





**Revista de Derecho**  
Publicación arbitrada de la  
Universidad Católica del Uruguay



# REVISTA DE DERECHO

PUBLICACIÓN ARBITRADA

DE LA

UNIVERSIDAD CATÓLICA

DEL URUGUAY

01

2006

CONSEJO DE REDACCIÓN

*Juan Carlos Peirano*

*Martín Risso Ferrand*

*Eugenio Xavier de Mello*

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

*Gabriela Aguirre Grompone*



Programa Estado de Derecho para Sudamérica

De esta edición:

© 2006 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)

© 2006 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

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)

Diseño de tapa

Productora Editorial

Paginado, impreso y encuadernado en Mastergraf srl

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

11800 Montevideo, Uruguay

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

Depósito legal 340.584 - 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*

**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  
Horacio Cassinelli Muñoz  
Raúl Cervini  
Carlos De Cores  
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)  
Loretta Ortiz (México)  
Milagros Otero Parga (España)  
Néstor Sagüés (Argentina)  
Jean Stoufflet, (Francia)  
Alberto Tarsitano, (Argentina)  
Arnoldo Wald, (Brasil)  
Jan Woischnik (Alemania)



---

## ÍNDICE

PRESENTACIÓN .....	11
--------------------	----

### **DOCTRINA**

---

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA <i>Paulo de Barros Carvalho</i> .....	15
LA MIXTURA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ARGENTINO <i>Walter F. Carnota</i> .....	43
EL ELEMENTO ESTATUTARIO DEL SECRETO COMO INSTRUMENTO DE EFECTIVA REALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS <i>Rául Cervini</i> .....	55
CRIMINALIDAD ECONÓMICA Y TERRORISMO <i>Cecilia Dómine</i> .....	83
DERECHOS HUMANOS Y PARTICIPACIÓN SOCIAL EN EL MARCO DE LA MULTICULTURALIDAD <i>Xavier Etxeberría</i> .....	133
EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA FILIACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS: EL DIÁLOGO DE LAS FUENTES <i>Cecilia Fresnedo</i> .....	155
REGULACIÓN LEGAL DE LA DENOMINADA FAMILIA ENSAMBLADA <i>Beatriz Ramos</i> .....	189

ALGUNAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL URUGUAYO  
LUEGO DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA  
*Mabel Rivero*..... 209

## **RECENSIÓN**

---

TEORÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO NATURAL DE FRANCISCO PUY  
*Carlos Musetti*..... 235

## **DOCUMENTO**

---

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA  
SENTENCIA N° 135 DEL 13 DE JULIO DE 2006..... 241

## **INFORMACIÓN**

---

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY ..... 265

---

## PRESENTACIÓN

Según lo anunciado en el número anterior, en cumplimiento de lo resuelto por el Consejo Académico de la Facultad de Derecho, el Consejo de Redacción procedió a transformar esta revista en una publicación arbitrada.

La novedad para el país y para la región que esto implica en el área del derecho no debe pasar inadvertida. Una publicación sometida a estrictos procedimientos de arbitraje académico, basados en parámetros éticos claros, da plenas garantías en cuanto a la evaluación objetiva de cada uno de los trabajos que se presentan y asegura que no se puede acceder a la publicación sin pasar por estrictas evaluaciones nacionales e internacionales en las que los evaluadores no conocen la identidad de los evaluados ni éstos la de aquéllos. Por supuesto que siempre se podrá disentir con la evaluación realizada, pero no menos cierto es que estos procedimientos dan plena garantía de que los trabajos se incluyen en la publicación por motivos exclusivamente académicos, determinados por una lista de evaluadores de reconocida trayectoria.

Como suele ocurrir en estas publicaciones, muchos de los trabajos recibidos (más de la mitad) no recibieron evaluación positiva, lo que no significa que carezcan de valor académico, sino sólo que, a juicio de los evaluadores, no cumplían con los criterios que regulan la publicación.

Junto con este primer número arbitrado corresponde formular algunos agradecimientos.

En primer lugar debemos agradecer a los evaluadores, quienes han brindado generosamente su tiempo y sus conocimientos en el arbitraje realizado, sin cuya labor esta publicación no habría sido posible. En el mismo sentido debemos reconocer la tarea de asesoramiento crítico que han realizado los miembros de los Consejos asesores (por escrito en el caso de los consejeros con residencia en el extranjero y participando en reuniones de evaluación los miembros del Consejo nacional).

También debemos expresar nuestro agradecimiento a los distintos autores que han enviado sus trabajos (tanto los incorporados en la revista como los no incluidos), que son, en realidad, quienes han dado vida a este número.

Especial reconocimiento debemos hacer, una vez más, a la Fundación Konrad Adenauer, por su apoyo y colaboración en estas actividades que conducen al afianzamiento y desarrollo del Estado de derecho y de los derechos humanos.

Por último, reiteramos nuestro compromiso de que esta publicación no sea una simple revista de la Universidad Católica del Uruguay, sino una oportunidad real para todos los juristas uruguayos, de América, y en general todos aquellos interesados en los temas jurídicos, a la que puedan enviar sus trabajos con la certeza de que serán sometidos a una seria y ética evaluación previa a su publicación.

Quedan abiertas nuestras puertas para recibir trabajos para el próximo número.

Consejo de Redacción  
Setiembre de 2006

# **DOCTRINA**

---



# O princípio da segurança jurídica em matéria tributária\*

*Paulo de Barros Carvalho*\*\*

**RESUMO.** Sendo objeto do mundo da cultura, o direito e, mais particularmente, as normas jurídicas estão sempre impregnadas de valor. Esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes porções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos segmentos. Em direito, utiliza-se o termo “princípio” para denotar as regras de que falamos, sendo esse o objeto do presente trabalho. Nele, a amplitude semântica do vocábulo “princípio” foi cuidadosamente examinada, bem como sua classificação e função dentro do conjunto normativo. Foram objeto de análise, também, alguns princípios constitucionais tributários encontrados no sistema positivo brasileiro, dando-se especial atenção ao sobreprincípio da segurança jurídica e respectivas implicações na esfera do direito tributário.

**ABSTRACT.** As object of the cultural world, the law and specially legal regulations are always filled with value. This axiologic element, which has always been present in the communication of regulations, experiences intensity variations from regulation to regulation, in such a way that there are precepts highly saturated with values and that according to their syntactic role in their entirety, the same exert significant influence on large sections of the set of laws, informing the comprehension vector of multiple segments. The term “principle” in law is used to highlight those rules we refer to, this being the object of the present paper. The

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Professor Titular de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

semantic extent of the term “principle” was carefully examined, as well as its classification and function within the set of regulations. In addition, some tax constitutional principles found in the Brazilian taxation system were also subject to analysis, paying special attention to the principle of juridical security and corresponding consequences in the scope of the taxation law.

**SUMÁRIO.** 1. Amplitude semântica do vocábulo “princípio”. 2. O Direito no mundo dos objetos culturais. 3. Os “princípios”, na textura das várias linguagens jurídicas. 4. Os “princípios” e a compreensão do Direito. 5. “Princípios” como normas jurídicas que introduzem valores de grande importância para o ordenamento. 6. A classificação dos “princípios” em razão dos critérios de objetividade que presidem sua aplicação aos casos concretos. 7. Alguns “princípios” constitucionais tributários no sistema positivo brasileiro. 8. “Princípios” e “sobreprincípios” — “princípios” que operam para a realização de outros “princípios” superiores na escala hierárquica. 9. Sobreprincípio da segurança jurídica no campo dos tributos. 10. Violação de princípios e de sobreprincípios. 11. Conclusões.



# 1.

---

## AMPLITUDE SEMÂNTICA DO VOCÁBULO “PRINCÍPIO”

No campo das significações, o uso do signo “princípio” oferece farta variedade conotativa, de tal sorte que alcança todas as circunscrições de objetos, atuando nas quatro regiões ônticas. É uma palavra que freqüenta com intensidade o discurso filosófico, expressando o “início”, o “ponto de origem”, o “ponto de partida”, a “hipótese-limite” escolhida como proposta de trabalho. Exprime também as formas de síntese com que se movimentam as meditações filosóficas (“ser”, “não-ser”, “vir-a-ser” e “dever-ser”), além do que tem presença obrigatória ali onde qualquer teoria nutrir pretensões científicas, pois toda a ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados). Cada “princípio”, seja ele um simples termo ou um enunciado mais complexo, é sempre passível de expressão em forma proposicional, descritiva ou prescritiva. Agora, o símbolo lingüístico que mais se aproxima desse vocábulo, na ordem das significações, é “lei”. Dizemos, por isso, que há uma lei, em Física, segundo a qual “o calor dilata os corpos”, “os metais são bons condutores de eletricidade”, “a matéria atrai a matéria na razão direta das massas e na razão inversa do quadrado das distâncias”; na Metafísica, apanhando como exemplo a filosofia de Schopenhauer, que a “vontade se constitui naquele ímpeto cego e irresistível que consubstancia o querer-viver universal”: entre os objetos ideais, que a “transitividade” é uma lei lógica:  $[(p \rightarrow q) \cdot (q \rightarrow r)] \rightarrow (p \rightarrow r)$ , assim como a “reflexividade” também o é  $(xRy) \rightarrow (yRx)$ ; em Economia, falamos em “lei da oferta e da procura”, ao mesmo tempo

em que afirmamos que a “História fundamentalmente diacrônica”, para ingressarmos nos domínios dos objetos culturais, onde ao lado de “leis” ou “princípios” descritivos, vamos encontrar as prescrições éticas, religiosas, morais etc., que ostentam o porte de autênticos “princípios”. Como desdobramento dessa descritividade e prescritividade, lidamos com “princípios gerais” e “específicos”, “explícitos” ou “implícitos”, classificando-os como “empíricos”, “lógicos”, “ontológicos”, “epistemológicos” e “axiológicos”. Tudo isso é índice da riqueza significativa que a palavra exhibe, compelindo-nos a um esforço de elucidação para demarcar o sentido próprio que desejamos imprimir ao vocábulo, dentro de seu plano de irradiação semântica. Impõe-se uma decisão para cada caso concreto, principalmente se a proposta discursiva pretender foros de seriedade científica.

## 2.

---

### O DIREITO NO MUNDO DOS OBJETOS CULTURAIS

Enquanto camada de linguagem prescritiva de condutas, o direito positivo é uma construção do ser humano. Nesse sentido, dista de ser um dado simplesmente ideal, não lhe sendo aplicáveis, também, as técnicas de investigação do mundo natural. As unidades normativas selecionam fatos e regulam comportamentos, fatos e condutas recolhidos no campo social. Ora, o fato social, como processo de relação, é um fenômeno com sentido e, sem ele (sentido), que imprime direção aos fatos sociais, é impossível compreendê-los. Os fatos jurídicos, quer os previstos nos antecedentes das normas, quer os prescritos na fórmula relacional dos consequentes, apresentam-se na forma de fenômenos físicos (relações de causa e efeito) mais o sentido, isto é, o fim jurídico que os permeia. Sem a significação jurídica que presidiu a escolha do evento e inspirou a regulação da conduta, não há falar-se em fatos jurídicos e relações jurídicas. Essa parte do mundo empírico reivindica tratamento especial, que atente para seu lado dinâmico de ações e reações, no esquema de causa e efeito, mas que também o considere, fundamentalmente, naquilo que ele tem de significação, de sentido.

Quem se proponha conhecer o direito positivo não pode aproximar-se dele na condição de sujeito puro, despojado de atitudes axiológicas, como se estivesse perante um

fenômeno da natureza ou uma equação algébrica. A neutralidade axiológica impediria, desde o início, a compreensão do sentido das normas, tolhendo a investigação. Além do mais, o conhecimento jurídico já encontra no seu objeto uma auto-explicação, pois o direito fala de si mesmo e este falar-de-si é componente material do objeto. Daí a função reconstrutiva do saber jurídico, expressa nas proposições descritivas da Ciência do Direito.

Demoremo-nos, porém, num ponto: se é impossível conhecer as normas do direito positivo sem estimar-lhes o valor, integrante que inere a todo o bem cultural, outra coisa bem distinta é compor o discurso jurídico-descritivo da Ciência aplicando-lhe, pela segunda vez, uma inclinação ideológica, vale dizer, estabelecendo juízos de valor que incidam nas proposições teóricas do conhecimento científico, opinando sobre a justiça, a racionalidade ou sobre critérios de segurança ou de funcionalidade que certa ordem jurídica oferece ou não oferece, enquanto sistema de direito positivo. O jurista dogmático não deve julgar as normas do ordenamento, unicamente compreendê-las para bem descrevê-las. Assevera por isso Lourival Vilanova que o sujeito do conhecimento, quando trava contacto com o mundo dos conteúdos sociais e históricos, vem a travar contacto consigo mesmo e ao invés da relação pura sujeito-objeto, mescla-se essa relação com uma inevitável parcela de atitude prático-valorativa.<sup>1</sup>

Acontece que o “dever-ser”, na modalidade do jurídico, pressupõe o “poder-ser”, isto é, a possibilidade objetiva do comportamento regulado vir a realizar-se na plataforma das interações humanas. E esse “poder-ser” da conduta nada mais é que a liberdade de cumprir a ação prevista ou de omiti-la. Eis aqui o valor, expressão de um dos mais caros e proclamados bens da história do homem, fincado, irremediavelmente, na própria raiz do direito e sem o qual a formulação normativa carecerá de sentido deontico. Inexistente a liberdade de exercer a conduta ou de atuar sua omissão e a disciplina da regra jurídica trará consigo um “sem-sentido” prescritivo, não de ordem sintática, mas de caráter semântico. Tal valor é um “prius” da análise jurídico-normativa.

---

<sup>1</sup> “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”, in *Escritos jurídicos e filosóficos*, v. 1, Ed. Axis Mundi-IBET, São Paulo, 2003, p. 79-259.

### 3.

## OS “PRINCÍPIOS”, NA TEXTURA DAS VÁRIAS LINGUAGENS JURÍDICAS

Empregamos “linguagem jurídica” para referir os sistemas de comunicação que se prestam a realizar ou a mencionar o fenômeno jurídico. Por essa locução designaremos o chamado “direito positivo”, a Dogmática Jurídica ou Ciência do Direito em sentido estrito, bem como todos aqueles setores do conhecimento que toam o sistema do direito positivo como objeto de suas indagações, ainda que não o façam em termos exclusivos. Nessa linha de pensamento, é linguagem jurídica a da Filosofia do Direito e, dentro dela, a da Lógica Jurídica, a da Epistemologia do Direito, a da Axiologia do Direito e a da Ontologia Jurídica. Mas serão também “linguagem jurídica” a Sociologia do Direito, a Antropologia Cultural do Direito, a História do Direito e tantas mais que levem em conta de objeto o sistema das normas positivadas.

De um lado, como linguagem-objeto, temos determinada ordem jurídico-normativa, operando num ponto do tempo histórico e sobre dado espaço territorial; de outro, como metalinguagem descritiva, a Ciência do Direito em sentido estrito ou Dogmática Jurídica, voltada somente a compreender e relatar sua linguagem-objeto. A Filosofia do Direito comparece aqui na condição de metalinguagem se suas reflexões incidirem sobre a linguagem do direito positivo. As meditações filosóficas, entretanto, trabalham muitas vezes sobre construções científicas, momento em que assumem a hierarquia de uma metalinguagem. Outro tanto vale para os demais segmentos contidos no âmbito das “ciências jurídicas em sentido amplo”.

Firmados nessas ponderações, é lícito assertar a existência de “princípios jurídicos” em todos os setores da investigação do Direito. E é com tal dimensão significativa que enunciamos os princípios ou leis ditas ontológicas: “tudo que não estiver juridicamente proibido, estará juridicamente permitido” e “tudo que não estiver juridicamente permitido, estará juridicamente proibido”; os princípios jurídicos empiricamente verificáveis, como, por exemplo: “de acordo com a Constituição vigente, o Brasil é uma república federativa” (princípios federativo e republicano). Há o princípio lógico jurídico segundo o qual “toda conduta obrigatória está necessariamente permitida” (e linguagem formalizada, diremos:  $(Op \rightarrow Pp)$ , em que “O” é o modal “obrigatório”, “P”, o “permitido” e “p” uma

conduta qualquer). Esse “princípio” ou “lei” da Lógica Deôntico-Jurídica, aliás, é o fundamento da conhecida “ação de consignação em pagamento”. Ao lado dele, por oportuno, podemos indicar a lei lógica da “idempotência do conjuntor”, aplicada ao Direito: “Se duas ou mais normas servirem-se do mesmo antecedente e prescreverem a mesma regulação da conduta, então todas elas equivalem a uma só”. Expliquemos o princípio, formalizando-o e, depois, mediante um exemplo prático e objetivo. A “lei” da idempotência do conjuntor (utilizada para o universo jurídico) assim se exprime, em linguagem formal:  $(Vp.Vp.Vp.Vp.Vp)=Vp$ , onde “V” é a notação simbólica da “proibição”; “p”, uma conduta qualquer; “.”, o conectivo da conjunção lógica; e “=”, a equivalência. No sistema da Constituição de 1967, havia três preceitos consagrando a “legalidade tributária”: um genérico e dois específicos. Quer significar, por outro giro, que o legislador constitucional prescrevia: “só é permitido exigir tributo novo ou aumentar os existentes por meio de lei”. Tal era o conteúdo de três normas constitucionais. Pelo princípio da idempotência do conjuntor, os três equivaliam a apenas um.

Bem, até aqui vimos princípios empíricos, ontológicos e lógicos. Examinemos outros. A “norma fundamental” kelseniana é um princípio epistemológico-jurídico, colocado na condição de pressuposto da atividade cognoscitiva do direito. Sem a “norma fundamental”, ou regressaríamos ao infinito, jamais começando a tarefa cognoscente, ou sacrificaríamos o cânone do isolamento do objeto, sem o que o estudo não atingiria a dignidade de ciência. Outros princípios epistemológico-jurídicos são os da “homogeneidade sintática” e da “heterogeneidade semântica” das unidades normativas. Já nos domínios axiológicos mencionemos o “princípio da Justiça”, da “igualdade”, da “segurança”, da “racionalidade”, entre muitos outros.

Vistos por outro prisma, os “princípios” seriam gerais (a legalidade referida no art. 5º, II, da Constituição de 1988) ou específicos (a legalidade tributária instituída no art. 150, I, do mesmo Estatuto). Além disso, há os explícitos (art. 150, III, princípio da anterioridade tributária) e os implícitos (princípio da isonomia das pessoas políticas - União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Cumpre observar que os princípios mencionados estão distribuídos entre a linguagem-objeto (direito positivo) e as metalinguagens jurídicas acima indicadas. Pois bem. Demos exemplos, tecemos considerações, elucidamos algum conteúdo, mas permaneceu aberta a questão principal: que é princípio?

---

## 4.

---

# OS “PRINCÍPIOS” E A COMPREENSÃO DO DIREITO

---

Tomaremos como hipótese de trabalho o estudo do Direito sob o ponto de vista dogmático, a partir das estruturas normativas existentes aqui e agora, que se projetam sobre a realidade social para ordená-la, no que tange às relações interpessoais que nela se estabelecem, canalizando o fluxo das condutas em direção a certos valores que a sociedade anela e quer implantados. Reconhecemos no fenômeno jurídico algo extremamente complexo, em que interferem fatores de naturezas distintas, num intensivo processo de miscigenação. Afigura-se-nos um trabalho difícilíssimo ingressar em sua ontologia, para extrair dados de sua intimidade existencial, caso isto, porventura, seja possível, premissa que não pretendemos discutir. Nossa concepção há de caminhar predominantemente no padrão analítico da linguagem, respeitando aquela complexidade que salientamos como ínsita ao dado jurídico, mas ao mesmo tempo refletindo na consideração de que ali onde houver regulação jurídica haverá, inexoravelmente, proposições normativas que, escritas ou não escritas, hão de manifestar-se em linguagem. Ora, se isolarmos o universo normativo, naquilo que ele tem de fenômeno lingüístico, aparecerá diante de nós um objeto uniforme (somente normas jurídicas), todas compostas na mesma organização sintática, vale dizer, mediante um juízo hipotético em que o legislador (sentido amplo) imputa, ao acontecimento de um fato previsto no antecedente, uma relação deontica entre dois ou mais sujeitos, como conseqüente. A previsão fáctica ou “descritor”, como suposto, implica a disciplina da conduta intersubjetiva, contida no “prescritor”.<sup>2</sup> Nunca será demasiado insistir que tanto a ocorrência factuel, como o comportamento regulado, têm de ser possíveis, para que a regra venha a ser aplicada, tornando-se individualmente eficaz.

Sobressai à evidência a homogeneidade sintática suso referida, porquanto todas as unidades do sistema terão idêntica estrutura lógica, a despeito da multiplicidade extensiva de seus vectores semânticos. O direito positivo, então, apresentar-se-á aos olhos da Dogmática como um conjunto finito, mas indeterminado, de normas jurídicas, nas quais

---

<sup>2</sup> Paulo de Barros Carvalho, *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 4ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2006, p. 24-28.

surpreenderemos fatos jurídicos e relações jurídicas, associados por um ato de vontade de quem pôs as regras no sistema, ato psicológico este que o cientista coloca entre parênteses metódico, para não imitir-se em territórios alheios, como, por exemplo, a Psicologia e outras ciências que poderiam explicar aspectos parciais do fenômeno. Todavia, se os fatos são jurídicos porque previstos em antecedentes normativos, remanesceria apenas um, o mais importante porque fundador do próprio sistema, sem a qualificação de jurídico, circunstância que viria a comprometer a uniformidade objetal: trata-se do acontecimento que dá origem à Constituição. É precisamente neste tópico que Kelsen trouxe a singela, porém genial contribuição da “norma fundamental”, não posta, mas pressuposta, juridicizando aquele fato que ficara de fora, por imprimir-lhe o timbre de normatividade que lhe faltava. Fecha-se assim o conjunto, isolado na especificidade de seu objeto, uniforme porque composto tão-somente de normas jurídicas, de tal modo que nele, conjunto, não encontraremos senão descritores e prescritores, bem como suas contrapartes factuais: fatos jurídicos e relações jurídicas.

O corolário natural de tudo quanto se expôs é que o direito positivo, formado unicamente por normas jurídicas, não comportaria a presença de outras entidades, como, por exemplo, princípios. Estes não existem ao lado de normas, co-participando da integridade do ordenamento. Não estão ao lado das unidades normativas, justapondo-se ou contrapondo-se a elas. Acaso estivessem, seriam formações lingüísticas portadoras de uma estrutura sintática. E qual é esta configuração lógica? Ninguém, certamente, saberá responder a tal pergunta, porque “princípios” são “normas jurídicas” carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica.

A tipificação dos fatos que ingressam pela porta aberta das hipóteses normativas se dá mediante conceitos que o legislador formula: conceitos sobre os acontecimentos do mundo e conceitos sobre as condutas inter-humanas. Ocorre que todo o conceito, que tem como correlato expressional o termo, assim como o juízo o tem na proposição, todo o conceito, repetimos, é seletor de propriedades não só no Direito, como em qualquer região do conhecimento. Conceituar importa selecionar caracteres, escolher traços, separar aspectos, desprezando os demais. As singularidades irrelevantes, o legislador as deixa de lado, mesmo porque são em tal quantidade que o trabalho ganharia proporções infinitas. E surge o conceito, após a aplicação do critério seletivo que o legislador adotou, critério este que nada mais é que um juízo de valor expedido em consonância com sua

ideologia, tomada a palavra, neste ensejo, como pauta de valores, tábua de referências axiológicas. Assim, valora o legislador fatos e condutas, tecendo o conteúdo de significação das normas jurídicas ou, em outras palavras, saturando as variáveis lógicas daquela estrutura sintática que é comum a todas as unidades do sistema. E, ao enfatizar esse ângulo da construção jurídico-normativa, estamos apenas reconhecendo ao direito positivo a condição de objeto cultural, anteriormente consignada. Mantenhamos na retentiva que os objetos do mundo cultural são, invariavelmente, portadores, de valores, como também os metafísicos, o que não se verifica com os objetos da natureza e com os da região ôntica dos ideais, ambos axiologicamente neutros.

Até esta parte, firmamos duas proposições que aceitamos por verdadeiras: a) o direito positivo é formado, única e exclusivamente, por normas jurídicas (para efeitos dogmáticos), apresentando todas o mesmo esquema sintático (implicação), ainda que saturadas com enunciados semânticos diversos (heterogeneidade semântica); e b) por outro lado, como construção do ser humano, sempre imerso em sua circunstância, é um produto cultural e, desse modo, portador de valores, significa dizer, carrega consigo uma porção axiológica que há de ser compreendida pelo sujeito cognoscente - o sentido normativo, indicativo dos fins (*telos*) que com ela se pretende alcançar.

Tal é a conclusão a que chegou Genaro Carrió, percorrendo caminhos um pouco distintos, em seu opúsculo sobre Principios Jurídicos Y Positivismo Jurídico.<sup>3</sup> “De lo expuesto se sigue que no existe la pretendida ‘diferencia lógica’ entre las reglas jurídicas y las pa utas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propria transgresión”.

O autor argentino não chega a esse resultado partindo das premissas que adotamos. Seu objetivo foi, antes de mais nada, questionar a procedência de crítica ao positivismo jurídico, que o Professor Ronald M. Dworkin, da Universidade de Oxford, apresentou com o trabalho *The model of rules*,<sup>4</sup> e segundo o qual a análise e consideração adequada dos princípios ficaria prejudicada pela concepção positivista do fenômeno jurídico, já que tal concepção do Direito não deixa ver o papel central que na prática os princípios desempenham. É nesse sentido que parte do sistema de Hart,<sup>5</sup> para dele extrair argumen-

<sup>3</sup> Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, 127.

<sup>4</sup> Publicado originariamente sob esse título, na 35 University of Chicago Law Review, 1967, e reproduzido com o título “Is law a system of rules?”, em *Essays in legal philosophy*, Ed. Blackwell, Oxford, 1968, p. 25-60.

<sup>5</sup> *El concepto del derecho*, traduzido por Genaro Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 163-166.



tos que demonstrem a plena compatibilidade entre as normas jurídicas, examinadas pelo ângulo de sua positivação e os princípios que com elas combinam para formar o sistema do direito positivo.

Tendo seu pensamento mais próximo de Hart, em virtude das ligações que sempre manteve com a Universidade de Oxford, Carrió entende que o positivismo de Kelsen ofereceria menos recursos à sustentação de sua tese, não lhe permitindo dar os passos de que necessitava para alojar os princípios dentro da ordem jurídica, consoante os critérios que lhe pareciam justos. Nossa posição, contudo, é bem diversa, ainda que tenhamos de intuir certos desdobramentos que o mestre de Viena não empreendeu. Que não seja isso motivo de censuras, porquanto Carlos Cossio proclamou ter ido além de Kelsen sem haver transbordado os limites do próprio sistema kelseniano (foi além de Kelsen sem sair de Kelsen). E, de fato, há desdobramentos que se afiguram como corolários de uma teoria, não extraídos por aquele que a concebeu, mas que podem perfeitamente ser sacados por quem se dispuser a segui-la.

O que importa é que Genaro Carrió chega aos mesmos resultados, não só admitindo a existência de “princípios” dentro da ordem jurídica positiva, como reconhecendo que não há qualquer desencontro entre o esquema lógico das normas e o daqueles primados. Ainda que não ingresse na análise dos “valores”, fala, insistentemente, no “peso” dos princípios, o que basta para identificar a referida concordância.

## 5.

---

### “PRINCÍPIOS” COMO NORMAS JURÍDICAS QUE INTRODUZEM VALORES DE GRANDE IMPORTÂNCIA PARA O ORDENAMENTO

Recortemos determinado ambiente social. Os indivíduos da comunidade tendem a ter um núcleo consciente de valores básicos, advindos da contingência de viverem no mesmo território e no mesmo tempo histórico. Em derredor desse núcleo, contudo, a trajetória existencial de cada um vai depositando outros valores, recolhidos individualmente de tal arte que os padrões axiológicos das pessoas acabam apresentando variações muitas vezes sensíveis, repercutindo em fontes inesgotáveis

de divergências, sempre que o homem se manifesta acerca de objetos de índole metafísica ou cultural. Seja uma obra literária, uma película cinematográfica, uma peça de mobiliário, uma crença religiosa, seja a interpretação de norma de direito positivo, os valores aparecem como centros significativos que expressam uma preferibilidade (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente. Esses símbolos de preferência por ações indeterminadas permanentes, como alude Tércio Sampaio Ferraz Júnior,<sup>6</sup> consistindo em núcleos significativos muito abstratos, requerem outro mecanismo integrador, credenciado a imprimir-lhes um mínimo de consistência: é a função das ideologias, conjuntos de avaliação dos próprios valores. Atuam para avaliar os valores, já que estes, por sua abstração, se mostram abertos e flexíveis. As ideologias, por isso mesmo, operam como sistemas rígidos e limitados, que hierarquizam os valores, organizando-os e permitindo que os identifiquemos.

Muito bem. Toda vez que houver acordo, ou que um número expressivo de pessoas reconhecerem que a norma “N” conduz um vector axiológico forte, cumprindo papel de relevo para a compreensão de segmentos importantes do sistema de proposições prescritivas, estaremos diante de um “princípio”. Quer isto significar, por outros torneios, que “princípio” é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do sistema positivo. Advirta-se, entretanto, que ao aludirmos a “valores” estamos indicando somente aqueles depositados pelo legislador (consciente ou inconscientemente) na linguagem do direito posto. Não cremos existir uma “região de valores”, existente em si, como o *topos uranos* de Platão ou qualquer tipo de sistema suprapositivo de valores, ao modo de algumas vertentes jusnaturalistas. Aqueles de que nos ocupamos são os postos, centros significativos abstratos, mas positivados no ordenamento.

Se tais observações forem procedentes, cabe cogitar de uma hierarquia de valores jurídicos ou, de outra maneira, de uma classificação hierárquica das normas do direito positivo, elegendo-se como critério a intensidade axiológica nelas presente. Todavia, plantadas essas premissas, aquilo que se não pode admitir consoante assentamos linhas atrás, é a coalescência de “normas” e “princípios”, como se fossem

<sup>6</sup> *Introdução ao estudo do direito*, Ed. Atlas, São Paulo, 1988, p. 109.

entidades diferentes, convivendo pacificamente no sistema das proposições prescritivas do direito. Os princípios são normas, com todas as implicações que esta proposição apodítica venha a suscitar.

A resistência de Kelsen em compor uma teoria da interpretação fundou-se, certamente, nesse profundo subjetivismo que acompanha o processo dialético de compreensão dos conteúdos normativos. Os radicais desconcertos entre as teorias doutrinárias, tendo em vista preceitos jurídicos, são exemplos eloqüentes do cabimento dessa tese. Sabemos que as mensagens prescritivas dos arts. 29 a 31 da Constituição da República Federativa do Brasil realizam o “princípio da autonomia dos municípios”, confirmado pela análise do sistema vigente. Nada obstante, juristas de renome, menos inclinados ao “municipalismo”, conquanto não neguem a indigitada autonomia, reduzem drasticamente a relevância dessas pessoas políticas, em suas interpretações, chegando ao ponto de designá-las por “entes menores”. Esforçados nessa mesma inspiração, compreendem, ao pé da letra, o que preceitua o art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional brasileiro, chegando ao resultado deplorável de admitir a “ordem” que o dispositivo estabelece, com o que relegam os Municípios a uma condição de flagrante inferioridade em face dos Estados, do Distrito Federal e da União, sobre violarem de maneira frontal o princípio implícito da isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno.

Desloquemos o foco da análise para o reino específico das imposições tributárias e encontraremos, desde logo, a discussão a propósito da existência ou não do “princípio da anualidade”. Já expressamos nosso entendimento segundo o qual o velho primado desaparecera com o advento da Constituição de 1967. Em sentido contrário, porém, autores de prestígio não se cansam de invocá-lo, atribuindo-lhe lugar preeminente no quadro dos mais elevados princípios constitucionais tributários.

Já podemos extrair mais duas conclusões: a) o próprio saber se u’a norma, explícita ou implícita, consubstancia um “princípio”, é uma decisão inteiramente subjetiva, de cunho ideológico; e b) no que concerne ao conjunto dos princípios existentes em dado sistema, a distribuição hierárquica é função da estrutura axiológica daquele que interpreta, equivale a reconhecer, é função da sua ideologia.

## 6.

### A CLASSIFICAÇÃO DOS “PRINCÍPIOS” EM RAZÃO DOS CRITÉRIOS DE OBJETIVIDADE QUE PRESIDEM SUA APLICAÇÃO AOS CASOS CONCRETOS

É sedutora, ao menos no exame do primeiro instante, a classificação dos princípios levando-se em conta o grau de objetividade que se verifica no momento de sua efetiva aplicação. Há princípios que são postos em termos vagos e excessivamente genéricos, ao lado de outros, enunciados de modo tão preciso, que passam a ser escassas as dissensões a respeito de sua incidência numa situação concreta. Vamos aos exemplos. A Lei Fundamental brasileira, no art. 37, *caput*, expressa-se de maneira vaga ao impor que a administração pública obedeça ao princípio da “moralidade”, tornando-se no mínimo duvidosa e discutível sua indicação numa faixa enorme de eventos reais. A “função social da propriedade” (art. 5º, XXIII, da Constituição) acha-se também envolvida por forte teor de indeterminação. E o mesmo se diga da “liberdade”, da “segurança”, da “racionalidade”, do “bem comum”, da “finalidade pública” etc. bem certo que toda a palavra encerra alguma vaguidade. Mas queremos insistir que existem fórmulas expressivas onde predomina densamente a indeterminação, ao lado de outras de fácil e intuitivo reconhecimento, em que a ocorrência do mundo exterior está visivelmente demarcada, sobrando pouco espaço para os desacordos de opinião. É o caso da irretroatividade tributária (art. 150, inciso III, *a*, da Lei Magna). Basta saber o momento em que se deu o fato jurídico tributário e confrontá-lo com aquele que marcou o início da vigência da lei instituidora ou majoradora do tributo. Temos para nós que o princípio que prestigia a casa como asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI, da Constituição), bem como o que protege o sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e das telecomunicações telefônicas, todos eles, em maior ou menor amplitude, podem acomodar-se rigorosamente no plano da aplicação factual.

Apesar da aparente simplicidade operativa, o critério que anima essa classificação procura transmitir uma objetividade que os valores não têm nem podem ter a natureza eminentemente subjetiva desse núcleos significativos jamais poderá ser aprisionada, como se fora um mero fato cosmológico insularmente levado à análise.

Fiquemos com sua operacionalidade, mas desde que reconheçamos a impossibilidade de fixar diretrizes objetivas e, portanto, com validade intersubjetiva, para delimitar valores. O que distrai nossa atenção entre as duas classes de princípios é que o legislador injeta valores (sempre subjetivos) em situações diferentes: incertas, indecisas, indeterminadas, as primeiras; limitadas e rigidamente delineadas, as últimas. Reflitamos sobre este tópico e estaremos autorizados a utilizar a classificação. Caso contrário, seremos surpreendidos quando o legislador empregar o mesmo valor em hipóteses abertas, sem fronteiras onde o desenho recortado do suporte fáctico não corresponda aos traços que a realidade material sugerir aos nossos sentidos. Eis o princípio da “igualdade” que pode ser tomado como exemplo. Ao projetar-se num dado acontecimento do mundo, essa diretriz experimenta curiosas configurações. Sabemos quanto difícil seria sustentar a discriminação entre homens e mulheres, no processo de seleção para ingresso na carreira do Ministério Público. A singela invocação do art. 5º, I, da Carta Constitucional vigente, seria o bastante para tolher qualquer entendimento discriminatório. Ao mesmo tempo, em matéria publicada na *Folha de São Paulo*, em janeiro de 1992, Flávia Piovesan discutiu a interessante tese de benefícios pleiteados por pessoas do mesmo sexo vivendo “maritalmente”. Tudo sobre o fundamento daquela norma que sobranceira, estaria impregnando o sentido das demais regras do ordenamento. Num caso, o primeiro, a mera alusão ao primado da igualdade tem a força suficiente para decidir o problema. No segundo, em que a complexidade do desenho típico se vê agravada pela presença de outros valores, numa combinatória que suscita considerações mais profundas, o mesmo princípio perde seu aparente conteúdo de objetividade não se prestando mais para, sem outros torneios retóricos, encaminhar a solução exegética.

Recobremos a lembrança de que as expressões lingüísticas conservam sempre um mínimo de vaguidade em sua integridade compositiva, inafastável por maior que seja o esforço de argumentação para efeito de convencimento. Não há como escapar dessa porção movediça que se aloja nos termos e nos enunciados proposicionais, alimentando, incessantemente, os estudos semânticos. Admitir esse traço, porém, longe de trazer a insegurança que desde logo imaginamos, significa reconhecer que há uma matéria-prima própria para o discurso persuasivo, tecendo a linguagem jurídica que antecede a decisão normativa.

## 7.

### ALGUNS “PRINCÍPIOS” CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS NO SISTEMA POSITIVO BRASILEIRO

À moda daquelas pesquisas de laboratório, em que o cientista suspende o interesse pelas coisas do mundo para poder concentrar sua atenção exclusivamente no objeto que está sobre a lâmina do microscópio, vamos esquecer, por um pequeno intervalo de tempo, o sistema do direito positivo na sua finitude indeterminada de normas jurídicas, dirigindo nossa atenção para preceitos constitucionais que versam a temática dos tributos e, mais que isso, ostentem a estatura de renomados “princípios”. De plano, uma distinção útil, porque esclarecedora: há princípios que valem para todo o ordenamento e, por via de consequência, aplicam-se ao campo tributário; assim como há “princípios” que regem, com foros de especificidade, o desempenho da função impositiva que o Estado exerce mediante o instrumento que chamamos “tributo”. Entre os dois subdomínios, fiquemos com o último, a fim de imprimir ao presente trabalho a índole que almejamos. Sendo numerosos os comandos que o constituinte inseriu no Texto Supremo, com *status* de princípios tributários, separemos alguns para efeito de experiência. Vejamos, por exemplo, o “princípio da estrita legalidade”, cravado na redação do art. 150, I, da Lei Maior. Tal diretriz aponta para a necessidade impostergável de que a entidade seja criada ou majorada por lei. Põe-se, desde já, um problema: lei no sentido estrito, isto é, lei ordinária, ou lei na sua acepção larga, vale dizer, todos os diplomas credenciados a introduzir normas inaugurais no ordenamento? Como outro elemento complicador não se pode esquecer que o sistema conecta este princípio com um valor extremamente caro para o setor: a tipicidade, isto é, ao conceber o legislador o ente tributário, estará jungido a fixar, em sua plenitude, o desenho integral da figura típica do gravame. Vê-se, aqui, uma conjunção de valores impregnando as proporções semânticas do princípio da estrita legalidade.

Sobre o da anterioridade, já assinalamos que grassa forte divergência entre os autores, no sentido de aceitá-lo como mera antecedência cronológica da lei que institui ou majora o tributo, tomando-se por referência o primeiro dia do exercício financeiro seguinte (art. 150, III, *b*, da CF), ou como tal, acrescido do consentimento dos administrados, manifestado na lei orçamentária, segundo prescrevia o velho princípio da anualidade. Atinando-se à possibilidade de acatamento do princípio da anterioridade até as vésperas

da exigência fiscal, fala-se hoje no princípio da não-surpresa que predica o conhecimento antecipado, por parte do sujeito passivo, daquilo que lhe será cobrado no ano subsequente, mas com antecedência significativa que, por falta de parâmetros constitucionais, alguns postulam ser de um ano.

Queremos insistir na tese de que onde há princípios existem valores de magnitude para o sistema e tais valores vêm sempre acompanhados de elevado grau de indeterminação. Vejamos, por exemplo, o chamado princípio da proibição de confisco. É sobremaneira difícil opinar sobre o tema, e, quando o fazemos, utilizamos mecanismos intuitivos. A propósito deste assunto lidamos com índices que, além de tudo, eles mesmos —os índices—, não podem ser objetivamente aceitos. Por certo que todos concordariam que um alíquota de 25%, incidente sobre base de cálculo que tome o valor do imóvel como referência, caracterizará hipótese de confisco. Todavia, se colhermos outro imposto, que não seja cobrado periodicamente sobre o mesmo bem, como o do exemplo, mas que incida sobre produtos de consumo, ninguém se surpreenderá com uma alíquota de 350% percutindo no valor da operação de venda. Já dissemos algures, que a doutrina do confisco não fora elaborada, permanecendo em solo estéril as construções que tomem esta figura em linha de consideração. Outro tanto se diga a respeito do princípio da capacidade econômica ou da capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária. Por mais que a Ciência do Direito Tributário, principalmente a da Europa continental, tenha se esforçado para descrever o perfil desse primado, buscando limites e teorizando sobre possíveis demarcações práticas, nada de objetivo se realizou, permanecendo o quadro de incertezas que é, era e sempre foi. Sabe-se, quando muito, que o fato jurídico do tributo há de ser presuntivo de riqueza econômica, mesmo porque os números da pretensão impositiva não de saírem de avaliação que ele próprio ofereça. Porém, daí a pretender critérios intersubjetivamente válidos, constantes e satisfatórios, para dosar a carga tributária, vai uma distância realmente grande. Em parcelas homogêneas do universo de contribuintes ou de bens e situações que sejam tomadas como referência básica para a tributação, de fato o princípio se apresenta não só útil e imprescindível, como de fácil manipulação. Basta, contudo, o ingresso de outro valor significativo, implicado na situação, para que as opiniões se dividam. Saquemos um exemplo atual. O IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) tem como base de cálculo o valor venal do imóvel, consoante planta elaborada pelas prefeituras municipais. Ponhamos também entre parênteses que, por tradição, houve um acomodamento das autoridades administrativas, correspondendo ao interesse direto das pessoas tributadas, de tal modo que, neste passo, a lei nunca foi cumprida. Inobstante

isso, quantos problemas, quantas discussões se instauram, tendo como origem a cobrança dessa exação. Se a base de cálculo é o valor venal da propriedade, constante da planta de valores; se a alíquota é aquela indicada pela lei; onde estaria o ponto que irradia tantas disceptações? Afastando de cogitação o tema das atualizações, que cabe perfeitamente no espaço dos parênteses que abrimos e fechamos, não é penoso isolar casos em que a pretensão impositiva se torna discutível. Uma viúva, sem renda, que receba em herança determinado imóvel. Como atender sua obrigação tributária em relação ao IPTU? São ocorrências protocolares, não há dúvidas. Mas o que se quer demonstrar é que a aplicação do princípio da capacidade contributiva, para este imposto projetada sobre o “ser proprietário de bem imóvel no perímetro urbano do Município”, está plenamente satisfeita ainda que remanesça um sentimento geral de injustiça em face da pretensão do Poder Público. É que a peculiaridade do evento trouxe à tona outros valores que afetam a singela consideração da capacidade econômica do contribuinte, tornando mais complexa a compreensão do tema. A concretude factual permite que surjam alternativas hermenêuticas, servindo ao jogo de interesses que penetra as interações sociais e proporciona elementos para as digressões retóricas imprescindíveis ao convencimento a propósito da direção jurídica a ser tomada.

Como dissemos, há muitos princípios constitucionais tributários no direito positivo brasileiro, circunstância que vem justificando até o surgimento de um campo próprio de especialização nos domínios da Dogmática. Entre outros, há o trabalho clássico e pioneiro de Geraldo Ataliba<sup>7</sup> e, mais recentemente, a obra do Professor Roque Carrazza.<sup>8</sup> Os dois livros, do mais elevado padrão científico, ocupam-se, exclusivamente dessa temática e tratam com especificidade, cada um dos magnos princípios que regem a atividade jurídico-tributária no Brasil.

---

<sup>7</sup> *Sistema constitucional tributário brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.

<sup>8</sup> *Curso de direito constitucional tributário*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.



## 8.

### **“PRINCÍPIOS” E “SOBREPRINCÍPIOS” - “PRINCÍPIOS” QUE OPERAM PARA A REALIZAÇÃO DE OUTROS “PRINCÍPIOS” SUPERIORES NA ESCALA HIERÁRQUICA**

Coloquemos entre parênteses as corriqueiras dissensões ideológicas que separam os juristas em múltiplas direções e meditemos na organização de um conjunto qualquer de valores jurídicos. Há “princípios” e “sobreprincípios”, isto é, normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras. Vejamos logo um exemplo: a isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno tem importante repercussão no setor das imposições tributárias. Não há, contudo, formulação expressa que lhe corresponda no texto do direito positivo. Emerge pelo reconhecimento de outras normas que, tendo a dignidade de princípios, pelo *quantum* de valor que carregam consigo, fazem dele um “sobreprincípio”. Realiza-se pela atuação de outros princípios. Assim também ocorre com o primado da justiça. Agora, há um princípio que sempre estará presente, ali onde houver direito: trata-se do cânone da certeza jurídica, entendido o termo não como garantia de previsibilidade da regulação da conduta (que é uma de suas acepções), mas como algo que se situa nos fundamentos do dever-ser, ínsita que é ao domínio do deontico. Na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, como exemplifica Lourival Vilanova, que “A” possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu. Não é sentenciar, diz o mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o *certum* no conflito de condutas. E, ainda que consideremos as obrigações alternativas, em que o devedor pode optar pela prestação “A”, “B” ou “C”, sobre uma delas há de recair, enfaticamente, sua escolha, como imperativo inafastável da certeza jurídica. Eis outro sobre princípio, mas de feição independente, pois querendo ou não querendo o legislador, havendo ou não havendo justiça, segurança ou qualquer valor jurídico que se colha para a experiência, as normas do sistema hão de consagrá-lo, para poder aspirar ao sentido deontico. Regra do direito que não discipline comportamentos intersubjetivos com observância do princípio da certeza expressará um sem-sentido na linguagem do dever-ser.

Torna-se evidente que a certeza jurídica é também um sobreprincípio, mas dotado de aspectos lógicos peculiares, que lhe atribuem preeminência sintática com relação a todos os demais.

O campo de irradiação semântica da locução “certeza jurídica”, todavia, abriga também o sentido, como dissemos, de possibilidade de previsão, pelos destinatários da mensagem normativa, do modo como se dará a regulação da conduta. Dito de outra forma, a confiança de que, acontecidos certos eventos que a norma tipifica, os direitos e deveres prescritos estavam adredemente conhecidos, uma vez que as regras jurídicas repartem os comportamentos entre as três regiões materiais (permitido, proibido, obrigatório) e, ao fazê-lo, canaliza as condutas na direção de determinados valores. Essa proporção de sentido, mesmo que cabível como fonte de indagação, como autêntico valor do ordenamento, tem sempre a relatividade própria das questões ideológicas. Com efeito, que se pode prever se o fato “X” vai ou não ensejar a prestação jurídica “P” é alguma coisa perfeitamente admissível onde houver um pingo de racionalidade no sistema considerado. Entretanto, saber antecipadamente, como vão comportar-se os sujeitos da relação, no que tange ao cumprimento do dever jurídico ou com que intensidade o titular do direito subjetivo público vai exigir ou não o conteúdo da prestação, é assunto bem diferente. Dependerá da maneira pela qual a comunidade jurídica estiver utilizando seus signos, variação que depende de uma série de fatores extralingüísticos e circunstanciais, que ninguém pode prever com rigor. Estamos, aliás, na dimensão pragmática da linguagem do direito, caracterizada por forte oscilação de tendências e intensa variação de expectativas, responsável direta por mutações semânticas e sintáticas no conjunto dos signos.

## 9.

---

### **SOBREPRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO CAMPO DOS TRIBUTOS**

A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade,

da universalidade da jurisdição e outros mais.<sup>9</sup> Isso, contudo, em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos suas projeção sobre o meio social. Se nos detivermos num direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas, como também as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tessitura do todo; então será possível imitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo. Se a esse tipo de verificação circunscrevermos nosso interesse pelo sistema, mesmo que não identifiquemos a primazia daquela diretriz, não será difícil implantá-la. Bastaria instituir os valores que lhe servem de suporte, os princípios que, conjugados formariam os fundamentos a partir dos quais se levanta. Vista por esse ângulo, difícil será encontramos uma ordem jurídico-normativa que não ostente o princípio da segurança. E se o setor especulativo é o do Direito Tributário, praticamente todos os países do mundo ocidental, ao reconhecerem aqueles vetores que se articulam axiologicamente, proclamam, na sua implicitude, essa diretriz suprema.

Nada obstante tudo que se disse, o direito existe para cumprir o fim específico de reger os comportamentos humanos, nas suas relações de interpessoalidade, implantando os valores que a sociedade almeja alcançar. As normas gerais e abstratas, principalmente as contidas na Lei Fundamental, exercem um papel relevantíssimo, pois são o fundamento de validade de todas as demais, indicando os rumos e os caminhos que as regras inferiores haverão de seguir, mas é naquelas individuais e concretas que o direito se efetiva, se concretiza, se mostra como realidade normada, produto final do intenso e penoso trabalho de positivação. É o preciso instante em que a linguagem do direito toca o tecido social, ferindo a possibilidade da conduta intersubjetiva. Daí porque não basta o trabalho preliminar de conhecer a feição estática do ordenamento positivo. Torna-se imperioso pesquisarmos o lado pragmático da linguagem normativa, para saber se os utentes desses signos os estão empregando com os efeitos que a visão estática sugere. De nada adiantam

---

<sup>9</sup> Paulo de Barros Carvalho, *Curso de direito tributário*, 17ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 150-169.

direitos e garantias individuais, placidamente inscritos na Lei Maior, se os órgãos a quem compete efetivá-los não o fizerem com a dimensão que o bom uso jurídico requer. São múltiplos os exemplos que a realidade dos nossos dias oferece. A Constituição brasileira de 1967 previu, insistentemente (três vezes), a necessidade de lei para que qualquer obrigação tributária fosse criada. Todavia, distorcendo o conteúdo de significação que as palavras têm, as autoridades administrativas violentaram, em muitas oportunidades, aquele magno princípio. A instituição do “decreto-lei”, nessa matéria, foi instrumento de iterativas transgressões a preceitos superiores. Tanto o Poder Executivo, quanto o Legislativo, utilizando o quadro de variação de sentido dos vocábulos jurídico-tributários, têm obtido orientações diversas daquelas fixadas no ordenamento, inúmeras vezes com a complacência do Poder Judiciário. Também nossa experiência com as “Medidas Provisórias” rendeu ensejo às mais desastrosas conseqüências. Não, propriamente que os defeitos estivessem contidos na estrutura mesma desses diplomas, os quais, no Brasil, têm força de lei. Mas, em virtude da manipulação extravagante e arbitrária que fez delas, medidas provisórias, instrumentos que atentavam, a cada passo, contra a integridade de valores sobranceiros da ordem jurídica nacional.

A utilização inadequada de símbolos jurídico-normativos não se dá apenas com regras de “decretos-leis” ou de “medidas provisórias”, diplomas que por suas próprias peculiaridades são vistos com restrições pela comunidade jurídica. A Lei nº 8.383/91 que foi editada no dia 31 de dezembro pretendendo vigorar no ano subsequente, isto é, a partir de 1º de janeiro de 1992, começou a circular, tornando-se pública, tão-só no dia 2 de janeiro. Ora, segundo o princípio da anterioridade, sua vigência deveria ficar protraída para o ano seguinte (1.1.93), uma vez que o sentido de “publicar” é “dar ao conhecimento público”, “tornar o ato conhecido por todos”, e tal providência veio a realizar-se somente com a circulação, no dia 2 de janeiro de 1992. Todavia, contra todas as expectativas, o Poder Público Federal defendeu a tese de que a “impressão” aconteceu em 21.12.91, o que seria suficiente para determinar a ciência dos administrados. Por mais absurda que seja a argumentação, o singelo uso de “circular”, com o valor semântico de “publicar” modifica o conteúdo de significação do princípio da anterioridade, exatamente no instante máximo de sua concretude, evitando que a genuína concepção daquele primado chegue intacto ao plano das condutas intersubjetivas e desse modo, ameaçando a “segurança jurídica”.

Desde logo se vê que sem atinarmos para aquilo que se passa na instância pragmática, pouco poderemos falar acerca dos valores que o sistema consagra para manter a

atividade jurídico-tributária dentro de padrões de respeito para com o direito dos administrados garantindo-lhe conquistas seculares. Cremos, por isso, que as investigações relativas ao princípio da segurança jurídica, em matéria tributária, não podem prescindir de incursão por esse plano semiótico, sob pena de não compreendermos a linguagem do direito positivo na sua integridade constitutiva.

## 10.

### VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E DE SOBREPRINCÍPIOS

---

Quando o comando emergente de um princípio é transgredido, nem por isso estaremos autorizados a declarar que a diretriz não tem eficácia, que é “letra morta”. Os sistemas de direito positivo prevêm a conduta infringente de suas prescrições, montando dinamismos de controle que se voltam à recomposição dos interesses violados. E sempre que esses dispositivos funcionam, restabelecendo a situação anterior, confirma-se a efetividade daqueles valores. Diante desse quadro, a desconsideração de princípios, como o da igualdade, anterioridade, legalidade estrita, entre outros, é o meio juridicamente próprio para testarmos sua eficácia. Se, quantas vezes atacados, tantas vezes reafirmado na sua força axiológica, confortavelmente poderemos afirmá-lo como vetor relevantíssimo do sistema.

Agora, se a agressão prospera, surte efeitos que se consolidam na ordem jurídica; se o Poder Judiciário a absorve, então se opera uma modificação no sistema, simplesmente porque a norma que hospedava certo sentido, adquire outra interpretação, passando a abrigar novos valores. E como esses valores são muito significativos, já que influenciam importantes porções de outras regras do conjunto, o antigo princípio já não se apresenta com eficácia, substituído que foi por vetores que atuam em outra direção semântica.

Fixemo-nos, porém, num ponto: a substituição de um princípio por outro, construído por alterações que se realizam no plano pragmático, é algo natural e perfeitamente compreensível, mesmo porque a sociedade humana vive em constante mutação e os conteúdos axiológicos exercem um papel histórico, portanto delimitado no tempo. A distorção significativa a que aludimos, contudo, manifesta-se de maneira um pouco diver-

sa: em determinado preceito do sistema se reconhece a presença de um valor, que todos apontam. Mas, no percurso da sua implantação para disciplinar as condutas em interferência intersubjetiva, ocorrem desvios, de tal sorte que ao chegar no seu destino a norma não traz a mesma orientação valorativa. Acaso se consolide a situação final, diremos que o princípio foi violado. Entretanto, se funcionarem os dispositivos de recomposição, o princípio será reafirmado, saindo fortalecido.

Transportando-se a reflexão para o domínio dos sobreprincípios, em particular o da “segurança jurídica”, é possível dizermos que não existirá, efetivamente, aquele valor, sempre que os princípios que o realizem forem violados. Tratando-se de entidades axiológicas, onde, como vimos, o teor de subjetividade é decisivo para identificar resultados, não cabe atinarmos a dados quantitativos, motivo pelo qual não se cogita de saber se uma única transgressão consolidada é suficiente ou se o juízo de reconhecimento requer uma sucessão delas.

## 11. CONCLUSÕES

1<sup>a</sup>) Em termos de direito positivo, princípios são normas jurídicas portadoras de intensa carga axiológica, de tal forma que a compreensão de outras unidades do sistema fica na dependência da boa aplicação daqueles vetores. Acatando-se o enunciado assim formulado, preserva-se a uniformidade do objeto, permanecendo o sistema do direito posto como um conjunto de normas jurídicas: todas com a mesma estrutura sintática (homogeneidade sintática), porém diversas semanticamente (heterogeneidade semântica).

2<sup>a</sup>) Assim como existe uma hierarquia sintática, podemos falar numa distribuição hierárquica dos valores jurídicos, dispostos também de maneira escalonada. Os princípios estariam ocupando posições privilegiadas nos patamares do ordenamento. E, mesmo que haja, em muitas circunstâncias, coincidência entre supremacia sintática e superioridade axiológica, a relação de correspondência não é necessária.

3<sup>a</sup>) Ao mencionarmos a locução “valores jurídicos” queremos aludir àqueles plasmados na linguagem do direito positivo e não a outros. Temos presente que as discrepâncias axiológicas conduzem a interpretações diferentes da mesma unidade normativa. Tais

dissonâncias, porém, se instalam em face de valores que o exegeta contrói a partir do texto, porquanto rejeitamos a tese da existência de um reino de valores suprapositivos, pairando sobre o sistema vigente. Esses núcleos significativos que revelam a preferência do legislador são depositados, consciente ou inconscientemente, na linguagem prescritiva do direito, presidindo a seleção de aspectos factuais e orientando a regulação das condutas intersubjetivas.

4ª) Como decorrência de tudo quanto foi dito, o saber se u'a norma consubstancia ou não determinado princípio é uma decisão eminentemente subjetiva, de cunho ideológico.

5ª) Entendemos que descabe um segundo juízo de valor que, incidente sobre o primeiro, opine a respeito das proposições teoréticas do conhecimento científico, manifestando-se o jurista dogmático a respeito da justiça, da racionalidade, da segurança ou da operacionalidade que certa ordem jurídica apresenta ou não apresenta. A aplicação, pela segunda vez, de uma inclinação ideológica, desvirtuaria os objetivos da Ciência, deslocando a atenção do objeto.

6ª) Refutamos, igualmente, qualquer tentativa de aprisionar tais núcleos de significação, que chamamos de valores, por meio de esquemas objetivos, adredemente preparados. Peleja contra eles o subjetivismo ínsito ao domínio do axiológico, que não admite esquemas dessa ordem. Tudo se dá, repetimos, pela combinação dos valores do sistema. Não é de estranhar-se, por conseguinte, que ninguém tenha inventado uma fórmula adequada para indicar a presença e orientar a aplicação de princípios como o da capacidade contributiva, o da proibição de confisco, o da estrita legalidade, o da anterioridade, o da igualdade tributária, para nos cingirmos tão-só a alguns exemplos.

7ª) A interpretação dos princípios, como normas que verdadeiramente são, depende de uma análise sistemática que leve em consideração o universo das regras jurídicas, enquanto organização sintática (hierarquia sintática) e enquanto organização axiológica (hierarquia dos valores jurídicos), pois assim como uma proposição prescritiva do direito não pode ser apreciada independentemente do sistema a que pertence, outro tanto acontece com os valores jurídicos injetados nas estruturas normativas. Desse processo de integração resultará o entendimento da mensagem prescritiva, em sua integridade semântica, sempre elástica e mutável.

8ª) Não vemos qualquer incompatibilidade entre o reconhecimento de princípios, expressos ou implícitos, e a proposta metodológica do neopositivismo lógico, seja no esquema de Hart, como na concepção de Kelsen.

9ª) No sistema constitucional brasileiro há muitos princípios que versam matéria tributária, razão pela qual a compreensão desse ramo do direito pressupõe demorada análise de preceitos da Lei Maior. Ressaltemos, dentre outros, o da igualdade, da legalidade estrita, da anterioridade, da isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição, da proibição de confisco etc.

10ª) Todo princípio atua para implantar seus valores. Há, contudo, conjuntos de princípios que operam para realizar, além dos respectivos conteúdos axiológicos, princípios de maior hierarquia, aos quais chamaremos de “sobreprincípios”. Entre esses está o da “segurança jurídica”.

11ª) Se num determinado sistema jurídico tributário houver a coalescência de diretrizes como a da legalidade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição, da anterioridade etc., dele diremos que abriga o sobreprincípio da segurança jurídica em matéria tributária.

12ª) A ilação anterior, entretanto, comporta duas verificações: uma, que se dá no plano sintático-semântico; outra, no plano pragmático da linguagem jurídico-normativa.

13ª) A certificação sintático-semântica da existência daqueles princípios, em dado ordenamento, não garante o reconhecimento do sobreprimado da segurança jurídica, pois uma linguagem não pode prescindir de sua dimensão pragmática, e o direito positivo, como tal, é concebido para projetar-se sobre a região material das condutas intersubjetivas, disciplinando-as para a obtenção de certos valores.

14ª) Sendo assim, de nada adiantam direitos e garantias individuais, placidamente inscritos na Lei Magna, se os órgãos a quem compete efetivá-los não o fizerem das maneiras que o bom uso jurídico requer.

15ª) A circunstância de que um princípio seja transgredido, uma ou mais vezes, pouco diz sobre sua eficácia. Impende saber se os mecanismos de recomposição, previstos pelo sistema, funcionam a ponto de restabelecer os valores ofendidos. Em caso afirmativo, teremos a manifestação de sua efetividade.

16ª) Não haverá respeito ao sobreprincípio da segurança jurídica sempre que as diretrizes que o realizem venham a ser concretamente desrespeitadas e tais situações infringentes se perpetuem no tempo, consolidando-se.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 1968.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.
- CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos Y positivismo jurídico*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
- CARVALHO, Paulo de Barros, *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 4ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2006.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 17ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2005.
- DWORKIN, Ronald M. “Is law a system of rules?”, in *Essays in legal philosophy*, Ed. Blackwell, Oxford, 1968.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, Ed. Atlas, São Paulo, 1988.
- HART, Herbert L. A. *El concepto del derecho*, traduzido por Genaro Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”, in *Escritos jurídicos e filosóficos*, v. 1, Ed. Axis Mundi-IBET, São Paulo, 2003.



# La mixtura del control de constitucionalidad argentino\*

*Por Walter F. Carnota \*\**

**RESUMEN.** El presente trabajo procura indagar la actualidad del control de constitucionalidad en la República Argentina. Para ello, pasa revista a los clásicos cánones hermenéuticos existentes en la materia, para luego reflexionar sobre los cambios operados en esas posturas a partir de fines del siglo pasado y comienzos del siglo XXI. Se han profundizado en los últimos tiempos los criterios que apuntarían informalmente a considerar a la Corte Suprema argentina como tribunal constitucional, sin reforma expresa, en coexistencia con el tradicional sistema difuso.

**ABSTRACT.** This paper aims to look into the current situation of the constitutionality control in the Republic of Argentina. It is for that purpose that classic hermeneutic canons on the subject are reviewed, so as to reflect on the changes that have taken place in these positions as from the end of the last century and beginning of the 21<sup>st</sup> century. In the last few years, the criteria that consider the Argentinean Supreme Court a constitutional court without there being a specific amendment have become stronger, co-existing with the traditional diffuse system.


**PALABRAS CLAVE.** Constituciones; Argentina; derecho constitucional; hermenéutica; filosofía del derecho; derecho procesal; jurisprudencia; reforma constitucional.

**KEY WORDS.** Constitutions; Argentina; constitutional law; hermeneutics; philosophy of law; procedural law; jurisprudence; constitutional reform.

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.



**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. Marcos condicionantes. 3. Convergencia de sistemas de control. 4. Evitación del control. 5. Intensidad del control. 6. Conclusiones: Mixtura en el control. Bibliografía.

# 1.

---

## INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad argentino, tal como aconteció con su modelo norteamericano, fue desarrollado a partir de moldes pretorianos, fijados reiteradamente desde el siglo XIX por los operadores judiciales encargados de la interpretación aplicativa de la Constitución.

Con un material normativo relativamente escaso, básicamente el artículo 31 de la norma de base que estipula el principio de supremacía constitucional y el artículo 116 que delimita las atribuciones competenciales del poder judicial federal, se fue delineando un corpus jurisprudencial que durante décadas perfiló a la inspección constitucional argentina.

Las dudas y tribulaciones que aquejaron en su momento a la Suprema Corte norteamericana luego de haber pronunciado el célebre *leading case Marbury v. Madison*<sup>1</sup> se replicaron en el alto tribunal argentino. Así, se fueron diseñando una serie de “cánones” o de “reglas de derecho judicial” que centraron su atención en los requisitos de admisibilidad y de procedencia del contralor.

Ello testimonia la importancia y relevancia del derecho sentencial como fuente del derecho constitucional. En efecto, en un alarde de declaracionismo, la Constitución Na-

---

<sup>1</sup> Véase CARNOTA, Walter F., “Doscientos años de justicia constitucional (A propósito del bicentenario de ‘Marbury v. Madison’)”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2003-B, Buenos Aires, pág. 1111.

cional prevé su prevalencia dentro del ordenamiento jurídico, pero por triste paradoja, máxime en el contexto de la experiencia política latinoamericana, nada dice acerca del mecanismo para hacerla funcionar. Fue la sucesiva labor de las diversas integraciones de la Corte Suprema de Justicia argentina la que estableció esos márgenes de actuación.<sup>2</sup>

## 2.

### MARCOS CONDICIONANTES

Clásicamente, la doctrina constitucional argentina sistematizó los marcos condicionantes del control bajo los siguientes rubros: a) causa judicial; b) gravamen al titular actual de un derecho; c) petitorio expreso de parte interesada.<sup>3</sup> La fisonomía de estos requisitos proviene de la jurisprudencia norteamericana, que ha insistido en la necesidad de exigir una contienda (*cases and controversies*) y un daño personal (*injury*).<sup>4</sup> Así, se fueron construyendo los cimientos de la inspección de constitucionalidad argentina, basada en la modélica *judicial review* de los Estados Unidos, en la que cualquier magistrado de cualquier instancia “puede involucrarse en la constitucionalidad de las leyes o actos de autoridad”.<sup>5</sup>

Empero, en clave comparativa, a lo largo del siglo XX, y a partir de la Constitución austríaca del 1 de octubre de 1920, diagramada por Hans Kelsen, coexiste al lado del sistema de la *judicial review* (control difuso de constitucionalidad) el esquema europeo de control de constitucionalidad, fincado en un tribunal especializado (control concentrado de constitucionalidad), con la pretensión de actuar como una suerte de “legislador negativo” frente a inconsistencias de la legislación infraconstitucional con la Ley Suprema.

---

<sup>2</sup> Debemos tener presente, en este contexto, que “en realidad el valor que se atribuye a las normas de origen jurisdiccional no proviene tanto del valor que se atribuye al órgano del que emanan, cuanto de que sean un producto de la ‘elaboración racional del propio Derecho’”. Véase AGUILO REGLA, Joseph, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pág. 21.

<sup>3</sup> Véase BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 451.

<sup>4</sup> Véase BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, t. II, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pág. 23.

<sup>5</sup> Véase CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D. F., 2005, pág. 118.

Bien ha destacado el constitucionalista peruano José F. Palomino Manchego que el concepto de Constitución que prevalece en nuestro tiempo difiere sustancialmente de aquél altamente formalista que manejaba Kelsen. Y como lógica consecuencia, se desprende que las características que ha asumido el control concentrado en aquellos ordenamientos jurídico-político que lo adoptaron no son las mismas.

Hoy en día la jurisdicción constitucional parte de la premisa de un concepto de Constitución mucho más sustantivo, enancado en una serie de principios, reglas y valores que deben ser muchas veces desentrañados por el operador judicial del sistema. De lo contrario, la faena hermenéutica queda trunca o incompleta, y el precepto constitucional no puede realizarse en su cabalidad.<sup>6</sup>

### 3.

---

## CONVERGENCIA DE SISTEMAS DE CONTROL

Así las cosas, en las últimas décadas ha sido muy difícil detectar “sistemas puros” de control; las más de las veces se ofrecen en el mercado comparado experiencias que prevalementemente se orientan en tal o cual dirección, pero que “piden prestado” (*constitutional borrowing*)<sup>7</sup> de otros modelos algunos aspectos de su control de constitucionalidad. En esta inteligencia, reiteramos lo que sostuvimos junto a Germán Bidart Campos,<sup>8</sup> con muy buen acompañamiento doctrinario por cierto,<sup>9</sup> en el sentido de que no hay esquemas ideales de contralor constitucional, sino que cada régimen político o

---

<sup>6</sup> Aclara Häberle que en el ejemplo alemán, “el Tribunal Constitucional desarrolla el Derecho procesal constitucional a partir de la Ley Fundamental y de los estatutos del Tribunal Constitucional. Continúa pensando en su desarrollo, rellena sus ‘vacíos’ y se mueve en el fructífero campo de tensiones de ‘el principio y la norma’. Los puentes a una interpretación integral son obvios”. Véase HÄBERLE, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”, en *Pensamiento Constitucional*, n.º 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, pág. 44.

<sup>7</sup> Para el caso argentino, véase el polémico trabajo de ROSENKRATZ, Carlos F., “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n.º 2, Oxford University Press, Nueva York, abril de 2003, pág. 269.

<sup>8</sup> Véase BIDART CAMPOS, Germán J., y CARNOTA, Walter F., *Derecho constitucional comparado*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 141.

<sup>9</sup> Véase SAGÜÉS, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 495.

Estado va moldeando “su” sistema propio, de acuerdo con las necesidades y circunstancias que haya atravesado. Mal se podría desde la academia jurídica pontificar acerca de las bondades (o de las maldades) de tal o cual sistema, cuando la realidad indica que su diseño es funcional para tal o cual país.<sup>10</sup>

De todas maneras, en los últimos tiempos se ha ido incrementando la proximidad, vecindad o convergencia entre sistemas,<sup>11</sup> fruto de la creciente globalización jurídica, de la transnacionalización de la función jurisdiccional,<sup>12</sup> del incesante aumento de intercambios de toda índole, etc.

Poco o nada también queda del tercer sistema muchas veces referido, que fincaba en una suerte de “control político de la constitucionalidad”. En efecto, la caída de las “democracias populares” con la ex Unión Soviética a la cabeza,<sup>13</sup> y las exigencias al Parlamento inglés oriundas del derecho comunitario europeo de los derechos humanos,<sup>14</sup> lo han tornado virtualmente pieza de arqueología.

---

<sup>10</sup> Bien se ha afirmado que “cuando se habla de ‘modelos constitucionales’, se subraya la idoneidad-capacidad de los mismos para *influir* los ordenamientos de otros sistemas; de *condicionar* de algún modo su estructura y articulación, pero sin *reproducirse* en ellos como por efecto de una *clonación*. Por consiguiente, la búsqueda de los vestigios de un modelo constitucional en otro ordenamiento debe saber discriminar los elementos constitutivos y secundarios del mismo modelo, adoptados eventualmente por el sistema constitucional investigado”. Véase PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al derecho público comparado (metodología de investigación)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2006, págs. 124-125 (énfasis en el original).

<sup>11</sup> Véase FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2004.

<sup>12</sup> Ello ha erosionado el tradicional concepto de soberanía política. Véase STACK, John F., Jr., “Judicialization and Sovereignty”, en VOLCANSEK, Mary L., y STACK, John F., Jr., *Courts Crossing Borders (Blurring the Lines of Sovereignty)*, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2005, pág. 13.

<sup>13</sup> Véase SCHWARTZ, Herman, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2000.

<sup>14</sup> En donde puede eventualmente declararse la incompatibilidad de la legislación emanada del Parlamento de Westminster, con el derecho internacional convencional, con arreglo a la *Human Rights Act* de 1998. Véase CARNOTA, Walter F., “La evolución constitucional británica”, en *Revista Jurídica del Perú*, ed. Normas Legales, Trujillo, septiembre-octubre de 2005, pág. 77. Véase asimismo ROSA, Francesca, “Los países sin control de constitucionalidad de las leyes. Reino Unido, Holanda, Finlandia, Israel”, en GROPPI, Tania, y otros (coords.), *La justicia constitucional en Europa*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Querétaro, 2004, pág. 256.



## 4.

---

### EVITACIÓN DEL CONTROL

Una de las máximas del control difuso, tanto en Estados Unidos como en Argentina, ha estado dada por lo que se conoce como *doctrina de la evitación* (*avoidance doctrine*), debida al influjo de Louis Brandeis.<sup>15</sup>

Esta armazón conceptual, fruto de esos temores de la Corte Suprema norteamericana *post-Marbury*, sugiere que la declaración de inconstitucionalidad es un remedio de ultimísimo instancia, de *last resort*. En efecto, acudir a la invalidación constitucional configura la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, como reitera hasta el cansancio el derecho judicial de la Corte Suprema argentina.

## 5.

---

### INTENSIDAD DEL CONTROL

Pueden relevarse, además, una serie de hitos en el derecho sentencial de esa Corte Suprema, que paradójicamente a lo afirmado abonarían la tesis de un ejercicio cada vez más intenso (y concentrado) del contralor constitucional.

Así, el 19 de agosto de 1999<sup>16</sup> ese máximo tribunal resolvió una acción declarativa de certeza planteada por uno de sus propios miembros, el doctor Carlos S. Fayt, tendiente a declarar la nulidad del artículo 99, inciso 4, de la Constitución Nacional, incorporado por la reforma de 1994, que estipulaba que los jueces al cumplir setenta y cinco años de edad debían someterse a un nuevo acuerdo por parte del Senado.

La relevancia del pronunciamiento reseñado estriba en que por primera vez el alto tribunal declaró la “nulidad” (léase invalidez constitucional o declaración de

---

<sup>15</sup> Véanse las reglas del juez Brandeis en LÓPEZ BOFILL, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 242.

<sup>16</sup> Fallos de la Corte Suprema argentina 322: 1616.

inconstitucionalidad) de una cláusula agregada por un proceso revisor. Se alejó así de su línea jurisprudencial tradicional, por la cual la temática de la reforma constitucional era considerada como una *cuestión política no justiciable*. La mayoría de la Corte (el juez Petracchi se excusó y el juez Bossert escribió una disidencia parcial) resolvió el pleito de manera análoga a como lo había hecho la juez federal de primera instancia. Eligió apartarse del criterio, en cambio, seguido por la Cámara de Apelaciones respectiva, para la cual la disposición constitucional impugnada no era aplicable al actor por vulnerar sus derechos ya adquiridos.

El curso de acción seguido por la Corte puede considerarse extremo,<sup>17</sup> en cuanto nulificó de raíz una política adoptada por el poder constituyente reformador.

También, en otro orden de experiencias y de ideas, se presentó una interesante discusión en relación con la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral argentino, en cuanto prohibía el sufragio de los procesados no condenados, en abierta y flagrante contradicción con la estipulación contenida en la parte final del párrafo segundo del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), que circunscribe la restricción a aquellos quienes tuviesen “condena, por juez competente, en sede penal”.

Ante una presentación de amparo efectuada por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), dirigida a cuestionar la apuntada validez constitucional de ese precepto, la judicatura argentina tuvo respuestas dispares. Así, mientras la primera instancia federal desestimó la demanda impetrada por el organismo defensor de derechos humanos, la Cámara Nacional Electoral receptó la inconstitucionalidad que se había deducido. Empero, modalizó dicha declaración, al subordinar su efectividad al quehacer de los órganos políticos del Estado, a los que incumbía a su entender el dictado de la reglamentación pertinente que posibilitase el voto de los procesados no condenados.

Una primera arista de esta causa, que fue finalmente resuelta por la Corte Suprema el 9 de abril de 2002,<sup>18</sup> *Mignone, Emilio Fermín*, entonces, es el reconocimiento a favor de la entidad accionante de su legitimación activa (el famoso *standing to sue* del derecho angloamericano). En efecto, el considerando sexto del primer voto traza un paralelo con la acción de hábeas corpus y termina admitiendo la actuación del CELS bajo ese paraguas tutelar. Por el contrario, y aun computando matices diferenciales, los votos con-

---

<sup>17</sup> Sus críticas en HERNÁNDEZ, Antonio María (h), *El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001.

<sup>18</sup> Fallos de la Corte Suprema Argentina 325: 524.

corrientes de los jueces Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert admiten plenamente la capacidad procesal del CELS, en cuanto su intervención se compadece con los fines estatutarios fijados de antemano.

Pero indudablemente el peso del fallo no está dado sólo en este aspecto procesal de la cuestión, sino incluso en sus grandes implicaciones en materia de contralor constitucional. Clásicamente, el control de constitucionalidad argentino, correspondiente a la filia- ción norteamericana o difusa, señalada *supra*, tenía como característica en el ámbito fede- ral y en punto a sus efectos el carácter de inter partes. Ello significa que el acto declarativo proferido por el juez o tribunal aprovecha o perjudica tan solo a quienes han sido partes procesales actuantes o intervinientes en la contienda respectiva.

La decisión aquí adoptada revela con claridad una vocación expansiva de la senten- cia declarativa de inconstitucionalidad. En oportunidad anterior, hemos incluso manifes- tado que en este caso “el más Alto Tribunal fue más lejos, exhortando a que los órganos políticos competentes en el término de seis meses implementen el derecho que se recono- ce a los procesados. Hasta ahora era muy infrecuente en nuestro derecho constitucional encontrar pronunciamientos (que al contrario son muy comunes en el derecho continental europeo) que invitasen al legislador y/o al poder administrador a realizar *en términos de generalidad* una conducta que está alojada en la órbita de su competencia funcional”.<sup>19</sup>

El dictado de la ley 25.828 vino a poner la cuestión en su quicio, al derogar lisa y llanamente al mentado inciso *d* del artículo 3 del Código Electoral.

Al cumplirse exactamente cinco años del caso *Fayt* analizado *supra*, la Corte Supre- ma, en autos *Banco Comercial de Finanzas* (sentencia del 19 de agosto de 2004),<sup>20</sup> decidió horadar otro de los tradicionales requisitos del control difuso, y dejó de exigir que la declaración de inconstitucionalidad fuera pedida por la parte, admitiendo su viabilidad *ex officio*. Para ello el tribunal siguió la buena doctrina que considera que las cuestiones constitucionales son jurídicas, no fácticas, cuya articulación puede ser subsanada por el juzgador (*iura curia novit*).

En tres sentencias del año 2005, la Corte también dio muestras de un vigoroso control, ya con una composición remozada. A casi diez años exactos de la entrada en vigencia de la infausta ley 24.463, nominada “de solidaridad previsional”, la Corte Supre-

---

<sup>19</sup> Véase CARNOTA, Walter F., “Política penitenciaria y sufragio. Las sentencias ‘bilaterales’ en el derecho argentino”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2002-C, Buenos Aires, pág. 1411.

<sup>20</sup> Fallos de la Corte Suprema Argentina 327: 3117.

ma vino en *Iztcovich* (sentencia del 29 de marzo de 2005)<sup>21</sup> por fin a declarar la invalidez constitucional de su artículo 19, mediante el cual se posibilitaba la interposición de un recurso *ordinario* ante sus estrados. La *comunidad interpretativa* había llegado a un consenso acerca de su manifiesta antijuridicidad, por dilatar al extremo créditos de la seguridad social con estirpe netamente alimentaria. Pero a los claros motivos de tutela judicial efectiva, de no dilación y de no postergación de prestaciones de subsistencia y ancianidad, y en definitiva, de falta de celeridad procesal, se venía a adunar una razón de peso institucional. El recurso ordinario vino en la práctica a colapsar al máximo tribunal y resultaba, a la luz de la “evidencia empírica” recogida en sus diez años de funcionamiento, en francamente irracional, como repetidamente insiste la Corte en esta sentencia para salvar su rol. Finalmente, aquí también reactivamente, el Congreso, mediante la ley 26.025, reemplazó el criterio vertido por la Corte Suprema.

Dos fallos en materia penal también son indicadores de un control amplio. En *Verbitsky* (sentencia del 3 de mayo de 2005) se admitió un “hábeas corpus colectivo correctivo”. La creación fue enteramente pretoriana y original, puesto que el artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución argentina reformada en 1994 acepta el amparo colectivo, pero nada dice del hábeas corpus, más allá de su clásico perfil individual que se encuentra en el cuarto párrafo de ese precepto.

Allí la Corte, en su considerando 26, hace una referencia elíptica a su papel de “Corte constitucional”, expresión inédita hasta ese momento, ya que históricamente se definía como “último intérprete de la Constitución” y como “tribunal de garantías”, pero había evitado escrupulosamente esa autodefinición, más emparentada netamente con la atmósfera europea que con la norteamericana.

Más recientemente, en autos *Mendoza, Beatriz* (sentencia del 20 de junio de 2006, que reafirma la línea de delimitación conceptual de la noción de *causa civil*), subrayó en su considerando undécimo que esta tesitura denota “una profundización de su firme y enfática decisión destinada a preservar sus limitados recursos humanos y materiales para el fiel ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente”, para luego hacer referencia a “este estrado exclusivamente constitucional” (considerando decimotercero, *in fine*).

---

<sup>21</sup> *Boletín Oficial* del 30 de marzo de 2005. No es habitual que una sentencia de la Corte argentina se publique en ese medio, históricamente reservado para las leyes y actos administrativos. La parte dispositiva de la sentencia así lo ordena, sin duda como muestra de una “generalidad” en sus efectos.

## 6.

---

### CONCLUSIONES: MIXTURA EN EL CONTROL

De la *masa crítica* jurisprudencial recabada, y de las tendencias inducidas, puede colegirse que en los últimos años la Corte Suprema argentina ha intentado reafirmarse, con mayor o menor éxito, como poder del Estado. Se ha dicho desde mucho tiempo atrás que la Corte, además de un tribunal, es cabeza de un poder (el judicial). Empero, en el período más reciente es dable advertir que el control de constitucionalidad argentino, sin abandonar su impronta difusa sempiterna, también intenta conllevar un nivel de concentración y de abstracción, sobre todo en punto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, localizado en la Corte Suprema de Justicia.

Así, sin reforma constitucional expresa (a diferencia, por ejemplo, de lo que aconteció en México en 1994), se procuraría tener una cara *difusa* y otra *concentrada*, una mixtura o hibridez en la efectividad de las conductas del máximo operador de la Constitución argentina.

---

### BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán J., y CARNOTA, Walter F., *Derecho Constitucional Comparado*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D. F., 2005.
- CARNOTA, Walter F., “Doscientos años de justicia constitucional (A propósito del Bicentenario de ‘Marbury v. Madison’”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2003-B, Buenos Aires.
- “La evolución constitucional británica”, en *Revista Jurídica del Perú*, Normas Legales, Trujillo, septiembre-octubre de 2005.
- *Política penitenciaria y sufragio. Las sentencias ‘bilaterales’ en el derecho argentino*”, en “*Revista Jurídica La Ley*”, 2002-C, Buenos Aires, p.1411.

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2004.
- HÄBERLE, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”, en *Pensamiento Constitucional*, n.º 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- HERNÁNDEZ, Antonio María (h), *El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al derecho público comparado (metodología de investigación)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2006.
- ROSA, Francesca, “Los países sin control de constitucionalidad de las leyes. Reino Unido, Holanda, Finlandia, Israel”, en GROPPI, Tania, y otros (coords.), *La justicia constitucional en Europa*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Querétaro, 2004.
- ROSENKRATZ, Carlos F., “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n.º 2, Oxford University Press, Nueva York, abril de 2003.
- SAGÜÉS, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001.
- SCHWARTZ, Herman, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2000.
- STACK, John F. (Jr.), “Judicialization and Sovereignty”, en VOLCANSEK, Mary L., y STACK, John F. (Jr.), *Courts Crossing Borders (Blurring the Lines of Sovereignty)*, Carolina Academic Press, Durham, 2005.

# El elemento estatutario del secreto como instrumento de efectiva realización de las garantías \*

*Raúl Cervini \*\**

**RESUMEN.** La dirección dogmática del instituto del *secreto* en general se define en plenitud a partir de la llamada *teoría de las esferas*. Este moderno paradigma de trabajo permite ubicar tomográficamente las distintas manifestaciones de la intimidad/privacidad en esferas concéntricas de radio progresivamente mayor, en relación inversa a la intensidad de su protección: la esfera de lo individual, la esfera privada, la esfera de confianza y por último la del secreto, que se consustancia con lo medular de la libertad. Esta visión medular del secreto debe traducirse en su concepto dogmático y por natural derivación en el elenco de sus elementos estructurales; clásicamente: subjetivismo relativizado, actualidad, relevancia jurídica y relativismo. Se propone un quinto elemento, el estatutario, que transforma al instituto en un sistema de derecho-deber en clave de garantías. A efectos de demostrar la utilidad de tal propuesta se recurre al análisis del secreto bancario uruguayo, que permite visualizar la pertinencia normativa y los límites de la legitimación activa del deudor del secreto, así como los medios procesales para hacerla efectiva.

**ABSTRACT.** The dogmatic orientation of the *secret* as an institution is generally fully defined from the theory referred to as the *theory of the spheres*. This modern working paradigm enables us to pinpoint the various manifestations of intimacy/privacy in concentric spheres of progressively larger radius, inversely related to the intensity of their protection: the

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, 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 de la Universidad Católica del Uruguay y director del Área Penal de la misma Universidad. Profesor Titular (G.4) de Derecho Penal II en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República. Secretario General para América Latina y 2.º Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies-NY).

individual sphere, the private sphere, the trust sphere and, lastly, the secret sphere, consubstantially related to what freedom essentially is. This essential view of the secret must be expressed through its dogmatic concept, and due to natural derivation, through the variety of its structural elements; classically: relative subjectivism, current situation, legal relevance and relativism. A fifth element is put forward, the statutory one, which turns this institution into a right-obligation system with certain guarantees. The Uruguayan banking secrecy is analyzed so as to prove the usefulness of said proposal, enabling us to visualize the relevance of the legislation and the limits of the active legitimization of the debtor whose secrecy is kept, as well as the procedural means to make it effective.

**PALABRAS CLAVE.** Teoría de las esferas; secreto bancario; relativismo; garantías; paradigma.

**KEY WORDS.** Theory of the spheres; banking secrecy; relativism; guarantees; paradigm.

**SUMARIO.** 1. La dirección dogmática del secreto como expresión de la libertad. La teoría de las esferas. 2. Trascendencia de los diferentes criterios sobre los elementos del secreto en clave de garantías de sus titulares. 3. Consideraciones generales sobre los elementos clásicos de la estructura del secreto. Sus limitaciones. 4. Sentido y trascendencia del elemento estatutario. 5. Reflexiones finales. Bibliografía



# 1.

---

## LA DIRECCIÓN DOGMÁTICA DEL SECRETO COMO EXPRESIÓN DE LA LIBERTAD. LA TEORÍA DE LAS ESFERAS

1. El secreto en general, como instituto protegido por un Estado con vocación democrática, está ineludiblemente vinculado a la tutela de un derecho fundamental como lo es la intimidad y privacidad, expresiones del paradigma de portada general de la libertad.<sup>1</sup> Lo expresado resulta generalmente admitido sin reservas, pero éstas surgen respecto del alcance del instituto del secreto al momento de plantear ciertos casos concretos y, fundamentalmente, al abordar la viabilidad jurídica de una legitimación activa de los encargados de su custodia en defensa de la información recibida en su investidura de confidentes necesarios. Temas de tanta trascendencia no pueden entenderse adecuadamente, sin recurrir a aquello que Maurach designa como *la dirección dogmática de los institutos*,<sup>2</sup> o sea, el sentido, la trascendencia dogmática y político-criminal que el legislador ha procurado a través de su protección.

---

<sup>1</sup> Cf. BOGGIO, C.; CAPONI, E., y COACCIOLI, A., "Secret bancaire en Droit italien", *Séminaire de Droit Bancaire*, Ginebra, 2-3 de febrero de 1996, pág. 36; ESTADELLA YUSTE, O., *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Tecnos, Madrid 1995, pág. 60; GIANFELICI, E., *Il segreto bancario. Norme civili, penali e fiscali*, Giuffrè, Milán, 1996.

<sup>2</sup> MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 225, MAURACH, Reinhart, y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general, t. I*, trad. de la 7.ª ed. alemana por Jorge Boffil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 340.

2. Dicho lo anterior debemos precisar que normalmente se reconoce que el instituto del secreto *latu sensu* está destinado a proteger la *libertad individual* y, más singularmente, un aspecto de ella que es la *intimidad/privacidad* de la persona. En esa dirección se ha procurado vertebrar la protección del secreto en general recurriendo a distintas líneas teóricas.<sup>3</sup> Entre esas vertientes hay una desarrollada fundamentalmente en Alemania respecto de la cual nos hemos ocupado en trabajos anteriores,<sup>4</sup> la que resulta especialmente apropiada para la comprensión y delimitación tomográfica de la esfera de la intimidad comprensiva del instituto del secreto: se trata de la llamada *teoría de las esferas*.<sup>5</sup>

Esta exposición teórica constituye un serio intento de delimitar el contenido del *derecho a la intimidad*. Se trata de una construcción elaborada originalmente por la doctrina civilista,<sup>6</sup> tras el paso decisivo que supuso el reconocimiento del derecho general de la personalidad.

El derecho subjetivo del individuo a proteger los secretos de su vida privada frente a una publicidad no deseada fue formulado por primera vez en Alemania por Köhler, en 1880. Lamentablemente la idea no encontró recibo jurisprudencial hasta la mitad del siglo siguiente. Una legislación anclada en la pandectística del siglo XIX, que se limitaba a la protección de intereses patrimoniales, sólo podía conceder protección a bienes jurídicos de la personalidad en casos aislados y expresamente reconocidos. El reconocimiento de ese derecho general de la personalidad no fue posible hasta la entrada en vigor de la Constitución alemana, que proclamaba el derecho del individuo al respeto de su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (artículos 1 y 2, Grundgesetz). Esa postura implicó un definido y excluyente protagonismo de la judicatura como árbitro imparcial y necesario, al menos en lo que se relacionaba con la protección de los reductos más sensitivos de

---

<sup>3</sup> BACRIE, Stéphane, *Le secret professionnel. Éléments constitutif*, Nouvelle Presses Universitaires de France, París 1999, págs. 35 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "El secreto bancario como secreto profesional en el Proyecto del Código Penal Español de 1980", en *Revista de Derecho Penal*, n.º 2, FCU, Montevideo, 1980, pág. 6.

<sup>4</sup> CERVINI, Raúl, "Uruguayan Bank Secrecy-Regulation", en SEVERIN, Louis W. (comp.), *Recent Developments in Relation to Bank Secrecy*, Ladelt, Austin, 1990; del mismo tenor: "La dirección dogmática del secreto bancario en un Estado democrático de derecho", en <www.direitocriminal.com.br> (10.1.2001).

<sup>5</sup> Cf. GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, "La protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas", en *Revista de Derecho Público*. Comentarios a la legislación penal, dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL y coordinados por Miguel BAJO FERNÁNDEZ, t. VII, ed. Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, págs. 63 y ss.

<sup>6</sup> Un sistema de delimitación en cierto modo semejante, aunque desde otros presupuestos, se puede encontrar en WESTIN, Alan F., "Science, Privacy, and Freedom: Issues and Proposals for the 1970's", en *Columbia Law Review*, 66 (1966), págs. 1020 y ss.

la libertad. Así, en los años cincuenta las decisiones de los tribunales germanos comenzaron a reconocer en forma inequívoca este derecho general de la personalidad y con ello avanzaron decididamente en el reconocimiento del binomio intimidad/privacidad como el “último e inviolable reducto de la libertad humana”.

Inevitablemente se abrió a continuación un amplio debate, que aún perdura, para fijar el contenido y los contornos de este derecho a la intimidad. Precisamente un abordaje a este problema se presenta a través de la *teoría de las esferas*, formulada por Hubmann en 1953<sup>7</sup> y entre los penalistas recogida por Henkel en 1957.<sup>8</sup> La tesis de Hubmann parte de la división de este derecho general de la personalidad en tres sectores o áreas de la intimidad, cada uno de los cuales constituye una esfera. Tenemos así en esta primera formulación tres campos de la intimidad: la *esfera individual*, la *esfera privada* y la *esfera de secreto*. La aportación de Henkel, de muy precisa utilidad en el campo penal, consistió, además de unos pequeños ajustes de terminología, en añadir otro espacio de protección: entre la esfera privada y la esfera de secreto introdujo la denominada *esfera de confianza*.<sup>9</sup>

A partir de lo dicho, la teoría de las esferas, en su formulación, que podríamos considerar como moderna y plenamente asimilable a la dogmática penal,<sup>10</sup> toma como punto de partida la idea de que las distintas manifestaciones de la personalidad pueden ordenarse en una gradación que va desde lo estrictamente íntimo a lo totalmente público. Esa gradación se refleja en una serie de esferas concéntricas de radio progresivamente mayor, en relación inversa a la intensidad de su protección. En otras palabras, a medida en que el radio disminuye, se justifica una protección progresivamente mayor.

La esfera de radio más amplio es la *esfera individual*, que comprende la protección del individuo en la sociedad; se incluyen en ella, por ejemplo, como aspectos protegidos, la integridad corporal, el honor o el nombre.

La segunda esfera, que tiene ya un radio menor, es la *esfera privada*, que abarca la defensa del individuo ante la sociedad; es decir, la protección del ámbito más personal e

---

<sup>7</sup> HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2.ª ed., Köln-Graz, Böhlau, 1967 (1.ª edición, 1953), págs. 267 y ss.

<sup>8</sup> HENKEL, “Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion”, en *Verhandlungen des Zweiundvierzigsten deutschen Juristentages*, Düsseldorf, 1957, Tubinga, C. B. Mohr, 1959, págs. 60 y ss.

<sup>9</sup> Cf. HENKEL, op. cit., págs. D 80 y ss.

<sup>10</sup> Véase la síntesis de BRICOLA, Franco, “Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, págs. 1083 y ss., que siguen también MORALES PRATS, Fermín, “Privacy y reforma penal: la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal (1983)”, en *Documentación Jurídica*, 37-40, vol. 1, 1983, pág. 128 y ss., y GARCÍA VÍTORIA, Aurora, *La protección de la intimidad en el derecho penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona, Aranzadi, 1983, págs. 20 y ss.

íntimo de vida (*Privatsphäre*). Abarca todos los comportamientos, noticias, etc., que el sujeto desea que no se conviertan en objetos de dominio público (por ejemplo, la propia imagen).

En un espacio más interior se acuna la *esfera confidencial o de confianza* (*Vertraulichkeitssphäre*), que comprende aquellos hechos, noticias, etc., de los que el sujeto hace partícipes a personas de particular confianza; noticias confidenciales son, por tanto, aquellas que constituyen una llamada personal e individualizada a la confianza del destinatario. De esta esfera confidencial están excluidas, por tanto, incluso personas que operan en la vida privada y familiar.

Por último, aparece el coto más exclusivo de la *esfera de secreto* (*Geheimsphäre*), atinente a aquellos hechos, noticias o datos que por su naturaleza resultan vocacionalmente inaccesibles a todo el que no sea titular personal directo y quien lo es tan solo en su carácter de confidente necesario del secreto. Se ha expresado que este campo de la intimidad *se consustancia con lo más medular de la libertad*, pues trasciende su protección y defensa externa conectándose con un aspecto relevante del sentir interno. No obstante lo señalado, este nivel es el que se encuentra más expuesto, debido fundamentalmente a dos causas: en primer lugar, la dispersión institucional a la que llevó la corporativización profesional de los confidentes necesarios, y en segundo lugar, el desarrollo de criticables legislaciones de carácter intervencionista o activo e incluso regulaciones públicas de menor jerarquía, que pretenden sacrificar ciertas garantías sustantivas y adjetivas, constitucionalmente consagradas, bajo pretexto de una supuesta eficacia.

3. Hay que advertir que en la sistemática de esta moderna teoría de cerne constitucional, la separación entre las distintas esferas no es absoluta; por el contrario, existe una comunicabilidad funcional entre ellas. Por ejemplo, es frecuente que noticias confidenciales asuman carácter de secreto, como sucede en el caso del secreto epistolar; de la misma forma puede ocurrir —y ello resulta fundamental respecto del tópico *secreto profesional*— que la intervención del consentimiento pueda provocar que el contenido de la esfera de secreto pase a la esfera de confianza, por el funcionamiento del mecanismo de la liberación voluntaria al confidente necesario, o bien desde ésta hacia la esfera privada. En este sentido, señala acertadamente Morales Prats<sup>11</sup> que, en realidad, más que ante esferas

<sup>11</sup> Cf. MORALES PRATS, op. cit., pág. 129.

concéntricas, nos hallaríamos ante una suerte de *espiral de sincronía funcional hacia la realización de la libertad*. Agrega el mismo autor que esta eventualidad de movilidad funcional entre las esferas no contradice en absoluto el principio cardinal de la inviolabilidad del secreto, cuando no se da el supuesto básico de liberación del confidente necesario por parte del primer titular, del concernido directo de él.

4. Como vemos, el secreto está expuesto a una antinomia: tiene por un lado un polo subjetivo que es la esfera sensible y merecedora de mayor protección de la libertad que se vincula al concernido; por otro, tiene un polo institucional que atañe al custodio, confidente necesario, encargado de su protección. Por su propia naturaleza exhibe una configuración plural de los vinculados por la reserva; el principal concernido tiene la facultad de liberar al confidente profesional, mientras que el custodio de la reserva sólo está legitimado a difundir el contenido de privacidad del primero si éste lo libera y sólo en tal hipótesis. Sin duda alguna, el polo subjetivo se conecta con el institucional por una relación de inevitable necesidad o utilidad que sólo el concernido directo estará en condiciones de evaluar (criterio funcional operativo). A su vez, la expectativa de reserva impone al depositario del secreto un correlato especialmente enérgico respecto de la exigibilidad de ese deber.<sup>12</sup>

En la medida en que la relación de secreto aparece dentro de una inescindible vinculación funcional entre cliente y confidente necesario, el bien a tutelar será bifronte. Aparecerán como objeto de tutela tanto ese último reducto de la libertad humana que es el secreto como la especialmente calificada obligación de reserva de aquel llamado a su custodia. Consecuentemente con ello, intentamos reafirmar con este trabajo que el deudor o custodio del secreto (ejemplo: el profesional) es portador de un estatuto de derecho-deber compuesto, y no cumple solamente con observar el debido sigilo, sino que en ciertas ocasiones le corresponde también hacer activa protección frente a las pretensiones ilegítimas de las autoridades de penetrar su infranqueable esfera de custodia.

---

<sup>12</sup> Cf. MEYRE, Leon Henri, "Le secret professionnel du banquier et ses limites", en *Le secret bancaire et professionnel. Études e documents*, Union Internationale de Avocats, ed. Belleville-Reneaux, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1989, pág. 103. También sobre la irrenunciabilidad de la carga de sigilo del profesional en general: FLECK MOYANO, Patricia Luján, "European Community Bank Secrecy", Inform Melbure Superior Institute, publicado en *Business Law (International)*, Londres, setiembre 1999, pág. 46.

5. En tal contexto, la protección de la intimidad trasuntada en el secreto tiene clara raigambre constitucional, de modo que resulta inherente a los paradigmas propios del Estado democrático republicano social de derecho, y por lo tanto se desprende, entre otras normas, del artículo 72 de la Constitución. También tiene como fuente el artículo 28 de la Carta, el cual dispone que los “papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general”.

Ese origen constitucional del secreto y del derecho a la intimidad puede en algunos casos excepcionales ser limitado por ley, pero esas leyes, además de responder al interés general, deben estar claramente dirigidas a una excepcional y taxativa intrusión en esa esfera. En otras palabras, la intrusión no puede extraerse de una interpretación, sino que debe estar claramente definida y limitada en la ley.<sup>13</sup>

## 2.

### TRASCENDENCIA DE LOS DIFERENTES CRITERIOS SOBRE LOS ELEMENTOS DEL SECRETO EN CLAVE DE GARANTÍAS DE SUS TITULARES

1. Puede y debe avanzarse un poco más. Hace unos años hemos trabajado sobre los elementos que constituyen caracteres estructurales del secreto en general.<sup>14</sup> Para esa ponencia partimos del concepto base de Crespi,<sup>15</sup> difundido en nuestro medio en la estupenda obra de Bayardo *La tutela penal del secreto*.<sup>16</sup> De acuerdo con dicho concepto, el secreto

<sup>13</sup> Cf. PARDIN, Paolo, *VM Asociación Internacional de Seguridad Bancaria. Dossier B211*, París, 1993, págs. 8 y ss. En el mismo sentido, BASTIANI, Tulio, Informe 36/99: “Alcances del Secreto Profesional- Aspectos Generales y particulares”, presentado en la XXXIV Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Nueva York, julio 2005.

<sup>14</sup> CERVINI, Raúl, “El elemento estatutario del secreto como afirmación de las garantías”, en *Revista CEJ*, Centro de Estudios Judicarios do Conselho da Justiça Federal, año VII, Brasília, marzo de 2003, págs. 75 y ss.; el mismo artículo en su versión en italiano: “L'elemento statutario del segreto come strumento di garanzia”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Università di Urbino*, vol. IV, n.º 1, 2003, págs. 40 y ss.

<sup>15</sup> CRESPI, *La tutela penale del segreto*, BRI, Palermo, 1952, pág. 19.

<sup>16</sup> BAYARDO BENGOA, Fernando, *La tutela penal del secreto*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Sección III, CXVII, ed. Facultad de Derecho, Montevideo, 1961, págs. 16 y ss.

sería el “estatuto” (Bayardo lo recoge como “estado”) en cuya virtud, el titular de un interés actual y jurídicamente relevante, determina razonablemente, de acuerdo con la naturaleza de los objetos a que se refiere su conocimiento, que la cognición de éstos debe permanecer vedada a todos o reservada sólo a determinadas personas.

2. Dicho lo anterior, ¿cuáles serían los elementos o características estructurales del instituto de dicho secreto en general? Mayoritariamente se ha sostenido que lo son el *subjetivismo relativizado* (el secreto requiere de una actitud personal de principio del titular para dilucidar cuándo un objeto está dotado del atributo de la reserva, condición naturalmente relativizada por la racionalidad, en atención a la naturaleza misma del objeto a que se refiere), *la actualidad* (no del acontecimiento sino del interés que concierne al titular), *la relevancia jurídica* (en el sentido de interés jurídicamente apreciable y relevante para el derecho) y *el relativismo* (la protección del secreto está condicionada a la voluntad de su titular y/o a la eventual notoriedad del hecho por causas ajenas a su voluntad) Esto es lo que sostuvieron Bayardo y la casi unánime doctrina de su tiempo.<sup>17</sup>

3. Por nuestra parte, basándonos en ciertas reflexiones aisladas en la clásica obra de Crespi<sup>18</sup> e incluso en la más reciente obra de Vitelli,<sup>19</sup> hemos propugnado el reconocimiento de una quinta y fundamental característica del instituto del secreto: el *elemento estatutario*. Este elemento, en somera síntesis, consiste en que el secreto en general es un instituto bifronte, un verdadero esquema o estatuto de derecho-deber, que otorga a su depositario el privilegio del sigilo, pero que a la vez le impone el deber de accionar en su defensa. Esta tesitura conlleva un claro carácter garantista, al dotar a su depositario ya no sólo de la facultad de ampararse en el sigilo, sino de la concreta obligación (no una simple acción discrecional) de protegerlo activamente, recurriendo a todas aquellas vías procesales y recursos a través los cuales esté en condiciones de concretar su más eficaz defensa. Esta concepción, que tiende a reforzar las garantías inherentes a un estatuto de sigilo constitucionalmente consagrado, ha recibido recientemente el respaldo de prestigiosa doctrina italiana.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> *Ibidem*, págs. 17-26.

<sup>18</sup> CRESPI, op. cit., págs. 33 y 41

<sup>19</sup> VITELLI, Mario Andrea, *Tutela penale e nozione moderna di segreto*, Il Fisco, Roma-Milán, 1999, pág. 33.

<sup>20</sup> LO MONTE, Elio, “Il sistema delle garanzie. I profili caratterizzati del segreto”, en AA. VV., *I limiti e garanzie al potere dello Stato*, Gravina, Nápoles, 2005, págs. 98 y ss.; en el mismo sentido: CARPANI, Aldo, “La nuova tutela penale del segreto. Nozione e garanzie”, Informe para XII Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo Internacional del ICEPS, Doc. BM/34/05, Nueva York, diciembre 2005, págs. 12 y ss.

### 3.

## CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS ELEMENTOS CLÁSICOS DE LA ESTRUCTURA DEL SECRETO. SUS LIMITACIONES

1. El *subjetivismo relativizado* es el elemento del secreto cuya esencia y alcance han justificado mayores divergencias doctrinarias a lo largo de la historia. Para la vertiente subjetivista (*criterio subjetivo*), el secreto radicaba exclusivamente en un acto de voluntad de su titular, único legitimado para investir de ese atributo de secreto a determinado hecho o cosa, integrante de su ámbito de intimidad. En cambio, para la concepción conocida como *criterio objetivo*, la existencia o no del secreto dependería de la propia naturaleza de los hechos o cosas, con independencia de la voluntad de su titular. También se esbozó históricamente una vertiente del criterio objetivo denominada *criterio extrínseco*, conforme a la cual la existencia del secreto estaba subordinada a la existencia de meros requisitos formales, signos externos idóneos para determinar, *per se*, la necesidad de dicho atributo.

Ya el tratadista De Marsico,<sup>21</sup> seguido en nuestro medio por Bayardo, criticaba con sagacidad el criterio objetivo, señalando que en muchos casos su aplicación llevaba a una exagerada restricción de la órbita de los secretos, haciendo depender la existencia del instituto de meras contingencias externas y ajenas al sentido del bien jurídico, y otras veces ampliaba demasiado su ámbito de protección, comprendiendo dentro él hechos o cosas cuya reserva tuvo sentido en determinada época pero que posteriormente dejó sustancialmente de tenerlo. Por ello el citado autor propiciaba la “oportuna fusión” entre los criterios examinados, buscando el justo equilibrio entre las concepciones subjetivas y los criterios de determinación objetiva.

En el mismo sentido, Carrara afirmaba que el secreto no surge de la mera voluntad, sino de la voluntad razonada del titular, y será el magistrado el encargado de apreciar si el

<sup>21</sup> DE MARSICO, *La nozione di segreto*, Archivo Penale, 1049, t. I, págs. 230 y ss.



titular ha sido razonable al aspirar a que determinado hecho o cosa de su esfera íntima sea revestido del carácter de secreto. Agregaba el maestro de Pisa que, si tal pretensión se basaba en un mero capricho, debía ser desestimada. O sea, que partiendo de principio de la voluntad del titular para atribuir el carácter de secreto a determinada cosa o vivencia, esto debe ser armonizado con la naturaleza misma de tales hechos o cosas, esto es, relativizado mediante la existencia de factores de carácter objetivo.<sup>22</sup> Bien enseñaba Carballa, siguiendo la línea de Sabatini, Manfredi y Manzini, que el subjetivismo relativizado es la primera nota estructural esencial del secreto: “[...] esto es, subjetivismo del titular en cuanto se requiere su opinión personal, para discernir cuándo una situación tiene el respectivo atributo de reserva, cuyo momento de la voluntad está relativizado, porque no es discrecional, arbitrario o caprichoso, sino razonable por su armonía con la naturaleza misma del objeto a que se refiere”.<sup>23</sup>

2. *Actualidad.* Se trata de otra nota característica del secreto, de suma importancia. Desde el punto de vista dogmático no ofrece grandes inconvenientes. La doctrina clásica italiana,<sup>24</sup> también recogida en nuestra doctrina por Bayardo,<sup>25</sup> trató de modo exhaustivo este elemento, destacando algunos aspectos de sumo interés. Pero estos aspectos no pueden ni deben ser interpretados aisladamente, sino de modo conglobado, a fin de que el instituto del secreto se explicita, conforme a su verdadera naturaleza, en un marco de efectiva racionalidad y garantías. En tal sentido, entendemos que la duración del estatuto del secreto no dependerá de la actualidad del hecho, cosa o situación protegida, sino de la actualidad del interés de preservar el secreto que concierne a su titular. Incluso éste puede tener legítimo interés en amparar en el sigilo cosas o hechos que originalmente no revistieron tal carácter, pero, en ambos casos, ese momento o instancia originaria subjetiva debe estar siempre relativizado por la naturaleza misma del hecho, cosa o situación que se pretende reservar. Este segundo parámetro permitirá evaluar —de acuerdo con la ya referida dirección dogmática del instituto— la justificación intrínseca de la vigencia actual del interés que pretende preservar el titular originario.

En época reciente ha señalado el publicista francés Meyre que tanto el subjetivismo como la actualidad expresan, por diferentes vertientes, la voluntad propia de quien preten-

---

<sup>22</sup> CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, n.º 1645, nota 1.

<sup>23</sup> CARBALLA, *Delitos contra la patria*, Montevideo, 1951, pág. 146.

<sup>24</sup> CRESPI, op. cit., págs. 12 y 14; DE MARSICO, op. cit., pág. 231.

<sup>25</sup> BAYARDO BENGOA, op. cit., págs. 21 y ss.

de preservar un segmento sensible de su intimidad, pero que en ambos casos esa voluntad, a la vez originaria y originante (motriz), no puede ser omnicompreensiva e irrestricta; deberá ser subsidiariamente apreciada en un contexto más amplio, que trasciende las pretensiones del concernido individual para vincularse con la seguridad jurídica del colectivo.<sup>26</sup>

3. *Relevancia jurídica.* Para que el conocimiento de un hecho o situación sea reservable, debe estar dotado de relevancia de derecho. Al decir del citado Meyre: “[...] la voluntad originaria y motriz del titular (tanto público como privado) que pretende la reserva de un segmento sustantivamente calificado de sus actividades o vivencias (hecho, cosa o situación) debe estar también necesariamente acompañada de un componente de derecho: un interés jurídicamente apreciable, o sea, de un interés que se ve recogido en el sistema de derecho en atención a su intrínseca relevancia o trascendencia en dicho ámbito (del derecho)”. El secreto debe basarse en una *ratio juris* legítimamente vinculante. El derecho no puede tutelar intereses ilegítimos ni fútiles, pues éstos carecen de relevancia jurídica. Agrega el mismo autor: “[...] la protección del sigilo de la intimidad sustantiva se legitima a partir de la virtualidad jurídica de su contenido”.<sup>27</sup>

4. *Relativismo.* Como hemos visto, el secreto en general se caracteriza por no ser absoluto. Por ello, cuando el hecho, cosa o situación destinados a permanecer secretos de hecho cobran notoriedad y se hacen de conocimiento público, es decir, conocidos por otras personas diferentes de aquellas legitimadas legalmente para conocerlos, pierden inexorablemente el carácter de secreto, aunque tal notoriedad lo fuera por causas ajenas a la voluntad del interesado. En tal caso su divulgación no sería delictiva, ya que el tipo penal se habría desvanecido por ausencia de presupuesto. También se manifiesta el elemento relativo del secreto cuando el titular originante y motriz de tal pretensión de sigilo consiente en que se pueda revelar el hecho, cosa o situación que hasta ese momento estaba amparada por el sigilo.<sup>28</sup> Ello desvanece sistema de protección que pudiera imperar sobre la situación.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> MEYRE, Leon-Henri, “La protection du secret dans le contexte de la responsabilité”, en *Revue Droit des Sciences Économiques et de Gestion*, vol. VI, n.º 1, París, 2003, pág. 112.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pág. 116.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 145.

<sup>29</sup> Cf. CRESPI, *op. cit.*, págs. 45 y ss.

5. *Limitaciones de la perspectiva clásica.* Para la doctrina clásica los referidos cuatro elementos estructurales del secreto deben necesariamente concurrir para que la situación pueda revestir el carácter de tal. Si falta alguno de estos elementos estructurales, decae automáticamente la virtualidad del secreto.<sup>30</sup>

Pero ésta no es precisamente la limitación más significativa de este elenco restrictivo de elementos estructurales del secreto. El problema principal que éstos suscitan radica en que, estructurados tal como hemos visto, no pueden de modo alguno funcionar como instrumentos efectivos de garantía. Sirven para definir de modo parcial y estático el contorno del instituto, enfatizando exclusivamente su vertiente de derecho al sigilo, pero no habilitan ninguna vía de defensa activa de éste frente a eventuales ataques a los niveles tutelados de reserva.

## 4.

---

### SENTIDO Y TRASCENDENCIA DEL ELEMENTO ESTATUTARIO

1. Adelantamos en el punto 2.3 que hemos propugnado la necesidad de un quinto elemento estructural del secreto: el *elemento estatutario*. Este elemento transforma la tutela del secreto en un esquema de garantías efectivamente cerrado y eficaz, en un estatuto de derecho-deber que otorga a la vez al titular el privilegio del sigilo, pero que también le impone la obligación de accionar en su defensa, activando los instrumentos procesales pertinentes.

El funcionamiento de este nuevo elemento de la estructura del secreto *latu sensu* se puede materializar como instrumento de garantía en todas las variedades de secretos tuteladas legalmente (secreto profesional, secreto tributario, secreto comercial, etc.). Esta propuesta, tendiente a racionalizar el instituto desde las entrañas de su dirección dogmática y a reforzar sus garantías, explicita todos sus alcances al momento de analizar el secreto ban-

---

<sup>30</sup> Cf. BAYARDO BENGOA, op. cit., pág. 126.

cario, variedad del secreto profesional autonomizada normativamente (artículo 25 del decreto-ley 15.322).<sup>31</sup>

Al respecto corresponde recordar que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia 430/95, verdadero *leading case* en la materia, de modo implícito a lo largo de toda su fundamentación, pero con afluencia explícita en el considerando IV, es contundente en el sentido de considerar a la institución financiera deudora del secreto no sólo como un soporte y custodio del deber de reserva, sino, consecuente y concomitantemente con ello, un sujeto revestido del derecho efectivo de oponerlo. Comentando esta pieza jurisprudencial, hemos señalado en trabajo anterior con el profesor Gastón Chaves<sup>32</sup> que la sentencia de la Suprema Corte se construye precisamente sobre la base de la existencia de tal derecho (reflejo consecuente del estatuto de derecho-deber de la reserva bancaria) y en mérito a ello absuelve a la institución demandada respecto de la pretensión indemnizatoria.<sup>33</sup>

Ésta es sin lugar a dudas la parte más innovadora de la sentencia: la incuestionable aptitud que se reconoce a la institución financiera, deudora del secreto, para oponerse por sí misma, y en función de una legitimación propia, a todo mandato (inclusive judicial) que no revista las condiciones legalmente exigibles para eximirla del deber de custodia del secreto; en otras palabras: el lugar que la sentencia adjudica a la facultad-deber de la institución deudora del secreto de abstenerse de revelarlo, no solamente frente al requeri-

---

<sup>31</sup> Decreto-ley 15.322 del 17 de setiembre de 1982, art. 25: "Las empresas comprendidas en los artículos 1.º y 2.º de esta ley no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional, y sólo pueden ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud. No se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley. Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría".

<sup>32</sup> CERVINI, Raúl, y CHAVES, Gastón, "Comentario de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N.º 430/95 del 02/08/95", en AA. VV., *Secreto bancario en el Uruguay*, Fundación de Cultura Universitaria y Cámara de Entidades Financieras del Uruguay, Montevideo, 2.ª ed., 1996, págs. 124 y ss.

<sup>33</sup> Sentencia 430/95, cit. El considerando IV expresa: "Cabe recordar que cuando aún el secreto bancario no tenía consagración legal en nuestro país, la existencia de una obligación a cargo de las entidades bancarias de guardar secreto sobre las operaciones realizadas con sus clientes, fue siempre aceptada en forma unánime por la doctrina nacional. Así, Albanell Mac Coll con el apoyo de doctrina extranjera, afirmaba '*... el secreto debido por el banco es un derecho para el cliente que engendra para el banquero una obligación negativa, una obligación de no hacer alguna cosa, una prohibición de comunicar, de revelar hechos conocidos por las relaciones de negocios con su clienté. Pero esta obligación puede tener como consecuencia, en ciertos casos, la de engendrar también para el banquero un derecho, el derecho de oponer, en su calidad de deudor del secreto, una excepción a quienes intentaren hacerle faltar a su deber. El derecho del banquero de rehusarse a responder o informar no es otra cosa que la consecuencia lógica y legal, el corolario de su obligación de secreto existente a favor del cliente. Es el reflejo de su obligación de silencio*' [...]" ("Secreto bancario", en *LJU*, t. 51, pág. 141).

miento particular (donde le sería naturalmente más fácil oponerlo), sino, fundamentalmente, frente a los mandatos de la justicia, cuando éstos no guarden observancia (como no la guardaban en el caso juzgado) con la norma del artículo 25 del decreto-ley 15.322.

Lo que hace particularmente interesante la consideración del tema, a partir del incuestionable reconocimiento que la alta corporación realiza de tal derecho y legitimación, es preguntarse por el alcance y las consecuencias precisas de ese reconocimiento, aspecto que la sentencia no analiza en detalle porque no constituía exactamente el objeto de la decisión. O sea, cuáles son las circunstancias y límites de esta legitimación corporativa (correlato activo y necesario del deber de sigilo) en virtud de los cuales la institución financiera puede llevar adelante oposición a los mandatos infundados de la justicia en defensa de un interés aparentemente ajeno (el del cliente acreedor de secreto), pero adicional e intrínsecamente vinculado al estatuto funcional operativo que trasunta la actividad del banco y a la inherencia de la actividad que se pretende resguardar.

Compartimos el criterio de Moccia en el sentido de que quien tiene un derecho a ejercer debe tener incuestionablemente legitimación para hacerlo valer en proceso.<sup>34</sup> En el caso bajo estudio de la Suprema Corte, el banco exhortado no tuvo la necesidad de extremar procesalmente su oposición, por cuanto la sede exhortante se conformó con la respuesta denegatoria. Pero bien podría plantearse la hipótesis de que el banco depositario del secreto bancario se viera obligado, ante la insistencia de la sede requirente, a implementar otro nivel más activo de defensa. Tal situación no es en modo alguno una creación de laboratorio, sino que puede presentarse (y de hecho ha ocurrido así) cuando no basta a la institución requerida la simple negativa para defender cumplidamente su deber legal de reserva, sino que para efectivizar tal defensa debe desarrollar una oposición procesal a la resolución judicial que dispone el levantamiento del secreto.

Hay en tales casos una situación de aparente dilema para la institución financiera, por cuanto los ejecutivos responsables de ella se verán ante la disyuntiva de cumplir un mandamiento judicial que consideran irregular (por la razón que fuere: porque no emana de juez autorizado, porque no está expresamente fundado, etc.), sacrificando el cumplimiento estricto de su deber originario de sigilo en beneficio de la “tranquilidad” de exonerarse de una eventual y posible imputación de desacato (que, fundada o no, llevaría el consiguiente riesgo para su libertad personal) o resistir legítimamente y conforme su deber funcional el cumplimiento de la resolución, con la concomitante exposición al riesgo ya aludido.

---

<sup>34</sup> MOCCIA, Sergio, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998, págs. 203 y ss.).

Es evidente que debe existir una solución dogmática que permita conciliar los deberes de una y otra parte en ese aparente dilema, pues el cumplimiento de la ley en sus exactos términos, como generadora de derechos y deberes igualmente exigibles, no puede ser generador de responsabilidad de especie alguna.

En los numerales siguientes se enfocará nuestro tema desde los siguientes puntos de vista: legitimación activa corporativa del banco para defender el secreto del que es depositario con relación a la dogmática del desacato por desobediencia (1.2), los límites de la legitimación activa corporativa (1.3) y, finalmente, los medios procesales por los que la institución financiera podría ensayar su oposición a resoluciones judiciales ilegítimas y vulneratorias del secreto bancario a tutelar (1.4).

2. *Legitimación activa de las instituciones financieras.* Admitido que la institución financiera tiene el deber de secreto y, por consiguiente, el derecho de oponerlo, es pertinente la pregunta de cómo se conciliaría dicho deber de resistencia frente a un mandato judicial que no observara integralmente las exigencias legales para recabar la revelación de la información protegida.

En cuanto a la primera cuestión —esto es, la legitimación corporativa de la institución para oponer el secreto—, es tiempo de decir que nunca la ley consagra de modo más enérgico tal legitimación, derivada de deber exigible, como cuando somete el incumplimiento de tal deber a las responsabilidades más estrictas en el plano civil, administrativo y penal. Así surge ello inequívocamente de la referencia contenida en la oración final del primer inciso del artículo 25 del decreto-ley 15.322, cuando establece que la revelación sólo puede efectuarse en las condiciones de mandato judicial fundado, en las situaciones ya aludidas, “[...] y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud”.

Se ha discutido a quién conciernen las señaladas responsabilidades, en el sentido de quién está “sujeto” a ellas, aparente confusión que se produce por cuanto la palabra *sujeto* empleada por la ley parece pretender una función de adjetivo que realmente no tiene (es por ello que no es posible concordarla con ningún sustantivo dentro de las respectivas oraciones). El sentido de la oración se advierte en la medida en que se le da a la referida palabra la función adverbial que tiene en el ablativo: la frase adverbial indica el modo en que se cumple la revelación, esto es, con sujeción “a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud”. El único alcance gramaticalmente lícito que se le puede dar a la expresión es considerarla un adverbio de

modo: en el entendido de que *sujeto* equivale a 'con sujeción', lo que no sólo clarifica el lenguaje sino, lo que es más relevante, el sentido de la norma.

La sujeción a las responsabilidades más estrictas se bifurca con idéntica energía y proyección jurídica, en la medida en que atañe tanto a quien solicita el relevamiento del secreto bancario con falta de fundamento como a quien da la información protegida frente a idéntica ausencia de fundamentación. La sujeción a las responsabilidades no es otra cosa que exigibilidad de los respectivos deberes (institucional, de parte del juez; profesional, de parte de la institución financiera) que cada parte asume con relación al objeto protegido. No habría, por otra parte, razón lógica para entender que el incumplimiento de uno del respectivo deber exonera al otro del cumplimiento del suyo. La protección se ha dispuesto inequívocamente como un estatuto que se impone unilateralmente y con idéntica fuerza a cada uno de los actores en el secreto. De ahí surge el argumento más contundente en favor de la legitimación procesal corporativa de la institución financiera. Es a partir de esta incontestable presencia procesal que se le reconoce en la sentencia, que debe discernirse acerca de sus concomitantes limitaciones y facultades.

Es pensable como limitación en tal ejercicio el aparente avasallamiento que la facultad-deber de oponer el secreto podría sufrir en caso de mandato judicial irregular, si bastara para el relevamiento la mera autoridad de la decisión, con independencia de su falta de contenido legítimo. Bajo tal aspecto, la oposición del banco manifestada al juzgado requirente, en el sentido de rehusar entrega de información, basada en el deber de reserva y en que el mandato judicial no cumple los requisitos legales para proceder al debido relevamiento, podría verse como una desobediencia abierta al mandato de la autoridad judicial, *prima facie* constitutiva del delito de desacato. En tal sentido, el cumplimiento del derecho-deber de reserva guarda una inquietante similitud con la situación del peatón que en Montevideo se dispone a cruzar la calzada por una cebra: tiene el derecho, pero su ejercicio no deja de constituir un riesgo.

Es obvio que debe existir un criterio apto para separar la actividad lícita (y aun exigible) de oposición del confidente necesario, de su posible responsabilidad penal.

Los criterios delimitativos deben buscarse dentro de la dogmática de la figura del desacato. Y, efectivamente, en ella se encuentran las soluciones. Una vez más: la negativa declarada al mandato judicial sobre tales supuestos de relevamiento irregular ¿se inscribiría de por sí en la figura del desacato previsto en el artículo 173 del Código Penal? Creemos que no. La conclusión debe ser clara y terminantemente negativa, y puede fundarse

tanto en el plano de la tipicidad<sup>35</sup> como en el plano de la antijuridicidad. Aun afirmada la tipicidad de una conducta, la responsabilidad penal de ella derivada puede excluirse si en el plano de la antijuridicidad se verifica la existencia de una norma permisiva que la legitime, a despecho de su tipicidad. El resultado del análisis en tal aspecto puede hacerse en una doble vertiente: sustancial y formal.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> En el *plano de la tipicidad*, la doctrina se ha preguntado por el significado de la expresión *abierta*, que en el art. 173 del Código Penal uruguayo adjetiva a la desobediencia opuesta al mandato de la autoridad, exigible para que lleve la conducta a la relevancia del desacato. BAYARDO BENGOA (*Derecho penal uruguayo*, t. IV, págs. 301 y 302), luego de establecer que la cuestión al respecto no es sencilla, se pliega a la solución de la jurisprudencia española, para la que la desobediencia implica “una oposición cierta, positiva y persistente al mandato de la autoridad desobedecida, de tal índole y trascendencia que revista verdadera gravedad, por implicar en el agente el propósito manifiesto de desprestigiarle en las funciones que le están encomendadas por la organización social” (cita de RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina penal del Tribunal Supremo*, t. II, pág. 2590). Según la referida jurisprudencia, los criterios empíricos que fundan la entidad de la desobediencia surgen ya “por la trascendencia de la orden desobedecida, ya porque las circunstancias concurrentes en el acto del rebelde revelan una especial desconsideración hacia la autoridad de quien dimana la orden” (ibídem). Creemos que la interpretación aludida es la que permite conciliar dos expresiones del art. 173 que construyen la tipicidad del desacato: la desobediencia debe ser “abierta” porque la conducta se cumple “menoscabando” la autoridad del funcionario. Es innegable el sentido direccional menoscabante que la figura tiene en sus dos formas de estructuración (desacato por ofensa y por desobediencia), sentido que destaca magistralmente SOLER (*Derecho penal argentino*, t. V, TEA, Buenos Aires, 1978, págs. 123-124), aunque con relación exclusiva al desacato por ofensa *propter officium*: “No diremos pues, que nuestra ley requiera la presencia; pero sí la dirección objetiva e intencional de la contumelia a la persona, para que ésta la perciba y sienta la herida. Esa orientación subjetiva debe responder a dolo directo; la representación de la posibilidad de que la injuria llegue a conocimiento, no basta; eso es dolo eventual con respecto a la dirección, lo cual vale tanto como decir que la manifestación no estaba dirigida, esto es, inequívocamente enderezada”. El mismo autor, más adelante, concluye expresando: “Si no existe esa dirección mortificante para la persona y despectiva para su autoridad, no hay desacato”. En concordancia con la doctrina citada, entendemos que no basta la simple materialidad de la desobediencia, sino que ésta, para dar vida a la figura examinada, debe ser direccional, en el propósito directo de menoscabar la autoridad del funcionario. Con palabras del Tribunal Supremo español ya referidas, el “propósito manifiesto de desprestigiarle en las funciones que le están encomendadas por la organización social”. La simple negativa, aunque revista el carácter de proclamada (en el sentido de haber sido comunicada a la sede judicial competente), no constituye desacato si al mismo tiempo no resulta determinada o animada por el propósito menoscabante de la autoridad del tribunal. Nos parece que es ésta una conclusión importante porque la vida práctica registra con relativa frecuencia —y no sólo en cuestiones tocantes al secreto bancario— una suerte de idolatría penalizante respecto de la imperatividad de las decisiones judiciales, en el sentido de que su simple incumplimiento o desobediencia constituirían en sí y por sí delito de desacato. Naturalmente, es deseable que las decisiones judiciales, como las de toda autoridad, se cumplan, en la medida en que sean legítimas, pero no que para garantizar su inexorable cumplimiento se invoque, explícita o implícitamente, una responsabilidad penal que no siempre se perfila ni corresponde. Una vez más, el desacato no es pura desobediencia, sino desobediencia manifestada con sentido de menoscabo de la autoridad.

<sup>36</sup> En el *aspecto sustancial del plano de la antijuridicidad*, ha venido a preguntarse si existe la obligación de acatar en todo tiempo y circunstancias la orden de la autoridad, con independencia de la eventual ilegitimidad (aunque ésta aparezca *ictu oculi*) que pueda padecer, o si, por el contrario, existe en la persona hacia quien la orden es dirigida la facultad de examinar su corrección jurídica. La solución de que el ciudadano debe obedecer el mandato de la autoridad, por monstruosamente ilegítimo que sea, como si el único derecho que le quedara a aquél fuera el de la obediencia (que es, correlativa y primeramente, un deber), puede considerarse definitivamente erradicada de nuestra doctrina. Así se pronuncia, por ejemplo, SOLER (*Derecho penal argentino*, págs. 107-108): “Este criterio [el de la obediencia irrestricta] responde a un concepto autocrático claro, que sacrifica en principio y en todo caso los derechos de los ciudadanos en áreas no de la ley, sino de la autoridad, porque acuerda preferencia siempre al órgano aun en el caso en que proceda abusivamente, que es precisamente el que interesa. [...] Tal principio, propio de un código del tipo del italiano de 1930, contraría directamente un sistema en el cual nadie esté obligado a hacer lo que no manda la ley [...]”. Luego de prevenir que el “rechazo de ese criterio, ni quiere decir que los actos de autoridad estén entregados a la libre apreciación de los particulares ni que se sancione la anarquía” (ibídem, pág. 108), establece determinadas pautas objetivas y



Como vemos y a vía de conclusión, la simple negativa del requerido (la institución financiera, en el caso) de cumplir un mandato judicial no es connotativa de tipicidad (en la medida en que está desprovista del propósito de menoscabar la autoridad), y lo mismo ocurre con la antijuridicidad (por cuanto la resolución infundada causa agravio y es susceptible de impugnación a mérito de la presencia de un deber en la cabeza de la institución financiera, que ésta debe cumplir bajo apercibimiento de responsabilidad profesional y penal).

3. *Límites de la legitimación activa corporativa.* Se trata entonces de precisar el ámbito dentro del cual la institución requerida puede desatender legítimamente el mandato judicial.

El caso de jurisprudencia anotado es, como decíamos, sumamente claro en cuanto a la improcedencia del exhorto judicial, por cuanto la justicia civil, salvo cuando se trate del cumplimiento de obligaciones alimentarias, carece en absoluto de competencia para levantar la reserva bancaria.

De manera que, ciertamente, el criterio de la Corte es inequívocamente afirmativo en el sentido de propiciar la facultad de examen de la institución requerida cuando es

---

subjetivas dentro de las cuales cabe la resistencia legítima al mandato de la autoridad. Entre tales situaciones, analiza el caso de órdenes que no revisten la calidad de mandatos ejecutoriados, emitidos tras el agotamiento de todas las instancias y, por consiguiente, con calidad de cosa juzgada, sino de casos dudosos, que “serán aquellos en los cuales se impartan órdenes que no presupongan un previo examen procesal decisorio y que dependan de resoluciones libradas a la discreta apreciación del órgano mismo” (op. cit., pág. 109)”. Para estos casos, algunos recurren a la gravedad o a la irreparabilidad. CARRARA rechaza, con razón, la idea de imponer la obligación de soportar un daño por el solo hecho de que sea reparable” (ibídem). Y concluye: “En síntesis, descartada la imposibilidad jurídica de discutir la validez de una orden, por haber sido procesalmente examinada la procedencia de emitirla, para que sea impune la resistencia se precisa, o bien que la orden sea realmente ilícita y tal ilicitud sea patente incluso para el destinatario, o bien que éste la crea positivamente indebida y causante de un agravio que no está obligado a soportar. Si el resistente duda, obra a su riesgo, en lo cual este delito no diverge mucho de la regla, pues en general el que en la duda obra, está en dolo. Si la orden era ilícita, no hay delito; pero si no lo era, el renitente responde” (ibídem). En lo que refiere al *aspecto formal*. Precisamente, el carácter de agravante que, según SOLER, debe tener la orden o mandato para constituirse en ilegítima y habilitar su desobediencia, incide en el segundo aspecto del análisis de juridicidad, el aspecto formal. En éste no cabe olvidar que las providencias judiciales son recurribles por aquél a quien agravian. Específicamente lo son por vía del recurso de apelación con efecto suspensivo. Y esto acarrea la facultad de abstenerse legítimamente de cumplir el mandato judicial. En su lugar (cap. II), al referirnos a la legitimación, hemos intentado demostrar que la institución financiera, como confidente necesaria del secreto bancario, ha sido enérgicamente señalada por la ley, bajo apercibimiento de una triple responsabilidad, como obligada a defenderlo. De ahí nacen su legitimación y su capacidad de agravio y de ahí, consecuentemente, su facultad de oponerse procesalmente al mandato judicial agravante. En el caso de jurisprudencia analizado, es notorio que la institución no cumplió el mandato judicial, ni podría haberlo hecho válidamente, por cuanto, en las circunstancias relevadas por el fallo de casación, éste era ilegítimo al no estar fundado. Nadie pensó en movilizar los mecanismos de responsabilidad penal por ello. Mucho menos cuando, precisamente, de la ausencia de fundamento de la resolución podría derivarse, en caso de revelación de la información protegida, responsabilidad penal para la persona funcional-operativamente vinculada a ella, si la hubiera revelado.

patente la incompetencia o la falta de jurisdicción de la sede judicial exhortante para requerirla. Por cierto que esta conclusión se procesa a partir de la determinación de que lo que la sede civil realiza, sustancialmente, es una solicitud de información bancaria reservada que no le está autorizado solicitar, ya sea por vía directa u oblicua. El criterio del fallo es, inequívocamente, en el sentido de afirmar la incompetencia absoluta de la sede civil para requerir información bancaria.

En este primer aspecto (incompetencia manifiesta del juzgado exhortante), se valida la negativa de la institución financiera como un caso claro.

La cuestión no presenta la misma sencillez cuando se juzga de los requerimientos de la justicia que sí es, en principio, competente por razón de materia para requerir la información, ya sea cuando se trate de una obligación alimentaria o de averiguación de delito, por parte de una Sede Penal.

Sin duda, en ejercicio de su deber-derecho de reserva, la institución puede oponerse a revelar información protegida cuando la resolución no aparece fundada. La duda empieza precisamente en punto a entender cuál es el “fundamento” suficiente de la resolución para relevar a la institución de su deber de sigilo y de su correlativa responsabilidad hacia su cliente.

En trabajos anteriores hemos explicitado que no basta la simple referencia formal, contenida en la comunicación del exhortante, en el sentido de que la resolución tiene fundamento.<sup>37</sup> Es menester que se proporcione al banco —custodio del secreto— la visibilidad de las razones en virtud de las cuales se requiere la cancelación del sigilo. Como ha explicado Tarigo,<sup>38</sup> la acepción de *fundada* que adjetiva al sustantivo *resolución* es tanto como ‘apoyar una cosa con razones eficaces’, ‘con seriedad, con formalidad’. Refiriéndose al secreto bancario helvético, el publicista Aubert alude en caso similar a la necesidad de una “explicitación suficiente”, aquella requerida “como para que una conducta en principio antijurídica (revelación del secreto) se valide como lícita”.<sup>39</sup>

En el sentido en que venimos analizando la tutela del secreto bancario, tocante con igual fuerza y responsabilidad tanto al juzgado requirente como al banco requerido, es obvio que el análisis del fundamento atañe, desde diferente perspectiva, no sólo a la sede judicial, sino también a la institución financiera, a la cual, si bien no compete el examen

<sup>37</sup> CERVINI, “Alcances...”, op. cit., págs. 59 y ss.

<sup>38</sup> TARIGO, Enrique, “La resolución fundada que releva de guardar secreto bancario y su control por parte de las instituciones financieras en obra colectiva”, en AA. VV., *Secreto bancario...*, op. cit., pág. 77 y ss.

<sup>39</sup> AUBERT, Maurice, y otros, *Le secret bancaire suisse*, Staempfli, Berna, 1982, pág. 127.

de mérito de la resolución, sí le corresponde la verificación de que los argumentos manifestados en la resolución judicial tengan un mínimo de seriedad como para constituirse en explicitación suficiente, a partir de la cual la institución involucrada pueda desligarse de su responsabilidad propia, por la entrega de la información bancaria a la sede requirente, que mantendrá, en todo caso, la suya.

En parcial disenso respecto de un párrafo puntual de la posición del profesor Tarigo,<sup>40</sup> quien sostiene que la entidad financiera “no puede entrar al análisis de los fundamentos de la resolución, para adoptar una actitud u otra, según los comparta o no los comparta”, entendemos que, si bien ello es en principio cierto, no excluye la obligación del banco de rehusar aquella información requerida a través de una resolución cuyo fundamento es *in actu oculi* inconducente; cuando *in continenti* la resolución traduce en sí misma su falta intrínseca de fundamento.

En un trabajo anterior con el colega Chaves,<sup>41</sup> hicimos alusión a un caso citado por Bergstein,<sup>42</sup> en el cual un banco local había sido requerido a dar información atinente a un cliente, a instancia de un exhorto de la justicia argentina carente en sí mismo de fundamentación. También en este sentido debemos recordar la exigibilidad, tratándose de medidas de cooperación internacional de segundo grado (aquéllas susceptibles de causar gravamen irreparable), del requisito de la doble incriminación, por mediación del cual resulta absolutamente inadmisibles que como fundamento del descaecimiento de la tutela del secreto prospere la invocación de una conducta que, aunque sea delictiva en el extranjero, no lo sea en nuestro territorio. En tales casos, la falta de fundamento de un exhorto de relevamiento podría surgir *in continenti* si de su propia fundamentación se desprendiera que la justicia uruguaya obraba a requerimiento extranjero de investigación de hecho penalmente irrelevante en nuestro derecho.

En resumen, si bien no puede llevarse la legitimación de las instituciones al punto de ser, además de custodias del secreto bancario de su cliente, patrocinantes oficiosas del derecho de éste frente al mérito intrínseco de la investigación —actividad que compete al concernido por ella—, sí es preciso afirmarla en el sentido de ser custodias eficaces y

---

<sup>40</sup> TARIGO, op. cit., pág. 77 y ss.

<sup>41</sup> CERVINI, Raúl, y CHAVES, Gastón, “Legitimación de los sujetos eventualmente afectados por medidas de cooperación judicial penal internacional para intervenir procesalmente en el decurso de esas instancias”, en AA. VV., *Curso de cooperación penal internacional*, Valenca, Río de Janeiro, 1994; Carlos Álvarez, Montevideo, 1994, pág. 101 y ss.

<sup>42</sup> BERGSTEIN, Nahum, *El delito de violación del secreto bancario*, FCU, Montevideo, 1987, pág. 118.

diligentes del bien que la ley les manda proteger. Si bien no les corresponde adentrarse en las profundidades del mérito de la fundamentación, sí les es exigible que verifiquen al menos dos extremos: que ésta, en primer lugar, exista y que, en segundo lugar, la argumentación de sustento sea tal que en sí misma no denote la propia inexistencia de esa fundamentación legitimante.

Este último caso puede a su vez proyectarse a través de dos vertientes: primera, cuando la misma resolución exhibe la incompetencia funcional de la sede para relevar, como es el caso de la sentencia anotada, y, segunda, cuando la aducida fundamentación es en sí misma inconducente, por insuficiencia, para cerrar el silogismo, como si se limitara a expresar por todo fundamento que éste existe o se revelara manifiestamente absurda en cuanto su texto aportara *in continenti* la evidencia de que el hecho investigado no tiene apariencia delictiva. Lo que es exigible al banco, en definitiva, es una suerte de *calificación de grado* a la que alude plásticamente Moulin como “condición liberatoria del debido sigilo”.<sup>43</sup>

Como vemos, se trata de un deber que trasciende el mero examen de la formalidad del documento, aunque ésta deba también ser objeto de ese examen, pero en su exacto límite jurídico no habilita a la institución a irrumpir con el examen de las entrañas del mérito, como si se pusiera en cuestión la verdad de los hechos investigados o la pertinencia instructoria del relevamiento dispuesto. Su alcance y sentido es otro muy diferente y se vincula en forma exclusiva al nivel de resguardo del bien tutelado que fue asignado legalmente al confidente necesario corporativo.<sup>44</sup>

El ingreso irrestricto en la sustancia por parte del banco no solamente desmedraría la competencia del oficio, sino que concomitantemente constituiría una indebida sustitución de las facultades del concernido más directo (el cliente afectado por la resolución). Correlativamente, detenerse ante la mera formalidad implicaría una clara desnaturalización del estatuto de derecho y también de deber puesto a cargo de la institución.

4. *Medios procesales para hacer efectiva la legitimación activa corporativa en la normativa uruguaya.* En cuanto a los medios procesales de que dispone el banco para hacer efectiva su oposición a las resoluciones carentes de fundamento (ya lo sean por ausencia de expresión o de suficiencia lógica de éste), el asunto ha sido profundizado anteriormente.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> MOULIN, Robert, *Le secret professionnel du banquier et ses agents*, Risier, Zurich, 1989, pág. 67.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 73.

<sup>45</sup> CERVINI, Raúl, y CHAVES, Gastón, op. cit., págs. 101 y ss.

En síntesis, pensamos, con el profesor Tarigo,<sup>46</sup> que en el contenido decisorio de la resolución y en la posibilidad cierta de causar gravamen irreparable al titular de derecho involucrado se encuentra la naturaleza de interlocutoria de aquélla y su susceptibilidad a los recursos de reposición, apelación subsidiaria y nulidad. Va de suyo que tales recursos deben otorgarse con efecto suspensivo, no sólo porque la reforma introducida en el CGP (que habilita recursos de apelación sin efecto suspensivo) no alcanza la materia penal, sino también por la propia inherencia de la cuestión: no concederse el recurso con efecto suspensivo significaría, en definitiva, consumir el perjuicio que el recurso precisamente debe precaver.

La tesis propugnada, en el sentido de la legitimación y los medios procesales para viabilizarla, encuentra respaldo en normas constitucionales (artículos 12, 30, 66, 72 y 332), en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8), que pasó a ser ley interna del Uruguay en virtud de lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 15.737 del 8.3.85, y también procede por vía de integración analógica en mérito a lo dispuesto en el artículo 5 del Código General del Proceso.<sup>47</sup>

## 5.

---

### REFLEXIONES FINALES

1. En el decurso de nuestra exposición hemos procurado demostrar, acudiendo a la moderna *teoría de las esferas*, que el *secreto*, en general, se vincula centralmente a la tutela del binomio intimidad-privacidad, y que en una visión progresivamente concéntrica de su tutela penal termina constituyendo, en clara sincronía funcional, el último e inviolable reducto de la libertad. Por ello la jerarquía del bien jurídico tutelado impone una cuidadosa protección de su cerne, que se explicita en la efectiva defensa del secreto.

---

<sup>46</sup> TARIGO, Enrique, "La sentencia interlocutoria anómala, irregular o encubierta. Su apelabilidad", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1979, págs. 76 y ss.

<sup>47</sup> En el derecho comparado, varios autores trabajan sobre la fundamentación constitucional de la legitimación activa del confidente necesario, particularmente FAJARDO, G., "Fundamentación y protección constitucional del secreto bancario", en *RDBB*, n.º 39, julio-setiembre, Valencia, 1990.

2. La visión clásica de los elementos estructurales del secreto, reducidos al subjetivismo relativizado, actualidad, relevancia jurídica y relativismo, limita de modo sustancial y adjetivo la defensa efectiva del bien jurídico. Posibilitan una definición estática del secreto pero no habilitan vías para su defensa activa.
3. Propugnamos la necesidad de jerarquizar un quinto elemento estructural del secreto: *el carácter estatutario*, implícito en su propia naturaleza y normalmente inadvertido por la doctrina y la jurisprudencia. La admisión de este nuevo elemento permite que el instituto a proteger se perciba como un estatuto integral de derecho-deber, que al tiempo que otorga a su titular el derecho al sigilo, también le impone la obligación de accionar en su defensa.
4. Esta definición se traduce, en orden a las garantías, en las diversas manifestaciones del secreto legalmente consagradas. Para la clarificación del sentido y el alcance del *elemento estatutario* hemos recurrido a ejemplarizar por medio de la tutela de una de sus vertientes más relevantes: el secreto profesional bancario uruguayo, consagrado explícitamente en el artículo 25 del decreto-ley 15.322. Este análisis se ha realizado acudiendo a la reinterpretación de algunos pasajes de la sentencia 430/95 de la Suprema Corte de Justicia, estudiando los alcances y las limitaciones de la legitimación activa de las instituciones financieras en defensa del secreto, para finalizar con el análisis de los medios procesales idóneos para hacer efectiva dicha legitimación activa dentro de la legislación nacional.
5. Pensamos que tras el desarrollo de la propuesta, sus corroboraciones intradogmáticas y procesales, no puede existir duda razonable sobre la pertinencia de considerar al *elemento estatutario* como uno más de los elementos estructurales del secreto (el quinto). Probablemente es el componente que permite la comprensión más adecuada, coherente y conglobada de los demás elementos del bien tutelado. Lo que es más importante: viabiliza los márgenes de tutela activa más eficaces para la preservación de las garantías que son inherentes a un instituto de tanta trascendencia jurídica y humana como lo es el secreto.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- AUBERT, Maurice, y otros, *Le secret bancaire suisse*, Staempfli & Cie., Berna, 1982.
- BACRIE, Stéphane, *Le secret professionnel. Éléments constitutif*, Nouvelle Presses Universitaires de France, París, 1999.
- BASTIANI, Tulio, Informe 36/99: "Alcances del Secreto Profesional. Aspectos generales y particulares", presentado en la XXXIV Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Nueva York, julio 2005.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "El secreto bancario como secreto profesional en el proyecto del Código Penal Español de 1980", en *Revista de Derecho Penal*, n.º 2, FCU, Montevideo, 1980.
- BAYARDO BENGOA, Fernando, *La tutela penal del secreto*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Sección III. CXVII, Montevideo, 1961.
- BERGSTEIN, Nahum, *El delito de violación del secreto bancario*, FCU, Montevideo, 1987.
- BOGGIO, C.; CAPONI, E., y COACCIOLI, A., "Secret bancaire en droit italien", en *Séminaire de Droit Bancaire*, Ginebra, 2-3 de febrero de 1996.
- BRICOLA, Franco, "Prospetive e limiti della tutela penale della riservatezza", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967.
- CARBALLA, *Delitos contra la patria*, Montevideo, 1951.
- CARPANI, Aldo, "La nuova tutela penale del segreto. Nozione e garanzie", informe para la XII Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo Internacional del ICEPS, Doc. BM/34/05, Nueva York, diciembre de 2005.
- CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, n.º 1645, nota 1, Temis, Bogotá, 1977.
- CERVINI, Raúl, "Alcances del secreto bancario en el Uruguay", en AA. VV., *Secreto bancario en el Uruguay*, 2.ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.
- "La dirección dogmática del secreto bancario en un Estado democrático de derecho", en <www.direitocriminal.com.br> (10.1.2001).
- "El elemento estatutario del secreto como afirmación de las garantías", en *Revista CEJ*, Centro de Estudos Judiciais do Conselho da Justiça Federal, año VII, Brasília, marzo de 2003.
- "L'elemento statutário del segreto come strumento di garanzia", en *Rivista Trimestrale di Diritto Università di Urbino*, vol. IV, n.º 1, 2003.

- “Uruguayan Bank Secrecy - Regulation”, en SEVERIN, Louis W. (comp.), *Recent Developments in Relation to Bank Secrecy*, Ladelt, Austin, 1990.
- CERVINI, Raúl, y CHAVES, Gastón, “Comentario de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia n.º 430/95, del 02/08/95, en AA. VV., *Secreto bancario en el Uruguay*, 2.ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.
- “Legitimación de los sujetos eventualmente afectados por medidas de cooperación judicial penal internacional para intervenir procesalmente en el decurso de esas instancias”, en AA. VV., *Curso de Cooperación Penal Internacional*, Valenca, Río de Janeiro 1994, Carlos Álvarez, Montevideo, 1994.
- CRESPI, *La tutela penale del segreto*, BRI, Palermo, 1952.
- DE MARSICO, “La nozione di segreto”, en *Archivio Penale*, 1049, t. I, Padua, 1956.
- ESTADELLA YUSTE, O., *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Tecnos, Madrid, 1995.
- FAJARDO, G., “Fundamentación y protección constitucional del secreto bancario”, en *RDBB*, n.º 39, Valencia, julio-setiembre 1990.
- FLECK MOYANO, Patricia Luján, “European Community Bank Secrecy”, Inform Melbure Superior Institute, publicado en *Business Law (International)*, Londres, setiembre de 1999.
- GARCÍA VITORIA, Aurora. *La protección de la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona, Aranzadi, 1983.
- GIANFELICI, E., *Il segreto bancario. Norme civili, penali e fiscali*, Giuffrè, Milán, 1996.
- GONZÁLEZ GUITIAN, Luis, “La protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas”, en *Revista de Derecho Público*. Comentarios a la legislación penal. Dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL y coordinados por Miguel BAJO FERNÁNDEZ, t. VII, ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986.
- HENKEL, “Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion”, en *Verhandlungen des Zweiundvierzigsten Deutschen Juristentages*, Dusseldorf, 1957, Tubinga, C. B. Mohr, 1959.
- HUBMANN, Heinrich, “Das Persönlichkeitsrecht”, 2.ª ed., Böhlau, Köln-Graz, 1967 (1.ª ed., 1953).
- LO MONTE, Elio, “Il sistema delle garanzie. I profili caratterizzati del segreto”, en AA. VV., *I limiti e garanzie al potere dello Stato*, Gravina, Nápoles, 2005.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.
- MAURACH, Reinhart, y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. de la 7.ª ed. alemana por Jorge Boffil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.



- MEYRE, Leon-Henri, “La protection du secret dans le contexte de la responsabilité”, en *Revue Droit des Sciences Économiques et de Gestion*, vol. VI, n.º 1, París, 2003.
- “Le secret professionnel du banquier et ses limites”, en *Le secret bancaire et professionnel. Études e documents*, Union Internationale de Avocats, Belleville-Reneaux, 2.ª ed., París, 1989.
- MOCCIA, Sergio, “La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale”, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998.
- MORALES PRATS, Fermín, “*Privacy* y reforma penal: La propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal (1983), en *Documentación Jurídica*, 37-40, vol. 1, 1983.
- MOULIN, Robert, *Le secret professionnel du banquier et ses agents*, Risier, Zurich, 1989.
- PARDIN, Paolo, “VM Asociación Internacional de Seguridad Bancaria. Dossier B211”, París, 1993.
- TARIGO, Enrique, “La resolución fundada que releva de guardar secreto bancario y su control por parte de las instituciones financieras”, en AA. VV., *Secreto bancario en el Uruguay*, 2.ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.
- “La sentencia interlocutoria anómala, irregular o encubierta. Su apelabilidad”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1979.
- VITELLI, Mario Andrea, *Tutela penale e nozione moderna di segreto*, Il Fisco, Roma-Milán, 1999.
- WESTIN, Alan F., “Science, Privacy, and Freedom: Issues and Proposals for the 1970’s”, en *Columbia Law Review*, 66 (1966).



# Criminalidad económica y terrorismo \*

*María Cecilia Dómine* \*\*

*"Nos parece que nunca un hecho histórico  
ha destruido en tal medida  
el precioso patrimonio común de la humanidad,  
sembrando así profunda confusión  
en la más clara inteligencia".  
Freud en 1915.<sup>1</sup>*

**RESUMEN.** La criminalidad económica y el terrorismo han adquirido una dimensión transnacional y, al alcanzar las esferas política, social y económica de los Estados, se han transformado en dos de las más peligrosas amenazas actuales. El artículo procura una aproximación a estos dos paradigmas del crimen organizado, comenzando por descifrar los conceptos de criminalidad económica y terrorista, partiendo de la expresión externa. Posteriormente aborda los fenómenos desde una perspectiva funcional y práctica, buscando identificar ciertos perfiles sistemáticos que permitan arribar a un concepto acabado de la criminalidad económica y terrorista. Tras relevar las tendencias legislativas internacionales y la política criminal internacional, finalmente el texto se centra en un punto de conexión privilegiado entre ambos tipos: el financiamiento terrorista.

**ABSTRACT.** Economic criminality and terrorism have become transnational issues, and, after reaching the political, social and economic spheres in the different States, they have become two of the most dangerous current threats. The article aims to analyze these two paradigms of organized crime, beginning by decoding the concepts of economic and terrorist criminality, starting from the external expression. Subsequently, it deals with these events

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Profesora Adscripta en Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Contribución inédita basada en las investigaciones realizadas en la Università degli Studi di Salerno y la Università degli Studi di Milano, como becaria del gobierno italiano (Ministero degli Affari Esteri, año académico 2004-2005).

<sup>1</sup> FREUD, Sigmund, y EINSTEIN, Albert, *Perchè la guerra?*, Biblioteca Bollati Boringhieri, reimpr. 2003.

from a functional and practical viewpoint, seeking to identify certain systematic profiles which will enable us to reach a clear concept of what economic and terrorist criminality is. After going over international trends as regards legislation and international criminal politics, the text focuses on a privileged connection between both types: terrorist funding.

**PALABRAS CLAVE.** Crimen organizado; economía; derecho internacional humanitario; derechos humanos, terrorismo.

**KEY WORDS.** Organized crime; economy, International Humanitarian Law; Human Rights; terrorism.

**SUMARIO.** I. 1. Criminalidad económica y criminalidad terrorista. Dos paradigmas a confrontar. 1.1. La criminalidad económica. 1.2. La criminalidad terrorista. 2. Un paradigma común: la organización criminal. (estructura y tratamiento de la criminalidad organizada). 2.1. Síntesis. 2.1.1. *Excursus*: El ciberespacio como medio de la criminalidad organizada. 2.2. *Excursus*: Criminalidad económica y criminalidad terrorista como especies de criminalidad organizada? 3. La lucha contra la macrocriminalidad como moderna manifestación de la política criminal. 3.1. La legislación penal de emergencia. 3.2. El derecho penal del enemigo de Jakobs. 3.3. El derecho de la intervención de Hassemer. 3.4. Derecho penal de dos velocidades de Silva Sánchez. 3.5. El cambio de paradigma: derecho penal de las manos limpias frente a derecho penal de las manos sucias, de Paliero. II. 4. La criminalidad terrorista como fenómeno complejo de la criminalidad organizada. Tres modelos de legislación antiterrorista. 4.1. La política criminal de los Estados Unidos. *Patriot Act*. 4.2. La posición de la Unión Europea en materia de terrorismo. 4.3. La legislación uruguaya. 5. La legalidad económica como instrumento de la lucha del terrorismo. 6. El financiamiento terrorista como punto de conexión privilegiado entre la actividad económica y la actividad terrorista. 6.1. Fuentes principales de financiación terrorista. 6.2. Los procesos de financiación terrorista. 6.2.1. Colocación. 6.2.2. Movimiento de fondos. 6.2.3. Integración. 7. Reflexión final. Bibliografía.

# I

## 1.

---

### CRIMINALIDAD ECONÓMICA Y CRIMINALIDAD TERRORISTA. DOS PARADIGMAS A CONFRONTAR

#### 1.1. LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA

La criminalidad económica no es fácil de definir. En realidad, es un concepto aún discutido en la política criminal de los estados. La criminalidad económica y la criminalidad organizada son focos de debate tanto de carácter penal como político-criminal internacional, y desde estas perspectivas se analizan por separado, si bien no se trata de fenómenos distantes desde el punto de vista criminológico.

Últimamente la atención del legislador se dirige a definir el concepto de criminalidad organizada y éste es el nuevo campo de acción internacional. Ello no significa que se considere archivado el problema del tratamiento penal de la ilegalidad económica. Es real que la criminalidad organizada es el origen de una gran espiral de crímenes que nada tienen de “económico”, pero la inversa no se cumple: el crimen económico es siempre *organizado*. Tal vez esta afirmación generalice demasiado, pero también es oportuno subrayar desde ahora la diferencia estructural entre estos dos paradigmas. En particular, la criminalidad económica es considerada como tipo o ejemplar de la criminalidad organizada.

Buscar la conceptualización del fenómeno nos lleva rápidamente a recordar el *white-collar crime*, concebido por Sutherland en 1949 como título de su más clásica monografía, dada la expansión internacional que ha tenido el término. El autor concluye el capítulo 14 (“White collar crime as organized crime”) con una afirmación que considero esencial: “la

violación de leyes cometida dentro de una empresa (sociedad comercial) es crimen organizado y premeditado”. Esto no abarca necesariamente todos los ilícitos de una empresa, pero sí un porcentaje relevante,<sup>2</sup> e indica que existe una íntima relación entre crimen organizado y empresa (sociedad comercial).

Para que esta categoría de *white-collar crime* no logre filtrarse del sistema y quedar totalmente en la impunidad, debemos prestar atención a estas particularidades y llegar a una apropiada tipificación.

Algunos autores, en su intento de precisar el concepto de criminalidad económica, se centran en el *modus operandi*, en el fin o el motivo del agente; otros en la *estructura* del bien jurídico afectado en relación con la economía del mercado; pero el elemento que se muestra cada vez más relevante en este paradigma es el *abuso de confianza*,<sup>3</sup> desde una óptica abstracta, enfocada en la sociedad. En otras palabras, es la confianza general en la validez del derecho. Sobre esta base se define el delito económico como aquel *comportamiento socialmente dañoso que pone en peligro la confianza en el sistema económico vigente*.<sup>4</sup> Por *sistema económico* se entiende el conjunto de relaciones básicas, técnicas e institucionales que caracterizan la organización económica de una sociedad.<sup>5</sup> Esto nos lleva a pensar que no estamos ante un componente esencial que distinga la noción de criminalidad económica.

Por otro lado, debemos admitir que existen sectores de la criminalidad económica en los cuales el elemento *abuso de confianza* no es esencial; por ejemplo, en las maniobras de empresas multinacionales e internacionales. En estos casos más bien es decisivo el *abuso de poder*, que radica en que una persona natural o jurídica que por vías absolutamente legales ha alcanzado una situación prominente, jurídica o fáctica, la utiliza de una forma objetivamente abusiva.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> SUTHERLAND, Edwin H., *White Collar Crime. The uncut version*, prólogo de Gilbert Geis and Colin Goff, Yale University Press, New Haven y Londres, pág. 239 (edición en italiano: *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Giuffrè, Milán, 1987, pág. 303).

<sup>3</sup> KAISER, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 2.ª ed., Heidelberg, 1988, pág. 748.

<sup>4</sup> OTTO, *Strafrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik*, M Schkrim, 1980, pág. 399.

<sup>5</sup> BERGARA, Mario, VICENTE, Leonardo, y otros: *Economía para no economistas*. Universidad de la República (Departamento de Economía de la Facultad de Ciencias Sociales) y Byblos, 1999, pág. 19.

<sup>6</sup> TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito. Introducción al derecho penal económico y de la empresa*, Ariel, Barcelona, 1985, pág. 57 y ss. En el mismo sentido y abarcando las diferentes posiciones sobre el tema BACRIE, Stephane, “Variables del poder y criminalidad organizada. Paradigmas de trabajo de Versele, Blovich y Cervini”, Documento DOC.W. DC/45/05, Ponencia al Seminario ICEPS sobre Crimen Organizado, de julio de 2005, Morton Banking Center, Off-Print ICEPS, Nueva York, 2005.

En cuanto a la definición de criminalidad económica, ninguna de las que se han ensayado sirve de base para proyectos de política criminal y acciones legislativas.<sup>7</sup> Desde un punto de vista teórico, es dificultoso arribar a una formulación que envuelva a todos los sectores y al mismo tiempo sea rica en contenido. Probablemente sea más sensato imaginar diversos conceptos relacionados entre sí. Si aceptamos esta suposición, admitiremos que no existe una concepción general de este tipo de crímenes; no obstante, es posible elaborar una descripción de rasgos personales y por medio de ellos confeccionar una figura neutra, que permita de alguna manera vislumbrar el tipo penal.

Quizá el modo más proficuo para hacerlo sea el *fenomenológico*. Desde esta perspectiva, podemos decir que la delincuencia económica constituye una anomalía contemporánea, con un sistema económico clandestino, generador de un producto bruto y unas utilidades netas que sobrepasan el producto nacional bruto de diversos países.

La criminalidad económica es la degeneración de la actividad económica, el fenómeno por el cual las diversas actividades productivas de expresión socialmente positiva se degeneran en factores de daño o peligro para los intereses penalmente tutelados.<sup>8</sup> Con base en esta primera aproximación podemos señalar algunos aspectos propios:

a. *Degeneración de la actividad económica*, concebida ésta como flujos de bienes y recursos de los sectores público y privado del mercado económico.<sup>9</sup> Estamos ante una avería o un deterioro del conjunto de actividades vinculadas a la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios necesarios para la vida. En las últimas décadas, la globalización del mercado y de las bolsas de valores, así como la desregulación financiera, han dado un impulso importante a la expansión de la economía criminal; hasta tal punto, que la diferenciación entre actividad económica legal y criminal resulta cada vez más difícil de deslindar. Los especialistas han señalado un fenómeno contemporáneo de grandes cambios en la economía, transformación que se centra en *la financiación de la propia economía*. Nos referimos a un punto muy característico de la economía actual: la importancia de la adquisición de capitales en el sistema, que en la economía real sobresale

---

<sup>7</sup> VOLK, Klaus, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998, págs. 34 y ss.

<sup>8</sup> PEDRAZZI, Cesare "L'alterazione del sistema economico: riciclaggio e reimpieghi di capitali di provenienza illecita", en Sergio MOCCIA (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.

<sup>9</sup> LEROY MILLER, Roger, y MEINERS, Roger E., *Microeconomia*, Clemson University (Department of Economics and Center of Policy Studies) McGraw Hill, 1990, pág. 6. En el mismo sentido: BLOVICH, Leon Saul, "Vigilante in the field of financial transactions", Documento DOC.W. M/16/04, ponencia al seminario ICEPS sobre Riesgos Corporativos, diciembre 2004, Morton Banking Center, Off-Print ICEPS, Nueva York, 2004.

respecto a la producción de bienes y servicios. De esta manera se crea una *economía virtual* basada en la financiación de la riqueza, la cual traspasa los confines de los Estados. La globalización, al contrario de lo que se suele creer, no es el advenimiento de un mercado mundial de mercancías, sino más bien la creación de un sistema financiero global, por encima de las leyes nacionales, que escapa al control de los Estados.

Sobre este nuevo frente se verifica una primera importante conexión entre estos dos paradigmas: *ilegalidad económica* y *gran criminalidad* (como tal, organizada). Hoy en día el financiamiento de la criminalidad genera imponentes flujos financieros y movimientos desproporcionados de capitales en el sistema global, de manera que puede afirmarse que las finanzas modernas y el crimen organizado global se sustentan mutuamente, dado que para desarrollarse ambos necesitan que se supriman las reglamentaciones y los controles cívicos estatales e internacionales.

b. *Daño o peligro de bienes jurídicos tutelados.* Uno de los conceptos mayormente debatidos del derecho penal económico es el de *bien jurídico protegido*. Existe un gran caudal de criterios y un sinnúmero de autores que refieren al tema. Un abordaje correcto requeriría al menos una decena de páginas, por lo que pretendo de modo esquemático dar un pincelazo de los dos extremos de este gran abanico. Las argumentaciones se mueven 180 grados desde la tesis más amplia a la más restringida, y la disyuntiva aún no tiene una respuesta acabada.

La *concepción amplia* refiere a un derecho penal económico definido como conjunto de normas jurídico-penales destinadas a proteger el orden económico, entendido como la regulación jurídica de la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios. Es una concepción extensiva que coloca como objeto de protección, en primer lugar, intereses patrimoniales cuyo titular puede ser el Estado o los particulares. En segundo término y subsidiariamente se atiende a la tutela de los bienes colectivos, relacionados con la regulación económica del mercado.<sup>10</sup>

La *concepción restringida*, en cambio, refiere a la más escueta y clara definición del fin político-criminal. Eberhard Schmidt, señala que “una infracción será delito económico cuando vulnere el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico”. Desde esta óptica, el bien jurídico protegido por los delitos económicos es la tutela del orden económico existente, es decir, el estatuto jurídico de la economía de mercado,

---

<sup>10</sup> CERVINI, Raúl, y ADRIAZOLA, Gabriel, *El derecho penal de la empresa, desde una visión garantista*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, págs. 62 y ss.



y constituyen sus ejemplos más representativos las normas de represión del monopolio, las prácticas restrictivas y las demás acciones que afectan la libre competencia.<sup>11</sup>

c. Existen también otras características que considero deben ser resaltadas a la hora de hablar de criminalidad económica: la *ventaja económica*, es decir, el provecho obtenido, y *el carácter indeterminado de la víctima*. El Prof. Cervini, al hablar de los macrodelitos económicos, señala que la víctima tiene un carácter múltiple, anónimo e incontrolable, y esto se da precisamente en épocas y sistemas económicos que se singularizan por la existencia de un gran número de administradores fiduciarios y gerenciales de bienes ajenos, con amplias posibilidades de hacer mal uso de la confianza que en ellos se deposita. Continúa su discurso diciendo que el carácter múltiple e indeterminado de las víctimas surge con toda evidencia del análisis de la agresividad de estas formas de delincuencia no convencional. La víctima individual puede sufrir un daño relativamente menor, pero éste se ve multiplicado y potenciado por el enorme número de personas eventualmente alcanzadas, lo que naturalmente dificulta la represión.<sup>12</sup>

## 1.2. LA CRIMINALIDAD TERRORISTA

La criminalidad terrorista también se manifiesta como un modo de criminalidad organizada, con las características de diversificación, transnacionalización e interacción, entre otras que veremos durante el desarrollo de este trabajo. Por lo tanto, contiene la misma matriz común que la criminalidad económica, aunque se trata un fenómeno distinto.

Definir el terrorismo no es fácil, dadas las numerosas propuestas de la doctrina internacional y las diversas fórmulas legislativas, pero la necesidad de hacerlo tiene una inmediata finalidad práctica. La definición de terrorismo que emerge en el plano del derecho internacional consuetudinario parece articularse en torno a cinco requisitos: 1) los actos deben integrar el tipo criminal sancionado en todos los Estados (del homicidio a las lesiones personales graves); 2) tales actos deben ser destinados a golpear a la población civil o a personas que no toman parte en esta hostilidad, 3) para infundir el terror, 4) para constreñir a un gobierno o a una organización internacional a cumplir u omitir un acto, 5) por razones políticas, religiosas o ideológicas.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> CERVINI, Raúl, y ADRIAZOLA, Gabriel, *El derecho penal de la empresa, desde una visión garantista*, B de E, Montevideo-Buenos Aires, 2005, págs. 62 y ss.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 34.

<sup>13</sup> VALSECCHI, Alfio, "Il problema della definizione di terrorismo", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè, Milán, año XLVII, fasc. 4, 2004, pág. 1154.

En un primera aproximación podemos definir al terrorismo como la violencia (o amenaza de violencia) capaz de ocasionar un grave daño a un país o a una organización internacional, a través de medios de agresión indiscriminados contra objetivos civiles, privados o públicos, con el fin de alterar gravemente la paz social o producir el cambio del orden constitucional del Estado. Disgreguemos cada uno de los elementos de este concepto:

- a. violencia o amenaza;
- b. potencial capacidad de ocasionar un grave daño a un país o a una organización internacional;
- c. medios de agresión indiscriminados, contra objetos civiles, privados o públicos;
- d. finalidad de alterar la paz social o producir el cambio del orden constitucional del Estado.

Estos cuatro ítems que muestran la estructura estática de la actividad terrorista debemos relacionarlos con cierta funcionalidad que existe en la organización criminal de tipo terrorista. Desde una óptica funcional, el actor terrorista actúa para diversos públicos; en primer lugar, el oponente político y sus simpatizantes, la opinión mundial y las víctimas directas, familiares y amigos. La estructura funcional de los crímenes terroristas es esencialmente triangular. Hay un perpetrador (con o sin otros actores detrás de él), una víctima directa, y por último hay un blanco para el mensaje o la demanda.<sup>14</sup>

En muchos de los casos, las personas físicas que realmente llevan a cabo el ataque son, o bien reclutadas en el país donde va a tener lugar el atentado, o bien enviadas allí meses o quizás años antes y mantenidas como *durmientes*. Cuando estos individuos son activados, ni siquiera se les informa de las (verdaderas) intenciones y antecedentes para un ataque terrorista en particular. Los que preparan el ataque los visitan, les marcan diversos objetivos, les indican dónde obtener las armas y dónde soltarlas y salen del país antes de que tenga lugar el ataque. Los que hacen los planees en los niveles jerárquicos más altos de la organización ni siquiera han entrado en el país donde está programado el ataque.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> SCHMID, Alex P., "Los vínculos entre el crimen organizado transnacional y los crímenes terroristas", en *Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos*, año 14, n.º 3, 1997, IICLA, págs. 311 y ss.

<sup>15</sup> El ejemplo funcional es tomado de la organización de Abu Nidal, la cual ya ha asesinado aproximadamente a mil personas en veinte países. Representa lo que es en este momento la etapa más alta y sofisticada del crimen terrorista transnacional.

Hay varios tipos de terrorismo y hay muchas tipologías. En términos de motivación se puede distinguir entre el terrorismo político, criminal, religioso y patológico. El terrorismo político puede ser subdividido en insurgente, vigilante y régimen terrorista. El insurgente, a su vez, puede ser subdividido en social-revolucionario, étnico-separatista y terrorismo de un simple tema. Cada tipo tiene sus características estructurales. En las democracias liberales, por ejemplo, los terroristas de derecha tienden a tener una estructura organizacional más distendida que la mayoría de los grupos terroristas de izquierda, particularmente porque no son terroristas de tiempo completo que vivan en la clandestinidad. Los terroristas vigilantes que gozan del apoyo tácito de sectores de la sociedad también requieren menos de una profunda cobertura que los que actúan en aislamiento ideológico. Para evitar ser detectados, muchas veces están organizados en células de tres a cinco personas, cuyo líder es el único que sabe los nombres reales de los líderes de otras células y sus paraderos. Esto es especialmente cierto para el terrorismo urbano, donde los grupos terroristas son más vulnerables que en el medio rural.

En cuanto al *modus operandi*, los crímenes terroristas se basan en dos elementos importantes: la *violencia* (o la amenaza de ella) y la *propaganda*.

El propósito del terrorismo es *producir terror, temor extremo y pánico entre el público elegido como blanco* de atroces actos de violencia y utilizar los efectos psicológicos para los fines de los perpetradores o de quienes los dirigieron. Las atrocidades cometidas sirven para transmitir la impresión de que los terroristas pueden golpear a voluntad cualquier tipo de objetivo, de manera que ningún oponente está a salvo a menos que ceda a sus demandas.

*El objetivo final* de la violencia terrorista puede ser *un blanco de atención* (la opinión pública, cuya atención se reclama para la reivindicación o la causa del terrorista), *un blanco de demanda* (las autoridades, de quienes se procuran concesiones o la liberación de un prisionero político por medio del chantaje), o *un blanco de terror* (los que se identifican con la víctima por pertenecer al mismo grupo y temen ser la próxima).<sup>16</sup>

La *finalidad* del terrorismo es una particularidad que lo diferencia muy radicalmente del árbol madre de la criminalidad organizada. Este fin radica en *perturbar la paz social o producir un cambio del orden constitucional del Estado*. El ejemplo más destacado de los

---

<sup>16</sup> SCHMID, op. cit., pág. 314 y ss. La misma posición tiene SEEGLÉ, Joseph, "Relatorio final", DOC-MW/R/3/03, en *Anales de la 3.ª Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del Internacional Center of Economic Penal Studies*, sección II: "Tipología económica del terrorismo" Citibak Center, Nueva York, 2002, pág. 70 y ss.

últimos lustros en cuanto al uso simbólico de la violencia es el atentado a las Torres Gemelas y al Pentágono, pues eran directamente los lugares que mayormente representaban la vida socioinstitucional de la potencia norteamericana. Este uso simbólico de la violencia demuestra el grado de vulnerabilidad del sistema estadounidense o, en otras palabras, la vulnerabilidad del sistema político institucional occidental.

## 2.

### UN PARADIGMA COMÚN: LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL. (ESTRUCTURA Y TRATAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA)

La delincuencia organizada constituye una anomalía contemporánea con un sistema económico clandestino, generador de un producto bruto y unas utilidades netas que sobrepasan el producto nacional bruto de diversos países.

Los macrodelitos económicos del delito organizado se producen en formas que tienen una apariencia de legalidad absoluta. Esta característica se conecta directamente con una variable de abuso de poder, especialización profesional, y también con el funcionamiento de ciertos estándares de fiabilidad ilícita que otorgan las llamadas *redes ilícitas*.<sup>17</sup>

El término *crimen organizado* emergió primeramente en los Estados Unidos y fue usado inicialmente para describir ciertos rasgos de la mafia, sociedad secreta siciliana que había anidado en comunidades de inmigrantes en puertos como Nueva Orleans y Nueva York a finales del siglo XIX. Esta mafia, que se llamaba a sí misma *la Cosa Nostra*, ofreció a los criminólogos y funcionarios de las agencias contra la delincuencia el fenotipo del crimen organizado.

Antes de intentar una definición de organización criminal, busquemos entender el concepto de *organización*. Podemos decir que es un conjunto de personas que se disponen en una estructura para el alcance de un cometido. La estructura puede tener formas diversas y el cometido puede ser de carácter político, económico o social.

<sup>17</sup> CERVINI, Raúl, "Los filtros sistémicos en materia económica y financiera", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, págs. 416 y ss.

En consecuencia, en una primera aproximación, la criminalidad organizada puede ser vista como una organización de personas con la finalidad de cometer delitos de elevada desvalorización social y claro contenido económico.<sup>18</sup>

La definición de crimen organizado se aplica a un número indefinido de fenómenos criminológicos de diversa especie. Siguiendo a Zaffaroni, el *organized crime* es un fenómeno de nuestro siglo. Es inútil buscar el crimen organizado en la antigüedad, en la Edad Media, en Asia o en China, etc., y ello pone en evidencia ciertos caracteres que pretenden fundar la categoría, como los relativos a la *estructura empresarial* y, en particular, al *mercado ilícito*.<sup>19</sup>

Por lo tanto, si tenemos en cuenta estas dos características, no nos referimos solamente a alguna pluralidad de agentes o a alguna asociación ilícita, sino a un fenómeno que es incomprensible en el mundo precapitalista, donde la empresa y el mercado no existían de la manera como los conocemos hoy en día.

A estas dos características debemos anexar una tercera que nace del análisis del fenómeno de la criminalidad organizada: la mayoría de sus expresiones se estructuran sobre la base de una *red virtual de intercambios o apoyos mutuos*, los llamados *networks ilícitos*. La red criminal encierra la coordinación de actividades, la estrategia global y el alcance trasnacional de sus actividades. De esta manera crea un espacio apropiado y confiable para los grupos criminales, generando una atmósfera de protección y secreto recíproco para el desarrollo de las actividades más deplorables.

Debemos destacar tres particularidades distintivas del crimen organizado. En primer lugar, en la mayoría de los casos las actividades que se involucran no son mutuamente excluyentes, por lo cual las principales organizaciones diversifican su accionar en múltiples direcciones. En segundo lugar, no circunscriben su actividad a los límites de un Estado, ni siquiera de un continente, sino que trascienden sus fronteras físicas y políticas. Tampoco son inconexas, sino que interactúan en verdaderas redes globales y descentralizadas.

En síntesis, por criminalidad organizada se entiende un conjunto de individuos y de bienes estructuralmente asociados con el fin de cambiar o producir en exclusiva bienes

---

<sup>18</sup> CASTALDO, Andrea, "Una introducción al problema", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, pág. 271.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita", en Sergio MOCCIA (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999; *Studi di scienze penalistiche integrate*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, pág. 65.

o servicios de naturaleza ilícita, o bienes o servicios de naturaleza lícita con medios ilícitos o de origen ilícito.<sup>20</sup>

La existencia de una organización es la *característica central* de estas agrupaciones informales, lo cual implica que debe existir un nexo idóneo al fin propuesto entre las diferentes ramas o segmentos que integran el grupo criminal, una inequívoca relación de subordinación y coordinación que se traduce en unidad de decisión operativa del grupo, aun cuando eventualmente esté diversificado en distintos sectores.

Se puede abordar el tema de diversas ópticas: *política, sociológica o económica*. Teniendo en cuenta que estas tres interpretaciones no son excluyentes, resulta claro que estamos ante *un fenómeno amorfo clandestino*.<sup>21</sup>

Remitiremos nuestro desarrollo de la anatomía del crimen organizado a la *perspectiva económica*. Desde ésta, el crimen organizado representa una economía clandestina basada en empresas ilegales. Simula empresas económicas lícitas, pero éstas hacen negocios ilícitos, en mercados criminales fuera de la ley. No obstante, es probable que para el crimen organizado transnacional sea más importante evitar el riesgo de ser descubierto, para poder perpetuarse, que las grandes ganancias. Incluso existen estructuras jerárquicas por medio de las cuales la organización maneja una especie de *sistema de franquicias* para autorizar y controlar a socios criminales menores en varios mercados ilegales y a veces legales; por ejemplo, la disposición de desechos o propiedad de restaurantes.<sup>22</sup> Desde esta perspectiva el crimen organizado puede ser visto como una continuación del comercio económico por otros medios.<sup>23</sup>

Hasta el momento podemos decir que la criminalidad organizada tiene diversas características intrínsecas que dificultan su tipificación. Ellas son: la pluralidad de agentes, la participación en bandas y la actividad delictiva habitual o profesional, acompañada del fenómeno de la corrupción.

---

<sup>20</sup> Para una definición similar, SCHELLING, t. C, "What is the Business of Organized Crime?", en *Journal of Public Law*, n.º 20, 1971.

<sup>21</sup> SCHMID, Alex P., "Los vínculos entre el crimen organizado transnacional y los crímenes terroristas", en *Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos*, año 14, n.º 3, 1997, págs. 293 y ss.

<sup>22</sup> ANISKIEWCZ, Rick, "Metatheoretical Issues in the Study of Organized Crime", trabajo presentado en el Encuentro Anual de la Sociedad Americana de Criminología, Phoenix (Arizona), 1993, págs. 6-13; KLERKS, Peter, *Ondergrondse Organisaties in vergelijkend Perspectief*, Tussenrapportge, Rotterdam, Universidad Erasmus, 1995, págs. 9-56.

<sup>23</sup> SCHMID, A. P., *Smerige Zaken. De Opkomst van de Onderwereld* (Dirty Business: The Threat of Organized Crime to "Business as Usual"), Synthesis, Driebergen, 1992, pág. 8. Reproducido como "Transnational Organized Crime and Its Threat to Democracy and the Economy", en C. FIJNAUT, J. GOETHALS, t. PETERS, L. WALGRAVE (eds.), *Changes in Society. Crime and Criminal Justice in Europe. International Organized and Corporate Crime*, vol. 2, Kluwer, Ostende, 1995, págs. 85-121.

Otra particularidad de estos grupos es que son células individuales, unidades aisladas, interrelacionadas en un contexto socio-económico-cultural dado, o sea, como un subproducto de la estructura general del sistema. Al mismo tiempo, acceden a medios de gran tecnificación con estrategias de globalización y de esta manera logran una escala transnacional de sus actividades. La criminalidad organizada se practica por medio de instrumentos de alta tecnología, capaces de generar daños irreparables.

Es remarcable que la existencia de la mayoría de estos nuevos sistemas tecnológicos utilizados por el delito organizado no son conocidos por el público en general, y también —y más importante— que las autoridades de numerosos países, principalmente subdesarrollados, ignoran cómo operan y el peligro que representan para sus sociedades; es más: olvidando la creciente globalización contemporánea del delito proclaman, crédulamente o no, que éste no existe dentro de sus fronteras.

Hagan, entre más de diez autores, puntualiza dos elementos convergentes a la hora dar una definición de crimen organizado. En primer lugar, el crimen organizado implica una empresa estable que opera de manera racional para obtener un provecho mediante una actividad ilícita. Y, en segundo lugar, implica la corrupción de funcionarios públicos.<sup>24</sup>

El *Plan de acción global contra el crimen organizado transnacional*, adoptado por la Conferencia Ministerial Mundial en Nápoles, en noviembre de 1994, enumera las siguientes seis características del crimen organizado: 1) grupo organizado para cometer crímenes; 2) vínculos jerárquicos o relaciones personales que permiten a los líderes controlar el grupo; 3) violencia, intimidación y corrupción usadas para generar ganancias o controlar territorios o mercados; 4) lavado de activos en apoyo de la actividad criminal y para infiltrarlo en la economía legítima; 5) potencial de expansión a nuevas actividades más allá de las fronteras nacionales, 6) cooperación con otros grupos del crimen organizado transnacional.

## 2.1. EN SÍNTESIS

La macroconformación de la *criminalidad organizada* refleja diversos elementos interrelacionados:

---

<sup>24</sup> HAGAN, Frank, "The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model", en *Criminal Justice Reune*, 1983.

a. La *estructura empresarial*, en primer lugar. El crimen organizado representa una economía clandestina basada en empresas ilegales que se refleja en la jerarquía piramidal, la pluralidad de agentes, la división funcional, la cooperación permanente entre sus miembros y la planificación empresarial con fines u objetivos ilícitos.

b. La *participación en el mercado ilícito*. El crimen organizado simula empresas económicas lícitas para hacer negocios ilícitos, en mercados criminales fuera de la ley. Debe tener como sustento, además de la pluralidad de sus agentes, *el carácter empresarial y el mercado ilícito*, entre otros elementos. Para categorizarlo algunas corrientes proponen tomar en consideración el tipo de organización o el tipo de actividad criminal, otras en cambio señalar la necesidad de correlacionar ambos tipos.<sup>25</sup> Hagan,<sup>26</sup> citado por Zaffaroni, luego de investigar y confrontar distintas definiciones de *crimen organizado*, encuentra consenso en los siguientes caracteres:

- es una empresa permanente que opera de modo racional para obtener beneficios mediante actividades ilícitas;
- sostiene su acción mediante violencia real o ficta, que
- implica corrupción de funcionarios públicos.

c. La *actividad delictiva* de este tipo de organizaciones es *habitual o profesional*. Estamos ante actividades delictivas repetidas en el tiempo, con profesionalidad, estudio y conocimiento del área en la que se delinque.

d. La *conexión estructural o funcional con sectores de poder legal-corrupción*. Estos grupos delictivos tienen un importante acceso al poder legal; la corrupción juega un papel medular en sus actividades.

e. La ramificación de los *networks ilícitos* (la red). El miembro de un grupo mafioso, especulativo ilícito o terrorista puede confiar hoy en una trama de *puntos* de solidaridad y protección de extensión multinacional y multicultural, dotada de una confiable permanencia y de estandarizaciones típicas de la burocracia, así como de la elasticidad y la fiabilidad características del grupo informal. Dentro de esta retícula pueden circular bie-

---

<sup>25</sup> MALTZ, Michael, "Toward Defining Organized Crime", en H. ALEXANDER y G. CAIDEN (eds.), *The Politics and The Economics of Organized Crime*, Lexington Books, 1985, pág. 21, citado por ZAFFARONI, op. cit.

<sup>26</sup> HAGAN, Frank, op. cit, citado por ZAFFARONI, op. cit., pág. 56



nes, servicios, prestaciones y contraprestaciones de naturaleza ilícita a costos y riesgos relativamente bajos; la misma participación en la *network* es garantía de la “seriedad” y “profesionalidad” de los participantes.

f. La *capacidad de mutar*. Estas organizaciones pueden llegar a ser verdaderos camaleones, pues cuentan con la capacidad de mutar y transformarse constantemente, según las necesidades.

g. La *tecnificación y transnacionalidad*. La criminalidad organizada de nuestros días, expresada a través de delitos como el tráfico de personas, niños, órganos humanos, prostitución, capitales ilícitos, drogas y un largo etcétera, ha sido capaz de beneficiarse de los avances tecnológicos y de la libertad de los mercados para dar un salto cualitativo en su actuar criminógeno y ejercer un tipo de delincuencia que parece no ser fácilmente definible con los parámetros tradicionales de las categorías penales. El acceso a medios de gran tecnificación con estrategias de globalización permite que sus actividades logren un nivel transnacional.

### 2.1.1. Excusus: El ciberespacio como medio de la criminalidad organizada

Internet representa un ambiente en el cual fácilmente se puede hacer perder el rastro del origen de los capitales ilícitos. La famosa sociedad *offshore* en la cual los viejos padrinos de la mafia depositaban los recaudos de la extorsión, el tráfico de drogas y la prostitución ha sido sustituida por los servicios *on line*. Con un simple *download* es posible debitar grandes sumas de un cliente internacional o intercontinental a sociedades ubicadas en zonas francas, como las islas Caimán o las Bermudas.

Una organización criminal que quiera hacer desaparecer el dinero sucio no tiene más que organizar una subasta *on line* de un producto fantasma cuyo correspondiente se ve en una cuenta creada a favor de un sujeto ficticio. Las transacciones *on line* vienen a través de protocolos de seguridad (Secure Socket Kevel, http, etc.). El anillo débil son los *browser*, programas para navegadores, no inmunes a *bugs* (gusanos) criptográficos. El inconveniente para el cliente es una reducción en la marcha del navegador o, más precisamente, un aumento de la fricción del servicio. Un ulterior atractivo para la criminalidad organizada son los *home banking*, pues no requieren inscripciones ni certificaciones particulares; basta un buen conocimiento del mercado accionario, un módem y un PC conectado a Internet para acceder al servicio. Con

un simple clic se pueden mover capitales, comprar o vender acciones, abrir negocios virtuales y vender cualquier tipo de productos. El caso de la venta de estupefacientes vía Internet es una prueba. En el 2004, en Italia, la Polizia Postale delle Comunicazione identificó, arrestó y denunció a centenares de personas, incluso ciudadanos italianos, que se dedicaban a la importación y venta de sustancias estupefacientes prohibidas en Italia mediante un negocio virtual ubicado en un país europeo.<sup>27</sup>

Del mismo modo, el *ciberespacio* es utilizado por las organizaciones terroristas para atraer a nuevos participantes, reclutarlos y formarlos como futuros terroristas, kamikaze, suicidas, etc. La web es utilizada para enviar mensajes y discursos de los líderes, para difundir y publicitar la organización, para enseñar los mejores métodos de armado de bombas caseras y para difundir la cultura del terror. Por lo señalado, podemos decir que en la actualidad *la más poderosa arma de los terroristas es el ciberespacio*, cuyas páginas son visitadas por miles de personas a diario.

La velocidad vertiginosa no permite la cancelación de estos sitios, pues cuando se logra eliminar uno, ya fue multiplicado un sinnúmero de veces. Inclusive los sitios son cada vez más sofisticados y adaptables a las distintas computadoras y hasta a teléfonos celulares que permiten descargar este tipo de imágenes y sonidos.

La unión entre energía humana y *high tech* propicia riesgos imposibles de predecir. Este factor de imprevisibilidad de los resultados del actuar humano se hace más crítico cuando nos encontramos ante redes internacionales de la gran criminalidad organizada, capaces de poner en jaque incluso a los estados más poderosos del mundo.

La noción de crimen organizado envuelve esta pluralidad de aspectos, lo cual no significa que toda organización criminal exija la participación conjunta e indivisa de todos ellos. No obstante, podemos afirmar que estas características son bastante constantes a la hora de describir la anatomía de la criminalidad organizada actual.

---

<sup>27</sup> VULPIANI, Domenico, *Caratteristiche ed aspetti finanziari e informatici. L'attività di contrasto alla criminalità organizzata. Lo stato dell'arte*, Osservatorio Permanente sulla Criminalità Organizzata (Organo di Consulenza della presidenza della regione Siciliano), Giuffrè, Milán, 2005, págs. 187 y ss.

## 2.2. EXCURSUS: ¿CRIMINALIDAD ECONÓMICA Y CRIMINALIDAD TERRORISTA COMO ESPECIES DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA?

En este punto se puede intentar una primera confrontación, desde el punto de vista estructural-fenomenológico, entre el paradigma general —*genus*— representado por la criminalidad organizada y los paradigmas específicos —*species*— representados, de un lado, por la criminalidad económica y, del otro, por la criminalidad terrorista.

La *criminalidad económica* puede definirse, entonces, como una actividad con estructura empresarial y participación en el mercado ilícito, de manera habitual o profesional; con conexión estructural o funcional con sectores de poder legal que demuestran cierto abuso de confianza o de poder; con utilización de la amplia red de vínculos recíprocos y gran capacidad de mutación, tecnificación y transnacionalidad; con la particularidad de degenerar la actividad económica para lograr un provecho en perjuicio de bienes jurídicos tutelados.

Por otro lado, desde una perspectiva detallada, la *criminalidad terrorista*, descubierta como madre de diversas empresas fantasmas, puede también ser vista como una estructura empresarial con participación en el mercado ilícito, que realiza una actividad delictiva de tipo habitual o profesional, en conexión con sectores de poder legal; con alto grado de tecnificación, transnacionalidad y capacidad de mutación; y capaz de ocasionar grave daño a un país o a una organización internacional. El aspecto estructural-funcional radica en tres figuras: el perpetrador, la víctima directa y un blanco para el mensaje o la demanda terrorista. El *modus operandi* es esencialmente la utilización de violencia o amenaza y la propaganda, con la finalidad de producir terror al blanco escogido para lograr un objetivo de tipo reivindicativo, político, religioso o social.

# 3.

---

## LA LUCHA CONTRA LA MACROCRIMINALIDAD COMO MODERNA MANIFESTACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL

El análisis anterior ha expuesto dos paradigmas que actualmente se enfrentan en la política-criminal (criminalidad organizada y criminalidad económica), con dos características esenciales en común:

a. La *característica macroscópico* es reconocida en el modelo de Herbert Jäger<sup>28</sup> en términos no tanto de difusión del comportamiento, sino en cuanto a la enormidad de los eventos lesivos. Pero el problema consiste en que esta criminalidad es difusa, hasta el punto de que no puede ser contenida en una respuesta penal que sea también racional.

b. El *carácter transnacional*, ante el enorme fenómeno de la globalización, termina por ser esencial. No obstante, la moderna política criminal no es nada homogénea, lo que ofrece diversas dificultades de armonización del derecho penal. En el plano internacional existen concepciones divergentes de cuál puede ser la mejor solución al problema de la criminalidad económica y el terrorismo. En este trabajo pretendemos destacar las nuevas tendencias teóricas de política criminal, mostrando ejemplos concretos de diversas legislaciones.

### 3.1. LA LEGISLACIÓN PENAL DE EMERGENCIA

Es menester partir de un punto común en las diversas teorías y legislaciones: el contexto de emergencia. La criminalidad organizada exige una típica expresión de normativa de emergencia, con todos los defectos que connota este tipo de procedimientos: *aproximación, caoticidad, rigorismo represivo, simbolismo, caída de términos de garantía*.<sup>29</sup>

Siguiendo a Zaffaroni, la legislación penal de emergencia se caracteriza por: a) fundarse en un *hecho nuevo o extraordinario*; b) la existencia de *un reclamo de la opinión pública* a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo; c) la *sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del derecho penal liberal* (vulnerando principios de intervención mínima, de legalidad —con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro—, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, etc.); d) los efectos de esa *legislación “para el caso concreto” sancionada en tiempo breve*, que únicamente proporcionan a la sociedad *una sensación de solución o reducción del problema*, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> JÄGER, H. J., *Makrocriminalität*, Suhrkamp, Fráncfort, 1989.

<sup>29</sup> MOCCIA, Sergio, “Prospettive non emergenziale di controllo dei fatti di criminalità organizzata”, en *Criminalità organizzata e riposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, págs. 151 y ss.

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, en *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

La necesidad de una respuesta eficaz, de tipo preventivo y al mismo tiempo represiva del fenómeno de la criminalidad económica y terrorista ha introducido, en efecto, una nueva tendencia de política criminal basada en la emergencia. Por otro lado, la política criminal actual está reflejando un cambio de paradigma, expresado en diversas manifestaciones nuevas que veremos a continuación. La lucha contra el fenómeno, difícilmente definible, de la criminalidad organizada puede cambiar el derecho penal en una medida sin precedentes, por los aspectos de internacionalidad y la crucial encrucijada que se plantea entre Estado y libertad individual.

Un punto clave que debemos destacar es que el verdadero problema de una política emergencial, *en un sistema constitucional democrático, es la derogación implícita y la alteración de las fuentes de legitimación que ésta ocasiona, que significa una antitesis de los valores y principios fundamentales.*<sup>31</sup> Existe también el riesgo de que estas aceleradas corrientes legislativas afecten las garantías constitucionales y caminemos hacia el nacimiento de un *derecho penal simbólico.*<sup>32</sup>

### 3.2. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, DE JAKOBS

Günther Jakobs, analizando críticamente la situación del derecho penal alemán, consideró que se trataba entonces de un *derecho penal de enemigos*. Con esto quería decir que en el sistema penal existían dos formas de imputar delitos, de aplicar y cumplir las penas y de procesar a los imputados. Una se aplica a los *delinquentes ciudadanos* y otra muy diferente a los *delinquentes enemigos*.

Jakobs aclaraba que la existencia de un derecho penal de enemigos no era un signo de la fortaleza del Estado de libertades, sino un *signo de que las libertades estaban en riesgo*. Para entender en su plenitud el significado del concepto de derecho penal del enemigo es necesario explicar brevemente el pensamiento del autor acerca del terrorismo. Los individuos *enemigos* se han apartado de la manera casi definitiva del derecho y por eso dejan de ser vistos como personas. Dice: “Los enemigos no son efectivamente personas” (“*Feinde sind aktuell Unpersonen*”, en el original alemán).<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> TRONCONE, Pasquale, *La legislazione Penale dell' emergenza in italia. Tecniche Normative di Incriminazione e Politica Giudiziaria dallo Stato Liberale allo Stato Democratico di Diritto*, Jovene Editore, Nápoles, 2001, págs. 5-14.

<sup>32</sup> Con mayor extensión, DIEZ RIPOLLES, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal*, n.º 1, 2001, Madrid, págs. 1-22.

<sup>33</sup> JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

En resumidas cuentas, Jakobs, considera que todavía no es posible resolver si el denominado derecho penal del enemigo se revela como verdadero derecho, pero entiende que se puede caracterizar por los siguientes contenidos: a) amplio adelantamiento de la punibilidad; b) falta de reducción de la pena proporcional a ese adelantamiento; c) paso de una legislación de derecho penal a una de lucha para combatir fenómenos criminales; d) supresión de garantías procesales.<sup>34</sup>

El ex catedrático de la Universidad de Bonn, también preocupado por los peligros de la nueva sociedad de riesgos, y partiendo de las construcciones contractualistas del Estado de Hobbes y Kant, propone el derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) en oposición al de los ciudadanos (*Bürgerstrafrecht*). Esta política ha sido retomada en la actualidad con todos los riesgos que ella implica, y los legisladores, políticos y juristas la justifican con razones de fuerza mayor.

Entendamos mejor la idea: para este autor, el *enemigo* es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta. El trayecto del *ciudadano al enemigo* se iría recorriendo mediante el actuar delictivo, hasta llegar a la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Así, esta modalidad de derecho podría interpretarse como de *medidas de seguridad*, aplicables a imputables peligrosos. Estas características del derecho material punitivo también se trasladan al derecho procesal y se hacen visibles ante los imputados peligrosos mediante institutos como la prisión preventiva, la incomunicación, las intervenciones telefónicas, los investigadores encubiertos, etc. Las características de este derecho serían, según Jakobs, la amplia anticipación de la punibilidad penal (lo que representa el cambio de perspectiva del hecho pasado al futuro<sup>35</sup>), el aumento sensible de las escalas penales, el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha y el debilitamiento de las garantías procesales.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> YACOBUCCI, Guillermo J., "Política criminal y delincuencia organizada", en *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ábaco, Buenos Aires, pág. 271.

<sup>35</sup> Conforme el pensamiento de Jakobs, la reacción del ordenamiento jurídico frente a delitos tales como la criminalidad organizada, el terrorismo, la delincuencia macroeconómica, los delitos sexuales aberrantes, etc., no se concibe como la compensación de un daño a la vigencia de la norma penal, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros.

<sup>36</sup> Extensamente pueden verse los fundamentos de la construcción del catedrático alemán en JAKOBS y CANCIO MELIA, op. cit., págs. 21-56.

Estaríamos de esta manera ante un derecho de emergencia, en que la sociedad, ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a sus derechos fundamentales, principalmente a sus libertades personales, supuestamente en pro de la seguridad ciudadana, en busca de neutralizar el peligro. El miedo generalizado a atentados similares en América o en otras partes del mundo, la sed de venganza y el afán punitivo han hecho mella inmediatamente en los derechos y libertades fundamentales tan penosamente conseguidos. Pronto en los mismos Estados Unidos, cuna de muchos de estos derechos, se derogaron garantías, se empezó a controlar la información y a limitar la libertad de expresión en los medios de comunicación, la libertad de circulación y de residencia, empezó a hablarse de tribunales militares excepcionales y de detención policial sin intervención judicial.<sup>37</sup>

### 3.3. EL DERECHO DE LA INTERVENCIÓN, DE HASSEMER

Hassemer, también alemán, catedrático de la Universidad de Fráncfort, considera que aquel derecho penal clásico de la Ilustración, asentado en los principios de intervención mínima y legalidad, que concibe al delito como lesión a un bien jurídico, no se encuentra en condiciones de dar respuesta a las modernas exigencias sociales —incluso llega a considerarlo como anacrónico y contraproducente—,<sup>38</sup> y que el nuevo derecho penal rompe con esa tradición en la medida en que la consume, en un fenómeno que él designa “la dialéctica de lo moderno”.

Según el autor, el fenómeno presenta tres características:

- a) la protección de bienes jurídicos con un criterio positivo de criminalización;
- b) la prevención como paradigma penal dominante, en el sentido de que el “derecho penal ya no se preocupa tanto de dar una respuesta adecuada al pasado”, con la noción subliminal de que “el fin parece justificar los medios”;
- c) la orientación a las consecuencias como meta dominante, en la que el derecho penal pretende ser considerado “un instrumento de pedagogía social y de transformación”.

---

<sup>37</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *El nuevo derecho penal autoritario*, Ponencia, Salerno, 2003.

<sup>38</sup> HASSEMER, Winfried, “Crisis y características del moderno derecho penal”, en *Actualidad Penal*, n.º 43, Madrid, 1993, págs. 643-644.

Hassemer sostiene que todo ello “conduce a la ‘dialéctica de lo moderno’ que ha transformado el derecho penal en un instrumento de solución de los conflictos sociales que no se diferencia ni en su idoneidad ni en su peligrosidad de otros instrumentos de solución social. El derecho penal se ha convertido, a pesar de la contundencia de los instrumentos, en una *soft law*, en un medio de dirección social”.<sup>39</sup>

Este moderno derecho penal implica grandes costos. Entre los más importantes encontramos la vulneración de las garantías constitucionales, la gran cantidad de delitos que se filtran del sistema punitivo y la tendencia a un derecho penal simbólico (circunstancia que a corto plazo puede ser gratificante, pero que a largo plazo resulta devastadora). Ante esta perspectiva el autor propone “eliminar una parte de la modernidad”, lo que supone reducir el Código Penal a un “derecho penal básico”, cuyo núcleo comprenda las lesiones a los clásicos bienes jurídicos individuales e igualmente las puestas en peligro graves y evidentes, procurando también proteger los bienes jurídicos universales a través de una formulación típica clara y precisa, y siempre funcionalizados al servicio de los bienes jurídicos individuales. Asimismo, se deben alejar del derecho penal los problemas que no le competen, de tipo administrativo, civil, etc. Concluye Hassemer:

Mejor sería que los problemas de las sociedades modernas que han llevado al derecho penal a la modernidad, se hubieran regulado en una especie de *derecho de la intervención* situado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, el Derecho civil o el Derecho público.<sup>40</sup>

#### 3.4. DERECHO PENAL DE DOS VELOCIDADES, DE SILVA SÁNCHEZ

El profesor español J. M. Silva Sánchez señala que en las *sociedades postindustriales* se presentan una serie de fenómenos sociales, jurídicos y políticos que representan una cadena de exigencias al derecho penal. Entre dichos agentes se cuenta la aparición de situaciones alarmantes: el terrorismo y la criminalidad organizada, así como la ciberdelincuencia, el aumento de la delincuencia callejera, la inmigración ilegal y la marginalidad, la institucionalización y la sensación social de inseguridad, entre otras. Al respecto, no puede dejar de mencionarse la tarea de los medios de comunicación, que

<sup>39</sup> Ibidem, pág. 639.

<sup>40</sup> Ibidem, págs. 645-646.



muchas veces “transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del mensaje”.<sup>41</sup> Todo ello conduce a la sociedad a pedir respuestas, no al derecho de policía, sino al derecho penal, al que ven como un instrumento capaz de generar consenso y reforzar la comunidad.<sup>42</sup>

Ello tiene como consecuencia la *expansión del derecho penal*, fenómeno por el cual se procura dar una respuesta a través de la flexibilización de principios político-criminales o de las reglas de imputación, la “administrativización del derecho penal” y hasta con el retorno a las políticas de inocuidad.<sup>43</sup>

Ante esta realidad, Silva Sánchez opina que resulta imposible “volver al viejo y buen derecho penal liberal”.<sup>44</sup> Por lo dicho, la propuesta de Hassemer resulta para él una utopía.

Así, ante el conflicto entre un derecho penal amplio y flexible (convertido en un indeseable *soft law*) y un derecho penal mínimo y rígido (probablemente imposible en nuestra realidad), se debe hallar un *punto medio*. Partiendo de las calidades de las penas existentes, el autor sostiene:

[La] función racionalizadora del Estado sobre una demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado, funcional y, por otro lado, suficientemente garantista. Así se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión. Por el contrario, a propósito del Derecho penal económico, por ejemplo, cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de venciabilidad del error, etc.), como también de los principios políticos criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad).

En ese orden de ideas, si la pena es de prisión, se debe mantener el sistema rígido de garantías del derecho penal clásico, y, si la pena es privativa de derechos o pecuniaria, se permite la flexibilización de dichos criterios, lo que resulta más cercano al derecho penal moderno. Así quedan caracterizadas a juicio de Silva Sánchez las *dos velocidades* del derecho penal: una primera velocidad representada por el “derecho penal de la cárcel” y una segunda velocidad para los delitos de “penas privativas de derechos o pecuniarias”.

---

<sup>41</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2.ª ed., 2001, pág. 38.

<sup>42</sup> *Ibidem*, págs. 41-42.

<sup>43</sup> *Ibidem*, págs. 141-147.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 150.

### 3.5. EL CAMBIO DE PARADIGMA: EL DERECHO PENAL DE LAS MANOS LIMPIAS FRENTE AL DERECHO PENAL DE LAS MANOS SUCIAS, DE PALIERO

El catedrático italiano C. E. Paliero señala un *cambio de paradigma* en el método penalístico.<sup>45</sup> Desde su perspectiva, podemos hablar de un derecho penal de *mani pulite* y de un derecho penal de *mani sporchi*.

El derecho penal de manos limpias es aquel que respeta los principios dogmáticos, las garantías constitucionales y las libertades individuales. Señala este autor que la experiencia italiana de la lucha contra la corrupción político-económica —no por casualidad bautizada por el imaginario colectivo como Mani Pulite— enseña que se puede combatir eficazmente tal entrelazado criminal de intereses, especialmente económicos, a través de un derecho penal fundado en un número restringido de figuras que se han de redactar recurriendo a la más refinada tipificación. No debe sin embargo faltar el sólido elenco de principios dogmáticos hermenéuticos que solamente una Parte general liberal democrática puede garantizar también en el terreno procesal.<sup>46</sup>

En cambio, en el segundo sistema, el derecho penal de las manos sucias, todo se decide sobre el terreno de la estrategia procesal, de la táctica policial.<sup>47</sup> A la violencia que conlleva el delito, el derecho penal responde con “violencia legal” (cárcel, internación psiquiátrica, suspensión e inhabilitación de derechos).<sup>48</sup> En este punto el derecho penal comienza a ensuciarse las manos en pro de una mayor seguridad, poniéndose a la par de los más detestables delitos.

---

<sup>45</sup> PALIERO, Carlo Enrico, “L’ autoscienza della dottrina penalistica di fronte alle sfide del suo tempo”, ponencia a las jornadas *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Berlín-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften.

<sup>46</sup> PALIERO, Carlo Enrico, “La fábrica del Golem. Proyectos y metodología para la ‘parte general’ de un Código Penal de la Unión Europea”, separata de *Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, pág. 48.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pág. 49.

<sup>48</sup> MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 29.

## II

### 4.

---

#### LA CRIMINALIDAD TERRORISTA COMO FENÓMENO COMPLEJO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA. TRES MODELOS DE LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA

La emergencia nacional e internacional en materia de terrorismo es un fenómeno lamentablemente recurrente en este momento histórico. A ciencia cierta, un abordaje del tema desde una óptica meramente nacional es insuficiente, dado que el terrorismo es un concepto que se presenta como hecho típicamente transnacional. En tal sentido debemos delinear las tendencias legislativas internacionales con vistas a elaborar nuevos instrumentos normativos para confrontar el fenómeno. Al respecto analizaremos tres modelos representativos de la política-criminal internacional: el modelo de los *Estados Unidos*, el modelo de la *Unión Europea* y el sistema *uruguayo*.

En una primera aproximación podemos identificar dos tendencias contrapuestas: por un lado, aquella que intenta solucionar el problema del terrorismo mediante el aumento de la seguridad de los ciudadanos y, por otro lado, la exigencia de éstos de que no se afecte el nivel de garantías y de principios constitucionales y cívicos que constituyen la base del Estado democrático.

#### 4.1. LA POLÍTICA CRIMINAL DE LOS ESTADOS UNIDOS. *USA PATRIOT ACT*

Dos semanas después de los atentados del 11 de septiembre, el Senado estadounidense aprobó, casi unánimemente el *Uniting and Strengthening American by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*,<sup>49</sup> más comúnmente llamado *USA Patriot Act*, convertido en ley el 26 de octubre de 2001. Resultó de una inmediata aprobación, sin ningún tipo de debate parlamentario. Éste indica una típica expresión de normativa emergencial, con todos los defectos que connota este tipo de procedimientos: aproximación, caoticidad, rigorismo represivo, simbolismo, caída de términos de garantía, etc.

La ley en cuestión pone en la balanza dos argumentos válidos: por un lado, la seguridad y la defensa social; por el otro, la libertad y las garantías individuales. Como en este conflicto de valores pesa más la *seguridad nacional*, la norma tiende a garantizar la seguridad ciudadana ocasionando sensibles reducciones al principio de libertad y al *habeas corpus proceeding*.

Analizaremos algunos artículos de la normativa estadounidense, a fin de captar mejor sus perfiles más problemáticos en el combate del terrorismo internacional.

Esta ley amplía las potestades del poder policial, que puede interceptar comunicaciones telefónicas o telemáticas (los artículos 214 y 216 permiten la vulneración de ciertos derechos individuales), para realizar pesquisas en habitaciones privadas y oficinas sin avisar al propietario, extraer documentos de bibliotecas, bancos, hospitales, escuelas; es decir, intervenir en todo lo atinente a la vida privada de la persona, su salud, estado económico, intereses culturales, etc. Esto ha ocasionado numerosas denuncias de inconstitucionalidad, muchas de ellas realizadas por las más diversas asociaciones de defensa de derechos civiles.

La disciplina del *Patriot Act* es fuertemente restrictiva de la libertad y de las garantías de la esfera individual y de la *privacy* del ciudadano. Estamos ante una unívoca orientación a la hiperefectividad de la acción represiva, y ante una exclusiva finalidad de perseguir la seguridad *cote que cote*, lo cual representa un *unicum* en el marco legislativo estadounidense, tradicionalmente hostil a este tipo de injerencia debido a su sensibilidad, tan anglosajona, por la tutela de la libertad del ciudadano.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> El texto del *Patriot Act* es publicado en diversos sitios de Internet, entre ellos <www.alcu.org, American Civil Liberties Union.

<sup>50</sup> MANNA, Adelmo, "Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: La Privacy", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004.

El legislador estadounidense ha tendido a invalidar el conflicto entre libertad y seguridad a la luz de la superioridad del segundo valor sobre el primero, hasta el punto de negar la protección de los derechos fundamentales del hombre, unánimemente reconocidos en diversas convenciones internacionales. Estamos ante una manifestación preocupante, que nos lleva a ver un doble régimen en el sistema estadounidense, en particular en la esfera jurídico-penal. Veamos más detalladamente algunos artículos que a mi juicio reflejan la teoría de Jakobs.

La sección 411 refiere al significado de *actividad terrorista*, dentro de la que cabe cualquier conducta lícita, en virtud de la pura caracterización subjetiva del autor (extranjero, potencial terrorista). Esto determina, en primer lugar, un cambio de paradigma del derecho penal, pues el *attorney general* tiene una potestad discrecional. Así se legitiman numerosos e indiscriminados arrestos y, sucesivamente, arbitrarias deportaciones de extranjeros. En segundo lugar, el criterio de atribución de la responsabilidad penal abandona la necesaria referencia al hecho (culpable), para privilegiar la borrosa dimensión subjetiva del *tipo de autor*. La norma legitima al *attorney general* para detener al extranjero por pura sospecha de pertenecer a organizaciones terroristas.

La política estadounidense se basa en una obsesiva identificación del extranjero como amenaza. A consecuencia de ello, con otro perfil, su legislación antiterrorista ha determinado una notable restricción de las libertades civiles y de los derechos individuales, respaldada en exigencias de protección y seguridad.

Del mismo modo, la sección 412 del *Patriot Act I* (“Mandatory Detention of Suspected Terrorist; Habeas Corpus; Judicial Review”) legitima al *attorney general* para detener a todo extranjero al que *razonablemente crea* (“any alien that he has reasonable ground to believe”) envuelto en actividad terrorista o “any other activity that endangers the national security of the United States”. En definitiva, el *attorney general* está habilitado para detener al extranjero sobre la base de su peligrosidad. En otras palabras, se le ha otorgado una potestad discrecional e ilimitada sobre la libertad personal de cada extranjero.

La sección 802 del *Patriot Act* define al terrorismo como *todo acto peligroso para la vida humana cuyo fin sea influir en la política de un Estado con recursos o medios de intimidación o coacción*. Aunque la definición de este elemento normativo tiende a integrar numerosos hechos delictivos, aparece como algo genérico y susceptible de diversas interpretaciones, en violación de los principios de precisión y claridad de la norma penal. Actualmente el nuevo enemigo se identifica con organizaciones como Al Qaeda.

A mi entender, el orden jurídico no puede conformar una lógica instrumental en la cual el fin justifique los medios, legitimando violaciones y excepciones a los principios fundamentales del Estado de derecho. El Estado de derecho no conoce *amigos* ni *enemigos*; sólo puede llegar a diferenciar en un proceso a inocentes y culpables. Tales factores han catalizado ciertamente la expresión de tendencias autoritario-represivas, latentes en la cultura juspolítica estadounidense. No obstante, el peligro que el fenómeno terrorista representa para la supervivencia del propio Estado de derecho —en su íntima esencia de forma institucional instrumental a la tutela de los derechos fundamentales del hombre— no debe subvalorarse.

Con respecto a los perfiles apenas expuestos, debe señalarse que la perspectiva autoritaria de la legislación estadounidense no parece recaer sensiblemente sobre los sistemas penales europeos ni sudamericanos.

#### 4.2. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE TERRORISMO

En la esfera europea, en los últimos años han ocurrido dos hechos que aconsejan un cambio de perspectiva. El primero es, lógicamente, la *Constitución Europea*, y el segundo, una oleada de críticas que han puesto de manifiesto deficiencias importantes en el sistema de derecho penal.<sup>51</sup>

El Consejo de la Unión Europea describió en 1998 a la organización criminal como *una asociación estructurada de más de dos personas, con estabilidad temporal, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos que contemplen una pena privativa de libertad personal o una medida de seguridad de igual característica, no inferior a cuatro años, o, con pena más grave, delitos que tengan como finalidad —o sean medio para— obtener un beneficio material, o para influir indebidamente en la actividad de la autoridad pública.*

Posteriormente, la Convención de Palermo de las Naciones Unidas, en el 2002, describió en el artículo 2 al grupo criminal organizado como *un grupo estructurado, existente por un período, compuesto por tres o más personas, que actúan de manera concertada con el objeto de cometer uno o más delitos graves o aquellos establecidos dentro de la misma Convención, con el fin de obtener, directa o indirectamente, una ventaja financiera o material.* La definición aporta otro dato de importancia, que es el beneficio material, económico o financiero.

---

<sup>51</sup> NIETO MARTÍN, Adán, "El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica", en *Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial y Escuela Judicial, Estudios de Derecho Judicial n.º 61, 2004, Centro de Documentación Judicial.

A partir de los dramáticos atentados de setiembre del 2001, los diferentes países tomaron conciencia de la gravedad del fenómeno, y ello generó, tanto en Estados Unidos como en Europa, un aumento y una especialización de la normativa antiterrorista.

En una panorámica de las distintas fuentes del derecho europeo, surge claramente una creciente tensión en orden a individualizar formas apropiadas de combate al fenómeno del terrorismo internacional.

El artículo 29 del tratado de la Unión Europea, en la versión elaborada en Ámsterdam en 1997, refiere al terrorismo como “un delito grave de prevenir y combatir mediante la acción común de los estados miembros, por medio de las modalidades de cooperación de la policía, cooperación judicial y acercamiento de las normativas de los estados miembros en materia penal”.

En particular, el delito de terrorismo es considerado uno de los fenómenos que exigen la armonización del hecho típico. Intentar una respuesta unitaria en el ámbito de la Unión Europea es hoy una condición para una cooperación internacional eficaz.

#### **La decisión marco en materia de terrorismo: la propuesta de la Comisión Europea**

La intervención europea se puede clasificar en dos argumentos: 1) actos para individualizar los elementos de los delitos de terrorismo, y 2) actos para combatir el financiamiento del terrorismo internacional.

El Parlamento Europeo adoptó una resolución sobre rol de la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo, el 5 de septiembre de 2001, que aspira a la abolición del procedimiento de extradición por los delitos de terrorismo, que dio un gran paso con la adopción del principio de reconocimiento recíproco de la decisión penal en la materia, y sobre todo con la armonización de las disposiciones legislativas mediante el establecimiento de normas mínimas en el ámbito europeo.

El Consejo Europeo, el 21 de setiembre de 2001, había formulado objetivos para la creación de un plan de acción común contra el terrorismo, consumado en la posición común del 27 de diciembre de 2001.

En cuanto a la intervención dirigida a especificar los elementos constitutivos de los delitos de terrorismo, debemos citar la decisión marco n.º 475, del 2002, en la cual por primera vez se intenta definir dichos elementos.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> PISANI, M., VIGONI, D., y MOSCONI, F., *Codice delle Convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, 4.ª ed., Milán, 2004.

Es menester señalar también las n.o 930 y n.o 931, ambas relativas a la lucha contra el terrorismo, que tienen una común finalidad prioritaria: la cooperación intergubernativa entre los ministros de Justicia y de Asuntos Internos. Se refuerza la operatividad de Europol y Eurojust.

La posición común n.º 931 tenía un ámbito subjetivo de aplicación limitado a una lista adjunta. Los delitos de personas, grupos o entidades en grado de ser calificados como terroristas son:

- a) atentados contra la vida de una persona;
- b) atentados graves a la integridad física de una persona;
- c) embargos de personas y captura de rehenes;
- d) destrucción de estructuras gubernativas o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, comprendidos los sistemas informáticos, lugares públicos o propiedades particulares, que pueden arriesgar la vida humana o causar pérdidas económicas notables;
- e) embargos de aeromóviles o naves o de otros medios de transporte colectivo de pasajeros o de transporte de mercancías;
- f) fabricación, detención, adquisición, transporte, suministro o uso de armas de fuego, explosivos, bombas atómicas, biológicas o químicas;
- g) difusión de sustancias peligrosas, incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto ponga en peligro la vida humana;
- h) violación o interrupción del suministro de agua, energía u otros recursos naturales fundamentales, cuyos efectos pongan en peligro la vida humana;
- i) amenaza de poner en práctica alguno de los comportamientos mencionados en los apartados a-h;
- j) dirección de un grupo terrorista;
- k) participación en actividades de un grupo terrorista, también mediante el suministro de información o medios materiales, o el financiamiento de la actividad por cualquier medio, con conciencia de que tal participación contribuirá a la actividad criminal.

El delito de terrorismo es connotado por dos requisitos:

1. El primero es de *carácter objetivo*, atiende al hecho. Es decir, debe ser tipificado como delito en la legislación del Estado debido a su naturaleza, en cuanto a la potencialidad de ocasionar grave daño a un país o una organización internacional.



2. El segundo es de *carácter subjetivo*, refiere a la finalidad del acto terrorista, que es interpretada mediante un elenco de delitos:

- a. la intimidación de la población;
- b. la constricción indebida del poder público o de una organización internacional a cumplir o abstenerse de cumplir cualquier acto;
- c. la grave desestabilización o destrucción de la estructura política, constitucional, económica o social fundamental de un país o una organización internacional.

La individualización de tales sujetos debe basarse en criterios ciertos e idóneos para garantizar la identificación y a la vez respetar la libertad, la democracia y los derechos humanos. La posición común en cuanto a la definición de *grupo terrorista* afirma que se trata de “la asociación estructurada de más de dos personas, estable en el tiempo, que actúan de modo concentrado con el fin de cometer actos terroristas”.

Ello limita el campo de actuación a la lista que figura como documento adjunto a la posición común n.º 931, y establece el objetivo de evitar los suministros financieros al terrorismo. Solo tras la aprobación de la decisión marco n.º 475, del 13 junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, es posible hablar de *armonización de la definición*, que ha estado formulada en sustancial conformidad con la referida posición común. También se ha previsto la punibilidad de la dirección de una organización terrorista y de la participación en sus actividades, la que puede consistir en abastecer de información o medios materiales a la organización. El elemento psicológico del partícipe es tipificado con respecto a la conciencia de la contribución causal a los objetivos criminosos.

La valoración de la ofensa del comportamiento delictivo debe ser efectuada con referencia a su capacidad de acarrear graves daños a un país o a una organización internacional. Es también obligatoria la previsión de una responsabilidad (administrativa o penal) de las personas jurídicas.

Un punto central es la presencia de la cláusula de salvaguarda, que ha establecido el respeto de los derechos fundamentales garantizados por la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. La decisión marco no contiene una disposición específica con referencia al embargo y a la confiscación de los recursos económicos que se utilizan para cometer los delitos de terrorismo o para sostener a la organización. Por otra parte, en el ámbito de la Unión Europea es amplio

el repertorio de instrumentos jurídicos utilizables para el encuentro y la confiscación de las rentas del delito.

Surge de los citados actos la existencia de *una alianza y una estrategia europea en materia de seguridad y contra los actos de terrorismo, que formalmente fue adoptada por el Consejo Europeo en diciembre del 2003*, la que concibe al terrorismo como *una de las amenazas fundamentales para los intereses de la Unión Europea*. En coordinación con la Comisión, se invitó al presidente y al secretario general a presentar propuestas concretas para la concreción de tal estrategia, que constituye el marco de la acción europea en la lucha contra el terrorismo.

También es importante mencionar la declaración sobre la lucha contra el terrorismo adoptada por el Consejo Europeo en la sesión extraordinaria del 25 marzo 2004, en Bruselas, con la cual la Unión y sus estados miembros se han comprometido a combatir el terrorismo en todas sus formas, con base en los principios fundamentales de la Unión, las disposiciones de las Naciones Unidas, y las obligaciones sancionadas por las Naciones Unidas (n.º 1373 del Consejo de Seguridad). El Consejo Europeo había acogido el empeño político de los estados miembros y de los estados adherentes para actuar conjuntamente contra los actos terroristas —inspirados en la cláusula de subsidiariedad sancionada en el artículo 42 del proyecto de Constitución para Europa, hecho realidad el 7 junio de 2004— y había formulado una serie de medidas.

La normativa europea intenta crear una tipificación eficaz. Si bien se advierten la tendencia de dos velocidades señalada por el Prof. Silva Sánchez y la tendencia de cambio de paradigma señalada por el Prof. Paliero, afortunadamente aún no se está ante un derecho penal del enemigo. Asimismo, los Estados Unidos están de alguna manera dando un paso atrás en la normativa del *Patriot Act*, a través las constantes reformas que esta política emergencial ha sufrido desde su entrada en vigencia.

#### 4.3. LA LEGISLACIÓN URUGUAYA

Muchas legislaciones no tienen definido todavía el concepto de *crimen organizado*, y mucho menos el de *criminalidad económica*. A partir de su cualidad más notoria, que es la *pluralidad de agentes para delinquir*, podemos encontrar en diversos ordenamientos jurídicos, aún no tan desarrollados, el concepto de *asociación para delinquir*; capaz de punir el crimen organizado en su aspecto más genérico. Por lo dicho, cobra especial vigencia el análisis de los instrumentos penales del Estado, en especial las figuras de participación en

asociaciones criminales, dado que se trata de un modelo común a la mayoría de los países de nuestro entorno cultural.<sup>53</sup>

El sistema uruguayo refiere a esta categoría en el artículo 150 del Código Penal, que establece: “los que se asociaren para cometer uno o más delitos [...] serán castigados por el simple hecho de la asociación”.

Esta figura es una *fórmula de peligro abstracto*, que se agrava según el tipo de delitos que se cometen o por la forma de la organización. De esta manera permite al sistema uruguayo defenderse de este tipo de delincuencia muy precariamente, pues, pese a ser una norma general, no es eficaz frente a estas nuevas formas de criminalidad organizada. Afortunadamente, en estos últimos años, la política criminal uruguaya en materia de crimen organizado y terrorismo registra grandes progresos.

El 21 de diciembre de 2000, el Banco Central del Uruguay emitió la circular n.º 1722, que creó la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) y estableció la obligación de reportar las *operaciones sospechosas*.

Posteriormente el Poder Legislativo, el 29 de septiembre de 2004, publicó la ley 17.835 (Banco Central del Uruguay. Control del delito de lavado de activos);<sup>54</sup> que representó para nuestro país un cambio importante. Hasta esa fecha el delito de lavado de dinero o blanqueo de activos se reflejaba en nuestro derecho positivo a través de dos vertientes típicas, una verdadera incongruencia jurídica. Tratándose de blanqueo de ganancias de los delitos mencionados en la primera y principal ley n.º 17.016 (estupefacientes o conexos) y de las otras materialidades incorporadas por la ley n.º 17.343, eran aplicables los artículos 54 y siguientes, amén de normas complementarias de la ley n.º 17.060. Esto fue modificado al suprimirse el artículo 30 de la ley n.º 17.060, a través de la ley n.º 17.835, artículo 22.<sup>55</sup>

Esta nueva ley intenta fortalecer el sistema de prevención y control del lavado de activos y de la financiación terrorista. También procura solucionar varios problemas pendientes: unifica la tipificación del delito de lavado de activos con base en la fórmula originaria del artículo 54 de la ley n.º 17.016 y deroga expresamente el artículo 30 de la ley

---

<sup>53</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Redes internacionales y criminalidad. A propósito del modelo de participación en organización criminal”, en L. ZÚÑIGA, R. MÉNDEZ y D. DÍAZ SANTOS (coords.), *El derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid 2001, págs. 51-57.

<sup>54</sup> Uno de los sitios de Internet donde se puede ver la ley es <[www.elderechodigital.com.uy/acceso1/legisla/leyes/ley17835.html](http://www.elderechodigital.com.uy/acceso1/legisla/leyes/ley17835.html)>.

<sup>55</sup> CERVINI, Raúl, y ADRIASOLA, Gabriel, “Carga de reportar operaciones sospechosas a la luz de las innovaciones de la Ley n.º 17.835 de 23.09.04. Situación de los profesionales Universitarios”, en *Tribuna del Abogado*, n.º 144, agosto-octubre 2005, págs. 8-12.

n.º 17.060. Además, consagra la excepción de responsabilidad y el principio de confidencialidad, ampliando las funciones de la unidad de información y análisis financiero.

Los artículos 14 y 15 de la norma son los de mayor interés para nuestro trabajo, pues el primero refiere a la naturaleza del terrorismo y el segundo se centra en su financiamiento.

La definición de terrorismo contenida en el artículo 14 fue formulada por los profesores Langón, Adriasola y Cervini, pero lamentablemente no mantuvo la perfección de sus orígenes, dado que fue modificada antes de la promulgación,<sup>56</sup> lo cual introdujo imprecisiones jurídicas en el concepto. El mencionado artículo establece que son terroristas:

[...] los delitos que se ejecutaren con la finalidad de causar muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, puesto de manifiesto por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Analicemos el concepto para ver mejor sus elementos. El delito de terrorismo es connotado por dos requisitos:

- a. El primer requisito, de *carácter objetivo*, atiende al hecho, a la potencialidad de causar muerte o lesiones corporales graves a cualquier persona, pues parece innecesario distinguir entre civiles y no civiles. Lo importante es destacar que estamos ante el *medio* utilizado para propagar el terror y no la *finalidad*, pues *a través de medios de agresión indiscriminados contra objetivos civiles, privados o públicos, se logra la finalidad del terrorismo*.
- b. El segundo requisito es, en cambio, de *carácter subjetivo*, y refiere a la finalidad del acto terrorista, interpretada como la intimidación de la población, de un gobierno o una organización internacional para que cumpla o se abstenga de cumplir cualquier acto.

---

<sup>56</sup> ADRIASOLA, Gabriel, *Lavado de activos, su impacto en la plaza financiera y en las profesiones legales y contables*, FCU, Montevideo, 2005, págs. 75 y ss. También se hace referencia al cambio de la fórmula originaria de la definición de terrorismo en: CERVINI, Raúl, "La definición de terrorismo en el derecho Uruguayo, Ley 17.835", en *Revista del Conselho Brasileiro da Judicatura*, año 2005, vol. 8, n.º 7, págs. 56 y ss.

La normativa uruguaya parece confundir el concepto de finalidad, pues la finalidad del terrorismo no es el atentado en sí mismo, sino que va más allá. Recordemos que esa finalidad es la que diferencia la especie terrorismo del árbol madre de la criminalidad organizada, y radica en *perturbar la paz social o producir un cambio del orden constitucional del Estado*.

La norma, para ser correcta, debería utilizar el término *medio* en lugar de *finalidad*, y luego el término *finalidad* en lugar de *propósito*, pues, aunque parezcan sinónimos, se trata de conceptos muy diferentes. La finalidad es una sola; en cambio, podemos hablar de varios propósitos de una organización terrorista. Ésta se puede proponer un objetivo como la destrucción de un blanco, pero la finalidad va más allá de ese propósito u objetivo.

La norma parece ser restrictiva, pues, para tipificar el delito de terrorismo es necesario que se haya causado la muerte o lesiones corporales graves, por lo que quedan fuera del concepto los casos de violencia o amenaza que no ocasionen la muerte ni una lesión grave. Parece también olvidar que el terrorismo es calificado internacionalmente como delito de peligro por su *potencial capacidad de ocasionar un grave daño* a un país o a una organización internacional.

El artículo 16 define el concepto de *financiamiento terrorista*:

[...] el que organizare o, por el medio que fuera, directa o indirectamente, proveyere o recolectare fondos con la intención que se utilicen, o a sabiendas que serán utilizados, en todo o en parte, para financiar las actividades delictivas descritas en el artículo 14, será castigado con una pena de tres a dieciocho años de penitenciaría.

Esta vez la norma se centra en la finalidad de financiar el terrorismo, sin importar los medios utilizados. Esta definición de financiamiento terrorista es amplia y logra muy afortunadamente abarcar todas las fuentes posibles del financiamiento terrorista, como las empresas fachadas, las fuentes de tipo doméstico, las comunidades migratorias de la diáspora, las fuentes de tipo étnico, los donantes públicos y privados, el crimen organizado de diversos grados, las inversiones y negocios legítimos, las organizaciones no gubernamentales, etc.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Véase 6.1: “Fuentes del financiamiento terrorista”.

El artículo 17 nos habla de que las instituciones de intermediación financiera deberán informar a la Unidad de Información y Análisis Financiero del Banco Central del Uruguay la existencia de bienes vinculados a personas que se encuentren en cualquiera de las siguientes situaciones:

- a. haber sido identificadas como terroristas o pertenecientes a organizaciones terroristas, en las listas de individuos o entidades asociadas confeccionadas por la Organización de las Naciones Unidas;
- b. haber sido declaradas terroristas por resolución judicial firme nacional o extranjera.

El artículo 18 dice que, una vez recibida la información mencionada en el artículo anterior, la Unidad de Información y Análisis Financiero, bajo su responsabilidad, podrá instruir a la institución denunciante para impedir la realización de operaciones que involucren a los sujetos identificados, y proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la ley.

Esta ley, a pesar de sus imprecisiones —que podrán ser superadas con una buena doctrina o interpretación jurisprudencial— demuestra un avance importante en la normativa uruguaya.

### **La importancia del GAFISUD (Grupo de Acción Financiera Sudamericana)**

GAFISUD es un organismo intergubernamental de base regional para avanzar en la lucha y prevención del lavado de dinero y la financiación terrorista a través del compromiso de mejoras continuas de políticas nacionales, mediante la creación de fortalezas institucionales y marcos financieros seguros para el desarrollo, que agrupa a países de América del Sur, específicamente: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. Participan como países observadores: Alemania, Francia, México, España, Estados Unidos y Portugal. Las organizaciones observadoras son: el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional, las Naciones Unidas, y, por supuesto, el Grupo de Acción Financiera Internacional, entre otros.

El compromiso de cumplimiento de los parámetros contenidos en las *Cuarenta recomendaciones*, que GAFISUD ha hecho suyos, supone la vocación de conseguir los

instrumentos necesarios para una policía global completa orientada a combatir este tipo de delitos. Así pues, se persigue una actuación integradora de todos los aspectos legales, financieros y operativos y de todas las instancias públicas responsables de esas áreas. Por ello, el compromiso se dirige a la tipificación del delito de lavado de activos, teniendo como delito subyacente no sólo el de narcotráfico sino también otros delitos graves. La política del GAFISUD está encaminada a la construcción de un sistema de prevención del delito que incorpora obligaciones para el sistema financiero de identificación del cliente y comunicación de operaciones sospechosas, así como la incorporación en los sistemas legales de las medidas que permiten perseguir eficazmente el delito en las fases de investigación y en el proceso, y el desarrollo de los más avanzados mecanismos de cooperación entre estados para la investigación y persecución del delito.<sup>58</sup> Por todo lo señalado, podemos decir que poco a poco, y a pesar de todas las dificultades que ello significa, algunos países sudamericanos comienzan muy lentamente a avanzar en la lucha contra la criminalidad económica y el terrorismo internacional.

## 5.

---

### LA LEGALIDAD ECONÓMICA COMO INSTRUMENTO DE LA LUCHA DEL TERRORISMO

Los sectores de la economía turbados y desestabilizados por el impacto de la criminalidad organizada —en este caso centrándonos en el tipo terrorista— son esencialmente tres: el sector financiero, el sector comercial-empresarial y el sector contractual.<sup>59</sup> En primer lugar, *la economía criminal produce una sustancial retención de flujos legales y reduce la potencialidad de crecimiento del sector legal.*<sup>60</sup> Y en segundo lugar, *la empresa criminal des-*

---

<sup>58</sup> Material extraído de la página web del Grupo de Acción Financiera Sudamericana, <www.gafisud.org>.

<sup>59</sup> PANSÀ, Alessandro, “Come difendere l’economia dalla criminalità organizzata. Analisi del fenomeno, regole di comportamento”, ponencia al foro *Economia e criminalità: Come difendere l’economia dalla criminalità organizzata. Analisi del fenomeno, regole di comportamento*, organizado por la Commissione Parlamentare Antimafia, Roma, 14-15 de mayo de 1993, pág. 188.

<sup>60</sup> REY, Guido M., “Relazione introduttiva”, ponencia al foro *Economia e criminalità: Come difendere l’economia dalla criminalità organizzata. Analisi del fenomeno, regole di comportamento*, organizado por la Commissione Parlamentare Antimafia, Roma, 14-15 de mayo de 1993, pág. 3-34.

*alienta la competencia empresarial*, al vislumbrar la conquista de posiciones de ventaja en la producción ilegal de bienes y servicios que puede llegar incluso al dominio de los mercados legales.<sup>61</sup>

*Pretender una legalidad económica no sólo superficial, sino sustancial, es intentar construir un instrumento lógico de combate al terrorismo*, pues la legalidad económica es un arma fundamental en esa lucha, dado que ataca directamente el punto de equilibrio y sustento de la estructura criminal terrorista. Pero la dificultad para detectar esta economía ilegal radica en que ella se encuentra camuflada de manera inteligente en la economía legal.

## 6.

### EL FINANCIAMIENTO TERRORISTA COMO PUNTO DE CONEXIÓN PRIVILEGIADO ENTRE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y LA ACTIVIDAD TERRORISTA

El fenómeno del terrorismo está caracterizado por el empleo de importantes sumas de capitales transnacionales. Dichos capitales son el combustible necesario para el funcionamiento de este tipo de organizaciones. No es redundante decir que las organizaciones terroristas necesitan de diversos medios de financiación para la preparación, el adiestramiento de reclutas y la gestión de los actos terroristas.

Las técnicas utilizadas por la criminalidad económica para el lavado de dinero son esencialmente similares a aquellas que se utilizan para ocultar las fuentes de dinero del financiamiento terrorista. Los fondos empleados para financiar el terrorismo internacional pueden originarse de fuentes legítimas o de actividades criminales, o bien de una combinación de ambas. No obstante, disfrazar la fuente de la financiación terrorista, sea de origen legítimo o ilícito, es de capital importancia para estos sujetos delictivos. Si la fuente puede ocultarse, ello facilita la actividad futura del actor terrorista, disminuyendo el riesgo y aumentando las posibilidades de éxito.

<sup>61</sup> Escribe SCHELLING (op. cit., pág. 182): “[...] organized crime does not just extend itself broadly, but brooks no competition. It seeks not only influence, but exclusive influence [...] if an organization seeks governing authority in the under world, we should expect it to seek exclusive authority, or at least to seek stable jurisdictional sharing with other authorities so that, all together, they constitute a hierarchy without competition”.



Una diferencia significativa entre el lavado de dinero y la financiación terrorista radica en que, cuando hablamos de financiación terrorista, *los fondos envueltos pueden originarse tanto en fuentes legítimas como en actividades criminales*. Tales fuentes legítimas son, por ejemplo, las diásporas, las organizaciones no gubernamentales, las inversiones y negocios legítimos, los donantes públicos y privados, etc. Existen fundaciones e instituciones de caridad que pueden ser utilizadas para costear actividades u organizaciones terroristas.

Los esfuerzos para combatir la financiación del terrorismo también requieren que los diferentes países consideren expandir el alcance o el marco de AML (*anti-money laundering*), para incluir el estudio o foco de atención en las organizaciones no lucrativas, particularmente las de beneficencia o caridad, a fin de asegurarse de que tales organizaciones no sean utilizadas, directa o indirectamente, para financiar o apoyar el terrorismo. Para el CFT (Combating the Financing Action Task Force) también es esencial prestar atención a los sistemas de transmisión de dinero alternativos o sistemas de remesa. Un caso de canal alternativo de financiación descubierto por la indagatoria milanesa es el de la Western Union, canal utilizado con frecuencia por diversas organizaciones terroristas.<sup>62</sup>

En la práctica, la mayor parte de los fondos para financiar el terrorismo provienen de fuentes ilegales, aunque las sumas legales son también esenciales y nutren el caudal terrorista. En cambio, *cuando hablamos de lavado de dinero nos referimos siempre a capitales ilegales, provenientes de fuentes ilícitas*.

Los delincuentes que se dedican al lavado del dinero no documentan la ejecución de sus cooperaciones ni publican la cantidad de sus ganancias, así como tampoco dan muestras de que financian terrorismo. Además, estas actividades tienen lugar en oasis globales, por lo cual las estimaciones son aún más difíciles de establecer. Utilizan varios países para ocultar sus productos mal habidos, tomando como ventaja las diferencias legislativas, sociales y económicas. Con respecto al lavado de dinero, el Fondo Monetario Internacional ha estimado que la cantidad de fondos blanqueados en el mundo entero puede llegar a alcanzar entre el dos y el cinco por ciento del producto bruto interno.

---

<sup>62</sup> DAMBRUSO, Stefano, "Il coordinamento internazionale delle indagini in materia di terrorismo", en Giovanni MELILLO, Armando SPATARO e Piero Luigi VIGNA (eds.), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2004, pág. 317.

## 6.1. FUENTES PRINCIPALES DE FINANCIACIÓN TERRORISTA

La financiación es un punto vital del terrorismo, por lo cual conocer las diversas fuentes es fundamental a la hora de abordar el fenómeno. No obstante, debemos señalar la dificultad para individualizar y establecer la procedencia de los flujos de dinero y de los capitales necesarios del grupo criminal. Existen fuentes de distinta índole, entre las que se destacan las siguientes:

- a. La principal fuente de financiación terrorista son las *empresas fachadas*. Hoy en día estas corporaciones son muy comunes y se distribuyen en todo el planeta. A través de ellas se realizan exportaciones ficticias de servicios, inversiones ficticias en el extranjero por parte de una empresa local, compra de productos financieros de compañías de seguros, utilización de fondos ilícitos para disminuir endeudamientos o capitalizar empresas legítimas, etcétera.
- b. Un tipo de *fente doméstica* es la contribución individual, familiar o corporativa, en cantidades proporcionales a las posibilidades de sus depositarios, sea voluntaria o por medio de extorsión coercitiva.
- c. En tercera instancia se encuentran las *comunidades de la diáspora*, con contribuciones también voluntarias o coercitivas. En distintas partes del mundo las colectividades de migrantes realizan donaciones a este tipo de organizaciones, por motivos muy diversos.
- d. Hay *fuentes de tipo étnico*, es decir, el apoyo de personas con afinidad religiosa o étnica por medio de donaciones. En el caso de Al Qaeda, los simpatizantes externos efectivos tienen el deber de aportar el 5% de sus ingresos a la célula en carácter de *zakat* (aporte de miembro) o *infaq* (aporte de simpatizante).<sup>63</sup>
- e. También es una fuente relevante el *patrocinio de un estado*, que apoya al terrorista para poner en jaque a un estado enemigo. Incluso estados llamados *democráticos* contribuyen con este tipo de organizaciones criminales con el fin de perjudicar un enemigo en común.
- f. En sexto lugar se sitúan las fuentes derivadas de *donantes públicos y privados*, que apoyan en forma individual a terroristas y organizaciones religiosas relacionadas directamente con el terrorismo.

---

<sup>63</sup> CERVINI, Raúl: Ponencia presentada en el V Corso Internazionale di Formazione in Diritto Penale: *Economia illegale e mercato finanziario. La lotta al terrorismo internazionale*, organizado por la Secretaria General para Europa del ICEPS, Nápoles, 28-30 de octubre de 2004.

- g. También el *crimen organizado de menor o de alto grado* es una fuente considerable, a través de la defraudación, la producción ilegal y el contrabando de drogas, los secuestros, estafas, etcétera.
- h. En octavo lugar figuran las *inversiones y negocios legítimos*, adquisición de empresas comerciales con cuyas utilidades se financia el terrorismo.
- i. Igualmente las *organizaciones no gubernamentales y organizaciones de la comunidad son una fuente importante*,<sup>64</sup> puesto que el control de varias organizaciones de este tipo se encuentra en manos de sujetos pertenecientes a estructuras del terrorismo internacional.

## 6.2. LOS PROCESOS DE FINANCIACIÓN TERRORISTA

Cada día, sumas exorbitantes de euros cambian de manos en los mercados financieros del planeta, sin ningún impedimento ni control efectivo. Este volumen de capitales —cinco veces el presupuesto anual del Estado francés— está completamente desconectado de la economía real, dado que multiplica por 70 las exportaciones mundiales de bienes y servicios.

El lavado de dinero, que se moviliza dentro de los sistemas económicos,<sup>65</sup> no siempre coincide con una organización criminal. Es el proceso de operaciones a través del cual el dinero de origen ilícito es ocultado y ulteriormente restituido, mediando conversión o transferencia a los circuitos económico-financieros legales, para luego incorporarse a cualquier tipo de actividad como si se hubiera obtenido de forma lícita.<sup>66</sup> Su finalidad es transformar los fondos provenientes de una actividad criminal o ilícita en fondos limpios, esto es, que puedan ser empleados en elecciones de consumo, ahorros, inversiones en sectores legales y reinversiones en el mercado legal e ilegal. Además, el papel de la actividad del lavado de dinero en el crecimiento cuantitativo y cualitativo del crimen organizado termina por representar una parte relevante de éste.

---

<sup>64</sup> VALLE, S., Ponencia presentada en el V Corso Internazionale di Formazione in Diritto Penale: *Economia illegale e mercato finanziario. La lotta al terrorismo internazionale*, organizado por la Secretaria General para Eurpa del ICEPS, Nápoles, 28-30 de octubre de 2004.

<sup>65</sup> CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel, y GOMES, Luis Flavio, *Lavado de activos y secreto profesional*, Carlos Álvarez, Montevideo, 2002, págs. 10 y ss.

<sup>66</sup> CERVINI, Raúl, "Prevención del lavado de activos y financiamiento de actividades de terrorismo", ponencia al Segundo Encuentro Nacional de FAPLA, Buenos Aires, 17 de noviembre de 2005.

Se llega a hablar de una verdadera *industria del crimen*. En Italia la mafia ha logrado infiltrarse en las relaciones sociales y políticas. Se observa incluso en los últimos tiempos una mayor contaminación de empresas legales con prestigio en el mercado, con el fin de reciclar sus beneficios económicos.<sup>67</sup>

Este proceso se compone de tres etapas principales: la colocación, la conversión o movimientos de fondos y la integración.

### 6.2.1. Colocación

La fase inicial del proceso supone la colocación de fondos ilegalmente derivados de la actividad en el sistema financiero, normalmente (aunque no únicamente) por una institución financiera. Esto puede realizarse depositando grandes cantidades de dinero en efectivo en cuentas bancarias, dividiéndolas en cantidades pequeñas. El depósito es efectuado en diferentes momentos y en oficinas diversas de una institución financiera sencilla o en instituciones financieras múltiples. Además, los fondos ilegales pueden convertirse en instrumentos financieros al mezclarse con fondos legítimos para desviar sospechas. Asimismo, la colocación puede ser realizada por la compra de un contrato de seguro u otro tipo de producto financiero.<sup>68</sup>

### 6.2.2. Movimiento de fondos

La segunda fase, que consiste en el movimiento de los fondos, ocurre cuando ya el dinero ha entrado en el sistema financiero; es decir, cuando los fondos se mueven a otras instituciones apartándose de la fuente criminal. Los fondos también son transferidos por cualquier forma de instrumento negociable, o bien trasladados electrónicamente a otras cuentas de diversos sujetos delictivos en jurisdicciones diferentes. Se pueden asimismo realizar pagos de mercancías o servicios o transferir los fondos a la corporación cáscara. En síntesis, una vez cumplida la etapa de colocación, en la cual se reduce el capital numérico, se pasa a esta segunda etapa, de conversión de los fondos, con el fin de asegurar el alejamiento de esos activos de su origen ilegal.

---

<sup>67</sup> PALIERO, Carlo Enrico, "Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho Italiano", en *ADP*, Lima, 1996, págs. 50 y 51.

<sup>68</sup> *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the financing of terrorism*, 2.<sup>a</sup> ed.

### 6.2.3. Integración

La tercera fase consiste en la integración de fondos en la economía legítima a través de la compra de bienes, sean bienes raíces, seguros u otros bienes financieros. Esta fase aparece también en los planes de financiación terroristas, con la diferencia de que en ese caso supone la distribución de fondos a terroristas y sus organizaciones “legalmente constituidas”, mientras que en el lavado de dinero va en la dirección opuesta, a integrar fondos criminales en la economía legítima.<sup>69</sup>

Frenar la manutención de la organización terrorista es un elemento fundamental para una eficaz prevención de futuros actos terroristas. Por ello la identificación de estos capitales y fuentes de sustento es un punto clave.

Es preciso señalar una innovación importante en el ámbito internacional. La normativa italiana contiene —en el artículo 25 *quater* DL n.º 231, del 2001— una norma realmente trascendente, que trata de la responsabilidad de la persona jurídica en delitos con fines de terrorismo o agresión al orden democrático previstos en el código o en leyes especiales. Agrega al especial régimen de responsabilidad de la persona jurídica no sólo aquellos delitos que según la legislación italiana contienen formal y estructuralmente la finalidad de terrorismo, sino también aquellos hechos delictivos que en la legislación supranacional vienen referidos como acciones de grupos terroristas.

## 7.

### REFLEXIÓN FINAL

Los países aún no han tomado conciencia de la calamidad que significan la criminalidad económica y el terrorismo internacional. El 3 de octubre de 2001, el Financial Action Task Force (FATF) publicó una lista de 19 estados que no cooperan en la lucha contra el lavado de dinero, entre ellos Egipto, Filipinas, Guatemala, Nigeria, República Dominicana, Ucrania, Israel, Indonesia...<sup>70</sup> El lavado de dinero es un elemento funda-

---

<sup>69</sup> *Ibidem.*

<sup>70</sup> CARMONA, Angelo, *Premesse a un Corso di Diritto Penale dell' Economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, CEDAM, 2002, pág. 64.

mental del financiamiento de este tipo de organizaciones criminales. Frenar la manutención de la organización es vital para una eficaz prevención de los actos terroristas. Por ello, la identificación de estos capitales y fuentes de sustento es un punto clave.

La emergencia nacional e internacional en materia de terrorismo es un fenómeno lamentablemente recurrente en la actualidad, que reclama una defensa sociopolítica, nacional e internacional, de los valores propios del régimen constitucional e impone el deber moral de enfrentar dicho accionar subversivo, en el marco del Estado de derecho, con la máxima decisión y firmeza. Tal actitud resulta imprescindible en un orden jurídico positivo compenetrado de la realidad mundial.<sup>71</sup>

Debemos procurar una conciencia colectiva internacional y una legalidad económica no sólo superficial, sino sustancial. Problemas legales comunes requieren soluciones comunes y cierta armonización de la ley y de la ejecución, mediante una cooperación internacional eficaz, que respete las garantías constitucionales y los derechos individuales. La lucha contra el terrorismo y la criminalidad económica no debe reducir el nivel de tutela de los derechos fundamentales que caracterizan a las sociedades democráticas.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEO, S., *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, Milán, 1999.
- *Sul problema della definizione della criminalità organizzata alla luce della Convenzione di Palermo*, 1-2, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2003.
- ALMA, Marco Maria, *Codice della criminalità organizzata. Normativa, giurisprudenza, casistica*, Bibliografia. IPSOA, 2002.
- ANDO, S., "Terrorismo e fondamentalismo islamico", en *Quaderni Cosittuzionali*, 2003, 73.
- BARBERINI, Roberta, y BELLELLI, Roberto, *Codice delle convenzioni internazionali e della legislazione italiana sul terrorismo*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato. Editoriale Scientifica, 2003.

---

<sup>71</sup> DOMÍNGUEZ, Carlos Horacio, *El terrorismo en el Estado de derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 1983.

- BECARRIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas* (trad. Juan A. De Las Casas), Di Plácido, Buenos Aires, 1998.
- BIANCHI, Stella (a cura di), *Il traffico di esseri umani e il ruolo della criminalità organizzata*, convegno internazionale, 27-9 de mayo de 1999, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Nápoles, 2000.
- BRINA, Leonardo, y PICCHIO FORLATI, Maria Laura, *Normativa antiriciclaggio e contrasto della criminalità economica*, CEDAM, Padua, 2002.
- BONINI, M., “Conclusioni della presidenza e piano di azione”, en *Rivista Italiana de Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, 895.
- “Proposta di decisione-quadro sulla lotta contra il terrorismo, CE Commissione Europea, Bruxelles, 19 Settembre 2001”, en *Rivista Italiana de Diritto Pubblico Comunitario*, 883.
- BOUCHARD M, y CASELLI, G. C., “Terrorismo”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXXI, 1994.
- CAMPBELL, James K., “La naturaleza cambiante del terrorismo”, en *Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos*, año 14, n.º 3, 1997, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IICLA).
- CARMONA, Angelo, *Premesse a un Corso di Diritto Penale dell' Economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, CEDAM, Padua, 2002.
- CASTALDO, Andrea, “Una introducción al problema”, en *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Ábaco, Buenos Aires, 2005.
- CAVALLERI, Marina, *Responsabilità penale delle persone giuridiche. Osservazioni in margine al volume di Cristina de Maglie. L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Commenti e Dibattiti, Milán, 2002.
- CERVINI, R., “Análisis criminológico del fenómeno del delito organizado”, en *Doctrina Penal*, n.º 40, Depalma, Buenos Aires, octubre- diciembre 1987.
- “Aproximación al combate del *reciclaggio* originado en actividades terroristas, ponencia al 3.º Curso Internacional de Ciencias Criminales Integradas, Universidad del Estado de Florida, Miami, 1991, publicado en *Revista de Derecho*, n.º VII, Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005.
- Ponencia presentada en el V Corso Internazionale di Formazione in Diritto Penale: Economia illegale e mercato finanziario: *La lotta al terrorismo internazionale*, organizado por la Secretaria General para Europa del ICEPS, Nápoles, 28-30 de octubre de 2004.

- “Prevención del lavado de activos y financiamiento de actividades de terrorismo”, ponencia al Segundo Encuentro Nacional de FAPLA, Buenos Aires, 17 de noviembre de 2005.
- “I processi di riciclaggio di denaro e network illeciti. Approssimazione metodologica e sue conseguenze”, en *Prospettive di Diritto Penale*, vol. II, n.º 3, Ufficio, Milán, junio 2001.
- CERVINI, R., y ADRIASOLA, G., *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005.
- CERVINI, R.; ADRIASOLA, G., y GOMES, L. F., *Lavado de activos y secreto profesional*, Carlos Álvarez, Montevideo, 2002.
- CERVINI, R., y GOMES, L. F., *Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*, 2.ª ed., Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1997.
- CORRADINO, Michele, “Evoluzione del sistema finanziario ed efficacia della normativa di contrasto al riciclaggio di denaro di provenienza illecita”, en *Archivio Penale*, 1/2-98, Edizioni Scientifiche Italiane.
- CUCUZZA, Osvaldo, *Segreto bancario, criminalità organizzata, riciclaggio, evasione fiscale in Italia*, CEDAM, Padua, 1995.
- DAMASIO DE JESÚS, “Breves considerações sobre a prevenção ao terrorismo no Brasil e no Mercosul”, V Curso Internacional de Formação em Direito Penal: *Mercado financeiro e economia ilegal: a luta contra o terrorismo internacional*, Salerno, 2004.
- DAMBRUSO, Stefano, “Il coordinamento internazionale delle indagini in materia di terrorismo”, en Giovanni Melillo, Armando Spataro e Piero Luigi Vigna (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2004.
- DOMÍNGUEZ, Carlos Horacio, *El terrorismo en el Estado de derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 1983.
- FERNÁNDEZ, E. M.; GANZENMULLER, C.; ESCUDERO, J. F.; FRIGOLA, J., y VENTOLA, F., *Delitos contra el orden público. Terrorismo contra el Estado o la comunidad internacional*, Bosh, Barcelona, 1998.
- FILIPPI, L., “Terrorismo Internazionale. Profili processuali”, en *Diritto Penale e Processuale*, 2002, 163.
- FIORAVANTI, C., “Terrorismo internazionale e uso della forza armata”, en *Quaderni Costituzionali*, 2002, 75.
- FRANCO, Roberti, *Le indagini in materia di terrorismo internazionale, tre efficienza e garanzie*.
- FORNASARI, Gabriele (a cura di), *Le strategie di contasto alla criminalità organizzata nella*



- prospettiva di diritto comparato. Casi fonti e studi per il diritto penale, raccolti da Sergio Vinciguerra*, serie III, Storia del Diritto Penale, 20, CEDAM, Padua, 2002.
- GOIA, Andrea, “Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l’umanità”, en *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVII, Giuffrè, Milán, 2004.
- GRILLO, C. M., “Il ‘bioterrorismo’ nel diritto penale”, en *Rivista Penale*, 2003, 685.
- HAGAN, Frank, “The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model”, en *Criminal Justice Review*, 1983.
- HASSEMER, Winfried, “Crisis y características del moderno derecho penal”, en *Actualidad Penal*, n.º 43, Madrid, 1993.
- JÄGER, H. J., *Makrokriminalitat*, Suhrkamp, Fráncfort, 1989.
- JAKOBS, Gunther, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.
- KAISER, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 2.ª ed., Heidelberg, 1988.
- LE ROY MILLER, Roger, y MEINERS, Roger E., *Microeconomía*, Department of Economics and Center of Policy Studies Clemson University, Mc Graw.Hill, 1990.
- MANNA, Adelmo, “Erosione delle garanzie individuali in nome dell’ efficienza dell’ azione di contrasto al terrorismo: La Privacy”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004.
- MALTZ, Michael, “Toward Defining Organized Crime”, en ALEXANDER, H., y CAIDEN, G., *The Politics and The Economics of Organized Crime*, Lexington Books, 1985.
- MELILLO, G.; SPATARO, A.; VIGNA, P. L., *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2004.
- MEYER, Aldo, “Criminalità organizzata e criminalità economica: le misure “antiriciclaggio” e la regolamentazione delle società finanziarie previste dalla L. 5 Luglio 1991, N. 197”, en *Giurisprudenza Sistemática di Diritto Penale* (dir. Franco Bricola e Vladimiro Zagrebelsky), Mafia e criminalità organizzata, UTET.
- MINNA, R., “Terrorismo 2001”, en *Diritto Penale e Processuale*, 2002, 1020.
- MILITELLO, V., “Partecipazione all’ organizzazione criminale e standards internazionali d’ incriminazione. La proposta del progetto comune Europeo di contrasto alla criminalità organizzata”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, año XLVI, 2003.
- “Partecipazione all’ organizzazione criminale e standards internazionali d’ incriminazione. La Proposta del Progetto Comune Europeo di Contrsto alla Criminalità Organizzata”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, año XLVI, Giuffrè, Milán, 2003.
- MOCCIA, S. (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.

- MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo derecho penal autoritario”, ponencia, Salerno, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MUSACCHIO, V., “Dottrine americane e nuove dimensioni del terrorismo”, en *Giustizia Penale*, 2002, I, 283.
- NARDUCCI, G., “Nella differenza tra atti terroristici ed eversivi i confini del nuovo reato”, en *Diritto e Giustizia*, 3, 2002, 10.
- NATALINI, A., “Il nuovo reato di danneggiamento con ‘ordigni micidiali o esplosivi’”, en *Diritto e Giustizia*, 2003, 32, 9.
- NIETO MARTÍN, Adán, “El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica. Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal”, en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 61, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2004.
- OTTO, *Strafrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik*, M. Schrakim, 1980.
- PAGLIARO A., “Limiti all’ unificazione del diritto penale europeo”, en *Rivista Trimestrale Diritto Penale dell’Economia*, 1993.
- PANSA, Alessandro, “Come difendere l’economia dalla criminalità organizzata. Analisi del fenomeno, regole di comportamento”, ponencia al foro *Economia e criminalità. Come difendere l’economia dalla criminalità organizzata. Analisi del fenomeno, regole di comportamento*, Commissione Parlamentare Antimafia, Roma, 14-15 de mayo de 1993.
- PANZERA, “Terrorismo”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol XXXI, 1994, 1.
- PALIERO, Carlo Enrico, “L’Autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994.
- “La fábrica del Golem. Proyectos y metodología para la ‘Parte general’ de un Código Penal de la Unión Europea”, separata de *Nueva Doctrina Penal*, 2005-A.
- “Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano”, en *ADP*, Lima, 1996.
- PEDRAZZI, Cesare, “L’alterazione del sistema economico: riciclaggio e reimpieghi di capitali di provenienza illecita”, en MOCCIA, Sergio (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.
- *Profili problematici del diritto penale d’ impresa. Articoli*.
- PECCIOLI, A., “Lotta agli attentati terroristici mediante ordigni esplosivi: le modifiche al codice penale” en *Diritto Penale e Processuale*, 2003, 934.
- *Unione Europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*. G. Giappichelli, Turín, 2005.

- POLLARI, N., *Tecnica delle inchieste patrimoniali per la lotta alla criminalità organizzata*, Laurus Robuffo, Roma, 1993.
- REBECCA, M., “Intelligence e controllo delle comunicazione telematiche nella legislazione statunitense antiterrorismo”, en *Diritto Penale e Processuale*, 2003, 1292.
- REY, Guido, “Relazione introduttiva”, en *Economia e criminalità: Come difendere l'economia dalla criminalità organizzata. Analisi del fenomeno, regole di comportamento*, foro organizado por la Commissione Parlamentare Antimafia, Roma, 14-15 de mayo de 1993.
- ROSI, E., “Terrorismo internazionale. Profili di diritto penale sostanziale”, en *Diritto Penale e Processuale*, 2002, 150.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2.<sup>a</sup> edición, 2001.
- STORTONI y MEYER, *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, Giurisprudenza Sistematica di Diritto Penale (dir. Franco Bricola e Vladimiro Zagrebelsky), UTET.
- SCHELLING, T. C., “What is the Business of Organized Crime?”, en *Journal of Public Law*, n.º 20, 1971.
- SCHMID, Alex P., “Los vínculos entre el crimen organizado transnacional y los crímenes terroristas”, en *Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos*, año 14, n.º 3, 1997.
- SUTHERLAND, Edwin H., *White Collar Crime. The uncut version* (introd. de Gilbert Geis y Colin Goff), Yale University Press, New Haven y Londres, 1983 (traducción al italiano: *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Giuffrè, Milán, 1987).
- TEGA, D., “Vecchi diritti e nuove paure”, en *Quaderni Costituzionali*, 2002, 79.
- TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito. Introducción al derecho penal económico y de la empresa*, Ariel, Barcelona, 1985.
- TRONCONE, Pasquale, *La legislazione penale dell' emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene, Nápoles, 2001.
- VALSECCHI, Alfio, “Il problema della definizione di terrorismo”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè, Milán, año XLVII, fasc. 4, 2004.
- VALLE, S., Ponencia presentada en el V Corso Internazionale di Formazione in Diritto Penale: *Economia illegale e mercato finanziario. La lotta al terrorismo internazionale*, organizado por la Secretaria General para Eurpa del ICEPS, Nápoles, 28-30 de octubre de 2004.
- VOLK, Klaus, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale processo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998.

- WAZMAN-JOHNSTON, François, *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, 2.<sup>a</sup> ed., The World Bank, Washington D. C., 2004.
- YACOBUCCI, Guillermo J. (coord.), “Política criminal y delincuencia organizada”, en *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ábaco, Buenos Aires, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio R., “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, en *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- *El crimen organizado: una categorización frustrada*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y Cámara de Representantes.
- “Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita”, en MOCCIA, Sergio (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali tra efficienza e garanzia. Studi di scienze penali integrate*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.
- ZEULI, Sergio, *Terrorismo internazionale. Commento organico al D. L. 18-10-2001, n. 374, conv. In L. 15-12-2001, n. 438*, Edizioni Giuridiche Simone, Nápoles, 2002.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, Navarra, Aranzadi, 2000.

# Derechos humanos y participación social en el marco de la multiculturalidad\*

*Xabier Etxeberria* \*\*

**RESUMEN.** En la primera parte de este estudio se explora la participación como ejercicio de un derecho humano en el marco de la multiculturalidad. Tras revisar las formulaciones liberal y republicana de este derecho y sus enmarques en el respeto y el pluralismo, se propone una distinción entre los ámbitos prepartidario y partidario de participación política, y se analiza lo que debe suponer este derecho de participación cuando se confronta honestamente con la diversidad cultural. En la segunda parte se explora la tesis de que la multiculturalidad que llama a esta participación no sólo es relativizada y a la vez potenciada por los derechos humanos, sino que los propios derechos se ven afectados por ella. Así, en primer lugar, quedan cuestionadas las fundamentaciones clásicas, como las iusnaturalistas, y emerge la necesidad de incorporarles dinámicas interculturales de participación; en segundo lugar, estas dinámicas inducen a replantear la especificación de los derechos, a fin de que sigan siendo universales —característica irrenunciable— pero a la vez inculturados y, por tanto, abiertos a la pluralidad interna.

**ABSTRACT.** Social participation as a way of exercising a human right within a multicultural framework is examined in the first part of this paper. After examining how both the liberal and the republican variations of this law are expressed and their framework of respect and pluralism, a distinction is put forward in this paper as regards political participation outside and within the context of a political party. There is also an analysis of what this right to participate entails when honestly confronted with cultural diversity. The following thesis is

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Catedrático de Ética, Facultad de Derecho, Universidad de Deusto.

examined in the second part of the paper: the multiculturalism that encourages this participation is not only relativized and reinforced by human rights, but also the rights themselves are by them affected. Thus, firstly, several classic foundations are questioned, such as those of iusnaturalism, and the need to incorporate intercultural dynamics of participation arises; secondly, these dynamics lead us to redefine the specification of the rights, so that they remain universal – characteristic that cannot be waived – but at the same time free of cultural influences and thus open to internal plurality.

**PALABRAS CLAVE.** Participación social; multiculturalismo; filosofía del derecho; derechos humanos; diversidad.

**KEY WORDS.** Social participation; multiculturalism; Philosophy of law; Human Rights; diversity.

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. La participación como ejercicio de un derecho humano en el marco de la multiculturalidad. 3. La participación como vía de especificación de los derechos humanos en el marco de la multiculturalidad. Bibliografía.

# 1

---

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo me propongo mostrar que, cuando nos situamos respetuosa y creativamente en el marco de la multiculturalidad, existe una *circularidad virtuosa*, esto es, reveladora y creativa, de naturaleza muy especial, entre participación y derechos humanos.

La circularidad la formularía del siguiente modo: los derechos humanos son un referente decisivo para la participación sociopolítica, y a su vez la participación sociopolítica es un referente decisivo no sólo para la realización, sino también para la propia especificación de los derechos humanos.

Situando a su vez esta circularidad en el contexto de la multiculturalidad, se podría expresar de la siguiente manera: el que los derechos humanos sean un referente decisivo para la participación supone que debe incluirse en ella, de modo explícito y eficaz, a diversos colectivos culturales en cuanto tales —lo que choca ya con la interpretación habitual que se ha hecho de ella—, y el que la participación sea referente decisivo para la especificación de los derechos implica que para delimitar lo que éstos sean en concreto es imprescindible un diálogo intercultural —algo que se distancia también marcadamente de su concepción tradicional.

Como puede verse, desde esta formulación, el marco de la multiculturalidad, precisamente por mediación de lo que debe ser la participación, aparece como profundamente cuestionador de la manera como hay que vivir y concebir los derechos humanos. Algunos ven en ello un gravísimo riesgo para unos derechos que remitirían estrictamente a individuos abstractos, por lo que combaten firmemente su enmarque multicultural. Otros, entre

los que me sitúo, percibiendo que la versión tradicional ha supuesto una grave injusticia —entre otras— para diversos grupos culturales, propugnamos una introducción *lúcida* del referente de la multiculturalidad, porque, sin ignorar sus riesgos, entendemos que ello es decisivo para avanzar hacia una mejor comprensión y realización de los derechos humanos *para todos*.

Voy a desarrollar el objetivo propuesto en dos partes, cada una de ellas correspondiente a una de las dos dimensiones del círculo. En la primera estudiaré la participación como ejercicio de un derecho humano en el marco de la multiculturalidad, mientras que en la segunda analizaré cómo ella puede ser vía de especificación de los propios derechos humanos, situada también de modo real en contextos multiculturales. Precisamente porque las partes son dimensiones de ese círculo hermenéutico, no deberán ser vistas como algo separado y sucesivo, ni jerárquico, sino como algo en tensión dialéctica mutuamente reveladora y creativa. Advierto ya de arranque que, dada la enorme complejidad y amplitud implicada en esta problemática circular, y dada la imposibilidad de abordarla en los límites estrechos de un artículo, en muchas ocasiones me limitaré más a señalar la problemática implicada que a desarrollarla, confiando en que *dibujar el mapa* puede ya ser ilustrativo y motivador para las búsquedas que todos debemos hacer.

## 2.

---

### LA PARTICIPACIÓN COMO EJERCICIO DE UN DERECHO HUMANO EN EL MARCO DE LA MULTICULTURALIDAD

1. Como primer paso para avanzar hacia lo que significa la participación que asume las realidades multiculturales, conviene hacer una mínima referencia al modo como se nos presenta ésta en las primeras formulaciones y realizaciones de los derechos humanos.

En ella aparece una tensión, según el modo como se conciba a la persona llamada a participar. Por un lado está la concepción estrictamente liberal, en la que, desde el punto de vista ontológico originario, somos individuos separados que persiguen libremente su autorrealización, llegando a los acuerdos con otros que consideremos oportunos. Por otro



lado, viniendo ya de la antigüedad clásica pero acomodándose progresivamente a lo que implican los derechos, está la concepción republicana, para la que originariamente somos “animales políticos” que nos realizamos a través de la participación en la *polis*

Para el liberal estricto,<sup>1</sup> desde la concepción precedente, se diseñan tres espacios para la participación: el de la intimidad (amigos y familia), en el que rigen las dinámicas afectivas; el de la vida civil, en la que realizamos empresas de todo tipo (económicas, religiosas, de ocio, caritativas, etc.), que debe estar sometido únicamente a las leyes de la iniciativa y el mercado libre; y el espacio público del Estado, que tiene que regirse por la participación democrática, pero con vistas a fomentar una Administración al servicio de la seguridad de los individuos —de su libertad y propiedad— en su vida privada (de intimidad y civil). Como puede verse, lo que cabe llamar *participación sociopolítica* queda reducido a su mínima expresión y además con un enfoque estrictamente instrumental: es el coste que hay que pagar para garantizar lo que realmente interesa. La ciudadanía viene a ser un mero estatus jurídico que se puede ejercitar a voluntad en lo que tiene de *derecho* a la participación.<sup>2</sup>

Desde el enfoque republicano clásico,<sup>3</sup> en cambio, los individuos son ante todo ciudadanos que tienen originariamente un *deber* intenso y continuo de participación en relación con lo público, que no es percibido como carga porque está estimulado por una *virtud* animada de un fuerte sentimiento de identificación y lealtad con la *polis* y porque se sitúa en ello la autorrealización propia —desde la conciencia de ser parte de una colectividad que nos da la identidad decisiva—. Lo que podría calificarse como privado, el ámbito de la familia y la propiedad, es lo que ahora se percibe como instrumental, como medio necesario para realizar el fin decisivo que es el bien público de la *ciudad*, en el que todos encontramos nuestro bien. Ser libre aquí no es dedicarse a los propios fines, es contribuir

---

<sup>1</sup> Hay que hacer notar que el llamado *liberalismo igualitario* (Rawls, Dworkin, Kymlicka...) se siente algo caricaturizado en este esquema, que responde más fielmente a lo que suele llamarse *liberalismo libertarista*. Del primero puede decirse que está más próximo al republicanismo, que puede ser más claramente su aliado, aunque se siga diferenciando de él.

<sup>2</sup> Aunque ha sido ya muy resaltado, no es ocioso recordar una vez más cómo este reparto de las tres esferas ha funcionado históricamente de modo positivo para las libertades individuales de los varones propietarios. Pero ha habido que esperar a que se formularan los derechos sociales y a que se reclamara con firmeza la equidad de género para que no resultaran discriminatorias para los varones no propietarios y especialmente para las mujeres, asignadas obligadamente —“por naturaleza”— al solo ámbito de la intimidad en el que se ignoraba la justicia que sí estaba en los otros dos ámbitos. En concreto, la participación de éstas en la vida civil y política era totalmente negada, mientras que en la vida familiar estaban sometidas al poder del varón. Estoy usando el pasado porque en el plano de los principios esto ha sido superado, aun siendo consciente de que en el plano de las realizaciones queda mucho por hacer.

<sup>3</sup> Véase, entre otras, la presentación que se hace en BÉJAR, H., *El corazón de la república. Avatares de la virtud política*, Paidós, Barcelona, 2000.

a este bien común. Esta participación se expresa sobre todo por medio de la intersubjetividad dialógica, esto es, por medio del debate que supone un uso público de la razón, y a través de lo que se ha llamado la *religión civil*, que implica la rememoración autoidentificatoria de las glorias de la ciudad y de sus ancestros.

Cuando este enfoque clásico se sitúa en el marco de los derechos humanos, sufre ciertas transformaciones. Para empezar, se impone que la ciudadanía participativa, identidad clave, sea reconocida a todos y todas. Se impone, en segundo lugar, que se abran espacios para la pluralidad y la tolerancia, privadas y públicas, hacia aquellos ante los que había resistencias. Y por último, se acaba viendo necesario que surja un tercer espacio entre el decisivamente privado del liberalismo y el decisivamente público del republicanismo, el que podemos llamar *espacio social*, en el que también ejercer una participación que, sin ser duramente pública —enmarcada en las estructuras del Estado—, tampoco sea privada en el sentido liberal. Habermas lo define adecuadamente cuando indica que se da *soberanía popular* —creación de una voluntad común a través de la participación— cuando lo que se institucionaliza en el Estado de derecho interactúa con “los espacios públicos movilizados culturalmente, que por su parte hallan una base en las asociaciones de una sociedad civil alejada por igual del Estado como de la economía”.<sup>4</sup> Es decir, este tercer espacio, motivado desde la sensibilidad republicana pero contaminado por la sensibilidad liberal, se expresa sobre todo en el pluralismo asociativo de la sociedad civil y política que incluso acogiendo intereses particulares busca el interés público.

Las consideraciones precedentes permiten diseñar, desde la variable de la participación, tres ámbitos: el de la vida civil en su sentido liberal, regido por las leyes del intercambio mercantil, en el que la participación que puede darse se sitúa dentro de las organizaciones privadas que se crean y en función de su naturaleza; el de la vida política en sentido estricto, regido obligadamente por los procesos democráticos, que tiene que ver con las estructuras del Estado y con las organizaciones que apuntan a ellas directamente —partidos políticos en especial—; el de la vida social, que sin situarse directamente dentro de éstas, siendo civil en ese sentido, implica un interés público. En lo que sigue tendré presentes fundamentalmente los dos últimos ámbitos.

En su momento voy a resaltar las limitaciones de este esquema, precisamente porque no contempla de modo oficial el contexto multicultural. Situados, con todo, en este punto de la reflexión, conviene subrayar que lo que conviene para fomentar una participa-

<sup>4</sup> En *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999, pág. 245.

ción más acorde con los derechos humanos es colocarse en el marco de la sensibilidad republicana. No sólo porque será mucho más plena desde el punto de vista público, sino porque tiene más afinidad con lo que es la condición humana en sí —no somos los individuos aislados del liberalismo— y lo que son las vivencias de las identidades colectivas, que aquí nos van a preocupar de modo especial.

2. Antes, con todo, de sumergirnos de modo directo en las cuestiones de la multiculturalidad y como camino hacia ellas, conviene poner de relieve otro aspecto relacionado con la participación, que he enunciado de pasada: el del respeto (tolerancia) y el pluralismo. El pluralismo (la pluralidad aceptada y valorada) se nos presenta en efecto como el clima necesario para la participación libre, la propia de los derechos humanos. En una concepción totalitaria del Estado, incluso en una concepción republicana clásica, la pluralidad tiende a ser considerada como lucha de facciones que dañan la unidad. En una concepción acorde con los derechos humanos y la democracia, es la unanimidad la que se ve bajo sospecha, por las coacciones que se le presuponen, y en cualquier caso debe quedar protegida —incluso institucionalizada— la posibilidad de la pluralidad. En concreto, las facciones pasan a ser “partidos” que en su “competitividad reglada” contribuyen al bien común.

Sartori, en un trabajo muy difundido que evaluaré críticamente en lo que a nuestro tema se refiere,<sup>5</sup> resalta muy bien lo que este pluralismo supone como clima para la participación política. Por un lado, precisa un acuerdo en el terreno de los principios fundamentales (derechos básicos) y las reglas de resolución de los conflictos (las democráticas), que, protegiendo la pluralidad, no están sujetos a ella; voy a llamarlo el *nivel prepartidario*. Por otro, ofrece un espacio en torno al que es legítimo entrar en conflictos, que deberán resolverse respetando ese nivel primero; voy a llamarlo el *nivel partidario*. El pluralismo funciona adecuadamente cuando la interacción entre los dos niveles es la adecuada

Mi distancia con Sartori aparece en la aplicación que hace de ese esquema a la realidad multicultural cuando se expresa como multiculturalismo. El autor entiende que éste, al menos en su versión actual dominante (en la que mete en bloque tanto a las políticas como a pensadores del multiculturalismo como Taylor), es la negación e inversión del pluralismo, porque hace prevalecer la separación sobre la integración, encerrando en sí

---

<sup>5</sup> *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo, extranjeros e islámicos*, Taurus, Madrid, 2003 (3.ª ed. completa).

mismas a las colectividades identitarias, porque es intolerante, porque pide para sí un reconocimiento que no da a los otros, porque implica una tribalización de la cultura. Formulado de acuerdo con el esquema precedente: la participación política vía multiculturalismo no es expresión legítima de la pluralidad —nivel partidario— porque no respeta al nivel prepartidario. La conclusión que saca de cara a las políticas de inmigración es conocida: no debe admitirse, y menos aún reconocerles la ciudadanía, a aquellos extranjeros que culturalmente no estén dispuestos a asumir el pluralismo —nivel prepartidario—, y entre ellos hay que situar a los de cultura islámica.<sup>6</sup>

Si se entiende que el multiculturalismo es eso y sólo eso, si se piensa que son correctas las interpretaciones que se hacen de autores que lo defienden, evidentemente la conclusión de rechazo que se saca pasa a ser correcta. Pero si se es honesto con la compleja y plural realidad del multiculturalismo y con las matizadas propuestas de autores como Taylor, situados en su órbita de maneras muy plurales, las conclusiones pasarán a ser ilegítimas por el reduccionismo de las premisas, por caer en el manido recurso de definir a nuestro modo a nuestro enemigo para así poder vencerlo con facilidad.

No voy a avanzar, de todos modos, en mis distancias interpretativas con Sartori. De cara al objetivo que me he propuesto conviene, más bien, que aplique a mi modo el esquema de lo prepartidario/partidario a la realidad multicultural y a la participación desde ella.

3. Entiendo que esa distinción entre prepartidario, que debe asumirse universalmente, y partidario, en el que se expresa la pluralidad, es una distinción adecuada para situar correctamente la participación sociopolítica. Lo que sucede es que, a la hora de precisarla en cada uno de estos niveles, se nos manifiesta mucho más compleja de lo que se ha pretendido inicialmente. Y el detonante de esta llamada a la complejidad es precisamente la reivindicación actual proveniente de la multiculturalidad.

Tanto desde el enfoque liberal como desde el republicanismo cívico, se ha definido lo prepartidario de un modo más bien formal y acultural, como conjunto de valores y

---

<sup>6</sup> No me toca entrar aquí de modo directo en el análisis de las políticas relativas a la inmigración, aunque tocaré aspectos colaterales a ellas. Si conviene decir, de todos modos, que la propuesta de Sartori, en la que se ve también con suspicacia la aceptación de inmigrantes de América Latina y África no islámicos, por su supuestamente deficiente cultura del trabajo, implica el rechazo en bloque de una cultura, la islámica, que como todas es compleja e internamente plural y en evolución; ignora procesos de interrelación e integración que, cuando se llevan bien —algo que él cree imposible con los islámicos—, matizan la cuestión de los números admisibles; hace juicios enormemente genéricos sobre los otros; soslaya llamativamente los deberes de justicia internacional.

reglas (los ligados a los derechos humanos) que deben ser respetados por toda opción concreta. La sensibilidad hacia la multiculturalidad pondrá matices a esta pretensión, como se verá en la segunda parte. Pero lo que quiero resaltar ahora es que, para empezar, pone reparos serios a la aplicación que se ha hecho de ella.

En efecto, se ha postulado (y se postula) que quienes participaban en el debate político tenían como prepartidario en el que acordaban solamente esa referencia formal a los valores y reglas. Pero, como se ha señalado muy bien, la defensa del pluralismo democrático ha venido acompañada de la promoción del Estado *nacional unitario* en el que ese pluralismo se ejercía. Lo que en la práctica significaba que “las partes” que contendían no sólo compartían el prepartidario (uno) formal de los derechos humanos y la democracia, sino también otro prepartidario (dos) de identidad y cultura nacional que no se ponía en cuestión.

Pues bien, este prepartidario dos se evidencia cuando es cuestionado en su condición de tal, cuando surgen grupos culturales (naciones dentro del Estado nacional, inmigrantes) que no lo comparten y que incluso lo cuestionan. Entonces se pone de manifiesto que la participación en el clima de pluralidad no estaba sólo posibilitada por el prepartidario uno formal, sino por el prepartidario dos “material”, el hecho con la materia de la cultura nacional. Sólo que, detalle decisivo, este prepartidario dos posibilitaba la participación de aquellos que se identificaban con él, marginando a quienes no la tenían.

Es aquí cuando surge de lleno la cuestión del multiculturalismo e interculturalismo, la cuestión de si la diversidad cultural debe tener su reflejo como tal en los propios esquemas de participación pública (social y política) que se precisen.

4. Las soluciones que se plantean cuando nos enfrentamos con esta cuestión van en dos direcciones.

En una dirección están las propuestas de tipo habermasiano, con su *patriotismo constitucional*. Vienen a defender, formulado a mi modo, que lo que tiene que hacerse es ser rigurosos con lo que oficialmente se decía defender al postular oficialmente sólo el prepartidario uno. Y ello implica que deben vivenciarse y potenciarse todas las identidades culturales (religiosas, étnicas, nacionales —incluida la mayoritaria—...) en el ámbito de la vida civil y con sujeción a sus reglas (como de hecho se ha planteado oficialmente en las democracias occidentales que se vivenciara la identidad religiosa).

Estas propuestas, que remiten lo multicultural a lo privado, a lo no situable en el ámbito de la participación social y política, tienen el atractivo de tratar igualmente a

todos los grupos culturales. Lo primero que habría que pedir a quienes las defienden es que fueran coherentes con ellas, concretamente en el tema de la inmigración, en el que desaparece toda razón identitaria y cultural para controlarla, lo que en la práctica supone inmigración libre. Pero se confrontan, además, con dos objeciones que considero difíciles de superar. Por un lado, como los antropólogos han puesto de manifiesto y el propio Habermas concede, no hay nada que no esté étnicamente modelado, lo que debe aplicarse, como se verá en la segunda parte, incluso al prepartidario uno supuestamente formal. En segundo lugar, hay identidades, como las que ahora llamamos *étnicas* y *nacionales*, que tienen tales referencias a la historia, al territorio, a la lengua, a expresiones institucionales concretas, etc., que precisan presencia *pública* para su desarrollo, esto es, que para ser vividas y persistir de acuerdo con la voluntad de sus miembros tienen que ser contempladas oficialmente en el marco de la participación sociopolítica.

Pues bien, si entendemos que tales identidades culturales son relevantes para la propia identidad y autorrealización de las personas —sensibilidad liberal—, si entendemos incluso que los productos que generan merecen respeto en la medida en que son objetivación de la creatividad humana —sensibilidad comunitaria—, y si a su vez la conservación de aquellas está ligada a su presencia pública, entonces en el derecho a la identidad cultural acaba estando incluido el derecho a esta última.

Desde lógicas como ésta, que aquí no puedo desarrollar como se precisaría,<sup>7</sup> la solución ante el desvelamiento del prepartidario dos oculto y marginador no está en volver al exclusivo y estricto prepartidario uno supuestamente formal, “ciego a la diferencia cultural”, sino en gestionarlo precisamente con políticas multiculturalistas e interculturalistas. En este momento, la participación no la hace ya el individuo político ciudadano (liberal o republicano) arrinconando supuestamente a la vida privada el resto de sus referencias identitarias, sino el individuo político ciudadano culturalmente marcado (como lo ha estado siempre, en principio con la marca de lo “nacional”).

5. En esta vía multiculturalista/interculturalista de la participación hay que ver, además de un camino para evitar la opresión y marginación de los grupos no dominantes, por un lado, una acomodación a la condición humana y, por otro, una posibilidad para la riqueza de la diversidad, que se hace así presente en todos los ámbitos.

---

<sup>7</sup> He hecho estos desarrollos en el libro *Sociedades multiculturalistas*, Mensajero, Bilbao, 2004.

Por supuesto, convertir la posibilidad de riqueza en riqueza efectiva pide tanto condiciones equitativas de participación como respeto compartido por sus reglas y creatividad para generar nuevos modelos que desborden los pensados para Estados nacionales con unidad incuestionable. Las condiciones equitativas de participación tienen que ver con la seguridad física y emocional, los recursos económicos, los niveles de educación, el acceso a los medios de comunicación, el reconocimiento mutuo, etc. El Estado no sólo debe velar por que todos respeten las reglas de la democracia; debe velar también, incluso a través de discriminación positiva cuando se precise, para que estas condiciones se cumplan en todos los grupos, incluso y sobre todo en los tradicionalmente marginados.

En cuanto a la creatividad en la búsqueda de nuevos esquemas para la participación, están apareciendo ya propuestas diversas, unas relativamente sencillas a la hora de realizarse y otras más complejas y discutibles, teórica y fácticamente: derechos diferenciales en función de los grupos en ciertos ámbitos, derecho de las minorías a representación legislativa, derecho de veto ante ciertas cuestiones que las afectan centralmente, regímenes de autonomía, acuerdos federales de poder compartido, etc.

En la búsqueda de esta *democracia multicultural* hay ciertamente una cuestión especialmente delicada en torno a la revisión del derecho de autodeterminación, que pasaría de considerar como sujetos de hecho a los Estados —situación actual— a considerar realmente como sus sujetos a los pueblos y naciones. Lo delicado está en que se pone de manifiesto que existe una tensión entre propuestas de participación multicultural que apuntan a lo que podría llamarse una integración compleja en los Estados existentes, y propuestas que apuntan a la reestructuración de ese marco, abiertas a la separación-secesión para construir nuevos marcos de soberanía. Tampoco aquí pretendo entrar en este debate —que, de todos modos, no habría que rehuir—<sup>8</sup> porque quiero centrarme en otras cuestiones más directamente ligadas a la dinámica participativa en sí, cuando se enmarca en la multiculturalidad.

6. La consideración precedente muestra que, además de oportunidad para la riqueza, la participación mediada por la pertenencia a grupos culturales tiene sus dificultades y riesgos. Voy a señalar algunos de ellos.

---

<sup>8</sup> Lo he afrontado, por mi parte, en “El derecho de autodeterminación en la teoría política actual y su aplicación al caso vasco”, en VV. AA., *Derecho de autodeterminación y realidad vasca*, Vitoria, Eusko Jaurlaritza, 2002, págs. 325-424.

El primero está en definir esos grupos identitarios que tienen vocación de participación pública. En principio, se trata de aquellos que, por su propia naturaleza, la precisan para su vitalidad y pervivencia. Aparecen, en principio, los grupos nacionales y los étnicos, pero, aparte de que no es fácil discernir entre lo nacional y lo étnico (piénsese en los pueblos indígenas), surge como cuestión especialmente delicada si los grupos religiosos en cuanto tales deben ser tomados en consideración o deben mantenerse en el ámbito privado. Entiendo, por mi parte, que hay que optar por lo segundo, pero ciertamente hay identidades étnicas que no permiten con facilidad esta separación, con lo que la tensión está servida: ¿hay que exigir a todas las culturas públicas ser “básicamente” neutras frente a lo religioso o podría exigírseles sólo ser no impositivas?<sup>9</sup>

Señalados así los grupos que tienen derecho a presencia pública, hay que avanzar decidiendo el tipo de presencia que pueden reclamar, acorde de nuevo con la naturaleza de lo que son. Se ha hecho ya clásica la distinción de Kymlicka entre grupos étnicos (entre los que estarían los inmigrantes) con derechos de multiculturalidad y grupos nacionales con derechos de autogobierno.<sup>10</sup> Tiene sus límites y conviene retrabajarla, pero es un buen punto de partida. Que, en cualquier caso, vuelve a mostrar que el reto de la participación en marcos multiculturales es ciertamente complejo.

Un tercer reto puede situarse en el hecho de tener que armonizar la participación con la pertenencia. La pertenencia a un grupo identitario sugiere en sí lealtad a éste, participar en los límites de aquélla, poner los propios intereses por debajo de los intereses colectivos o, si se quiere, armonizar los intereses individuales con los que pueden plantearse en el grupo en cuanto tal. Absolutizada, esta referencia se vuelve despótica, agostadora de la autonomía irrenunciable de las personas, que acaban sometiéndose no propiamente al grupo, sino a los que tienen el poder en él. El otro polo, el de la participación, contemplada desde la individualidad, sugiere libertad plena frente a cualquier condicionamiento, entre los que hay que incluir el identitario grupal. Absolutizada, significa, por un lado, que se ignoran los necesarios enraizamientos en colectivos diversos para lograr ser humanos y para que podamos tener un horizonte para nuestras elecciones, y, por otro lado, que se acaba careciendo del *cemento* necesario para cohesionar al grupo.

---

<sup>9</sup> Esta última cuestión está latentemente presente en el trabajo de RAWLS, J., *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.

<sup>10</sup> Véase, entre otras, su obra *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996. Por mi parte, concreto diversas propuestas en el trabajo citado en nota 6.



A lo que en principio hay que apuntar, por tanto, es a mantener participación y pertenencia en una circularidad creativa mutuamente enriquecedora: porque pertenezco, porque soy reconocido como miembro, participo, y porque participo con libertad logro, conjuntamente con los demás, que la pertenencia no sea despótica sino abierta. De todos modos, cuando surge una tensión irreconciliable entre ambos polos, desde los derechos humanos ciertamente prima la libertad.

Esto se puede expresar acudiendo a una nueva polaridad. En principio, *nos encontramos* perteneciendo a los grupos culturales, *adscritos* a ellos, a través de los procesos de socialización, decisivos como acabo de decir para constituirnos como personas. Pero por otro lado, desde la libertad individual, nos corresponde *elegirlos*, de acuerdo con los proyectos personales y colectivos que nos parezca oportuno fomentar. En esta reformulación de la tensión, ahora entre adscripción y elección, la última palabra la debe tener de nuevo la elección —o para ser de un cierto modo en el grupo, incluyendo la disidencia, o para salir del grupo—, pero con la conciencia de que ella se hace posible desde adscripciones iniciales que no nos han forzado despóticamente.<sup>11</sup>

7. Una participación de esta naturaleza se abre a la posibilidad de ser ejercitada al menos en tres terrenos. Por un lado, debe darse participación, en el clima del pluralismo según se indicó, *dentro* del propio grupo de pertenencia, sometiéndolo así a un proceso creativo de constante renovación y haciendo que su representatividad sea democrática. Por otro lado, debe darse ese mismo modo de participación *entre* los diversos grupos culturales, según esquemas de multiculturalismo o interculturalismo que paso a comentar en seguida. En tercer lugar, conviene que se dé una participación *transversal* a los grupos culturales más relevantes, en la que, en función de las opiniones diversas en torno a algo que se debate, se configuren alianzas entre personas que pertenecen a grupos diferentes, mostrándose de este modo que las fidelidades a los grupos son flexibles y permiten distanciamientos que buscan bienes que desbordan los intereses internos de éstos en lo relativo a los derechos humanos y la justicia. Cuando en una sociedad multicultural se da

---

<sup>11</sup> El *Informe de desarrollo humano* del PNUD de 2004 se refiere a estas cuestiones hablando no propiamente del “derecho a la identidad cultural” sino del “derecho a la libertad cultural”, indicando: 1) que supone en principio que para las personas es importante tener sentido de identidad y pertenencia a grupos en los que se comparten valores y otros vínculos culturales; 2) que en ello se juega una parte fundamental del desarrollo humano; 3) que exige democracia y políticas multiculturales; 4) que debe tenerse siempre presente que el derecho está en la *libertad* de las personas, lo que significa que debe primar la elección sobre el descubrimiento de una pertenencia; 5) que es algo que se vive mucho más positivamente cuando se fomentan las afiliaciones múltiples.

todo este juego múltiple, la participación adquiere su nivel máximo, a la vez que se aleja de todo encuadramiento en estructuras negadoras de la libertad.<sup>12</sup>

Explicito un poco más el segundo de los terrenos, el de la participación entre grupos. Decía que puede responder a esquemas multiculturales, en los que la interinfluencia es mínima, reducida a las condiciones básicas de convivencia, porque lo que prima es el respeto mutuo vivido en una separación relativa (metáfora del mosaico). O puede responder más bien a esquemas interculturales, en los que, no sólo desde el respeto sino también del aprecio mutuo y a través de diversos diálogos y contactos, se potencia expresamente una interinfluencia para enriquecimiento general. No voy a entrar, una vez más, en lo que una y otra política de participación suponen, aunque sí quiero subrayar que en principio es mucho más positivo y fecundo apostar por el interculturalismo; si bien hay que tratar de realizarlo con autenticidad, lo que pide condiciones de equidad en el diálogo y el esfuerzo por ir más allá de lo más superficial de las culturas.

El tercero de los terrenos, el de la transgrupalidad en la participación, apunta a algo que es muy sugerente: a la creación y vivencia de identidades complejas. Construimos nuestra identidad en un juego dialéctico entre las tradiciones en las que somos socializados, los reconocimientos que recibimos y la iniciativa que tenemos. Lo que aquí quiero resaltar es que resulta muy importante construir una identidad personal en la que nuestra iniciativa articula complejamente pertenencias diversas (a nuestro grupo nacional, étnico, de género, religioso, profesional, deportivo, etc.), para autoafirmar de ese modo una identidad compleja. Desde la vivencia de ésta, la participación transgrupal emana con naturalidad, pues el juego del nosotros-ellos se hace muy flexible, y las absolutizaciones de las pertenencias, propias de las vivencias de identidades simples, caen por su propio peso. Asumida esta constatación, es tarea relevante de la educación y del diálogo intercultural fomentar estas identidades complejas en torno a las que aparece un nuevo círculo creativo: la participación abierta a lo transgrupal fomentará esas identidades y esas identidades fomentarán la participación transgrupal.

---

<sup>12</sup> Los suspicaces ante la defensa del multiculturalismo/interculturalismo hacen observar, con razón, los riesgos existentes de opresión de las libertades individuales de todos o de parte (como las mujeres) de los miembros de los colectivos, desde la postulación impositiva de determinados rasgos culturales. El juego entrecruzado de participaciones que aquí se propone presupone, por un lado, la negación de este absolutismo cultural y es, por otro lado, el mejor antídoto contra él. No es, por otra parte, debilitador de las culturas, sino purificador de éstas desde la sensibilidad de los derechos humanos universales.

## 3.

---

## LA PARTICIPACIÓN COMO VÍA DE ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LA MULTICULTURALIDAD

1. En la primera parte de esta exposición he abordado el primer polo de la polaridad que anuncié en la introducción: la participación se nos ha mostrado como una exigencia de los derechos humanos, una concreción de éstos que, para que no margine a nadie, para que, además de ser expresión de un derecho, sea vía de realización de todos los derechos de todos, tiene que ser asumida en el marco de la multiculturalidad y reflejarla. Queda ahora pendiente pasar al segundo polo, en el que la participación, marcada también por la diferencia cultural, se nos muestra además como vía para la propia especificación de los derechos humanos.

Como idea introductoria y general para enmarcar el alcance de este polo, conviene comenzar advirtiendo que la relación que los derechos humanos mantienen con la multiculturalidad es compleja: por un lado la relativizan, al resaltar el valor del ser humano en cuanto tal y al condicionarla a que éste sea reconocido en toda circunstancia; por otro la potencian, al pedir para ella respeto e incluso protección e imponer condiciones equitativas a la relación entre culturas; además, se ven de algún modo afectados por la multiculturalidad, en la medida en que, al ser en sus expresiones concretas una producción cultural, están condicionados por la dinámica particular-plural de ésta. La participación que analicé en la primera parte tiene que ver con las dos primeras consideraciones; la que voy a analizar en esta segunda tiene que ver con la tercera.<sup>13</sup>

2. Para situar adecuadamente la cuestión es sugerente remitirnos al documento final de la Conferencia de Viena sobre los derechos humanos (1993). En él se subraya que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes”, pero se

---

<sup>13</sup> Voy a tener aquí muy presentes —aplicándolos a la participación— dos estudios realizados con anterioridad, que sintetice en un apartado del ya citado de *Sociedades multiculturales*. Me refiero a “El debate sobre la universalidad de los derechos humanos”, en VV. AA., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, 309-399; y “Universalismo ético y derechos humanos”, en J. RUBIO CARRACEDO, J. M. ROSALES y M. TOSCANO (eds.), *Retos pendientes en ética y política*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 305-320.

añade que también “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”. Se introduce así una tensión entre lo que parece imponerse por encima de las culturas y lo que de algún modo se nos muestra alimentado y condicionado por ellas. ¿Cómo cabe afrontarla?

Hay que destacar, en primer lugar, que supone un sutil distanciamiento de la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, la clásica de la modernidad en la que se formulan y que se sigue sosteniendo en buena medida en la Declaración Universal de 1948. De acuerdo con ella, los derechos son inherentes a nuestra naturaleza humana, en concreto, a nuestra dignidad constituyente, de modo tal que los podemos “deducir” de ésta. Tomado este supuesto en su radicalidad, significa que se trata de derechos preculturales o aculturales, inmutables, que simplemente se descubren y formulan en un momento dado y que valen ya para siempre y para todos. Desde esta perspectiva, la participación que cabe en la especificación del contenido de los derechos humanos es prácticamente nula: se pueden ir descubriendo en determinados contextos culturales —de hecho, los occidentales, se dirá— y toca a todos aceptarlos sometiendo a ellos los contenidos de cada cultura, con las transformaciones que se hagan necesarias. Más que participación, aquí se da comunicación unidireccional de quienes han descubierto los derechos a quienes no los han descubierto. Como máximo, la participación bidireccional podría plantearse a la hora de interpretar cómo aplicar los derechos a las realidades concretas, aunque siempre se tenderá a que quienes los descubren sean los que se consideren con autoridad superior para llevar a cabo esta aplicación.

Ahora bien, desde lo que nos aporta la antropología cultural,<sup>14</sup> tal planteamiento resulta inasumible. Los humanos no tenemos una naturaleza humana sobre la que se superpondrían las culturas. Los humanos somos “por naturaleza o condición” —primera idea— seres culturales, seres que sólo llegan a ser humanos a través de esquemas culturales; pero además —segunda idea— lo somos expresándonos en múltiples culturas diferenciadas, o, dicho de otro modo, nos concretamos como humanos no por obra de la cultura en general, sino por obra de una cultura concreta, entre las múltiples posibles, que siempre será particular. De esto se desprende —tercera idea— que toda manifestación humana,

---

<sup>14</sup> Un estudio ya clásico al respecto es el de GEERTZ, C., *La interpretación de las culturas*, Gedisa, Barcelona, 1988.

como la de afirmar ciertos derechos universales, se enmarca inevitablemente en la cultura particular en la que se formula.

Hay un modo radical de tomar estos supuestos que conduce al relativismo cultural. En éste se resalta que en última instancia todo es particular, propio de culturas concretas y válido para ellas, abierto a una pluralidad de planteamientos ante la que no caben discernimientos morales ni jerarquías porque no existe ningún acultural de valores en el que podríamos situarnos que los haga posibles. Desde este supuesto, cae evidentemente toda pretensión de derechos humanos universales. Los que se declaran tales pueden valer en el mejor de los casos para las culturas en las que se formulan. Lo único universal legítimo sería, en todo caso, aquello en lo que coincidieran de hecho todas las culturas, pero más que hablar de universalidad habría que hablar entonces de *generalidad contingente de coincidencias*, algo que no tiene nada que ver con el concepto de derechos humanos que se imponen moralmente de modo universal aunque la mayoría no los acepte. Situados en esta orientación relativista, la participación intragrupal puede concebirse en aquellas culturas que la fomenten de cara a concretar qué derechos conceden a sus miembros. Pero la participación intergrupala con la que buscar la especificación de unos posibles derechos humanos universales no tiene ningún sentido.

Entiendo, por mi parte, que frente a las dos posturas precedentes se impone explorar una tercera posibilidad, la que surge precisamente de tensionarlas dialécticamente, la que busca una universalidad de derechos consistente pero mediada contextual y culturalmente en una medida relevante y abierta, por tanto, a la diferencia en la propia especificación de los derechos. Aquí sí que la participación, no sólo intracultural sino especialmente intercultural, pasa a ser decisiva para que entre todos podamos lograr esa universalidad inculturada pluralmente cuando sea necesario.

Utilizando a mi manera unas distinciones de Todorov, podría expresar lo anterior del siguiente modo. No se trata de postular una universalidad *de partida* en lo relativo a los derechos humanos, propia de quienes plantean que “los han descubierto” tal cual son en su totalidad y perennidad de modo que sólo quedaría aceptarlos. Ni se trata de defender una universalidad *de llegada*, de quienes creen que hay un momento determinado en el que todos los derechos se han especificado definitivamente. Sino de trabajar por una universalidad *de recorrido*, la que sabe que el proceso hermenéutico de especificación es permanente y en él tienen que participar dialógica e interrelativamente todos los grupos humanos desde sus respectivas sensibilidades culturales.

Desde la perspectiva de la fundamentación de la universalidad de los derechos humanos hay que darle un matiz a esta propuesta. No se trata de defender por principio la

legitimidad incuestionable de la mera “universalidad” (generalidad fáctica) plasmada en el acuerdo de la mayoría, porque sabemos por la experiencia histórica que puede estar equivocada.<sup>15</sup> Se trata de retomar algo de la intención iusnaturalista, en forma de convicciones sobre la dignidad que se nos imponen —desde las que se puede llegar a la contestación cultural y a la desobediencia civil— y de dialectizarlo tanto con los grandes relatos de sentido de las diversas culturas como con las argumentaciones que se estimulen entre ellas. La fundamentación de la universalidad surge de ese entramado complejo. No desarrollo aquí más esta cuestión, pero, como se ve, también en la fundamentación y no sólo en la especificación el diálogo participativo intercultural tiene que jugar un papel relevante.<sup>16</sup>

3. Entremos ahora a aclarar lo que puede significar mediar la especificación del contenido de los derechos humanos a través de la participación intercultural. La pertinencia de tal propósito se nos muestra clara en este ejemplo. Si observamos los actuales documentos internacionales de derechos humanos, podemos ver que los derechos laborales tienen una concreción que resulta válida para una sociedad con economía capitalista-mercantil. Si trasladamos esos derechos a una comunidad indígena amazónica tradicional, nos damos cuenta de que tal como están concretados no tienen sentido en ella. ¿Tendremos que extender necesariamente a ella nuestro modelo capitalista para que así puedan disfrutar de los derechos laborales, universalizándolos de ese modo, o tendremos que defender que existen derechos laborales universales —derecho a condiciones de trabajo humanizadas y creativas— pero que luego pueden concretarse legítimamente de manera diferente según los modos de producción de las culturas —aunque a su vez puedan cuestionarlos en una cierta medida precisamente desde la llamada a su humanización—?

Creo que es evidente que el respeto ínsito en los derechos humanos apunta a la segunda parte de la alternativa. Lo que nos lleva a la siguiente conclusión: todos los humanos debemos tener todos los derechos humanos en su indivisibilidad e interdependencia, pero a su vez esos derechos deben experimentar un proceso adecuado de encarnación plural en las diversas culturas que no los pervierta sino que exprese sus posibilidades más humanizantes.

---

<sup>15</sup> La inmensa mayoría de la humanidad, durante la casi totalidad de su historia, ha aceptado *como legítimas* la esclavitud y la inferiorización de la mujer.

<sup>16</sup> He elaborado ampliamente este enfoque en “El debate sobre la universalidad de los derechos humanos”, op. cit.

¿Cómo puede concretarse esto? Ya he adelantado que a través de un intenso diálogo participativo que esté atento a escuchar honestamente —interna y externamente— las convicciones y a aprender de nuestros grandes relatos de sentido; diálogo en unos momentos intracultural y en otros intercultural. Creo que si se avanza por ese camino surgirá un esquema especificativo de los derechos humanos compuesto por diversos niveles interrelacionados pero diversamente inculturados. Paso a concretarlo como intuición personal de cómo entiendo que deberían plasmarse y del lugar que tendría que ocupar el diálogo.

En primer lugar, habría que afirmar para todos los humanos de todas las culturas un núcleo básico principal de derechos humanos, el que históricamente se ha encarnado en las palabras *dignidad, libertad, igualdad y fraternidad*, aunque luego el soporte narrativo-simbólico y determinados matices interpretativos de estas categorías varíen culturalmente, pudiendo entrar en un diálogo en el que se enriquecen mutuamente.

En segundo lugar habría que afirmar, con formulaciones prácticamente unívocas de validez universal, una serie de derechos mínimos básicos y fuertes que suponen los correspondientes deberes para los Estados y los ciudadanos. Formulándolos precisamente en la categoría de deberes, podemos incluir aquí los que tienen que ver con lo que las Naciones Unidas entienden por crímenes de Estado: no a la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*, la tortura, las desapariciones forzosas, las ejecuciones arbitrarias. Expresados de modo más genérico podrían sintetizarse en lo que algunos han propuesto como derechos-deberes básicos: “no toques a nadie sin su consentimiento” —respeto su integridad psicofísica— y “no impidas a nadie expresarse”. Esto es, todos y todas tenemos derecho a una autonomía personal fundamental equitativa, aunque luego sea vivida según las culturas con un acento más individualista o más comunitario. Como puede verse, estos derechos respecto a los cuales el diálogo persigue más bien el acuerdo de la unanimidad tienden a formularse en negativo. Por mi parte, creo que habría que postular también algunos en positivo, como “colabora en lo que esté de tu mano —como persona o Estado— para que todos los humanos tengan alimentación suficiente para sobrevivir”.

En tercer lugar, habría que afirmar otra serie de derechos de modo genérico, pero realizados luego en concreto a través de encarnaciones culturales e históricas particulares. Aquí se encontrarían, entre otros, los derechos laborales a los que antes me he referido. Pero hay también otros, como el derecho al cobijo (no igual para nómadas o sedentarios), o el derecho a un sistema democrático de decisión que puede recubrir varias formas, o el derecho a sistemas jurídicos diversos (pluralismo jurídico), etc. Este modo de particulari-

dad no niega la universalidad, sino que la concreta pluralmente en el respeto a las culturas. Es una universalidad contextualizada, más que particularidad: no contradice los principios, sino que, tras afirmarlos en su generalidad más formal, les da contenidos materiales concretos —siempre limitados e imperfectos, sujetos a pluralidad y mejoras—. En este nivel la participación se hace muy necesaria: intraculturalmente, para que, por un lado, la concreción del derecho sea fiel al contexto cultural propio, pero, por otro lado, para que su dimensión universal se convierta en referente crítico de determinadas expresiones culturales; e interculturalmente para formular de modo correcto la expresión más formal del derecho e interpelarse mutuamente respecto a las concreciones que adquiere en cada caso.

En cuarto y último lugar, en cierto solapamiento con el nivel anterior, habría que estar abiertos a derechos que, utilizando la expresión de Kymlicka, pueden considerarse *diferenciales en función de las culturas grupales*. Por ejemplo, el derecho de propiedad se ha formulado en la cultura occidental decisivamente como derecho a la propiedad privada; en ciertas culturas indígenas se puede formular sobre todo como derecho a la propiedad colectiva. Si ambas conviven en un Estado, se puede pretender legítimamente que el derecho a la propiedad privada no funcione en territorio indígena como funciona en territorio no indígena (y viceversa). El diálogo aquí tiene como objetivo especificar y respetar esos derechos diferenciales, pero también, de nuevo, interpelarse mutuamente, para que no se caiga en los excesos propios de cada derecho diferencial.

4. En mi esfuerzo por ser sintético, he dejado sólo apuntado un esquema que sugiere cómo la participación intra e intercultural puede ser fundamental no sólo para que se realicen los derechos humanos, sino también para que se especifiquen. Creo, en cualquier caso, que lo señalado es suficiente para que quede manifiesto lo que quería subrayar. De todos modos, para que se entienda bien la intensa llamada a la participación intercultural que estoy haciendo, conviene acabar con un par de observaciones.

En primer lugar, de cara a esta participación de los grupos culturales a la que me estoy refiriendo, es importante tener en cuenta estas dos cuestiones: 1) no hay que identificar cultura con expresión cultural dominante de cada cultura, ni grupo cultural con Estado, y 2) hay que recordar que las culturas ni son monolíticas (también son parte de ellas las expresiones disidentes, entre las cuales suelen encontrarse las más creativas) ni son estáticas.

En segundo lugar, cuando se analice si un determinado rasgo cultural está en contra de los derechos humanos, desde la interpelación intercultural legítima habrá que tener en



cuenta todas las precisiones que se han ido haciendo. A veces será fácil ver aceptable desde esos derechos la diferencia cultural. En otras ocasiones se la verá claramente rechazable. Hay que reconocer que en ciertos casos resulta problemático decidir: el diálogo y el discernimiento honesto, intracultural e interculturalmente, deben ser entonces, y de nuevo, la mejor vía.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- BÉJAR, H., *El corazón de la república. Avatares de la virtud política*, Paidós, Barcelona.
- ETXEBERRIA, X., “El debate sobre la universalidad de los derechos humanos”, en VV. AA., *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, págs. 309-399.
- “El derecho de autodeterminación en la teoría política actual y su aplicación al caso vasco”, en VV. AA., *Derecho de autodeterminación y realidad vasca*, Eusko Jaurlaritz, Vitoria, 2002, págs. 325-424.
- *Sociedades multiculturales*, Mensajero, Bilbao, 2004.
- “Universalismo ético y derechos humanos”, en RUBIO CARRACEDO, J.; ROSALES, J. M., y TOSCANO, M. (eds.), *Retos pendientes en ética y política*, Paidós, Barcelona, págs. 305-320.
- GEERTZ, C., *La interpretación de las culturas*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- HABERMAS, J., *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999.
- KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.
- *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003.
- PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1999.
- RAWLS, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996.
- *El derecho de gentes. Y “Una revisión de la idea de razón pública”*, Paidós, Barcelona, 2001.
- SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo, extranjeros e islámicos*, Taurus, Madrid, 2003.



# El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes\*

*Cecilia Fresnedo de Aguirre*\*\*

**RESUMEN.** En materia de filiación, en el ordenamiento jurídico uruguayo coexisten normas de diversa índole: de fuente interna o internacional, materiales o de conflicto, elaboradas desde el siglo XIX hasta nuestros días, cada una de las cuales refleja las políticas legislativas imperantes en su momento en la sociedad nacional, regional o universal. Algunas discriminan gravemente entre distintos tipos filiatorios —en especial, la filiación legítima y la ilegítima— y establecen soluciones también discriminatorias, mientras que otras imponen la obligación de reconocer los mismos derechos a los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio. Se analiza aquí el contenido de dichas fuentes, cómo operan entre sí, qué ha hecho y qué deberá hacer el legislador nacional e internacional en la materia, así como el papel del juez a la hora de interpretar y aplicar las normas de DIPr sobre filiación, teniendo en cuenta las convenciones sobre derechos humanos, el papel de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la incidencia del *ius cogens* superviniente en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, así como en el DIPr de fuente interna y las consecuencias de los criterios propuestos.

**ABSTRACT.** As regards filiation, different types of regulations co-exist within the Uruguayan legal system: based on internal or international sources, on material or conflict sources, drawn up since the 19<sup>th</sup> century to this day, regulations which reflect prevailing legislative policies at the time in the national, regional or universal societies. Some regulations make a severe distinction between different types of filiation – especially between legitimate and

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay; Profesora Titular (grado 5) de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de la Universidad de la República; Profesora Adjunta (grado 3) de Derecho Internacional Privado.

illegitimate filiation – and put forward discriminatory solutions, while others establish the obligation to recognize equal rights for all children, them having been born in or out of wedlock. The content of these sources is analyzed in this paper, how they interact, what the national and the international legislator has done and will have to do as regards this subject, as well as the role played by the judge when it comes to interpreting and applying International Private Law regulations on filiation, taking into account human rights conventions, the role of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the effect of the supervening *ius cogens* in the Treaties on International Civil Law of Montevideo of 1889 and 1940, as well as in the International Private Law based on internal sources and the consequences of the criteria proposed.

**PALABRAS CLAVE.** Derechos humanos; filiación; tratado; derecho internacional privado; armonización.

**KEY WORDS.** Human rights; filiation; treaty; International Private Law, Harmonization.

**SUMARIO.** 1. Planteo introductorio. 2. La filiación en las normas de derecho internacional privado de fuente internacional: los tratados de derecho civil internacional de Montevideo de 1889 y de 1940. 2.1. Filiación legítima. 2.1.1. Ley aplicable. 2.1.2. Jurisdicción competente. 2.2. Filiación ilegítima. 2.2.1. Ley aplicable. 2.2.2. Jurisdicción competente. 2.2.3. Eficacia extraterritorial de sentencia declarativa de filiación ilegítima. 2.3. Filiación legitimada. 2.3.1. Condiciones constitutivas. 2.3.2. Ley aplicable. 3. La filiación en las normas de derecho internacional privado de fuente interna. 3.1. Apéndice del Código Civil. 3.1.1. Interpretaciones de la doctrina. 3.1.2. Necesidad de acomparar las interpretaciones del derecho internacional privado con los nuevos instrumentos sobre derechos humanos. 3.3. Jurisdicción internacionalmente competente. 3.3.1. A los efectos de establecer la filiación. 3.3.2. Filiación como cuestión previa. 3.4. Código de la Niñez y la Adolescencia. 4. Las normas materiales supranacionales sobre derechos humanos. 4.1. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. 4.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969. 4.3. Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, 1989. 5. Incidencia de las normas materiales supranacionales sobre derechos humanos en las soluciones de derecho internacional privado en materia filiatoria. 5.1. El derecho internacional general como límite al legislador y al juez nacional. 5.2. El proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de 2004. 5.3. La tarea de los jueces mientras no se apruebe el proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado. 5.3.1. Aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos. 5.3.2. Las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados. 6. Conclusiones. Bibliografía.

# 1.

---

## PLANTEO INTRODUCTORIO

El tema de la filiación<sup>1</sup> en el Derecho internacional privado (DIPr) ha sido abordado no solamente por normas de conflicto, formales o clásicas, sino también por normas materiales supranacionales de alcance más amplio, referidas a los derechos humanos y a los derechos del niño.

Las primeras datan del siglo XIX, concretamente del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (TDCIM), de 1889<sup>2</sup> (artículos 16 a 18), soluciones que fueron luego ratificadas —de manera textual— en el TDCIM de 1940.<sup>3</sup> En el DIPr de fuente interna o nacional, la filiación no fue regulada como categoría autónoma, lo que llevó al maestro Alfonsín a sostener que existía un vacío normativo a ser integrado por la doctrina más recibida, contenida en los Tratados de Derecho Civil de Montevideo.<sup>4</sup>

En cuanto a las segundas, cabe mencionar, entre otras, por su especificidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948 (artículo 25), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969 (artículo 17.5).

---

<sup>1</sup> Este estudio se acota a la filiación por naturaleza, dejando de lado las distintas formas de filiación adoptiva.

<sup>2</sup> Aprobados en Uruguay por ley n.º 2207, de 3/10/1892.

<sup>3</sup> Aprobados en Uruguay por decreto-ley n.º 10.272, de 12/11/1942.

<sup>4</sup> ALFONSÍN, Quintín, *Sistema de derecho civil internacional*, vol. 1, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1961, págs. 721-722, n.º 1064.

Por otro lado, Uruguay es parte de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, la de 1969, entre miembros de la Organización de las Naciones Unidas,<sup>5</sup> y la de 1986, entre Estados y organizaciones internacionales.<sup>6</sup>

Ahora bien, ¿cómo operan entre sí estas fuentes, que coexisten en el ordenamiento jurídico uruguayo, tanto en el plano legislativo como en el jurisprudencial?<sup>7</sup>

A responder este interrogante dedicamos este trabajo.

## 2.

### LA FILIACIÓN EN LAS NORMAS DE DIPR DE FUENTE INTERNACIONAL: LOS TRATADOS DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO DE 1889<sup>8</sup> Y DE 1940<sup>9</sup>

La opción de *política legislativa* de los referidos tratados ha sido la regulación fragmentada de distintos tipos filiatorios —en especial, la filiación legítima y la ilegítima—, que establece soluciones discriminatorias con respecto a esta última, debido a que se le acuerda un régimen extraterritorial a la filiación legítima, mientras que con relación a la ilegítima éste es territorial. Ello implica que la filiación legítima será reconocida extraterritorialmente en los demás Estados parte del Tratado; en otras palabras, aquel que es hijo legítimo en Uruguay lo será también en Argentina y Paraguay. En cambio, la filiación ilegítima sólo tendrá efectos territoriales, por lo que deberá acreditarse en todos los países donde ella se pretenda hacer valer.

Este sistema, además de ser contrario a las normas materiales supranacionales en la materia ratificadas por Uruguay, como desarrollaremos más adelante, puede generar pro-

<sup>5</sup> Esta Convención fue aprobada en Uruguay por decreto-ley n.º 15.195 de 19/10/1981.

<sup>6</sup> Esta Convención fue aprobada en Uruguay por ley n.º 16.173 de 30/3/1991.

<sup>7</sup> Ya habíamos planteado esta inquietud en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Cap. 17.2.D, Uruguay”, en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur* (obra colectiva coordinada por Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO), Zavallía, Buenos Aires, marzo de 2003, págs. 663-665 y en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de derecho internacional privado*, t. II, Parte especial, vol. 1, FCU, Montevideo, 1.ª ed., 2003, págs. 217-234.

<sup>8</sup> Vinculan a Argentina, Paraguay y Uruguay con Bolivia, Perú y Colombia.

<sup>9</sup> Vinculan a Uruguay con Argentina y Paraguay.

blemas prácticos complejos. Entre otros, y como advierte Alfonsín,<sup>10</sup> que la misma persona podría ser al mismo tiempo hijo legítimo e ilegítimo, aunque, como se verá, “sólo pueden tener filiación ilegítima los hijos que no la tienen legítima”, es decir, la interferencia entre la filiación legítima y la ilegítima debe resolverse a favor de la primera.

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 regulan este tema a partir de la realidad social y cultural de la época, determinante de una política legislativa acorde, que implicaba una clara distinción entre la filiación legítima y la ilegítima. Los principios imperantes en esa sociedad —bastante hipócrita, por cierto— llevaban a centrar toda la regulación del derecho de familia en torno a la familia legalmente constituida, sobre la base del matrimonio jurídicamente válido y de la potestad marital. Con respecto a la filiación, se daba un tratamiento diferencial a los hijos habidos del matrimonio y a los habidos fuera de él, considerando legítimos a los primeros e ilegítimos a los segundos. Habría sin duda chocado a la “moral” y a las “buenas costumbres” (*sic*) de la sociedad uruguaya —y de la mayoría de los países— de la época una regulación jurídica que asimilara la situación de los hijos legítimos y los ilegítimos.

De más está explicar aquí que este modelo resulta perimido en la sociedad contemporánea, no sólo en nuestro país sino por lo menos en el mundo occidental. Y esto no implica por cierto un juicio de valor, sino una mera constatación fáctica.

## 2.1. FILIACIÓN LEGÍTIMA

### 2.1.1. Ley aplicable

Explica Alfonsín<sup>11</sup> que, conforme a las disposiciones del TDCIM de 1889 y a sus antecedentes, para que exista filiación legítima se requieren dos condiciones: que exista matrimonio válido entre los progenitores del hijo (artículo 16) y que el hijo provenga de ese matrimonio (artículo 17). Idéntica solución plantean los artículos 20 y 21 del TDCIM de 1940.

En consecuencia, nótese que los artículos 16 y 20 de los respectivos Tratados no regulan la filiación legítima, sino sólo la primera de las condiciones exigidas por el Tratado para que se configure dicha filiación: la cuestión previa de la validez o nulidad del matri-

---

<sup>10</sup> ALFONSÍN, op. cit., págs. 714 y 717, n.ºs 1058 y 1059

<sup>11</sup> *Ibidem*, págs. 712-713, n.º 1057.

monio entre los progenitores. Esto se infiere del análisis de los referidos artículos 16 y 17 del TDCIM de 1889, y 20 y 21 del TDCIM de 1940; los artículos 17 y 21 regulan “las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio”, como por ejemplo, si el hijo proviene o no del matrimonio.

Alfonsín<sup>12</sup> planteaba el problema de si debía aplicarse el artículo 16 o el 11 del TDCIM de 1889 para regular la cuestión previa de la validez del matrimonio. El punto tenía importancia práctica en la época en que el maestro uruguayo escribió su obra, ya que Argentina no admitía el divorcio como causal de disolución del vínculo matrimonial. En consecuencia, resultaba fundamental determinar si la condición constitutiva de la filiación legítima —validez del matrimonio de los progenitores— se regulaba por el artículo 11 o por el 16 del Tratado, ya que el artículo 11 permite a los Estados parte desconocer la validez del matrimonio por las razones materiales que enumera, entre las que se encuentra el vínculo anterior no disuelto legalmente, mientras que el artículo 16 no establece esta facultad. Sostenía el maestro uruguayo que debía aplicarse el artículo 16, por ser norma específica con respecto a la del 11. Agregaba que, de lo contrario, habría sido inútil incluir el artículo 16 en el Tratado. La consecuencia de dicha interpretación era la imposibilidad de desconocer la validez del matrimonio válido conforme a la ley del lugar de su celebración invocando los impedimentos previstos en el artículo 11 del mismo Tratado. Cabe extender este razonamiento a los artículos 20 y 21 del TDCIM de 1940, cuyo texto es idéntico.

Con respecto a los problemas que plantea la conexión “domicilio conyugal<sup>13</sup> en el momento del nacimiento del hijo” (punto de conexión de realización fija), previsto en los artículos 17 y 21 de los respectivos TDCIM para determinar la ley aplicable a “las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajenas a la validez y nulidad del matrimonio”, empecemos por señalar que, cuando al momento del nacimiento del hijo no existía domicilio conyugal fijado de común acuerdo por los cónyuges, y además éstos vivían en Estados diferentes, el punto de conexión previsto en los artículos 17 y 21 resultaba de realización imposible.

Los artículos 8 de ambos TDCIM definen el punto de conexión *domicilio conyugal* como aquel donde viven los cónyuges de consuno, pero a falta de éste establecen que “se

---

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> Véase sobre este tema: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso...*, op. cit., págs. 178-182.



reputa por tal el del marido”. Esto último carece de eficacia en Uruguay por ser contrario a su orden público internacional.<sup>14</sup> Por tanto, concluye Alfonsín, desde el punto de vista uruguayo, se aplica la ley del Estado donde, al tiempo del nacimiento del hijo, ambos cónyuges habían fijado de común acuerdo su domicilio conyugal; en su defecto, donde ambos cónyuges tenían separadamente domicilios propios; y en su defecto —o sea, cuando al tiempo del nacimiento del hijo ambos cónyuges tenían domicilio propio en Estados distintos—, el Tratado resulta inaplicable.

La filiación legítima, una vez establecida conforme los artículos 16 y 17, o 20 y 21, de los respectivos TDCIM, posee eficacia extraterritorial en todos los Estados parte del Tratado.

### 2.1.2. Jurisdicción competente

La norma que regula la jurisdicción en ambos TDCIM es el artículo 56, que ofrece en principio dos opciones al actor: los jueces del Estado cuya ley es aplicable a la relación, o los del Estado donde el demandado tenga su domicilio. Con respecto a la segunda, afirmaba Alfonsín que “compromete la armonía entre la ley reguladora de la filiación y la *lex fori*, que siempre conviene preservar”. Sin duda el criterio Asser establecido en el inciso 1.º de los artículo 56 tiene la ventaja de evitar las desarmonías a que refiere Alfonsín, y la posible contravención del orden público internacional del foro. Claro que actualmente, estando todos los Estados parte de ambos TDCIM vinculados además por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 y por el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, no parece probable que se pudiera plantear un problema de este tipo.

En consecuencia, podría optarse por cualquiera de los dos criterios referidos que ofrecen los TDCIM en sus artículos 56, a opción del actor, y teniéndose en cuenta el principio *favor filii*. No cabría en cambio recurrir a la prórroga *post litem* prevista en el inciso 3.º del artículo 56 del TDCIM de 1940, porque esa norma exige como condición que se trate de una acción referente a derechos personales patrimoniales, lo cual no sería el caso de la filiación.

Lo dicho refiere a las acciones en que se plantean cuestiones referidas al establecimiento o la revocación de la filiación legítima, ya que cuando la filiación legítima se

---

<sup>14</sup> Ello desde la aprobación de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer, n.º 10.783, de fecha 18/9/1946.

plantea como cuestión previa<sup>15</sup> de otra principal, será el juez que está entendiendo en esta última quien tendrá competencia para pronunciarse acerca de aquélla.<sup>16</sup>

Ahora bien, con respecto al criterio Asser establecido en los artículos 56.1 de ambos TDCIM, debe tenerse en cuenta que, para entender en una controversia sobre filiación, tienen jurisdicción internacional los jueces del lugar de celebración del matrimonio y también los del domicilio del demandado cuya filiación se discute. Pero si se discuten “cuestiones sobre la legitimidad de la filiación ajenas a la validez del matrimonio, pueden ser planteadas ante los jueces del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo” o “ante los jueces del domicilio del demandado”.<sup>17</sup>

## 2.2. FILIACIÓN ILEGÍTIMA

### 2.2.1. Ley aplicable

Los TDCIM de 1889 y de 1940 regulan de manera idéntica la filiación ilegítima en sus artículos 18 y 22 respectivamente, los cuales establecen: “*Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos*”. Se trata, a diferencia de lo que ocurre con la filiación legítima, de una solución territorial.<sup>18</sup>

La única diferencia que podría invocarse a este respecto sería, como advierte Alfonsín,<sup>19</sup> que el Tratado de 1940 amplía el ámbito de aplicación del artículo 1, que en el Tratado de 1889 se limitaba a “la capacidad de las personas”, dado que en el de 1940 se agrega “la existencia y el estado de las personas físicas”. No obstante, concluye el maestro, el artículo 1 del TDCIM de 1940 no modifica en nada la regulación de la categoría *filiación*. El artículo 1 refiere al “estado” como una situación propia de cada persona. Si interpretáramos el alcance extensivo de esta categoría de forma tan amplia que permitiera calificar en ella a la filiación, esto tendría como consecuencia la regulación del estado de hijo por la ley del domicilio del hijo, el de padre por el suyo, etc., lo cual conduciría a

---

<sup>15</sup> Ver sobre el tema: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Cap. 6.4.7. Cuestión previa”, en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, op. cit., págs. 292-295 y en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso...*, t. I, Parte general, págs. 205-218.

<sup>16</sup> ALFONSÍN, op. cit., pág. 714, n.º 1057.

<sup>17</sup> BOGGIANO, A., *Derecho internacional privado*, t. I, 2.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 464.

<sup>18</sup> ALFONSÍN, op. cit., pág. 714, n.º 1058.

<sup>19</sup> *Ibidem*, págs. 719-720, n.º 1062.

resultados inextrincables, afirma. Además, al no especificar un momento para determinar el domicilio, regularía el estado y la filiación por la ley del domicilio actual y variable.

En el mismo sentido, en la doctrina argentina se pronuncia Goldschmidt,<sup>20</sup> quien sostiene que “no es posible someter la filiación extramatrimonial como problema de ‘estado’ del hijo y de su progenitor, a la ley domiciliaria del primero o del segundo”.

Nótese que los artículos 18 y 22 no regulan las condiciones de la filiación ilegítima, sino sólo sus consecuencias, puesto que el punto de conexión *lugar “donde hayan de hacerse efectivos” los derechos y obligaciones correspondientes* alude exclusivamente al territorio donde ocurre la consecuencia.<sup>21</sup> Alfonsín plantea entonces los siguientes interrogantes: ¿cada Estado tiene libertad de regular dichas condiciones mediante sus normas de DIPr nacionales?, ¿o todos los Estados deben regularla mediante la misma ley territorial que regula las consecuencias? Concluye pronunciándose a favor de la segunda solución, ya que la primera implicaría que los TDCIM previeron sólo el régimen de las consecuencias de la filiación ilegítima pero no el de las condiciones, lo cual tornaría inaplicable lo dispuesto por los artículos 18 y 22.

En consecuencia, la ley territorial decidiría, en opinión de Alfonsín —aunque los TDCIM no lo dicen—, acerca de las condiciones, los requisitos, plazos y pruebas admisibles para que sea establecida o revocada una filiación ilegítima, así como de los medios jurídicos para establecerla o revocarla (reconocimiento, investigación, etc.). Claro que, como advierte el referido autor, sólo pueden tener filiación ilegítima los hijos que no tienen filiación legítima.<sup>22</sup>

La consecuencia de la regulación dada por los TDCIM a la filiación ilegítima es su eficacia exclusivamente territorial, es decir, la imposibilidad de reconocerle, en principio y con una interpretación rígida de las normas, eficacia extraterritorial al reconocimiento de hijo natural realizado en el extranjero. En palabras de Alfonsín: el hijo que ha logrado establecer su filiación ilegítima en el Estado A y que quiere invocar su filiación en el Estado B, “tendrá que establecerla nuevamente en B, conforme a la ley de B”. No obstante, sostenía ya hace décadas el maestro uruguayo,<sup>23</sup> con su genial sentido jurídico, el rigor de este precepto suele ser atenuado, reconociéndosele eficacia en B al reconocimiento volun-

---

<sup>20</sup> GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 353, n.º 293.

<sup>21</sup> ALFONSÍN, op. cit., págs. 714-715, n.º 1058.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 714, n.º 1058.

<sup>23</sup> *Ibidem*, págs. 715-716, n.º 1058.

tario efectuado en A si los derechos de los respectivos Estados son compatibles. Pero ello no surge del Tratado sino “de la voluntaria aquiescencia del Estado B”.

### 2.2.2. Jurisdicción competente

#### 2.2.2.1. CRITERIO ASSER

Como consecuencia de la territorialidad del régimen de la filiación ilegítima en ambos TDCIM, y en virtud de sus artículos 56.1, son competentes para entender en las cuestiones referentes al establecimiento o la revocación de la filiación ilegítima los jueces del Estado donde se invoque el vínculo.

En la práctica este sistema, aplicado en forma rígida, llevaría al absurdo de tener que establecer —o revocar— la filiación ilegítima en cada Estado donde se pretenda hacer valer, ya sea en una sucesión, en un juicio de alimentos, etc.

#### 2.2.2.2. CRITERIO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO

Según Alfonsín,<sup>24</sup> cuestiones relativas al establecimiento o la revocación de la filiación ilegítima no pueden plantearse ante los jueces del domicilio del demandado (artículo 56.2), ya que los pronunciamientos respectivos sólo tienen efecto territorial. Boggiano,<sup>25</sup> en cambio, considera que sí tienen competencia los jueces del domicilio del demandado, conforme el artículo 56.

#### 2.2.2.3. COMPETENCIA DEL JUEZ DE LO PRINCIPAL

Claro que —como se explicó *supra*—, si la filiación ilegítima se plantea como cuestión previa de otra principal (sucesión, alimentos, etc.), el juez competente para entender en la cuestión principal lo será para resolver también la cuestión previa.<sup>26</sup>

### 2.2.3. Eficacia extraterritorial de sentencia declarativa de filiación ilegítima

Alfonsín<sup>27</sup> sostenía que una sentencia de declaración de filiación ilegítima nunca podría tener eficacia extraterritorial —en el ámbito de los respectivos Tratados de Monte-

<sup>24</sup> Ibidem, pág. 716, n.º 1058.

<sup>25</sup> BOGGIANO, op. cit., pág. 465.

<sup>26</sup> ALFONSÍN, op. cit., pág. 716, n.º 1058.

<sup>27</sup> Ibidem, pág. 715, n.º 1058 y nota al pie n.º 90.

video—, porque para ello debió haber sido dictada por juez internacionalmente competente, y jamás podría cumplir este requisito, pues los Tratados establecieron un régimen territorial para la filiación ilegítima.

## 2.3. FILIACIÓN LEGITIMADA

### 2.3.1. Condiciones constitutivas

Conforme las disposiciones y antecedentes de los Tratados,<sup>28</sup> para que haya filiación legitimada se requieren tres condiciones: “que esté establecida cierta filiación ilegítima materna y paterna”, “que exista matrimonio válido entre los progenitores del hijo” y “que dicho matrimonio opere la legitimación”.

### 2.3.2. Ley aplicable

Las dos primeras condiciones se rigen por las leyes aplicables a las respectivas categorías: la filiación ilegítima, por la ley territorial, y la validez del matrimonio, por la ley del lugar de su celebración.

Con respecto a la tercera condición —que el matrimonio opere la legitimación—, Alfonsín<sup>29</sup> sostiene que el régimen es territorial, porque el supuesto es la filiación ilegítima: “la legitimación, fundada sobre una filiación ilegítima de alcance territorial, no puede tener mayor alcance que ésta”. Agrega que los artículos 16 y 22 de los respectivos TDCIM sólo refieren a la cuestión previa de la validez o nulidad del matrimonio, y que la ley de la celebración del matrimonio regula sus condiciones, pero no sus consecuencias. Por lo tanto, es la ley que regula la filiación la que determina si el matrimonio produce o no la consecuencia de legitimar a los hijos ilegítimos y en qué condiciones.

Operti,<sup>30</sup> en cambio, considera que la filiación legitimada pertenece también al campo del matrimonio, por lo que será la ley que lo regula la que determine si éste opera o no la legitimación. Esta interpretación resulta más acorde que la de Alfonsín con el tenor literal del artículo 16. Coincide además con la posición de Vico en el Congreso de Montevideo de 1939-40.<sup>31</sup> Además, la interpretación de Operti tiene como consecuencia la

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, págs. 717-718, n.º 1060.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 718, n.º 1060 y nota al pie n.º 98.

<sup>30</sup> OPERTTI BADÁN, Didier, opiniones de clase inéditas.

<sup>31</sup> Actas de 1939, pág. 42, citadas por ALFONSÍN, op. cit., pág. 718, nota al pie n.º 98.

eficacia extraterritorial del vínculo establecido conforme a la ley del lugar de celebración del matrimonio, lo cual tiende a favorecer la legitimidad del vínculo y su estabilidad.

### 3.

## LA FILIACIÓN EN LAS NORMAS DE DIPR DE FUENTE INTERNA

### 3.1. APÉNDICE DEL CÓDIGO CIVIL

El Apéndice del Código Civil no prevé la categoría *filiación* en forma autónoma, lo que ha generado discusiones de carácter doctrinario con respecto al problema de la calificación de esta cuestión en el ámbito del DIPr de fuente interna.

#### 3.1.1. Interpretaciones de la doctrina

El codificador nacional Vargas Guillemette<sup>32</sup> sostuvo que la norma que regula “*el estado y la capacidad de las personas*” (artículo 2393) “comprende con carácter amplio y general todos los problemas de estado y capacidad de las personas, y entre ellos naturalmente, y en primer término, el de la incapacidad y estado de los menores y dementes, que bajo patria potestad, tutela o curatela, se rigen por las leyes de sus respectivos domicilios”. Y agrega más adelante: “exactamente lo mismo cabe decir con respecto a los problemas de filiación y de ausencia”.

Alfonsín<sup>33</sup> sostuvo en cambio que la filiación no puede incluirse en la categoría *estado* de las personas, regulada en el artículo 2393, porque ésta refiere a una “situación propia de cada persona”. Argumenta que si interpretáramos el alcance extensivo de esta categoría de forma tan amplia que permitiera calificar en ella a la filiación, esto tendría como consecuencia la regulación del estado de hijo por la ley del domicilio del hijo, el de padre por el suyo, etc., lo cual conduciría a resultados inextrincables. Además, al no especificar la norma un momento para determinar el domicilio, regularía el estado y la

<sup>32</sup> VARGAS GUILLEMETTE, A., *Codificación nacional del derecho internacional privado*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1943, pág. 58, en su dictamen presentado a la Comisión de Códigos del Senado, contestando las objeciones formuladas al proyecto por el fiscal de Corte, Dr. Melitón Romero.

<sup>33</sup> ALFONSÍN, op. cit., pág. 720, n.º 1062.

filiación por la ley del domicilio actual y variable; al no consagrar la norma el “estado adquirido”, se darían “mutaciones extravagantes” en cuanto a la filiación de las personas.

En posición coincidente con la de Alfonsín, aunque refiriéndose al artículo 1 del TDCIM de 1940, que es igual al 2393, sostiene Goldschmidt que “no es posible someter la filiación extra matrimonial como problema de ‘estado’ del hijo y de su progenitor, a la ley domiciliaria del primero o del segundo”.

Consecuente con su postura respecto a la calificación de la filiación, Alfonsín<sup>34</sup> sostuvo que, a falta de norma expresa que regulara dicha categoría en forma autónoma y ante la imposibilidad de calificar la filiación en alguna de las categorías existentes, debía integrarse la laguna normativa del DIPr interno recurriendo a la doctrina más recibida, que en aquella época, en materia de filiación, estaba representada por los Tratados de Montevideo. Este razonamiento conduce a una solución territorial respecto a la filiación ilegítima y extraterritorial en cuanto a la legítima.<sup>35</sup>

Veamos las consecuencias que tendría la aceptación de esta teoría. Supongamos que se pretende hacer valer en Uruguay —por ejemplo, en una sucesión en trámite aquí— el reconocimiento voluntario de un hijo ilegítimo realizado por el causante en Brasil. La consecuencia de la territorialidad de la filiación ilegítima sería que ese reconocimiento no podría ser eficaz *per se* en Uruguay, donde el instrumento público de reconocimiento probará que el hijo fue reconocido en Brasil, pero no que es hijo ilegítimo en Uruguay. El hijo que ha logrado establecer su filiación ilegítima en Brasil y que quiere invocar su filiación en Uruguay tendrá que establecerla nuevamente en Uruguay, conforme a la ley de Uruguay, dice Alfonsín.<sup>36</sup> No obstante, sostiene que el rigor de este precepto suele ser atenuado.

### 3.1.2. Necesidad de acompasar las interpretaciones del DIPr con los nuevos instrumentos sobre derechos humanos

Hoy día, en cambio, parece incuestionable que la doctrina más recibida en materia de filiación es contraria a la distinción y discriminación entre distintos tipos filiatorios. Al

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 722, n.º 1064.

<sup>35</sup> La misma posición es adoptada en Argentina por BOGGIANO, *op. cit.*, frente a la ausencia de normas indirectas nacionales sobre filiación: postula la integración de la laguna existente “analógicamente” (*legis*) por las normas de “los Tratados de Montevideo”.

<sup>36</sup> ALFONSÍN, *op. cit.*, págs. 715-716, n.º 1058.

formar parte del Convenio de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Uruguay se ha comprometido a ir adaptando sus legislaciones hacia el reconocimiento de la igualdad de derechos respecto a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. En el plano legislativo el Parlamento uruguayo ha ido introduciendo algunas modificaciones tendientes a la adaptación de la normativa sustantiva nacional, particularmente en materia de sucesión, donde se ha eliminado el distinto tratamiento que existía en nuestro Código Civil para hijos legítimos e ilegítimos (artículos 887 y 893, texto dado por la ley 15.855 de 25/3/9887).

No obstante, todavía no se ha eliminado de nuestra legislación la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos en un plano general, lo cual sigue provocando una problemática de DIPr extremadamente compleja. En la práctica, debe distinguirse la hipótesis de la filiación ilegítima que surge del hecho del nacimiento (la cual se acredita con la correspondiente partida, y eventualmente además con la correspondiente constancia de reconocimiento, si así lo exigiera el derecho aplicable), de la filiación ilegítima que pudiera surgir de una sentencia recaída en un caso contencioso de investigación de paternidad.

En el primer ejemplo, una madre natural que tuviera dicha calidad solamente por la partida, con su domicilio y el del menor en un país que no exige posterior reconocimiento, no estaría obligada a efectuar reconocimientos o trámites posteriores para mantener los derechos y obligaciones derivados de la maternidad natural cada vez que cruza una frontera.

En cambio, si la filiación derivara de una sentencia y se tratara de hacerla valer en el extranjero, habría que tener en cuenta la categoría reconocimiento y ejecución de sentencia, además de la categoría filiación.

También debe tenerse en cuenta a qué efectos se quiere hacer valer la filiación ilegítima: no es lo mismo invocarla a los efectos de solicitar alimentos o la guarda del menor, que a los efectos sucesorios, donde la territorialidad del régimen de DIPr en la materia es más fuerte. Estos problemas deben resolverse según los criterios relativos a la calificación y a la cuestión previa.

### 3.3. JURISDICCIÓN INTERNACIONALMENTE COMPETENTE

#### 3.3.1. A los efectos de establecer la filiación

Con respecto a la competencia jurisdiccional, si la acción refiriera al establecimiento de la filiación, serían competentes los jueces del Estado a cuya ley corresponde



regular la relación (artículo 2401); no corresponde la opción por los jueces del domicilio del demandado porque, conforme al artículo 2401 *in fine*, ésta sólo opera tratándose de acciones personales patrimoniales.

### 3.3.2. Filiación como cuestión previa

Si la filiación se plantea como cuestión previa de otra principal (sucesión, alimentos, restitución, etc.), la judicatura ante la cual se plantea como cuestión previa la eficacia de una filiación establecida en el exterior tiene competencia para resolver el punto.<sup>37</sup>

## 3.4. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA<sup>38</sup>

El nuevo Código regula la filiación en sus artículos 23 a 33, introduciendo modificaciones importantes con respecto al régimen sustantivo nacional anterior (Código Civil y Código del Niño). Si bien es innegable que se avanzó en cuanto al cumplimiento de los requerimientos impuestos por las normas materiales supranacionales sobre derechos humanos en general y sobre los derechos del niño en particular, consideramos que, al menos en cuanto al principio de no discriminación —que es el que nos ocupa—, resta todavía un largo camino que recorrer.<sup>39</sup>

Baste la anterior mención para señalar, simplemente, que el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia no incluye normas de DIPr con respecto a la filiación por naturaleza, aunque sí lo hace con relación a la filiación adoptiva (artículos 150 a 160). Por consiguiente, no corresponde entrar aquí a su análisis porque escapa al objetivo de este trabajo.

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 702, n.º 1047.

<sup>38</sup> Aprobado por Ley n.º 17.823 de 7/9/2004.

<sup>39</sup> En este sentido, se infiere una coincidencia de opinión en URIARTE, Carlos E. (coord.) y equipo, *Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay*, FCU-UNESCO, Montevideo, 2004, en especial en págs. 12-13, 32-34 y 82.

## 4.

### LAS NORMAS MATERIALES SUPRANACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

#### 4.1. DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE<sup>40</sup> Y DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948<sup>41</sup>

Estas dos declaraciones —que tienen sin duda “un profundo paralelismo”—, “han tenido una importancia fundamental en el proceso de valoración de la persona humana y el reconocimiento de sus derechos”; más aún, constituyen “la base sobre la que se ha ido edificando el sistema jurídico de protección internacional de los derechos humanos, constituyendo además, aún hoy, un punto de referencia”.<sup>42</sup>

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo II consagra el derecho de igualdad ante la ley en los siguientes términos: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Discriminar a las personas por haber nacido dentro o fuera del matrimonio de sus padres atenta sin duda contra este derecho.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece en su artículo 25: “[...] Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. Y en el artículo 28: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Aunque en forma menos amplia, estos textos también apuntan hacia la no discriminación filiatoria.

---

<sup>40</sup> Aprobada el 30 de abril de 1948, elaborada en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana reunida en Bogotá del 30/3/1948 al 2/5/1948. Véase sobre el tema: SAETTONE MONTERO, Mariella, “Análisis comparativo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”, en *Derechos Humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, págs. 25-36

<sup>41</sup> Naciones Unidas, adoptada y proclamada por resolución de la Asamblea General 217 A (iii), del 10 de diciembre de 1948.

<sup>42</sup> SAETTONE MONTERO, op. cit., págs. 26 y 35. En el mismo sentido: GROS ESPIELL, Héctor, “Naturaleza jurídica y carácter de fuentes de derecho internacional de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, págs. 37-49, pág. 38.

#### 4.2. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, 1969<sup>43</sup>

Uno de los principales motivos para adoptar esta Convención fue “actualizar y definir en forma pormenorizada el contenido, alcance y límites de los derechos y libertades fundamentales consagrados previamente en la Declaración Universal y en la Declaración Americana, que forman parte del *corpus* del Derecho Internacional Consuetudinario”.<sup>44</sup>

El artículo 17, referido a la protección de la familia, establece en el numeral 5: “*La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*”. Esta disposición fue “recomendada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de establecer la igualdad de todos los hijos, principio este último receptado en casi todos los ordenamientos internos de la región”.<sup>45</sup>

Las *modernas leyes nacionales de DIPr* —de la región y del mundo— siguen en general esta misma tendencia a la eliminación de distingos entre tipos filiatorios.<sup>46</sup> Así por ejemplo, la *ley de DIPr de Québec* de 18 de diciembre de 1991 titula el § 4 (del título II, capítulo 1, sección II): “De la filiación por la sangre y de la filiación adoptiva”. Tanto el título como los artículos 3091 a 3093 que le siguen dejan de lado la tradicional distinción entre filiación legítima e ilegítima, las cuales quedan comprendidas en igualdad de condiciones en la llamada “filiación por la sangre”.

En el mismo sentido, la *ley federal suiza de DIPr* del 18 de diciembre de 1987 regula el tema en el capítulo 4, bajo el título de “Filiación”, distinguiendo dentro de éste la “Filiación por nacimiento” (sección 1), el “Reconocimiento” (sección 2) y la “Adopción” (sección 3). Los artículos 66 a 70 correspondientes a la filiación por nacimiento no distinguen entre tipos filiatorios.

---

<sup>43</sup> Esta Convención fue elaborada el 22 de noviembre de 1969 en el ámbito de la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, OEA. Fue ratificada por Uruguay el 26/3/1985. Véase el estado de ratificaciones al día en el sitio web de la OEA, <[www.oas.org](http://www.oas.org)>, o en el del Instituto Interamericano del Niño, <[www.iin.org](http://www.iin.org)>

<sup>44</sup> O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, pág. 26.

<sup>45</sup> FELDMAN, Gustavo E., *El Pacto de San José de Costa Rica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, pág. 58.

<sup>46</sup> Véase sobre el punto: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso...*, op. cit., t. II, Parte especial, vol. 1, pág. 218.

Tampoco distingue la *ley venezolana de DIPr* de 1998, que en su artículo 24 regula “el establecimiento de la filiación”, sin distinguir subtipo alguno.

Por último, corresponde señalar que el reciente *proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de Argentina*<sup>47</sup> regula la filiación en su artículo 113 en los siguientes términos: “Artículo 113 Filiación. La existencia, la determinación y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio o de la residencia habitual del hijo, del progenitor de que se trate, o del lugar de celebración del matrimonio, el que fuere más favorable al vínculo”.

#### 4.3. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989<sup>48</sup>

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño contiene también un mandato a los Estados parte de respetar y asegurar el derecho de no discriminación entre los niños por ninguna razón, entre las que refiere expresamente al “nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres [...]”. Resulta claro que discriminar entre tipos filiatorios por el hecho de que el niño provenga de matrimonio o no, u otras distinciones similares, sería contrario a lo dispuesto por esta Convención, la cual establece:

##### Artículo 2

1. Los Estados Partes *respetarán* los derechos enunciados en la presente Convención y *asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna*, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el *nacimiento* o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

---

<sup>47</sup> Elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J.y D.H. 191/02 y M.J.S. y D.H. 134/02, integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César Rivera, Amalia Uriondo de Martinoli e Inés M. Weinberg de Roca. Presentado al ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003. Facilitado vía electrónica por la Prof. Noodt Taquela.

<sup>48</sup> *Esta Convención fue elaborada en el ámbito de las Naciones Unidas y aprobada por resolución N1 44/25, de 20/11/1989, de su Asamblea General. Uruguay la aprobó por ley n.º 16.137, del 26/9/90, y la ratificó el 20/11/1990. Véase el estado de las ratificaciones al día en el sitio web de las Naciones Unidas, <www.un.org>, o en el del Instituto Interamericano del Niño, <www.iin.org> Véase sobre el tema: LOPATKA, Adam, “The World constitution of the rights of the child”, en Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber, vol. 1, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 667-682; el autor — representante de Polonia en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1978-1983)— fue el presidente y relator del grupo de trabajo que preparó el proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño.*

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas *para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación* o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

A su vez, la Convención impone la obligación a los Estados parte de adoptar medidas legislativas o de otra índole para dar efectividad a estos derechos:

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, *legislativas y de otra índole* para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Estos mandatos no se han cumplido por ahora en nuestro país, al menos con respecto a la normativa de DIPr.

## 5.

### INCIDENCIA DE LAS NORMAS MATERIALES SUPRANACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LAS SOLUCIONES DE DIPr EN MATERIA FILIATORIA

#### 5.1. EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL COMO LÍMITE AL LEGISLADOR Y AL JUEZ NACIONAL

Como advierte RISSO FERRAND,<sup>49</sup> es necesario “situar la materia de los derechos humanos como una cuestión que interesa al ordenamiento interno y al ordenamiento internacional”. Resulta particularmente importante que al tratar el tema de la filiación—en todos los planos: legislativo, judicial y doctrinario— tengamos presente la incidencia

---

<sup>49</sup> RISSO FERRAND, Martín, “La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución uruguaya”, en *Derechos Humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, págs. 61-71, págs. 62-63.

de las convenciones de derechos humanos, porque se trata de un área en la que las normas de DIPr vigentes son particularmente insuficientes e inadecuadas.

Orrego Vicuña y Orrego Bauzá<sup>50</sup> afirman que “en la medida en que la comunidad internacional está reconociéndole un elevado valor a los derechos humanos, ello está influyendo a la vez en la evolución del derecho internacional como tal y en los correspondientes ajustes del derecho interno”.

Tal como explica Fernández Rozas,<sup>51</sup> “desde la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 y de su desarrollo posterior las normas internacionales de derechos humanos forman parte del *derecho internacional general* actuando como un *importante límite tanto para el legislador como para el juez interno en la reglamentación de las relaciones privadas internacionales*”. Y refiere luego, citando a González Campos, a la “consolidación de un verdadero ‘estatuto internacional de la persona’ que se impone en el ámbito de los diferentes sistemas estatales, tanto respecto de las situaciones privadas internas como de las internacionales”.

En el mismo sentido, afirma Gros Espiell<sup>52</sup> que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre “constituye una fuente de derecho general para todos los países partes del Sistema Interamericano”. Destaca también el “efecto jurídico interno de las dos Declaraciones”.<sup>53</sup>

Ese límite impuesto al legislador y al juez por el *derecho internacional general* debe ser tenido en cuenta por los codificadores y parlamentarios de nuestro país a la hora de actualizar las normas de DIPr de fuente interna. Así se hizo en el ámbito del grupo de trabajo designado a instancias del Prof. Opertti<sup>54</sup> para elaborar un anteproyecto de Ley de DIPr sustitutivo del Apéndice del Código Civil. A continuación se analizan brevemente las soluciones propuestas en el referido proyecto.

---

<sup>50</sup> ORREGO VICUÑA, Francisco, y ORREGO BAUZÁ, Francisco, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales nacionales: Nuevas tendencias derivadas de la experiencia chilena”, en *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber*, vol. 2, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 965-982, pág. 982.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, Juan Carlos, y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 132 (el destacado es nuestro).

<sup>52</sup> GROS ESPIELL, op. cit., págs. 44-45.

<sup>53</sup> La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>54</sup> Creado por resolución 652/998 del Poder Ejecutivo, de fecha 17/8/998, en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores, siendo canciller de la República el Dr. Opertti. Los integrantes del grupo fueron los Dres. Ronald Herbert, Eduardo Tellechea, Marcelo Solari, Berta Feder, Carmen González y Cecilia Fresnedo. Posteriormente se sumaron los Dres. Jorge Tálice y Paul Arrighi.

## 5.2. EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE DIPR DE 2004<sup>55</sup>

En las codificaciones y en la doctrina contemporáneas se prevé la categoría *filiación*,<sup>56</sup> en forma genérica y sin distinguos, o *filiación por naturaleza*,<sup>57</sup> *filiación por la sangre*,<sup>58</sup> *filiación por nacimiento*<sup>59</sup> y adopción.

En este sentido explica Miralles Sangro<sup>60</sup> que, en el estado actual de desarrollo del derecho constitucional y civil español, se “acabó definitivamente con la odiosa división de la filiación en legítima e ilegítima y sus múltiples subdivisiones”, y que hoy “sólo se puede afirmar que *‘la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción’* y que *‘la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial’*, siendo matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”, además de que *‘la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos’*” conforme a las disposiciones del Código Civil español (artículo 108).

Agrega más adelante que, “partiendo de la equiparación de los hijos por razón de filiación, de la igualdad entre los cónyuges y del principio *favor filii*, se evita un tratamiento desigual en la filiación por naturaleza y se intenta reducir al mínimo las diferencias entre ésta y la filiación adoptiva”.

En materia de filiación natural y adoptiva, el proyecto del 2004 (artículos 27 y 28) pretende cubrir el vacío existente en nuestro actual apéndice, donde no están previstas estas categorías expresamente. El avance nos parece fundamental. Pero más importante aún es la solución propuesta, ya que no distingue entre la filiación ilegítima y la legítima, de conformidad con lo establecido en los distintos convenios que sobre derechos humanos en general, y sobre derechos del niño en particular ha aprobado la República. En particular, se pretende dar cumplimiento al mandato concreto del artículo 17.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.<sup>61</sup>

---

<sup>55</sup> El proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado fue enviado al Parlamento por el Poder Ejecutivo (R/1293, C. E. n.º 150140), con su correspondiente Exposición de Motivos (C. E. n.º 150147), el 14 de setiembre de 2004.

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado y el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado argentino, ya citados.

<sup>57</sup> MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo, en la obra dirigida por Elisa PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado* (4.ª ed. revisada, 1993), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, págs. 135 y ss.; similar criterio se adopta en la obra colectiva coordinada por Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, págs. 647 y ss.

<sup>58</sup> Ley de Derecho Internacional Privado de Quebec, citada supra.

<sup>59</sup> Ley de Derecho Internacional Privado suiza, citada supra.

<sup>60</sup> MIRALLES SANGRO, op. cit., págs. 139 y 141.

<sup>61</sup> Expresamente se marca esto en la Exposición de Motivos, pág. 10.

En cualquier caso y sin efectuar ningún tipo de distingo, se regula la filiación por la ley del domicilio común de los padres y, si no tuvieren domicilio común, por el domicilio de la madre, atendiendo a una realidad natural y social: la certeza respecto de la maternidad y el cuidado del niño que ésta ejerce desde su concepción. En ambos casos se determina temporalmente la realización del punto de conexión al tiempo del nacimiento del hijo.<sup>62</sup>

Nada se dice respecto de las consecuencias de la filiación, pero ello no es necesario ya que, al no distinguirse entre filiación legítima y natural, las consecuencias serán las propias del régimen de la patria potestad (artículo 22.1), las relaciones personales entre padres e hijos (artículo 29), las obligaciones alimentarias (artículo 30), y el régimen de las sucesiones (artículos 31 y siguientes).

### 5.3. LA TAREA DE LOS JUECES MIENTRAS NO SE APRUEBE EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE DIPR

Mientras se desarrolla el proceso de aprobación parlamentaria del proyecto de referencia, cuestión que nunca es ni fácil ni rápida, los jueces en su diaria y difícil tarea están obligados a aplicar de manera armónica las diversas normas —formales y materiales— que integran el orden jurídico nacional, así como las extranjeras que resultan aplicables en virtud de las normas de conflicto vigentes. Ello requiere el manejo de algunos conceptos básicos.

#### 5.3.1. Aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos Señala Risso Ferrand:

[...] se ha sostenido en alguna ocasión que ciertos tratados contienen obligaciones de hacer cuyo titular es el Estado, y hasta tanto no se cumpla con dicha obligación, el tratado no sería aplicable internamente. Pues bien, sin entrar en esta discusión, y limitando la cuestión a los derechos humanos, corresponde señalar que [...] en la medida en que los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional, al adquirir rango constitucional conforme al artículo 72, resultarán directamente aplicables y operativos conforme al artículo 332 de la Carta.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Dice el artículo 27 del Proyecto: "Filiación. 1. La filiación se rige por la ley del domicilio común de los padres al tiempo del nacimiento del hijo. 2. Si éste no existiere, se registrá por la ley del domicilio de la madre al tiempo del nacimiento del hijo".

<sup>63</sup> RISSO FERRAND, op. cit., pág. 69.



Gros Espiell,<sup>64</sup> por su parte, con respecto al Pacto de San José, fundamenta “la aplicabilidad directa de la Convención en el derecho interno, con la jerarquía normativa que le asignan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales”. Más aún, advierte:

El Derecho de Familia, en el Uruguay de hoy, no puede conocerse si no se comprende que las normas internacionales pertinentes [...] forman parte de él, integran el sistema jurídico uruguayo, se aplican directamente en el ámbito interno y deben ser utilizadas por los jueces al decidir los casos concretos sometidos a su decisión.

Kelsen afirmaba:

El poder del Estado para concluir tratados según el derecho internacional general es, en principio, ilimitado. Los Estados son competentes para celebrar tratados sobre cualquier materia que deseen. Pero *el contenido del tratado no debe estar en conflicto con una norma del derecho internacional general que tenga el carácter de ius cogens y no el de ius dispositivum*.<sup>65</sup>

### 5.3.2. Las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>66</sup>

#### 5.3.2.1. CAUSAS DE NULIDAD DE LOS TRATADOS

Las referidas convenciones establecen, entre las causas de nulidad de los tratados, que éstos estén en oposición con el derecho internacional general.

El artículo 53 establece:

Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“ius cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

<sup>64</sup> GROS ESPIELL, Héctor, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Derechos humanos y vida internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México y Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, págs. 53-68, pág. 60; y GROS ESPIELL, Héctor, “El derecho de familia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 4, 1989, pp. 67-71, pág. 70; y “Los Derechos del Niño en América Latina”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 12, 1997, págs. 49-57, pág. 50

<sup>65</sup> KELSEN, Hans, *Principles of international law*, Rinehart & Co., Nueva York, 1952-1956, págs. 322-323, citado por DE LA GUARDIA, Ernesto, en *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pág. 81.

<sup>66</sup> La de 1969 entre miembros de la Organización de las Naciones Unidas, aprobada en Uruguay por decreto ley n.º 15.195, de 19/10/1981, y la de 1986 entre estados y organizaciones internacionales, aprobada en Uruguay por Ley n.º 16.173, de 30/3/1991.

Éste no sería el caso de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, que en sus artículos 16 a 18 y 20 a 22, respectivamente, regulan la filiación de manera discriminatoria y por tanto contraria a lo establecido por los tratados de derechos humanos y del niño, porque los Tratados de Montevideo son anteriores a estos últimos.

Sí encuadraría la situación en lo dispuesto por el artículo 64 de la Convención de Viena:

Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

#### 5.3.2.2. OPOSICIÓN A LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (IUS COGENS) SUPERVINIENTE

Para poder afirmar que la regulación que de la filiación hacen los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 está o no en oposición con las normas de las convenciones sobre derechos humanos ratificadas por Uruguay, en particular el artículo 17.5 del Pacto de San José de Costa Rica, es necesario determinar si tales normas pueden calificarse o no como “norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”, a la luz de la definición autárquica incluida en el artículo 53 de la Convención de Viena.

#### 5.3.2.3. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE IUS COGENS

La Comisión de Derecho Internacional (CDI)<sup>67</sup> reconoció que “no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de *ius cogens*”. En consecuencia, se limitó a establecer que un tratado es nulo si es incompatible con una norma de *ius cogens*, dejando “que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales”. Quedó claro, según observa De la Guardia, que en opinión de la CDI el *ius cogens* “no es un derecho imperativo *inmutable* de contenido iusnaturalista, sino un derecho positivo, *definido formalmente por el método de producción de la norma y no por el contenido de ésta*”. El artículo 53 define a la norma de *ius*

---

<sup>67</sup> DE LA GUARDIA, op. cit., pág. 289, invocando el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

*cogens* como aquella *norma imperativa de derecho internacional general que no admita excepción alguna* “y que sólo pueda ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.<sup>68</sup>

Enseñaba Jiménez de Aréchaga<sup>69</sup> que “la noción misma de ‘jus cogens’ representa un avance significativo en el Derecho internacional, tanto del punto de vista científico como del práctico. Introduce en el Derecho internacional un *concepto dinámico, capaz de futuros desenvolvimientos y que abre una perspectiva nueva*”. Agregaba: “Si bien el número de reglas de ‘jus cogens’ puede ser hoy limitado, *nuevas reglas de ese carácter pueden ser aceptadas y reconocidas* por la comunidad internacional de Estados en su conjunto [...], *extendiendo la noción a nuevos terrenos* tales como [...] el establecimiento de principios más equitativos para regular el comercio internacional”.<sup>70</sup> En el mismo sentido, afirma Gómez Robledo<sup>71</sup> que “no hay duda de que en el texto de la Convención [de Viena] se impuso el criterio positivo y dinámico”.

Creemos que la calificación de las normas que consagran el principio de no discriminación entre tipos filiatorios —o principio de igualdad entre hijos habidos dentro y fuera del matrimonio— como de *ius cogens* se compadece perfectamente con los conceptos que de dicha noción nos brinda el maestro uruguayo, entre otros. Se trata de normas —en especial el artículo 17.5 del pacto de San José— que responden a la tendencia moderna de “igualar a los hijos”,<sup>72</sup> de eliminar regulaciones discriminatorias para los distintos tipos filiatorios (filiación “legítima” e “ilegítima”, por ejemplo), como las de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, los cuales en este tema responden indubitablemente a los parámetros socioculturales de la época.

Lo que proponemos no es más que el desenvolvimiento de un concepto dinámico, que hoy día comprende, en nuestra opinión, y con más fuerza aún que cuando fue creada, la norma que en materia filiatoria establece el artículo 17.5 del Pacto de San José de 1969. Ello debido a que “el contenido concreto del ‘jus cogens’ cambia constantemente de acuer-

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, pág. 290, invocando en nota al pie n.º 63 el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

<sup>69</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 82.

<sup>70</sup> Los destacados son nuestros.

<sup>71</sup> GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pág. 115.

<sup>72</sup> DE LA GUARDIA, *op. cit.*, pág. 59.

do con el desarrollo progresivo del Derecho y la moral internacional”; en consecuencia, si en 1969 la idea de igualar a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio fue consagrada en la norma bajo análisis, no pueden quedar dudas de que casi cuarenta años después ella constituye una regla de *ius cogens*, un principio imperativo del derecho internacional general.

5.3.2.4. LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS COMO PARTE DEL IUS COGENS Y LA CONSECUENTE CALIFICACIÓN DE LA NORMA SOBRE NO DISCRIMINACIÓN ENTRE TIPOS FILIATORIOS (ARTÍCULO 17 DEL PACTO SAN JOSÉ) COMO TAL

Como punto de partida resultan oportunos los conceptos vertidos al respecto por Feldman:<sup>73</sup>

Es a partir de la segunda mitad de este siglo en que comienza concienzuda y firmemente la protección internacional de los derechos humanos. Así llegamos a Viena donde se redacta la Convención sobre Derecho de los Tratados, *considerándose los tratados de derechos humanos como parte del ius cogens*, esto es, aquellos instrumentos sobre los cuales hay un interés general de la comunidad internacional y que forman parte de un orden público internacional, sobre el cual no puede haber una libre disposición de los Estados.<sup>74</sup>

En el mismo sentido afirma Gómez Robledo,<sup>75</sup> citando a Nahlik,<sup>76</sup> que se pueden identificar “dos complejos normativos” que tienen el carácter de normas de *ius cogens*, y uno de ellos es “la protección de los derechos humanos fundamentales”. Y concluye que sería difícil negar hoy “que este doble complejo normativo: derechos humanos (*droits de l’homme*) y derecho humanitario, pertenece, así pueda ser en parte solamente, al *ius cogens*”, afirmando que “del principio en general no hay la menor duda, y así lo confirma tanto la doctrina de los autores más renombrados como la jurisprudencia internacional”. Igualmente Yasseen<sup>77</sup> identifica como normas imperativas o de *ius cogens* aquellas que “reconocen los derechos fundamentales del hombre y que protegen ciertos valores morales y ciertos principios del derecho humanitario”.

<sup>73</sup> FELDMAN, Gustavo E., *El Pacto de San José de Costa Rica*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, pág. 15.

<sup>74</sup> El destacado es nuestro.

<sup>75</sup> GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., págs. 185 y 195.

<sup>76</sup> NAHLIK, Stanislaw E., *Ius cogens and the codified law of treaties*, Temis, n.ºs 33-36, 1973-1974, págs. 85-111, citado por GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., pág. 185, nota 6.

<sup>77</sup> YASSEEN, Kamil, *Réflexions sur la détermination du ius cogens*, Société française pour le droit international, Colloque de Toulouse, Pédone, 1974, pág. 208, citado por GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., pág. 185-186.

También Caicedo Perdomo,<sup>78</sup> citado por Gómez Robledo, califica como “normas imperativas de derecho internacional general” a las “relativas a los derechos del hombre”.

El jurista uruguayo Puceiro Ripoll<sup>79</sup> coincide con los especialistas antes citados en cuanto a la calificación de las “normas que protegen los derechos fundamentales de la persona humana en su proyección humanitaria y universal” como normas de *ius cogens*.

El profesor René-Jean Dupuy, representante de la Santa Sede, propuso incluso en la conferencia de Viena “que se adoptara como denominador común del *ius cogens* ‘el principio de la supremacía de los derechos humanos”, y agregaba: “¿Por qué no interpretar el artículo 50 (53) como si se refiriese esencialmente a los derechos humanos?”.<sup>80</sup>

El especialista uruguayo Fernando Urioste, asimismo, afirma que las convenciones sobre derechos humanos son calificadas como normas de *ius cogens*, y dicen relación con los *derechos fundamentales*; es así que el derecho internacional público deja de ser un derecho que se ocupa únicamente de los Estados, por lo que se vuelve necesaria una *visión multidisciplinaria a efectos de asegurar una mayor protección* y tutela de los bienes jurídicos.<sup>81</sup>

Coincide en general la doctrina en la dificultad que conlleva para el investigador la individualización de las normas concretas de *ius cogens*.<sup>82</sup> Por ello, como advierte Gómez Robledo,<sup>83</sup> “lo importante es mantener bien firmes los criterios de identificación del *ius cogens* internacional, los cuales, hasta el momento, nos parecen dimanar de una dualidad en apariencia irreductible, a saber: la estructura de la sociedad internacional y los derechos humanos”.

Las dificultades reseñadas no deben convertirse en una barrera infranqueable para el investigador, que lo inhiba de explorar el campo del *ius cogens* emergente de las nuevas pautas morales de la sociedad internacional, como la de no discriminación entre hijos habidos dentro y fuera del matrimonio que es objeto de este estudio. Es por ello que, aunque pueda parecer arriesgado, creemos que la definición que del *ius cogens* ofrece el

---

<sup>78</sup> CAICEDO PERDOMO, J. J., “La teoría del *ius cogens* en derecho internacional a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, enero-junio 1975, págs. 261-274, citado por GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., págs. 188-189.

<sup>79</sup> PUCEIRO RIPOLL, Roberto, “Desarrollos actuales del *ius cogens*: el fantasma rompe su hechizo”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, n.º 3, 1974, págs. 49-79, pág. 70.

<sup>80</sup> Citado por GÓMEZ ROBLEDO, op.cit., pág. 203.

<sup>81</sup> URIOSTE, Fernando, “Humanización del derecho internacional”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 2.ª Serie, n.º 13, Montevideo, 1990, pág. 42-43, citado por Graciela PORTA, “Globalización y derecho de familia”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 17, 2000, pág. 154.

<sup>82</sup> En este sentido: PUCEIRO RIPOLL, op. cit., pág. 69, y GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., pág. 181.

<sup>83</sup> GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., pág. 203.

artículo 53 de la Convención de Viena, interpretado no sólo conforme a su tenor literal gramatical sino también a sus antecedentes legislativos, permitiría incluir dentro de esta categorización de normas a aquellas que establecen la no discriminación entre tipos filiatorios.

Más allá de cuál haya sido la “intención común de las partes”, resulta determinante la primacía acordada “al texto del tratado como base de su interpretación”, porque así lo manifestó la Comisión de Derecho Internacional, afirmando que su propuesta “se basa en la tesis de que ha de presumirse que el texto es la manifestación auténtica de la intención de las partes y de que, por consiguiente, el punto de partida de la interpretación consiste en elucidar el sentido del texto y no en investigar *ab initio* la intención de las partes”.<sup>84</sup> Y donde la norma no distingue, no cabe que lo haga el intérprete. Es por eso que creemos que las normas sobre no discriminación en general, y entre tipos filiatorios en particular, deben considerarse hoy en día como de *ius cogens*. Y ello a pesar de que —hasta donde hemos podido investigar— los especialistas en derecho internacional público, disciplina a la que pertenece el derecho de los tratados, aunque para los iusprivatistas éste constituye un instrumento fundamental, no analizan esa posibilidad. Ello es lógico por razones de especialidad.

Pero desde el momento en que autores de la talla de Eduardo Jiménez de Aréchaga<sup>85</sup> incluyen “el establecimiento de principios más equitativos para regular el comercio internacional” dentro de “la noción misma de *ius cogens*”, y que advierte que éste es “un *concepto dinámico, capaz de futuros desenvolvimientos y que abre una perspectiva nueva*”, creemos que no se violenta ningún principio ni regla del derecho internacional —público, privado, de derecho de los tratados— ni ninguna otra de nuestro ordenamiento jurídico, al considerar que el artículo 17.5 del Pacto de San José que consagra el principio de no discriminación entre tipos filiatorios debe ser calificado como norma de *ius cogens*.

A mayor abundamiento, nótese que la fórmula del artículo 53 de la Convención de Viena es una descripción del *ius cogens* más que una definición. Es más, “no aprehende la esencia misma del ‘ius cogens’ desde que está basada en los efectos jurídicos de la norma y no en la naturaleza intrínseca de la regla imperativa”.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Comentario al artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, citado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, op. cit., págs. 55-56.

<sup>85</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, op. cit., pág. 82.

<sup>86</sup> *Ibidem*, págs. 80-81.

Explica Eduardo Jiménez de Aréchaga que en esencia las reglas de *ius cogens* son las que recogen “ciertos principios que salvaguardan valores de importancia vital para la humanidad y corresponden a principios morales fundamentales [...]”. Luego ejemplifica con cuestiones ajenas a la materia que nos ocupa, tales como “la prohibición del uso o la amenaza de fuerza y la agresión, la prevención y represión del genocidio, piratería, tráfico de esclavos, la discriminación racial, el terrorismo o la toma de rehenes”.<sup>87</sup>

Llevando el concepto al campo del derecho privado y en particular del derecho de familia, nada impide sostener que, así como la no discriminación racial es un principio de *ius cogens*, la no discriminación entre tipos filiatorios también lo es hoy en día.

Ello surge muy claramente del tenor literal gramatical del artículo 17.5 del Pacto de San José: “*La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*”.

La norma impone una obligación a los Estados de ajustar sus normas —materiales y de conflicto, ya que no establece distinción alguna al respecto— al principio de no discriminación entre tipos filiatorios que ella consagra. Se trata de una “disposición recomendada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de establecer la igualdad de todos los hijos, principio este último receptado en todos los ordenamientos internos de la región”.<sup>88</sup>

#### 5.3.2.5. CONSECUENCIAS DEL CRITERIO PROPUESTO

Resulta claro que, a partir de la aprobación por Uruguay de las convenciones sobre derechos humanos y del niño referidas *supra*, no deberían existir en nuestro ordenamiento jurídico normas de DIPr discriminatorias entre supuestos subtipos filiatorios.

A este respecto, resultan pertinentes las afirmaciones del delegado de Chipre en la Asamblea General (Sexta Comisión) con relación al *ius cogens superveniens*, las cuales reflejan la opinión general al respecto:<sup>89</sup> “Una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ya sea que se establezca por un tratado multilateral (como es el caso del artículo 17.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica) o por una nueva norma de derecho consuetudinario, es una norma de orden público que prevalece sobre cualquier otra y que despoja de toda validez a los

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, pág. 81.

<sup>88</sup> DE LA GUARDIA, *op. cit.*, pág. 58.

<sup>89</sup> 6me. Commission, 783ème séance, par. 22, citado en GÓMEZ ROBLEDO, *op. cit.*, pág. 121.

tratados incompatibles con ella”. Es lo que ocurre con relación al referido artículo 17.5 y las normas sobre filiación de los Tratados de Montevideo.

También viene al caso referir al mayor interés que Gómez Robledo<sup>90</sup> le atribuye al “*ius cogens* emergente” frente al “*ius cogens* académico del pasado”. Es con este espíritu que apelamos a la calificación de la norma contenida en el artículo 17.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que consagra el derecho de no discriminación entre hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, como una norma de *ius cogens*.

Con respecto a los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, sus artículos 16 a 18 y 20 a 22, respectivamente, relativos a la filiación, serían nulos a partir de la fecha de entrada en vigor en Uruguay de los Tratados de Derechos Humanos en cuestión. Se funda esta afirmación en lo establecido por el artículo 64 de la Convención de Viena, ya que en este caso tanto el Pacto de San José de Costa Rica como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño —y en particular los artículos reseñados *supra*, n.ºs 17, y 2 y 4, respectivamente— constituirían “*una nueva norma imperativa de derecho internacional general*” (artículo 64 de la Convención de Viena). La consecuencia está claramente establecida en el referido artículo 64: “[...] *todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará*”.

Parecería que la oposición de los artículos 16 a 18 y 20 a 22 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 al artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica y a los artículos 2 y 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es indiscutible. Por consiguiente, los referidos artículos 16 a 18 y 20 a 22 de los Tratados de Montevideo devendrían nulos.

La indivisibilidad impuesta por el artículo 44.5 de la Convención de Viena a los efectos de la nulidad se limita a los artículos 51, 52 y 53, e implica que la nulidad producida por la oposición de una norma de un tratado con relación a una norma imperativa de derecho internacional general afecta el tratado en su totalidad. Pero el artículo 44.5 no refiere a la nulidad basada en el artículo 64, por lo que resulta perfectamente “lícito deducir que la divisibilidad existe para el artículo 64 (*ius cogens* emergente)”.<sup>91</sup> Coincide en este sentido Gómez Robledo,<sup>92</sup> quien afirma que “la Comisión de Derecho Internacio-

<sup>90</sup> GÓMEZ ROBLEDO, *op. cit.*, pág. 123, refiriéndose a la función del *ius cogens* en las relaciones entre las grandes potencias industriales y los países del Tercer Mundo.

<sup>91</sup> DE LA GUARDIA, *op. cit.*, pág. 292.

<sup>92</sup> GÓMEZ ROBLEDO, *op. cit.*, pág. 125, citando el documento de la Comisión correspondiente (A/CONF. 39/11/Add. 2, pág. 86, par. 3).



nal (y así pasó a la Convención de Viena) decidió aplicar el principio de indivisibilidad en el caso del artículo 53, y el de la divisibilidad, en cambio, en la situación del artículo 64". Y cita luego el siguiente comentario de la propia Comisión:

[...] aunque la Comisión estimó que el principio de la divisibilidad no es adecuado cuando un tratado es nulo *ab initio* según el artículo 50 a causa de una norma vigente de *ius cogens*, se aplican otras consideraciones en el caso de un tratado que era totalmente válido en el momento de su celebración, pero que luego, en cuanto a algunas de sus disposiciones, resulta en oposición con una norma de *ius cogens* establecida con posterioridad. La Comisión estimó que, si se juzga que esas disposiciones pueden ser separadas del resto del tratado sin menoscabo de éste, el resto del tratado habrá de ser considerado como todavía válido.

Esto es precisamente lo que ocurre en el caso que nos ocupa: los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, tanto el de 1889 como el de 1940, eran "totalmente válidos en el momento de su celebración", en general, y en particular con respecto a la filiación. Pero con posterioridad, concretamente a partir del reconocimiento del derecho a la no discriminación entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio a texto expreso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17.5), el título VI ("De la filiación") de ambos tratados —es decir, sólo algunas de sus disposiciones— se vuelve contrario a la norma de la Convención Americana citada y que calificamos como de *ius cogens*, al haber sido establecida ésta con posterioridad —el 22 de noviembre de 1969— a los Tratados de Montevideo en cuestión.

La consecuencia práctica del criterio expuesto sería que los jueces uruguayos, frente a un caso relativo a la filiación que involucrara a los Estados parte de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, al resultar nulos los artículos correspondientes a dicha materia, deberían recurrir al DIPr de fuente interna, el cual deberá ser interpretado e integrado conforme a los criterios establecidos por el artículo 16 del Código Civil. De acuerdo con éste, "se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas", "[...] a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas". En materia de filiación, los tres criterios de interpretación referidos apuntan claramente a la no discriminación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSÍN, Q., *Sistema de derecho civil internacional*, vol. 1, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1961.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., Depalma, 1983.
- DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997.
- FELDMAN, Gustavo E., *El Pacto de San José de Costa Rica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003.
- FERNÁNDEZ ROZAS, Juan Carlos, y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1991.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Cap. 17.2.D) Uruguay”, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, págs. 663-665.
- *Curso de derecho internacional privado*, t. II, Parte especial, vol. 1, FCU, Montevideo, 1.<sup>a</sup> ed., 2003.
- GOLDSCHMIDT, W., *Derecho internacional privado*, 5.<sup>a</sup> ed., Depalma, Buenos Aires, 1985.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.
- GROS ESPIELL, Héctor, “Naturaleza jurídica y carácter de fuentes de derecho internacional de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *Derechos humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, pp. 37-49.
- “Sistema interamericano de derechos humanos”, en *Derechos humanos y vida internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, pp. 53-68.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980.
- La Justicia Uruguaya*, caso publicado con el n.º 13.109.
- LOPATKA, Adam, “The World constitution of the rights of the child”, en Héctor Gros

- Espiell, Amicorum Liber*, vol. 1, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 667-682.
- MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo, en PÉREZ VERA, Elisa, *Derecho Internacional privado*, 4.ª ed. revisada, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1993.
- O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.
- OPERTTI BADÁN, D., y HERBERT, R., Opiniones (inéditas) vertidas en en diversos cursos de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay.
- ORREGO VICUÑA, Francisco, y ORREGO BAUZÁ, Francisco, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales nacionales: Nuevas tendencias derivadas de la experiencia chilena”, en en *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber*, vol. 2, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 965-982.
- PUCEIRO RIPOLL, Roberto, “Desarrollos actuales del *jus cogens*: el fantasma rompe su hechizo”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, n.º 3, 1974, págs. 49-79.
- RISSO FERRAND, Martín, “La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución uruguaya”, en *Derechos humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, págs. 61-71.
- SAETTONE MONTERO, Mariella, “Análisis comparativo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”, en *Derechos humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, págs. 25-36.
- URIARTE, Carlos E. (coord.) y equipo, *Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay*, FCU-UNESCO, Montevideo, 2004.
- VARGAS GUILLEMETTE, A., *Codificación nacional del derecho internacional privado*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1943.



# Regulación legal de la denominada *familia ensamblada*\*

*Beatriz Ramos Cabanellas*\*\*

**RESUMEN.** La familia ha experimentado cambios en sus patrones de constitución, modificación y disolución. La realidad demuestra que en la actualidad ha aumentado notoriamente el número de las denominadas *familias ensambladas*, que son aquellas originadas en el matrimonio o unión concubinar de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa. En el presente artículo analizaremos algunos institutos del derecho civil con la finalidad de verificar si el ordenamiento legal uruguayo brinda instrumentos adecuados a los integrantes de esta particular estructura familiar.

**ABSTRACT.** The family has experienced changes in its constitution, modification and dissolution patterns. Reality shows that there has been a significant increase in the number of *blended families*, which are those based either on marriage or concubinage and whose members have children from previous relationships. This article deals with some institutions of Civil Law so as to determine whether the Uruguayan legal system provides the members of this special family structure with the necessary tools.

**PALABRAS CLAVE.** Derecho de familia / familia ensamblada / derecho civil / obligación alimentaria.

**KEY WORDS.** Family law; blended family; civil law; alimony.

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Profesora Adjunta (grado 3) de Derecho Privado VI de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesora de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones de la Facultad Derecho de la Universidad Católica.

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. Concepto. 3. Parentesco. 4. Impedimentos para contraer matrimonio. 4.1. Parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o natural. 4.2. Parentesco en línea colateral por consanguinidad legítimo o natural. 4.3. Parentesco entre los hijos. 5. Obligación alimentaria. 5.1. Alimentos servidos por el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario. 5.2. Alimentos servidos por el concubino o concubina en relación al hijo o los hijos del otro integrante de la pareja. 5.3. Obligación alimentaria entre los integrantes de la pareja. 6. Autoridad parental en la familia ensamblada. 6.1. Durante la vigencia de la familia ensamblada. 6.2. Después de la ruptura de la pareja base de la familia ensamblada. 7. Algunos aspectos relacionados con la contratación entre los integrantes de la familia ensamblada.

# 1.

---

## INTRODUCCIÓN

La familia siempre ha sido vista como una institución fundamental de la sociedad, debido a que desempeña múltiples papeles de primordial importancia, tanto con relación a sus miembros, como a la sociedad en su conjunto. Y ello se debe a que, como han señalado Kaztman y Filgueira, la familia cumple un papel múltiple en la socialización de las nuevas generaciones, al proteger y apoyar a los individuos cuando aún carecen de instrumentos y recursos (materiales e inmateriales) para desenvolverse en el mundo.<sup>1</sup>

De estudios realizados en las últimas décadas surge que se han producido cambios en los patrones de constitución, disolución y reconstitución familiar.

Si bien en nuestro país el divorcio fue recogido tempranamente en el ordenamiento jurídico, en las primeras décadas del siglo pasado los matrimonios mayoritariamente se disolvían por fallecimiento de uno de sus integrantes. Esta situación fue variando y, dentro de una tendencia de largo plazo, la disolución de los matrimonios por fallecimiento viene cediendo lugar a la expansión del divorcio o la separación de hecho, con el agregado de que estos últimos afectan a sectores de edad cada vez más jóvenes.

---

<sup>1</sup> KAZTMAN, Ruben, y FILGUEIRA, Fernando, *Panorama de la infancia y la familia en Uruguay*, Programa de Investigación de sobre Integración, Pobreza y Exclusión Social (IPES) de la Facultad de Ciencias Sociales y Comunicación, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2001.

Evidentemente no tiene las mismas consecuencias para los hijos que el matrimonio de sus padres se disuelva cuando estos últimos son jóvenes y ellos menores, a que se disuelva cuando los hijos son adultos.

Como resultado de esta menor estabilidad conyugal se pueden observar distintas formas familiares, entre las que se encuentran las denominadas *familias ensambladas*, que son objeto de este trabajo.

Si bien es evidente que, en cuanto al estado civil, en muchos casos uno o ambos integrantes de la pareja base de la familia ensamblada son divorciados, pueden ser también solteros o viudos, si por lo menos uno de ellos tiene hijos producto de relaciones precedentes.

## 2.

---

### CONCEPTO

Por *familia ensamblada* entendemos la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa.<sup>2</sup>

Como se ve, no hemos limitado el origen de este tipo familiar al matrimonio, pues en muchos casos se origina en una unión concubinaria. No obstante, tal como se analizará, existen diferencias notorias en nuestro ordenamiento legal si tal estructura familiar se origina en un matrimonio o si lo hace en una unión de hecho.

Y es que, si bien se han presentado diversos proyectos de ley al respecto, a la fecha no se ha regulado en nuestro país el concubinato, por lo cual, salvo en algunos aspectos puntuales, nuestro ordenamiento jurídico no considera este instituto.

La proliferación de este tipo familiar ensamblado nos impone la conveniencia de analizar si el ordenamiento jurídico uruguayo da respuesta a las necesidades de sus integrantes o si, por el contrario, existe un vacío legal en la materia.

---

<sup>2</sup> GROSAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Familias ensambladas*, Universidad, Buenos Aires, 2000.



Es por ello que estudiaremos distintos institutos del derecho, para ver si han contemplado esta organización familiar y con ello dan respuesta a las necesidades de sus integrantes.

### 3.

---

## PARENTESCO

Entre los efectos personales que genera el matrimonio está el de crear parentesco por afinidad. Esto no ocurre con la unión concubinaría.

El parentesco por afinidad es el lazo que une a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro cónyuge, pero no supone parentesco entre los parientes consanguíneos de uno de los esposos con los consanguíneos del otro.

De esta forma, los hijos del primer matrimonio del marido y su segunda esposa serán parientes en línea recta por afinidad en primer grado entre sí, pero no serán parientes entre sí los hijos que los esposos tengan de relaciones anteriores.

Sin embargo, si la familia ensamblada se origina en la unión concubinaría no genera parentesco. En consecuencia, no nacerá parentesco alguno entre el hijo del progenitor y su nueva pareja.

A su vez, si la nueva pareja (de esposos o concubinos) tiene hijos propios, éstos serán hermanos de doble vínculo entre sí y de simple vínculo con los hijos que su madre o padre tuvieron con relaciones previas, fueran matrimoniales o no. Es decir que estos hermanos serán parientes consanguíneos en línea colateral en segundo grado.

De lo dicho surge que entre los integrantes de una familia ensamblada pueden existir vínculos de parentesco consanguíneo o afín, o puede sencillamente no existir parentesco.

No obstante, como señalan Grosman y Martínez Alcorta,<sup>3</sup> la solidaridad que se configura con la nueva familia, con interacciones de afecto y asistencia recíproca, tiene algunas expresiones en el derecho actual, pero apenas se han abierto las compuertas

---

<sup>3</sup> *Ibidem*.

legitimantes de tales vínculos por el imperio de una tradición fundada en “la voz de la sangre”. Si se quiere expresar con ello la fuerza de la naturaleza, se preguntan: ¿no son tan naturales el afecto, la emoción y los demás estados psíquicos derivados de un lazo afectivo, como el torrente sanguíneo?

## 4.

### IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

Diversas son las clasificaciones que se realizan de los impedimentos, pero la de mayor importancia es la que refiere a sus efectos, que proviene del derecho canónico. Según ésta, los impedimentos se distinguen en: 1.º) dirimientes y 2.º) impeditivos o prohibitivos.

Los impedimentos dirimientes obstan a la celebración de un matrimonio válido y están establecidos en forma taxativa en el artículo 91 del Código Civil. Entre ellos se encuentran los establecidos por razón de parentesco, consagrados en los numerales 4 y 5 de la misma norma.

#### 4.1. PARENTESCO EN LÍNEA RECTA POR CONSAGUINIDAD O AFINIDAD, SEA LEGÍTIMO O NATURAL

El numeral 4 del artículo 91 prevé como impedimento dirimente para contraer matrimonio el parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o natural. En consecuencia, en la línea recta afecta a todos los grados, a diferencia de lo que sucede en la línea colateral.

Bossert y Zannoni<sup>4</sup> señalan que este impedimento aparece, con mayor o menor extensión, en todas las legislaciones y reconoce su fundamento en el denominado tabú del incesto, que constituye uno de los pilares de la familia monogámica.

---

<sup>4</sup> BOSSERT, Gustavo, y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, 2.ª ed. ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1989.

El punto resulta de importancia en la familia ensamblada, pues, como hemos visto, el nuevo cónyuge es pariente en línea recta por afinidad en primer grado del hijo de su pareja, por lo que se encuentra comprendido en el impedimento para contraer matrimonio previsto en el numeral 4 antes referido.

Pongamos un ejemplo a los efectos de aclarar el tema: María tiene una hija de nombre Juana, producto de su matrimonio con José; posteriormente se divorcia y contrae matrimonio con Juan. Como consecuencia del matrimonio entre María y Juan, éste y Juana son parientes en línea recta por afinidad en primer grado, por lo que, en caso de que posteriormente María se divorcie de Juan, Juana estará impedida de casarse con él.

Así lo establece a texto expreso el artículo 197 del Código Civil, que señala que, después del divorcio, la afinidad que el matrimonio había creado sólo continúa como impedimento dirimente a los efectos del artículo 91 número 4 del Código Civil, y tal como existía al pasar la sentencia en autoridad de cosa juzgada. Es evidente que, en el ejemplo visto, el impedimento para casarse entre Juan y Juana existía al pasar la sentencia de divorcio en autoridad de cosa juzgada.

De lo dicho surge que, si María tiene otra hija luego de divorciarse de Juan, no existirá impedimento para que Juan se case con ésta, cuyo nacimiento fue posterior a que la sentencia de divorcio entre Juan y María pasara en autoridad de cosa juzgada.

En cambio, si la familia ensamblada se origina en una unión concubinaria, no existe en nuestro ordenamiento jurídico el impedimento dirimente establecido en el numeral 4 del artículo 91 entre los hijos de un concubino con relación a su nueva pareja. En esto se diferencia del derecho canónico, que en el parentesco por afinidad comprendía tanto el que se originaba en la cópula lícita (matrimonio) como el que derivaba de la cópula ilícita.

En el derecho comparado encontramos legislaciones que han regulado el tema, como la brasileña. En efecto, el nuevo Código Civil de Brasil, en el artículo 1723, consagra de aplicación los impedimentos para la unión estable, entendida como la unión entre un hombre y una mujer configurada por la convivencia pública, continua y duradera establecida con el objetivo de constituir una familia.

Como ya dijimos, en Uruguay, si bien se han presentado algunos proyectos de ley, no existe en el ordenamiento jurídico una norma que contemple en forma integral la unión concubinaria.

El 8 de marzo de 2006 la senadora Margarita Percovich presentó un proyecto de ley en la materia (distribuido 706/2006), en cuyo artículo 2.º se establece:

[...] a los efectos de esta ley se considera unión concubinaria *more uxorio* a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas —cualquiera sea su sexo, identidad u opción sexual— que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimientes establecidos en los numerales 1.º, 2.º, 4.º y 5.º del artículo 91 del Código Civil.

Es decir que, de aprobarse este proyecto, el mencionado impedimento se aplicará a las uniones concubinarias, lo que consideramos muy acertado.

#### 4.2. PARENTESCO EN LÍNEA COLATERAL POR CONSANGUINIDAD LEGÍTIMO O NATURAL

A diferencia del parentesco en línea recta, el parentesco en línea colateral constituye impedimento sólo para los consanguíneos y no para los afines.

Al respecto debemos tener presente lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 91 del Código Civil, que prevé también como impedimento dirimente el parentesco entre hermanos legítimos o naturales. La norma no distingue, por lo que están comprendidos los hermanos de simple o doble vínculo.

Por último, a diferencia de lo que se dispone para la línea recta, donde no se establecen límites, en la línea colateral o transversal el límite se sitúa en el segundo grado.

Esto no es así en todas las legislaciones; por ejemplo, el Nuevo Código Civil de Brasil (ley n.º 10.406, de 10 de enero de 2002) establece en su artículo 1521 como impedimento: “[...] los hermanos, unilaterales o bilaterales, y demás colaterales hasta el tercer grado inclusive”.

Es decir que el impedimento entre colaterales es más amplio en el derecho brasileño que en el uruguayo; por ejemplo, en la legislación brasileña hay impedimento para que un tío contraiga matrimonio con su sobrina, impedimento que no existe en nuestro derecho.

#### 4.3. PARENTESCO ENTRE LOS HIJOS

Como vimos, ambos integrantes de la pareja pueden tener hijos comunes e hijos de anteriores relaciones, matrimoniales o extramatrimoniales.

En consecuencia, existe impedimento para contraer matrimonio entre los hijos comunes del matrimonio (hermanos consanguíneos de doble vínculo) y entre ellos y los hijos de cada uno de los integrantes de la pareja habidos en relaciones previas, sean de filiación matrimonial o extramatrimonial (hermanos consanguíneos de simple vínculo).

Ahora bien, entre los hijos que el marido tuvo con una pareja anterior y los hijos que su nueva esposa tuvo en iguales condiciones no existe impedimento para celebrar matrimonio, aun cuando en la vida cotidiana dentro de la familia ensamblada se comporten como hermanos. Y esto es así porque no existe entre ellos ninguna clase de parentesco.

En función de los fuertes vínculos fraternales que entre ellos se pueden generar en el ámbito de la familia ensamblada, dentro de la doctrina argentina se señala a Catalina Arias de Ronchietto<sup>5</sup> como quien ha propuesto la creación de un impedimento matrimonial en esta situación.

Es frecuente visualizar en el seno de la familia ensamblada la existencia de vínculos fraternos con diverso grado de complejidad entre los hijos de la pareja, aun cuando algunos son hermanos de doble vínculo, otros de simple vínculo y otros ni siquiera son hermanos consanguíneos entre sí.

## 5.

---

### OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

El Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante CNA) introdujo modificaciones de importancia en materia de obligación alimentaria, con incidencia directa para los miembros de la familia ensamblada.

En el artículo 45 del CNA se consagra el deber de asistencia familiar, que está constituido por los deberes y obligaciones a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos, cuya finalidad es la protección material y moral de todos los miembros.

En consecuencia, analizaremos el tema desde el punto de vista de los distintos integrantes de la familia ensamblada, teniendo presente si la familia tiene su origen en el matrimonio o en una unión concubinaría.

---

<sup>5</sup> GROSMAN y MARTÍNEZ ALCORTA, op. cit.

### 5.1. ALIMENTOS SERVIDOS POR EL CÓNYUGE RESPECTO A LOS HIJOS DEL OTRO EN CUANTO CONVIVA CON EL BENEFICIARIO

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 51 del CNA en cuanto a los hijos menores de 21 años que cada uno de los esposos tenga de una relación anterior, sean matrimoniales o extramatrimoniales, los primeros obligados serán naturalmente sus progenitores, es decir que se privilegia el vínculo filial.

Para el caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario por parte de los padres, éste se prestará subsidiariamente por los ascendientes más próximos, y si éstos no existieran o no tuvieran posibilidades económicas, será obligado a prestar alimentos “el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario”.

De modo que el nuevo cónyuge deberá, en forma subsidiaria, prestar alimentos a los hijos del otro cónyuge, pero esta obligación subsistirá en cuanto conviva con el beneficiario. Por lo tanto, es requisito fundamental que el hijo de una relación anterior de su progenitor conviva con éste y su nuevo cónyuge.

En otras palabras, si el esposo tiene un hijo matrimonial o extramatrimonial que vive con su madre, no estará su actual esposa obligada a servirle alimentos a ese hijo, porque no convive con ellos. Y esto es así porque la obligación de servir alimentos está condicionada a que exista convivencia entre el acreedor y el deudor de alimentos.

La norma no distingue, por lo que la obligación de servir alimentos la tiene el cónyuge con relación a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales de su cónyuge, siempre que conviva con ellos.

De los antecedentes parlamentarios surge que este tema fue discutido, pero finalmente se entendió que tenía más obligación en los hechos el nuevo cónyuge que convive con el hijo de su pareja que otros parientes consanguíneos del hijo, como pueden ser los tíos. Obsérvese que el legislador prefirió en este caso obligar a un pariente afín que a un consanguíneo como es el tío.

Si bien antes de la aprobación del CNA se podía observar que el nuevo esposo o esposa se hacían cargo en parte o incluso totalmente de la manutención de los hijos de su pareja en cuanto convivían todos juntos, ahora es un obligado en forma subsidiaria.

Esto incide también en cuanto a la sociedad conyugal, pues no es asunto menor determinar si la deuda que se genera por el cumplimiento de dicha obligación es personal o social.

## 5.2. ALIMENTOS SERVIDOS POR EL CONCUBINO O CONCUBINA EN RELACIÓN CON EL HIJO O LOS HIJOS DEL OTRO INTEGRANTE DE LA PAREJA

La asistencia familiar es, de acuerdo con el CNA, un concepto más amplio que la asistencia entre sujetos vinculados por parentesco o adopción.

Al respecto, el numeral 4.º del artículo 51 del CNA dispone que el obligado subsidiario es “el concubino o concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho”.

Evidentemente, cuando el legislador refiere a la *familia de hecho* está considerando la familia ensamblada.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 51 del CNA en cuanto a los hijos menores de 21 años que cada uno de los integrantes de la pareja tenga de una relación anterior, sean matrimoniales o extramatrimoniales, los primeros obligados serán naturalmente sus progenitores, es decir que se privilegia el vínculo filial.

En caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario por parte de ellos, éste se prestará subsidiariamente por los ascendientes más próximos, y si éstos no existieran o no tuvieran posibilidades económicas, será obligado a prestar alimentos “el concubino o concubina en relación a los hijos del otro integrante de la pareja que no son fruto de esa relación en cuanto convivan todos juntos”.

Es decir que el concubino o concubina deberá, en forma subsidiaria, prestar alimentos a los hijos del otro integrante de la pareja. Al igual que en el caso anterior, la obligación existe en tanto perdure la convivencia.

En este caso el legislador prefirió obligar en forma subsidiaria a un sujeto que ni siquiera es pariente —pues el concubinato no crea parentesco—, por encima de otros parientes consanguíneos (nótese que en el orden jerárquico de deudores está antes que los propios hermanos), y esto por razones de proximidad entre acreedor y deudor, que conviven conformando una familia de hecho.

## 5.3. OBLIGACIÓN ALIMENTARÍA ENTRE LOS INTEGRANTES DE LA PAREJA

En cuanto a esta obligación, la respuesta de nuestro ordenamiento jurídico es distinta si se trata de un matrimonio o de una unión concubinaria.

En el caso del matrimonio, la obligación alimentaria se encuentra legislada en forma expresa en el artículo 127 del Código Civil, que impone el deber de auxilios recíprocos entre los esposos.

Es tan fuerte el vínculo jurídico que crea el matrimonio en nuestro ordenamiento, que una vez disuelto por divorcio se dispone en el artículo 183 del Código Civil que los ex cónyuges pueden reclamarse alimentos entre sí.

En el caso de la unión concubinaría no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que contemple en forma expresa la obligación de prestarse alimentos entre los concubinos.

No obstante, y siguiendo la posición que originariamente planteó en nuestra doctrina Mabel Rivero de Arhancet, entendemos que una vez rota la relación concubinaría (nos referimos al concubinatio *more uxorio*) y encontrándose uno de los concubinos en situación de indigencia podría reclamar alimentos en sede judicial contra el ex concubino.

En efecto, consideramos que el artículo 40 de la Constitución de la República es uno de los argumentos de peso a favor de la posición afirmativa. Nuestra opinión la hemos expuesto en forma detallada en la obra *Familia y derecho*.<sup>6</sup>

Es evidente que, tratándose la protección de la familia legítima y natural de un principio general de derecho consagrado en la Constitución de la República, es posible aplicar a la familia natural los fundamentos que en protección de la familia legítima se han utilizado durante años con relación a los alimentos, como son el derecho a la vida y el principio de solidaridad entre los integrantes de la familia.

El Código de la Niñez y de la Adolescencia inicia el tratamiento de los alimentos con el concepto de asistencia familiar. En efecto, el artículo 45 del CNA establece “El deber de asistencia familiar está constituido por los deberes y obligaciones a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos, cuya finalidad es la protección material y moral de los miembros de la misma. Bajo la denominación de alimentos, se alude en este Código a la asistencia material”.

A nuestro juicio el punto es de importancia, pues amplía y profundiza uno de los clásicos fundamentos de la obligación de alimentos, como lo es la solidaridad.

Es decir que el concepto de asistencia familiar es más amplio que la asistencia entre sujetos vinculados por lazo de parentesco o adopción.

Pero, además, el CNA refiere a un concepto complementario en su artículo 51, cuando menciona “conformando una familia de hecho”.

---

<sup>6</sup> RIVERO DE ARHANCET, Mabel; RAMOS CABANELLAS, Beatriz, y MORALES FIGUEREDO, Verónica, *Familia y derecho*, FCU, Montevideo, 2004.



En esta línea, ¿alguien puede dudar de que los integrantes de la pareja concubinaria son base e integran la familia natural, y por ende entre ellos existe el deber de asistencia familiar con todo lo que ello implica?

La jurisprudencia se había pronunciado, salvo alguna posición en discordia, en contra de admitir la reclamación en examen. No obstante, el Tribunal de Familia de 2.º Turno, en sentencia n.º 313 de fecha 22//12/04,<sup>7</sup> se pronunció favorablemente ante una reclamación de alimentos en tal sentido.

Como ya señalamos, la senadora Margarita Percovich acaba de presentar un proyecto de Ley sobre Unión Concubinaria, en cuyo artículo 3 se establece la obligación de alimentos entre los concubinos y que ésta persiste una vez disuelta la unión, en caso de resultar necesario para la subsistencia de alguno de ellos, durante un período subsiguiente e igual al de la duración de la convivencia.

## 6.

---

### AUTORIDAD PARENTAL EN LA FAMILIA ENSAMBLADA

Los progenitores en cuanto tales, y no solamente por el ejercicio de la patria potestad, tienen el deber de cuidar y atender a sus hijos a los efectos de que éstos logren la plenitud integral de su personalidad o, como dice la Constitución de la República, obtengan la plena capacidad corporal, intelectual y social (artículo 41).

En este contexto, el CNA impone a los hijos, en el artículo 17 literal A, el deber de respetar y obedecer a sus padres, siempre que las órdenes de éstos no lesionen sus derechos o contravengan las leyes.

Por su parte, el artículo 16 literal F alude a que los padres deben corregir adecuadamente a sus hijos.

La autoridad de los padres, que es naturalmente aceptada en la familia tradicional, puede presentar interrogantes en la familia ensamblada. Y es que la nueva pareja del progenitor convive con los hijos de éste, pero no tiene generalmente un lugar claramente

---

<sup>7</sup> *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXV.

definido dentro de la estructura familiar, ni normas como las antes citadas que lo respalden.

Téngase presente que muchas veces la nueva pareja del padre o la madre debe llevar adelante esta convivencia con los hijos de su pareja cuando existen importantes desacuerdos entre los propios progenitores en cuanto a la forma de educar a los menores.

¿Cuántas veces observamos a nuestro alrededor familias ensambladas donde, por ejemplo, el nuevo marido o concubino de la madre convive con los hijos de ella, a quienes su padre biológico consiente caprichos en esporádicas visitas y luego ni siquiera cumple regularmente con sus obligaciones alimentarias?

De esta forma, como ya vimos, el nuevo marido o compañero de la madre tiene obligaciones (por ejemplo, de alimentos), pero es válido preguntarse cuáles son sus atribuciones en la convivencia diaria dentro del núcleo familiar. Y esto en atención no sólo a su persona, sino también al propio interés de los menores.

Obsérvese que el vínculo creado puede ofrecer condiciones de estabilidad para la crianza del niño, y cuando el hogar es armónico le otorga un entorno de protección y afecto sumamente beneficioso para todos.

Muchas veces se establecen fuertes vínculos entre los miembros de una familia ensamblada. En ocasiones la nueva pareja del progenitor se constituye en una fuerte referencia para el menor y es del caso preguntarse qué derechos (por ejemplo, de visitas) y obligaciones (por ejemplo, de alimentos) tiene en caso de ruptura de la nueva unión por fallecimiento, divorcio o separación.

Importa determinar los derechos y obligaciones en la materia, durante la vigencia de la familia ensamblada y luego de su ruptura por fallecimiento o divorcio o separación de los integrantes de la pareja, para propender a llevar una vida en armonía que sin duda influye en la sociedad.

## 6.1. DURANTE LA VIGENCIA DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

Evidentemente la situación difiere si ambos progenitores tienen determinados claramente los derechos y obligaciones y las cumplen cabalmente o si no lo hacen.

Cuando, por ejemplo, un matrimonio se divorcia entre sí, pero no lo hace con relación a sus hijos y cada uno cumple su rol en forma seria, los hijos se sienten más seguros y el progenitor que convive con ellos siente que cumple su rol en la medida de sus responsabilidades, lo que genera un equilibrio deseable dentro de una situación dada.

Esto cambia si alguno de los progenitores cumple en forma parcial o directamente no cumple con sus obligaciones, recargando injustamente al otro. Es en este último caso que el rol de la nueva pareja de la madre o padre puede adquirir otra dimensión.

Y es que la tarea de la nueva pareja del progenitor que convive con los hijos probablemente será más activa cuando se trata de niños pequeños cuyo progenitor no conviviente se ha desinteresado de su suerte.<sup>8</sup>

Resulta claro que el grado de autoridad que puede tener la nueva pareja del progenitor con relación a los hijos del otro dependerá del acuerdo de éste último, la edad de los hijos y otros factores tales como el nivel cultural y económico.

Como hemos analizado, la nueva pareja, sea esposo o concubino, tiene con los hijos del progenitor conviviente la obligación subsidiaria de alimentos (artículo 51 numerales 3 y 4 del CNA).

El concepto de alimentos es amplio comprende no solo la comida, sino la educación, la cultura, la salud etc. Por ello entendemos que en ese caso puede ser mayor la influencia en la socialización de los hijos del otro.

Es evidente que, si debe contribuir para hacer frente a esas obligaciones, su opinión será tomada en cuenta a la hora de decidir sobre estos aspectos tan importantes para la vida de una persona.

Ahora bien, debemos tener claro que la patria potestad la ejercen los padres y son ellos quienes dirigen la educación de sus hijos. Al respecto corresponde tener presente el artículo 16 del CNA, que establece que los padres deben velar por la educación de sus hijos.

Por otra parte, como bien señalan Grosman y Martínez Alcorta, la convivencia reclama una organización familiar naturalmente ligada a la imposición de un cierto orden de hábitos y actividades que posibiliten la vida en común.

De esta forma, hay horarios de comida, lugares asignados para tal finalidad, horas de descanso, responsabilidades hogareñas; es decir, una disciplina hogareña.

Para ello es necesario asignar a los adultos que gobiernan el hogar la autoridad necesaria para el cumplimiento de estas funciones. Estas cuestiones atañen a la dinámica familiar y no están reguladas por el derecho de familia.

---

<sup>8</sup> LERIDON, Henri, "Nommer, compter et observer les familles recomposées: problèmes et resultats", en MEULDEURS-KLEIN y THERY (dirs.), *Quels repères pour les familles recomposées?*, LGDJ, Droit et Société, Paris, 1995.

Hay otros aspectos que sí están regulados por el derecho de familia, que pone en la órbita de los padres la toma de diferentes decisiones que hacen a la formación y educación de los hijos menores.

Por lo tanto, como ya expresamos, la tarea de la nueva pareja del progenitor que convive con los hijos dependerá de cada situación particular, y será más activa cuando se trata de niños pequeños y cuyo progenitor no conviviente se haya desinteresado de su suerte.

Esto puede llegar al grado de que el padre o la madre no conviviente pierda la patria potestad, en cuyo caso nuestro legislador hace ya más de 15 años estableció, por la ley n.º 16.108, la posibilidad de que el otro padre y su nuevo cónyuge pudieran legitimar adoptivamente al menor, con todos los derechos y obligaciones que ello implica. La ley 16.108 ha sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina.<sup>9</sup>

En la exposición de motivos de dicha norma decía el senador Dardo Ortiz que ésta contemplaba situaciones como la siguiente: “[...] el padre (o la madre excepcionalmente) se iba del país o desaparecía del hogar, abandonándolo, sin saberse su paradero. Dejaba de prestar todo tipo de asistencia a su hijo legítimo. Transcurridos los términos legales, la madre obtenía por sentencia judicial la pérdida de la patria potestad que ejercía el padre. Luego se divorciaba y contraía segundas nupcias. A ese nuevo hogar la madre llevaba su hijo, quien pasaba a ser, en cuidados y afectos, un hijo querido y tratado ‘como legítimo’ por ambos cónyuges, siéndolo jurídicamente de uno sólo”. Y finalizaba transcribiendo palabras del Dr. Echegoyen: “Si aquel nexo natural que es fruto de la procreación, lejos de servir para tutelar al descendiente, dificulta su suerte y puede aun convertirse en perjuicio principal para su destino, la ley debe, racionalmente, ofrecer fórmulas que permitan que el altruismo y el afecto compensen tales deficiencias”.

Entendemos que estas palabras son plenamente aplicables al tema que estamos tratando. Es decir, en caso de que el progenitor no conviviente cumpla sus obligaciones, será naturalmente él quien ejerza la autoridad parental, sin perjuicio de la lógica disciplina hogareña que imponga la nueva pareja del progenitor conviviente, conjuntamente con éste, por necesidad de la convivencia.

---

<sup>9</sup> AREZO PÍRIZ, Enrique; VARELA DE MOTTA, María I.; MERCANT, Manuel; ORDOQUI, Gustavo, y TOME, Miguel, *Reformas al Código Civil*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.

Para el caso de que el desinterés del progenitor no conviviente sea absoluto, la legislación otorga al progenitor conviviente y a su nueva pareja la posibilidad de que, previa pérdida de la patria potestad, procedan a legitimar adoptivamente al hijo.

Entre ambos extremos existen grados intermedios que será necesario considerar en cada caso concreto.

No debemos olvidar que el artículo 36 del CNA dispone la tenencia del niño o adolescente por terceros: “Cualquier interesado puede solicitar la tenencia de un niño o adolescente siempre que ello tenga como finalidad el interés superior de éste. El Juez competente, bajo la más seria responsabilidad funcional, deberá evaluar el entorno familiar ofrecido por el interesado”.

A su vez, el numeral 3 del artículo citado dispone que quien ejerza la tenencia del menor está obligado a brindarle la protección y los cuidados necesarios para su desarrollo integral.

Siguiendo a Rivero de Arhancet, entendemos que de ello se puede inferir entonces que son también *responsables* (referidos en el artículo 16 del CNA) quienes legalmente ejercen la tenencia de los niños y adolescentes.

Por ello debemos considerar que, si a la nueva pareja del progenitor conviviente se le ha otorgado judicialmente la tenencia del niño o adolescente, podrá ser considerado responsable de ellos en los términos del artículo 16 del CNA, teniendo los deberes que la norma establece, así como los derechos que le permitan cumplir con tales deberes teniendo en cuenta el caso concreto.

## 6.2. DESPUÉS DE LA RUPTURA DE LA PAREJA BASE DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

Como producto de la convivencia se pueden entablar vínculos muy fuertes entre el nuevo cónyuge o concubino del progenitor conviviente y los hijos de éste. La ruptura de la pareja trae como consecuencia la falta de convivencia y puede generar la necesidad de encuentros entre la ex pareja del progenitor y los hijos de éste, lo que puede ser altamente beneficioso para ambas partes.

A nuestro juicio, el CNA en el artículo 38 habilita a la ex pareja del progenitor a solicitar la fijación de visitas, y esto en la medida en que el juez competente, basado en el interés superior del niño o adolescente, puede incluir a “[...] otras personas con las que aquél haya mantenido vínculos afectivos estables”.

En cuanto a la obligación de alimentos del esposo o concubino del progenitor, recordemos que es subsidiaria y tiene vigencia en tanto exista convivencia, por lo que si ésta cesó ya no será obligado a servir alimentos.

## 7.

### ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA CONTRATACIÓN ENTRE LOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

Entre los hijos comunes de la nueva pareja y de éstos con los hijos de cada uno de ellos no existen impedimentos para realizar negocios jurídicos.

Ahora bien, otra puede ser la situación de la nueva pareja distinguiendo si se trata de un matrimonio o de un concubinato.

Si la nueva pareja conforma un concubinato, no existe regulación en cuanto al punto, por lo que entre sus integrantes se pueden realizar negocios jurídicos de toda clase.

Al respecto, el nuevo proyecto de Ley de Unión Concubinaria presentado por la senadora Percovich, al cual hemos referido en este trabajo, establece en el artículo 8 que entre los concubinos regirán las mismas prohibiciones contractuales previstas en la ley respecto de los cónyuges.

Analizar la prohibición de otorgar algunos negocios jurídicos entre cónyuges excede ampliamente el objeto de este trabajo. No obstante, es nuestro interés detenernos en una norma en particular, que es el artículo 1660 del Código Civil.

El artículo 1657 del Código Civil declara nula toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio. Si bien la norma no aclara a qué nulidad refiere —esto es, no dice si es relativa o absoluta—, de acuerdo con Gamarra<sup>10</sup> hay que concluir que estamos ante una nulidad absoluta.

Se exceptúan las donaciones que los casados “acostumbran a hacerse en ocasiones de regocijo para la familia”, siempre que sean módicas.

---

<sup>10</sup> GAMARRA, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. VI, 3.<sup>a</sup> ed. actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

También ha previsto el legislador que puede recurrirse a la interposición de personas con el fin de burlar la prohibición, usando un intermediario que recibiría los bienes del donante para transmitirlos al donatario.

Es con la finalidad de facilitar la prueba que el artículo 1660 crea una “presunción absoluta de interposición” cuando la donación se hace a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quienes éste sea heredero presuntivo al tiempo de la donación. Evidentemente, con relación a este punto cobran importancia las donaciones indirectas que sirven para burlar la norma del artículo 1657 con mayor facilidad que con este negocio.

En conclusión, si bien será necesario regular algunos aspectos y reformar otros, entendemos que existen diversos instrumentos que nuestro legislador previó para este tipo de estructura familiar, alguno de los cuales, como vimos, son de larga data.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- AREZO PÍRIZ, Enrique; VARELA DE MOTTA, María I.; MERCANT, Manuel; ORDOQUI, Gustavo, y TOME, Miguel, *Reformas al Código Civil*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.
- BOSSERT, Gustavo, y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, 2.<sup>a</sup> ed. ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. VI, 3.<sup>a</sup> ed. actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.
- GROSMAN, Cecilia P., y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Familias ensambladas*, ed. Universidad, Buenos Aires, 2000.
- KAZTMAN, Ruben, y FILGUEIRA, Fernando, *Panorama de la infancia y la familia en Uruguay*, Programa de Investigación de sobre Integración, Pobreza y Exclusión Social (IPES) de la Facultad de Ciencias Sociales y Comunicación; Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2001.
- LERIDON, Henri, “Nommer, compter et observer les familles recomposées: problèmes et résultats”, en MEULDEURS, KLEIN y THERY (dirs.): *Quels repères pour les familles recomposées?*, LGDJ- Droit et Société, París, 1995.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel; RAMOS CABANELLAS, Beatriz, y MORALES FIGUEREDO, Verónica, *Familia y derecho*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.





# Algunas normas del Código Civil luego del Código de la Niñez y la Adolescencia\*

*Mabel Rivero \*\**

**RESUMEN.** Este trabajo parte de la identificación del ámbito de aplicación subjetiva del nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia, con especial referencia a la situación del concebido. Tras mencionar la incidencia que opera sobre el derecho sucesorio como consecuencia de la modificación de la redacción de un artículo referido a filiación legítima, estudia algunas normas del nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia; en particular, las que han dado lugar a interpretaciones que implican que determinados institutos fundamentales del derecho de familia, como la patria potestad, han sido derogados por obra del nuevo codificador. También estudia la situación legal de aquellas personas a las que el codificador asigna el nombre de *responsables* frente a los niños y adolescentes. Finalmente, procura desentrañar la aplicación de las normas referidas a la legitimación adoptiva en no muy clara consonancia con aquellas insertas bajo el rótulo "De los hogares de cuidado".

**ABSTRACT.** This paper starts from the determination of the area of subjective application of the new Children and Adolescents Code, especially as regards the situation of the conceived child. After making reference to the influence on Succession Law as a consequence of the change in the wording of an article about legitimate filiation, it studies some regulations from the new Children and Adolescents Code; particularly, those that have led to interpret that certain fundamental family law institutions, such as patria potestas, have been revoked by the new codifier. It also studies the legal situation of those people whom the codifier designates as *responsible* for the children and adolescents. Finally, it aims to decipher the

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Profesora Titular (grado 5) de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y de Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

regulations relative to legitimate adoption, which are not in consonance with those designated as "foster-home care".

**PALABRAS CLAVE.** Normas jurídicas; Código Civil; Código de la Niñez y la Adolescencia; derecho sucesorio; adopción; legitimación adoptiva; patria potestad; filiación.

**KEY WORDS.** Legal regulations; civil code; children and adolescents code; succession law; adoption; legitimate adoption; patria potestas; filiation.

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. Ámbito de aplicación del CNA. 2.1. Niños y adolescentes. 2.2. El concebido. 3. El niño y adolescente en cuanto sujeto de derecho. 4. Viabilidad. 5. Patria potestad. 6. Vigencia de la patria potestad luego de sancionado el Código de La Niñez y la Adolescencia. 7. Deberes de los padres en ejercicio de la patria potestad. 8. Deberes de los padres que no ejercen la patria potestad y de los responsables. 9. La patria potestad y las relaciones de los padres sobre los bienes de sus hijos. 10. La patria potestad y la legitimación adoptiva. 11. Abandono. Bibliografía.

# 1.

---

## INTRODUCCIÓN

Pretendemos en este trabajo, sin que ello signifique un estudio profundo sobre el tema, referirnos a la incidencia que el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante CNA) ha tenido sobre el Código Civil, especialmente en aquellos temas que han despertado controversias o que generan dificultades en la comprensión de algunos textos.

# 2.

---

## ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CNA

### 2.1. NIÑOS Y ADOLESCENTES

Ante todo, podemos ver que el artículo 1.º dispone que el Código se aplica a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad, identificando como niños a los menores de trece años y como adolescentes a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad.

Podemos apreciar que el codificador no emplea el término *personas*, sino *seres humanos*, pero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 del Código Civil, son personas todos los individuos de la especie humana, lo que significa que, aunque el nuevo codificador

omita emplear el término *persona*, ello no deja lugar a dudas sobre los individuos a quienes se aplica el CNA.

## 2.2. EL CONCEBIDO

El codificador del CNA ha soslayado el tema referido al momento en el cual se es persona, si se es tal desde el nacimiento o desde la concepción, por lo que queda en pie la discusión referida al *nasciturus*, al concebido.

Sin embargo, en el propio texto podemos encontrar alguna norma que nos permite aceptar que el codificador ha reconocido la calidad de persona al concebido, tal vez sin que haya tenido en cuenta su alcance.

Así, el artículo 197 del CNA, al regular la investigación de la paternidad o maternidad, declara que la paternidad o maternidad declaradas asegurarán al niño o adolescente todos los derechos correspondientes a la filiación natural, en especial los derechos hereditarios inherentes a ella, así como los alimentos para su desarrollo y bienestar y el derecho a llevar los apellidos de quienes resulten declarados como sus padres.

El artículo siguiente, en el numeral 2, dispone que podrán iniciar la acción la madre o el padre, desde que se constata la gravidez hasta que el hijo cumpla dieciocho años de edad.

Es decir que, si se dicta sentencia rápidamente, y ello antes del nacimiento del hijo, se podrá reclamar alimentos para él a los efectos de lograr su desarrollo, o sea, a los efectos de culminar la gravidez en buenas condiciones.

¿Quién será entonces el beneficiado por los alimentos? Parece adecuado aceptar que lo es la persona que aún no ha nacido y por quien en definitiva se ha accionado, aun cuando no hubiere nacido, y ello con la finalidad de permitirle los alimentos necesarios para su desarrollo.

También el artículo 46 del CNA permite similar interpretación, cuando dispone que se consideran alimentos los gastos de atención de la madre durante el embarazo, desde la concepción hasta la etapa del posparto. Podemos pensar en el caso en que la mujer no puede pedir alimentos para sí pero la norma le permite pedir alimentos para el hijo concebido, como dispone el artículo mencionado.

Hacemos estas puntualizaciones pues, aunque el nuevo codificador no haya querido referirse expresamente, en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo, a las personas, surge del artículo 21 del CC que el CNA se refiere a las personas, y que, aunque haya

querido eludir el compromiso referido a la situación del concebido, podemos aceptar que del articulado surge la aceptación de que el concebido es persona, aunque los derechos que pueda adquirir en cuanto tal están sujetos a la condición resolutoria de nacer vivo, sin perjuicio de que para algunos de ellos —por ejemplo, los hereditarios— se requiera nacer vivo y ser viable.

Interesa hacer notar que algunos de esos derechos se pueden haber hecho efectivos durante la concepción y en nada incidirá el nacer vivo o no; sería el caso de los alimentos que, de acuerdo con el concepto amplio dado por el artículo 46 del CNA, comprenderán incluso el ítem salud, que incluye a nuestro entender no sólo las acciones de reparación y rehabilitación de la salud, sino también las de prevención de enfermedad, como los controles clínicos y paraclínicos.

Entendemos que el Pacto de San José de Costa Rica, cuando declara en el artículo 4 el derecho a la vida desde el momento de la concepción, confirma nuestra posición. Se ha refutado esta interpretación porque el legislador cuando se refiere al mismo dice “por lo general el derecho a la vida”, pero nos parece inaceptable que por un lado declare y reconozca un derecho y por otro lo destruya.

### 3.

---

## EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE EN CUANTO SUJETOS DE DERECHO

Podemos aceptar que quienes no se desempeñan como juristas puedan decir —como se está afirmando desde que se sancionó la Convención de los Derechos del Niño, y como se lo repite ahora, luego de la sanción del CNA— que ambos textos convierten al niño y al adolescente en sujetos de derecho.

Podemos apreciar una terminología que se ha extendido desde diversas tiendas, que no son las de los juristas, la cual refleja una confusión conceptual, pero lo más grave es que, según hemos podido apreciar, dicha terminología ha contagiado también a los juristas.

Como es por todos sabido, basta con ser persona para tener la calidad de sujeto de derecho, sin importar la edad, y en cuanto tal ser titular de los derechos derivados de esa

calidad (tal vez algo más que titular de relaciones jurídicas), derechos que no siempre podrá el sujeto ejercer por sí mismo, porque para ello el legislador ha tenido en cuenta la posibilidad de que comprenda las consecuencias de los actos que pueda realizar, y eso en función de la edad y de que su mente no se encuentre afectada.

Así pues, en términos generales podemos decir que el menor de edad, en tanto persona, es titular de los derechos emergentes de tal calidad, pero que el legislador le limita la capacidad de obrar, o sea, la capacidad de ejercer por sí mismo tales derechos.

Y en atención a los actos o negocios jurídicos de que se trate, le reconoce sin embargo la validez de ciertos actos o negocios jurídicos, con lo que escapa a la consecuencia de una posible nulidad de éstos.

Puede contraer matrimonio aun siendo menor de edad, siempre que sea un púber legal (12 años para la mujer y 14 para el varón) con autorización de sus representantes legales, aunque la falta de ésta no acarrea la nulidad del matrimonio; si se contrajere antes de la pubertad legal, podrá no obstante no estar afectado de nulidad si transcurren los plazos referidos por el legislador en el artículo 201 del CC. Puede válidamente testar cuando es legalmente púber, realizar determinados contratos en situaciones excepcionales previstas por el legislador, como la del artículo 2250 del CC, referida al depósito, e incluso celebrar capitulaciones matrimoniales siempre que estuviere asistido para ello por las personas cuya autorización se requiere para contraer dicho matrimonio (artículo 1956 del CC).

Simplemente mencionamos estos puntos sin pretender agotarlos, a los efectos de realzar que los menores de edad son sujetos de derecho que tienen limitada su capacidad de obrar, e insistimos en ello a los efectos de que se comprenda el alcance de las normas que analizaremos, y ello sin perjuicio de que el CNA amplíe en algunas situaciones dicha capacidad de obrar.

Así podemos mencionar el artículo 30 del CNA, que modifica sustancialmente el artículo 235 del CC al permitir que se reconozca un hijo natural o extramatrimonial cualquiera sea la edad del reconociente, mientras que el CC requería para ello que, si el reconociente era menor de edad, fuera casado o habilitado. (Actualmente debemos referirnos solamente al habilitado por el matrimonio, ya que habilitación y emancipación han desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico por llegarse a la mayoría de edad a los 18 años [ley 16.719].)

El nuevo texto condiciona la validez del reconocimiento, *cuando se trata de impúberes*, a la aprobación judicial previa vista del Ministerio Público. No obstante el texto, entendemos que lo que se requiere en el caso debe ser la autorización judicial, en la medida en la

que las autorizaciones desobstaculizan la realización de los actos o negocios jurídicos, y en lo referido al reconocimiento de un hijo el obstáculo será la impubertad del reconociente.

Tal exigencia no es requerida cuando el reconociente es menor de edad pero es púber, o sea, cuando es mayor de 14 años si es varón y mayor de 12 si es mujer (artículo 831 del CC).

La situación de quienes no tienen su plena capacidad es identificada por la doctrina a la hora de calificar los contratos que vinculen a tales personas y que son celebrados por sus representantes legales, como sujetos de la voluntad y sujetos del interés.

Los representantes legales legitimados para celebrar los negocios jurídicos que no pueden celebrar quienes no tienen su plena capacidad son, pues, identificados como sujetos de la voluntad, pues son ellos quienes celebran el negocio, y el destinatario de éste es designado como sujeto del interés.

En materia de capacidad para contratar, será el representante legal del menor quien estará legitimado para ello, y éste en la mencionada calidad de sujeto del interés será quien asumirá los efectos del contrato realizado.

Cuando el menor de edad contrae matrimonio, queda habilitado por ello, y podrá entonces realizar los actos y asumir las obligaciones de un mayor de edad, excepto aquellas para las que el legislador específicamente lo declare incapaz (artículo 307 del CC).

## 4.

---

### VIABILIDAD

Podemos aceptar que en materia filiatoria el CNA ha modificado sustancialmente las normas que han regido en lo referido a filiación legítima o matrimonial, no solamente declarando que son relativas las presunciones al determinar la filiación legítima, sino también los plazos máximos y mínimos de extensión de la gestación del concebido.

Asimismo, ha modificado sustancialmente las acciones vinculadas al desplazamiento de la filiación legítima, ya se trate de la acción de desconocimiento de la paternidad o de las acciones de impugnación de legitimidad (y estas últimas vinculadas a la posesión de estado de hijo legítimo), temas ellos muy importantes que exceden el propósito de este trabajo.

También han sido sustanciales las modificaciones introducidas por el legislador en lo referido a la filiación natural o extramatrimonial, tanto en lo que tiene que ver con el emplazamiento en ella como consecuencia del reconocimiento del hijo, como cuando aquél deriva de las correspondientes acciones de investigación filiatoria, temas que solamente mencionamos porque exceden el propósito de este trabajo.

Lo que nos ha parecido del caso analizar es un punto vinculado al derecho sucesorio, que el nuevo codificador no tuvo en cuenta al referirse a la acción de desconocimiento de la paternidad en el caso de que el hijo nazca antes de transcurridos ciento ochenta días de la celebración del matrimonio (artículo 216 del CC).

En la nueva redacción de dicho artículo, el codificador ya no hace referencia alguna a la viabilidad, que originariamente refería a “haber nacido viable, esto es, de vida y haber vivido veinticuatro horas naturales”, texto que fue objeto de diversas interpretaciones, entre ellas la de Vaz Ferreira,<sup>1</sup> según quien era viable el que hubiera nacido vivo y viviera 24 horas contadas momento a momento. La cuestión de la viabilidad tenía relevancia al momento de comprobar si se era capaz de recibir bienes, ya fuera por herencia o legado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 835 del CC (que se remitía al 216 en el inciso final), o si podía desconocerse al hijo no viable, o sea, al que no hubiera nacido vivo y hubiera vivido 24 horas.

Actualmente debemos tener en cuenta que el artículo 835 del CC referido a la capacidad para suceder mantiene el texto: “Son incapaces de suceder el que no estuviere concebido al momento de abrirse la sucesión, o aunque concebido no naciere viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3.º del artículo 216”, artículo cuya redacción, como decimos, el CNA modificó totalmente, sin hacer mención alguna al punto referido a la viabilidad.

Al interpretar ahora el artículo 835 debemos tener en cuenta que no hay referencia alguna vinculada a la extensión de vida del nacido, por lo que debe aceptarse que es viable quien nace vivo y con aptitud para proseguir viviendo, y que en definitiva es esta la capacidad que el legislador requiere para poder suceder, tanto a título universal como a título particular.

---

<sup>1</sup> VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, t. I, págs. 345-356, Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1967.



## 5.

---

**PATRIA POTESTAD**

Los representantes legales de los menores de edad sujetos a patria potestad son ambos progenitores, salvo que ocurra la muerte, la incapacidad o la pérdida de la patria potestad por parte de uno o de los dos.

La patria potestad se ejercerá en varias vertientes: en la referida a las relaciones personales del progenitor con su hijo (artículos 256, 257, 258 y 259 del CC), en la referida a las relaciones patrimoniales (artículos 266 267 y concordantes del CC) y en la referida a la representación de los hijos (artículo 258 del CC).

El articulado del Código Civil en lo referido al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos o matrimoniales se extiende desde el artículo 252 hasta el 274, mientras que el artículo 275 refiere a la patria potestad sobre los hijos naturales o extramatrimoniales, emplazados en tal estado civil mediante el *reconocimiento*.

## 6.

---

**VIGENCIA DE LA PATRIA POTESTAD LUEGO DE SANCIONADO EL CNA**

El tema a tratar es si, como consecuencia del CNA, el instituto de la patria potestad ha sido tácitamente derogado, como sostiene algún fiscal.

Creemos que tal posición deriva de aceptar que la patria potestad es un derecho, mientras que toda la doctrina y la jurisprudencia aceptan que es en el *deber* del progenitor donde hay que poner el acento a la hora de conceptualizar tal instituto jurídico.

Al respecto podemos mencionar a Belluscio,<sup>2</sup> quien señala que, con las modificaciones introducidas al artículo 264 del CC, se dejó de considerar la patria potestad como

---

<sup>2</sup> BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de derecho de familia*, t. II, pág. 303, 4.ª ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1986.

un derecho, para admitir que es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, para su protección y formación integral. De allí surge que el instituto se establece en interés de los hijos y no de los padres.

Planiol y Ripert,<sup>3</sup> con una definición muy similar a la anterior, agregan que la patria potestad se concede a los padres como consecuencia de las graves obligaciones que tienen que cumplir hacia sus hijos.

Finalmente, Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade<sup>4</sup> señalan que la transformación que el transcurso del tiempo ha operado sobre la patria potestad la lleva a una institución tutelar y protectora del hijo menor.

Hemos creído siempre<sup>5</sup> que los derechos del niño son derechos subjetivos, para ejercer los cuales carece de la capacidad de obrar a que hace referencia Messineo<sup>6</sup> o capacidad de ejercicio según Colin y Capitant,<sup>7</sup> y al día de hoy afirmamos que tiene no solamente la voluntad potencial de querer, como dijimos entonces. Tiene una posibilidad de querer que será tenida en cuenta por sus representantes legales o por los magistrados, según los distintos casos, derecho que aparece ahora específicamente reconocido por el nuevo Código (ya aparecía en la Convención sobre los Derechos del Niño) cuando dispone que sus derechos serán ejercidos de acuerdo con la evolución de sus facultades y reiteradamente establece el derecho del niño a ser oído y a obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

Surge a nuestro entender que el artículo 8 del CNA no desmiente lo que decimos, al expresar que todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana, que tales derechos serán ejercidos de acuerdo con la evolución de sus facultades y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. Expresa que en todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

---

<sup>3</sup> PLANIOL, Marcelo, y RIPERT, Jorge, *Derecho civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, colección Clásicos del Derecho, vol. VIII, México, 1999, pág. 255.

<sup>4</sup> BAUDRY LACANTINERIE - HOUQUES-FOURCADE, *Trattato teorico-pratico de diritto civile delle persone*, vol. V, pág. 141, Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1923.

<sup>5</sup> RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Patria potestad, guarda y tenencia*, 2.ª edición actualizada, 1991, págs. 7-115.

<sup>6</sup> MESSINEO, *Derecho civil y comercial*, t. II, págs. 109-122, Imprenta Balmes, Buenos Aires, 1954.

<sup>7</sup> COLIN Y CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. I, Dalloz, París, 1957, pág. 868.

Expresa asimismo que podrá acudir a los tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, para lo que es preceptiva la asistencia letrada. El juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.

Creemos que la designación de curador a que refiere será pertinente, como específica el mismo artículo, cuando sus intereses estén en contraposición con los de sus padres, tutores o curadores (contraposición que deberá entenderse en sentido amplio, comprensiva del desinterés de éstos), como dispone el artículo 458 del CC, y que el texto no autoriza a prescindir de la representación de sus progenitores cuando ellos ejerzan la patria potestad y coincidan con los intereses de los menores de edad.

Al llegar a la mayoría de edad, la persona adquirirá esa capacidad de obrar o de ejercicio, si previamente no ha sido habilitada por el matrimonio, en cuyo caso adquirirá una capacidad de obrar limitada.

El arsenal de derechos que el CNA reconoce a los niños y adolescentes no es nada más que la traducción de los derechos que éstos tienen en cuanto personas, derechos que siempre han tenido (sin perjuicio de que el CNA les reconoce específicamente el derecho a la recreación, en el artículo 9).

Si bien estos derechos no siempre han sido tenidos en cuenta por quienes han trabajado en el ámbito de la minoridad, ello no significa que los niños y adolescentes no hayan sido titulares de tales derechos.

El artículo mencionado identifica los derechos esenciales de niños y adolescentes: derecho a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratados en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, religión, etnia o condición social.

Es del caso señalar que el derecho a su identidad permite que el adolescente reconocido como hijo extramatrimonial tenga derecho a expresar su voluntad ante el oficial de Estado Civil a los efectos de poder seguir usando los apellidos con los que hasta entonces había sido identificado (artículo 32 del CNA). Similar derecho se le acuerda en el caso de la adopción (artículo 27.10).

## 7.

### DEBERES DE LOS PADRES EN EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Los deberes de los padres en ejercicio de la patria potestad hacia sus hijos podemos individualizarlos en lo referido a las relaciones personales, que configuran la guarda jurídica sobre ellos, diciendo que se expresan:

1. *En el cuidado de la persona* de tales hijos, deber que trasciende la obligación alimentaria, pues, de acuerdo con el artículo 41 de la Constitución, el cuidado y la educación tienen como finalidad que los hijos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social. Debe recordarse que el artículo 279.B del Código Penal dispone que el incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, poniendo en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.

2. *En el deber de educación*, entendido en sentido amplio, que comprende la instrucción y la formación del hijo, a los efectos de que éste alcance su pleno desarrollo y madurez.

3. La doctrina ha agrupado, dentro de lo que denomina *dirección del hijo*, el derecho a vigilar su correspondencia, sus relaciones, impedirle las relaciones que se estimen peligrosas, elegir su religión, etc.<sup>8</sup>

Sobre estos puntos es necesario tener en cuenta las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, que constituyen derecho interno y que es necesario armonizar con el CNA, ya que sus artículos 12, 13, 14, 15 y 16 refieren específicamente a los derechos a la libertad de expresión, así como a sus restricciones legales necesarias para el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o para la protección de la seguridad nacional o el orden público, o para proteger la salud o la moral públicas. Así como se habla del

<sup>8</sup> COLIN y CAPITANT: op. cit.

respeto al derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, se respeta el derecho de los padres y, en su caso, de los representantes legales a guiar al niño en el ejercicio de su derecho, conforme a la evolución de sus facultades. Con esto queremos decir que es necesario armonizar lo dispuesto en ambos textos legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, pues es claro que los derechos reconocidos a niños y adolescentes deben ser ejercidos por ellos de acuerdo con la evolución de sus facultades, como lo dispone el artículo 8 del CNA y surge también de la Convención, y ese ejercicio no significa que hayan desaparecido la patria potestad o la tutela.

Creemos que ello debe interpretarse como el derecho a su ejercicio aun contra la voluntad de sus representantes legales, debiendo ser oído, como dispone el artículo 8 del CNA, con la posibilidad de que cuando fuere necesario se designará curador especial que lo represente, pero el que sea oído no significa que deba aceptarse siempre su voluntad, pues ello puede derivar en la privación de los derechos que el codificador le reconoce y declara.

La representación legal de padres y tutores no ha desaparecido, pero cuando su desinterés en el de los menores de edad o la oposición de intereses lo torne necesario, se requerirá la designación de un curador especial, como surge del artículo 8 del CNA combinado con el artículo 458 del CC.

También se requerirá la designación de curador especial cuando el menor de edad no se encuentre sometido ni a patria potestad ni a tutela.

4. *En la corrección del hijo*, que aparece mencionada en el artículo 16 del CNA y en el artículo 261 del CC, el primero de los cuales habla de corrección adecuada y el segundo, de corrección moderada, según la redacción dada por la ley 16.603, admitiendo este último texto que, si la corrección moderada no fuere suficiente, se puede solicitar al juez competente, aun verbalmente, su internación en un establecimiento adecuado.

No encontramos norma en el CNA que refiera a esta situación, pues la posibilidad de internación —y como última medida— está prevista para los casos en que los adolescentes cometan infracciones a la ley penal (artículo 76.12), y del texto del CC no se desprende que se trate tal situación.

Al parecer la inconducta tiene que ver con el comportamiento social o familiar del menor de edad, y en tal situación la intervención será a nuestro entender ante el juez de familia, quien según el caso dispondrá la atención médica o psicológica del menor de edad o del grupo familiar.

## 8.

### DEBERES DE LOS PADRES QUE NO EJERCEN LA PATRIA POTESTAD Y DE LOS RESPONSABLES

Queremos señalar que nos hemos referido a los derechos y deberes de los padres hacia los hijos sobre los que ejercen la patria potestad, pues nos estábamos ocupando específicamente de tal instituto jurídico. Pero es importante tener en cuenta que tales deberes no son exclusivos de los padres en ejercicio de la patria potestad, sino que surgen por el solo hecho de la procreación, ya que el texto constitucional (artículo 41), cuando refiere a los derechos y deberes de los padres, no los limita a los progenitores en ejercicio de la patria potestad.

También ahora el artículo 16 del CNA iguala los deberes de los padres y de los responsables pero no se refiere a sus derechos, de lo que entendemos que, de todos modos y en lo referido a los padres, éstos tienen todos los deberes y derechos que permitirán lograr la total capacidad corporal, intelectual y social de los hijos que refiere el artículo 41 de la Constitución.

En cuanto a la situación de los responsables que menciona el artículo 16 del CNA, son varias las interrogantes que podemos formularnos:

1) ¿A qué personas se refiere el codificador cuando habla de responsables?

En primer lugar, entendemos que lo son los padres de los menores de edad, que en este artículo están por otra parte específicamente mencionados junto con los responsables, y por lo tanto distinguidos de los restantes posibles responsables.

El término *responsable* empleado por el codificador del CNA tiene un significado distinto del que le da el Código Civil, que lo menciona al referirse a los delitos y cuasidelitos (artículos 1320, 1322, 1327, 1328, 1330 del CC).

Creemos que bajo tal denominación puede entenderse a aquellas personas que ejercen la representación legal de los menores de edad, como es el caso de los tutores y curadores (sin perjuicio, por supuesto, de la situación de los progenitores que ejercen la patria potestad).

Pero, dado el articulado del Código, que por otra parte se refiere a hogares de cuidado en el Capítulo XI, III, o grupos de crianza en el artículo 12, empleando una

terminología que no es específicamente jurídica, creemos que será necesario buscar la intención del legislador.

En el artículo 133 del CNA el legislador menciona la tenencia como una de las posibles vías para resolver la situación del niño o adolescente cuando se dispone la separación definitiva regulada en tal texto.

De las diversas disposiciones del CNA surge el propósito del codificador de que el niño y el adolescente permanezcan junto a su familia, y si ello no fuere posible se apela a otros hogares, aceptando finalmente la posibilidad de la institucionalización con características de hogar, donde se les pueda brindar la posibilidad del desarrollo integral.

El artículo 36 del CNA refiere a la tenencia del niño o adolescente por terceros, y dispone en el numeral 3 que quien la ejerza está obligado a brindarles la protección y los cuidados necesarios para su desarrollo integral. De ello podemos inferir entonces que son también responsables quienes legalmente ejercen la tenencia de los niños y adolescentes.

Nos referimos a una tenencia otorgada por el magistrado competente, pero debemos recordar que no es inusual que ésta se solicite o se convenga con la finalidad de obtener determinados beneficios sociales. En tales casos, creemos que la formalidad derivada de la intervención judicial significa solamente el cumplimiento de un requerimiento legal para lograr dichos beneficios, y no es a esa situación a la que nos referimos.

También lo serían aquellas personas a quienes el magistrado confiera la guarda jurídica de un menor de edad al cabo de un proceso en que, por ejemplo, se limite la patria potestad del o de los progenitores.

Nos queda la duda referida a la situación en la que un tercero asume voluntariamente la tenencia de un niño o adolescente y ello sin intervención judicial.

Creemos que del artículo 260 del CC puede aceptarse que también los terceros que asumen voluntariamente la prestación de alimentos a los menores de edad en la situación prevista por el codificador pueden entenderse como sus responsables. El artículo referido dispone que, si el hijo menor de edad ausente de la casa paterna no pudiese ser atendido por sus padres con lo que necesita por razón de alimentos (artículo 121), las sum ministraciones que con ese objeto se le hagan por cualquier persona se juzgarán hechas con autorización de aquéllos.

El que haga las sum ministraciones deberá dar noticia de ellas a los padres lo más pronto posible. Toda omisión voluntaria sobre ese punto hará cesar la responsabilidad de los padres.

Este artículo es similar en su primera parte a lo dispuesto en el Código argentino, pero nuestra norma agrega que la omisión voluntaria hará cesar la responsabilidad de los

padres, la que entendemos que en realidad no legitima la conformación de un enriquecimiento sin causa, por cuanto quien omite la comunicación a los padres debe entenderse que lo hace con intención de liberalidad.

Sin perjuicio de ello, y en la medida en que los padres aceptan que un tercero cubra las necesidades alimentarias de su hijo, con todo el alcance que le confiere el artículo 121 del CC, ampliado al día de hoy con el concepto de alimentos que define el artículo 46 del CNA, creemos que en tal situación también ese tercero puede ser considerado responsable.

2) ¿Qué derechos tiene el responsable frente al menor de edad, ya que el artículo 16 solamente menciona sus deberes?

Creemos que deberá tenerse en cuenta el caso concreto, pero que la regla surgirá al considerar los deberes que menciona el artículo 16 del CNA. De acuerdo con el literal B, debe alimentarlo, cuidar su salud, su vestimenta y velar por su educación; según el literal E, debe corregir adecuadamente a los hijos o tutelados; según el literal H, velar por que asistan a los centros de estudio y participen en el proceso educativo, y todo ello de acuerdo con el literal C, es decir, respetando el derecho del niño o adolescente a ser oído y que se considere su opinión. La contrapartida de estos deberes conforma el ejercicio de los derechos que le permitan cumplir con tales deberes, y creemos que deberá tenerse en cuenta cada caso concreto a los efectos de determinar los derechos del responsable. Ello unido a los deberes que a su vez tiene el menor o adolescente, que aparecen determinados en el artículo 17 del CNA.

Por último, mencionamos la importancia que adquiere el tema de los responsables a la hora de estudiar la responsabilidad extracontractual derivada de los daños ocasionados por niños o adolescentes.

En tal caso deberá recordarse que, de acuerdo con el artículo 1320 del CC, los niños menores de diez años son incapaces, por lo que son responsables del daño por ellos causado las personas que los tengan bajo su cuidado, sin posibilidad de resarcirse sobre los bienes que tenga o pueda en el futuro adquirir quien causó el daño teniendo menos de diez años. En tales situaciones se entiende que es necesario probar la culpa de quien lo tenía bajo su cuidado.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. XIX, FCU, Montevideo, págs 141-152; GAMARRA, Jorge, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXII, pág. 731: "Lo nuevo y lo viejo en la responsabilidad extracontractual".



Si, en cambio, se tratara de niños mayores de 10 años y se los tuviera bajo autoridad, convivencia y contralor, es posible aceptar la responsabilidad objetiva del responsable, derivada de los daños ocasionados por tales menores de edad, pero también es posible que el responsable pueda resarcirse con los bienes que tenga o pueda adquirir quien causó el daño siendo menor de edad pero mayor de 10 años.

## 9.

---

### **PATRIA POTESTAD Y RELACIONES PATRIMONIALES SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS**

Tratando ahora las relaciones patrimoniales derivadas de la patria potestad, no vemos que haya norma alguna que modifique las disposiciones del Código Civil en cuanto a la administración de los bienes de los hijos, salvo el artículo 209 del CNA, que faculta a los jueces de familia o los jueces letrados departamentales a entregar la administración de los bienes de los niños o adolescentes, cuando lo considere conveniente, a instituciones bancarias de notoria responsabilidad.

La norma se encuentra inserta en el capítulo XVI, que trata de la pérdida, limitación, suspensión o rehabilitación de la patria potestad, de lo que surge que la facultad conferida a los magistrados está vinculada a tales procesos.

Fuera de este caso, están vigentes las normas referidas a la calidad de administradores de los bienes de sus hijos que declara el artículo 267 del CC, así como los artículos que refieren a determinadas prohibiciones de los progenitores sobre los bienes de sus hijos menores de edad.

Finalizando este punto, entendemos que no han sido modificadas las normas referidas al ejercicio de la patria potestad en lo que respecta a las relaciones patrimoniales

# 10.

## PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

Un tema que ofrece gran interés y dificultades es el de la situación de abandonado a que hace referencia el CNA al tratar la legitimación adoptiva.

Dicho Código modifica sustancialmente el instituto jurídico mencionado, no en cuanto a sus efectos pero sí en cuanto a las exigencias derivadas de la ley madre, la ley 10.674, y sus modificaciones derivadas de distintas leyes.

En cuanto a los legitimantes, se mantiene la exigencia de que estén unidos en matrimonio, pero adquiere relevancia el concubinato *more uxorio* que antes de aquél hubiere ligado a quienes pretenden proceder a la legitimación adoptiva de un niño o adolescente. Ello es así porque, si bien el CNA exige cuatro años de matrimonio, acepta computar como tal el previo concubinato entre ambos cónyuges (artículo 145.1), situaciones no previstas antes del nuevo Código, en que se exigían cinco años de matrimonio y no se aceptaba tener en cuenta el concubinato previo.

Tal exigencia en cuanto a la extensión de la unión actualmente requerida puede ser obviada por motivo fundado y expreso, como también pueden obviarse tanto las edades requeridas a los legitimantes —actualmente 25 años de edad (30 años en la legislación anterior)— como los quince años de diferencia entre legitimantes y legitimado, todo ello siempre por motivo fundado y expreso sin oposición del Ministerio Público, tal como previamente también se aceptaba en lo referido a estos dos últimos requisitos. A los legitimantes se les exigía originariamente haber ejercido la tenencia del menor durante tres años, plazo posteriormente abatido a un año.

A nuestro entender, una de las modificaciones más importantes introducidas en el CNA es la referida a la prueba de la situación de abandonado del niño o adolescente a quien se pretende legitimar; en definitiva, en todas las hipótesis referidas por el legislador subyacía el abandono en la redacción originaria de la ley 10.674.

Si uno estudia las hipótesis previstas por dicha ley, comprende que ello es así pues no basta con ser huérfano de padres para justificar la legitimación adoptiva del menor de edad. Si el niño es hijo de padres realmente desconocidos y se encuentra bajo la tenencia de terceros, seguramente es porque los progenitores lo han abandonado; también si se trata de un pupilo del Estado, y a texto expreso el codificador permite la legitimación

adoptiva del hijo legítimo propio conjuntamente con el actual cónyuge, siempre que el otro progenitor lo hubiere abandonado.

El decreto ley 14.759, del 27/11/1978, modificó la redacción del artículo 1.º de la ley 10.674, posteriormente modificado por la ley 12.486, el que quedó redactado, en lo que nos interesa destacar, como sigue: “Queda permitida la legitimación adoptiva a favor de menores abandonados, de huérfanos de padre y madre, de pupilos del Estado, del hijo de padres desconocidos o del hijo o hijos reconocidos por uno de los legitimantes”, requiriendo, como decíamos, que hubieran tenido al menor bajo su guarda o tenencia por un término no inferior a un año.

Originariamente la ley no preveía como posible la legitimación de los hijos propios de uno de los legitimantes, fueran naturales o legítimos. Posteriormente ello se autorizó por el decreto-ley 14.759, y por la ley 16.108 se autorizó la legitimación adoptiva del hijo legítimo de uno de los legitimantes si el otro progenitor legítimo hubiera perdido la patria potestad por abandono de su hijo, remitiendo al numeral 7 del artículo 285 del CC, requisito este último omitido en la redacción del CNA. A esto agregamos que en el numeral 3 del artículo 144 del CNA se dispone que, en caso de existir hermanos en situación de abandono, se propenderá a su integración conjunta en una familia adoptiva.

## 11.

### ABANDONO

No obstante las modificaciones sufridas por la ley 10.674, seguía vigente la exigencia del inciso 4 del artículo 2, que decía: “La condición de menor abandonado se acreditará por sentencia ejecutoriada que declare la pérdida de la patria potestad”.

La norma referida ofrecía dificultad de interpretación para aquellos casos en que no se ejercía la patria potestad sobre el menor de edad por haberse omitido su reconocimiento cuando era un hijo natural o extramatrimonial, y luego de muchas vacilaciones se aceptó que en tales casos era necesario probar el abandono en cuanto tal.

Pero el grave problema era determinar cómo se configuraba el abandono.

La legitimación adoptiva quedaba entonces enraizada con el concepto abandono, y en los textos legales uno encontraba que, según el artículo 285.7 del CC, una de las

causales de pérdida de la patria potestad aparecía “*si se comprobare en forma irrefragable que durante un año han hecho abandono culpable de los deberes inherentes a su condición de tales, no prestando a sus hijos los cuidados y atenciones que les deben*”. El Ministerio Público y el Juez competente apreciarán la prueba, atendida la situación de los padres y *muy especialmente las conveniencias del menor*” (esto último en la redacción dada por la ley 16.603). El numeral 7 referido termina diciendo que sólo por causas excepcionales, acreditadas debidamente, el juez podrá conceder a los padres la readquisición de los derechos de que hubieran sido privados por dicha causal.

Surge pues de lo expresado que podía ser legitimado adoptivamente el menor de edad sobre quien sus progenitores hubieren perdido la patria potestad por abandono, configurado por no prestarle durante un año los cuidados y atenciones que se le deben, y si no ejercían la patria potestad se requería probar igual conducta.

Como todos los que hemos trabajado en derecho de familia sabemos, hay situaciones que usualmente se han tipificado como de semiabandono, y ello ocurre cuando el o los progenitores concurren muy esporádicamente a visitar sus hijos en instituciones donde han sido internados por razones económicas, o en hogares de personas conocidas que les han prestado albergue.

Conociendo el progenitor o la progenitora que si durante un año no concurre a visitar su hijo éste será declarado abandonado, lo visita esporádicamente en el transcurso del año, situación que tradicionalmente se ha entendido que no configura el abandono, a pesar de que el niño no identifique a ese progenitor debidamente o, si lo hace, demuestre el desapego entre ambos.

La gran omisión del legislador, a nuestro parecer, ha sido evaluar solamente el elemento *tiempo* a los efectos de la configuración del abandono, desechando elementos tan importantes como el grave deterioro de los lazos afectivos entre el menor y sus progenitores, lo que lleva a que los niños permanezcan institucionalizados o en hogares a los que en definitiva no pertenecen en cuanto a relación familiar, aun cuando se pretenda legitimarlos adoptivamente, por entenderse que no se ha configurado el abandono. Ello según una lectura piedeletrista del texto.

Debemos siempre recordar que ha permanecido constante el principio, declarado en la ley 10.674, de que la legitimación adoptiva debe ser motivada y “*siempre que sea beneficiosa para el menor*”, y actualmente el CNA refiere al interés superior del niño o adolescente añadiendo aún una cuota mayor de relevancia al determinar si hacer o no lugar a una legitimación adoptiva.

Más allá de estas reflexiones, encontramos que el CNA, al referirse a la legitimación adoptiva, sigue identificando el abandono como una de las situaciones que pueden dar lugar a ella, y expresa en el último inciso del artículo 144 que la condición de abandono se acreditará por sentencia ejecutoriada, para lo que deben seguirse los procedimientos establecidos en el artículo 133 y concordantes

Ahora bien, los artículos 132 y 133 aparecen bajo el numeral III (referido a los hogares de cuidado) del capítulo XI, que se titula “Protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños y adolescentes y situaciones especiales”.

Del artículo 132 surge que, cuando se entrega un niño o adolescente a una persona ajena a su familia biológica, tanto quien lo entrega como quien lo recibe debe poner el hecho en conocimiento del juez de familia dentro de las cuarenta y ocho horas. Frente a ello, el magistrado debe adoptar las medidas urgentes de protección necesarias, solicitar informes psicológicos y sociales a los efectos de determinar las posibilidades de que el niño permanezca en su familia de origen y disponer las medidas de apoyo familiar. Si no es posible que permanezca en su familia de origen, se procederá como indica el artículo siguiente

Del artículo 133 siguiente surge a su vez que la separación definitiva del niño o adolescente de su familia de origen se dispondrá por sentencia dictada en proceso extraordinario, en el que serán emplazados los padres o responsables, así como quienes se hubieran ocupado de él hasta la entrega a que hace referencia el artículo 132, proceso en el que será oído el niño o adolescente, al que además se le designará defensor. El juez dictará sentencia una vez que haya obtenido información suficiente y será asesorado por equipo técnico especializado.

Del artículo mencionado surgen las directivas que el codificador da al juez para proceder en caso de que se resuelva la separación definitiva del niño o adolescente: inserción en hogares que permitan salvaguardar sus vínculos afectivos, ya sea en tenencia de terceros o en hogar institucional que ofrezca garantías para su desarrollo, o la adopción. En este último caso intervendrá el INAU o institución autorizada, norma que no precisa el alcance de la intervención ni el plazo en el que deberá expedirse.

Entendemos adecuado aceptar que el magistrado confiera un plazo al INAU para expedirse, y que, en caso de que no lo haga en el tiempo fijado, el silencio será tomado como aceptación de la propuesta de legitimación adoptiva.

Finaliza el artículo mencionado disponiendo que, cuando los padres o familiares presten su consentimiento, éste sólo será válido si ha sido dado en presencia del juez, con el asesoramiento necesario y en conocimiento de las consecuencias derivadas de ello.

De acuerdo con el CNA, pues, antes del pronunciamiento judicial en el proceso voluntario que regirá la solicitud de legitimación adoptiva (artículo 146) deberá haberse recorrido los procedimientos mencionados.

Varias son las observaciones que podemos formular al respecto

- a) Ya no es la pérdida de la patria potestad la que identificará el abandono, como disponía la ley 10.674.
- b) Entendemos que la patria potestad la perderán los progenitores que la ejercieran, como consecuencia de la sentencia que autoriza la legitimación adoptiva, pues de allí en adelante se cortarán todos los lazos que unían al menor de edad con su familia (artículo 149 del CC).
- c) El codificador no tiene en cuenta situaciones de hecho anteriores a la vigencia del CNA, y por lo tanto no puede seguirse una interpretación piedeletrista del texto codificado. Así, en caso de existir una sentencia de pérdida de patria potestad por abandono anterior a la vigencia del CNA, parece inadmisibles exigir el comienzo del proceso a que hace referencia el artículo 133 de este Código, pues no hay nada que razonablemente lo requiera, y si se había dictado sentencia de pérdida de la patria potestad fue porque el proceso correspondiente fue iniciado por los futuros legitimantes y en él ya se había probado el abandono de acuerdo con las normas entonces vigentes.
- d) La ausencia en el CNA del factor *tiempo* para la configuración del abandono, que previamente surgía del artículo 285.7 cuando debía recurrirse a la pérdida de la patria potestad, debe llevarnos a admitir que el codificador actual prescinde de ese elemento y lo que debe tenerse en cuenta es el tan mentado principio de *atender al interés superior del niño o adolescente*, lo que puede significar que se identifiquen como abandono aquellas situaciones que hasta ahora se han identificado como de semiabandono. De todos modos, creemos que la omisión en el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad o maternidad es lo que conduce a tipificar la situación de abandono, cuando ello conlleva la ruptura o el grave deterioro de las relaciones afectivas entre padres e hijos.
- e) Surge del texto codificado que el legislador tiene en cuenta también a los integrantes de la familia de origen a la hora de prestar el consentimiento para la separación definitiva, y en aras de la seguridad y estabilidad para el niño será éste el único momento en que podrá tenerse en cuenta su voluntad, así como la voluntad de sus progenitores.

- f) Creemos pues que, cuando sea exigible el cumplimiento del artículo 133 del CNA, no será válida la oposición que pudiera formularse a la legitimación adoptiva si válidamente se aceptó la separación definitiva en el proceso referido en dicho artículo, por cuanto debemos recordar que el proceso referido en dicho artículo es un proceso extraordinario contencioso, donde se pueden interponer las vías recursivas legalmente previstas por el CGP.

Ello, como decimos, en aras de la estabilidad emocional del niño, figura central en la situación de que se trata.

Finalmente, decimos que empleamos el término *abandono* pues el legislador así lo hace, sin ignorar que actualmente se lo rechaza por entenderlo estigmatizante para el niño, quien por ello aparece cosificado.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- BAUDRY LACANTINERIE, G., y WAHL, Alberto, *Trattato teorico pratico de diritto civile. Delle Persone*, Dottor Francesco Vallardi, Milán.
- CESTAU, Saúl, *Derecho de familia y familia*, FCU, Montevideo, 1977.
- COLIN, Ambroise, y CAPITANT, Henri, *Traité de droit civil*, Dalloz, París, 1957.
- ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de derecho civil*, t. IV: "Derecho de Familia I y II", Bosch, Barcelona.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, FCU, Montevideo, 2004.
- GATTI, Hugo, *Personas*, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, IIN-OEA-CIDH, Montevideo, 2002.
- MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte primera, vol. IV: "La familia", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1928.

RIVERO DE ARHANCET, M., *Patria potestad, guarda y tenencia*, Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, FCU, Montevideo, 1991.

SPOTA, Alberto, *Tratado de derecho civil*, t. I, Parte general, vol. 3, Depalma, Buenos Aires, 1949.

VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1962.



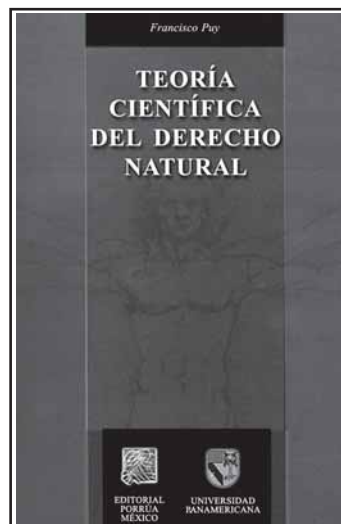
# RECENSIÓN

---



# Recensión del libro de Francisco Puy

*Teoría científica del Derecho Natural*





La *Teoría científica del Derecho Natural* es una muy importante obra en la que el distinguidísimo profesor Francisco Puy expone, con claridad y profundidad de pensamiento filosófico, la discusión de los temas sobre los que polemizan positivistas y iusnaturalistas que buscan ascender hacia las alturas de la verdad donde el encuentro es inevitable. En casi quinientas páginas se sintetiza cuanto se ha discutido desde la antigüedad hasta hoy sobre derecho natural, y se expone con orden admirable y de modo adecuado para responder a las inquietudes del intelectual moderno.

El autor, después de describir el desarrollo histórico del concepto de *derecho natural* y de considerar asimismo sus principales conexiones filosóficas, y después “de haber revisado los resultados fundamentales alcanzados por la ciencia del Derecho Natural” llega a la conclusión de que “el concepto de Derecho Natural al comienzo del siglo XXI se manifiesta como una idea de amplio uso, pero de difícil captación y concreción”.

El problema de la ciencia del Derecho Natural del siglo XXI es contestar esta pregunta: “¿En qué consiste, qué es, cómo es, por qué es el Derecho Natural?”.

La teoría del iusnaturalismo [...] está *in fieri* y no hay que ser pesimistas para intuir que tardará aún bastante en cristalizar, dada la obscuridad de la actual situación intelectual, la pluralidad de medios de difusión y la multiplicidad de opiniones que se entrecruzan.

Considera temas básicos, como derecho natural y ciencia jurídica, derecho natural y derecho positivo, y derecho natural y naturaleza. Trata de ser un juez imparcial en la polémica entre positivismo y iusnaturalismo, “realizando una atenta escucha y un respetuoso diálogo con los ‘principales protagonistas’ de la lid mantenida a lo largo del siglo XX.

Y llega a la conclusión de que *derecho natural* significa simplemente “un concepto universal auténtico, ni previo a la realidad, ni limitado por la realidad, sino fundamentado en la realidad”.

La expresión *Derecho Natural* alude a dos cosas complementarias: una ciencia que estudia un objeto, y el objeto mismo estudiado por esa ciencia.

Como corolario de su conclusión afirma que el derecho natural no obstaculiza; antes bien, complementa importantes pretensiones positivistas”; por ejemplo, que existen otras ciencias jurídicas (meramente científicas) destinadas a analizar las causas próximas y los problemas ordinarios de la aplicación del derecho, y que existen otros fundamentos (meramente próximos) más inmediatos y tangibles de cada una de las experiencias jurídicas concretas.

*Profesor Dr. Carlos Musetti*

# **DOCUMENTO**

---







# Corte Internacional de Justicia

*Sentencia n° 135 del 13 de julio 2006*  
*(versión original)*



---

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2006

2006  
13 July  
General List  
No. 135

13 July 2006

CASE CONCERNING PULP MILLS ON THE RIVER URUGUAY

(ARGENTINA *v.* URUGUAY)

REQUEST FOR THE INDICATION OF PROVISIONAL MEASURES

ORDER

*Present:* President HIGGINS; *Vice-President* AL-KHASAWNEH; *Judges* RANJEVA, KOROMA, PARRA-ARANGUREN, 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 explains that the 1975 Statute was adopted in accordance with Article 7 of the Treaty defining the boundary on the River Uruguay between Argentina and Uruguay, signed at Montevideo on 7 April 1961 and which entered into force on 19 February 1966, which provided for the establishment of a joint régime for the use of the river;

3. Whereas in its aforementioned Application Argentina bases the jurisdiction of the Court 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 as follows: “Any dispute concerning the interpretation or application of the [1961] Treaty and the [1975] Statute which cannot be settled by direct negotiations may be submitted by either party to the International Court of Justice”; and whereas Argentina adds that direct negotiations between the parties have failed;

4. Whereas in its Application Argentina states that the purpose of the 1975 Statute is “to establish the joint machinery necessary for the optimum and rational utilization” of that part of the River Uruguay which is shared by the two States and constitutes their common boundary; whereas it further states that in addition to governing “activities such as conservation, utilization and development of other natural resources”, the 1975 Statute deals with “obligations of the parties regarding the prevention of pollution and the liability resulting from damage inflicted as a result of pollution” and sets up an “Administrative Commission of the River Uruguay” (hereinafter “CARU”, in its Spanish acronym) whose functions include regulation and co-ordination; whereas Argentina submits, in particular, that Articles 7 to 13 of the Statute provide for an obligatory procedure for prior notification and consultation through CARU for any party planning to carry out works liable to affect navigation, the régime of the river or the quality of its waters;

5. Whereas Argentina states that the Government of Uruguay, in October 2003, “unilaterally authorized the Spanish company ENCE to construct a pulp mill near the city of Fray Bentos”, a project known as “Celulosa de M’Bopicuá” (hereinafter “CMB”), and claims that this was done without complying with the above-mentioned notification and consultation procedure;

6. Whereas Argentina maintains in its Application that, despite its repeated protests concerning “the environmental impact of the proposed mill”, made both directly to the Government of Uruguay and to CARU, “the Uruguayan Government has persisted in its refusal to follow the procedures prescribed by the 1975 Statute”, and that Uruguay has in fact “aggravated the dispute” by authorizing the Finnish company Oy Metsä-Botnia AB (hereinafter “Botnia”) in February 2005 to construct a second pulp mill, the “Orion mill”, in the vicinity of the CMB plant; whereas according to Argentina the “Uruguayan Government has further aggravated the dispute” by issuing authorization to Botnia in July 2005 “for the construction of a port for the exclusive use of the Orion mill without following the procedures prescribed by the 1975 Statute”;

7. Whereas Argentina claims that the authorization by the Government of Uruguay for the projected works was given without due consideration for the environmental impact of the construction of such plants, and in support of this claim refers to specific deficiencies in the environmental assessment carried out for each project;

8. Whereas in its Application Argentina argues that “the CMB and Orion pulp mills will jeopardize conservation of the environment of the River Uruguay and of the areas affected by the river”; whereas it notes, in this connection, that these pulp mills have been classified by the National Directorate for the Environment of the Uruguayan Government (hereinafter “DINAMA” in its Spanish acronym) “as projects presenting a risk of major negative environmental impact”, that “the process envisaged by the CMB and Orion projects . . . is inherently polluting” and that “90 per cent of fish production in the Argentina-Uruguay section of the river (over 4,500 tonnes per year) is located within the areas affected by the mills, which are also a breeding area for the river’s migratory fish stocks”; whereas Argentina further notes with concern “the amount of effluent which these mills are expected to discharge into the River Uruguay”, their proximity to “major urban population centres” and “the inadequacy of the measures proposed for the prevention and reduction of the potential impact of liquid effluent, gas emissions and solid waste”;

9. Whereas in its Application Argentina states that direct negotiations between the two States through various channels have failed, including through the High-Level Technical Group (hereinafter “GTAN”, in its Spanish acronym) which was set up to resolve the dispute between them and which met “12 times between 3 August 2005 and 30 January 2006”;

10. Whereas, with regard to the current situation, Argentina explains that “ENCE has carried out only groundworks for the construction of the CMB mill and has suspended work on construction of the plant for 90 days with effect from 28 March 2006”; whereas Argentina contends that “[c]onstruction of the Orion mill continues notwithstanding the dispute between the Parties” and that “[t]he mill is scheduled to commence operations during the first half of 2007”; whereas Argentina also states that “[i]t is furthermore understood that Uruguay is in process of authorizing the construction of a third mill on the Rio Negro, a tributary of the River Uruguay”;

11. Whereas Argentina concludes its Application with the following submissions:

“On the basis of the foregoing statement of facts and law, Argentina, while reserving the right to supplement, amend or modify the present Application in the course of the subsequent procedure, requests the Court to adjudge and declare:

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;

---

- 4 -

- (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”;

12. Whereas, on 4 May 2006, after filing its Application Argentina also submitted a request for the indication of provisional measures, pursuant to Article 41 of the Statute of the Court and to Article 73 of the Rules of Court;

13. Whereas in its request for the indication of provisional measures Argentina refers to the basis of jurisdiction of the Court invoked in its Application, and to the facts set out therein;

14. Whereas according to Argentina, the rights which it seeks to safeguard by its request

“derive from the 1975 Statute and from the principles and rules of international law necessary for its interpretation and application, in particular:

- (a) the right to ensure that Uruguay complies with the obligations provided for in the 1975 Statute governing the construction of any works liable to affect the régime of the River Uruguay or the quality of its waters;
- (b) the right to ensure that Uruguay shall not authorize or undertake the construction of works liable to cause significant damage to the River Uruguay — a legal asset whose integrity must be safeguarded — or to Argentina;
- (c) the right of Argentina to ensure that the riparian population of the River Uruguay under its jurisdiction residing in the proximity of the projected works, or within the areas affected by them, may live in a healthy environment and not suffer damage to their health, economic damage, or any other type of damage, by reason

of the construction and commissioning of pulp mills in breach of the procedural and substantive obligations provided for in the 1975 Statute and the principles and rules of international law necessary for its interpretation and application”;

15. Whereas in support of its request for the indication of provisional measures Argentina claims that “the commissioning of the CMB and Orion pulp mills will inevitably affect significantly the quality of the waters of the River Uruguay and cause significant transboundary damage to Argentina”, and that “the cause of such damage lies, *inter alia*, in the choice of site, the technology adopted and the methods proposed for the treatment of liquid effluent, solid waste and gas emissions”;

16. Whereas Argentina adds that the continued construction of the works in question “under the conditions described in the Application will also result in serious social and economic damage in the areas affected by the River Uruguay”;

17. Whereas in its request Argentina further states that the harmful consequences of these activities would be “such that they could not simply be made good by means of financial compensation or some other material provision” and argues that

“failing adoption of the provisional measures requested, the commissioning of the CMB and Orion mills before a final judgment is rendered would seriously and irreversibly compromise the conservation of the environment of the River Uruguay and of the areas affected by the river, as well as the rights of Argentina and of the inhabitants of the neighbouring areas under its jurisdiction”;

18. Whereas Argentina contends that the continued construction of the mills

“would set the seal on Uruguay’s unilateral effort to create a ‘fait accompli’ and to render irreversible the current siting of the mills, thus depriving Argentina of its right to have an overall, objective assessment of the environmental impact carried out in order to determine whether or not the mills can be built, or whether they should be built elsewhere, or on the basis of criteria other than those currently applied”;

19. Whereas Argentina states that “[c]ontinued construction would enable the CMB and Orion mills to be in service even before the end of the present proceedings” and that the commissioning of the mills is scheduled for August 2007 for Orion, and June 2008 for CMB; whereas Argentina thus maintains that “the situation undoubtedly calls for urgent measures to be taken”, and further claims that “[n]ot only is there a risk that actions prejudicial to the rights at issue in this case might be taken before a final judgment is rendered, but such actions are already being taken”;

20. Whereas at the conclusion of its request for the indication of provisional measures Argentina asks the Court to indicate that

“(a) pending the Court’s final judgment, Uruguay shall:

---

- 6 -

- (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";

21. Whereas on 4 May 2006, the date on which the Application and the request for the indication of provisional measures were filed in the Registry, the Registrar advised the Government of Uruguay of the filing of those documents and forthwith sent it certified copies of them, in accordance with Article 40, paragraph 2, of the Statute of the Court and with Article 38, paragraph 4, and Article 73, paragraph 2, of the Rules of Court; and whereas the Registrar also notified the Secretary-General of the United Nations of that filing;

22. Whereas on 4 May 2006 the Registrar informed the Parties that the Court, in accordance with Article 74, paragraph 3, of the Rules of Court, had fixed 31 May and 1 June 2006 as the dates for the oral proceedings;

23. Whereas, following the Registrar's subsequent consultations with the Parties, the Court decided to hear the Parties on 8 and 9 June 2006 concerning Argentina's request for the indication of provisional measures; and whereas the Parties were so advised by letters of 11 May 2006 from the Registrar;

24. Whereas, on 2 June 2006, Uruguay transmitted to the Court a copy of a CD-ROM containing the electronic version of two volumes of documents concerning the request for the indication of provisional measures entitled "Observations of Uruguay" (paper copies of which were subsequently received); and whereas copies of these documents were immediately sent to Argentina;

25. Whereas, on 2 June 2006, Argentina transmitted to the Court various documents, including a video recording, and on 6 June 2006, it transmitted additional documents; and whereas copies of each set of documents were immediately sent to Uruguay;

---



30. Whereas at the hearings Argentina, *inter alia*, reiterated the arguments set out in its Application and its request for the indication of provisional measures; and whereas it asserted that the conditions for the indication of provisional measures had been fulfilled;

31. Whereas in its first round of oral observations, Argentina argued that Article 60 of the 1975 Statute was “more than sufficient to establish the prima facie jurisdiction of the Court in accordance with its established jurisprudence”; and whereas it added that Article 12 of the 1975 Statute provided that if, having followed the steps set down in Articles 7 to 11, Argentina and Uruguay fail to agree on works liable to affect navigation, the régime of the river or the quality of its waters, the procedure indicated in Article 60 shall be followed;

32. Whereas Argentina claimed that its rights under the 1975 Statute arose in relation to two interwoven categories of obligations: “obligations of result that are of a substantive character, and obligations of conduct that have a procedural character”;

33. Whereas Argentina observed that Article 41 (*a*) of the 1975 Statute imposed substantive obligations and created for Argentina at least two distinct rights: first, “the right that Uruguay shall prevent pollution” and, second, “the right to ensure that Uruguay prescribes measures ‘in accordance with applicable international standards’”; and whereas Argentina submitted that Uruguay had respected neither of these obligations; whereas Argentina asserted that the substantive obligations under the Statute included “Uruguay’s obligation not to cause environmental pollution or consequential economic losses, for example to tourism”;

34. Whereas Argentina stated that Articles 7 to 13 of the 1975 Statute and Article 60 thereof establish a number of procedural rights held by Argentina: “first, the right to be notified by Uruguay before works begin; secondly, to express views that are to be taken into account in the design of a proposed project; and, thirdly, to have th[e] Court resolve any differences before construction takes place”; whereas it emphasized that, according to Articles 9 and 12 of the 1975 Statute, Uruguay had the obligation

“to ensure that no works are carried out until either Argentina has expressed no objections, or Argentina fails to respond to Uruguay’s notification, or the Court had indicated the positive conditions under which Uruguay may proceed to carry out works”;

whereas it submitted that none of these three conditions had yet been met; whereas it claimed that the above-mentioned procedures were mandatory and “admit[ted] of no exception”; whereas Argentina further emphasized that, in its view, Article 9 of the 1975 Statute “established a ‘no construction’ obligation . . . of central importance to this phase of the proceedings”;

35. Whereas Argentina maintained that its rights, derived from both substantive and procedural obligations, were “under immediate threat of serious and irreparable prejudice”; whereas it submitted that, in order for provisional measures to be indicated, the jurisprudence of the

Court required only that there should be a serious risk that irreparable prejudice or damage might occur; whereas it contended that the site chosen for the two plants was “the worst imaginable in terms of protection of the river and the transboundary environment”; whereas it argued that environmental damage was, at the least, “a very serious probability” and would be irreparable; whereas it submitted that economic and social damage would also result and would be impossible to assess; whereas it further contended that the construction of the mills “[was] already having serious negative effects on tourism and other economic activities of the region”, including suspension of investment in tourism and a drastic decline in real estate transactions; whereas it maintained, referring to the Orders of 17 August 1972 in the *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* (*Federal Republic of Germany v. Iceland*) cases, that “any dismantling of the mills once built could not ‘restore’ Argentina’s rights concerning the protection of the riverine environment” and that, with respect to rights derived from procedural obligations, following the construction of the mills, there would “no longer be any obligation to be discharged”;

36. Whereas Argentina submitted that Uruguay’s actions “irreversibly prejudice[d] not only Argentina’s rights but also the functioning of [the] Court, which [had] been given a central role by Articles 12 and 60 of the [1975] Statute”; whereas Argentina contended that the Court should be allowed to settle the dispute “without the final judgment on the merits having been prejudiced by Uruguay’s unilateral acts”;

37. Whereas Argentina further observed that, according to the Court’s jurisprudence, provisional measures are justified only if there is urgency in the sense that action prejudicial to the rights of either party is likely to be taken before a final decision is given; whereas it argued that “when there is a reasonable risk that the damage cited may occur before delivery of judgment on the merits, the requirement of urgency broadly merges with the condition [of the] existence of a serious risk of irreparable prejudice to the rights in issue”; whereas it contended that there was no doubt that this condition was satisfied since the construction of the mills was “underway and advancing at a rapid rate”; whereas it claimed that the construction itself of the mills was causing “real and present damage”; whereas it noted that the mills “would patently be commissioned before [the Court] [would be] able to render judgment” since commissioning was scheduled for August 2007 for Orion and June 2008 for CMB;

38. Whereas Argentina reiterated that the Court should order the suspension of works on the Orion plant and the continuation of the suspension of works on the CMB plant; whereas it observed that continued construction of the plants in breach of the obligations under Chapter II of the 1975 Statute would “quite simply render those obligations illusory”; whereas it pointed out that suspension was the only measure capable of preventing the choice of sites for the plants becoming a *fait accompli*; whereas it submitted, referring to the jurisprudence of the Court, that suspension should be imposed in order to avoid aggravating the economic and social damage caused by the construction of the plants; whereas it claimed that suspension would avoid prejudging the rights of both Parties; whereas it noted that suspension would safeguard the jurisdiction of the Court under

the 1975 Statute; whereas it observed that suspension was physically possible since construction was at an initial stage and that it was a reasonable measure in the circumstances; and whereas it pointed out that the President of Uruguay had accepted the principle of suspension of the works when, following his meeting with his Argentine counterpart on 11 March 2006, he asked ENCE and Botnia to suspend work;

39. Whereas Argentina also reiterated that the Court should order Uruguay to co-operate in good faith with Argentina in accordance with the legal régime of the River Uruguay, which is based on “mutual trust” between the two States and a “community of interest” organized around respect for the rights and duties strictly prescribed by the 1975 Statute;

40. Whereas Argentina further reiterated that the Court should order Uruguay to refrain from any further unilateral actions concerning the construction of the CMB and Orion mills and any other action which might aggravate the dispute; whereas it recalled in this regard that Uruguay had recently authorized the construction of a dedicated port for the Orion mill in defiance of the 1975 Statute and that a plan to construct a third mill on a tributary of the River Uruguay had been announced;

\*

41. Whereas Uruguay stated in its first round of oral observations that it had “fully complied with the 1975 Statute of the River Uruguay throughout the period in which this case has developed”; whereas it argued that Argentina’s request was unfounded, that the requisite circumstances for a request for provisional measures were entirely lacking and that “the adoption of the requested measures would have irreparable, disastrous consequences on Uruguay’s rights and on the future of its peoples”;

42. Whereas Uruguay noted that it did not dispute that Article 60 of the 1975 Statute constituted a *prima facie* basis for the jurisdiction of the Court to hear Argentina’s request for the indication of provisional measures; whereas Uruguay pointed out, however, that this provision establishes the Court’s jurisdiction only in relation to Argentina’s claims concerning the 1975 Statute; whereas it contended that in this case

“any dispute relating to the possible effects of the mills other than those relating to any impairment of the quality of the river waters, or indeed other than those stemming directly from such impairment by cause and effect, is clearly not covered *ratione materiae* by the compromissory clause in Article 60 of the Statute”;

whereas Uruguay cited as examples of disputes not falling within the Court’s jurisdiction those concerning “tourism, urban and rural property values, professional activities, unemployment levels, etc.” in Argentina, and those regarding other aspects of environmental protection in transboundary relations between the two States;

---

43. Whereas Uruguay contended that Argentina's request for the indication of provisional measures must be rejected because the breaches of the Statute of which Uruguay is accused "prima facie lack substance" and Argentina's claim "has no serious prospect of success"; whereas Uruguay argued that, in "applying both the highest and the most appropriate international standards of pollution control to these two mills", it had "met its obligations under Article 41 of the Statute"; whereas Uruguay further stated that it had "discharged the obligations imposed upon it by Articles 7 *et seq.* [of the 1975 Statute] in good faith"; whereas Uruguay contended in particular, that those Articles did not give either party a "right of veto" over the implementation by the other party of industrial development projects, but were confined to imposing on the parties an obligation to engage in a full and good-faith exchange of information under the procedures provided by the Statute or agreed between them; whereas Uruguay further contended that it was the first time "in the 31 years since the [1975] Statute came into being" that Argentina had claimed it had "a procedural right under the Statute, not only to receive notice and information and to engage in good faith negotiations, but to block Uruguay from initiating projects during [the] procedural stages and during any litigation that might ensue"; whereas Uruguay moreover stated that the dispute between Uruguay and Argentina over the pulp mills had in reality been settled by an agreement entered into on 2 March 2004 between the Uruguayan Minister for Foreign Affairs and his Argentine counterpart; whereas Uruguay explained that the two Ministers had agreed, first, that the CMB mill could be built according to the Uruguayan plan, secondly, that Uruguay would provide Argentina with information regarding its specifications and operation and, thirdly, that CARU would monitor the quality of the river water once the mill became operational in order to ensure compliance with the Statute; and whereas Uruguay added that the existence of this agreement had been confirmed a number of times, *inter alia* by the Argentine Minister for Foreign Affairs and by the Argentine President, and that its terms had been extended so as to apply also to the projected Orion mill;

44. Whereas Uruguay further contended that the Court must reject Argentina's request for the indication of provisional measures because there was no current or imminent threat to any right of Argentina, so that the conditions of risk of irreparable harm and urgency were not fulfilled;

45. Whereas Uruguay explained, in support of its position, that the environmental impact assessments so far undertaken, as well as those to come, and the regulatory controls and strict licensing conditions imposed by Uruguayan law for the construction and operation of the two mills, guaranteed that they would not cause any harm to the River Uruguay or to Argentina; whereas it added that the mills would abide by the strict requirements imposed by "the latest European Union 1999 International Pollution Prevention and Control (IPPC) recommendations, with which compliance is required by all pulp plants in Europe by 2007"; whereas Uruguay noted that this

lack of risk of harm had been acknowledged by a number of Argentine officials, including its representatives on CARU; whereas Uruguay further observed that the Orion and CMB mills benefited from technology far more modern, efficient and less polluting than many similar mills operating in Argentina;

46. Whereas Uruguay also pointed out that the Orion and CMB mills would not be operational before August 2007 and June 2008 respectively and that a number of further conditions would have to be met before that stage was reached, including the issue of various permits by DINAMA; and whereas Uruguay concluded from this that, even if it were to be considered that the operation of the mills might lead to “the contamination of the river”, the gravity of the “alleged peril to Argentina” was not “sufficiently certain or immediate as to satisfy the Court’s requirement that it be ‘imminent’ or urgent”; whereas Uruguay further argued that, “if the situation were to change”, it would always be possible for Argentina to submit a fresh request for the indication of provisional measures to the Court under Article 75, paragraph 3, of the Rules, “based on [the] new facts”;

47. Whereas Uruguay further stressed the distinction to be drawn between construction of the mills and their operation; whereas it noted that Argentina in its Application referred only to risks deriving from the mills’ operation, not their construction; whereas Uruguay asserted that regular monitoring of the water quality since construction work began had confirmed that the work had not caused any pollution of the river; whereas it further argued that, while Argentina in its oral pleadings now contended that the construction itself of the mills caused an injury to the Argentine economy, including to its tourism and property sectors, Argentina nevertheless failed to offer any evidence of such injury; whereas it pointed out that the Court in any event lacked jurisdiction to indicate provisional measures aimed at preventing harm of this type since the rights to which any such injury would relate were not covered by the 1975 Statute, and that suspending the construction work, as requested by Argentina, would furthermore not bring relief; whereas Uruguay further maintained that construction of the mills would not amount to a *fait accompli* liable to prejudice Argentina’s rights and that it was for Uruguay alone to decide whether to proceed with construction and thereby assume the risk of having to dismantle the mills in the event of an adverse decision by the Court;

48. Whereas Uruguay lastly argued that suspending construction of the mills would cause such an economic loss to the companies involved and their shareholders that it would be highly likely to jeopardize the entire two projects; whereas it maintained that the provisional measures sought by Argentina would therefore irreparably prejudice Uruguay’s sovereign right to implement sustainable economic development projects in its own territory; and whereas it pointed out in this connection that the pulp mill projects represented the largest foreign investment in Uruguay’s history, that construction in itself would create many thousands of new jobs and that, once in service, the mills would have “an economic impact of more than \$350 million per year”, representing “an increase of fully 2 per cent in Uruguay’s gross domestic product [GDP]”; whereas it contended that the Court should take account in the present proceedings of the fact that

Argentina had aggravated the existing dispute by failing to prevent the blockade of international bridges between Argentina and Uruguay, which had “caused enormous damage to the Uruguayan economy”;

\* \*

49. Whereas in its second round of oral observations Argentina maintained that, according to Article 42 of the 1975 Statute and established international principles, the 1975 Statute covered not only the pollution of the river, as claimed by Uruguay, but also pollution of all kinds resulting from the use of the river as well as the economic and social consequences of the mills;

50. Whereas Argentina strongly disputed Uruguay’s assertion that it had prima facie fulfilled its obligations under the 1975 Statute; whereas it submitted, *inter alia*, that the projects had never been formally notified to CARU by Uruguay as required by Article 7 of the 1975 Statute and that Uruguay had not provided adequate information to CARU or GTAN regarding the pulp mills; whereas Argentina reiterated its contention that Article 9 of the 1975 Statute established a “no construction” obligation; whereas in support of this contention, citing a work by a Uruguayan author, Argentina submitted that CARU could give “a valid decision only with the agreement of the [delegation of each of the two States]”; whereas it asserted that there was no bilateral agreement of 2 March 2004 to the effect that the construction of the CMB mill could proceed as planned; whereas Argentina contended that the arrangement reached at the meeting of that date between the Ministers for Foreign Affairs of the two States was simply that Uruguay would transmit all information on CMB to CARU and that CARU would begin monitoring water quality in the area of the proposed site; whereas it claimed that Uruguay failed to supply the information promised; whereas it contested the interpretation given by Uruguay to the statements of Argentina’s Minister for Foreign Affairs and its President and emphasized that it took a “clear, consistent position”, demanding compliance with the requirements of the 1975 Statute in the competent bodies, in bilateral dealings and within CARU;

51. Whereas Argentina reiterated its claim that there was a serious risk of irreparable prejudice to its rights; whereas it contended that the environmental impact of the plants on the river had not yet been fully considered; whereas it noted in this regard that the reports commissioned to date by the International Finance Corporation (IFC), to which ENCE and Botnia had applied for financing of the projects, including the Hatfield Report (a study published in April 2006 by an independent group appointed by the IFC), had concluded that there were many outstanding and serious issues; whereas it emphasized that there was no definitive opinion of the IFC on the environmental impact of the projects; whereas it contested Uruguay’s claim that the projects would operate to the “highest international standards”, noting, *inter alia*, that limits for emissions from the ENCE plant had been authorized by Uruguay to be set at more than 12 times the average limits for emissions for similar plants in Canada; whereas it considered that Uruguay’s assertions in this regard were “[u]nsubstantiated, bold and erroneous”;

52. Whereas Argentina reiterated that the requirement of urgency was satisfied; whereas it submitted that the construction of the mills itself was capable of causing “significant damage” to Argentina and was already doing so; whereas it contested Uruguay’s argument that the indication of provisional measures would not improve the situation currently affecting the Argentine bank of the river; whereas it maintained that the bringing into service of the mills was imminent in judicial terms since this would occur well before the Court rendered its judgment;

\*

53. Whereas in its second round of oral observations, Uruguay noted that “Argentina [did] not deny obtaining from Uruguay a substantial amount of information through a variety of machinery and channels”, and that the measures taken by Uruguay regarding the supply of information were “fully supported by the CARU minutes”; whereas Uruguay reiterated its contention that the 1975 Statute does not confer a “right of veto” upon the parties; whereas in support of this contention Uruguay argued that in order to resolve any “difficulties of interpretation caused by an incomplete text”, it is necessary to turn to Article 31, paragraph 3, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, and in particular, to consider “any subsequent practice from which important inferences can be drawn, making it possible to identify the agreement between the parties on how to interpret the treaty in question”; whereas according to Uruguay “the subsequent verbal agreement between the two countries of 2 March 2004 made by their Foreign Ministers” constituted a specific example of such subsequent practice excluding any interpretation which would recognize a right of veto; whereas Uruguay further reiterated that the bilateral agreement of 2 March 2004, whose existence had been acknowledged by the President of the Argentine Republic, clearly authorized construction of the mills;

54. Whereas, as regards the risk to the environment of the River Uruguay, Uruguay first contended that the 1975 Statute did not require the parties to prevent all pollution of the river, but only “to take appropriate measures to prevent pollution of the river from reaching prohibited levels”; whereas Uruguay again made the point that, in any event, its environmental impact assessments showed no risk of significant harm to Argentina, or to the quality or environment of the river; whereas it added that the criticisms in the Hatfield Report, cited by Argentina, were not directed at the impact assessments carried out by DINAMA, and that, moreover, “[w]hen the assessments need[ed] improvement or when further information [was] required, DINAMA [had] the power to require revision and . . . [had] shown that it [was] quite ready to use that power”; whereas Uruguay reiterated that the mills would use the safest and most up-to-date technology;

55. Whereas Uruguay further submitted that “it would be impossible for the Court to indicate the provisional measures requested by Argentina — the suspension of construction — without prejudging the merits in a way that fundamentally and permanently prejudice[d] the very rights that Uruguay [was] claiming in these proceedings”, namely the right “to proceed with construction of the works pending the Court’s ultimate decision on the merits”;

56. Whereas, in concluding its second round of oral observations, Uruguay expressly reiterated “its intention to comply in full with the 1975 Statute of the River Uruguay and its application” and repeated “as a concrete expression of that intention . . . its offer of conducting continuous joint monitoring with the Argentine Republic” regarding the environmental consequences of the mills’ future operations; whereas Uruguay affirmed its “intention to show scrupulous respect for the environment and for the entire range of human rights of the Uruguayan and Argentine peoples through conduct characterized by transparency, good faith and the willingness to engage in co-operative, joint action” and “[made] a point of repeating that the two mills [would] operate according to European Union standards for the industry which are due to enter into force in Europe in 2007”;

\*

\* \*

57. 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 the provisions invoked by the applicant appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be established (see *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);

58. Whereas Uruguay does not deny that the Court has jurisdiction under Article 60 of the 1975 Statute; whereas it asserts, however, that such jurisdiction exists prima facie only with regard to those aspects of Argentina’s request that are directly related to the rights Argentina is entitled to claim under the 1975 Statute; whereas in this regard Uruguay insists that rights claimed by Argentina relating to any alleged consequential economic and social impact of the mills, including any impact on tourism, are not covered by the 1975 Statute;

59. Whereas the Parties are in agreement that the Court has jurisdiction with regard to the rights to which Article 60 of the 1975 Statute applies; whereas the Court does not need at this stage of the proceedings to address this further issue raised by Uruguay; and whereas the Court concludes, therefore, that it has prima facie jurisdiction under Article 60 of the 1975 Statute to deal with the merits and thus may address the present request for provisional measures;

\*

\* \*

---



60. Whereas Article 41 of the Statute authorizes the Court “to indicate . . . any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party”;

61. Whereas the power of the Court to indicate provisional measures has as its object to permit the Court to preserve the respective rights of the parties to a case “[p]ending the final decision” in the judicial proceedings, provided such measures are necessary to prevent irreparable prejudice to the rights that are in dispute;

62. Whereas the power of the Court to indicate provisional measures to maintain the respective rights of the parties is to be exercised only if there is an urgent need to prevent irreparable prejudice to the rights that are the subject of the dispute before the Court has had an opportunity to render its decision (see *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);

63. Whereas, according to Argentina, its request for provisional measures seeks to preserve its rights under the 1975 Statute in relation to obligations of a procedural character and obligations of a substantive character;

64. Whereas the procedural obligations, according to Argentina, correspond to its rights to be fully informed and consulted with regard to construction activities affecting the river, to be given the opportunity of objecting to a particular project and, in the event of any such objection, to have access to effective dispute settlement in this Court before any construction work is authorized; and whereas Argentina also contends that the community of interest and mutual trust on which the 1975 Statute is based requires Uruguay to co-operate in good faith with Argentina in complying with the legal régime the 1975 Statute provides for the River Uruguay;

65. Whereas Argentina claims that the substantive obligations the 1975 Statute imposes on Uruguay consist, first, of an obligation not to allow any construction before the requirements of the 1975 Statute have been met; and, second, of an obligation not to cause environmental pollution or consequential economic and social harm, including losses to tourism;

66. Whereas Argentina claims that the suspension which it asks the Court to order, both of the authorization to construct the mills and of the construction work itself, would avoid irreparable prejudice to its rights under the 1975 Statute; whereas in Argentina’s view, if such suspension is not ordered, its right to have the procedure set out in Chapter II complied with would “become purely theoretical” and “the possibility of exercising that right would be lost forever”; whereas Argentina next contends that suspension is the only measure that can prevent the choice of sites for the location of the mills from becoming a “fait accompli”; whereas Argentina also asserts that suspension would avoid aggravating the consequential economic and social damage being caused by the construction of the plants; whereas Argentina contends further that if the construction of the mills is not suspended, their subsequent dismantling, once they have been built, would not be

---

capable of restoring Argentina's rights "concerning the protection of the riverine environment"; and whereas Argentina finally claims that the provisional measures requested with regard to the suspension of the construction of the mills are urgently needed since both plants would be commissioned before the Court will be able to render judgment in the case;

67. Whereas Uruguay argues that it has fully complied with its procedural and substantive obligations under the 1975 Statute; whereas it asks the Court in particular to preserve its sovereign right, pending a decision of the Court on the merits of the case, to implement sustainable economic development projects on its own territory that do not, in its view, violate Uruguay's obligations under the 1975 Statute or the anti-pollution standards of CARU; whereas it maintains that any suspension of its authorization to construct the mills on the River Uruguay or actual suspension of the works would irreparably damage its right under the 1975 Statute to proceed with those projects;

\* \*

68. Whereas Argentina's request for provisional measures can be divided into two parts, the one relating to the request for suspension and the other to the request for other measures conducive to ensuring co-operation between the Parties as well as the non-aggravation of the dispute; whereas in the first part of its request Argentina asks the Court to order the suspension of all authorizations for the construction of the CMB and Orion mills, the suspension of the building work on the Orion mill, and the adoption of all necessary measures to ensure the suspension of the work on the CMB mill beyond 28 June 2006; whereas in the second part of its request Argentina asks the Court to order Uruguay to co-operate with Argentina in good faith in protecting and preserving the aquatic environment of the River Uruguay, to refrain from taking any further unilateral action with respect to the construction of the two mills incompatible with the 1975 Statute; and also to refrain from any other action that might aggravate the dispute which is the subject-matter of the present proceedings or render its settlement more difficult;

69. Whereas the Court will first address Argentina's requests directed at the suspension of the authorizations to construct the pulp mills and the suspension of the construction work itself;

70. Whereas, as regards the rights of a procedural nature invoked by Argentina, the Court leaves to the merits the question of whether Uruguay may have failed to adhere fully to the provisions of Chapter II of the 1975 Statute when it authorized the construction of the two mills; whereas the Court is not at present convinced that, if it should later be shown that Uruguay had failed, prior to the present proceedings or at some later stage, fully to adhere to these provisions, any such violations would not be capable of being remedied at the merits stage of the proceedings;

71. Whereas in this connection, the Court has taken note of the interpretation of the 1975 Statute advanced by Argentina to the effect that it provides for a “no construction” obligation, that is to say that it stipulates that a project may only proceed if agreed to by both parties or that, lacking such agreement, it shall not proceed until the Court has ruled on the dispute; whereas, however, the Court does not have to consider that issue for current purposes, since it is not at present convinced that, if it should later be shown that such is the correct interpretation of the 1975 Statute, any consequent violations of the Statute that Uruguay might be found to have committed would not be capable of being remedied at the merits stage of the proceedings;

72. Whereas, as regards the rights of a substantive nature invoked by Argentina, the Court recognizes the concerns expressed by Argentina for the need to protect its natural environment and, in particular, the quality of the water of the River Uruguay; whereas the Court recalls that it has had occasion in the past to stress in the following terms the great significance it attaches to respect for the environment:

“the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.” (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pp. 241-242, para. 29; see also *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports 1997*, p. 78, para. 140);

73. Whereas, in the Court’s view, there is however nothing in the record to demonstrate that the very decision by Uruguay to authorize the construction of the mills poses an imminent threat of irreparable damage to the aquatic environment of the River Uruguay or to the economic and social interests of the riparian inhabitants on the Argentine side of the river;

74. Whereas Argentina has not persuaded the Court that the construction of the mills presents irreparable damage to the environment; whereas it has also not been demonstrated that the construction of the mills constitutes a present threat of irreparable economic and social damage; whereas, furthermore, Argentina has not shown that the mere suspension of the construction of the mills, pending final judgment on the merits, would be capable of reversing or repairing the alleged economic and social consequences attributed by Argentina to the building works;

75. Whereas Argentina has not provided evidence at present that suggests that any pollution resulting from the commissioning of the mills would be of a character to cause irreparable damage to the River Uruguay; whereas it is a function of CARU to ensure the quality of water of the river by regulating and minimizing the level of pollution; whereas, in any event, the threat of any pollution is not imminent as the mills are not expected to be operational before August 2007 (Orion) and June 2008 (CMB);

76. Whereas on the basis of the present evidence before it the Court is not persuaded by the argument that the rights claimed by Argentina would no longer be capable of protection if the Court were to decide not to indicate at this stage of the proceedings the suspension of the authorization to construct the pulp mills and the suspension of the construction work itself;

77. Whereas, in view of the foregoing, the Court finds that the circumstances of the case are not such as to require the indication of a provisional measure ordering the suspension by Uruguay of the authorization to construct the pulp mills or the suspension of the actual construction work;

78. Whereas in proceeding with the authorization and construction of the mills, Uruguay necessarily bears all risks relating to any finding on the merits that the Court might later make; whereas the Court points out that their construction at the current site cannot be deemed to create a fait accompli because, as the Court has had occasion to emphasize, "if it is established that the construction of works involves an infringement of a legal right, the possibility cannot and should not be excluded *a priori* of a judicial finding that such works must not be continued or must be modified or dismantled" (*Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, *Provisional Measures*, *Order of 29 July 1991*, *I.C.J. Reports 1991*, p. 19, para. 31);

\*

79. Whereas the Court will now turn to the remaining provisional measures sought by Argentina in its request;

80. Whereas the present case highlights the importance of the need to ensure environmental protection of shared natural resources while allowing for sustainable economic development; whereas it is in particular necessary to bear in mind the reliance of the Parties on the quality of the water of the River Uruguay for their livelihood and economic development; whereas from this point of view account must be taken of the need to safeguard the continued conservation of the river environment and the rights of economic development of the riparian States;

81. Whereas the Court recalls in this connection that the 1975 Statute was established pursuant to the 1961 Montevideo Treaty defining the boundary on the River Uruguay between Argentina and Uruguay; whereas it is not disputed between the Parties that the 1975 Statute establishes a joint machinery for the use and conservation of the river; whereas the Court observes that the detailed provisions of the 1975 Statute, which require co-operation between the parties for activities affecting the river environment, created a comprehensive and progressive régime; whereas of significance in this regard is the establishment of CARU, a joint mechanism with regulatory, executive, administrative, technical and conciliatory functions, entrusted with the proper implementation of the rules contained in the 1975 Statute governing the management of the

shared river resource; whereas the Statute requires the parties to provide CARU with the necessary resources and information essential to its operations; whereas the procedural mechanism put in place under the 1975 Statute constitutes a very important part of that treaty régime;

82. Whereas, notwithstanding the fact that the Court has not been able to accede to the request by Argentina for the indication of provisional measures ordering the suspension of construction of the mills, the Parties are required to fulfil their obligations under international law; whereas the Court wishes to stress the necessity for Argentina and Uruguay to implement in good faith the consultation and co-operation procedures provided for by the 1975 Statute, with CARU constituting the envisaged forum in this regard; and whereas the Court further encourages both Parties to refrain from any actions which might render more difficult the resolution of the present dispute;

83. Whereas the Court recalls, in this regard that, as stated above (see paragraph 56), the Agent of Uruguay, *inter alia*, reiterated at the conclusion of the hearings the “intention [of Uruguay] to comply in full with the 1975 Statute of the River Uruguay and its application” and repeated “as a concrete expression of that intention . . . its offer of conducting continuous joint monitoring with the Argentine Republic”;

84. Whereas, having regard to all the above considerations, and taking note, in particular, of these commitments affirmed before the Court by Uruguay, the Court does not consider that there are grounds for it to indicate the remaining provisional measures requested by Argentina;

\*

\* \*

85. 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;

86. Whereas this decision also leaves unaffected the right of Argentina 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;

\*

\* \*

---

---

- 21 -

87. 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, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Owada, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; *Judge ad hoc* Torres Bernárdez;

AGAINST: *Judge ad hoc* Vinuesa.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this thirteenth day of July, two thousand and six, 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.

Judge RANJEVA appends a declaration to the Order of the Court; Judges ABRAHAM and BENNOUNA append separate opinions to the Order of the Court; Judge *ad hoc* VINUESA appends a dissenting opinion to the Order of the Court.

(Initialled) R.H.

(Initialled) Ph.C.

# **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.** Esta *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 Secretaría 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 cuerpo 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, las referencias bibliográficas de 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 la primera página (con asterisco) se deben indicar la institución a la cual pertenece el autor y sus grados académicos.

3.5. Las citas deben presentarse de la manera siguiente:

- Apellidos del autor en letras versalitas.
- 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:

RODRÍGUEZ PEÑA, María, *El Pacto de San José de Costa Rica*, Editorial ..., Ciudad ..., 2002, pág. ...

RODRÍGUEZ PEÑA, María, "El Pacto de San José de Costa Rica", en *Revista...*, año ..., n° ..., Editor ..., Ciudad ..., 2002, pág. ...

3.6. Las referencias de las citas se consignan a pie de página y su numeración debe ser 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 profesor titular 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 reviste la calidad suficiente como para ser objeto de publicación en la

*Revista*. Si el evaluador formula observaciones, se 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 permita identificar al autor. De la misma forma, si el evaluado solicita ver la evaluación, no se le comunicará la identidad del 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 de 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 el o 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, 10 de mayo de 2006



