues, § 96-b, pág. 87; NKAMBO MUGERWA, Meter James, en la obra colectiva *"Manual de Derecho Internacional Público"*, coordinada y editada por Max Sorensen, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, § 5.03, pág. 264.

debida” en la prevención de los hechos de esos individuos<sup>(24)</sup> que es impuesta por el derecho internacional, exigiendo determinados resultados<sup>(25)</sup> con prescindencia de indicar los medios que deba utilizar para obtenerlos, sin obligar a alcanzarlos de una específica manera o a través de un cierto órgano. En este sentido cabe puntualizar que cada Estado conserva su libertad para elegir los medios de ejecución que considere convenientes, de acuerdo con sus tradiciones y con los principios fundamentales de su organización política<sup>(26)</sup>.

154) El Tribunal más que juzgar si un Gobierno pudo haber tenido razones atendibles para considerar que actuaba razonablemente bien, debe considerar hasta que punto fue acertada la conducta efectivamente llevada a cabo en relación a todos los valores en juego, entre los cuales no sólo deben tenerse en cuenta los derechos y legítimas afecciones de los ciudadanos de las fronteras amenazadas, sino también las restricciones que la actitud de ellos generó en los derechos y libertades de los operadores económicos que sustentan su actividad vital en la confianza de un orden público efectivo que garantice la eficacia de los compromisos asumidos por todos los Estados Partes del MERCOSUR.

155) Por otro lado el intérprete no debe manejar las normas jurídicas en un estado de indiferencia por los resultados. Legitimar los cortes de ruta implicaría, por una parte, despojar al Tratado de Asunción de una parte esencial de su razón de ser y, por la otra, alentar la reiteración de estos hechos por cuestiones que no siempre tendrán la relevancia de la presente, creando un estado de imprevisibilidad que desembocará en inseguridad jurídica y sentando un precedente contraproducente de cara al desarrollo futuro del MERCOSUR.

## II-H. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FEDERAL POR LAS OMISIONES DE LOS GOBIERNOS PROVINCIALES

156) La Parte Reclamada también ha expresado que *“la policía de seguridad, en el territorio de las provincias, corresponde a las provincias”*, razón por la cual no correspondería

---

<sup>24</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, en la obra colectiva *“Manual de derecho Internacional Público”*, coordinada y editada por Max Sorensen, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, § 9.14, pág. 531; ROUSSEAU, Charles, *“Derecho Internacional Público”*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1960, traducción de Fernando Gimenez Artigues, § 471, pág. 368; OPPENHEIM, L., *“Tratado de Derecho Internacional Público”*, Barcelona, Editorial Bosch, traducción al español de López Olivan y Castro Rial, 1961. Tomo I, Volumen 2 (Paz), § 164, pág. 387.

<sup>25</sup> VERDROSS, Alfred *“Derecho Internacional Público”*, Madrid, Aguilar, 1969, traducción de Antonio Truyol y Serra, Capítulo VIII-B, pág. 75.

<sup>26</sup> REUTER, Paul, *“Introducción al Derecho de los Tratados”*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1999, §45, pág. 35.

exigirle al Estado Federal lo que no está en el ámbito de sus competencias (respuesta, fs. 99). Sin embargo, por aplicación de los principios generales del derecho internacional específicamente mencionados en el protocolo de Olivos como base normativa de los tribunales “Ad Hoc” a los fines de dictar sus pronunciamientos, debe considerarse hecho del Estado, el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado<sup>(27)</sup>.

## II-I. LA ACTITUD DE LOS VECINOS DE GUALEGUAYCHÚ

157) Como hemos visto, el hecho de que en la costa uruguaya no cesaran las construcciones que la población de la costa argentina considera agresivas del medio ambiente y que ello no fuera impedido por el Gobierno uruguayo, motivó una actitud de protesta por parte de los vecinos de la ribera argentina que, con el tiempo derivaron en los cortes de ruta reseñados precedentemente y que motivaran la controversia que se ventila ahora en este tribunal. La amenaza de un daño que dicha población percibe como cierto e inminente y la inicial falta de atención que atribuían a de ambos gobiernos ante sus peticiones, hace comprensible que en forma organizada, dicha población adoptara actitudes ostensibles en aras de divulgar, a través de manifestaciones de alto impacto en los medios de comunicación masiva, los argumentos en defensa de sus legítimos derechos.

158) No obstante, dichas manifestaciones fueron perdiendo su legitimidad originaria en la medida en que a través de las vías de hecho adoptadas, fueron acumulando agresiones al derecho de otras personas que se vieron finalmente imposibilitadas de transitar y ejercer el comercio a través de las rutas internacionales en virtud del corte de las mismas, sin previsibilidad ni límite temporal preciso, por períodos desproporcionadamente extensos y durante la época de mayor intercambio comercial y turístico entre ambos países, tal como hemos visto precedentemente. Ello implicó una restricción fáctica al intercambio comercial de Argentina y otros países que comercian con Uruguay a través del paso de mayor importancia entre ambos países.

---

<sup>27</sup> La Comisión de Reclamaciones entre Francia y Méjico afirmó que la responsabilidad internacional “... no puede ser denegada, ni aún en los casos en los cuales la Constitución Federal niega al gobierno central el derecho de control sobre sus Estados miembros o el derecho de requerirles conformarse en su conducta con las normas de derecho internacional” (Asunto *Pellat*, UNRRRIA, 1929, vol. V, ps. 534 a 536). También se ha expresado que “el Estado Federal no se puede refugiar en su Constitución, que organiza la autonomía de sus elementos componentes, para librarse de su responsabilidad internacional...”: QUOC DINH - DAILLIER - PELLET, “*Droit International Public*”, Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1992, p. 727. En igual sentido, el documento elaborado por la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados; art. 4 parágrafo 1.

159) Los comprensibles sentimientos de la población que se manifestaba de esa manera en la costa argentina no pueden, pese a ello, ser justificables en la medida en que, tal como lo expresaran los tribunales “ad hoc” del MERCOSUR en el Laudo VIII sobre la aplicación de impuesto IMESI a la comercialización de cigarrillos y en el Laudo IX sobre subvenciones a la Lana, en el derecho del MERCOSUR ante el presunto incumplimiento de los compromisos de uno de los Estados Partes no se justifica el incumplimiento de los compromisos por parte del otro.

160) En una sociedad civilizada los conflictos deben encauzarse a través de medios pacíficos para su solución y no a través de vías de hecho. Así es como sucedió, aunque con un desfase temporal que generó los desbordes de los vecinos de la costa argentina, al canalizarse ese conflicto a través de las vías institucionales correspondientes mediante la demanda entablada por la República Argentina contra la República Oriental del Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya por la invocada violación al Estatuto del río Uruguay.

161) Dicho conflicto reconoce una normativa que reviste carácter bilateral cuyo objeto excede a la materia de integración económica propiamente dicha, razón por la cual se ventila ante otra jurisdicción. El que tenemos entre manos, en cambio se refiere a la interrupción del tránsito por los puentes sobre el río Uruguay con las consecuente barrera de hecho a la libre circulación económica que compromete el cumplimiento de los objetivos asumidos en el ámbito del Tratado del MERCOSUR y, en segundo lugar, genera distorsiones en el comercio de Uruguay no solamente con Argentina sino también con otros países miembros y no miembros del MERCOSUR con los cuales dicho país comercia a través del tránsito terrestre por territorio aduanero argentino, razones ambas por las cuales la jurisdicción aplicable es la de este tribunal.

## II-J. LA RELEVANCIA DE LOS PERJUICIOS

162) La Parte Reclamante ha expresado que no pretende un reclamo resarcitorio en estas actuaciones, sin perjuicio de hacer reserva de plantearlo ante el ámbito jurisdiccional pertinente, pese a lo cual, gran parte de la prueba producida en estas actuaciones se refirió a los perjuicios ocasionados por los cortes de ruta.

163) El sistema de solución de controversias del MERCOSUR, que se ha inspirado en los regímenes imperantes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA en sus siglas de idioma inglés) y en el Entendimiento de Solución de

Diferencias de la OMC, privilegia la remoción de las barreras comerciales al comercio mas que a la imposición de una segunda barrera al comercio consistente en retorsiones<sup>(28)</sup>.

164) De tal manera la obligación de reparar debe ser interpretada en un sentido prospectivo, pues se procura remover la inconsistencia de la medida ilegal y limitar el daño hacia el futuro<sup>(29)</sup>, a punto que sólo se prevén compensaciones en el caso en que la decisión recaída en la solución de controversias no es acatada dentro de un plazo prudencial<sup>(30)</sup>, tal como se desprende, en el caso del MERCOSUR, del art. 31 del Protocolo de Olivos.

165) La comprobación de que una medida nacional ha violado el derecho del MERCOSUR no entraña más que una obligación de adecuarse a ese derecho. Las normas del MERCOSUR no obligan a una parte incumplidora a reparar el eventual daño causado por su medida ilícita<sup>(31)</sup>.

166) Consecuentemente la prueba referida a los daños generados como consecuencia de los cortes de ruta deben ser considerados como la medida de la existencia de la infracción misma que se denuncia, así como de la demostración de un interés jurídicamente protegido que legitima activamente a la Parte Reclamante ante estos estrados. De lo contrario la violación podría ser inocua y una contienda de estas características en ese escenario transgrediría el principio de que se requiere interés para impulsar las acciones.

### **I-K. EL PEDIDO DE QUE SE CONDENE A LA PARTE RECLAMADA A ADOPTAR LAS MEDIDAS APROPIADAS PARA PREVENIR O HACER CESAR LA POSIBLE REITERACIÓN FUTURA DE HECHOS SIMILARES**

167) La Parte Reclamante sostiene que las acciones de los particulares y la inacción argentina son incompatibles con los compromisos asumidos por Argentina en el seno del MERCOSUR y solicita que la Reclamada ofrezca garantías adecuadas de no repetición de las circunstancias pasadas.

---

<sup>28</sup> LOWENFELD, Andreas *"Internacional Economic Law"*, Oxford University Press, 2003, pág. 156, citando a John Jackson); ALONSO GARCÍA, Ricardo, *"Tratado de Libre Comercio, MERCOSUR y Comunidad Europea - Solución de Controversias e interpretación uniforme"*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, pág. 63, citando a BLOCH, R. en *"Aportes para la resolución de conflictos en el MERCOSUR"*, Revista Comercio Exterior, 1995, pág. 25.

<sup>29</sup> Ello se advierte con claridad en los arts. 19.1 y 22 del Entendimiento de Solución de Diferencias de Marrakech de 1994.

<sup>30</sup> PEREZ GABILONDO, José Luis, *"Manual sobre Solución de Controversias en la OMC"*, Buenos Aires, 2004, págs. 232 y 233.

<sup>31</sup> LUFFE, David, *"Le droit de L'Organisation Mondiale du Commerce - Analyse Critique"*, Bruylent, LGDJ, Bruselas, 2004, pág. 925.

168) La determinación de una conducta futura a la cual debería someterse uno de los Estados contendientes implicaría que el Tribunal se arrogara facultades legiferantes y tropiezo con inconveniente que en tal caso dicha obligación vincularía a una sola de las partes y no a los restantes miembros del MERCOSUR, lo que atentaría contra el principio de igualdad y reciprocidad que impera en el Tratado de Asunción.

169) Sin perjuicio de lo expresado precedentemente y en relación con el pedido de garantías futuras, el establecimiento de reglas claras a las cuales deben atenerse los países a partir del pronunciamiento que recae en esas actuaciones, y de las cuales han carecido hasta el momento ya que este tipo de circunstancias no se encuentran reglamentados en el ámbito del MERCOSUR, determinarán con claridad los límites entre lo permitido y lo prohibido, por lo que no cabe esperar la reiteración de este tipo de conflictos.

### III.

## CONCLUSIONES

170) La modificación terminológica realizada por la Parte Reclamante, consistente en haber sustituido la denominación formulada al comienzo de la etapa de negociaciones de *“impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes”*, por la de *“omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación”*, utilizada poco antes de iniciarse el procedimiento arbitral careció de virtualidad para afectar el derecho de defensa de la Parte Reclamada.

171) La decisión del Tribunal de establecer su sede en la ciudad de Montevideo, además de basarse en el legítimo ejercicio de una facultad expresamente conferida por el artículo 38 última parte del Protocolo de Olivos, se fundó en la razón práctica del apoyo administrativo que en ese lugar le brinda la Secretaría del MERCOSUR. Cabe recordar que es una decisión que se ha venido reiterando en sucesivas integraciones de los Tribunales “Ad Hoc” de MERCOSUR en el pasado, cualesquiera que fueran las partes en conflicto y que, desde luego, no ha aparejado menoscabo para la independencia del Tribunal ni de ninguno de sus miembros, ni tampoco ha otorgado ventaja alguna a la Parte Reclamante.

172) El Tribunal Arbitral "Ad Hoc" ha de descartar que nos hallemos ante una cuestión abstracta. Si bien los cortes de ruta protagonizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay habían cesado ya al momento del primer escrito de la Parte Reclamante, lo cierto es que no se puede considerar abandonada la actitud permisiva exteriorizada por la Parte Reclamada, pese al pedido de la Parte Reclamante para que hiciera restablecer las vías de comunicación. El carácter repetido y continuado de la actitud de condescendencia de la Parte Reclamada conforma un "standard" de comportamiento ante el problema, que deja abierta la expectativa de que pudiera repetirse en el futuro si se dieran las mismas o parecidas circunstancias.

173) Este Tribunal "Ad Hoc" pone de manifiesto su comprensión en cuanto al sentimiento de alarma y consecuente protesta de los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay. Ellos procuraron llamar la atención sobre unas construcciones potencialmente dañinas, y no alcanzaron reacciones categóricas de ninguno de los Gobiernos, argentino y uruguayo, a los que se dirigieron. No le es posible a este tribunal entrar a considerar la solución que el derecho deba dar a las mencionadas preocupaciones y aspiraciones.

174) No obstante, las manifestaciones basadas en los comprensibles sentimientos de la población que se manifestaba de esa manera, fueron perdiendo su legitimidad originaria en la medida en que a través de las vías de hecho adoptadas, fueron acumulando agresiones al derecho de otras personas que se vieron finalmente imposibilitadas de transitar y ejercer el comercio a través de las rutas internacionales en virtud del corte de las mismas, sin previsibilidad ni límite temporal preciso, por períodos desproporcionadamente extensos y durante la época de mayor intercambio comercial y turístico entre ambos países, pues en una sociedad civilizada los conflictos deben encauzarse a través de medios pacíficos para su solución y no a través de vías de hecho.

175) Sin perjuicio que la conducta de obstruir las vías de comunicación fue desplegada por particulares, la Parte Reclamada no deja por ello de ser responsable por hecho propio en la medida en que ha omitido su deber de adoptar las medidas apropiadas para prevenir o corregir los actos de los particulares sometidos a su jurisdicción que causaren perjuicio a otro Estado Miembro del MERCOSUR en transgresión a las normas de su tratado constitutivo.

176) La "conducta debida" por la Parte Reclamada ante estos hechos, surge del compromiso de asegurar y mantener la libre circulación en el ámbito del MERCOSUR, lo que implica la obligación de aplicar los medios necesarios para el logro de dicho objetivo.

177) Aceptar que el cumplimiento de la obligación internacional asumida en el Tratado del MERCOSUR, consistente en mantener la libre circulación, dependa de las

posibilidades del propio derecho interno, se contrapone con el principio de que los Estados no pueden eludir sus compromisos internacionales invocando normas de su derecho interno que surge del art. 27 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969, reglas que de conformidad con lo dispuesto en el art. 34 del Protocolo de Olivos, es derecho aplicable por los tribunales arbitrales del MERCOSUR.

178) La política de tolerancia del Gobierno de la Parte Reclamada en relación con los cortes de ruta protagonizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay cuyas consecuencias son objeto de esta controversia, encontraría su explicación y significado, según lo expresa la Parte Reclamada en su escrito de respuesta, en los derechos humanos, especialmente los de expresión y reunión, amparados por la Constitución Argentina, la cual incorpora en su articulado diversos Tratados Internacionales que los consagran. No obstante, tanto la Constitución de la Nación Argentina como los propios Tratados Internacionales invocados reconocen que esos derechos no son absolutos y que su ejercicio es susceptible de limitaciones en cuanto afectare los derechos subjetivos de los demás, pues el mismo no puede exceder el margen de lo razonable, destruyendo o alterando el derecho de otros integrantes de la sociedad.

179) La restricción del tránsito que, en este caso, desemboca en una restricción a la libre circulación económica en los espacios integrados, puede llegar a ser tolerada siempre que fueran tomados los recaudos necesarios para aminorar los inconvenientes que causaren, de manera que no impliquen un sacrificio demasiado grande para otros intereses respetables; lo que no ha sucedido en este caso, ya que los cortes, además de repetirse en diversas formas e intensidades, se han dilatado por espacio de más de tres meses en un período del año de máxima actividad comercial y turística.

180) Este tribunal concluye que no ha habido en el Gobierno argentino intencionalidad discriminatoria para perjudicar el tráfico comercial con Uruguay. La buena fe debe presumirse y de la prueba acompañada no se desprende que el Gobierno de la Parte Reclamada haya promovido o alentado la actitud asumida por los vecinos.

181) El Gobierno de la Parte Reclamada pudo haber tenido razones para creer que actuó dentro de la legalidad al ser tolerante con las manifestaciones de los vecinos que cortaron las rutas en cuestión, por considerar que violentar la actividad de los mismos podía implicar cercenarles derechos fundamentales y porque esos reclamos eran juzgados atendibles en razón de la creencia (cierta o errónea) de que las obras cuestionadas en el territorio uruguayo generarán en la ciudadanía asentada en el territorio argentino una repercusión negativa para su calidad de vida y para el futuro económico de la zona.

182) Pese a la “buena fe” que pudiera haber inspirado el punto de vista de la Parte Reclamada, la elección de la “conducta debida” no depende del propósito de la parte, por bien intencionado que el mismo fuera, sino de la efectividad de las medidas adoptadas para obtener el resultado requerido, cumpliendo con los compromisos asumidos internacionalmente.

183) Los cortes de ruta producidos por la población y la actitud permisiva del Gobierno argentino produjeron innegables inconvenientes que afectaron tanto al comercio uruguayo como al argentino, ya que los manifestantes que protagonizaron los cortes de ruta no hicieron diferencias de tratamiento entre la mercadería de origen uruguayo o de origen argentino ni tampoco entre las importaciones o las exportaciones de uno u otro país.

184) El Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” en las etapas probatorias ha tenido ocasión de conocer las repercusiones que los cortes de los puentes han producido sobre los flujos económicos mas generales que podrían haber sido afectados, así como la manera en que quedaron perturbadas las conductas de los operadores económicos, de los ciudadanos y de las entidades públicas de uno u otro país que se vieron obligados a modificar sus decisiones y estrategias, cambiar sus modos de trabajo, asumir las diferencias en las cargas de actividad administrativa aduanera y redistribuir, no sólo los itinerarios sino también los medios de transporte utilizados, con los correspondientes sobrecostos.

185) Cada Estado soberano tiene pleno autogobierno, regula independiente y libremente su forma de Estado y de Gobierno, su organización interior y el comportamiento de sus miembros, su política interior y exterior, y los demás Estados no pueden inmiscuirse en las medidas concretas que aquél adopte en el orden interno para cumplir con sus compromisos internacionales. La contrapartida de ese derecho es el deber de la “diligencia debida” en la prevención de los hechos de los particulares sujetos a su jurisdicción, que es impuesta por el derecho internacional exigiendo determinados resultados con prescindencia de indicar los medios que deba utilizar para obtenerlos.

186) El intérprete no debe manejar las normas jurídicas en un estado de indiferencia por los resultados. Legitimar cortes de ruta como los que aquí se han puesto de manifiesto, implicaría despojar al Tratado de Asunción de una parte esencial de su razón de ser y alentar la reiteración de estos hechos por cuestiones que no siempre tendrán la relevancia de la presente, creando un estado de imprevisibilidad que desembocará en inseguridad jurídica y sentando un precedente contraproducente para el desarrollo futuro del MERCOSUR.

187) Debe considerarse hecho del Estado, el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado, por lo que el Estado Federal de la Parte Reclamada responde aun por las acciones u omisiones de los Gobiernos Provinciales que pudieran implicar incumplimientos de las obligaciones internacionales asumidas por ese país.

188) El sistema de solución de controversias del MERCOSUR, privilegia la remoción de las barreras comerciales al comercio más que a la imposición de una segunda barrera al comercio por vía de retorsiones. De tal manera, la obligación de reparar debe ser interpretada en un sentido prospectivo, procurando remover los obstáculos y las dificultades y superar los fracasos ocasionales, como es el presente, limitando el daño hacia el futuro. Por eso sólo se prevén compensaciones en el caso en que la decisión recaída en la solución de controversias no es acatada dentro de un plazo prudencial.

189) La comprobación de que una medida nacional ha violado el derecho del MERCOSUR no entraña más que una obligación de adecuarse a ese derecho. Las normas del MERCOSUR no obligan a una parte incumplidora a reparar el eventual daño causado por su medida ilícita.

190) La prueba referida a los daños generados como consecuencia de los cortes de ruta deben ser considerados, en el presente supuesto, como la medida de la existencia de la infracción misma que se denuncia, así como de la demostración de un interés jurídicamente protegido que legítima activamente a la Parte Reclamante ante estos estrados.

191) Ante las petición de que el Tribunal arbitral “*Ad Hoc*” proceda a determinar una conducta futura a la que debería someterse la Parte Reclamada, el tribunal entiende improcedente arrogarse facultades legiferantes con vista a regular las conductas futuras de los Estados Partes; con el inconveniente insuperable de que, en tal caso, una obligación así creada vincularía a una sola de las Partes y no a los restantes miembros del MERCOSUR, lo que atentaría contra el principio de igualdad y reciprocidad que impera en el Tratado de Asunción.

192) El establecimiento de reglas claras a las cuales deben atenerse los países a partir del pronunciamiento que recae en esas actuaciones, determinará con nitidez los límites entre lo permitido y lo prohibido, por lo que no cabe esperar la reiteración de este tipo de conflictos.

193) El Tribunal Arbitral no ha encontrado mérito para modificar el sistema de atribución de costas establecido en el art. 36, primer párrafo, del Protocolo de Olivos,

destacando que ambas Partes han defendido con vigor y lealtad sus respectivas posiciones procesales.

## IV. DECISIÓN

Por todo lo expuesto y de conformidad con el Protocolo de Olivos, su reglamentación y las normas y principios aplicables, este Tribunal *Ad Hoc* constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay sobre "omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay", y de acuerdo con los fundamentos que constan en los considerandos precedentes, el Tribunal por unanimidad **DECIDE**:

**PRIMERO:** Que tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada.

**SEGUNDO:** Que, acogiendo parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, declara que la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso corregir los cortes de las rutas que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, realizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay y que han sido reseñados en los parágrafos 90, 91 y 92 de los considerandos de este laudo, no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países.

**TERCERO:** Que, desestimando parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, se declara que, en atención a las circunstancias del caso, no resulta procedente en derecho que este Tribunal *Ad Hoc* adopte o promueva determinaciones sobre conductas futuras de la Parte Reclamada.

**CUARTO:** Conforme a lo establecido en el parágrafo 193 de los fundamentos de este laudo, no se hace salvedad alguna en cuanto a la imposición de costas, por lo que se

estará a este respecto a cuanto prescribe el art. 36, primer párrafo, del Protocolo de Olivos. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría del MERCOSUR dentro del plazo improrrogable de treinta (30) días contados desde la notificación.

**QUINTO:** Las actuaciones de la presente instancia arbitral serán archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

Dr. Luis MARTÍ MINGARRO

Árbitro Presidente

Dr. Enrique C. BARREIRA

Árbitro

Dr. José María GAMIO

Árbitro

# **INFORMACIÓN**

---





# **Reglamento de la Revista de Derecho**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY**



1. **Objetivo.** La *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* es una publicación arbitrada anual, sin perjuicio de los números especiales que resuelva editar el Consejo de Redacción.
2. **Estructura.** La *Revista* se compone de tres secciones: a) una permanente de trabajos doctrinales inéditos arbitrados; b) otra de reseñas; y c) una tercera no permanente y variable en la que el Consejo de Redacción podrá disponer la inclusión de jurisprudencia o documentos de interés académico.
3. **Recepción de artículos.** Los artículos serán recibidos dentro de los plazos que establezca anualmente el Consejo de Redacción por la Secretaria de Redacción de la *Revista*, y deberán atenerse a las siguientes pautas:
  - 3.1. Serán entregados en medio magnético y una copia impresa. La copia impresa debe estar a doble espacio, en papel formato A4 y letra tamaño 12. En caso de nota de jurisprudencia, junto con el artículo deberá presentarse la sentencia comentada.
  - 3.2. Las notas de jurisprudencia no podrán exceder en su extensión las treinta (30) páginas.
  - 3.3. Los artículos en su presentación deben incluir: a) un resumen (*abstract*) en el idioma original del trabajo con una extensión máxima de 20 y mínima de 8 líneas; b) un sumario del trabajo, y c) en la parte final del artículo se deben referenciar las obras consultadas en orden alfabético, según el primer apellido del autor, teniendo en cuenta los datos para la presentación de citas bibliográficas.
  - 3.4. Al pie de página de la primera hoja (con asterisco) se debe indicar la institución a la cual pertenece el autor y sus grados académicos.

3.5. Las citas de libros deben presentarse de la manera siguiente:

- Apellidos del autor en letras versalitas (“versales”).
- Título de la obra en cursiva.
- Volumen o tomo.
- Editorial.
- Lugar y fecha de publicación.
- Número de página de la cita o de la primera y última página del trabajo consultado.

Si se trata de un artículo de una publicación periódica o colectiva, el título irá entre comillas y el título de la revista o publicación periódica o colectiva en cursiva.

- Ejemplos:
  - A) RODRÍGUEZ PEÑA, María, *El Pacto de San José de Costa Rica*, editorial..., ciudad..., año..., pág....
  - B) RODRÍGUEZ PEÑA, María, “El Pacto de San José de Costa Rica”, en *Revista...*, número..., editorial..., ciudad..., fecha..., pág....

3.6. Las referencias de las citas se consignarán a pie de página y su enumeración será continua.

4. **Evaluación de los artículos.** Conforme a la resolución del Consejo de Facultad de marzo 2005, se establece un régimen objetivo de evaluación de trabajos como requisito imprescindible para la publicación de todo artículo académico.
5. **Calidad de evaluador.** Sólo podrán ser evaluadores aquellos docentes que tengan el grado de Profesores Titulares en las materias que correspondan, y los especialistas notorios que designe a tales efectos el Consejo de Redacción.
6. **Lista de evaluadores.** El Consejo de Redacción elaborará y actualizará regularmente una lista de evaluadores, que se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay ([www.ucu.edu.uy](http://www.ucu.edu.uy))
7. **Proceso de evaluación.** Una vez recibido el artículo, el Consejo de Redacción designará un evaluador de la lista considerando el objeto del trabajo a evaluar y la especialidad del evaluador. El evaluador contará con un plazo de treinta días para presentar por escrito su evaluación, en la que deberá manifestar si el trabajo exhibe la calidad suficiente como para ser objeto de publicación en

esta *Revista*. Si el evaluador formula observaciones, se le podrá otorgar al autor un plazo para subsanarlas, y se someterá el artículo a una segunda revisión. En casos excepcionales en que el Consejo de Redacción lo juzgue conveniente, podrá solicitar una segunda evaluación de un mismo artículo.

El Consejo de Redacción podrá en casos especiales recurrir a un evaluador no incluido en la lista, pero que presente una notoria idoneidad en su materia.

8. **Principio de reserva.** El proceso de evaluación de los artículos se llevará a cabo bajo la más absoluta reserva y confidencialidad, amparándose en un proceso de revisión anónimo.

En este sentido el Consejo de Redacción procurará eliminar del trabajo que se remite al evaluador la información que le permita identificar al autor. De la misma forma, si el autor solicita ver la evaluación no se comunicará quién ha sido el evaluador.

9. **Publicación.** La incorporación a la *Revista* de cualquier trabajo académico será resuelta por el Consejo de Redacción con base en las evaluaciones realizadas por los especialistas en cada materia. El Consejo de Redacción decidirá en qué número se publicarán los trabajos evaluados positivamente.
10. **Responsabilidad.** Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejarán necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo será responsabilidad exclusiva de su autor.
11. **Publicación *on-line*.** Los autores autorizan que, luego de la edición de la revista, los trabajos sean incluidos en la sección publicaciones de la página web de la Universidad Católica del Uruguay o en bases de datos nacionales o extranjeras de acceso gratuito o pago, a juicio del Consejo de Redacción.
12. **Ejemplares.** Publicada la revista, cada uno de los autores tiene derecho a recibir veinte (20) separatas de su artículo por su participación en la edición. Ésta será la única retribución que corresponderá al autor por cada trabajo publicado o incluido en bases de datos.
13. **Aceptación del presente reglamento.** Cuando los autores remitan trabajos a la revista, deberán acompañarlos de una carta firmada en la que manifiesten la aceptación de todos los términos contenidos en el presente reglamento.
14. **Consejos.** La *Revista* contará con dos Consejos Asesores, uno integrado por destacados profesores y juristas nacionales y otro por profesores extranjeros.

Ambos Consejos serán designados por el Consejo de Redacción de la *Revista*. El Consejo Asesor Nacional será convocado a una reunión anual en la que se analizarán y evaluarán los números de la *Revista* aparecidos en el año anterior a la reunión.

Los miembros del Consejo Asesor Internacional recibirán un ejemplar de cada número de la *Revista* que se edite, y se les solicitará una evaluación por escrito anual.

15. **Publicación** El presente reglamento se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay ([www.ucu.edu.uy](http://www.ucu.edu.uy)).

Montevideo, 12 de setiembre de 2006.







