

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO

*Publicación de la Facultad de Derecho
de la Universidad Católica del Uruguay*

2.^a época. Año 13 N.º 15 - JULIO 2017

ISSN 1510-3714
ISSN On line 2393-6193
<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15>

Facultad de
Derecho



Universidad
Católica del
Uruguay

REVISTA DE DERECHO, 2° época. ISBN 1510-3714. Publicación oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, ininterrumpida desde el año 2006. Semestral e internacional. Publica artículos originales e inéditos sometidos a estrictos procedimientos de arbitraje anónimo, de "doble ciego", basados en parámetros éticos claros, con plenas garantías en cuanto a la evaluación objetiva por motivos exclusivamente académicos de cada uno de los trabajos que se presentan.

REVISTA DE DERECHO, 2° época. ISBN 1510-3714. Official publication of the Faculty of law of the University Catholic of the Uruguay, uninterrupted since 2006. Biannually and international. It publishes original and unpublished articles subjected to strict anonymous arbitration, "double-blind" referee system, based on clear ethical parameters, with full guarantees in terms of the objective assessment for reasons exclusively academic of each of the works presented.

Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejan necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo es responsabilidad exclusiva de sus autores.

Revista de Derecho está indexada en:

SciELO Uruguay en <http://www.scielo.edu.uy>

Catálogo **Latindex**

Base de datos **EBSCO**

AURA (Asociación Uruguaya de Revistas Académicas)

Tabla de contenidos, artículos, revista completa y norma editoriales en OJS (Open Journal Systems) <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho>

Revista de Derecho is included in:

SciELO Uruguay en <http://www.scielo.edu.uy>

Catálogo **Latindex**

Base de datos **EBSCO**

AURA (Uruguayan Association of Academic Journals)

The table of contents, articles, journal and publication guidelines in OJS:

<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho>

De esta edición

© 2017 UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL URUGUAY

Dirección Postal

8 de octubre 2738- CP 11.600,
Montevideo, Uruguay.

Tel. (+598) 2487 2712- Fax. 2487 0323

Internet: <http://www.ucu.edu.uy>

Correo electrónico

publicacionesderecho@ucu.edu.uy mhanna@ucu.edu.uy

Depósito legal 375.694- Comisión Del Papel

Edición amparada por el Decr. 218/96

ISSN 1510-3714

ISSN on line: **2393-6193**

Paginación: Mariana López

Corrección: Cada autor se responsabiliza de la corrección de su propio artículo.

Título-clave: Revista de derecho

(Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga,
Facultad de Derecho. En línea)

Título-clave abreviado: Rev. Derecho

(Univ. Catól. Dámaso A. Larrañaga, Fac. Derecho.
En línea)

Impreso en Uruguay- Printed in Uruguay

Todos los derechos reservados.

Por correspondencia y envío de material

Facultad de Derecho de la Universidad Católica
del Uruguay.

Av. 8 de Octubre 2738, CP 11600,

Montevideo, Uruguay.

Teléfonos (+598) 2487 2717. Fax 2487 5225.

publicacionesderecho@ucu.edu.uy

Por canje: Biblioteca P. Manuel Gutiérrez

Semprún, s.j.: canje@ucu.edu.uy

Por suscripción: publicacionesderecho@ucu.edu.uy

COMITÉ EDITORIAL

Director

Álvaro Pacheco, S.J.

Decano

(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

Mariella Saettoni

(Universidad Católica del Uruguay)

Martín Riso Ferrand

(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

Marta Hanna de Rosa

Editora

(Universidad Católica del Uruguay)

COMITÉ CIENTÍFICO

Alberto **Tarsitano** (*Universidades Austral, Belgrano y San Andrés, Argentina*)

Alejandro **Abal Oliú** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Amadeo **Ottati** (*UCU, Uruguay*)

Ángel **Landoni** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Arnoldo **Wald** (*Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil*)

Augusto **Durán Martínez** (*UCU, Uruguay*)

Carlos Antonio **Nedel** (*Unisinós Brasil*)

Carlos **Barbé** (*UCU, Uruguay*)

Carlos **De Cores** (*UCU, Uruguay*)

Cecilia **Fresnedo** (*UCU, Uruguay*)

Didier **Operti** (*UCU, Uruguay*)

Domingo **García Belaunde** (*Universidad Católica de Perú., Perú.*)

Efraín Hugo **Richard** (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.*)

Francisco **Fernández Segado** (*Universidad Complutense, España*)

Giuseppe **Gandolfi** (*Universidad de Pavia, Italia*)

Graciela **Ruocco** (*UCU, Uruguay*)

Humberto **Nogueira Alcalá** (*Universidad de Talca, Chile*)

Ian **Woischnik** (*FKA, Alemania*)

Íñigo A. **Navarro Mendizábal** (*Universidad de Comillas, España*)

Jaime **Rodríguez-Arana Muñoz** (*Universidad de la Coruña, España*)

Jean **Stoufflet** (*Universidad Clermont Ferrand, Francia*)

Jesús **María Casal** (*Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela*)

José Luis **Cea Egaña** (*Universidad Católica de Chile, Chile*)

José María **Gamio** (*UCU, Uruguay*)

Juan **Blengio** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Juan Carlos **Cassagne** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Juan Pablo **Cajarville** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Julio C. **Otaegui** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Leslie **Van Rompaey** (*Investigador independiente, Uruguay*)

Luca **Mezzetti** (*Universidad de Bologna, Italia*)

Luis **Aguar De Luque** (*Universidad Carlos III, España*)

Luis **Fernández de la Gándara** (*Universidad Complutense, España*)

Luis Fernando **Álvarez** (*Universidad Javeriana, Colombia*)

Marc **Lacoursière** (*Universidad Laval, Canadá*)

María **Wonsiak** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Mariano **Negrón** (*Universidad Interamericana de Puerto Rico, Puerto Rico*)

Milagros **Otero Parga** (*Universidad de Santiago de Compostela, España*)

Néstor **Sagüés** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Oscar **Sarlo** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Paulo **De Barros Carvalho** (*Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil*)

Pierre **Lemieux** (*Universidad Laval, Canadá.*)

Rafael **Illescas Ortiz** (*Universidad Carlos III, España*)

Raúl **Cervini** (*UCU, Uruguay*)

Raúl A. **Etcheverry** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Ricardo **Nissen** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina..*)

Romeu Felipe **Bacellar Filho** (*Universidad Federal de Paraná, Brasil*)

Siegbert **Rippe** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Silvio **Gambino** (*Universidad de Calabria, Italia*)

Walter **Guerra** (*UCU, Uruguay*)



**AUTORIDADES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE URUGUAY**

Mons. DANIEL STURLA SDB
Gran Canciller

P. ALEJANDRO TILVE SJ
Vice Gran Canciller

P. Dr. JULIO FERNÁNDEZ SJ
Rector

Dr. ARIEL CUADRO
Vicerrector Académico

Ing. OMAR PAGANINI
*Vicerrector de Gestión Económica y
Desarrollo*

P. ÁLVARO PACHECO SJ
Vicerrector del Medio Universitario

Dra. SANDRA SEGREDO
Secretaría General

FACULTAD DE DERECHO

P. Dr. ÁLVARO PACHECO SJ
Decano interino

Dra. ALICIA RODRIGUEZ G.
Coordinador de Abogacía

Esc. Prof. BEATRIZ RAMOS
*Coordinadora Académica
de Notariado*

Dra. MARIELLA SAETSTONE
*Coordinadora Académica
de Investigaciones*

Dra. MARTA HANNA DE ROSA,
Coordinadora de Publicaciones

Dr. WALTER GUERRA
Coordinador de Aspirantías

Dra. MARÍA JOSÉ BRIZ
*Directora Centro Universitario
de Formación Jurídica*

Contenido

DOCTRINA

EL PROCESO DE JACTANCIA EN EL CGP LUEGO DE LA LEY N° 19.090 The Process of Boasting in General Code of the Process and L. N° 19.090 <i>Alejandro Abal Oliú</i>	13
LIMOSNA Y OBLIGACIÓN DE ASISTIR A LOS POBRES EN LA ESCUELA JESUITA DE LOS SIGLOS DE ORO: FRANCISCO DE TOLEDO, JUAN DE MARIANA, FRANCISCO SUÁREZ Y JUAN DE LUGO Alms and Obligation to Help the Poor in the Jesuit School of the Golden Age: Francisco de Toledo, Juan de Mariana, Francisco Suárez and Juan de Lugo <i>Sebastián Contreras, Alejandro Miranda</i>	31
JUSTICIA CONSTITUCIONAL CHILENA Y VICIOS DE FORMA: UN CASO DE IMPROCEDENCIA Chilean constitutional justice and vices of form: a case of inadmissibility <i>Miriam Lorena Henríquez Viñas</i>	49
REQUISITOS DE PATENTABILIDAD DE LAS INVENCIONES EN CUBA APUNTES DESDE EL DERECHO COMPARADO Requirements for patentability of inventions in Cuba. Notes from comparative law <i>Isnel Martínez Montenegro, Gabriel Alejandro Carrillo Rozas, Mónica Alejandra Baeza Leiva</i>	69

UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA
AL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD
JURÍDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO
A theoretical approach to the concept of legal discretion
in Administrative Law
Santiago Martínez.....89

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA
COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN
The conscious objection as justification cause in penal law
Pedro J. Montano113

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
POR LOS ESTADOS PARTE
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS
Y TRIBUNALES CHILENOS
The conventionality control by the States part
of the American Convention on Human Rights
and chilean courts.
Humberto Nogueira Alcalá143

ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO:
UNA LECTURA ESCÉPTICA DESDE KANT
Subjective Element of Crime: A Skeptic Reading
from Kant
Diego Pérez Lasserre201

LA CATEGORÍA DEL «CONTENIDO ESENCIAL»
PARA LA DETERMINACIÓN
DE LOS CONTENIDOS MÍNIMOS
DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES
Y SU PROBLEMÁTICA APLICACIÓN
The “essential content” category for the minimum
content of fundamental social rights
and its problematic application
Luis Alberto Petit Guerra.....215

LA MEDIACIÓN. ¿UNA RESPUESTA AL NUEVO
PARADIGMA DEL DERECHO?
Mediation. An answer to the new paradigm of Law?
Catarina Rodrigues.....243

EL DERECHO PENAL DEL RIESGO
GLOBALIZADO. DESAFÍOS
PARA UN DERECHO PENAL LEGÍTIMO
Y TRANSNACIONALMENTE EFECTIVO
The Globalized Criminal Law of Abstract Endangerment.
Challenges for a Legitimate Transnational and Effective
Criminal Law System.
Mario Spangenberg Bolívar.....257

RESEÑAS

Julio Esteban Lalanne, *Si Dios no existe,
¿todo está permitido?* (Santiago de Chile, Centro
de Estudios Tomistas, RIL Editores, 2016), 582 pp.
ISBN 9789560103093
M. Giselle Flachsland277

Normativa para los autores283

DOCTRINA

El proceso de jactancia en el CGP luego de la Ley N° 19.090

The Process of Boasting in General Code
of the Process and L. N° 19.090

*Alejandro Abal Oliú**

*Universidad de la República

aleabal1973@gmail.com

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1370>

RESUMEN: En este artículo se transmiten las conclusiones a las que se arriba luego de analizar, en toda su comprensión, el Proceso de Jactancia regulado por el Código General del Proceso de Uruguay, teniendo en especial presentes todas las modificaciones normativas operadas a su respecto por la ley n° 19.090.

PALABRAS CLAVE: proceso preliminar precedente, proceso provocativo, jactancia, proceso de jactancia.

ABSTRACT: This article conveys the conclusions to which it is added after analyzing, in all its comprehension, the Process of Boasting regulated by the General Code of the Process of Uruguay, having in particular present all the normative modifications operated in its respect by the law No. 19,090.

KEYWORDS: preliminary preliminary process, provocative process, boasting, process of boasting, bragging process.

SUMARIO: 1. Concepto. 2. Requisitos. 3. Competencia. 4. Plazo dentro del cual puede iniciarse. 5. Demanda y convocatoria a audiencia. 6. Audiencia. 7. Sentencia e impugnación. 8. La ulterior demanda del jactancioso. 9. La declaración de caducidad del derecho del jactancioso. 10. Conclusiones. Bibliografía nacional.

Recibido: 24/11/16. Revisado: 02/04/17. Aceptado: 05/04/17.

1.

CONCEPTO

Sobre el proceso de jactancia decía Gallinal¹ en 1930 que,

La acción de jactancia, palabra derivada de la latina ‘iactantia’, alabanza propia, desordenada y presuntuosa, es la concedida a una persona para demandar en juicio a otra que se envanece de tener derechos contra el demandante, y en virtud de la cual, se compele al demandado a que ejercite dichos derechos en el litigio procedente o bien que guarde silencio y callamiento perpetuo”.

Y añadía el mismo autor que,

Esta acción tiene su origen en el derecho romano, ‘Ley Diffamari, (5, Cód.) De ingenuis manimissis (7, 14)’, que se refieren al caso de que uno niegue a otro su cualidad de ingenuo, y se autorizaba un juicio en que el actor desafiaba al jactancioso a justificar aquella pretensión. La Ley 46, título II de la Partida 3era., la reguló especialmente, ampliando sus disposiciones, y nuestro codificador (refiere a Joaquín REQUENA, autor del Proyecto del “Código de Procedimiento Civil” de 1878) copió este capítulo textualmente del Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, que lo legisla en sus artículos 436 a 443”.

Por su lado Arlas explica que los antecedentes del Derecho Romano no referían exactamente a lo que entendemos nosotros por jactancia, dado que lo que allí se preveía era que el difamado iniciara un juicio contra el difamador, en el cual el primero podía probar -contra lo dicho por el segundo- que era un hombre libre, y si demostrado esto el difamador continuaba diciendo que el otro era un esclavo, entonces se le castigaba por el delito de injuria. Y nos expresa entonces Arlas² que,

¹ Rafael Gallinal, *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. II (Montevideo, Barreiro y Ramos, 1930), 15.

² José A. Arlas, “Juicio de Jactancia” en *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (1969), t. 67, 118-119

Fueron los juristas medioevales quienes, alterando consciente o inconscientemente el sentido de la ‘*lex diffamari*’, crearon el instituto de la jactancia. Ya sea por un error de interpretación sobre el alcance del texto romano, ya sea porque quisieron apoyar en su autoridad una figura que consideraron necesaria para la eficaz protección de los derechos, lo cierto es que frente al caso previsto en la ley citada, establecieron que el difamado tenía derecho a citar al difamador para que éste iniciara juicio, justificando sus afirmaciones, o que guardar perpetuo silencio. Nace así el juicio de jactancia ‘*ex lege diffamari*’, como típico proceso provocatorio. (...) En la época de la codificación el juicio de jactancia desaparece prácticamente de la legislación europea como consecuencia de las críticas violentas de que había sido objeto el instituto. En algunos casos la acción de jactancia es reemplazada por la acción declarativa, que es aceptada explícita (Alemania y Austria) o implícitamente (Italia) por la ley; en otros casos (Francia y España) la ley guarda silencio sobre el punto, provocando la duda entre los intérpretes sobre la vigencia del juicio de jactancia. (...) Pero el juicio de jactancia, que resulta casi eliminado de las legislaciones europeas, reaparece en los Códigos de la América hispana, más fieles muchas veces a la antigua legislación española que a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (...).

Entre nosotros el C.P.C. trataba de procesos vinculados a la jactancia en dos sectores.

Por un lado, el art. 259 recogía una vieja institución estrechamente vinculada a la jactancia. De acuerdo a dicha disposición, cuando quien tenía que emprender un viaje sentía temor de que alguien estuviera esperando su marcha para promoverle un juicio, estaba habilitado para requerir judicialmente a este último que planteara su demanda antes de la partida (y recordemos que con el C.P.C. estamos hablando de los viajes y las comunicaciones del año 1878).

En otros ordenamientos procesales se prevé que si ante ello el intimado no plantea su demanda deberá postergar el ejercicio de su derecho de acción al respecto hasta el regreso del viajero. Pero ni esa ni ninguna otra sanción o consecuencia estableció en cambio el C.P.C. de Requena, de donde esta diligencia provocativa se tornaba totalmente inútil, por cuanto el intimado podía o no plantear su demanda en estos casos sin que ello le significase la eventualidad de perjuicio alguno. En otras palabras: un procedimiento técnicamente inútil por falta de previsión de la consecuencia correspondiente.

Empero, el mismo C.P.C. también establecía, en sus arts. 863 y siguientes, un proceso parecido, pero este sí eficaz: el llamado “Proceso de Jactancia”.

Según Barrios De Angelis³, el proceso de jactancia es un proceso en el que la “pretensión imputa a uno o más sujetos haber afirmado ser titulares de derecho reales o personales, o de ambas clases, en perjuicio del accionante, quien los considera inexistentes o diversos”.

³ Dante Barrios de Angelis, *El Proceso Civil*, vol. II (Montevideo, Idea, 1990), 28.

2. REQUISITOS

De acuerdo al derogado C.P.C. el proceso de jactancia correspondía ante dichos o hechos de una persona -el “jactancioso”- quien fuera de juicio se atribuía derechos contra otra persona (contra quién luego sería el futuro actor del proceso de jactancia). Y entonces mediante este proceso se obtenía que el primero o presentara -en un plazo determinado- una demanda haciendo valer el derecho que pretendía poseer contra el actor del proceso de jactancia o, de no hacerlo, perdiera el derecho que realmente pudiera llegar a tener.

A primera vista este proceso cabía en algunos iguales supuestos que la diligencia prevista en el art. 259 del añejo código y a la cual me referí precedentemente. Sin embargo no era así, puesto que para que esta última tuviera andamio no se requería “jactancia” alguna y, en cambio, para que procediera el proceso de jactancia era necesario que hubieran existido dichos o hechos que significaran la atribución de un derecho en perjuicio de otra persona, lo cual podía ocurrir en alguna hipótesis que estuviera comprendida en la previsión del art. 259 del C.P.C., pero no necesariamente en todos los casos (obviamente se puede temer que una persona espere la partida del viajero para iniciar el juicio, sin que haya existido jactancia alguna de parte de la primera).

Por otro lado, no todos los casos de jactancia correspondían a supuestos que hubieran podido dar lugar al procedimiento del art. 259 del C.P.C., puesto que para ello era preciso que el interesado estuviera por emprender un viaje y recelara que la otra parte estuviera esperando esa oportunidad para iniciarle el proceso (lo cual solamente sucedía en algún caso de jactancia, pero naturalmente que no siempre).

Como poco antes se ha visto, Arlas recordaba que sobre el siglo XIX, particularmente en Alemania, Austria e incluso Italia, la acción de jactancia fue reemplazada por la acción declarativa.

Lo cierto es que en nuestro ordenamiento procesal la posibilidad de plantear pretensiones “mere declarativas” innominadas prevista en el art. 11.3 del C.G.P., en todo caso habría hecho innecesario regular el proceso de jactancia en su forma tradicional (la del C.P.C.). Se trata de que lo que se persigue con el proceso de jactancia podría en principio obtenerse a través de un proceso ordinario meramente declarativo (arts. 11.3 y 348 del C.G.P.), en el que se pretenda una sentencia que establezca la falta de derecho del “jactancioso”. Empero, visto que el proceso de jactancia estaba consagrado en el C.P.C. e incluso hasta en el “Proyecto Couture”, a más de que es sin duda más sencillo que el proceso declarativo (que entre noso-

tros es un proceso ordinario), los proyectistas del C.G.P. entendieron pertinente mantenerlo, con algunas variaciones respecto al C.P.C.

Al hacerlo, se hicieron pasibles de la crítica que, por entender que su sumariedad puede llevar en ocasiones a injusticias, realizaban en Uruguay -entre otros- Gallinal y Arlas.

Por otra parte, se verá que con este proceso se puede operar la caducidad de un derecho (no solamente la posibilidad de demandar en virtud de ese derecho, sino la caducidad del derecho mismo: art. 302.1), y que tal resultado no tiene lugar cuando se trata del proceso declarativo ordinario.

En otro orden, en el C.P.C. se admitía que la “jactancia” se constituyera tanto por dichos como por hechos del jactancioso. Actualmente, en virtud de lo que disponen los arts. 299 y 304 del C.G.P. que refieren respectivamente a “*afirmar*” y a “*dichos*”, la jactancia que se manifieste solamente por “hechos” no es habilitante de este proceso (aunque sí permitiría al interesado iniciar el proceso mere declarativo ordinario previsto en el art. 11.3).

Por otro lado, queda expresamente establecido por el art. 299 que los “dichos” deben consistir exclusivamente en la afirmación:

1. de que se es acreedor del actor de este proceso provocativo,
2. de que se es titular de un derecho real de contenido económico sobre bienes de los que el actor de este proceso de jactancia se considere titular, o
3. de que se es titular de un derecho personal de contenido económico sobre bienes de los que el actor se considere titular. Y dicen respecto a esta última posibilidad los autores dirigidos por Landoni Sosa⁴, que “es difícil concebir un ejemplo de derecho personal contra bienes, pues aquéllos, por esencia, se tienen contra la persona y no contra las cosas”; y por ello concluyen que en este caso se está frente a supuestos ya comprendidos en el primero de estos tres supuestos.

De acuerdo a todo ello queda excluido este proceso de jactancia, aun tratándose de una jactancia concretada a través de dichos y no de hechos, cuando tales dichos se encuentran referidos a derechos de contenido no económico de los que la otra persona se pueda considerar titular como, por ejemplo, dichos del jactancioso referidos a un derecho de guarda respecto a un menor.

⁴ Ángel Landoni Sosa (Director), Santiago Garderes, Fernando Gomes, María Eugenia González, Magdalena Prato, Gabriel Valentin, *Código General del Proceso*, vol. 3A (Buenos Aires, B de f., 2006), 1097-1098.

Debo también anotar que cuando se inicia un Proceso de Conciliación y luego el actor no comparece en la audiencia, según el art. 295.3 del C.G.P. ello habilitaría a la contraparte a iniciar este proceso de jactancia. Esta norma ya resultaba del art. 869 del C.P.C., pero en ese derogado código el proceso de jactancia podía plantearse no sólo cuando el citante no concurría, sino también cuando lo hacía, y como esto último no se menciona en el C.G.P. queda la duda de su ahora en este supuesto es posible iniciar el proceso de jactancia.

En realidad, el art. 869 del C.P.C. era entonces necesario porque en ese código se excluían de los dichos que pudieran habilitar la iniciación del proceso de jactancia a aquellos manifestados “en juicio”, y por ende ni siquiera los dichos manifestados en un proceso de conciliación habrían habilitado para iniciar un proceso de jactancia. Pero con ese art. 869 y haciendo una excepción, aun cuando fueran dichos manifestados en juicio (en un proceso conciliatorio) ellos habilitaban para iniciar el proceso conciliatorio.

En cambio, esta regla que ahora resulta del art. 295.3 del C.G.P. es actualmente innecesaria, puesto que para este código no interesa si los dichos jactanciosos fueron pronunciados en juicio o fuera de él (aunque Tarigo sostenía que también en el C.G.P. están implícitamente excluidos a los efectos de este proceso de jactancia los dichos pronunciados en juicio).

De allí, que al margen de lo que expresa el art. 295.3, entiendo -con el acuerdo de los autores dirigidos por Landoni Sosa- que cualquier hipótesis de inicio de un proceso conciliatorio, haya o no luego audiencia, es actualmente habilitante del proceso de jactancia.

Agrego a lo anterior que este proceso de jactancia, regulado actualmente por los arts. 299 a 304 del C.G.P., es entonces un proceso judicial, contencioso, de conocimiento, no ordinario y, dentro de los procesos preliminares, es un proceso precedente.

Y respecto a esto último añadido, siguiendo la enseñanza de Barrios De Angelis⁵, que proceso preliminar “*es aquel que antecede a otro (el proceso “ulterior”) en el tiempo y lo determina en algún aspecto*”. Y, por otro lado, que dentro de los procesos preliminares los procesos precedentes son los que se caracterizan por no ser procesos que sea necesario tramitar para que sea admisible el trámite de un proceso ulterior (se tramitan por razones de sola conveniencia), pero que sin adelantar la producción de elementos que van a integrar el futuro proceso pueden hacerse valer por el interesado en el proceso ulterior.

⁵ Barrios de Angelis, *El Proceso*, 24.

3.

COMPETENCIA

Luego de sancionada la ley n° 19.090, solucionando algunos problemas que antes se planteaban el nuevo texto del art. 300 establece que el tribunal competente para entender en el proceso de jactancia es “*el tribunal que debiere conocer en el asunto principal*”.

Esta referencia debe suponerse realizada al tribunal que debería entender en el ulterior proceso que, una vez intimado, podría iniciar el jactancioso contra el actor del proceso de jactancia.

Sin embargo -como hace notar Valentín- con el transcurso del tiempo, el tribunal ante quién debe iniciarse el proceso ulterior por parte del jactancioso podría variar, porque por ejemplo si desde el punto de vista territorial el juzgado competente se debiera determinar por el domicilio del demandado (que sería el accionante del proceso de jactancia), resultara que apenas concluido el proceso de jactancia ese futuro demandado cambia de domicilio. Mas ello ya no importaría puesto que, determinando la competencia del proceso ulterior, el art. 302.1 del C.G.P. dice ahora que la demanda se debe interponer, necesariamente, “*ante la misma Sede*” (ante el tribunal en el que se inició el proceso de jactancia).

De allí entonces que debe entenderse que el tribunal competente para entender en el proceso de jactancia es aquel que, al tiempo de iniciarse ese proceso de jactancia (y no al tiempo del efectivo inicio del proceso ulterior), debería haber sido el competente para entender en el proceso ulterior.

4.

PLAZO DENTRO DEL CUAL PUEDE INICIARSE

Según el art. 304, el proceso de jactancia no puede iniciarse “transcurridos seis meses desde el momento en que hubieren tenido lugar los dichos que la configuran (a la jactancia)”.

Todo lleva a entender, por la redacción de la disposición, que este plazo es un plazo de caducidad, y por lo tanto relevante de oficio por el juez. Y por otro lado entiendo que, además de tratarse de un plazo de caducidad, al estar previsto para la realización de un acto procesal como es la presentación de una demanda, el plazo indicado por este art. 304 es un plazo de naturaleza procesal (con las consecuencias de que se comienza a computar a partir

del primer día hábil siguiente a aquel en que tuvieron lugar los dichos; de que si vence en día inhábil se extiende hasta el primer día hábil siguiente; etc.).

Añade a estas consideraciones Bruno Mentasti ⁶ que “Es de especial importancia advertir que se trata de seis meses contados desde el momento en que los dichos tienen lugar sin importar el momento en que los dichos son conocidos por quien promueve el proceso de jactancia”.

5.

DEMANDA Y CONVOCATORIA A AUDIENCIA

Por lo demás el actor deberá presentarse por escrito sin necesidad de tramitar previamente un proceso conciliatorio (en razón de no tratarse de un proceso ordinario).

En ese escrito deberán determinarse “*concretamente los hechos que constituyan la jactancia*”, no correspondiendo en esta oportunidad y conforme a la ley agregar prueba alguna ni de la jactancia ni menos aún de la titularidad de los derechos por parte del actor, puesto que lo que se pretende es que el demandado diga si pronunció o no los dichos que el actor entiende constituyeron una jactancia (si se jactó de ser titular de los derechos, y no si es efectivamente titular de los mismos, pues bien puede el supuesto jactancioso no ser titular del derecho y haberse jactado de serlo o, al revés, ser titular del derecho y no haberse jactado de serlo).

A continuación, y naturalmente si la demanda reúne todos los requisitos procesales formales, el juez citará al demandado a una audiencia, en resolución que conforme al art. 87 del C.G.P. deberá notificarse a domicilio (eventualmente domicilio electrónico para el caso del actor).

6.

AUDIENCIA

Al no establecer el código nada al respecto no es necesaria la comparecencia del actor en la audiencia, y menos aún su comparecencia personal, de donde quedará a su arbitrio el hacerlo o no (sin perjuicio de que al haberse establecido por la ley no. 19.090 que la sen-

⁶ Daniel Bruno Mentasti, “Procesos preliminares de jactancia y medidas preparatorias”, *Revista de Técnica Forense* (1999), n° 8, 35.

tencia se apela como las interlocutorias, a los efectos de una eventual apelación es sin duda conveniente la comparecencia de ese actor).

Y en esta audiencia, a la que el demandado tampoco tiene porque comparecer en forma personal pero que en todo caso deberá hacerlo asistido por abogado, el juez interrogará al mismo acerca de si es cierta la existencia de la jactancia de que da cuenta la demanda.

Como se verá, no se trata de que el juez intime al demandado acerca de si es titular o no del derecho del que se habría jactado ser titular, sino solamente de si es cierto o no que se “jactó” de tener ese derecho (podría haberse jactado y no ser cierto, ni siquiera para él, que tuviera el derecho del que se jactó; o bien podría considerar el demandado que efectivamente tiene tal derecho, pero manifestar que nunca se jactó de ello).

Resulta entonces a mi entender que al demandado no se le debe intimar que manifieste si efectivamente es titular o no del derecho del que se jactó tener, sino solamente intimársele que manifieste si se jactó o no de que lo tenía.

Hace muchos años yo mismo⁷ añadía a ello que “parece bastante claro que cualquier intimado puede evitar la enojosa situación de tener que presentar su demanda en treinta días, mediante el simple expediente de negar haberse ‘jactado’. ¿Qué consecuencias le acarrearía ello? En principio ninguna, pues no se niega ‘tener’ el derecho, sino solamente el haberse jactado de ello; de donde solamente quien tenga un auténtico sentido moral ‘confesará’ haberse jactado”.

Y agregaba entonces que quizás podía plantearse en tal supuesto un incidente por parte del actor, a fin de demostrar que efectivamente ha existido la “jactancia” que el demandado niega (la otra posibilidad -bien que no prevista en el código, pero que podría preverse en una nueva reforma- es ofrecer prueba de la jactancia en la misma demanda, solicitando que se diligencie esa prueba si el demandado niega haberse jactado).

En todo caso en la audiencia el juez se limitará a intimar al demandado para que exprese si se jactó o no como afirma en su demanda el actor. Se oirá entonces a ese demandado y según sea su respuesta se dictará una resolución por el juez, asentándose todo en acta resumida (sin perjuicio de que quizás en caso de negativa sea posible diligenciar la prueba a la que he hecho referencia en el párrafo anterior). De acuerdo con la nueva redacción dada por la ley n° 19.090 al art. 302.4 del código, la sentencia “*será dictada al término de la audiencia o en la que se convoque, dentro del plazo de quince días y admitirá apelación con efecto suspensivo, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2) del artículo 254*”.

⁷ Alejandro Abal Uliú, “Procesos preliminares” en *Curso sobre el Código General del Proceso* (1989), Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. II, F.C.U., Montevideo, 63.

¿Qué supuestos -teniendo además presentes las modificaciones introducidas al C.G.P. por la ley n° 19.090- podrían presentarse en relación a esta convocatoria del demandado a audiencia y a sus eventuales posibles respuestas a la intimación que se le formule en la misma?

El primer caso que podría presentarse es la no comparecencia del demandado a la Audiencia para la que fue citado.

Si así fuera el art. 302.1 establece que (de hecho, asumiendo tácitamente que existió jactancia) “el tribunal, acto continuo, intimará al demandado para que interponga su demanda ante la misma Sede, dentro del plazo de treinta días hábiles, con apercibimiento de tener por caducado su derecho”. Este plazo de caducidad, que es también claramente de naturaleza procesal, es un plazo perentorio e improrrogable pues así lo establece el art. 92 del C.G.P. para todo plazo procesal (Arlas, en vigencia del C.P.C., entendía que en ese entonces el plazo no era perentorio), y comienza a computarse a partir del primer día hábil siguiente a la notificación, además de que si vence en día inhábil se extiende hasta el primer día hábil siguiente. Naturalmente que al ser un plazo procesal el mismo admite ser suspendido cuando medie una “justa causa” (art. 98 del C.G.P.: “Sólo se considera justa causa la que provenga de fuerza mayor o caso fortuito para la parte y que la coloque en la imposibilidad de realizar el acto por sí o por mandatario”).

El segundo supuesto que podría darse ya implica la comparecencia del demandado, pero negándose a responder a la intimación de hacerlo que en la audiencia le formule el juez.

También para este caso el art. 302.1 prevé igual consecuencia que cuando el citado no comparece.

El tercer supuesto imaginable implica que el demandado comparece, pero sin negarse a responder lo hace en forma “*evasiva*”, y el juez entiende que con esta respuesta del intimado “*se ha reconocido la exactitud de las afirmaciones contenidas en la petición (la demanda) inicial*”.

Si así concluye el juez, según dispone el art. 302.3 entonces también “declarará la jactancia e intimará de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal 1° del presente artículo”.

El cuarto caso que puede presentarse implicaría, al igual que el anterior, que el demandado comparece y aunque sin negarse a responder, lo hace en forma “*evasiva*”, pero a diferencia de lo que sucede en el supuesto anterior ahora el juez entiende que con su respuesta el intimado no ha reconocido haberse “jactado”.

Aunque este caso no se encuentra explícitamente previsto debe entenderse que se le aplica igual regla a la establecida para cuando el intimado comparece y declara sin evasivas que no se ha jactado; es decir, la regla prevista en el art. 302.2, que prevé que (tan solo) “*el tribunal disponga que se tenga presente lo actuado*”.

En el quinto supuesto que podemos imaginar el demandado comparece y directamente niega haberse jactado.

Para este caso rige la regla del art. 302.2, según la cual ya indiqué que la sentencia del juez se limitará a declarar que se tenga presente lo manifestado en la audiencia por el intimado. No obstante, como también ya antes expresé, en este caso y si el actor hubiere solicitado que se produjeran determinados medios de prueba para acreditar la jactancia en el caso de que el intimado la negara, sería en esta oportunidad que, si el juez admitiera esa posibilidad no prevista explícitamente en la ley, se dispusiera la producción de dichos medios de prueba, estando en definitiva respecto a la existencia o no de la jactancia a lo que de ellos resultara.

En el sexto caso posible el demandado comparece y directamente acepta haberse jactado.

También para este caso el art. 302.1 establece que el juez debe intimar al demandado a interponer su demanda para ejercer los derechos que se ha jactado tener, y que debe hacerlo “*dentro del plazo de treinta días hábiles, con apercibimiento de tenerse por caducado su derecho*”. Como ya señalé, dada la forma que lo establece la disposición también es este un plazo procesal de caducidad (y no de prescripción), y por lo tanto se aplica al mismo toda la regulación propia de los plazos procesales.

Finalmente, en un séptimo supuesto que siguiendo a Arlas presentan también como posible los autores dirigidos por Landoni Sosa, el demandado impugnaría la resolución del tribunal por incumplimiento de algún requisito procesal formal, como podría ser la falta de legitimación procesal de quién presenta la demanda por el actor, o la ausencia de patrocinio letrado, o la incompetencia del tribunal, o inclusive la falta de legitimación causal activa para presentar una demanda de jactancia por decirse en la misma que la jactancia se produzco a través de hechos y no de dichos, o por dichos pero pronunciados mucho antes de los seis meses a que refiere el art. 304, etc.

Tal impugnación entiendo que debería hacerla el demandado a través de los normales recursos de reposición y apelación que corresponden ante una sentencia interlocutoria encubierta, como sería la pronunciada por el juez en estos casos (aunque, bastante infundadamente para el caso, el recurso de apelación queda excluido por lo que dispone la nueva redacción del inciso primero del art. 302.4 dada por la ley n° 19.090). Por su parte tanto Arlas en su momento como después los autores dirigidos por Landoni Sosa, han opinado que lo que en lugar de recurrir en estos casos el demandado también podría hacer es oponer “excepciones previas” en la audiencia.

Añado a todo lo anterior que cualquier mención que pudiera realizar el demandado en su respuesta referida no ya a la jactancia sino a la verdadera titularidad del derecho del que se podría haber jactado tener, carece totalmente de relevancia, pues en el objeto de este proceso no está resolver sobre la titularidad del derecho, sino solamente sobre si existió jactancia de la titularidad del derecho (claro está que si el demandado manifestara explícitamente -se haya o no jactado- que no es titular del derecho, esta declaración de parte valorable como confesión podría luego solicitarse trasladarla por el procedimiento del art. 145 a un eventual proceso posterior referido a la titularidad de su derecho).

7.

SENTENCIA E IMPUGNACIÓN

La resolución que recae normalmente (al menos en los seis primeros supuestos señalados) resuelve el objeto principal de este proceso (si existió o no existió jactancia), y por ello debe considerarse que estrictamente es una sentencia definitiva (ello sin perjuicio de lo que diré a continuación al comentar la parte final del art. 302.4).

Al respecto ya decía en igual sentido Arlas⁸ que “La sentencia que se dicte es, naturalmente, una sentencia definitiva, aunque en nuestra jurisprudencia se haya sostenido algunas veces (expresa o implícitamente) que se trata de una interlocutoria”.

Sin embargo y de acuerdo a lo que he estudiado respecto a las resoluciones jurisdiccionales⁹, la sentencia no es definitiva cuando ella no se pronuncia sobre el objeto del proceso (si existió o no jactancia), sino que hace lugar a un recurso (o a una excepción previa si se entendiera que esa es la vía procesal admisible para impugnar) contra la inicial resolución que, aceptando que la demanda cumplía con los requisitos procesales, convocó al demandado a audiencia. En este otro caso la sentencia será una sentencia interlocutoria, eventualmente con fuerza de definitiva.

Según la nueva redacción del art. 302.4 esa sentencia definitiva, que según ya señalé debe dictarse al término de la audiencia o en la audiencia que se convoque al efecto dentro del plazo de quince días, y (lo que es lógico pues entiendo que se trata de una sentencia definitiva) admitirá el recurso de apelación con efecto suspensivo (además naturalmente de los recursos de aclaración y ampliación).

⁸ José A. Arlas, “Juicio de Jactancia” en *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (1969), t. 67, 130.

⁹ Véase de mi autoría *Derecho Procesal*, tomo V (Montevideo, F.C.U., 2016), 27 ss, y “Clasificación de las Resoluciones Judiciales”, *Rev. de la Facultad de Derecho* (2016), Universidad de la República, n° 40, 13 7 49.

Empero, la remisión que luego de la ley n° 19.090 hace la parte final del art. 302.4 al numeral 2 del art. 254 es a la apelación de las sentencias interlocutorias, por lo que debería entenderse que aun cuando por su contenido está sentencia es claramente una sentencia definitiva, el legislador ha optado por permitir su apelación (entiendo que sin comprender la reposición) a través del procedimiento propio de las sentencias interlocutorias. La apelación de la sentencia en cuestión debe por lo tanto anunciarse en la audiencia (lo que implica inclusive una carga del actor de estar en esa audiencia para la eventualidad de querer apelar, aunque su ausencia no implique desistir de la pretensión conforme ya lo he indicado), y luego fundarse el recurso dentro de los seis días siguientes, siguiéndose por demás la normal ritualidad prevista para el traslado a la otra parte, la eventual adhesión a la apelación, etc.).

8.

LA ULTERIOR DEMANDA DEL JACTANCIOSO

Ahora bien, está claro conforme al art. 302.1 que el jactancioso intimado a presentar su demanda dentro de los treinta días (hábiles) siguientes, la debe presentar “*ante la misma Sede*” en la que se tramitó el proceso de jactancia. Ese plazo, que es también procesal, como todo plazo procesal se suspende en los supuestos previstos en el art. 98 del C.G.P. (“*justa causa*”).

Y recordemos que, si el proceso en cuestión requiriera del trámite del previo proceso conciliatorio, puede presentarse la demanda aún sin haberlo tramitado, con la única consecuencia de que conforme al art. 198 del C.G.P. el proceso ulterior deberá suspenderse hasta que se acredite por el actor haber tramitado (sin que se llegue a conciliación) el proceso previo (conforme por ejemplo Sentencia del T. A. Civil 2° n° 349/2001, suma n° 962, Rev. *Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 1/2012).

Mas, ¿qué sucede si tal demanda no se interpone en ese plazo de treinta días hábiles? Según el art. 302 en este supuesto caducará el derecho que pudiera tener el demandado que en definitiva no presenta su demanda.

Si ese derecho fuera un derecho de crédito no pareciera que haya inconveniente alguno en que dicho crédito se extinga si es que realmente existía.

Podría en tal caso entenderse que estas disposiciones del C.G.P. lo que establecen es un nuevo modo de extinguir las obligaciones, cuya verificación, conforme al art. 303, es finalmente declarada por el juez en sentencia dictada a pedido del actor y con una fórmula

que podría decir que “si la obligación de cuya existencia el demandado se jactó realmente existía, la misma se declara extinguida por no haberse formulado la pretensión en el tiempo establecido”.

Y si la jactancia refiere a un derecho real pero el demandado que no presenta la demanda en los treinta días es en realidad el titular de ese derecho real del que se jactó, ¿también caduca ese derecho real, se extingue, por no presentarse la demanda en esos treinta días?

Un demandado que además de haberse jactado de ser propietario de un inmueble es realmente el propietario de ese inmueble del que el actor también se considera propietario, ¿deja de ser propietario por no presentar la demanda dentro de los treinta días? De ser así, ¿quién será en más el propietario? ¿el actor de la jactancia? ¿el inmueble será en adelante una especie sui generis de “res nullis”? Esa caducidad del derecho real, que además no pareciera que importe atribuir el derecho a otra persona, si refiere a un bien cuya propiedad se inscribe en un registro, ¿deberá inscribirse en el registro? ¿Qué es lo que según establece el art. 303 debe luego declarar el juez en este caso? ¿Deberá decir en su sentencia que “si el derecho real de cuya existencia el demandado se jactó realmente existía, el mismo se declara extinguido por no haberse formulado la pretensión en el tiempo establecido”?

Y no se trata de supuestos absurdos, puesto que por ejemplo bien podría suceder que una persona se jactara de seguir siendo propietaria de un inmueble que otra persona entiende haber adquirido por prescripción adquisitiva, y si en este caso el jactancioso -que en realidad sigue siendo realmente el propietario, pues no se cumplió todo el plazo para la prescripción adquisitiva- no inicia luego contra el actor del proceso de jactancia un proceso de reivindicación del inmueble, ¿se extingue o caduca su derecho de propiedad? Y si así fuera, ¿quién sería en más el propietario?

Personalmente no me atrevo a responder con seguridad a ninguna de estas preguntas.

Añádase a estas interrogantes la que se plantea cuando para poder disponer de los derechos se requiere autorización judicial (o, entre otros supuestos de complicaciones, cuando los derechos de que se trata corresponden a litisconsorcios necesarios), y los problemas continuarán multiplicándose hasta llegar a un punto en el cual la inseguridad que se crea con este proceso de jactancia lleva a preguntarse si no hubiera sido realmente mejor prescindir del mismo, o en todo caso, dar un efecto diverso al incumplimiento por el jactancioso, como podría ser una condena en daños y perjuicios o inclusive la aplicación de *astreintes* a quién no interponga la demanda (en lugar de la caducidad de su derecho), etc.

Agrego a estas cuestiones que en mi opinión (y contra lo que en su momento expresaba Arlas), si el demandado se hubiere jactado de ser titular de un derecho sujeto a plazo o

condición, en el caso del proceso posterior que debiera iniciar en el plazo de treinta días no tendría por qué pretender hacer efectivo ese derecho (que normalmente no podría hacerlo por falta de vencimiento del plazo o existencia de la condición), sino que solamente tendría que pretender una sentencia que declarara que efectivamente existe tal derecho en su favor, sujeto a plazo o condición.

9.

LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL DERECHO DEL JACTANCIOSO

Finalmente debo dejar constancia que la resolución que declare la caducidad del derecho por no presentarse la demanda en el plazo de treinta días, haciendo así efectivo el apercibimiento, solo se dictará por el juez si lo solicita el actor (art. 303 del C.G.P.).

Mas no se trata, como se advertirá y en contra de lo que sin expresar fundamento y creo que erróneamente indicara Tarigo, que se requiera este pedido del actor para que el derecho caduque: el derecho ya caducó al vencer los treinta días pues el plazo en cuestión es, como todo plazo procesal, perentorio (reitero que cuestión diferente se planteaba durante la vigencia del C.P.C., cuando Arlas opinaba que era necesario que el actor solicitara la declaración del juez, puesto que entonces el plazo de treinta días no era perentorio).

En la ley no está prevista limitación alguna para recurrir la resolución que recaiga ante la solicitud de declaración de caducidad, resolución que a mi entender debe dictarse sin necesidad de oír previamente a la otra parte y que, como sostiene al respecto Barrios De Angelis, es una sentencia definitiva (aunque Arlas decía que era interlocutoria).

10.

CONCLUSIONES

1°. Puede decirse que el proceso de jactancia es un proceso en el que la “pretensión imputa a uno o más sujetos haber afirmado ser titulares de derechos reales o personales, o de ambas clases, en perjuicio del accionante, quien los considera inexistentes o diversos”. Este proceso, regulado actualmente por los arts. 299 a 304 del C.G.P., es un proceso judicial, contencioso, de conocimiento, no ordinario y, dentro de los procesos preliminares, un proceso precedente.

2°. En el C.P.C. se admitía que la “jactancia” se constituyera tanto por dichos como por hechos del jactancioso. Actualmente, la jactancia que se manifieste solamente por “hechos” no es habilitante de este proceso

3°. Luego de sancionada la ley n° 19.090, el tribunal competente para entender en el proceso de jactancia es “*el tribunal que debiere conocer en el asunto principal*”.

4°. Según el art. 304, el proceso de jactancia no puede iniciarse “transcurridos seis meses desde el momento en que hubieren tenido lugar los dichos que la configuran (a la jactancia)”.

5°. El actor deberá presentarse por escrito sin necesidad de tramitar previamente un proceso conciliatorio, estableciendo “*concretamente los hechos que constituyan la jactancia*”, y no correspondiendo en esta oportunidad y conforme a la ley agregar prueba alguna ni de la jactancia ni menos aún de la titularidad de los derechos por parte del actor. A continuación, y si la demanda reúne todos los requisitos procesales formales, el juez citará al demandado a una audiencia, en resolución que deberá notificarse a domicilio,

6°. No es necesaria la comparecencia del actor en la audiencia y, en esta audiencia a la que el demandado tampoco tiene por qué comparecer en forma personal, el juez interrogará al mismo acerca de si es cierta la existencia de la jactancia de que da cuenta la demanda (no de si es o no titular del derecho que se habría jactado tener).

Podrían presentarse por lo menos siete diferentes situaciones en relación a esta convocatoria del demandado a audiencia y a sus eventuales posibles respuestas a la intimación que se formule en la misma.

7°. La resolución que recae en los seis primeros casos resuelve el objeto principal de este proceso (si existió o no existió jactancia), y por ello debe considerarse que es una sentencia definitiva (ello sin perjuicio de lo que diré a continuación al comentar la parte final del art. 302.4). Esa sentencia definitiva, que debe dictarse al término de la audiencia o en

la audiencia que se convoque al efecto dentro del plazo de quince días, admitirá el recurso de apelación con efecto suspensivo (además naturalmente de los recursos de aclaración y ampliación). Empero, la remisión que luego de la ley n° 19.090 hace la parte final del art. 302.4 al numeral 2 del art. 254 es a la apelación de las sentencias interlocutorias, por lo que aun cuando por su contenido está sentencia es claramente una sentencia definitiva, el legislador ha optado por permitir su apelación a través del procedimiento propio de las sentencias interlocutorias.

8°. Conforme al art. 302.1 el jactancioso intimado a presentar su demanda la debe presentar en un plazo de treinta días hábiles “ante la misma Sede” en la que se tramitó el proceso de jactancia. Si la demanda no se interpone en ese plazo, según el art. 302, caducará el derecho que pudiera tener el demandado que en definitiva no presenta su demanda, lo cual plantea serios problemas de los que se da cuenta en el cuerpo de este artículo.

9°. La resolución que declare la caducidad del derecho por no presentarse la demanda solo se dictará por el juez si lo solicita el actor. Ello no implica que se requiera este pedido del actor para que caduque el derecho, en tanto el plazo de treinta días es un plazo perentorio.

Para citar este artículo: Abal Oliú, Alejandro, “El proceso de jactancia en el CGP luego de la Ley N° 19.090”, en *Revista de Derecho* 15 (I-2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 13-30.

BIBLIOGRAFÍA NACIONAL

- Abal Oliú, Alejandro, “Procesos preliminares” en *Curso sobre el Código General del Proceso* (1989), Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. II, F.C.U., Montevideo, 25 págs.
- Arlas, José A., “Juicio de Jactancia”, *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (1969), t. 67, 19 págs.
- Barrios De Angelis, Dante, *Apuntes de Derecho Procesal. 1er. Curso*, t. II, 4ta. reedición, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Notariado, Montevideo, 1968, 309 págs.
- Barrios De Angelis, Dante, *El Proceso Civil*, segundo vol., Idea, Montevideo, 1990, 273 págs.

- Bruno Mentasti, Daniel, “La reforma del Código General del Proceso por la ley 19.090 desde la óptica del Derecho Aplicado”, en *Rev. de Técnica Forense* (2015), n° 20, 198 págs.
- Bruno Mentasti, Daniel P., “Procesos preliminares de jactancia y medidas preparatorias”, en *Revista de Técnica Forense* (1999), n° 8, 19 págs.
- Couture, Eduardo J. *Procedimiento Primer Curso*, t. II, Medina, Montevideo, s/f., 395 págs.
- Couture, Eduardo, *Vocabulario Jurídico*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1960, 601 págs.
- Gallinal, Rafael, *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. II, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1930, 345 págs.
- Gallinal, Rafael, “Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil (Excepciones. Diligencias Preparatorias para la Demanda. Conciliación)”, segunda ed., Barreiro y Cía., Montevideo, 1915, 269 págs.
- Giménez, José A., *La tramitación de juicios*, tomo primero, Imprenta a vapor de La Tribuna Popular, Montevideo, 1884, 685 págs.
- Klett, Selva, *Proceso Ordinario*, t. I, F.C.U., Montevideo, 2014, 384 págs.
- Landoni Sosa, Ángel (Director), Santiago Garderes, Fernando Gomes, María Eugenia González, Magdalena Prato, Gabriel Valentin, *Código General del Proceso*, vol. 3A, B de f., Buenos Aires, 2006, 332 págs.
- Pereira Campos, Santiago y otros, *Código General del Proceso. Reforma de la ley 19.090*, Universidad de Montevideo, 2015, 561 págs.
- Tarigo, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, sexta edición, actualizada por Tarigo, Enrique J. (h.), F.C.U., Montevideo, 2015, 441 págs.
- Valentín, Gabriel, *La Reforma del Código General del Proceso*, F.C.U., Montevideo, 2014, 560 págs.
- Vescovi, Enrique, *Derecho Procesal Civil*, t. IV, Idea, Montevideo, 1979, 250 págs.

Limosna y obligación de asistir a los pobres en la Escuela jesuita de los siglos de oro: Francisco de Toledo, Juan de Mariana, Francisco Suárez y Juan de Lugo¹

Alms and Obligation to Help the Poor in the Jesuit School of the Golden Age: Francisco de Toledo, Juan de Mariana, Francisco Suárez and Juan de Lugo

*Sebastián Contreras**

*Universidad de los Andes, Chile
sca@miuandes.cl

*Alejandro Miranda***

**Universidad de los Andes, Chile
amiranda@uandes.cl
<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1371>

Recibido: 24/03/17. Revisado: 28/03/17. Observado: 04/04/17. Aceptado: 18/04/17.

¹ Los autores agradecen el patrocinio de Fondecyt Chile, proyecto 11150649.

RESUMEN: En este trabajo se estudia el alcance de la obligación de ayudar al necesitado en cuatro autores jesuitas de los siglos XVI y XVII: Toledo, Mariana, Suárez y Lugo. El texto pretende mostrar qué criterios utilizan dichos autores para determinar los casos en que la ayuda al necesitado se convierte en una estricta obligación de justicia.

PALABRAS CLAVE: limosna, necesidad, jesuitas, siglo de oro

ABSTRACT: This paper is a study of the scope of the obligation to help the needy in four Jesuit authors of the sixteenth and seventeenth centuries: Toledo, Mariana, Suárez and Lugo. The text intends to show what criteria these authors use to determine the cases in which the aid to the needy becomes a strict obligation of justice.

KEY WORDS: alms, necessity, jesuits, Golden Age.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Francisco de Toledo (1532-1596). 3. Juan de Mariana (1536-1624). 4. Francisco Suárez (1548-1617). 5. Juan de Lugo (1583-1660). 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión del límite y las relaciones entre caridad y justicia ha sido una preocupación constante de los autores de la Escolástica. Sobre la base de la doctrina evangélica acerca de la ayuda al prójimo, estos autores han planteado que en unos casos existe un deber de caridad de ayudar a otros, que no es exigible, y que, en otros, ese deber se convierte en una obligación de justicia, en el sentido de que algunas personas son titulares de un derecho de recibir auxilio o asistencia económica.

Así, interesados en elaborar una teología centrada en el hombre², los autores escolásticos se ocuparon de la mendicidad y del deber de limosna. Hacia la primera mitad del siglo XVI, este era un tema sensible para las autoridades europeas —principalmente españolas—³ y para los teólogos de la Reforma. Lutero exponía que “el hombre no vive solo para sí en su cuerpo; vive entre otros hombres, por lo que siempre debe actuar en favor de ellos”⁴. Los pobres no deben ser despreciados, dice este en sus *Conversaciones de sobremesa*. Por su parte, Calvino abogaba por la venta de los vasos sagrados en beneficio de los pobres⁵; y Zwinglio, en Zúrich, hacía esfuerzos para que los monasterios se convirtieran en hospitales públicos⁶.

Los juristas y teólogos católicos, un poco más tarde, y dirigidos por los juristas y teólogos de Salamanca, debieron también preguntarse por el modo de vencer la mendicidad y de cumplir el precepto divino de la limosna. Uno de los primeros autores católicos que, en ese contexto, intentó hacer aportes doctrinales en esta dirección fue Juan Luis Vives. En su

² Miguel Anxo Pena, «Derechos humanos en la Escuela de Salamanca», en *Derechos humanos en Europa* (Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2009), 57.

³ José María Garrán, *La prohibición de la mendicidad. La controversia entre Domingo de Soto y Juan de Robles en Salamanca* (Salamanca, Eusal, 2004), 15-20.

⁴ Martín Lutero, *Werke*, WA 7, 34.

⁵ Juan Calvino, *Institutio Christianæ Religionis* (Madrid, López Cuesta, 1858), parte segunda, l. IV, c. 5, 757-758.

⁶ Ulrico Zwinglio, *Werke*, CR 90, 422.

Socorro de los pobres, enseña que “es cosa fea y vergonzosa para nosotros los cristianos, para quien no existe más imperioso mandato que el de la caridad, y no sé si decir el único, topar en nuestras ciudades, a cada paso, con menesterosos y mendigos”⁷. Vives piensa que el abandono de los pobres acarrea grandes peligros para la sociedad: robos, envidias, indignación, contagio de enfermedades, etc. Cree que el dinero no falta para cubrir las necesidades de los pobres, y hasta postula que la Iglesia se equivoca al imitar la práctica del mundo y acercarse a los lujos⁸.

También los teólogos dominicos, con Domingo de Soto a la cabeza, estudiaron la obligación de limosna. En su debate con Juan de Robles, Soto hace un llamado a asistir a los “hermanos pequeños de Cristo”. Para Soto, el ejercicio de la caridad no exige el discernimiento entre buenos y malos⁹, y no se extiende solo a los casos de necesidad extrema¹⁰. Sin embargo, quienes hicieron mayores esfuerzos teóricos para detallar el deber de ayudar a los pobres fueron los teólogos jesuitas. Hay que recordar que los colegios jesuitas, cientos hacia fines del siglo XVII, eran gratuitos, ya que en la mente de san Ignacio la educación debía ser la misma para todos.

A partir de la segunda generación, los jesuitas desarrollaron un interés claro por los asuntos de la teología moral. Así lo nota Lubac, quien escribe que los ignacianos han optado como por instinto por las cuestiones morales¹¹. Entonces, en este trabajo queremos desarrollar la teoría jesuita sobre la limosna. Puesto que los escritos de los primeros jesuitas no formaron una unidad doctrinal, como los escritos de los agustinos o de los dominicos, a continuación expondremos la explicación que hacen del deber de limosna cuatro teólogos jesuitas de los siglos XVI y XVII: Francisco de Toledo, Juan de Mariana, Francisco Suárez y Juan de Lugo.

2.

FRANCISCO DE TOLEDO (1532-1596)

Como es usual en los autores de la Escolástica, Francisco de Toledo —el primer cardenal jesuita de la historia— comienza sus reflexiones con el análisis de la definición de limosna. Inspirándose en Tomás de Aquino, Toledo define la limosna como una “obra que

⁷ Juan Luis Vives, *Socorro de los pobres en Obras completas* (Madrid, Aguilar, 1947), t. I, l. II, c. 1, 1391.

⁸ Abelardo del Vigo, *Economía y ética en el siglo XVI* (Madrid, BAC, 2006), 808-814.

⁹ Garrán, *La prohibición de la mendicidad...*, 65.

¹⁰ Domingo de Soto, *Deliberación en la causa de los pobres (El gran debate sobre los pobres en el siglo XVI)* (Barcelona, Ariel, 2003), c. 8, 79.

¹¹ Henri de Lubac, *Surmaturel* (Paris, Aubier, 1946), 285.

procede de la misericordia, con la cual se socorre a la necesidad de otro”¹². El cardenal explica que *eleemosyna* en griego equivale a *misericordia* en latín, y que la obra que es efecto de la virtud ha recibido el nombre de la virtud misma.

La reflexión toledana sobre la limosna es muy completa: le dedica casi catorce páginas en folio a doble columna de su *Instrucción de sacerdotes*. Lo fundamental de su doctrina puede dividirse en seis aspectos: (i) los bienes que pueden ser materia de la limosna; (ii) la persona que puede ser beneficiaria de la limosna; (iii) la persona que puede o debe dar limosna; (iv) los casos en que es obligatorio por justicia dar limosna; (v) el orden que se ha de guardar en la ayuda al necesitado y (vi) la magnitud de la limosna. Trataremos a continuación cada uno de estos aspectos.

Toledo afirma que solo se puede dar como limosna una cosa propia. Las cosas ajenas, tanto si se poseen justamente (p. ej., en virtud de un contrato de depósito) como injustamente (p. ej., porque han sido robadas) no pueden usarse para dar limosna. Respecto de las cosas que dependen de un superior, se debe contar con su autorización expresa o presunta. Estas reglas, sin embargo, admiten excepción en caso de extrema necesidad del menesteroso, porque en tal situación es lícito dar limosna incluso de los bienes ajenos¹³. Un problema especial es el de la denominada “torpe ganancia”, es decir, los bienes cuya adquisición no es injusta, pero se produce como resultado de un acto inmoral¹⁴. Toledo, en concordancia con todos los grandes moralistas escolásticos, sostiene que es lícito dar limosna de los bienes obtenidos como torpe ganancia.

Asentada la cuestión de los bienes que pueden ser materia de la limosna, Toledo se dedica al análisis del sujeto pasivo de la limosna. Su idea es que puede ser beneficiario de la limosna cualquier necesitado. Puesto que la limosna es acto y efecto de la misericordia, y la misericordia procede de la caridad, que no excluye a nadie, se puede dar limosna a los buenos y a los malos, a los fieles y a los infieles. Con todo, para ser beneficiario de la limosna es necesario que el menesteroso cumpla ciertas condiciones. En primer lugar, se requiere que carezca de sustento sin culpa de su parte. Si el sujeto puede trabajar en algo proporcionado a su condición, pero no lo hace sin causa justificada, entonces no hay obligación de socorrerlo, a menos que se encuentre en estado de extrema necesidad. En segundo lugar, se requiere que la limosna no preste al menesteroso ocasión para obrar el mal. En tercer lugar, se requiere que la necesidad del menesteroso no provenga de una pena o castigo impuestos por un juez.

¹² Francisco de Toledo, *Instrucción de sacerdotes y suma de casos de conciencia*, Tratado de los siete pecados mortales, capítulo xxvii (trad. de Diego Henríquez, Francisco Fernández, Valladolid, 1619).

¹³ Toledo, *Instrucción de sacerdotes...*, cc. xxviii y xxxii.

¹⁴ El ejemplo tradicional es el de los dineros que adquiere una persona por el ejercicio de la prostitución.

En este caso, quien no tiene autoridad pública *puede* dar limosna, aunque no está obligado a ello. Finalmente, para ser beneficiario de limosna se requiere que la necesidad no proceda de una guerra justa. Así, si una ciudad enemiga es cercada por el beligerante justo para forzarla a rendirse por hambre, no es lícito dar limosna a los que caen en necesidad por tal causa¹⁵.

Sobre el sujeto activo de la limosna, Toledo sostiene que puede ser cualquier persona. La razón de esto es que la obligación de ayudar al necesitado procede de un precepto de ley natural, y no únicamente de ley divina, por lo que obliga a los fieles y a los infieles¹⁶. Toledo agrega que, en cuanto al sujeto activo de la ayuda, es preciso hacer una distinción importante. Hay que distinguir entre sujetos que tienen el cuidado de otros y sujetos que no lo tienen. Los primeros están obligados a inquirir las necesidades de quienes están bajo su cuidado (como los superiores eclesiásticos respecto de quienes están en los territorios de su jurisdicción), mientras que los segundos cumplen su obligación con dar a los necesitados que se ofrecen.

Enseguida se plantea Toledo la pregunta por la obligatoriedad de la limosna: ¿cuándo está el hombre obligado bajo pecado mortal a ayudar al necesitado? Según el autor, para responder esta pregunta se deben distinguir, en primer lugar, los diversos modos en que el dinero puede ser necesario para el sujeto que da la ayuda, y, en segundo lugar, se deben distinguir las diversas clases de necesidad en el sujeto que ha de recibir la ayuda¹⁷. Las distinciones que propone el moralista son las siguientes. En cuanto a la primera distinción, dice Toledo que el dinero, y lo que es susceptible de apreciación por dinero, puede hallarse de cuatro modos respecto del que lo posee. En primer lugar, puede ser *naturalmente necesario*. Se llama de este modo al dinero que es absolutamente necesario para la *conservación de la propia vida y la de la familia*. Que algo sea absolutamente necesario para un cierto fin quiere decir que sin ello no se podría alcanzar ese fin. En segundo lugar, puede ser *personalmente necesario*. Se llama así al dinero que es absolutamente necesario para la *decencia del estado*. En tercer lugar, puede ser *necesario para mejor pasar*. A esta clase pertenece el dinero que es necesario, o para la conservación de la vida, o para la decencia del estado, pero no absolutamente, sino para *mejor pasar*. Sin este dinero el hombre podría conservar la vida o la decencia de su estado, pero difícil e incómodamente. En cuarto lugar, el dinero o lo susceptible de apreciación por dinero puede ser *superfluo*. Es de este tipo el dinero que no es necesario ni para la conservación de la vida ni para la decencia del estado, ni tampoco para la cómoda conservación del estado. Toledo precisa que lo necesario o superfluo del dinero se ha de considerar no sólo respecto del estado

¹⁵ Toledo, *Instrucción de sacerdotes...*, c. xxxi.

¹⁶ Toledo, *Instrucción de sacerdotes...*, c. xxxviii.

¹⁷ Toledo, *Instrucción de sacerdotes...*, c. xxxiii.

presente, sino también respecto de los peligros que probablemente pueden acontecer, o de las necesidades que en el futuro se puedan generar.

En cuanto a la segunda distinción —o sea, la que se refiere a las diversas clases de necesidad en el sujeto pasivo de la ayuda—, dice Toledo que existen tres clases de necesidad: extrema, grave y común. La *extrema* tiene lugar cuando el que la padece está en peligro de perder la vida (o cuando se espera que lo esté, si no hay quién le socorra antes). La *grave* tiene lugar cuando el que la padece está en peligro de perder la decencia del estado, la honra o cuando el que la padece está en peligro de pecar o de sufrir otro daño notable. Y la *común*, finalmente, es aquella que no es extrema ni grave.

A la luz de estas distinciones, Toledo formula los siguientes principios relativos a la obligatoriedad de la limosna. *Primero*: hay casos en que la ayuda al necesitado es de precepto, es decir, obliga bajo pecado mortal. *Segundo*: nadie está obligado a socorrer a otro, aunque ese otro esté en extrema necesidad, con las cosas naturalmente necesarias. Es decir, nadie está obligado a socorrer a otro con daño de su vida o de la vida de los que están a su cuidado. Este principio admite, no obstante, una excepción: cuando el necesitado es una persona muy necesaria para la república, porque, en tal caso, el bien común obliga a ceder el bien propio, con obligación de precepto. *Tercero*: con lo personalmente necesario (o sea, con lo que es absolutamente necesario para la decencia del estado) está uno obligado a socorrer al que está en extrema necesidad. Para esto, con todo, se exige que el hombre caiga en la necesidad sin culpa. Por eso si alguien nos dice “dame un millón de pesos o me mato”, no estamos obligados a darle ese dinero. *Cuarto*: con lo necesario para mejor pasar está uno obligado a socorrer al que está en extrema necesidad y también al que padece necesidad grave, pero no al que padece necesidad común. *Quinto*: con lo *superfluo* está uno obligado a socorrer a quien se encuentra en extrema necesidad y también al que padece necesidad grave. Y *sexto*: el hombre no está obligado bajo pecado mortal a dar de los bienes superfluos a quien se encuentra en necesidad común. Lo contrario implicaría que nadie puede retener lícitamente lo superfluo. Toledo admite que este último principio no genera un consenso unánime. Él sigue la opinión más común —según la cual ayudar en tal caso es solo de consejo—, pero reconoce que la opinión minoritaria —que califica tal ayuda como de precepto— tiene muchos seguidores, y por eso es sentencia probable¹⁸.

Sobre el orden que se ha de guardar en la ayuda al necesitado, Toledo reconoce que es difícil presentar un “orden universal y cierto”, pero igualmente propone algunos principios generales para guiar la deliberación. A la luz de estos principios, se puede alcanzar, al menos,

¹⁸ Toledo, *Instrucción de sacerdotes...*, c. xxxiii.

“mediana noticia del orden que se ha de tener en dar limosnas”¹⁹. El primero de estos principios dice que se ha de socorrer primero a la necesidad más grave. Esto quiere decir que la necesidad extrema se debe atender antes que la grave, y ambas antes que la común. De este modo, “si la [necesidad] del extraño es extrema y la de el pariente es común o grave, primero se ha de dar limosna al extraño”²⁰. El segundo principio dice que, habiendo igual necesidad, uno debe velar por sí antes que por otros. Este principio, sin embargo, es un principio general que admite cualificaciones. En efecto, como añade Toledo, en algunos casos uno tiene el *deber* de preferir el bien del prójimo y en otros *puede* lícitamente preferir tal bien, aunque no esté obligado. El tercer principio dice que, en igual necesidad, se debe ayudar a los terceros en el siguiente orden: (a) parientes, (b) acreedores, (c) bienhechores, (d) amigos, (e) conocidos, (f) extraños. Toledo aclara que este orden rige *cæteris paribus*, porque podrían concurrir ciertas circunstancias que exijan otra prelación. Así, por ejemplo, “tan útil puede ser el extraño a la República, que se haya de anteponer al pariente”²¹. Sobre el orden de prelación entre los parientes, Toledo sigue la tesis tomista de que, en igual necesidad, se debe socorrer a los padres antes que a los hijos²². La razón de esto es que debemos más a aquellos que a estos, y el orden de la limosna ha de tener en cuenta la deuda. Finalmente, el último principio establece que en igual necesidad y dentro del mismo orden de prelación entre los terceros, se ha de socorrer primero a los mejores y más provechosos a la república.

Queda por preguntarse cuánto está obligado a dar cada uno para socorrer la necesidad del prójimo. La tesis de Toledo acerca de la magnitud de la limosna también se sintetiza en algunos principios generales. El primero de estos principios se enuncia así: si el prójimo está en necesidad extrema o grave, estamos obligados a darle lo que baste para satisfacer esa necesidad. Cuando hay muchos que quieren ayudar, la obligación se satisface si cada uno da la fracción que en conjunto con las otras permite satisfacer la necesidad. El segundo principio agrega: si el prójimo está en necesidad común, basta con dar alguna parte para aliviar la necesidad. El texto de Toledo no deja claro, sin embargo, si esto es de precepto o de consejo²³. Sin embargo, a la luz de lo examinado antes, puede desprenderse que se trata solo de un consejo, ya que nadie está obligado bajo precepto a dar de los bienes superfluos a quien se encuentra en necesidad común.

¹⁹ Toledo, *Instrucción de sacerdotes...*, c. xxxix.

²⁰ Toledo, *Instrucción de sacerdotes...*, c. xxxix.

²¹ Toledo, *Instrucción de sacerdotes...*, c. xxxix.

²² Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, II-II, q. 31, a. 3, ad 4.

²³ Toledo, *Instrucción de sacerdotes...*, c. xl.

3.

JUAN DE MARIANA (1536-1624)

A Juan de Mariana se le conoce casi exclusivamente por su doctrina del tiranicidio. En el mismo texto en que trata el gobierno ilegítimo y la capacidad de los ciudadanos para hacerle frente, estudia el tema de la limosna y la ayuda al necesitado. De este modo, en el libro III de *De rege et regis institutione* dedica un apartado completo a los pobres y a la obligación del estado de auxiliarlos.

Mariana, en este contexto, sostiene que el principal deber del estado es aliviar la miseria de los débiles y pobres²⁴. Es un deber de justicia alimentar a los huérfanos y socorrer al necesitado. De hecho, es la primera obligación que tienen los gobernantes, pues no hay bien común cuando algunos hombres sufren hambre y otros padecimientos.

Las riquezas sirven para ayudar a los otros. No se las puede usar solo para los propios placeres. De acuerdo con la justicia, que es para la ciudad como los maderos y las piedras de un edificio²⁵, el objeto de la riqueza es la salud de todos. Ayudar a los pobres es una buena inversión²⁶.

Mariana añade que “Este es el verdadero deber de la humanidad: ofrecer a todos las riquezas que Dios quiso que fueran comunes a todos los hombres, pues a todos dio la tierra para que sus frutos fueran alimento de todos los seres vivos, y solo la desenfrenada codicia se interpuso ante este don del cielo”²⁷. Según esta lectura, aquello que era de todos en un principio fue apropiado a causa de la avaricia y el desenfreno. Así es como, dice Mariana, los ricos acaparan todo.

La pobreza existe porque los ricos no reparten sus bienes. A juicio del autor, los conflictos sociales originan desigualdades, conflictos que se deben a la codicia de los ricos. Para ellos, los pobres son molestos.

Cuando hay muchos necesitados la sociedad sufre graves trastornos. De ahí que Mariana escriba que “Los lobos, cuando están hambrientos, invaden los pueblos obligados por la necesidad de matar o morir”; y esto, dice, “que sucede con los demás animales, ¿no ha de suceder también, y aún más, con el hombre?”²⁸.

²⁴ Juan de Mariana, *De rege et regis institutione* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981), l. III, c. 14.

²⁵ Mariana, *De rege...*, l. III, c. 12.

²⁶ Mariana, *De rege...*, l. III, c. 10.

²⁷ Mariana, *De rege...*, l. III, c. 14.

²⁸ Mariana, *De rege...*, l. III, c. 14.

Si los ricos repartieran sus bienes no existirían mendigos que piden limosna a cada paso. Como esto no sucede, los fondos públicos deberían destinarse para ayudar a los pobres. Entre otras cosas, debería reponerse la antigua costumbre de ayudar a los pobres con el dinero de la Iglesia. “Si pudo tener esto lugar en los primeros tiempos, cuando vivía con tanta escasez la Iglesia, ¿por qué no ha de poder tenerlo ahora que está sobrada y los templos padecen y sucumben más bajo el peso de sus riquezas que de su vejez y de su enorme grandeza?”. Con tono crítico, escribe Mariana que lo correcto sería que los sacerdotes destinaran sus numerosos bienes “a usos mejores y más conformes con las costumbres de los antiguos cristianos. ¿Quién puede dudar que si se les consagrara a los pobres, devolviéndolas así a sus propios dueños como restitución, serían más útiles para la nación y para el sacerdocio? ¿Cuántos pobres no podrían vivir de esta renta y de qué pesada carga, que apenas pueden ya sustentar sobre sus hombros, se aliviaría a los pueblos, con lo que disipan en lujo muchos sacerdotes, que serviría para alimentar una innumerable turba de mendigos? No se necesitarían otros medios para sustentar, curar y dar asilo a peregrinos y pobres si se dedicasen estas riquezas a usos útiles”²⁹.

Otra forma de ayudar al pobre es que cada pueblo cuide a sus mendigos, evitando, así, que vaguen por todos lados. Sería razonable también repartirlos en clases y albergarlos en posadas de asilo, como se hizo en tiempos antiguos. Así, “Podrían fundarse hospederías para los peregrinos, asilos para los pobres, hospitales para los enfermos, refugios para los ancianos, orfanatos para evitar que los huérfanos se corrompan faltos de cuidado paterno, casas cuna para los niños expósitos, donde sean alimentados hasta cierta edad y que tengan protección en la época más indefensa de su vida”³⁰. Solo de esta manera estaríamos cumpliendo los deberes de la piedad cristiana y agradando al cielo.

4.

FRANCISCO SUÁREZ (1548-1617)

Suárez, quien fuera llamado “la cabeza más clara de los teólogos ilustrados de su tiempo”³¹, estudia el problema de la limosna en el tratado sobre la caridad. Según Suárez, la limosna es un precepto natural y divino que obliga bajo pecado grave³². La limosna es

²⁹ Mariana, *De rege...*, l. III, c. 14.

³⁰ Mariana, *De rege...*, l. III, c. 14.

³¹ Karl Werner, *Franz Suarez und die Scholastik der letzten Jahrhunderte* (Regensburg, Georg Joseph Manz, 1865), v. I, 91.

³² Francisco Suárez, *De charitate en Opera omnia*, v. XII (Paris, Vivès, 1858), d. 7, s. 1, n. 1.

concordante con la naturaleza racional³³, por eso los autores bíblicos y teólogos antiguos han insistido en el deber que cada uno tiene de contribuir al bienestar de los otros. Suárez está pensando, entre otros, en Ambrosio de Milán y Basilio Magno, quienes estiman que la misericordia es ley, y que se extiende a todos los que tienen una necesidad (familiar o no, pecador o justo)³⁴.

Sin indicar nombres, Suárez critica la tesis de los pensadores que sostenían que el cumplimiento de este solo precepto era suficiente para la salvación. Sin duda que la observancia de este precepto contribuye a la salvación del que lo pone en práctica, pero eso no es suficiente para conseguir la propia salvación³⁵. Las obligaciones morales no solo involucran el precepto de la limosna. Como se sabe, entre las normas de la ley natural se manda el cuidado de los bienes propios y ajenos, el cuidado de la familia, la obligación de pagar impuestos, el deber de educar a los hijos, etc. Sin embargo, quienes opinan que ese precepto basta para conseguir la salvación aciertan en que los hombres son juzgados por el modo como contribuyen al bien de los otros.

Suárez niega que el precepto de la limosna obligue siempre y en toda circunstancia. Como precepto positivo que es, obliga solo en ciertos contextos, en especial cuando el prójimo enfrenta la necesidad. Suárez apoya su conclusión en el hecho de que el objeto de la virtud de la liberalidad, que es la virtud que mueve a dar limosna, es la miseria y la indigencia, situaciones que no existen siempre y en todo momento³⁶.

Como una manera de determinar la extensión de este deber de limosna, Suárez distingue tres formas de necesidad. La primera se llama común, y es la que existe en los pobres comunes. Luego está la necesidad grave, que es aquella en que una persona pasa por tal grado de indigencia, que sin grave perjuicio de la salud o del honor no se podría remediar sin el auxilio de otros. Por último está la necesidad extrema, que solo se da en peligro de muerte, de

³³ Francisco Suárez, *Disputationes metaphysicae* (Madrid, Gredos, 1960-1966), d. 10, s. 2, n. 11; *Id.*, *De bonitate et malitia humanorum actuum* en *Opera omnia*, v. IV, (Paris, Vivès, 1856), d. 1, s. 2, n. 10.

³⁴ Ambrosio de Milán, *De Nabuthe jezraelita* (PL 14, 50-53), 746-747; Basilio, *Homilia in illud Lucae, destruam horrea mea* (PG 31, 1-8), 261-278. Algunos autores medievales, como Wyclif, pensaban que la obligación de limosna no existe respecto de los infieles. Suárez estima que esa postura es irreconciliable con el Evangelio y la ley natural (*De charitate*, d. 7, s. 1, n. 5).

³⁵ Suárez, *De charitate*, d. 7, s. 1, n. 2.

³⁶ Sobre las relaciones entre liberalidad, limosna y miseria, es necesario hacer una precisión. La limosna es un acto que se ordena a socorrer la necesidad del que sufre. En este sentido, la limosna pertenece a la virtud de la misericordia, que es la compasión por la miseria de otro. Ahora bien, como la misericordia es efecto de la caridad, la limosna se considera también un acto de caridad. Pero como un mismo acto puede pertenecer a varias virtudes, la limosna también es acto de la liberalidad, en la medida en que esta virtud quita el impedimento de la limosna, que es el amor excesivo a las riquezas (*Summa theologiae*, II-II, q. 32, a. 1). El objeto propio de la liberalidad es el dinero (*obiectum liberalitatis est pecunia*) y lo que puede apreciarse por dinero (*Summa theologiae*, II-II, q. 117, aa. 2 y 3). Sin embargo, como la liberalidad es también virtud que mueve a dar limosna (como causa *removens prohibens*), puede decirse que el objeto de la liberalidad es, en un sentido secundario y derivado, la miseria del prójimo.

demencia perpetua o de pérdida de la fama y el honor³⁷. En caso de necesidad extrema, todos están obligados a socorrer al pobre. Lo anterior se prueba por el orden de la caridad, según el cual el hombre está más obligado a amar la vida del prójimo que su estado o condición. Por otra parte, aquel que sufre una necesidad grave, tiene el derecho natural de usar y tomar los bienes de otro³⁸.

El precepto de la limosna se aplica a estas tres clases de necesidad, aunque no igualmente. Por supuesto que hay una mayor obligación en la necesidad extrema, porque allí están comprometidos los bienes básicos de la persona. Por ende, como lo establece el sentido común, a mayor gravedad mayor obligación de ayudar al pobre. Ahora bien, como el precepto de la limosna no es absoluto, se deben ponderar las circunstancias que rodean al acto de liberalidad. La principal circunstancia en este contexto es la capacidad económica del liberal, porque no es igual tener un salario alto y muchos hijos, que tener un salario medio pero sin hijos. La obligación de limosna, entonces, no puede entrar en conflicto con otras obligaciones del sujeto.

Si bien hay una obligación de ayudar al pobre, no existe el deber de buscarlo. A juicio de Suárez, basta que se ayude a los presentes. No se debe buscar al pobre, porque es este el que tiene la obligación de mostrar su necesidad, aunque uno, obligado por la fe, no puede huir de la necesidad que tiene enfrente³⁹. Suárez añade que esto se refiere a la persona privada. Los que ejercen funciones públicas tienen la obligación de socorrer al pobre movidos por la justicia.

Suárez se pregunta por la forma en que se deben comunicar los bienes superfluos. Su idea es que, como regla general, los hombres ricos deben repartir los bienes que no necesitan para la vida diaria. Además, respecto de lo superfluo, los hombres están obligados a repartir sus bienes tanto en necesidad grave como en necesidad extrema. El fundamento de esta posición reside en que los hombres ricos han sido instituidos por Dios como dispensadores de sus bienes, de manera que si no los repartiesen se volverían ladrones. De igual forma, a pesar de que esos bienes son materia de propiedad por determinación del derecho de gentes, su retención no puede ser justa si algunos hombres enfrentan una necesidad grave, ya que

³⁷ Suárez, *De charitate*, d. 7, s. 1, n. 4.

³⁸ Suárez, *De charitate*, d. 7, s. 4, n. 3. Puede ocurrir que nos veamos obligados a prestar ayuda a alguien que no está en situación de necesidad grave. Por ejemplo, cuando una persona puede sufrir un gran menoscabo de su fama por la situación de necesidad que atraviesa, dice Suárez que estamos igualmente obligados a prestarle ayuda, ya porque así lo aconseja el Evangelio, ya porque así lo ordena la recta razón.

³⁹ Suárez, *De charitate*, d. 7, s. 1, n. 6.

los bienes retenidos no estarían cumpliendo su fin natural, a saber, servir para el desarrollo humano⁴⁰.

Se llaman *superfluos* los bienes que sobran al rico⁴¹, esto es, aquellos que no se necesitan para subsistir sin menoscabo de la decencia e integridad. La definición de un bien como superfluo depende, en todo caso, de los usos y necesidades de quien, en principio, debe repartir esos bienes. Suárez pone el ejemplo del padre de familia: este no puede repartir sus bienes antes de atender a las necesidades de su esposa, hijos y criados. De cualquier manera, será la prudencia la que permita establecer si unos bienes son o no superfluos en cada situación⁴².

Según el texto de *De legibus ac Deo legislatore*, la misma prudencia servirá para determinar si una limosna puede o no resultar nociva o inútil. En tal caso, la opinión de Suárez es que el precepto de la limosna no obligará, supuesta su condición de precepto natural positivo⁴³.

Suárez completa su razonamiento diciendo que la obligación de repartir lo superfluo se extiende incluso a las necesidades comunes. Ahora bien, no se trata de que los hombres estén obligados en todos los casos a paliar las necesidades comunes de otros. Esta es una obligación general, que debe ser evaluada caso a caso. Dado lo anterior, expone Suárez que lo que no puede ocurrir es que alguien se comprometa, *prima facie*, a nunca dar limosna⁴⁴.

Aunque las necesidades de los otros parezcan leves, el conjunto de todas ellas es cosa muy grave. Por lo mismo, desatender todo el conjunto de las necesidades humanas, aunque sean leves, es un acto contrario a las virtudes de la caridad y la misericordia, “como cuando se quieren robar cien *aureos*, uno a cada hombre, lo cual es pecado mortal, porque si bien lo que se roba a cada uno implica materia leve, considerando el conjunto es grave”⁴⁵.

En el caso de que la república se halle en una necesidad grave, los particulares están obligados a contribuir con el bien del estado aun de aquello que es necesario para su desarrollo. La razón es la misma que señalan otros autores de la tradición escolástica: el bien común, que ha de ser preferido al bien individual. Suárez incluso plantea que el hombre debe perder la vida, si fuera necesario, por la conservación de la república. Por tanto, con mayor razón está obligado a sufrir una necesidad grave en beneficio del estado social⁴⁶.

⁴⁰ Suárez, *De charitate*, d. 7, s. 3, nn. 4-5.

⁴¹ En *De legibus* II, 7, 6, Suárez llama al precepto de la limosna “obligación de dar limosna de lo sobrante”. *De legibus ac Deo legislatore* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967-1968).

⁴² Suárez, *De charitate*, d. 7, s. 3, n. 9.

⁴³ Suárez, *De legibus...*, l. VI, c. 9, n. 15.

⁴⁴ Suárez, *De charitate*, d. 7, s. 3, n. 7.

⁴⁵ Suárez, *De charitate*, d. 7, s. 3, n. 7.

⁴⁶ Suárez, *De charitate*, d. 7, s. 4, n. 2.

En fin, puesto que se trata de un tema discutido y ampliamente debatido entre los autores de la Escolástica de los siglos XVI y XVII, y porque su posición es más bien estricta, Suárez acepta que puedan darse opiniones distintas sobre este tema. No obstante, sostiene que su doctrina es muy probable y cierta⁴⁷.

5.

JUAN DE LUGO (1583-1660)

Después de Suárez, Juan de Lugo es uno de los principales moralistas de la Escuela jesuita de los siglos de oro. Llamado *lumen ecclesiae*, desarrolla su explicación de la limosna en el tomo I de *De iustitia et iure*. En la tesis de Lugo, la necesidad extrema da derecho al pobre para tomar los bienes ajenos y adquirirlos para sí, según lo exija la situación particular. El legítimo propietario no tiene obligación de justicia de dar o ceder sus bienes al indigente, sino de misericordia, pero una vez que el indigente usa los bienes de otro, el dueño está obligado por la justicia a no impedir su uso por el pobre⁴⁸.

La pobreza no convierte al indigente en señor formal de los bienes de otro, sino solo en señor remoto. Es lo que significa que, en caso de necesidad, los bienes se vuelvan comunes. En esta hipótesis, el pobre puede tomar bienes ajenos como si no pertenecieran a nadie. Pero, mientras los bienes no sean tomados por el pobre, el dueño original no pierde su dominio. Como se dijo, su obligación de repartir lo superfluo no es un deber de justicia. Es un deber de misericordia. Sentado lo anterior, expone Lugo que respecto de los bienes comunes no ocupados “Pedro no tiene derecho de justicia de que otros le entreguen sus bienes”. Por eso “no puede impedir a otros que usen lo que es suyo”⁴⁹. La razón es que la necesidad no otorga derechos al indigente para quedarse con los bienes ajenos; solo lo faculta para que nadie impida su uso por aquél en caso de necesidad grave.

Lugo distingue dos clases de necesidad grave. En unos casos, la necesidad lleva consigo el peligro de caer en necesidad extrema, como cuando se padece una enfermedad que supone un peligro probable de perder la vida. Ahora bien, aunque la enfermedad no sea mortal, puede ocasionar una afectación completa y permanente de la salud y de otros bienes que la naturaleza hizo comunes a todos. En otros casos, la necesidad solo implica la carencia de un bien que no es de aquellos que pertenecen a todos los hombres, como cuando existe el

⁴⁷ Suárez, *De charitate*, d. 7, s. 3, n. 9.

⁴⁸ Juan de Lugo, *De iustitia et iure* (Lugduni, 1646), t. I, d. 16, s. 7.

⁴⁹ Lugo, *De iustitia et iure*, t. I, d. 16, s. 7.

peligro de perder la fama o la dignidad o magistratura que se tiene, las cuales no son bienes comunes a todos los hombres por determinación de la naturaleza. Tratándose de la primera clase de necesidad, el pobre puede tomar para sí lo ajeno, siempre que no sean bienes extraordinarios. Por su parte, en la segunda forma de necesidad, el pobre no puede tomar para sí lo ajeno por su propia autoridad, si bien los otros pueden tener el deber de caridad de socorrerlo.

El caso central de necesidad grave es, pues, el primero. Lugo estima que en esta necesidad cualquiera puede *remediarse* con lo ajeno, pues tiene un derecho natural de tomar para sí lo que necesita de las cosas que eran originariamente comunes, derecho que no fue derogado por la división de las posesiones. El autor de la naturaleza, dice Lugo, dispuso que los bienes sirvieran para conservar la vida. Por este motivo, en caso de necesidad grave se está más obligado a sobrevivir que a respetar la división de las propiedades⁵⁰. De lo anterior se deduce que “por el sentido común, si alguien necesita un caballo ajeno para huir de aquellos que lo persiguen con la intención de capturarlo o quitarle la libertad, es evidente que puede tomarlo aunque nunca logre restituir el caballo a su dueño ni pagar su precio. Pensar lo contrario es increíble y durísimo. Lo mismo se ha de decir en el caso de que alguien necesite un caballo ajeno para huir de una grave infamia [...]. Entonces, aun cuando los bienes extraordinarios y selectos no son para todos por mandato de la naturaleza, sí lo son los bienes comunes y ordinarios, ya que estos sirven para la propia conservación. Es así que la naturaleza ha creado caballos para que el hombre pueda huir con ellos de los enemigos y peligros graves. También por eso ha creado los vestidos y las medicinas”⁵¹.

6. CONCLUSIÓN

La revisión del pensamiento de cuatro importantes jesuitas de los siglos XVI y XVII muestra que existe acuerdo en los principios generales sobre la obligatoriedad de la ayuda al necesitado. Todos convienen en que el deber de ayudar al necesitado se funda en el derecho natural, y convienen también en que, en ciertos casos, ese deber puede convertirse en una estricta obligación de justicia. No todos los autores abordan la materia con el mismo detalle, pero, en general, todos recogen los planteamientos que había defendido Tomás de Aquino

⁵⁰ Lugo, *De iustitia et iure*, t. I, d. 16, s. 7.

⁵¹ Lugo, *De iustitia et iure*, t. I, d. 16, s. 7.

en la *Summa theologiae*. Los más analíticos, como Toledo y Suárez, formulan distinciones que se dirigen a la solución precisa de casos particulares. Otros, como Mariana, realizan una reflexión que apunta más bien a una crítica de las instituciones de su época.

Como conclusión general, se puede establecer que los autores jesuitas comparten el siguiente principio: quien se encuentra en una situación de necesidad extrema tiene un verdadero derecho a los bienes que sean suficientes para salir de esa necesidad, con la condición de que (i) la necesidad no provenga de la propia culpa (en el sentido de que cesando la culpa cese la necesidad) y (ii) el antiguo poseedor legítimo de esos bienes no quede en igual o peor condición al ser privado de ellos. Los autores estudiados no se detienen a explicar con detalle cómo se debe traducir jurídicamente este derecho, pero dan pistas que permiten esbozar su pensamiento. En primer lugar, ellos sostienen que no hay obligación de ir a buscar a los necesitados, sino que la obligación se cumple al ayudar a los que se presentan. En segundo lugar, afirman de modo claro que la necesidad extrema da derecho al pobre para *tomar* los bienes ajenos. De esto se desprende que, en su pensamiento, el deber de justicia de ayudar al necesitado no se debe materializar quitando a los hombres lo que permita subvenir a las necesidades de otros (al menos no más allá de lo que a todos se exige como pago de impuestos). Proceder de ese modo ocasionaría, sin duda, males mayores. Por eso, en esta materia sucede lo mismo que en muchas otras relativas a la justicia, a saber, se tolera ciertos desequilibrios para evitar otros mayores. El deber de justicia de ayudar al necesitado se materializa, entonces, de dos formas. Por parte del antiguo legítimo poseedor, se materializa no impidiendo que quienes se encuentran en extrema necesidad tomen los bienes suficientes para disiparla. Por parte de la autoridad, se materializa no castigando como autores de hurto a quienes toman bienes ajenos en dicha circunstancia. Esta solución es equivalente a la que contempla el derecho contemporáneo: reconoce como justificada la acción de quien toma bienes ajenos en estado de necesidad. El fundamento último de toda esta doctrina reside en la destinación universal de los bienes: el fin natural de la propiedad es satisfacer las necesidades materiales de todo el género humano.

Las ideas de estos jesuitas sirvieron de base para el desarrollo de la filosofía moral de los siglos XVII y XVIII. Suárez y Lugo, por ejemplo, son citados y explicados por teólogos católicos y reformados. La obligación de limosna es solo uno de los muchos temas en que los pensadores jesuitas destacaron como maestros de moral. El precepto ignaciano de cultivar los estudios sin dejar de lado la práctica social permitió a estos autores alcanzar una comprensión acabada de los problemas sociales y políticos de los llamados siglos de oro de España.

Para citar este artículo: Contreras, Sebastián-Miranda, Alejandro “Limosna y obligación de asistir a los pobres en la Escuela jesuita de los siglos de oro: Francisco de Toledo, Juan de Mariana, Francisco Suárez y Juan de Lugo”, en *Revista de Derecho* 15 (I-2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 31-48.

BIBLIOGRAFÍA

- Aquino, Tomás de, *Summa theologiae*, www.corpusthomicum.org.
- Basilio, *Homilia in illud Lucæ, destruam horrea mea*, Patrología griega.
- Calvino, Juan, *Institutio Christianæ Religionis* (Madrid, López Cuesta, [1536] 1858).
- Garrán, José María, *La prohibición de la mendicidad. La controversia entre Domingo de Soto y Juan de Robles en Salamanca* (Salamanca, Eusal, 2004).
- Lubac, Henri de, *Surnaturel* (Paris, Aubier, 1946).
- Lugo, Juan de, *De iustitia et iure* (Lugduni, [1642] 1646).
- Lutero, Martín, *Werke*, Kritische Gesamtausgabe, Weimar.
- Mariana, Juan de, *De rege et regis institutione* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, [1599] 1981).
- Milán, Ambrosio de, *De Nabuthe jezraelita*, Patrología latina.
- Pena, Miguel Anxo, «Derechos humanos en la Escuela de Salamanca», en *Derechos humanos en Europa* (Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2009).
- Soto, Domingo de, *Deliberación en la causa de los pobres (El gran debate sobre los pobres en el siglo XVI)* (Barcelona, Ariel, [1545] 2003).
- Suárez, Francisco, *De charitate* en *Opera omnia*, v. XII (Paris, Vivès, 1858).
- Suárez, Francisco, *Disputationes metaphysicæ* (Madrid, Gredos, [1597] 1960-1966).
- Suárez, Francisco, *De bonitate et malitia humanorum actuum* en *Opera omnia*, v. IV, (Paris, Vivès, 1856).
- Suárez, Francisco, *De legibus ac Deo legislatore* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, [1612] 1967-1968).

Toledo, Francisco de, *Instrucción de sacerdotes y suma de casos de conciencia*, Tratado de los siete pecados mortales (trad. de Diego Henríquez, Francisco Fernández, Valladolid, [1599] 1619).

Vigo, Abelardo del, *Economía y ética en el siglo XVI* (Madrid, BAC, 2006).

Vives, Juan Luis, *Socorro de los pobres en Obras completas* (Madrid, Aguilar, [1526] 1947).

Werner, Karl, *Franz Suarez und die Scholastik der letzten Jahrhunderte* (Regensburg, Georg Joseph Manz, 1865).

Zwinglio, Ulrico, *Werke*, Corpus Reformatorum.

Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia

Chilean constitutional justice and vices of form: a case of inadmissibility

*Miriam Lorena Henríquez Viñas**

*Universidad Alberto Hurtado.

mhenriqu@uahurtado.cl

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1372>

RESUMEN: El artículo trata sobre la supremacía constitucional, la justicia constitucional chilena y la improcedencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para resolver los vicios de forma que afectan a los preceptos legales vigentes. Lo anterior, fundado en la particular naturaleza del vicio de inconstitucionalidad de forma y de la acción de inaplicabilidad, que controla la aplicación de una norma legal en un caso concreto a partir de los efectos inconstitucionales que dicha aplicación puede producir.

PALABRAS CLAVES: vicios de forma, infracciones constitucionales, control de constitucionalidad, acción de inaplicabilidad.

ABSTRACT: This paper is about constitutional supremacy, the chilean constitutional justice and the inadmissibility of the action of inapplicability to control the vices of form. This is based in the particular nature of the unconstitutionality of form and the action of inapplicability which controls the application of a legal precept in a specific case from the unconstitutional effects of such application can produce.

KEY WORDS: vices of form, constitutional violations, constitutionality control, action of inapplicability.

SUMARIO: I. Introducción. II. Precisiones conceptuales. III. La naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y las infracciones constitucionales. IV. La procedencia de la acción de inaplicabilidad para controlar las infracciones constitucionales propias según la doctrina chilena. V. Conclusiones e interrogantes finales.

Recibido: 16/3/17. Revisado: 24/03/17. Observado: 28/03/17. Corregido y aceptado: 05/05/17.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución determina la validez formal y material de las normas de un ordenamiento jurídico. Respecto a la validez formal, la Constitución regula las formas de producción de las normas jurídicas, señalando los órganos competentes para su elaboración, el procedimiento de su creación y las fuentes del Derecho a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos. Una norma legal será válida/constitucional, desde un sentido formal, si se creó en conformidad con las pautas fijadas por las normas constitucionales. Tal validez formal será objeto del control de constitucionalidad que realice el órgano de justicia constitucional.

De esta forma, el presente trabajo se enmarca en la temática referida a la justicia constitucional chilena, radicada en el Tribunal Constitucional, en el sentido restringido del control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. El control de constitucionalidad, a propósito de las Constituciones normativas, supremas, rígidas y garantizadas, supone la existencia de procedimientos que permiten desaplicar o anular las normas inferiores que resulten incompatibles tanto formal como materialmente con las normas constitucionales.

Luego de la reforma constitucional de 2005 a la Constitución Política de la República de Chile (en adelante Constitución Política), aprobada el 26 de agosto por la ley N° 20.050, la justicia constitucional en Chile se encuentra concentrada en el Tribunal Constitucional. El Capítulo VIII de la Constitución Política trata del Tribunal Constitucional y lo consagra como un órgano de jurisdicción especial del Estado, autónomo e independiente de cualquier otro órgano o autoridad, cuya principal función es ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas.

Según el artículo 93 de la Constitución Política, las principales atribuciones del Tribunal Constitucional relativas al control de constitucionalidad de las normas son, ejercer

un control: a) previo, obligatorio y abstracto de los proyectos de ley interpretativa de la Constitución, de ley orgánica constitucional y de los tratados internacionales que versen sobre materias de esta última (N° 1°); b) represivo, facultativo y concreto de los autos acordados (N° 2°); c) previo, facultativo y abstracto de los proyectos de ley, de reforma constitucional y de tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso (N° 3°); d) previo y represivo, facultativo y abstracto de los decretos con fuerza de ley (N° 4°); e) represivo y facultativo de los preceptos legales (N° 6°); f) represivo, por acción pública o de oficio por el Tribunal Constitucional, y abstracto de los preceptos legales (N° 7°); g) previo, facultativo y abstracto de los decretos supremos de ejecución y resoluciones del Presidente de la República (N° 9°); h) represivo, facultativo y abstracto de los decretos supremos autónomos y de ejecución del Presidente de la República (N° 16°)¹.

Además, el Tribunal Constitucional tiene competencias sancionatorias por la vulneración del sistema constitucional democrático y atribuciones en materia de organización institucional; entre otras relativas a su administración. El Tribunal Constitucional reformado no es un tribunal de amparo de los derechos constitucionales².

La mentada reforma constitucional de 2005 introdujo relevantes novedades funcionales a propósito del control de constitucionalidad de los preceptos legales: a) reunió en el Tribunal Constitucional el control previo de los proyectos de ley y el control posterior de los preceptos legales; b) radicó en el Tribunal Constitucional la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, antes conocida por la Corte Suprema, con modificaciones a su naturaleza; c) atribuyó legitimación activa a los jueces para solicitar la inaplicabilidad respecto de los preceptos legales que fueran decisivos para la resolución de los casos que están conociendo; y d) facultó la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal vigente con efectos generales y *ex nunc*.

La principal diferencia cualitativa entre el recurso de inaplicabilidad que conocía la Corte Suprema y la actual acción de inaplicabilidad radicada en el Tribunal Constitucional, es que ésta última supone un control de la aplicación del precepto legal en un caso determi-

¹ Miriam Henríquez, *Las fuentes del orden constitucional chileno* (Santiago: Thomson Reuters, 2016), 30.

² En Chile, las garantías jurisdiccionales directas y concretas de los derechos están radicadas en la justicia ordinaria y se efectivizan a través de las acciones de: a) amparo o habeas corpus (artículo 21 constitucional), de protección (artículo 20 constitucional) y de amparo económico (artículo único de la ley N° 18.971) de competencia de las Cortes de Apelaciones en primera instancia y de la Corte Suprema en segunda instancia; b) reclamación por pérdida o desconocimiento de la nacionalidad (artículo 12 constitucional) e indemnización por error judicial (artículo 19 N° 7 letra i constitucional) ambas de competencia de la Corte Suprema; c) de no discriminación arbitraria (ley N° 20.609), de habeas data (ley N° 19.628), de competencia de los jueces de letras; y d) de tutela de los derechos fundamentales del trabajador (artículo 485 del Código del Trabajo) de competencia del juez laboral; entre otras acciones protectoras de derechos constitucionales.

nado a fin de verificar si tal aplicación resulta contraria a la Constitución³. Podría ocurrir, entonces, que un precepto legal sea constitucional en abstracto pero que sea inconstitucional en su aplicación a un caso, produciendo efectos inconstitucionales.

En tal contexto, este artículo pretende cuestionar la procedencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para resolver los vicios de forma que afectan a los preceptos legales (en adelante vicios de forma o infracciones constitucionales propias), considerando tanto la particular naturaleza del vicio de inconstitucionalidad de forma y de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Así, se plantea la siguiente hipótesis: es improcedente la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para resolver los vicios de forma o infracciones constitucionales propias.

Para la consecución del objetivo general expuesto y la comprobación de la hipótesis planteada, se seguirá el siguiente plan de análisis. En primer término, se distinguirá brevemente entre infracciones y contradicciones normativas, entre infracciones propias e impropias, exponiendo algunos ejemplos. Luego, se analizará la particular naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como un control de la aplicación de un precepto legal al caso concreto, en oposición al control abstracto. En tercer término, se dará cuenta de la opinión de la doctrina constitucional chilena sobre la procedencia de la acción de inaplicabilidad respecto las infracciones constitucionales propias. Por último, se propondrán conclusiones e interrogantes finales.

No se tratará de la noción más amplia de justicia constitucional comprensiva de la jurisdicción protectora de los derechos constitucionales, toda vez que históricamente la Constitución Política no le atribuyó al Tribunal Constitucional tal función. Tampoco se abordarán los casos de normas legales dictadas con infracción a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional o a los Reglamentos de las Cámaras del Congreso, que regulan la tramitación de la ley, por cuanto se trataría de infracciones legales o reglamentarias que exceden la competencia del Tribunal Constitucional. Finalmente, no se hará alusión a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la materia, por cuanto la metodología escogida para este trabajo supone analizar principalmente la doctrina constitucional, nacional y extranjera, sobre la materia. Un estudio jurisprudencial será objeto de un futuro trabajo.

³ Como expresa Gastón Gómez: “Mientras en el antiguo artículo 80 bastaba la constatación de que la ley contrariaba la Constitución, el artículo 93.6 exige que el precepto legal sea contrario a la Constitución, pero en su aplicación a un caso. (...) De este modo, la valoración que efectúe el TC de los hechos del caso o de las condiciones de aplicación del precepto influyen en la sentencia.” Gastón Gómez, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2013), 36.

II.

PRECISIONES CONCEPTUALES

Para comenzar, corresponde señalar que el conflicto normativo se presenta cuando dos o más normas son material o formalmente incompatibles⁴.

Siguiendo a Carla Huerta, a propósito de los conflictos normativos, corresponde distinguir entre contradicción e infracción. Si la incompatibilidad normativa es material hablamos de contradicción normativa, lo que generalmente se produce por contradicción en el carácter de la norma (contradicción deóntica) o en su contenido (contradicción lógica)⁵.

La infracción, por su parte, se produce cuando la incompatibilidad es formal, es decir cuando no se han cumplido debidamente las normas constitucionales procedimentales o existen vicios de competencia⁶. En un sentido similar – en relación con el Derecho español - Francisco Balaguer afirma: “La inconstitucionalidad desde un punto de vista formal se puede producir bien por la infracción del procedimiento legislativo o por una alteración del sistema de fuentes. La alteración del sistema de fuentes tiene lugar cuando se produce un exceso respecto de la delegación legislativa, o cuando un decreto-ley o un decreto legislativo invaden materias atribuidas exclusivamente a la ley formal. También se produce una inconstitucionalidad de la ley cuando la ley ordinaria invade materias de ley orgánica, o, al contrario.”⁷

Es importante destacar que la infracción constitucional es fáctica atendido el defecto procedimental o al vicio de competencia (hecho *vs.* norma constitucional) y no normativa. Es decir, este tipo de vicio radica en el hecho que el legislador no siguió el procedimiento establecido constitucionalmente para la dictación de la ley o se excedió del ámbito reservado constitucionalmente para regular los distintos tipos de ley (ley en sentido material). Tal situación o hecho de incumplimiento o exceso afectan la validez de la norma producida. Por lo tanto es un vicio de constitucionalidad distinto al vicio de fondo o contradicción normativa, que sólo se produce entre normas (norma *vs.* norma constitucional). La distinta naturaleza del vicio justificaría, como se verá, un diferente régimen de invalidación.

Coincidente con lo dicho, explica Carla Huerta: “Lo que pretendemos hacer ver es que no es la norma secundaria la que viola la Constitución en los casos en que se trata de

⁴ Carla Huerta, *Conflictos normativos* (México: UNAM, 2007), 52.

⁵ Huerta, *Conflictos ...*, 52 -58.

⁶ Huerta, *Conflictos ...*, 52 -58.

⁷ Francisco Balaguer, coord., *Manual de Derecho Constitucional. Constitución y Fuentes del Derecho. Derecho Constitucional Europeo. Tribunal Constitucional y Estado Autonómico*, Vol. I (Madrid: Tecnos, 2012), 275.

un conflicto de orden formal, la norma no es quien ha violado el procedimiento, ha sido el legislador que ha desatendido un precepto constitucional en la elaboración de la ley ordinaria. Si la norma es declarada inconstitucional por el órgano competente esto se debe más bien al hecho de que en la elaboración de la misma el procedimiento no fue cumplido y éste es inconstitucional, no la norma, es por ello que al declarar la inconstitucionalidad del procedimiento, el producto de la misma, la norma en cuestión, debe ser eliminada y el procedimiento debe reponerse desde donde se cometió la violación o bien reiniciarse.”⁸

Los referidos vicios de procedimiento ocurren cuando un órgano sigue un procedimiento distinto del fijado por la norma constitucional⁹. Por su parte, los vicios de competencia suceden toda vez que una materia es regulada por una norma contenida en una fuente del Derecho distinta a la señalada por la norma superior y/o por un procedimiento diferente, abstracción hecha de cuál sea su contenido¹⁰. A los vicios de procedimiento y competencia se les denominará en este trabajo infracciones constitucionales propias.

Siguiendo estas definiciones y tipología constituirían ejemplos de preceptos legales que incurren en infracciones constitucionales propias, por vicios de procedimiento, aquellos en que: a) se aprueba una norma de ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia sin oír previamente a la Corte Suprema, según el artículo 77 de la Constitución Política; y b) una cuestión de iniciativa exclusiva del Presidente de la República se ingresó a trámite por moción, entre otras.

Constituirían ejemplos de preceptos legales que incurren en infracciones constitucionales propias, por vicios de competencia, aquellos en que: a) una ley ordinaria regula materia que la Constitución reservó a la ley orgánica constitucional; b) una ley regula materias reservadas al reglamento autónomo, sin estatuir las bases esenciales de un ordenamiento jurídico (artículo 63 N° 20); y c) un decreto con fuerza de ley regula materias excepcionadas por la Constitución Política en el artículo 64.

Atención aparte merecen aquellos casos en que los derechos constitucionales son regulados o limitados por una autoridad distinta del legislador, quien tiene atribuida constitucionalmente tal facultad. Por ejemplo, cuando el presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, y en ausencia de ley o excediéndola, regula o limita un derecho

⁸ Carla Huerta, “Sobre la naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad”, *Doxa*, N° 21 - II (1998): 220.

⁹ En el medio procesal constitucional chileno, Juan Colombo, señala, a propósito de los vicios de procedimiento, que “son causales de forma, las que se refieren al proceso de la formación del acto controlado, ya sea ésta una ley, un tratado o un decreto. Su constitucionalidad o inconstitucionalidad surgirá de comparar las reglas que regulan los trámites de formación de la ley o del decreto, con la Constitución.” Colombo Juan, “Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia”, en *Reforma Constitucional*, ed. por Francisco Zúñiga (Santiago: Lexis Nexis, 2005), 559.

¹⁰ Ignacio De Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (Barcelona: Ariel, 2008), 87 y ss.

constitucional. En estos supuestos, se torna compleja la diferenciación entre infracción y contradicción constitucional, atendida que tal reserva legal constituye, a juicio de algunos, parte del contenido protectivo del derecho. A estos casos se les denominará infracción constitucional impropia y quedan excluidas de la hipótesis de este trabajo y de este análisis.



LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD Y LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES

Este apartado se referirá brevemente a la diferencia entre el recurso de inaplicabilidad y la actual acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; la particular naturaleza de esta última que se desprende del propio articulado constitucional y de las reflexiones de la doctrina sobre la materia; los efectos de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad; y la vinculación de esta última con la acción de inconstitucionalidad. Todo, a fin de arribar a ciertas conclusiones preliminares sobre la improcedencia de la acción de inaplicabilidad para resolver sobre las infracciones constitucionales propias.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1925, el recurso de inaplicabilidad conocido por la Corte Suprema significó el control posterior de las normas legales, que se ejercía mientras hubiera un juicio pendiente y cuyo objeto era un precepto legal aplicable al proceso en perjuicio del solicitante. Para que el recurso prosperara era necesario que entre el precepto legal y la Constitución hubiera una “completa y perfecta contradicción”¹¹.

Mientras imperó esta Constitución, nunca se dudó sobre la procedencia del recurso de inaplicabilidad por vicios de fondo, lo que se discutía era su procedencia por inconstitucionalidad de forma o vicios de forma. La Corte Suprema sostuvo de manera uniforme que el recurso de inaplicabilidad sólo procedía cuando los preceptos legales se contraponían a los contenidos de la Constitución. Con respecto a la inconstitucionalidad de forma, afirmó que al tratarse de una declaración dictada de una forma distinta que lo prescrito por la Constitución para la creación de las leyes, no era tal y todo tribunal podía dejar de aplicarla, criterio que se desprendió desde el fallo del máximo tribunal de 1º de marzo de

¹¹ Fallo de la Corte Suprema de fecha 13 de octubre de 1934. En igual sentido fallo de la Corte Suprema de fecha 8 de mayo de 1950.

1876. Esta tesis asimilaría la invalidez a la inexistencia de la norma dictada con infracción a la Constitución.

Por su parte, la Constitución de 1980 consagró - de modo semejante a su predecesora de 1925 reformada en 1970 - un sistema complejo de control de constitucionalidad de las normas jurídicas, confiándolo a la Corte Suprema de Justicia y al Tribunal Constitucional. El control represivo o posterior de constitucionalidad de los preceptos legales fue ejercido de manera exclusiva por la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, contemplado en el artículo 80.

En este plano, la Corte siguió el criterio inaugurado bajo la vigencia de la Carta de 1925 sobre la improcedencia del recurso de inaplicabilidad por vicios de forma, fundándose en la noción de inexistencia, el principio de separación de funciones, en los efectos particulares del recurso de inaplicabilidad y que un control de este tipo corresponde a todos los órganos que ejercen jurisdicción y no sólo a la Corte Suprema. Tal posición es confirmada por Enrique Navarro, quien extracta algunos fallos que revelan lo afirmado: “Invariablemente la Corte Suprema sustentó que a través del recurso de inaplicabilidad no se podía entrar a conocer vicios de forma que invalidaran la ley. Así, se sentenció que “La facultad que la Constitución otorga a la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad en los casos a que se refiere, sólo procede para resguardar la inaplicabilidad de fondo de las leyes, no la de forma que sólo mira a la formación de la ley; pues no es facultad del máximo tribunal anular la ley o derogarla, como ocurriría en el segundo caso, ya que éste interesa a todos los ciudadanos por igual y por ende no podría quedar limitado a los casos particulares de que conozca, como en cambio ocurre en el primero, dado que la Constitución consagra únicamente el dejar de aplicarlo en el caso concreto de que se trata, de manera de amparar solamente a las personas afectadas en sus derechos”¹² Con otros argumentos, Alejandro Silva y María Pía Silva sostuvieron, en el contexto del recurso de inaplicabilidad, previsto en el artículo 80 que: “Así, pues, el haberse observado, o no, en el hecho, las reglas procesales o adjetivas pertinentes, no plantea, en verdad, un problema de constitucionalidad propio de la reserva exclusiva de la Corte Suprema que quepa en el ámbito de esta atribución, sino que es materia entregada a la decisión de los órganos de la jurisdicción.”¹³

Como se señaló, la reforma constitucional de 2005 a la Constitución de 1980, radicó la facultad de ejercer la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el Tribunal

¹² Enrique Navarro, “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)”, *Cuaderno del Tribunal Constitucional*, N° 43 (2011): 40 – 41.

La jurisprudencia citada puede encontrarse en Corte Suprema, 19.04.85, RDJ 82, sec. 5ª, 86.

¹³ Alejandro Silva y María Pía Silva, “Marco de la declaración de inaplicabilidad”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 63 (2001): 48.

Constitucional, modificando su naturaleza respecto del recurso de inaplicabilidad que fuera conocido por la Corte Suprema previo a la enmienda. Reiterando, la principal diferencia entre ambos arbitrios es que el recurso de inaplicabilidad implicó el control de constitucionalidad de un precepto legal a propósito de un caso concreto, mientras que la acción de inaplicabilidad actual supone un control de la *aplicación* del precepto legal en un caso determinado a fin de verificar si tal aplicación resulta contraria a la Constitución. Este último examen también se diferencia del control abstracto de constitucionalidad, que es un control normativo que opone una norma constitucional con una norma infraconstitucional, al margen de toda consideración a los casos concretos. El control abstracto – siguiendo a Patricio Zapata – es un control normativo entre la norma infraconstitucional y la norma constitucional que se realiza con independencia a toda situación fáctica, que no debe prestar mayor atención a las circunstancias del fenómeno sobre el que se legisla, ni tampoco evaluar las posibles consecuencias prácticas de la norma en discusión¹⁴.

En la acción de inaplicabilidad no se controla la constitucionalidad de un precepto legal, sino la constitucionalidad de su aplicación en un caso concreto¹⁵. En un sentido coincidente, expresa Atria Lemaitre: “Lo que se examina a través de un recurso de inaplicabilidad no es la constitucionalidad de la ley; no hay examen de norma a norma. Al contrario, lo que se examina es la constitucionalidad de la aplicación de la ley al caso concreto.”¹⁶

La naturaleza de la acción de inaplicabilidad descrita, se explicitó tras la reforma constitucional de 2005– casi con un sentido propedéutico – por el Tribunal Constitucional, principalmente en las sentencias del año 2006, señalando que el examen que debe practicarse en sede de inaplicabilidad “versa sobre los efectos o resultados contrarios o no a la Constitución que el precepto legal produce en la gestión judicial pendiente”¹⁷.

La mentada naturaleza de control concreto, o control de la *aplicación*, de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es coherente con: a) Que el requerimiento incide en una gestión pendiente; b) Que el requirente tiene una vinculación directa con la gestión pendiente, ya sea para sufrir la eventual aplicación del precepto (las partes en la gestión

¹⁴ Patricio Zapata, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Parte General* (Santiago: Biblioteca Americana, 2002), 99.

¹⁵ Valeria Lübbert, “El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma”, *Revista de Derecho Público*, N° 76 (2014): 381.

¹⁶ Fernando Atria explicó la distinción entre el control normativo y control de aplicación a propósito del recurso de inaplicabilidad radicado en la Corte Suprema, pero sus conclusiones son predicables de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad prevista en el artículo 93 N° 6. Fernando Atria, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XII (2001): 150.

¹⁷ Tribunal Constitucional, Rol N° 480 y 541 de 2006.

pendiente) o para aplicarlo (el juez de la causa); c) La sentencia que declara la inconstitucionalidad tiene efectos *inter partes*¹⁸.

Lo afirmado se explica toda vez que el Tribunal Constitucional está facultado para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 inciso 11 de la Constitución, en el supuesto de que un tribunal de justicia, ordinario o especial, lo requiera por estimar que un precepto legal, decisivo para la resolución de un caso del que está conociendo, en su aplicación pueda resultar contrario a la Constitución. También podrá plantearlo alguna de las partes de la gestión judicial pendiente¹⁹.

La sentencia que emana del ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene efecto vinculante para la gestión, para las partes y para el tribunal que conoce de ella, es decir efectos particulares. La sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional producirá efecto de cosa juzgada sin afectar la vigencia o la validez del precepto legal impugnado, sino tan solo su aplicación total o parcial en el caso concreto.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, por los 4/5 de sus integrantes en ejercicio, podrá declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable - según lo expresa el artículo 93 N° 7 de la Constitución - lo que podrá efectuarse de oficio o a petición, existiendo al efecto acción pública.²⁰

¹⁸ Rodrigo Pica señala los siguientes elementos de control concreto que tiene la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: a) el elemento de incidentalidad, en la medida que debe verificarse la existencia de una gestión pendiente; b) la titularidad de la acción, que le corresponde al juez que conoce del asunto o a las partes del mismo; c) el elemento de relevancia, es decir que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto litigioso; y d) el caso particular constituye un marco, y al mismo tiempo, parte del parámetro de juzgamiento, en la medida que la aplicación del precepto debe producir un resultado contrario a la Constitución dentro del proceso *a quo*, trasladando el examen de constitucionalidad al acto de aplicación y/o a sus efectos". Destacando, a propósito de este último elemento, que la acción de inaplicabilidad constituye "un control de aplicación de preceptos". Rodrigo Pica, "El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el Derecho chileno, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 16, N° 2 (2009): pp. 124-127.

¹⁹ Los requisitos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad se encuentran previstos en la Constitución y detallados en el artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, N° 17.997, que indica que la acción de inaplicabilidad deberá ser declarada inadmisibile: "1° Cuando el requerimiento no sea formulado por una persona u órgano legitimado; 2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y 6° Cuando carezca de fundamento plausible."

²⁰ Los presupuestos de la acción de inconstitucionalidad han sido definidos jurisprudencialmente por el mismo órgano de justicia constitucional y son: a) debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) la referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia del Tribunal Constitucional; c) el proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por el Tribunal Constitucional o por una resolución del mismo actuando de oficio; y d) debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia. Así se ha señalado en las sentencias de inconstitucionalidad, Roles 681-06, 1345-09, 1254-08, 1710-10, citadas por Enrique Navarro, "El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)", *Cuaderno del Tribunal Constitucional*, N° 43 (2011): 133.

Como se advierte, existe una vinculación entre la sentencia recaída en la declaración de inaplicabilidad con la dictada en sede de inconstitucionalidad. Se ha puntualizado jurisprudencialmente que no existe una relación causal entre los juicios de inaplicabilidad e inconstitucionalidad: “en términos que la inaplicación de un precepto provoque y convoque necesaria y obligatoriamente a una declaración de inconstitucionalidad”²¹. En las sentencias del Tribunal Constitucional es posible vislumbrar que – a su juicio – es perfectamente posible que: “una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos. Sólo será inconstitucional si ninguna interpretación o posible hipótesis de aplicación de la disposición admite su sujeción a la Carta Fundamental”²².

De esta forma, la declaración de inconstitucionalidad supone un control abstracto y exige una completa contradicción entre el precepto legal y la norma constitucional. La declaración de inconstitucionalidad se vincula con la sentencia estimatoria de inaplicabilidad - puesto que se requiere al menos una decisión previa de ese tipo - sin embargo, es una facultad del Tribunal Constitucional y no su obligación declararla, atendida su excepcionalidad e impacto para el orden jurídico.

Considerando lo afirmado respecto a la naturaleza, supuestos y efectos de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puede afirmarse que no es procedente para controlar las infracciones constitucionales propias. Lo anterior fundado en las siguientes razones que atienden principalmente a la particular naturaleza del vicio de inconstitucionalidad de forma y de la acción de inaplicabilidad:

a. Los vicios de inconstitucionalidad de forma y de fondo que afectan las normas legales vigentes son distintos. Los primeros no suponen una contradicción normativa con la Constitución, sino el hecho del incumplimiento por el legislador de las normas constitucionales procedimentales para su producción o que existan vicios de competencia. La distinta naturaleza del vicio justifica un diferente régimen de invalidación.

b. El vicio de forma o infracción constitucional propia, como un vicio de origen, afecta la validez de la norma contenida en un precepto legal.

c. La infracción constitucional propia afecta la validez de la norma legal y tal invalidez debe ser declarada. Como se ha dicho, la acción de inaplicabilidad de ninguna manera busca enjuiciar la validez de un precepto legal, sino determinar si su aplicación produce efectos inconstitucionales en un caso concreto.

²¹ Rol N° 1254-08, considerando 28.

²² Rol N° 1254-08, considerando 28.

d. La sentencia estimatoria de inaplicabilidad tiene efectos particulares. Efectos que no son coherentes con un pronunciamiento sobre un vicio que afecta la validez de un precepto legal, que debieran ser generales.

e. La sentencia estimatoria de inaplicabilidad no afecta la vigencia o la validez del precepto legal impugnado, sino tan solo su aplicación total o parcial en el caso concreto; y es presupuesto de la acción de inconstitucionalidad. Por ello, una norma legal puede ser declarada en ciertos casos inaplicable, en otros puede ser declarada constitucional en abstracto, y también resultar aplicable en otros casos. Sin embargo un vicio de forma supondrá siempre una infracción a la Constitución, es decir su inconstitucionalidad, y no habrá casos concretos que permitan declarar que su aplicación produce efectos inconstitucionales y otros que su aplicación no los produce.

De esta forma, considerando el concepto, la tipología y las características de la infracción constitucional propia, así como la naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, no procede controlar la primera por vía de la segunda. El control de las infracciones constitucionales propias de los preceptos legales vigentes exigiría un control que busque enjuiciar la validez/constitucionalidad de la norma legal, con efectos generales, tal como se realiza en la acción de inconstitucionalidad (artículo 93 N° 7 de la Constitución).

La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad dictada en el control posterior y abstracto de un precepto legal vigente implica la declaración de su invalidez con efectos generales y *ex nunc*, lo que significa que la norma impugnada deja de pertenecer al orden jurídico. La Constitución Política no se refiere explícitamente a la invalidez como efecto de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, sino a los efectos que dicha invalidez producirá en el tiempo, señalando que no serán retroactivos y que el precepto legal “se entenderá derogado”²³. Sin embargo, parte de la doctrina concuerda en atribuirle efecto invalidatorio a la sentencia de inconstitucionalidad. Así, Sergio Verdugo, concluye: “Resulta evidente que -a raíz de lo expuesto- la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad no es la de ser una derogación de las leyes. En realidad, la sentencia derogatoria es un acto de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos.”²⁴ Así también lo reconoce Humberto Nogueira cuando analiza los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad: “En esta materia cabe comentar que la Carta Fundamental utiliza una expresión jurídica “derogado” que no es propia de un órgano jurisdiccional sino de un órgano legislativo, y de los efectos de la sucesión en el

²³ El artículo 94 de la Constitución Política expresa “se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.”

²⁴ Sergio Verdugo, “La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 18 (2008): 253.

tiempo de las normas legislativas; en el ámbito de los órganos de jurisdicción constitucional la denominación jurídico técnica correcta es la de nulidad. La nulidad produce la expulsión del precepto del ordenamiento jurídico. Así, para efectos jurídico técnicos derogación equivale a nulidad, la que produce efectos desde que la sentencia se publica in extenso en el Diario Oficial²⁵. Igualmente, Emilio Garrote reconoce efecto invalidatorio a la sentencia de inconstitucionalidad y dice: “Opera como una sanción depuradora del ordenamiento jurídico. Dado que, la norma declarada inconstitucional es invalidada. Ésta dejará de formar parte del ordenamiento jurídico nacional. Lo que no es más que una consecuencia de lo dispuesto en el inciso final del artículo 7º de la Constitución”²⁶.

Si la acción de inconstitucionalidad fuera la vía procedente para purgar este tipo de vicios, surge un problema, toda vez que como se señaló, en el régimen chileno de invalidación de los preceptos legales vigentes, ésta tiene como causa necesaria para su admisibilidad la previa declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En tal sentido, si no procede la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para resolver las infracciones constitucionales propias, tampoco podría la acción de inconstitucionalidad pronunciarse sobre el mismo tipo de vicios. Queda planteada la duda cuál sería la forma de depurar los casos de normas legales vigentes que adolecen de vicios de constitucionalidad formal.

IV.

LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD PARA CONTROLAR LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES PROPIAS SEGÚN LA DOCTRINA CHILENA

La doctrina chilena mayoritaria parece aceptar la procedencia de la acción de inaplicabilidad tanto por vicios de fondo y de forma fundada principalmente en que: a) El artículo 93 N° 6 y 7 de la Constitución Política no distingue entre contradicciones o infracciones constitucionales o en vicios de fondo y forma; y b) La reforma constitucional de 2005 habría superado la doctrina sostenida por la Corte Suprema hasta 2005, quien se negó a declarar la inaplicabilidad por vicios de forma; c) Algún órgano debe ejercer el control de constitu-

²⁵ Humberto Nogueira, “La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8 (N° 1) (2010): 91.

²⁶ Emilio Garrote, “Cosa Juzgada constitucional sui generis y su efecto en las sentencias del TC”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10 (N° 2) (2012): 419.

cionalidad de las infracciones constitucionales de los preceptos legales vigentes y ese órgano, por mandato de la Constitución luego de la reforma constitucional de 2005, sería el Tribunal Constitucional; y d) Considerar sólo los vicios de fondo produciría un vacío²⁷.

Sin embargo, ciertos autores, sostienen su improcedencia o aducen que las características de la acción de inaplicabilidad se pierden cuando se trata de una infracción constitucional propia. Así Valeria Lübbert explica que, al analizar un vicio de forma en sede de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional se estará pronunciado sobre la ley en abstracto, con total prescindencia de las circunstancias del caso e instrumentalizándolo para emitir un pronunciamiento de carácter general²⁸.

Por su parte, Sergio Verdugo expresa que, un control demasiado cercano a la causa particular y a la aplicación judicial del precepto impugnado no se condice con la naturaleza de los vicios de forma, que se acerca más a la historia legislativa de la ley y se aleja del contenido normativo que el juez del caso está llamado a aplicar²⁹.

Fernando Atria – en relación con el recurso de inaplicabilidad conocido por la Corte Suprema, pero con argumentos predicables de la actual acción de inaplicabilidad – afirma la improcedencia de este tipo de acción para conocer los vicios de forma, aludiendo a la naturaleza jurisdiccional de la acción de inaplicabilidad y expone: “La inaplicabilidad de forma no puede ser acogida sin hacer un examen de la ley, que es precisamente el objeto que el modo canónico imputa al recurso. Pero la Corte se negó a acoger estos recursos. El problema es que se negó mientras aceptaba una versión u otra del modo canónico, con lo cual su negativa aparecía oportunista y arbitraria. Si desechando el modo canónico, la Corte hubiera razonado sobre la base de que el recurso de inaplicabilidad le entregaba la determinación de la constitucionalidad de la aplicación de la ley al caso concreto, entonces su negativa a ejercer su potestad en el caso de las leyes cuya forma se objetaba no habría aparecido oportunista sino sólo la consecuencia de la correcta comprensión del recurso.”³⁰

²⁷ Entre estos autores destaca Mariela Rubano, “¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o solo la primera?” *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol.7 (1996): p.85-98; Humberto Nogueira, “La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 10 (2006): p. 252; Francisco Zúñiga, “Control de constitucionalidad y sentencia”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 34 (2006): 15; Camel Kazor y Pica Rodrigo, “Tribunal Constitucional y control concreto ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?”, *Nomos*, N° 3 (2009): 25. Cristián Maturana, 438.

²⁸ Valeria Lübbert, “El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma”, *Revista de Derecho Público*, N° 76 (2014): 383.

²⁹ Sergio Verdugo, “Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 23, N°2 (2010): 109.

³⁰ Fernando Atria, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XII (2001): 155.

Manuel Núñez constata, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la acción de inaplicabilidad deja de ser un control concreto cuando examina un vicio de forma. El mismo autor expresa: “Durante el 2007 el Tribunal también se hizo cargo de los vicios de forma como sustento del requerimiento de inaplicabilidad. Además de declarar expresamente que el vicio de constitucionalidad que se revisa en sede de inaplicabilidad puede obedecer a “razones de fondo o forma”, el Tribunal se pronunció sobre la distinta relevancia de la sentencia de inaplicabilidad cuando el vicio es formal.” Luego, Núñez expone la doctrina que el Tribunal Constitucional sentó en 2007 sobre la menor incidencia que el caso concreto tiene cuando conoce de las infracciones constitucionales de los preceptos legales y como se generaliza el efecto de su sentencia: “En las sentencias roles núms. 588-2006 (26 de julio de 2007), 589-2006 (21 de agosto de 2007) y 741-2007 (30 de octubre de 2007), se lee: “el que en uno o más casos determinados se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración, característica que cobra mayor importancia cuando se trata de una inconstitucionalidad de fondo y cuya trascendencia decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general”.³¹

Como se advierte, los autores coinciden en que la forma en que el Tribunal Constitucional conoce de las infracciones constitucionales propias en el ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad supone la “relativización” del carácter concreto de este control, aproximándose en un control abstracto; así como la generalización de los efectos de la sentencia, que son por definición constitucional *inter partes*. Lo anterior, permite confirmar que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es la vía idónea – salvo su desnaturalización o incoherencia – para controlar las infracciones constitucionales propias.

Por su parte, algunos autores han señalado otras razones, más generales, sobre la inconveniencia y la improcedencia que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre los vicios de forma, y son fundamentalmente: a) La complejidad de distinguir entre vicios formales y materiales. Como aún no se ha fijado adecuadamente en el medio los límites conceptuales

³¹ Manuel Núñez, “*El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes*”, en *Sentencias Destacadas* (2007): p. 129. En el mismo sentido se refieren Camel Kazor y Pica Rodrigo, “Tribunal Constitucional y control concreto ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?”, *Nomos*, N° 3 (2009): 31.

entre ambos, la tendencia es a englobar como materiales buena parte de los vicios formales³²; b) El problema de definir cuáles son los trámites cuyo incumplimiento justifica la sanción de inconstitucionalidad. El problema de la “esencialidad” e “importancia” de dichos trámites; c) La dificultad de decidir cuáles son los vicios cuya ocurrencia determinan la declaración de inconstitucionalidad. Esto es, el problema de la “gravedad” y “trascendencia” del vicio, según como afecta al principio democrático; d) La deferencia por la autonomía parlamentaria, la separación de poderes y las cuestiones políticas no justiciables; y e) El riesgo de transformar el control de regularidad constitucional en un control de oportunidad política que no es compatible con la naturaleza de la jurisdicción constitucional³³.

V.

CONCLUSIONES E INTERROGANTES FINALES

La Constitución Política de la República de Chile regula las formas de producción de las normas jurídicas, señalando los órganos competentes para su elaboración, el procedimiento de su creación y las fuentes del Derecho a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos. Una norma legal será constitucional, desde un sentido formal, si se creó en conformidad con las pautas fijadas por las normas constitucionales. Tal validez formal será objeto del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. El asunto controvertido en este trabajo es si procede realizar tal control a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, establecido en el artículo 93 N° 6 de la Constitución.

El vicio de forma o la infracción constitucional propia que afecta a los preceptos legales vigentes supone conflicto fáctico (hecho *vs.* norma constitucional) que afecta la validez de la norma producida atendido el incumplimiento o exceso del legislador. Por lo tanto, es un vicio de constitucionalidad distinto al vicio material que sólo se produce entre normas (norma *vs.* norma constitucional).

La distinta naturaleza del vicio justifica un diferente régimen de invalidación. En tal sentido, la acción de inaplicabilidad es procedente para resolver los vicios materiales o contradicciones normativas, pero no es necesariamente procedente para resolver los vicios de forma.

³² Humberto Sierra, Floralba Padrón, María Castillo, “Vicios formales de la ley. Análisis desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Revista Derecho del Estado*, N° 14 (2003): 191.

³³ Ángela Figueruelo, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, N° 81 (1993): 55.

La infracción constitucional propia, como un vicio de origen y que supone un conflicto fáctico, afecta la validez de la norma contenida en un precepto legal. Tal invalidez debiera ser declarada con efectos generales. La acción de inaplicabilidad no busca enjuiciar la validez de un precepto legal, sino determinar si su aplicación se ajusta a la Carta Fundamental en un caso concreto, con efectos particulares.

Las principales razones señaladas por la doctrina constitucional chilena para sostener la referida improcedencia es que la forma en que el Tribunal Constitucional conoce de los vicios de forma en el ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad supone la “relativización” del carácter concreto de este control, desnaturalizándose en un control abstracto; así como la generalización de los efectos de la sentencia, que son por definición constitucional *inter partes*. Esto permite aseverar que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es la vía idónea, salvo su desnaturalización o incoherencia, para controlar las infracciones constitucionales propias,

Por lo tanto, el control de las infracciones constitucionales propias de los preceptos legales vigentes exige un control abstracto que enjuicie la validez de la norma legal y con efectos generales, como es el caso de la acción de inconstitucionalidad previsto en el artículo 93 N° 7 de la Constitución. La cuestión compleja del diseño constitucional chileno es que la acción de inconstitucionalidad tiene como causa necesaria para su admisibilidad la previa declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. De esta forma, si no procede la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para resolver las infracciones constitucionales propias, tampoco procedería la acción de inconstitucionalidad para pronunciarse sobre el mismo tipo de vicios.

Para finalizar, se plantean una serie de interrogantes respecto de este asunto que se espera motiven el debate:

a. ¿Todos los vicios de procedimiento dan lugar a una infracción constitucional? ¿Cuáles serán los trámites cuyo incumplimiento justifica la sanción de invalidez-inconstitucionalidad?

b. ¿Es idónea la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para conocer de las infracciones constitucionales impropias?

c. Si la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es la vía idónea para conocer las infracciones constitucionales propias ¿Cuál es la vía? ¿La acción de nulidad de derecho público por cualquier juez?

d. ¿Será conveniente, en el actual contexto de cambio constitucional que atraviesa Chile, considerar la limitación o eliminación del control previo y obligatorio de los pro-

yectos de ley? Si la respuesta fuera afirmativa ¿No será conveniente mantener tal control circunscrito a los aspectos procedimentales a fin prevenir las infracciones constitucionales?

e. Por último, respecto del control posterior ¿Será conveniente, en el actual contexto de cambio constitucional, desligar la acción de inconstitucionalidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad? De esta forma se podría purgar la infracción constitucional de un precepto legal mediante un control normativo abstracto, *a posteriori* y con efectos generales.

Para citar este artículo: Henríquez Viña, Miriam, “Justicia constitucional chilena y vicios de forma. Un caso de improcedencia”, en *Revista de Derecho* 15 (I-2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 49-68.

BIBLIOGRAFÍA

- Atria Fernando, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XII (2001): 119 – 156.
- Balaguer, Francisco, coord., *Manual de Derecho Constitucional. Constitución y Fuentes del Derecho. Derecho Constitucional Europeo. Tribunal Constitucional y Estado Autonomico*, Vol. I (Madrid: Tecnos, 2012).
- Camel Kazor y Pica Rodrigo, “Tribunal Constitucional y control concreto ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?”, *Nomos*, N° 3 (2009): 13-39.
- Colombo Juan, “Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia”, en *Reforma Constitucional*, ed. por Francisco Zúñiga (Santiago: LexisNexis, 2005): 551- 592.
- De Otto Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (Barcelona: Ariel, 2008).
- Figueruelo, Ángela, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), N° 81 (1993): 47 – 72.
- Garrote, Emilio, “Cosa Juzgada constitucional sui generis y su efecto en las sentencias del TC”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10 (N° 2) (2012): 391 – 428.
- Gómez Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2013).

- Henríquez Miriam, *Las fuentes del orden constitucional chileno* (Santiago: Thomson Reuters, 2016).
- Huerta Carla, “Sobre la naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad”, *Doxa*, N° 21 (II) (1998): 219 - 228.
- Huerta Carla, *Conflictos normativos* (México: UNAM, 2007).
- Humberto Nogueira, “La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 10 (2006): 241 - 280.
- Lübbert Valeria, “El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma”, *Revista de Derecho Público*, N° 76 (2014): 373 - 391.
- Maturana Cristián, “El procedimiento, la legitimación para obrar y el control de admisibilidad en el requerimiento de inaplicabilidad e inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 72 (2010): 390. 453.
- Navarro Enrique, “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)”, *Cuaderno del Tribunal Constitucional*, N° 43 (2011).
- Nogueira Humberto Nogueira, “La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8 (N° 1) (2010): 79-116.
- Núñez Manuel, “El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes”, en *Sentencias Destacadas* (2007): 123-161.
- Pica Rodrigo, “El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 16, N° 2 (2009): 124-127.
- Rubano Mariela, “¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o solo la primera?” *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol.7 (1996): 85-98.
- Sierra Humberto, Padrón Floralba, Castillo María, “Vicios formales de la ley. Análisis desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Revista Derecho del Estado*, N° 14 (2003): 177-195.
- Silva Alejandro y Silva María Pía, “Marco de la declaración de inaplicabilidad”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 63 (2001): 444- 451.
- Verdugo Sergio, “Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 23, N°2 (2010): 83-112.

Verdugo Sergio, “La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 18 (2008): 247- 297.

Zapata Patricio, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Parte General* (Santiago: Biblioteca Americana, 2002).

Zúñiga Francisco, “Control de constitucionalidad y sentencia”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 34 (2006).

Requisitos de patentabilidad de las invenciones en Cuba Apuntes desde el Derecho comparado

Requirements for patentability of inventions in Cuba. Notes from comparative law¹

*Isnel Martínez Montenegro**

*Universidad Católica de Temuco, Chile

isnel.martinez1986@gmail.com

*Gabriel Alejandro Carrillo Rozas***

**Universidad de Santo Tomás, Chile

gabrielcarrilloro@santotomas.cl

*Mónica Alejandra Baeza Leiva****

***Universidad Católica de Temuco, Chile

mbaeza@uct.cl

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1373>

Recibido: 28/02/17. Revisado: 23/3/17. Observado: 01/4/17. Corregido y aceptado: 05/05/17.

¹ Gabriel Alejandro Carrillo Rozas y Mónica Alejandra Baeza Leiva aparecen en calidad de coautores por su colaboración, sin la cual no se habría logrado adecuar el artículo a tiempo, conforme a las observaciones efectuadas por los evaluadores.

RESUMEN: En la investigación se realizó un análisis desde el Derecho comparado de los requisitos de patentabilidad de las invenciones en relación con la legislación cubana. Para ello, se elaboró un artículo que examina los requisitos básicos del sistema de patentes; así mismo, se definen las causas generales que inciden en las irregulares prohibiciones de contenido genérico, que se manifiestan en el reconocimiento de una invención, y los retos que surgen con respecto a la exclusión en materia patentable. También, se abordan los desafíos provocados por la falta de interpretación uniforme en cuanto a las materias no patentables.

PALABRAS CLAVES: requisitos de patentabilidad, materia no patentable.

ABSTRACT: The investigation carried out an analysis of the patentability requirements of inventions and the challenges that arise with regard to patentability exclusion. For this purpose, an article was elaborated that analyzes the basic requirements of a patent system and at the same time defines the general causes that affect the irregular generic content prohibitions that are manifested in the recognition of a labor invention. It also addressed some of the reasons for the lack of uniform interpretation and recognition in modern patent systems of inventions for non-patentable materials.

KEYWORDS: patentability requirements, non-patentable subject matter.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Análisis de los requisitos. a) Novedad; b) Actividad inventiva; c) Aplicabilidad industrial; d) Descripción suficiente de la invención; e) Materia protegible. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de patentes tiene como objetivo principal impulsar el desarrollo tecnológico, permite a su titular o titulares el disfrute de manera exclusiva y por un determinado período de los beneficios económicos que puede generar el invento protegido². Así la patente configura un privilegio temporal que otorga el Estado a su titular para estimular el esfuerzo invertido en la obtención de una invención patentable, que en muchas ocasiones requiere de años de investigación y de una inversión económica.

En el Decreto Ley 290 de 2011 normativa vigente para la materia se estipula en el precepto 44 que estos derechos se ejecutan a partir de su concesión, lo que se ratifica en el artículo 45³ al disponer que no exista protección provisional. En correspondencia las autoras Vázquez de Alvaré y Moreno Cruz plantean que “los derechos de patente no se pueden hacer valer por el titular frente a terceros que hubiesen llevado a cabo un acto de explotación de la invención entre la fecha de publicación de la solicitud y la fecha de concesión de la patente”.⁴

En principio la patente permite al titular de la invención impedir que un tercero obtenga, sin su autorización, un provecho sobre el invento protegido. Sin embargo, estos derechos exclusivos no son de carácter absoluto, sino que existen límites imprescindibles para que la actividad económica o la investigación no se vean afectadas por la existencia de estos⁵.

² Alberto Bertcovitz, “La patente de invención y el modelo de utilidad”, en *Selección de Lecturas de Propiedad Industrial*, Marta Moreno Cruz y Emilia Horta Herrera, compiladoras (La Habana: Félix Varela 2005). Al decir del profesor Bertcovitz, lo que se establece es “una especie de pacto entre el inventor y el Estado”, donde “el Estado atribuye al inventor el derecho exclusivo a producir y comercializar el objeto de su invención durante un tiempo limitado”.

³ Decreto-Ley 290/2011, 20 de noviembre, de Invenciones, Dibujos y Modelos Industriales, (Gaceta Oficial Núm. 24 de 16 de abril de 2012).

⁴ Dánice Vázquez de Alvaré y Marta Moreno Cruz, “La propiedad intelectual en Cuba en el contexto universitario”, en *Blucher Proceedings. Cuba e Brasil no Século XXI. Inovação e Desenvolvimento Socioeconômico Sustentável* (Brasil, Blucher, 2014): 210.

⁵ El acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) reconoció que los Miembros podían prever excepciones de los derechos exclusivos conferidos por una patente bajo determinadas condiciones, sin embargo, la posición defendida en esta materia por los Estados Unidos se dirige a

Los requisitos de patentabilidad de las invenciones están reconocidos de forma mayoritaria en la doctrina internacional como: la novedad universal, la aplicabilidad industrial y el nivel de incentivo. Así lo reafirma Matías Alemán al plantear que en el desarrollo histórico del sistema de patentes se han referido estas tres condiciones básicas para que una invención pueda ser protegida mediante una patente⁶.

Del mismo modo Barreto Granada expone que existe una tendencia universal a que estos requisitos materiales básicos sean exigidos por la ley como vía para lograr una protección efectiva de las invenciones. Además, continúa respaldando sus argumentos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Andino cuando expone refiriéndose a estos que los mismos se utilizan tanto para el análisis de las solicitudes de patente de invención de productos o de procedimientos⁷.

De esta forma la OMPI para estandarizar internacionalmente el campo de las patentes de invención confeccionó un Manual de Redacción de Solicitudes de Patentes y en este documento se señalan estos mismos tres requisitos y su obligatorio cumplimiento para que una invención pueda ser patentable⁸.

considerar que la implementación del Acuerdo sobre los ADPIC posee excesivos márgenes de flexibilidad, por lo que a partir del 2002 impulsan un ciclo de Tratados de Libre Comercio (TLC) que hasta ahora integra unas 25 naciones del mundo. Entre las que se encuentran 9 países de Latinoamérica: Chile, Colombia, Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú y República Dominicana.

⁶ Marco Matías Aleman Badel, «Las marcas y las patentes en el marco del proceso de integración de la Comunidad Andina» (tesis doctoral, Universidad de Alcalá, 2012), 24, http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/18041/tesis%20_final%20Marco%20Alem%C3%A1n.pdf?sequence=1

⁷ Piedad Lucía Barreto Granada, «Marco institucional y régimen jurídico de la transferencia de tecnología para la celebración de acuerdos de licencia de propiedad intelectual: una perspectiva colombiana», (tesis doctoral Universidad Carlos III de Madrid, 2016), 272, http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22760/tesis_pl_barreto_granada_2016.pdf?sequence=2

⁸ «Manual de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual de redacción de solicitudes de patentes», Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual, acceso el 15 de diciembre de 2016, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/patents/867/wipo_pub_867.pdf

Desde los Acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en año 2000 se establecen los siguientes criterios: - La invención debe ser nueva.

- Entrañar una actividad inventiva (no ser evidente).

- Ser susceptible de aplicación industrial (ser útil).

- En la solicitud deberá divulgarse la invención de manera lo suficientemente clara y completa como para que una persona del oficio pueda realizarla.

- Las reivindicaciones deberán ser claras y concisas, y estar respaldadas por la descripción.

Asimismo, Mایدelyn Díaz Pérez, «La propiedad industrial y los sistemas de patentes en el mundo de la información», *Revista ACIMED*, 18 (2008): 4, http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94352008001200011&lng=es&nrm=iso, cuando expresa que "además de estos requisitos básicos, la solicitud de la patente debe contener una descripción de la invención y la reivindicación. La *descripción* es como la contraprestación del monopolio legal que le confiere el Estado por ser exclusiva y una de las intenciones más fuertes que defienden los sistemas y leyes de patentes: hacer pública la información con vistas a potenciar el desarrollo tecnológico existente. Está estipulado en un artículo que la invención debe ser descrita en la solicitud de patente de manera lo suficientemente clara y completa para que un experto sobre la materia pueda ejecutarla. Las reivindicaciones deben definir el objeto para el que se solicita protección. De igual forma deben ser claras y concisas, y argumentarse o apoyarse en la descripción. El contenido de las reivindicaciones es

En cuanto a estos requisitos en el caso de la normativa española no existían hasta su incorporación por la nueva Ley 24 de Patentes de 2015 el examen de los requisitos de: novedad⁹, actividad inventiva¹⁰ y aplicación industrial¹¹. La derogada Ley 11/1986 descartaba la novedad y la actividad inventiva requerimientos que según la doctrina son fundamentales para el reconocimiento de la patente¹².

El Decreto-Ley Núm. 290 de 2012 normativa vigente cubana estipula que toda solución técnica en cualquier campo de la tecnología que posea los requisitos de novedad¹³, actividad inventiva¹⁴, aplicabilidad industrial¹⁵ y que solo se refiera a productos y procedi-

de esencial importancia puesto que son ellas las que determinan la extensión de la protección conferida por la patente, el alcance del objeto que se protege”.

⁹ Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes (BOE núm. 177 de 25 de julio de 2015), <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es186es.pdf>

Artículo 6. Novedad.

1. Se considera que una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica.

2. El estado de la técnica está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio.

3. Se entiende igualmente comprendido en el estado de la técnica el contenido de las solicitudes españolas de patentes o de modelos de utilidad, de solicitudes de patentes europeas que designen a España y de solicitudes de patente internacionales PCT que hayan entrado en fase nacional, tal como hubieren sido originariamente presentadas, cuya fecha de presentación sea anterior a la que se menciona en el apartado precedente y que hubieren sido publicadas en español en aquella fecha o lo sean en otra posterior.

4. Lo dispuesto en los apartados 2 y 3 no excluirá la patentabilidad de cualquier sustancia o composición comprendida en el estado de la técnica para ser usada en alguno de los métodos mencionados en el artículo 5.4 siempre que su utilización para cualquiera de esos métodos no esté comprendida en el estado de la técnica.

5. Lo dispuesto en los apartados 2 y 3 no excluirá la patentabilidad de una sustancia o composición de las señaladas en el apartado 4 para una utilización determinada en alguno de los métodos mencionados en el artículo 5.4 siempre que dicha utilización no esté comprendida en el estado de la técnica.

¹⁰ Artículo 8. Actividad inventiva.

1. Se considera que una invención implica una actividad inventiva si aquella no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia.

2. Si el estado de la técnica comprende documentos de los mencionados en el artículo 6.3 no serán tomados en consideración para decidir sobre la existencia de la actividad inventiva.

¹¹ Artículo 9. Aplicación industrial.

Se considera que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola.

¹² Lidia Terés Sotés, «La ley 24/2015 de Patentes, especial referencia al sistema de concesión de la patente », (tesis de grado, Universidad de País Vasco, 2016), 26, <https://addi.ehu.es/handle/10810/186>

¹³ Artículo 23 apartado 1 del Decreto-Ley 290/2011, 20 de noviembre, de Invenciones, Dibujos y Modelos Industriales, (Gaceta Oficial Núm. 24 de 16 de abril de 2012) y en el apartado 2 se dispone que: Se entiende por estado de la técnica todo lo que esté o haya sido puesto a disposición del público en cualquier lugar del mundo, de forma escrita u oral o mediante su uso, venta, comercialización, exhibición o por cualquier otro medio, incluyendo los conocimientos tradicionales de comunidades indígenas o locales.

¹⁴ Artículo 24 del Decreto-Ley 290/2011, 20 de noviembre, de Invenciones, Dibujos y Modelos Industriales, (Gaceta Oficial Núm. 24 de 16 de abril de 2012): una invención posee actividad inventiva si no resulta evidente para un experto en la materia tecnológica correspondiente, a partir del estado de la técnica.

¹⁵ Decreto-Ley 290/2011, 20 de noviembre, de Invenciones, Dibujos y Modelos Industriales, (Gaceta Oficial Núm. 24 de 16 de abril de 2012), el artículo 25 dispone que: una invención se considera aplicable industrialmente cuando su objeto pueda ser reproducido o utilizado en cualquier industria, entendida esta en un sentido amplio.

mientos¹⁶ puede ser objeto de ser protegida a través de patente¹⁷. Igualmente, dicha invención debe ubicarse en un sector tecnológico patentable¹⁸.

De esta manera se observa que en ambas regulaciones se adopta la tendencia actual que siguen algunos ordenamientos jurídicos iberoamericanos de no definir el término invención, sino que el legislador se limita a hacer referencia a los requisitos de patentabilidad que deben presentar estas¹⁹.

2.

ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS

A. NOVEDAD

Este particular requisito se erige como uno de los principales al momento de solicitar una patente, pues para iniciar los trámites de la obtención de esta requiere que la invención no haya sido divulgada a terceras personas. En el citado Manual de la OMPI se reconoce a una patente como nueva si sus elementos esenciales no se encuentran en el estado de técnica²⁰. En este sentido es común que en todos los países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se examine la novedad al momento en que se presenta una solicitud de patente.

Sin embargo, en la doctrina existe la discusión en relación al alcance y valoración de este requisito a través de dos corrientes diferentes que clasifican a la novedad de la siguiente manera:

¹⁶ Artículo 21 apartados 1 y 2 del Decreto-Ley 290/2011, 20 de noviembre, de Invenciones, Dibujos y Modelos Industriales, (Gaceta Oficial Núm. 24 de 16 de abril de 2012).

¹⁷ La primera normativa en regular estos requisitos en Cuba fue el Decreto Ley 68/1983, 14 de mayo, de Invenciones, Descubrimientos Científicos, Modelos Industriales, Marcas y Denominaciones de origen, (Gaceta Oficial Núm. 10 de 14 de mayo de 1983), que en su artículo 22 al definir la invención de ser susceptible de ser protegida, se reconoce la solución de un problema de cualquier rama de la economía, la defensa, la ciencia o la técnica que posea novedad, actividad inventiva y aplicabilidad industrial.

¹⁸ Las materias o sectores no patentables se establecen en el apartado 22 del Decreto-Ley 290/2011, 20 de noviembre, de Invenciones, Dibujos y Modelos Industriales, (Gaceta Oficial Núm. 24 de 16 de abril de 2012), referidos los animales y sus razas, las plantas y sus variedades, los métodos de tratamientos aplicables al cuerpo humano o animal, los usos de embriones humanos con fines industriales o comerciales y los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano.

¹⁹ José Antonio Gómez Segade, «Hacia una nueva Ley de Patentes española», *Revista Actas de Derecho industrial y Derecho de autor* 34 (2014): 341, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4873158>

²⁰ «Manual de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual de redacción de solicitudes de patentes», Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual, acceso el 15 de diciembre de 2016, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/patents/867/wipo_pub_867.pdf

- Novedad absoluta o universal que se entiende nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica. Este estado significa que la invención no debe encontrarse en poder público en cualquier forma posible, ya sea escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio o formato que sea anterior al momento de presentación de la solicitud de patente²¹. En realidad, es prudente publicar el contenido de una solicitud de patente después de su presentación para romper con la novedad de otra solicitud de patente posteriormente presentada en otro país con la misma intención. Esta corriente es la asumida por la mayoría de los países europeos²² con algunas distinciones en cuanto a sus límites²³. En este supuesto el Derecho es del

²¹ Thaimy Márquez, «Aprovechamiento de la información tecnológica contenida en patentes para el desarrollo de la ciencia y las empresas», *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales* 11 (2005), 200, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-64112005000100011&lng=es&nrm=iso. ISSN 20030507

Al referirse a la importancia de la exigencia del requisito de novedad absoluta Márquez expresa que “este ofrece ventajas importantes para los usuarios de una innovación tecnológica (I.T) y coloca a disposición de estas tecnologías de punta que no se encontrará contenida en ningún otro medio, lo que avala que cualquier proceso apoyado en ella pueda ser más eficiente y expedito. De lo anterior podemos concluir que la I.T envuelta en un documento de patente es información de última generación, que no se publica por otras vías previamente a la concesión de la misma, ya que de ser así ello le haría perder el requisito de novedad absoluta que se exige para que pueda consolidarse el derecho de invención, y que por lo general tampoco se publica en otros medios distintos a los órganos de publicidad de los que disponen las oficinas de propiedad industrial, luego de su otorgamiento. Por esta razón, es necesaria la utilización de la I.T contenida en una patente de invención desde etapas tempranas de I+D o, mejor aún, antes de que se inicie dicho proceso”.

²² Artículo 56 del Convenio sobre la patente europea, o, como alternativa, ventaja práctica industrial respecto del estado anterior de la técnica. El Convenio sobre la Patente Europea (CPE) o Convenio de Múnich fue firmado el 5 de octubre de 1973, establece un procedimiento único de concesión de patentes entre los países miembros de dicho convenio (32 países en marzo de 2007), la mayoría miembros de la Unión Europea (UE). Por este tratado, una persona de cualquier país puede solicitar una patente que tenga validez en los países que designe, incluidos varios países de extensión. Una vez que la Oficina Europea de Patentes decide la concesión de la patente, el solicitante ha de presentar una solicitud de validación en cada uno de los países designados en el plazo de 3 ó 6 meses. En caso de no hacerlo, pierde el derecho a la patente. El Convenio sobre la Patente Europea surgió de un proyecto de la Comunidad Económica Europea de unificar el procedimiento de concesión de patentes en la CEE, y entró en vigor en paralelo con el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT). Una revisión de este Convenio, firmado en 2000 y por eso llamado CPE-2000, entró en vigencia a partir del 13 de diciembre de 2007.

²³ En Alemania el artículo 9 de la Ley de Patente de Alemania (modificada por Ley del 4 de abril de 2016) se establece como requisito de patentabilidad la novedad y la actividad inventiva para la concesión de la patente de invención (http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=401314). No obstante, como diferencia a esta corriente la normativa germana para el reconocimiento de los modelos de utilidad (Ley sobre los Modelos de Utilidad modificada por la ley de 31 de julio de 2009) señala que estos supuestos la novedad es mixta y por esta razón la divulgación escrita en todo el mundo y la utilización en la República Federal de Alemania, <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=10002>. En Francia la Ley 68/1, 2 de enero, del desarrollo de la actividad inventiva y cambiar el sistema de patentes (2 de enero de 1968, modificado por Ley Núm. 92-597 de 1 de julio de 1992, sobre el Código de la Propiedad Intelectual), <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=14427>, concede la patente sin ese tipo de examen; sin embargo, se efectúa una investigación obligatoria sobre la novedad. Con respecto al certificado de utilidad requiere también novedad absoluta. En Italia de acuerdo a la Ley de Patentes, 29 de junio (Real Decreto Núm. 1127 de 29 de junio de 1939, modificada por última vez por el Decreto Legislativo Núm. 198 de 19 de marzo 1996) se otorga sin un verdadero examen de la novedad ni de la actividad inventiva y sin investigación alguna de la anterioridad. Para el caso de la exigencia de novedad de los modelos de utilidad es también absoluta (<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=2566>). En Portugal el Código de la Propiedad Industrial (aprobado por el Decreto-Ley N° 16/95 del 24 de enero de 1995) dispone que tanto la patente como el modelo de utilidad requieren novedad absoluta (<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=5952>). Las excepciones a la divulgación se extienden a las comunicaciones realizadas ante sociedades científicas o asociaciones técnicas profesionales, a las ferias oficiales reconocidas en cualquier país miembro siempre que la solicitud sea presentada en Portugal dentro de los 12 meses. Sobre estas excepciones y limitaciones concedidas a los Derechos de patentes nos remitimos para su mejor entendimiento a los acuerdos en relación con el tema de las “excepciones y limitaciones a

primer solicitante siempre que no haya hecho la divulgación del invento antes de su presentación como se apuntó anteriormente y en cuyos países la legislación se desarrollan a través del sistema de adquisición de Derechos atributivos y bajo el imperio del principio first to file²⁴.

- Novedad relativa que se refiere a los sistemas donde el Derecho le corresponde al primer solicitante, pero para lograrlo se dispone una etapa para revisar el cumplimiento del requisito de novedad en un período anterior a la solicitud. En este supuesto según Javier Villamarín “se limitan los antecedentes computables, sea en tiempo o en espacio; en este último caso, por lo común sólo se consideran los antecedentes ocurridos en el propio país”²⁵.

Ivan Poli al analizar la novedad relativa en los requisitos de patentabilidad para el caso de los modelos de utilidad fundamenta su criterio en la decisión del 15 de marzo de 2012 de la Sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en los autos “Szwarcbort, David C. Tolder S.A.” (Expte. 11.779/06) de la República Argentina que resolvió que el requisito de novedad que debe cumplir un modelo de utilidad para ser registrado como tal es de carácter relativo, a diferencia de la novedad absoluta requerida para una patente de invención. De esta manera el autor refiere que “la Sala 3 se enunció sobre el alcance del art. 55 de la Ley de Patentes que, si bien establece la novedad relativa como

los derechos conferidos por las patentes” aprobados en vigésima sesión, celebrada del 27 al 31 de enero de 2014, del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes (SCP), documento basado en los comentarios recibidos de los Estados miembros, acerca de la manera en que se aplicaban en estos últimos las excepciones y limitaciones siguientes, sin evaluar la eficacia de dichas excepciones y limitaciones: actos realizados para obtener la aprobación reglamentaria de las autoridades; agotamiento de los derechos conferidos por las patentes; concesión de licencias obligatorias y explotación por el gobierno; y excepciones y limitaciones relativas a la utilización, por agricultores y/o fitomejoradores, de invenciones patentadas. En el documento se dejaría también constancia de los desafíos de índole práctica a los que debían hacer frente los Estados miembros al darles aplicación (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_21/scp_21_3.pdf). En Suiza, la Ley Federal de Patentes de Invención de Suiza de 2011 (<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=10600>) integra parte del estado de la técnica, las reivindicaciones de solicitudes anteriores suizas o europeas que designan el Estado antes de ser publicadas.

²⁴ “First to file (FTF) and first to invent (FTI) are legal concepts that define who has the right to the grant of a patent for an invention. The first-to-file system is used in all countries, including the United States, which switched to a first-inventor-to-file (FITF) system on March 16, 2013 after the enactment of the America Invents Act. Canada, the Philippines, and the United States had been among the only countries to use first-to-invent systems, but each switched to first-to-file in 1989, 1998, and 2013 respectively. Invention in the U.S. is generally defined to comprise two steps: conception of the invention and reduction to practice of the invention. When an inventor conceives of an invention and diligently reduces the invention to practice (by filing a patent application, by practicing the invention, etc.), the inventor’s date of invention will be the date of conception. Thus, provided an inventor is diligent in actually reducing an application to practice, he or she will be the first inventor and the inventor entitled to a patent, even if another files a patent application, constructively reducing the invention to practice, before the inventor”. Tomado de: *The United State Patent and Trademark Office an agency of the Department of Commerce, Uspto.gov.*, <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2138.html>

²⁵ José Javier Villamarín, *El Régimen del Modelo de Utilidad en la normativa de la Comunidad Andina de Naciones. La Decisión 486* (Comunidad Andina: Biblioteca, 2015), 17, <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0025.pdf>

requisito para la obtención de un modelo de utilidad válido en Argentina, su decreto reglamentario N° 260/96 parece introducir el requisito de novedad absoluta”²⁶.

B. ACTIVIDAD INVENTIVA

A este requisito también se le ha denominado como no obviedad²⁷, nivel inventivo o altura inventiva; sin embargo la normativa europea mayoritariamente lo reconoce como actividad inventiva²⁸. Para otorgar una patente a una invención, esta no debe ser evidente en el campo científico/técnico de la materia para un experto que se maneje en conocimientos normales, de forma tal que, si reúne estos, pueda llegar fácilmente al mismo resultado.

La distinción que se plasma en el Manual de redacción de Patentes de este requisito respecto al de novedad, radica en que una invención puede ser evidente, aunque no se haya divulgado de manera precisa en el estado del arte con anterioridad a su solicitud²⁹. En este sentido, Vázquez De Alvaré refiere que “el examinador puede considerar que una invención evidente combinando distintas publicaciones que describen cada una parte del conjunto de

²⁶ Iván Poli, 21 de febrero de 2013 (20:45), «Modelos de utilidad: novedad relativa vs novedad absoluta», *Blog Marval O’ Farrell & Mairal*, <http://www.marval.com/publicacion/modelos-de-utilidad-novedad-relativa-vs-novedad-absoluta-9010/>. Al referirse a la etapa de gracia plantea que el artículo 55 del decreto reglamentario es una confusa disposición que indica *a contrario sensu* que si el solicitante hubiera efectivamente divulgado su invento en el *exterior antes de los seis meses* de plazo, el modelo de utilidad habría perdido su novedad, de esta manera es peligroso cuando no se apunta correctamente el tiempo a tener en cuenta en el caso de seguir la línea relativa. La doctrina ha sostenido la inconstitucionalidad de esta disposición por contradecir directamente la norma que pretende reglamentar, por un lado, dispone un plazo de gracia de 6 meses cuando la Ley de Patentes establece un plazo de un año, y por otro lado pareciera introducir la novedad absoluta para el estudio de los modelos de utilidad. Ley Núm. 24.481, modificada por su similar Núm 24.572 de 1996 y su Reglamentación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación, Información Legislativa, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/35001/texact.htm>

²⁷ Ley de Patentes, Título 35 del Código de Estados Unidos, §§ 1 y siguientes, septiembre 2013, <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12928>. En la normativa estadounidense, *America Invents Act* (AIA), en la sección 2, la actividad inventiva o “non obviousness” se define de la siguiente manera: “*A patent for a claimed invention may not be obtained, notwithstanding that the claimed invention is not identically disclosed as set forth in section 102, if the differences between the claimed invention and the prior art are such that the claimed invention as a whole would have been obvious before the effective filing date of the claimed invention to a person having ordinary skill in the art to which the claimed invention pertains. Patentability shall not be negated by the manner in which the invention was made.*” La presente definición es más específica que la del Derecho europeo en gran medida porque la invención no debe resultar obvia para un experto en la materia antes de la fecha de presentación, sino entenderse en su conjunto y por lo tanto no existe determinación en la **patentabilidad** el modo en que se haya llevado a cabo la invención.

²⁸ Félix Rozanski, «El valor de la propiedad intelectual en los países en desarrollo», *Revista Interciencia*, 28 (2003): 108, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0378-18442003000200008&lng=es&nrm=iso

²⁹ «Manual de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual de redacción de solicitudes de patentes», Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual, acceso el 15 de diciembre de 2016, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/patents/867/wipo_pub_867.pdf. En el documento sobre este requisito se concluye que según la actividad inventiva se debe conceder una patente si la invención representa una mejora significativa respecto del estado de la técnica.

la invención, aunque la invención sea novedosa (es decir, que no sea anticipada por un único antecedente)³⁰.

En estudios de Prada Uribe sobre este requisito en la evolución de la jurisprudencia en el tribunal andino se demuestra que este requisito de patentabilidad, en los términos de las Decisión 486 de 2000, en su evolución jurisprudencial se complementan muy escasos elementos a la definición normativa vigente, pues mientras esta dispone que “se considerará que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica”³¹.

En este requisito se configura una de las controversias más importante entre los países desarrollados y los en vías de desarrollo en cuanto a las posturas relacionadas con la armonización en materia de Derecho de patentes. En correspondencia los **principales problemas** que el **Sistema de Patentes** afronta en este momento es producto de la **debilidad** en la aplicación del criterio de **actividad inventiva**. En los países menos desarrolladas se aboga por gestionar un elevado nivel de actividad inventiva y que el hecho de si la invención reivindicada resulta evidente a partir del estado de la técnica sea juzgado por un **experto en la materia** con un **alto grado de especialización** y no por un experto en la materia con una definición como la empleada en los países más desarrollados que impide a dicho experto toda capacidad inventiva.

En el análisis de las consecuencias del **nivel de actividad inventiva** se supone que en el caso de “ser bajo se pueden obtener derechos exclusivos sobre pequeños perfeccionamientos, con el riesgo de limitar las actividades empresarias legítimas de terceras partes, mientras que un **nivel de actividad inventiva muy alto** supone que invenciones que quizás lo merecerían no obtienen derechos exclusivos o los obtienen muy limitados con lo que se

³⁰ Dánice Vázquez De Alvaré, «Taller sobre las patentes y el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) para jueces» (conferencia, Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial, 2015) http://www.wipo.int/edocs/mdocs/pct/es/ompi_pct_sdo_15/ompi_pct_sdo_15_6.pdf. La autora refiriéndose al Manual apunta determinadas soluciones que respecto a la valoración de este requisito se deben examinar en actuar de los revisores de las solicitudes y entre ellas menciona: la utilización de esquemas de “análisis problemas”, que la invención solucione un problema de larga data y que contribuya a un éxito comercial con solución de circunstancias que otras inventivas no logren resolver.

³¹ Julián Prada Uribe, «El concepto de actividad inventiva como requisito de patentabilidad en el discurso del tribunal de justicia de la Comunidad Andina», *Revista CES Derecho*, 6 (2015): 138, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192015000100011&lng=en&nrm=iso. De acuerdo a lo expresado por el autor la Decisión 486 de 2000, Artículo 18), se limita a distinguir la necesidad de un estudio particular y diferenciado en la combinación o mezcla de elementos conocidos, o cuando el producto analizado haya resultado de procedimientos o métodos ya conocidos en el área técnica correspondiente, o cuando se trate de polimorfos.

obstaculiza la investigación y la inversión. Son varios los enfoques hacia el nivel de actividad que las Oficinas de Patentes deben aplicar³².

C. APLICABILIDAD INDUSTRIAL

El tercer requisito reconocido como básico para el reconocimiento de la protección de invenciones es el de aplicabilidad industrial. De distintas maneras es planteado este concepto en la normativa internacional de patentes y expresiones como “actividad inventiva” y “aplicabilidad industrial” son sinónimas correspondientemente de las expresiones “no evidentes” y “útiles”³³. La susceptibilidad de aplicación industrial de una invención no involucra necesariamente el uso de una máquina o la fabricación de un artículo y también podría atribuirse a un procedimiento, el cual podría ser utilizado en la mejora o control de un producto, dispositivo o procedimiento que es en sí mismo susceptible de aplicación industrial³⁴.

En el citado Manual de la OMPI sobre redacción de patentes también se relaciona este requisito con el concepto del vocablo útil al hacer referencia que la invención reivindicada puede ser producida o utilizada por su naturaleza en cualquier tipo de industria. De esta manera se debe describir el término industrial como cualquier actividad física de carácter técnico³⁵. De este modo una invención debiera producirse o utilizarse en cualquier tipo de

³² «La actividad inventiva. El requisito de patentabilidad», 29 de abril de 2014, *Blog sobre propiedad Industrial*, <http://www.madrimasd.org/blogs/patentesymarcas/2014/la-actividad-inventiva-el-requisito-de-patentabilidad-2/>. La **Oficina de Patentes del Reino Unido** con sus siglas en inglés (**UKIPO**) y la Oficina Española de Patentes y Marcas (**OEPM**) **comparten criterios semejantes con respecto a sus argumentos para analizar el requisito de actividad inventiva. En correspondencia** ante la imposibilidad de que en múltiples ocasiones resulta imposible colocarse en el lugar del experto en la materia por falta de especialización, **en los casos de duda conviene conceder la patente** y que sean las terceras partes las encargadas de anular la patente ante los tribunales si hay motivos para ello.

³³ Artículo 27.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C de 15 de abril de 1994).

³⁴ En el Manual Andino de Patentes en el numeral 13.2 letra g) indica la estrategia y los pasos que el examinador debe seguir para evaluar el nivel inventivo: 1) definir el estado de la técnica más próximo. Dicha determinación se efectuará en función de antecedentes que resuelvan el mismo problema y a falta de ello, de los antecedentes que compartan el mayor número de características técnicas; 2) identificar las características diferentes respecto al estado de la técnica más próximo; 3) evaluar si la existencia de la característica técnica diferencial para solucionar el problema es evidente o no para un experto en la materia; y 4) evaluar si existe una indicación en otro documento que sugiera al técnico medio en la materia la posibilidad de combinar la enseñanza del documento más próximo con el segundo, para llegar a la solución propuesta.

³⁵ «Manual de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual de redacción de solicitudes de patentes», Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual, acceso el 15 de diciembre de 2016, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/patents/867/wipo_pub_867.pdf. Una invención que no permite su implementación a través de leyes naturales establecidas no puede entenderse ni aplicable ni útil.

industria. De manera que debe ser apta de realizarse en el marco de las actividades técnicas, es decir, posibilita su factibilidad y reproducción³⁶.

D. DESCRIPCIÓN SUFICIENTE DE LA INVENCION

Este requisito se refiere a que la divulgación de la invención debe ser completa para facilitar que cualquier experto medio³⁷ pueda comprenderla y manejarla a través de la exposición proporcionada en su propia explicación³⁸. En el artículo 29 de la ADPIC se establece que "los miembros exigirán al solicitante de una patente que divulgue la invención de manera suficientemente clara y completa para que las personas capacitadas en la técnica de que se trate puedan llevar a efecto la invención, y podrán exigir que el solicitante indique la mejor manera de llevar a efecto la invención que conozca el inventor en la fecha de la presentación de la solicitud o, si se reivindica la prioridad, en la fecha de prioridad reivindicada la prioridad, en la fecha de prioridad reivindicada en la solicitud³⁹".

Según el Manual Andino de Patentes, la descripción de la invención cumple una función significativa que es la de divulgar la invención, lo que representa que esta debe estar detallada en una forma suficientemente clara y completa para que sea posible su comprensión y para que una persona capacitada en la materia técnica correspondiente pueda ejecutarla. Estos dos requisitos se complementan ya que la comprensión de la invención es lo que la persona capacitada en la materia correspondiente puede entender acerca de la invención y llegar a evaluar el aporte que se hace a la tecnología, mientras que la ejecución comprende poder realizar paso a paso la invención.

³⁶ «Instituto Nacional de Propiedad Industrial Gobierno de Chile», Ministerio de Economía y Fomento, acceso 2 de enero de 2017, http://www.inapi.cl/portal/publicaciones/608/articulos-1703_recurso_1.pdf. Un ejemplo de invención que según este requisito no es apropiada para el reconocimiento es un mecanismo de movimiento perpetuo que no cumple con las leyes de la naturaleza como anteriormente apuntamos. En este supuesto, la objeción por falta de aplicación industrial se establecerá en cuanto a que la invención no da cuenta de su función o propósito por ser insostenible.

³⁷ Según el Manual Andino de Patentes, la persona capacitada en la materia técnica se trata de una persona normalmente versada en el ámbito tecnológico al que se refiere el invento. Su nivel de conocimientos es más elevado que el nivel de conocimientos del público en general, pero no excede lo que puede esperarse de una persona debidamente calificada. Es la persona con conocimientos medios, pero no especializada. En el glosario del mismo Manual se indica que técnico medio versado en la materia es la persona(s) hipotética(s) con conocimientos medios en la materia y que tienen a su disposición toda la información técnica relativa a su campo que se encontraba disponible al público en la fecha en que se presentó la primera solicitud, pero que no tiene ninguna habilidad inventiva. Un técnico en la materia no es el inventor ni un experto en la materia.

³⁸ Fernanda Villanueva Kurczyn, Jesús Antonio Del Rio Portilla y Manuel Martínez Fernández, «Hacia una política de gestión de las invenciones en las entidades públicas de investigación» *Revista Educación Superior* 38 (2009): 27, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-27602009000200002&lng=es&nrm=iso. Los autores analizan este requisito a través de la interpretación del artículo 42 de la Ley mexicana de Propiedad Industrial.

³⁹ Artículo 29 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C de 15 de abril de 1994)

El numeral 13.2 letra b indica la estrategia para el análisis de la descripción y menciona que el examinador deberá:

1. verificar que la descripción contenga la información de acuerdo a lo estipulado en el artículo 28 de la Decisión 486;
2. verificar que las unidades se encuentren en el sistema internacional de unidades;
3. verificar que la descripción de los dibujos tengan relación directa con la descripción;
4. verificar que se utilicen términos técnicos reconocidos en el ámbito técnico correspondiente. Sin son términos poco reconocidos deben estar definidos correctamente;
5. identificar las características técnicas de la invención;
6. verificar que en la descripción se encuentre la materia reivindicada;
7. cuando se trate de solicitudes del área biotecnológica que se refieren a secuencias de nucleótidos o aminoácidos, verificar que la solicitud contenga una lista de éstos, la cual debe presentarse de manera separada a la descripción y llevar el título “Listado de secuencias”;
8. verificar si existen indicios que sugieran que la invención se relaciona con recursos genéticos o conocimientos tradicionales, y si cumple con lo previsto en el artículo 26 de la Decisión 486; y,
9. en caso de material biológico, verificar si es necesario un certificado de depósito para sustentar su descripción”.

E. MATERIA PROTEGIBLE

Este último requisito se fundamenta en la protección de los Derechos de propiedad industrial, así como el propio vocablo indica, es el ejercicio de las facultades otorgadas por perspectivas jurídicas de excepción y su alcance que tiene como reverso los límites legales e institutos como las licencias obligatorias, o el agotamiento de los derechos del titular de la patente, la fijación de circunstancias en que interviene el Estado al comportarse como Administración especializada⁴⁰. En este sentido en el Manual de Redacción de Patentes de la OMPI se expone que “en la mayoría de las jurisdicciones se excluyen determinados objetos

⁴⁰ Ernesto Guevara Fernández, «Solicitantes y Titulares de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad en Cuba: Notas sobre las Pautas de Legitimación, Elección Oportiva de Títulos de Protección e Invenciones Laborales», *Revista Propiedad Intelectual* 18 (2015): 76, <http://www.redalyc.org/pdf/1890/189045574005.pdf>. El autor apunta que en “el caso de la Propiedad Industrial en cumplimiento de la función restaurativa que justifica la exclusión en forma de *ius prohibendi* e *ius excludendi alios*, de devolverlo al dominio público inmanente a la inmaterialidad y ubicuidad y apropiación simultánea y no rivalidad de los bienes intelectuales”. Expone este criterio citando a Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de Derecho Industrial* (Madrid: Civitas, Madrid, 2009).

de la protección de los derechos de propiedad industrial ya sea por la vía de exclusión expresa del concepto de invención, lo que conocemos ya como definición negativa, o por considerarlas como una exclusión de la patentabilidad propiamente dicha, esto es, invenciones que si bien son novedosas, inventivas y aplicables industrialmente, no son protegibles por razones de políticas de innovación⁴¹.

Igualmente, en los ACPI en el artículo 27 se define la posibilidad de exclusión de la patentabilidad, al exponer que la protección es para todos los campos de la tecnología, pero otorga a los miembros de abordar esta prerrogativa en sus normativas nacionales. De esta forma se dispone la posibilidad de interposición de una excepción de orden público cuando se dispone que las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse por existir fundamento oportuno⁴².

Los límites al ejercicio de patentes se establecen en la normativa cubana a partir del artículo 47 al 50 del citado Decreto Ley 290 de 2011. Entre las limitaciones estipuladas se encuentra el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual en su modalidad internacional del artículo 48⁴³.

Esta figura puede verse como otra limitación porque los derechos que ostenta el titular de dicha patente se ven restringidos a partir de la primera venta o comercialización del objeto patentado por el propio titular o por un tercero con el consentimiento de aquél. De

⁴¹ «Manual de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual de redacción de solicitudes de patentes», Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual, acceso el 15 de diciembre de 2016, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/patents/867/wipo_pub_867.pdf. En el Manual se señalan que generalmente, la normativa internacional describen taxativamente las exclusiones. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América sólo se excluye una cantidad mínima de objetos, tales como teorías científicas. Con cierta frecuencia, el agente encontrará que sus reivindicaciones han sido rechazadas sobre la base de alguna exclusión de la patentabilidad. En algunos casos, aún podrá obtener protección para el objeto de la invención cambiando la redacción de las reivindicaciones por un formato aceptable.

⁴² Artículo 27 orienta que necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación y los métodos de diagnósticos, terapéuticos, y quirúrgicos para el tratamiento de las personas o animales, las plantas y los animales excepto los microorganismos, los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC o en inglés, TRIPS), Anexo 1C del Convenio por el que se crea la OMC firmado en 1994. http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=305906

⁴³ Contreras-Jaramillo, Juan Camilo, «Origen y sustento del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual», *Revista Universitas*, 131 (2015): 277-322, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602015000200008&lng=en&nrm=iso. En función del territorio en que se produce el agotamiento, existen tres tipos de agotamiento del derecho de patente: agotamiento nacional, agotamiento regional o comunitario y agotamiento internacional. Desde el punto de vista doctrinal también es conocida como la primera venta o comercialización, pudiendo el titular del derecho de patente obtener solamente remuneración de la primera puesta en circulación del bien. El autor hace referencia a que “la figura del agotamiento resulta ligada al comercio internacional (más allá del comunitario) solamente como una consecuencia, en la medida en que el surgimiento, consolidación y desarrollo de la figura han correspondido a los ordenamientos internos (y su propia concepción de interés general —en relación con la identificación de la figura con los límites a los derechos de propiedad—); además, cuando las normas internacionales se han visto abocadas a regular la figura del agotamiento de los derechos de Propiedad Industrial han terminado por dejar en absoluta libertad a cada uno de los países para desarrollar su alcance y regulación”.

tal forma en esta primera venta el titular no podrá ejercer los derechos exclusivos de explotación comercial de este producto, pues se considera que se han agotado sus derechos.

En Cuba se regula algunos de los fines que en la mayoría de los países justifican o permiten el uso de excepciones limitadas, como pueden ser:

- Artículo 47 incisos a) y c), en cuanto a las intenciones de investigación o experimentales (en diversas medidas, según las leyes nacionales y la jurisprudencia de los países); regula que los derechos conferidos por la patente no se extienden a los actos realizados exclusivamente con fines de enseñanza o de investigación científica o tecnológica, así como aquellos actos realizados con fines experimentales que se refieran al objeto de la invención patentada.
- Artículo 47 inciso b), hace referencia a los propósitos privados y no comerciales.
- Artículo 47 inciso e), el uso temporal de buques, aeronaves o vehículos terrestres que entran temporal o accidentalmente en las aguas, el espacio aéreo o el territorio. Esta excepción está incorporada como obligación en el artículo 5ter del Convenio de París.
- Artículo 47 inciso g), reconocida como la “explotación temprana” de los productos farmacéuticos patentados a fin de obtener la aprobación de la comercialización, lo cual permite a los fabricantes de medicamentos genéricos usar la invención patentada sin la autorización del titular y antes de que expire la protección de ésta a los fines de obtener la autorización de comercialización de las autoridades de control sanitario. Los productores de medicamentos genéricos pueden quedar así en condiciones de comercializar sus versiones tan pronto como expire la patente.
- Artículo 49 dispone el derecho al usuario o uso anterior, es decir, la continuación del uso de la invención iniciado secretamente antes de la fecha de prioridad o de presentación de la solicitud y regula asimismo en un segundo apartado que tal derecho de explotación, deberá ser anotado en la Oficina de Propiedad Industrial a instancia del interesado.

Además, compartimos el criterio de Vázquez De Alvaré que señala que a partir del no pronunciamiento taxativo de los ADPIC en relación a la definición de invención posibilita hacer efectiva la exclusión también a otras materias como:

- Los genes.
- Los elementos del cuerpo humano y animal.

- Y todo aquel material existente en la naturaleza no haya sido descubierto, que pudiera incluir microorganismos existentes en la naturaleza y que no son aquellos comprendidos como excepción en el inciso b) del apartado citado⁴⁴.

En la doctrina se critican estas prohibiciones cuando presentan un contenido genérico por las posibilidades ilimitadas de interpretación que permiten. A criterio de Fuentes Pinzón las invenciones que habrán de ser excluidas de la protección por antimorales son muy disímiles y extensas, que reguladas al negativo bien pudieran considerar afectaciones en cualquier clase de invenciones⁴⁵.

En estos casos tendrían que definirse en la propia normativa a lo menos que se entiende por inmoral. De esta forma, continúa apuntando el autor que aun cuando se sigue abandonando un gran espacio para el debate, podría evitarse arbitrariedades o en casos ventajosos “las normas de conductas propuestas por la bioética valdrán para denegar la protección a ciertos productos o procesos que afecten a los seres humanos o al ambiente, o bien, que hayan sido desarrollados por medio de experimentaciones moralmente objetables”⁴⁶.

La mayoría de filósofos y teólogos examinan el enorme problema planteado a la sociedad de todos los tiempos al tratar de facilitar respuestas a las interrogantes relacionadas con el comienzo real de la vida humana y el valor que debe conferírsele a esta última⁴⁷. En este sentido se puede apuntar que las discrepancias son tremendas y aunque esta investigación no se dirige a ese aspecto entendemos que es de vital importancia para la elección de un elemento patentable a raíz del cumplimiento del requisito materia protegible y su exclusión como protección a través del sistema de patente.

⁴⁴ Vázquez De Alvaré, «Taller sobre las patentes y el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) para jueces».

⁴⁵ Fernando Fuentes Pinzón, «La moral, la ética y la bioética como limitantes sociales a la protección de las invenciones por la vía de las patentes», *Revista Frónesis* 13 (2006), 18, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682006000300002&lng=es&nrm=iso. El autor hace referencia a la moral católica o socialista para solo citar dos ejemplos donde pueden ampliamente ser inmorales invenciones de medicamentos o equipos adoptivos, o en el caso de la Ley cubana de patentes que dispone que no se consideraran invenciones aquellas que vayan en contra de la moral socialista.

⁴⁶ Fuentes Pinzón, «La moral, la ética y la bioética como limitantes sociales a la protección de las invenciones por la vía de las patentes», 19.

⁴⁷ A León C, «Aspectos Bioéticos Relacionados con el Comienzo y el Valor de la Vida Humana», *Revista de la Facultad de Medicina* 23 (2000), 81, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-0469200000200002&lng=es&nrm=iso

3.

CONCLUSIONES

En la legislación cubana sólo se enuncia lo que se entiende por invención susceptible de ser protegida a través de patente señalando los requisitos básicos reconocidos en las diferentes legislaciones de patente a nivel mundial como son la: novedad, actividad inventiva y aplicabilidad industrial. En este caso no se reconocen requisitos tan importantes para un sistema de innovación tecnológica en vías de desarrollo como la: descripción suficiente de la invención y la materia protegible que se repiten con independencia de la tendencia a seguir⁴⁸ en muchas de las normativas internacionales.

La falta de acuerdos en debates en apariencia tan elementales como son las relativas a la terminología adecuada y las diversas discrepancias científicas, filosóficas, éticas, religiosas, legislativas económicas, ideológicas y médicas; vinculadas a estos ámbitos acaban por catalizar diversos intereses, así como por cautivar la mirada de quienes buscan un obrar ético y científico en materia patentable⁴⁹. Preguntas sin respuestas uniformes cómo si es lo mismo ser humano y persona humana, existencia biológica y existencia humana, quién o qué es el embrión humano hacen de este debate una fuente inagotable de discusión en cuanto derechos y su protección a través del sistema de patentes. En algunos casos somos del criterio que se olvida lo más importante, la protección y desarrollo de la innovación tecnológica a través de la patentabilidad de la invención.

Para citar este artículo: Martínez Montenegro, Carrillo Rozas, Baeza Leiva, "Requisitos de patentabilidad de las invenciones en Cuba. Apuntes desde el Derecho comparado", en *Revista de Derecho* 15 (I-2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 69-88.

⁴⁸ Jorge García Domínguez, «Un acercamiento a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 36 (2006), 124, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151413538005>. Al referirse a los requisitos básicos de patentabilidad plantea que de forma unánime en todas las legislaciones del derecho de patentes se reconocen a la novedad y actividad inventiva o non obvious –aparte de la utilidad o aplicación industrial mencionada.

⁴⁹ Colectivo de Autores, *El embrión humano en la fase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas*, (Vaticano: Actas de la Duodécima Asamblea General de la Pontificia Academia para la vida, 2006).

BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC o en inglés, TRIPS), Anexo 1C del Convenio por el que se crea la OMC firmado en 1994. http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=305906
- Barreto Granada, Piedad Lucía. «Marco institucional y régimen jurídico de la transferencia de tecnología para la celebración de acuerdos de licencia de propiedad intelectual: una perspectiva colombiana». Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, 2016. http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22760/tesis_pl_barreto_granada_2016.pdf?sequence=2
- Bertcovitz, Alberto, *La patente de invención y el modelo de utilidad*. Tomado de la Selección de Lecturas de Propiedad Industrial, La Habana: Félix Varela, La Habana, 2005.
- Colectivo de Autores, *El embrión humano en la fase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas*. Vaticano: Actas de la Duodécima Asamblea General de la Pontificia Academia para la vida, 2006.
- Convenio sobre la Patente Europea (5 de octubre de 1973). Revisión de este Convenio, firmado en 2000 (CPE-2000 de 13 de diciembre de 2007).
- Decreto Ley 68/1983, 14 de mayo, de Invenciones, Descubrimientos Científicos, Modelos Industriales, Marcas y Denominaciones de origen, (Gaceta Oficial Núm. 10 de 14 de mayo de 1983).
- Decreto-Ley 290/2011, 20 de noviembre, de Invenciones, Dibujos y Modelos Industriales, (Gaceta Oficial Núm. 24 de 16 de abril de 2012).
- Fuentes Pinzón, Fernando. «La moral, la ética y la bioética como limitantes sociales a la protección de las invenciones por la vía de las patentes». *Revista Frónesis*, 13 (2006): 9-31. http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682006000300002&lng=es&nrm=iso.
- García Domínguez, Jorge. «Un acercamiento a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas». *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 36 (2006): 111-136. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151413538005>.
- Gómez Segade, José Antonio. «Hacia una nueva Ley de Patentes española». *Revista Actas de derecho industrial y derecho de autor* 34 (2013): 337-355. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4873158>
- Guevara Fernández, Ernesto. «Solicitantes y Titulares de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad en Cuba: Notas sobre las Pautas de Legitimación, Elección Optativa

- de Títulos de Protección e Invenciones Laborales». *Revista Propiedad Intelectual*, 18 (2015): 61-83. <http://www.redalyc.org/pdf/1890/189045574005.pdf>.
- Instituto Nacional de Propiedad Industrial Gobierno de Chile*, Ministerio de Economía y Fomento, acceso 2 de enero de 2017, http://www.inapi.cl/portal/publicaciones/608/articles-1703_recurso_1.pdf
- Javier Villamarín, José, *El Régimen del Modelo de Utilidad en la normativa de la Comunidad Andina de Naciones. La Decisión 486*. Comunidad Andina: Biblioteca, 2015. <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0025.pdf>
- León C, A. «Aspectos Bioéticos Relacionados con el Comienzo y el Valor de la Vida Humana». *Revista Facultad de Medicina* 23 (2000): 78-84. http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-04692000000200002&lng=es&nrm=iso. ISSN 0798-0469
- Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes (BOE núm. 177 de 25 de julio de 2015), <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es186es.pdf>
- Ley 68/1, 2 de enero, del desarrollo de la actividad inventiva y cambiar el sistema de patentes (2 de enero de 1968, modificado por Ley Núm, 92-597 de 1 de julio de 1992, sobre el Código de la Propiedad Intelectual), <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=14427>
- Ley de Patente de Alemania (modificada por Ley del 4 de abril de 2016) se establece como requisito de patentabilidad la novedad y la actividad inventiva para la concesión de la patente de invención. http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=401314
- Ley de Patentes (Real Decreto N° 1127, de 29 de junio de 1939, modificada por última vez por el Decreto Legislativo N° 198, de 19 de marzo 1996). Código de la Propiedad Industrial de Portugal (aprobado por el Decreto-Ley N° 16/95 del 24 de enero de 1995).
- Ley de Patentes, Título 35 del Código de Estados Unidos, §§ 1 y siguientes, 2013.
- Ley Federal de Patentes de Invención de Suiza de 2011.
- Ley Núm. 24.481, Argentina modificada por su similar Núm. 24.572 (T.O. 1996) y su Reglamentación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación, Información Legislativa.
- Manual de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual de redacción de solicitudes de patentes*, Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual, acceso el 15 de diciembre de 2016, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/patents/867/wipo_pub_867.pdf
- Marco Matías, Aleman Badel. «Las marcas y las patentes en el marco del proceso de integración de la Comunidad Andina». Tesis doctoral. Universidad de Alcalá, 2012.

- http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/18041/tesis%20_final%20Marco%20Alem%C3%A1n.pdf?sequence=1
- Márquez, Thaimy. «Aprovechamiento de la información tecnológica contenida en patentes para el desarrollo de la ciencia y las empresas». *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales* 11 (2005): 185-207. http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-64112005000100011&lng=es&nrm=iso. ISSN 20030507
- Poli, Iván, 21 de febrero de 2013 (20:45), «Modelos de utilidad: novedad relativa vs novedad absoluta», *Blog Marval O' Farrell & Mairal*, <http://www.marval.com/publicacion/modelos-de-utilidad-novedad-relativa-vs-novedad-absoluta-9010/>.
- Prada Uribe, Julián. «El concepto de actividad inventiva como requisito de patentabilidad en el discurso del tribunal de justicia de la Comunidad Andina». *Revista CES Derecho* 6 (2015): 137-141. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192015000100011&lng=en&nrm=iso
- Rozanski, Félix. «El valor de la propiedad intelectual en los países en desarrollo». *Revista Interciencia* 28 (2003): 105-110. http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0378-18442003000200008&lng=es&nrm=iso
- Terés Sotés, Lidia. «La ley 24/2015 de Patentes, especial referencia al sistema de concesión de la patente». Tesis del grado. Universidad de País Vasco, 2016. <https://addi.ehu.es/handle/10810/186>
- Vázquez de Alvaré, Dánice - Moreno Cruz, Marta, “La propiedad intelectual en Cuba en el contexto universitario”, en *Blucher Proceedings. Cuba e Brasil no Século XXI. Inovação e Desenvolvimento Socioeconômico Sustentável* (Brasil, Blucher,2014): 201-242. <http://docplayer.es/30336955-La-propiedad-industrial-en-cuba-en-el-contexto-universitario.html>
- Vázquez De Alvaré, Dánice. «Taller sobre las patentes y el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) para jueces». Conferencia Organizada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial, 5 de noviembre de 2015 http://www.wipo.int/edocs/mdocs/pct/es/ompi_pct_sdo_15/ompi_pct_sdo_15_6.pdf
- Villanueva Kurczyn, Fernanda; Del Rio Portilla, Jesús Antonio y Martínez Fernández, Manuel. «Hacia una política de gestión de las invenciones en las entidades públicas de investigación». *Revista Educación Superior* 38 (2009): 21-36. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-27602009000200002&lng=es&nrm=iso

Una aproximación teórica al concepto de discrecionalidad jurídica en el Derecho Administrativo

A theoretical approach to the concept
of legal discretion in Administrative Law

*Santiago Martínez**

*Universidad de la República, Uruguay

smartinez@guyer.com.uy

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1374>

RESUMEN: En este artículo buscamos analizar el concepto de discrecionalidad jurídica tal y como ha sido propuesto por la doctrina administrativista nacional, y en especial, analizar la noción de “conceptos jurídicos indeterminados” propuesta por García de Enterría. Para ello, tomaremos algunos conceptos trabajados por la Teoría del Derecho contemporánea de cara a concretar si la propuesta de García de Enterría nos proporciona alguna ventaja para explicar el funcionamiento de dichos conceptos.

PALABRAS CLAVE: estado de derecho, discrecionalidad jurídica, conceptos jurídicos indeterminados, derecho administrativo.

ABSTRACT: In this article we analyze the concept of legal discretionality as proposed by the national administrative doctrine and the notion of “undefined legal concepts” proposed by García de Enterría. We also analyze the developments of Contemporary Legal Theory to determine if Garcia de Enterría’s proposal is accurate to explain the way this concepts are used by the administrative authority.

Recibido: 02/03/17. Revisado: 06/03/17. Observado: 10/04/17. Aceptado: 08/5/2017

KEY-WORDS: rule of law, legal discretion, indeterminate legal concepts, administrative law.

SUMARIO: I. Introducción; II. Encuadre del tema. Actividad administrativa y estado de derecho. Actividad reglada y actividad discrecional; III. Conceptos jurídicos indeterminados en García de Enterría; IV. Discrecionalidad jurídica: entre dos concepciones; V. Algunas observaciones a la tesis de García de Enterría; VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la Teoría del Derecho se ha visto fuertemente imbuida de consideraciones que toman como punto de partida el lenguaje en tanto vehículo para la creación normativa.

En este sentido, observamos que en la medida en que los enunciados normativos son creados a través de lenguaje, los problemas de este último (el lenguaje) terminan por irrogar serias dificultades al estudio y tratamiento de los primeros (enunciados normativos y en última instancia, al Derecho mismo).

Es por ello que cabe la precisión de Cárcova, cuando expresa que:

El lenguaje ocupa el centro de la escena intelectual desde mediados del siglo pasado; la lingüística moderna que nace con Saussure y con Pierce hace casi cien años, ha venido evolucionando constantemente a través de multiplicidad de escuelas y tendencias, cada una de las cuales ha realizado aportes que, aunque no siempre consistentes, resultaron, de todos modos, de singular importancia: Bajtin, Benveniste, Jakobson, Barthes, Todorov, Greimas, Eco, Kristeva (...)¹

Ello determina a su vez que “Las actuales perspectivas teóricas no [impliquen] irracionalidad, sino otra racionalidad, al colocar en distinto marco conceptual el análisis de algunas problemáticas tradicionales [que llevan] a explotar el enorme desarrollo de la lingüística contemporánea, de la teoría del discurso, de la socio-semiótica, para el desarrollo de la iusfilosofía de nuestro tiempo”.²

Este trabajo no pretende exhaustividad en el estudio y tratamiento de asuntos que son propios de la semiótica, pero sí busca traer a colación algunos de los avances realizados

¹ Carlos M. Cárcova, “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, en *Interpretación y argumentación jurídica* (Buenos Aires, Marcial Pons, 2011), 155 y ss.

² Cárcova, “¿Hay una..., 155.

en esas áreas del conocimiento, para ponderar su correcta ubicación o encuadre en un tópico que ha suscitado grandes reflexiones en el campo del Derecho Administrativo.

Buscamos aproximarnos entonces al estudio de algunos tópicos (en puridad, la discrecionalidad) desarrollados por la dogmática, desde la proyección de conceptos elaborados por la teoría del derecho contemporánea.

Tal es el caso de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” como (v.gr.) el ‘interés público’, y la “discrecionalidad” en la toma de decisiones por parte de la Administración. En particular, este último punto ha suscitado ciertas dificultades, lo que responde, nos animamos a afirmar, a una carencia de precisión en la determinación del significado o implicancias que conlleva hablar de discrecionalidad.

Abordaremos en particular la tesis sostenida por uno de los estudiosos del Derecho Administrativo más prominentes en el mundo de habla hispana. Nos referimos a García de Enterría, profesor de Derecho Administrativo español, que ha sostenido *grosso modo* que cuando nos enfrentamos a un concepto jurídico indeterminado solo cabe adoptar una “unidad de solución justa, en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición”.³

Advertimos asimismo que la elección de este tema responde a la necesidad de **clarificar ciertos aspectos** comprometidos con la dimensión normativa de la decisión sobre la cual los operadores jurídicos deberán argumentar para determinar los posibles cursos de acción que la Administración se encuentra legitimada a adoptar en el marco de su actividad. En este sentido, este trabajo pretende ser un intento por racionalizar el proceso de toma de decisiones (y su consecuente resultado⁴), buscando así ponderar la incidencia de todos los elementos en juego, para lo que resulta preceptivo desprendernos de toda máxima, entelequia o construcción antojadiza, que solo colabora en el oscurecimiento de la dimensión material de los argumentos en juego.⁵

³ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid, Civitas, 2013), 501 y ss.

⁴ El propio Aarnio expresa que “(...) las elecciones finales en el razonamiento jurídico no dependen sólo de la racionalidad del proceso de razonamiento, sino también de las evaluaciones. La elección final de las premisas (de evaluación) resulta de sopesar y equilibrar, como señaló Aleksander Peczenik”, en Manuel Atienza, Aulis Aarnio, y Francisco Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010), p. 16.

⁵ Guibourg dice con precisión magistral: “Pasemos revista al fenómeno que es centro de nuestra actividad profesional. Hay una autoridad suprema, que para algunos es el legislador, concebido como unidad mítica por obra y gracia de la dogmática, y para otros un espíritu —divino o alguna suerte de *Wolksgeist*, poco importa para este tema— por encima de la autoridad legislativa o junto a ella, disponible para auxiliirla y suplirla. Hay una revelación, que es la ley positiva, texto cuyos libros centrales (la Constitución, el Código Civil, el Código Penal) los estudiosos tratan de memorizar en la medida de lo posible. Pero esos textos sagrados, como los bíblicos, son generales y no alcanzan para decidir todos los conflictos. Es preciso interpretarlos. **Esta augusta actividad se halla a cargo de jueces-sacerdotes que a veces creen tener contacto directo con la autoridad suprallegal y otras veces —con mayor modestia— intentan escudriñar el “verdadero” sentido de la revelación legislativa.** Sea como fuere, la última instancia hace cosa juzgada,

II.

ENCUADRE DEL TEMA. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y ESTADO DE DERECHO. ACTIVIDAD REGLADA Y ACTIVIDAD DISCRECIONAL

1. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y ESTADO DE DERECHO

Dado el estado actual de avance del estudio del Derecho, y en particular, del Derecho Administrativo, es posible afirmar con carácter general y sin mayores problemas que en todo Estado de Derecho la actividad de la Administración (la actividad administrativa) se reputa “sublegal”.

La doctrina nacional ha sido tajante en cuanto a su conceptualización de la actividad administrativa como una práctica de rango sublegal. Así, nuestro máximo referente del Derecho Administrativo expresa que “La administración desarrolla siempre su actividad bajo constitución y ley”.^{6,7} Cajarville, por su parte, argumenta que “El conocido como ‘principio de legalidad’, columna vertebral del ‘Estado de Derecho’, conforme al cual el Estado todo, y la Administración en particular, deben actuar con sometimiento a todas las ‘reglas de derecho’ integrantes del ordenamiento jurídico, es sin duda acogido por nuestra Constitución y resulta de sus disposiciones expresas”⁸; y Delpiazzo señala que “Superada la época de la vinculación negativa de la Administración a la ley, se asiste contemporáneamente a su vinculación positiva a todo el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual la mayor o menor intensidad de dicha vinculación permite distinguir entre actividad reglada y actividad discrecional de la Administración”.⁹

institución que no deja de recordar el dogma de la infalibilidad papal: Roma locuta, quaestio finita. Este es el paradigma del derecho en el que vivimos y desenvolvemos nuestras mejores habilidades. **El resultado práctico está lejos de ser satisfactorio. No porque sea injusto: al fin de cuentas, cada decisión judicial —cualquiera sea su contenido— deja al menos a una parte insatisfecha y dispuesta a afirmar que con ella se ha cometido una injusticia. Es pragmáticamente insatisfactorio porque, más allá de su justicia o injusticia, es cada vez más impredecible, inseguro y caótico.**” (el subrayado me pertenece), en Ricargo Guibourg “*Teólogos e Ingenieros*” (Argentina, Laleyonline, 2010), en AR/DOC/702/2010.

⁶ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1 (Montevideo, FCU, 2010), 416.

⁷ Cabe precisar aquí que un análisis pormenorizado de estos conceptos impondría establecer un punto de arranque distinto. En este sentido, cabría cuestionar en primer lugar si desde un punto de vista teórico es admisible sostener tal y como hace la dogmática que la actividad administrativa es de rango sublegal. Para ello, sería pertinente trazar algunas distinciones relacionadas con el nivel de análisis propio de la dogmática y el que es empleado por la teoría, todo lo cual será pospuesto para una posterior profundización al respecto. Consultado el 1/11/2015

⁸ Juan Pablo Cajarville, *Sobre Derecho Administrativo*, t. 2 (Montevideo, FCU, 2012), 12.

⁹ Carlos Delpiazzo, *Derecho Administrativo General*, t. 1 (Montevideo, AMF, 2011), 264.

También Rotondo y Durán Martínez refieren a este carácter. El primero explica que “La actividad de la administración de un Estado de Derecho es ‘sublegal’: debe ajustarse a los principios de derecho, a la Constitución y a la ley, y también a los reglamentos que ella misma dicta”.¹⁰ El segundo sostiene que la Administración está sujeta a la ‘regla de derecho’ y que ésta es “todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”.¹¹ Afirma también que “el administrador (...) tiene por sobre sí principios de valor y fuerza de ley y algunos principios de valor y fuerza de reglamento”.¹²

Por su lado, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en adelante, el “TCA”) recogiendo algunas posiciones doctrinarias y soluciones legales, entiende que “la Administración está sometida como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento jurídico y, también, obviamente, a sus propios Reglamentos” (TCA, Sent. N° 920/2010 – 9/11/2010, entre otras).

A nivel de derecho comparado, Gordillo señala que la función administrativa está sujeta a determinados límites de tipo sustantivos y adjetivos. Entre los primeros encontramos a los “principios jurídicos superiores del orden constitucional y supraconstitucional: Razonabilidad, no desviación de poder, imparcialidad, buena fe, no autocontradicción, adecuación de medio a fin, sustento fáctico suficiente, motivación adecuada, procedimiento regular previo a la emisión del acto, etc.”. Entre los segundos a “los recursos y remedios del procedimiento administrativo (...) y las acciones y recursos del proceso judicial (...)”.¹³

Finalmente, García de Enterría expone que

Se forja así, frente a la anterior doctrina de la vinculación negativa, el principio de la *positive Binung*, de la vinculación positiva de la Administración por la legalidad (WINKLER), que hoy, sin necesidad de partir de los dogmas kelsenianos, y que sin perjuicio de ciertos matices o reservas, puede decirse que es ya universalmente aceptado. Esta aceptación, que recupera un viejo principio fundamental del orden político, del que los protagonistas de la Revolución Francesa fueron lúcidamente conscientes, es sentida por una parte del constitucionalismo actual como una verdadera conquista a proteger, insertándola para ello entre sus normas básicas¹⁴.

¹⁰ Felipe Rotondo, *Manual de Derecho Administrativo* (Montevideo, S/Ed, 2014), 313.

¹¹ Augusto Durán Martínez, *Contencioso Administrativo* (Montevideo, FCU, 2015), 278 y ss.

¹² Augusto Durán Martínez, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo* (Montevideo, LaLeyUruguay, 2012), 95.

¹³ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Parte General*, t. 1 (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013), V.2.

¹⁴ Eduardo García de Enterría, *Curso...*, 483.

2. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REGLADA Y DISCRECIONAL

Hasta aquí la subordinación de la actividad administrativa¹⁵ a las normas constitucionales, legales, a los principios, a las normas reglamentarias y a las normas que emanan de los contratos celebrados por la propia Administración (subordinación a lo que en Uruguay se denomina *regla de derecho*¹⁶).

No obstante ello, cabe destacar que si bien tal subordinación existe, los mecanismos de que disponemos para juzgar su adecuación al caso concreto varían en relación con la mayor o menor intensidad que existe entre la actividad administrativa (entendida aquí como actividad de aplicativa de dicha regla) y las soluciones normativas ‘preordenadas’ por el ordenamiento jurídico (sea que estas emanen de una Ley, Reglamento, Contrato o Principio), lo que determina, consecuentemente, que sea posible hablar de actividad reglada y actividad discrecional.¹⁷

En este sentido, Gordillo explica que “Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto”; serán discrecionales sin embargo cuando “el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera”.¹⁸

De igual forma señala Delpiazzo que la actividad de la Administración es reglada si existe una norma jurídica que determina el momento, forma y contenido de la conducta que debe ejecutarse, mientras que será discrecional toda vez que dé lugar a apreciación sobre la oportunidad o conveniencia del accionar de la Administración. En sus propias palabras, “hay discrecionalidad cuando la Administración puede decidir, según su leal saber y entender, si debe o no debe actuar y, en caso afirmativo, qué medidas adoptará”.¹⁹

¹⁵ Todo lo cual sucede a instancia del “Principio de legalidad como técnica de atribución legal de potestades” al decir de García de Enterría, en “Curso...”, 485.

¹⁶ Ley 15.524, artículo 23: “En particular y sin que ello importe una enumeración taxativa, se considerarán objeto de la acción de nulidad: a) los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza dictados con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de **una regla de derecho, considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual.**” (el subrayado me pertenece).

¹⁷ Delpiazzo, *Derecho...*, 264.

¹⁸ Gordillo, *Tratado de...*, X.12.

¹⁹ Delpiazzo, *Derecho...*, 265.

García de Enterría expone que en el caso de la actividad reglada la

Ley no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo a la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo.²⁰

En la actividad discrecional, por el contrario, se observa la “inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular”.²¹

Advertimos finalmente que la discrecionalidad comprendida como **libertad de apreciación por parte de la Administración** (libertad enmarcada en ciertos estándares) no necesariamente supone algo negativo. Por el contrario, estimamos junto con Artecona y siguiendo a García de Enterría que “La existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: este no puede ser reducido a una pura ‘nomocracia’ objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que en su tiempo esperó la entelequia social y política de la Ilustración (...)”.²² Se trata en todo caso de enmarcar los límites de su actuación, de encontrar esos parámetros más o menos sólidos a que hacíamos referencia más arriba.²³

Todo cuanto viene de decirse interesa en la medida en que apunta a precisar qué entendemos por ‘discrecionalidad’ en el ejercicio de actividad administrativa.

En este contexto, hablar de actividad discrecional es lo mismo que hablar de libertad de apreciación de la Administración. Encontraremos pues disposiciones normativas que no determinan a cabalidad el modo y momento en que la Administración debe actuar, quedando a juicio de ésta la apreciación de la “adecuación del contenido dispositivo al supuesto y su idoneidad al fin, así como la coherencia entre supuesto de hecho y fin perseguido”.²⁴

²⁰ García de Enterría, *Curso...*, 498.

²¹ García de Enterría, *Curso...*, 498.

²² Daniel Artecona, “Discrecionalidad y desviación de poder. Necesidad y conveniencia de la consagración legal de potestades discrecionales a favor de la Administración”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30 (2011): 45 .

²³ En igual sentido, ver: Grethel Arias Gayoso, “A vueltas con la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, N° 5 (2010): 11 y ss.

²⁴ Cajarville, *Sobre...*, 51, y también Artecona, “Discrecionalidad...”, 45. Este último dice: “La Administración (...) no puede ni debe estar constreñida de tal modo en su accionar que su acción constituya simplemente mecánica o automática aplicación de soluciones adoptadas en forma plena y completa por las normas superiores: estas normas suelen asegurarle – y es bueno que así sea – un cierto margen de libertad de acción, de modo que pueda escoger u optar entre un conjunto de medios cuál en cada caso es el más oportuno o más adecuado para el logro del fin. Es el fin que debe estar



CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN GARCÍA DE ENTERRÍA

Para un sector muy importante de la doctrina administrativista española, encabezado por García de Enterría y Fernández, a partir de la Constitución de 1978 española ya no es posible concebir la existencia de actividad administrativa inmune al control judicial²⁵. Es en este contexto que se buscó reducir el ámbito de las potestades discrecionales con que cuenta la Administración, lo que condujo a estos autores a adoptar la tesis alemana de los conceptos jurídicos indeterminados.

En este derrotero, García de Enterría precisa que cuando se trata de evaluar la concordancia de la actividad administrativa con la regla de derecho, los conceptos jurídicos indeterminados juegan un papel muy distinto al de la discrecionalidad.

En efecto, afirma que a fin de determinar con precisión el ámbito de la libertad que comporta la discrecionalidad, resulta fundamental distinguir a ésta del supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados. Aduce que la confusión entre ambos conceptos ('técnicas') constituyó históricamente un grave peso que solo recientemente y gracias a los desarrollos de la doctrina alemana, ha venido a ser subsanado.

En concreto, entiende que a través del concepto jurídico indeterminado

(...) la Ley refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. (...) La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación.²⁶

Expresa también que, en estos casos, la ley emplea conceptos de experiencia o de valor, y que su utilización responde al hecho de que las realidades contempladas por esas normas no admiten otro tipo de regulación más detallada. "Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales

determinado, pero en la elección de los medios para lograrlo la Administración puede tener un margen más o menos amplio de libertad de acción."

²⁵ Juan Carlos Cassagne, "La Discrecionalidad Administrativa", en <http://www.cassagne.com.ar>. Consultado el 1/11/2015.

²⁶ García de Enterría, *Curso...*, 502.

conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay (...).²⁷

Asimismo afirma que lo esencial de los conceptos jurídicos indeterminados es que **su indeterminación no se traduce en una indeterminación de la aplicación**, puesto que estos “permiten una ‘unidad de solución justa’ en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición”.²⁸

Y argumenta que lo propio de “todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación solo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”.²⁹

El concepto jurídico indeterminado posee una estructura muy particular que se compone de: a) un núcleo o zona de certeza; b) una zona de incertidumbre o ‘halo conceptual’; y c) una zona de certeza negativa, que comprende situaciones claramente excluidas del supuesto contemplado en la norma.

La distinción entre ambos supuestos es capital, por cuanto

Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite. Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la Ley. En cambio, el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa (y con respeto de los demás límites generales que veremos), es necesariamente justa (como lo sería igualmente la solución contraria).³⁰

Finalmente, y en cuanto tiene que ver con este punto, nos interesa especialmente destacar que el autor de referencia **no suscribe** en ningún momento la idea de que cuando estamos ante un concepto jurídico indeterminado es una sola y única la conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta. **“Lo que quiere decir exactamente es que en un caso dado, la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remite a una apreciación por juicios disyuntivos,**

²⁷ García de Enterría, *Curso ...*, 502.

²⁸ García de Enterría, *Curso ...*, 502.

²⁹ García de Enterría, *Curso ...*, 504.

³⁰ García de Enterría, *Curso ...*, 504.

en la expresiva fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente” (el subrayado me pertenece).³¹

Empero, y conforme se verá, esto no quita el problema de determinar el alcance del concepto cuando estamos a las claras en su zona de incertidumbre o ‘halo conceptual’.

IV.

DISCRECIONALIDAD JURÍDICA: ENTRE DOS CONCEPCIONES

El lugar que ocupa la discrecionalidad en el Derecho es uno de los tópicos más debatidos de las últimas décadas. Algunos autores que se desempeñan en el campo de la teoría jurídica han dedica grandes esfuerzos a dilucidar cual es el quid o punto de inflexión que estos traen aparejado.

No obstante, tanta literatura en torno a este punto no ha asegurado una utilización univoca del término, sino muy por el contrario. Sus distintas propiedades han dado lugar a distintas concepciones que no siempre son lo suficientemente explicadas de manera que sea posible distinguir a qué se está refiriendo cada autor cuando emplea el término ‘discrecional’ o ‘discrecionalidad’.

En este sentido, Lifante³² apunta con acierto que,

(...) la discrecionalidad jurídica es uno de los conceptos que mayor atención e interés despierta entre los juristas, a pesar de ser, o precisamente por ello, un concepto especialmente complejo (...). (...) análisis han sido desarrollados de un modo que podríamos calificar como ‘unilateral’: o bien desde la perspectiva de la discrecionalidad judicial, o bien desde la perspectiva de la discrecionalidad administrativa, y ello aunque en muchos casos parece darse por sentado que se trata de un fenómeno unitario. Conviene notar que los intereses perseguidos desde cada una de esas perspectivas son además claramente distintos. En el ámbito de la actividad administrativa las discusiones se han planteado respecto a la cuestión de si cabe o no el control jurisdiccional de los actos discrecionales de la administración (...). Sin embargo, en el ámbito de la función jurisdiccional, las discusiones son en algún sentido más elementales o básicas, pues se trata de determinar si existe o no discrecionalidad judicial, discusión que supone plantearse en qué consiste la discrecionalidad.³³

³¹ García de Enterría, *Curso ...*, 502.

³² Entre los autores de teoría del derecho en la esfera internacional, esta autora destaca por su especial dedicación al estudio del tema objeto de este artículo. A tal punto su compromiso con este tópico, que su tesis doctoral versó sobre el lugar de la interpretación en la teoría del derecho contemporánea, con especial énfasis en la indeterminación normativa. Es por ello que cualquier trabajo que pretenda exhaustividad en este punto, tiene en Isabel Lifante una referencia obligada.

³³ Isabel Lifante, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa*, N° 25, extraído de <http://www.cervantesvirtual.com>. Consultado el 1/11/2015.

En mérito a ello es que hemos decidido dedicar este apartado a delinear algunas categorías conceptuales básicas que nos permitan comprender mayormente a qué refiere García de Enterría cuando expresa que la Administración tiene discrecionalidad para decidir en algunos casos, pero no así cuando se enfrenta a conceptos jurídicos indeterminados.

Para lograr este cometido, una buena estrategia puede consistir en emplear la distinción que suele hacerse entre concepto y concepción; es decir, entre una noción muy amplia –un concepto– que se caracteriza por una serie de propiedades que deberían estar presente siempre que tenga sentido hablar de discrecionalidad, e interpretaciones distintas –concepciones– de esos mismos elementos. Lograremos de esta forma obtener cierta cuota de unidad entre tanta diversidad de criterios.³⁴

En esta línea y a modo de primera aproximación, desde un plano puramente conceptual nos es posible advertir que cuando los distintos autores de Derecho Administrativo refieren a la discrecionalidad, siempre está presente la existencia de un elemento: cierto margen de libertad en la toma de decisiones. Este margen se produce, ya sea como consecuencia de la indeterminación del Derecho (es el caso de los conceptos jurídicos indeterminados), o como consecuencia de una suerte de delegación de poder de decisión (es el caso de la discrecionalidad en el sentido propuesto por García de Enterría).

En ambos casos es posible sostener, como más adelante explicaremos, que existe indeterminación normativa. Empero, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados esta indeterminación se podría denominar “relativa”, mientras que en el segundo supuesto la indeterminación se reputa “radical”.

Si bien no es lo usual, este lugar común (la indeterminación) ha sido objeto de consideración por algunos autores de la dogmática nacional. Delpiazzo constituye un claro ejemplo de ello cuando explica someramente que “En el orden existencial, la partición absoluta entre actividad reglada y actividad discrecional es teórica ya que normalmente las atribuciones conferidas a un órgano no son totalmente regladas ni totalmente discrecionales. En la realidad, no hay actividad absolutamente reglada ni absolutamente discrecional, sino que siempre hay algo formado y algo que queda librado a la apreciación del funcionario actuante”.³⁵

En un provechoso trabajo publicado en la revista *Doxa*, Lifante, luego de repasar la profusa literatura que hay sobre el punto, concluye en que hay tres nociones que subyacen a toda explicación del concepto de discrecionalidad. Estas nociones no son otras que las de

³⁴ Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica* (Madrid Trotta, 2014), 109.

³⁵ Delpiazzo, *Derecho...*, 266.

libertad, indeterminación del Derecho y poder. A su vez, un análisis pormenorizado de cada una de éstas le permite concluir en que a menudo cuando hablamos de discrecionalidad jurídica, estamos haciendo referencia a dos fenómenos muy distintos. Tan heterogéneos dice, que “ni siquiera resultan predicables de los mismos objetos, ni detectables desde la misma perspectiva”.³⁶

I. El primero de estos fenómenos refiere a la discrecionalidad conformada por la presencia de una libertad negativa, entendida como

(...) permiso o ausencia de impedimentos para elegir entre distintas alternativas, el origen de esta discrecionalidad viene dado por la indeterminación del Derecho, entendida como un problema en la subsunción de un caso en el supuesto de hecho de una norma (...) las referencias a la idea de poder vendrían a señalar aquí únicamente que el órgano que actúa ‘discrecionalmente’ es el que tiene la capacidad o competencia formal para adoptar la decisión.

A esta concepción de la discrecionalidad la denominará “discrecionalidad-1”.³⁷

II. La segunda concepción de la discrecionalidad es aquella en que ese denominador común que es la **libertad** se revela más próximo a la idea de libertad positiva (es el sujeto decisor el responsable de determinar qué curso de acción emprender), “con la indeterminación del Derecho entendida como la cualidad de no haber sido fijada con la norma cuál sea la conducta a seguir y con el poder en el sentido que incluye la posibilidad de introducir nuevas evaluaciones de intereses”. A esta concepción la denominará “discrecionalidad-2”.³⁸

El siguiente cuadro que hemos tomado de su trabajo permite comprender con mayor claridad los elementos que estructuran cada concepción:

	DISCRECIONALIDAD (I)	DISCRECIONALIDAD (II)
LIBERTAD	Libertad negativa (permiso)	Libertad positiva (responsabilidad)
INDETERMINACIÓN	Problema de subsunción	Cualidad de no haber sido fijado (delegación)
PODER	Competencia formal	Introducción nuevas evaluaciones de intereses

³⁶ Lifante, *Dos conceptos...*, 430.

³⁷ Lifante, *Dos conceptos...*, 430.

³⁸ Lifante, *Dos conceptos...*, 430.

En otras palabras, la autora citada explica que la indeterminación del Derecho se puede visualizar en dos sentidos, dando lugar así a la utilización del término discrecionalidad de dos formas que corresponde diferenciar.

El primero de estos sentidos refiere al caso de la aplicación del Derecho. Con base en las enseñanzas de Hart explica que en “la operación subsunción de hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales, se produce inevitablemente la dualidad entre un núcleo de certeza y una zona de penumbra, donde la aplicabilidad de la norma estaría indeterminada”.³⁹ La indeterminación se plantea entonces en este caso, al momento de establecer las condiciones de aplicación de una norma a un caso concreto, ya sea que se trate de un caso individual o de uno genérico. En este caso se suscitan los problemas semánticos propios del lenguaje empleado por las normas, entre otros. Resolver este tipo concreto de indeterminación, explica Lifante, exige realizar una tarea de calificación de un determinado estado de cosas (state of affairs) “de acuerdo con el Derecho existente y esta tarea estará por tanto orientada hacia el pasado”.

En este supuesto nos encontramos toda vez que estamos en presencia de un caso difícil o ante lagunas normativas. Aquí deberá desarrollarse una actividad de tipo interpretativa de las normas. Es este el caso también de las normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados. Vaya si estamos ante un caso difícil toda vez que un enunciado normativo contiene conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos se caracterizan por carecer de una “periferia de penumbra”. Se trata pues de conceptos centralmente vagos, que no contienen un núcleo de claridad, sino que “prácticamente todo en ellos es periferia de penumbra”.⁴⁰ Esto dificulta enormemente la tarea de la Administración y los aplicadores al momento de precisar el alcance de la disposición normativa en relación a un caso concreto.

El segundo de los sentidos que mencionábamos más arriba alude no ya a la instancia de aplicación del Derecho donde es importante determinar si una norma resulta aplicable o no a un supuesto determinado, sino a la “cualidad de ciertas normas que no fijan de antemano la conducta a realizar (y que funcionarían como una delegación de un poder de decisión)”. Este tipo de indeterminación no se interesa por la aplicabilidad de una norma a un caso concreto, sino que se trata en todo caso de la propia norma que evita determinar qué conducta se debe desarrollar en los casos por ella abarcados. Justamente lo que se busca es no predeterminar la conducta, esto es, no especificar qué conducta deberá desplegar el destina-

³⁹ Isabel Lifante, “Poderes Discrecionales”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 2 (2012): 142.

⁴⁰ Isabel Lifante, “La interpretación en la teoría del derecho contemporánea”, Trabajo de Investigación presentado por la autora para la colación del grado de Doctor en Derecho, bajo la dirección de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, disponible en <http://rua.ua.es/dspace>. Consultado el 1/11/2015, p. 318.

tario de la norma, sino delegar en éste (la Administración en nuestro caso) la potestad de establecer qué conducta es la más adecuada para conseguir el fin que la propia norma persigue.

Lo que caracteriza a los poderes discrecionales frente al resto de poderes que pueden poseer las autoridades jurídicas (y a los que suele llamarse poderes ‘reglados’) no sería el no estar regulados jurídicamente, sino el que su regulación vendría dada por un típico específico de normas jurídicas: las normas de fin.⁴¹

Este segundo caso de gran interés para la doctrina administrativista, se enmarca en los márgenes a que dan lugar las normas de fin, es decir, las normas que operan como “mandatos de optimización”. Éstas obligan a adoptar el medio considerado como óptimo en las circunstancias del caso, para maximizar el fin previsto. Esto es justamente lo que expresa Artecona cuando dice que “la discrecionalidad es un fenómeno jurídico: emana de las normas constitucionales y legales (como una necesidad inherente al debido ejercicio de la función administrativa) y tiene los límites que las propias normas (y los principios de derecho, siempre presentes) le fijan”.⁴²

Señala Lifante que aquí no se busca ya conseguir el máximo de algo, sino que se trata de buscar la mayor optimización de los recursos disponibles para la consecución de ese “algo”. “La norma no determina de antemano cuál es la acción (o las acciones) a realizar, sino que dicha determinación ha de ser llevada a cabo por el sujeto destinatario de la norma, quien, a la luz de las circunstancias del caso, deberá adoptar la decisión que considere óptima a efectos de conseguir o maximizar el fin perseguido”.⁴³

De todo ello entonces, corresponde concluir muy brevemente que al hablar de discrecionalidad, a menudo se tratan como iguales dos fenómenos que no lo son. Uno refiere a la instancia de aplicación normativa y se suscita como consecuencia de una **indeterminación relativa** del Derecho (de su textura abierta). El otro, por su parte, refiere a lo que la autora denomina **indeterminación radical** y opera cuando la norma no prevé los cursos de acción que corresponde adoptar en relación con el supuesto de hecho por ella regulado, debiendo el operador (en nuestro caso la Administración) precisar qué curso de acción corresponde tomar, siempre que con ello tienda al logro del fin debido; a la maximización del fin contemplado en la norma.

⁴¹ Lifante, “Poderes...”, 142.

⁴² Artecona, “Discrecionalidad...”, 46.

⁴³ Lifante, “Poderes...”, 143.

V.

ALGUNAS OBSERVACIONES A LA TESIS DE GARCÍA DE ENTERRÍA

A la luz de lo antedicho corresponde precisar algunos conceptos vertidos por García de Enterría al momento de explicar la forma en que estos conceptos deben ser entendidos.

El autor explica, en un intento por diferenciar la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados, que en un caso la Administración cuenta con libertad para decidir entre varios cursos de acción, mientras que en el otro tales alternativas no existen. Expone que cuando nos enfrentamos a los conceptos jurídicos indeterminados solo corresponde precisar su alcance a partir del núcleo de certeza de la disposición normativa que los contiene.

Si bien estos conceptos, dice, llevan a la Administración a colocarse una zona de penumbra o halo conceptual al momento en que tiene que determinar la aplicación de la norma, en su concepción, **siempre** es posible determinar una única solución al caso (a la que se arriba por juicios disyuntivos). Tal solución viene dada por la posibilidad de desentrañar el sentido de esa disposición. Ello no sucede con la discrecionalidad, puesto que en este caso la Administración cuenta con varios cursos de acción, todos igualmente válidos a la los ojos del Derecho.

Sobre los conceptos jurídicos indeterminados señala que si bien la doctrina alemana reconoce en el halo conceptual un 'margen de apreciación' en favor de la Administración,

Tal margen de apreciación no da entrada, sin embargo, a la libre voluntad de la Administración (...); expresa sólo un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos y supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa y, todo lo más, el otorgamiento de la Administración del beneficio de la duda.⁴⁴

Pues bien, dado que ya hemos explicitado ciertas bases conceptuales, nos encontramos en condiciones de realizar algunas observaciones a la tesis que estudiamos.

Como primera observación, apuntamos que la distinción realizada por García de Enterría resulta acertada si tenemos presente que el estudio de la potestad discrecional se enmarca en una concepción distinta a la que utilizamos cuando referimos a la indeterminación propia del lenguaje normativo.

⁴⁴ García de Enterría, *Curso ...*, 506.

Hasta aquí, es cierto que los conceptos jurídicos indeterminados son evaluados en relación con la concepción que hemos explayado en el punto (I), que Lifante denomina ‘discrecionalidad-1’, mientras que la discrecionalidad en sentido estricto es estudiada según la óptica expuesta en el punto (II), relativa a la ‘discrecionalidad-2’.

Y si bien en ambos supuestos existe indeterminación normativa, ésta última parece aparejar distintas consecuencias en uno y otro caso, por lo que se vuelve acertado desde el punto de vista conceptual distinguir las dos concepciones.

No obstante lo anterior, especial mención merece la distinción que realiza el autor en cuanto a la aplicación ‘todo o nada’ (Alexy) de aquellas normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados, en tanto reglas. Esta diferenciación, entendemos, si bien puede resultar novedosa en el ámbito dogmático, no aporta elementos que permitan esclarecer el problema a estudio. Desde que la norma que contiene una indeterminación desde el punto de vista semántico no determina que la solución adoptada (de aplicación ‘todo o nada’) sea la única solución, **la solución correcta o la más adecuada al caso concreto**, la tesis de García de Enterría deja de suponer una mirada novedosa.

Ello, en tanto y en cuanto si bien es cierto que la presencia de un concepto jurídico indeterminado **no supone** la existencia de discrecionalidad⁴⁵ (no al menos si ésta es entendida según se propone en el punto (II)), en los hechos, la Administración igualmente goza de cierto margen de ‘libertad’ para interpretar la disposición normativa, lo que se traduce en su propia adecuación de ese concepto al caso concreto. La zona intermedia o halo conceptual no nos nutre de los elementos necesarios para deducir de allí una única respuesta, por más que una vez precisada en el caso concreto, esta sea de aplicación ‘todo o nada’. Tampoco estos elementos son proporcionados por el núcleo de certeza. Es justamente por encontrarnos fuera de éste que se suscitan los problemas interpretativos.

El concepto de Interés Público, como ejemplo de concepto jurídico indeterminado, admite diversas formas de concreción. Un enunciado normativo que contenga este término⁴⁶ será de aplicación ‘todo o nada’, es decir, resultará aplicable o no, pero una vez que hayamos determinado con anterioridad que la conducta desplegada o a desplegar por la

⁴⁵ Y por tanto sí es posible controlar el juicio de subsunción efectuado por la Administración, a diferencia del caso de la discrecionalidad donde “el control jurisdiccional debe funcionar siempre en relación a la legitimidad de la acción administrativa, nunca al mérito, conveniencia u oportunidad. Es muy riesgoso para el Estado de Derecho que el control jurisdiccional de legitimidad sea débil o ineficiente; pero también es muy riesgoso que los jueces incursionen en lo que constituye apreciación exclusiva de la Administración”, Artecona, “Discrecionalidad...”, 46.

⁴⁶ Un claro ejemplo lo constituye el artículo 31 de la Ley 19.126 (Ley de Minería de Gran Porte) que dice: “(Renegociación de los contratos).- Cualquiera de las partes podrá requerir a la otra la renegociación del contrato cuando ocurra alguna de las siguientes hipótesis: A) Cuando la Administración Pública contratante modifique, **por razones de interés público**, los parámetros de costos y beneficios previstos al contratar y se cumplan todos los siguientes requisitos (...).”.

Administración en cumplimiento de esa norma, responde (o no) al concepto interés público. Y **en** esta fase o etapa previa, la Administración sí cuenta con cierto margen para precisar el alcance del concepto. En este sentido, cuando García de Enterría distingue ambos supuestos, expresa que en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, “por muy difusos que puedan ser los límites de un concepto hay siempre un criterio para saber hasta dónde llegan esos límites y ese criterio lo proporciona el propio núcleo, ‘porque el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo’”.⁴⁷

Esta posición no nos resulta aceptable, por cuanto parece suscribir en materia de interpretación la tesis cognoscitivista y ésta, *grosso modo*, se erige en base a la consideración de que interpretar una formulación normativa supone, en cualquier caso, detectar su verdadero significado.⁴⁸

Autores como Guibourg, entre otros, han puesto en tela de juicio que el proceso interpretativo pueda considerarse como una tarea de simple detección, argumentando en todo caso que,

Una expresión lingüística es apenas un conjunto de ruidos, o de trazos o de otros fenómenos al que asignamos algún significado. Y, puesto que tal asignación es convencional, no puede afirmarse que determinado significado sea más apropiado que otro, a menos que con ello hagamos referencia a alguna práctica lingüística más o menos extendida en cierto grupo hablante.⁴⁹

Pero aún si adoptásemos una postura ecléctica como lo es la de Hart⁵⁰, cuando nos encontramos **fuera** del núcleo de certeza de la norma -situación a la que nos vemos enfrentados toda vez que estamos ante un concepto jurídico indeterminado-, tampoco poseemos elementos que admitan una determinación pormenorizada o en detalle de todos los supuestos en que la norma resulta aplicable. Por ello, la postura de García de Enterría en torno a este punto si bien resulta atractiva, a poco que empecemos a profundizar en ella vemos que presume de cierta sofisticación, pero en esencia, tampoco puede eliminar ese margen de decisión de la Administración para asignar significado a las disposiciones normativas que interpreta y aplica.

La praxis jurisprudencial confirma la tesis que sostenemos. En efecto, conforme su configuración actual, tampoco resulta de recibo este curso de argumentación que propone

⁴⁷ García de Enterría, *Curso ...*, 507.

⁴⁸ Daniel Mendonca, *Las claves del Derecho*, (Barcelona, Gedisa, 2008), p. 152 y ss.

⁴⁹ Ricardo Guibourg, “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, *Interpretación y argumentación jurídica* (Buenos Aires, Marcial Pons, 2011), 227.

⁵⁰ Herbert Hart, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963).

García de Enterría para el TCA. En sentencia N° 657 del 12 de noviembre de 2013 éste expresó:

(...) a juicio de la Sala, corresponde señalar en primer lugar que, la concepción contenida en el artículo 4 del C.T., acerca de la interpretación de las normas jurídicas, es absolutamente ancestral. Y, ello por cuanto, detrás de la idea de que el intérprete debe hallar el “verdadero significado” de una norma, se encuentra la idea de que los materiales normativos tienen una única interpretación correcta, que el intérprete debe develar, acudiendo a alguno de los métodos que proporciona la “ciencia jurídica”. Sería algo así como “desentrañar el significado de la norma”. Sin embargo, los desarrollos de la Teoría del Derecho de la segunda mitad del Siglo XX demostraron que esa idea es insostenible, puesto que el lenguaje coloquial o no formalizado en que se expresan las proposiciones normativas no permite sostener que la interpretación implique algo así como desentrañar o hallar significados insertos en las disposiciones normativas. Cuestiones como la textura abierta del lenguaje o los problemas de vaguedad o ambigüedad de los lenguajes no formalizados en que se expresan las normas, impiden hablar de una única interpretación correcta ante un diferendo interpretativo. En efecto; hoy en día resulta claro que interpretar, más que “desentrañar significados”, consiste en atribuir o estipular un significado que puede adscribirse a una disposición normativa. Y, en esa labor, pueden surgir dudas o dificultades, de manera que sean posibles distintas interpretaciones de una misma norma.

Lo que aquí señalamos si bien puede parecer un tanto abstracto y quizá alejado del tema que estudiamos, interesa en la medida en que comporta un punto de arranque muy distinto al que propone García de Enterría.

En efecto, si asumimos que interpretar normas (especialmente las que contienen conceptos jurídicos indeterminados) supone siempre la asignación de un significado, y reparamos entonces en que aun ante una **indeterminación radical** (delegación de potestad de decisión, ‘discrecionalidad-2’-) la Administración cuenta con cierto margen de decisión en esta **zona de penumbra**, más vale concluir que la distinción formulada por el autor de referencia enerva en cierta forma su utilidad práctica.

Su intento por relativizar la problemática que aqueja al aplicador de enunciados normativos vagos (tal es el caso de los conceptos jurídicos indeterminados) se manifiesta en su afán por afirmar que en estos casos la Administración no cuenta con poderes discrecionales sino que debe aplicar la norma conforme las pautas que surgen de su núcleo de certeza. Ello termina por significar en todo caso un gran riesgo, en la medida que supone dejar a un lado la consideración de este tipo de indeterminación normativa (indeterminación relativa). El núcleo de certeza puede configurar la manifestación más clara de la justificación de norma; eso no lo discutimos. Pero ello no implica en ningún momento que éste nos proporcione

los elementos que necesitamos para superar los problemas de interpretación en los casos difíciles.

Por otra parte, es cierto que la actuación de la Administración a través de potestades discrecionales no puede ser controlada más que en relación con la legitimidad de la acción⁵¹; pero también es cierto que cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados, la presencia de esas reglas de fin, o mandatos de optimización –tal es la naturaleza de los principios–, comporta un estándar que sirve para juzgar el proceso de subsunción que realiza la Administración. No se advierte entonces desde ésta óptica qué diferencia existe entre uno y otro supuesto.

La Administración debe siempre ajustar su accionar (sea en el ámbito de la discrecionalidad, sea en el de la interpretación normativa) al común standard de razonabilidad. Debe además explicar la motivación fáctica y técnica de sus actos, de manera que sea posible ejercitar un contralor de su comportamiento.

Es llamativo advertir que pese a su importancia teorico-práctica, la dogmática nacional ha omitido pronunciarse con solidez sobre la argumentación jurídica en cuanto vehículo para determinar la legitimidad de la solución adoptada. En el campo de la teoría, nadie discute hoy en día que ésta ocupa un centro de especial atención. No es posible desconocer que la dogmática jurídica y los operadores del derecho –aunque no siempre lo expliciten como sería debido–, asumen la obligatoriedad de fundamentar sus decisiones, constituyendo este un elemento de especial relevancia a la hora de adoptar decisiones⁵².

La presencia de esas reglas de fin entonces –los principios–, se revela como un factor determinante. A ello se refiere justamente la doctrina administrativista nacional cuando alude a la función informadora que cumplen los principios. En forma bastante más radical, el propio García de Enterría explica que

(...) es por demás absolutamente evidente, por de pronto, que la elección del criterio interpretativo, que es un prius lógico para poder abordar la comprensión de un texto (supuesta la diversidad de estos criterios : gramatical, lógico, sistemático, histórico, comparativo, doctrinal jurisprudencial, analógico, o bien con alcance restrictivo, estricto, ampliatorio, absoluto o relativo, etc.), no puede hacerla el juez—como acabamos de ver en el párrafo anterior—sin acudir a los principios

⁵¹ Esto supone una tarea previa que estriba en precisar el alcance de los estándares o reglas de fin que la regula, lo que a su vez plantea ciertas dificultades que escapan al análisis realizado en este trabajo. Sobre el control de legitimidad ver: Augusto Durán Martínez, “Control jurisdiccional de la Discrecionalidad Administrativa”, en *LaLeyOnline*, UY/DOC/93/2014.

⁵² Rodolfo Vigo, *Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2015), 88-92.

generales (20), que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido (21) a las instituciones y para articular éstas en el sistema general del ordenamiento (22).⁵³

Tampoco faltan ejemplos jurisprudenciales donde observar la utilización de los principios como criterio de corrección de la interpretación realizada por la Administración. Ejemplo de ello son las Sentencias N° 499 del 27 de agosto de 2013, N° 137 del 13 de febrero de 2015, entre otras.

En suma pues, en su lugar, parece mejor alternativa coincidir con Aartecona cuando dice que

(...) si bien en términos teóricos me resulta entendible la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, en la aplicación práctica no advierto que esa categoría conceptual sea necesaria: el standard de razonabilidad (por un lado) y la necesaria motivación fáctica y técnica de los actos administrativos (por otro lado), parecen suficientes para aventar el peligro de actuaciones arbitrarias (...).⁵⁴

VI.

CONCLUSIONES

De las consideraciones que hemos realizado entendemos del caso concluir:

A. A poco que nos adentremos a estudiar el tópico de la discrecionalidad jurídica advertimos con Lifante que éste impone considerar dos tipos distintos de indeterminación normativa.

i. Una es la indeterminación del Derecho, o indeterminación relativa, y se caracteriza por referir a la **subsunción de hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales**. Se produce como consecuencia de la existencia de una zona de penumbra en la norma, donde determinar las condiciones de aplicabilidad de ésta comporta ciertas dificultades causadas por problemas semánticos, contradicciones, etc. Este tipo de problema es al que nos vemos enfrentados toda vez

⁵³ Eduardo García de Enterría, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo", 195, disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112894.pdf. Consultado el 1/11/2015. En su *Curso de Derecho Administrativo* el autor parece adoptar una postura distinta a la que emplea en este trabajo en cuanto tiene que ver con la interpretación normativa. No obstante, la cita que extraemos en la página 15 del presente, no parece coincidir con su postura, según se ve reflejada en este artículo.

⁵⁴ Artecona, "Discrecionalidad...", 47.

que estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado como elemento integrante del enunciado normativo. Se requiere aquí una actividad interpretativa del Derecho.

ii. La otra es una indeterminación que se relaciona con los denominados poderes discrecionales. Refiere a la cualidad que tienen ciertas normas de evitar, adrede, la fijación de antemano de las conductas a realizar (funcionarían como una suerte de delegación de un poder de decisión). Esta indeterminación, explica Lifante, no se relaciona con la aplicación de una norma a un caso concreto, sino que

(...) es la propia norma la que no determina cuál sea la conducta a realizar en los casos a los que ella misma se refiere. Esta conducta no pretende estar, por tanto, determinada de antemano en la norma, sino que será el destinatario el que a la luz de las circunstancias del caso concreto tendrá que establecer cuál sea la conducta más adecuada para conseguir el fin perseguido por la norma⁵⁵.

Lo que caracteriza a este tipo de indeterminación es que la actividad a realizar por la Administración no se encuentra regulada desde el punto de vista jurídico por reglas de acción, sino mediante reglas de fin, esto es, mandatos de optimización.

A este tipo de indeterminación refiere García de Enterría cuando habla de discrecionalidad y la distingue del caso de los conceptos jurídicos indeterminados.

B. Contrariamente a lo que entiende García de Enterría, los conceptos jurídicos indeterminados sí comportan una franja o espacio que da lugar a valoraciones de parte de la Administración. Estas valoraciones van de la mano de la indeterminación que es propia del lenguaje, y a menudo se ve afectada por la presencia de problemas semánticos, entre otros. La Administración tiene entonces en estos casos un margen de libertad para interpretar el enunciado normativo, debiendo atribuir significado.

C. Creemos que aun en esta segunda hipótesis la operación de subsunción que realiza la Administración es pasible de ser ‘controlada’ mediante la ponderación de las reglas de fin que tutelan su actuación y que en definitiva impregnan la regla de rango legal⁵⁶.

⁵⁵ Lifante, “Poderes...”, 142.

⁵⁶ Esto es lo que algunos autores han dado en llamar el fenómeno de la impregnación o irradiación. Por todos, ver Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta, 2009): 147.

D. Esto último torna pertinente la observación de Artecona cuando expone que “el standard de razonabilidad (por un lado) y la necesaria motivación fáctica y técnica de los actos administrativos (por otro lado), parecen suficientes para aventar el peligro de actuaciones arbitrarias”.

Para citar este artículo: Martínez, Santiago, “Una aproximación teórica al concepto de discrecionalidad jurídica en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho* 15 (I-2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 89-112.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Arias Gayoso, Grethel., “A vueltas con la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, N° 5, (2010).
- Artecona, Daniel, “Discrecionalidad y desviación de poder. Necesidad y conveniencia de la consagración legal de potestades discrecionales a favor de la Administración”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30, (2011).
- Atienza, Manuel, Aarnio, Aulis, y Laporta, Francisco, *Bases teóricas de la interpretación jurídica* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010).
- Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica* (Madrid, Trotta, 2014).
- Cajarville, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo*, t. 2 (Montevideo, FCU, 2012).
- Cárcova, Carlos María, “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, *Interpretación y argumentación jurídica* (Buenos Aires, Marcial Pons, 2011).
- Cassagne, Juan Carlos, “La Discrecionalidad Administrativa”, en <http://www.cassagne.com.ar>. Consultado el 1/11/2015
- Delpiazzo, Carlos, *Derecho Administrativo General*, t. 1 (Montevideo, AMF, 2011).
- Durán Martínez, Augusto, *Contencioso Administrativo*, (Montevideo, FCU, 2015).
- Durán Martínez, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo* (Montevideo, LaLeyUruguay, 2012).
- Durán Martínez, Augusto, “Control jurisdiccional de la Discrecionalidad Administrativa”, en LaLeyOnline, UY/DOC/93/2014.
- García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid, Civitas, 2013).

- García de Enterría, Eduardo, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo”, extraído de dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112894.pdf.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Parte General*, t. 1, (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013).
- Guibourg, Ricardo, “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, *Interpretación y argumentación jurídica* (Buenos Aires, Marcial Pons, 2011).
- Guibourg, Ricardo, “Teólogos e Ingenieros” (Laleyonline Argentina, AR/DOC/702/2010).
- Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963).
- Lifante, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa*, N° 25, extraído de <http://www.cervantesvirtual.com>. Consultado el 1/11/2015.
- Lifante, Isabel, “Poderes Discrecionales”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad* N° 2, (2012).
- Lifante, Isabel, *La interpretación en la teoría del derecho contemporánea*, Trabajo de Investigación presentado por la autora para la colocación del grado de Doctor en Derecho, bajo la dirección de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en <http://rua.ua.es/dspace>. Consultado el 1/11/2015.
- Mendonca, Daniel, *Las claves del Derecho* (Barcelona, Gedisa, 2008).
- Rotondo, Felipe, *Manual de Derecho Administrativo* (Montevideo, S/Ed., 2014).
- Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1 (Montevideo, FCU, 2010).
- Vigo, Rodolfo, *Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2015).

La objeción de conciencia como causa de justificación

The conscious objection as justification cause in penal law

*Pedro J. Montano**

*Universidad de Montevideo

pedromontano1@gmail.com

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1379>

RESUMEN: Se busca distinguir qué es la objeción de conciencia en relación a otros institutos, así como determinar sus límites y naturaleza jurídica, en el derecho interno y en el derecho internacional. Luego se estudia a la objeción de conciencia como derecho fundamental, como causa de justificación en el derecho penal uruguayo.

PALABRAS CLAVE: objeción de conciencia, objeción de ciencia, ley 18.987/12 (aborto), ley 18.473/09 (voluntad anticipada),

ABSTRACT: The article search to identify the conscious objection in relation with another institutes, and to define the limits and the juridical nature, in internal and international law. Then, as a fundamental right it can be considered as a justification cause in uruguayan penal law.

KEYWORDS: conscious objection, science objection, law 18.987/12 (abortion), law 18.473/09 (living will)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conciencia y objeción. 3. Objeción de ciencia. 4. Objeción de conciencia y otros institutos. a) Derecho de resistencia a la opresión; b) Desobediencia; c) Delincuente de conciencia y delincuente por convicción. 5. Naturaleza jurídica de la objeción de conciencia. a) El Derecho Internacional; b) Posición dogmática de la objeción de conciencia; c) La causa de justificación. 6. ¿Es un derecho absoluto? Límites a la objeción de conciencia. a) La ley y el contenido esencial del derecho fundamental; b) Los derechos fundamentales y el orden público; c) El conflicto de derechos. La tesis de la ponderación. 7. Conclusión. Bibliografía.

Recibido: 31/11/16. Revisado: 09/02/17. Observado: 28/03/17. Aceptado: 04/04/17.

1.

INTRODUCCIÓN

Nuevas leyes atinentes a la salud han introducido la objeción de conciencia en nuestro sistema positivo como causa de justificación. Sin embargo, veremos que también hay disposiciones constitucionales e internacionales que permiten su aplicación en otros ámbitos, configurando la causa de justificación de cumplimiento de la ley (art. 28 CPU).

El Código de Ética Médica¹ en su art. 40 dispone que “Si el médico, en razón de sus convicciones personales considera que no debe practicar un aborto aun cuando esté legalmente amparado, podrá retirarse de la asistencia, debiendo derivar a la paciente a otro médico”². El artículo 41 repite el concepto en referencia a la esterilización.

La ley de aborto³ la regula con su propia denominación en su Artículo 11:”(Objeción de conciencia). Los médicos ginecólogos y el personal de salud que tengan objeciones de conciencia para intervenir en los procedimientos a que hacen referencia el inciso quinto del artículo 3º y el artículo 6º de la presente ley, deberán hacerlo saber a las autoridades de las instituciones a las que pertenecen...”⁴ Véase que aquí también ampara al personal de salud en general.

¹ Ley 19.286/14, de 25 de setiembre, de Código de Ética Médica.

² Disposición criticable porque al obligar al médico a derivar a la paciente a un colega, lo está obligando a hacer indirectamente, lo que directamente no quiere hacer. El proporcionar otro médico debería ser obligación de la institución, pública o privada, y no del médico.

³ Ley 18.987/12 de 22 de octubre, de despenalización del aborto. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) suspendió la vigencia de los artículos 7, 8, 12, 13 (b), 16, 28, 29, 31, 32 y 35 del Decreto 375/12, que reglamentaron esta disposición por entenderlos violatorios de la libertad de conciencia (STCA 297/2014 de 14 de agosto).

⁴ Y continúa diciendo: “La objeción de conciencia podrá manifestarse o revocarse en forma expresa, en cualquier momento, bastando para ello la comunicación a las autoridades de la institución en la que se desempeña. Se entenderá

El artículo 9º de la Ley de Voluntad Anticipada⁵, la introdujo como causa de justificación expresamente. El texto dice que: “De existir objeción de conciencia por parte del médico tratante ante el ejercicio del derecho del paciente objeto de esta ley, la misma será causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda”.

Es el caso del paciente que pide que se le reanime a toda costa, pero el médico entiende que es un prolongamiento inútil del proceso de agonía, o incluso más, un supuesto de encarnizamiento terapéutico que podría ser considerado una provocación de lesiones (art. 316 CPU).

Otro supuesto puede ser el contrario, el médico entiende que hay que transfundir al paciente para salvarle la vida porque de no hacerlo, se hallaría ante una hipótesis de homicidio cometido por omisión impropia (art. 3º in fine y 310 CPU). Pero resulta que el paciente es Testigo de Jehová y se niega por motivos religiosos.

El texto legal no reproduce el lenguaje habitual utilizado por nuestro Código Penal en sus artículos 26 y ss. que regulan las causas de justificación. En efecto, el Código dice que “está exento de responsabilidad” el sujeto que actúe bajo su amparo. Aquí el legislador fue más técnico denominando a la objeción de conciencia, causa de justificación.

De modo que el médico que actúe o que omita amparado en esta objeción de conciencia, no será responsable, si le fue admitida su subrogación por otro profesional.

Esta nueva causa de justificación se integra pues, con dos elementos. Uno, la invocación de la objeción de conciencia y dos, que le sea admitida la subrogación por otro colega (no necesariamente la subrogación efectiva). Esto quiere decir que, a pesar de invocar la objeción de conciencia, si no le es admitida la subrogación, no quedará amparado por la causa de justificación y deberá actuar (u omitir). En el caso del Testigo de Jehová deberá omitir la transfusión, y en el caso del paciente que pide la reanimación a toda costa, deberá reanimar⁶.

que la misma ha sido tácitamente revocada si el profesional participa en los procedimientos referidos en el inciso anterior, con excepción de la situación prevista en el último inciso del presente artículo.

La objeción de conciencia como su revocación, realizada ante una institución, determinará idéntica decisión respecto a todas las instituciones públicas o privadas en las que el profesional preste servicios.

Quienes no hayan expresado objeción de conciencia no podrán negarse a realizar los procedimientos referidos en el primer inciso del presente artículo. *Lo dispuesto en el presente artículo, no es aplicable al caso previsto en el literal A) del artículo 6º de esta ley”.*

⁵ Ley 18.473/09 de 3 de abril, de voluntad anticipada.

⁶ En este último caso, se entiende que -además- le debe ser posible la reanimación por tener los conocimientos y elementos necesarios a su disposición, y por entrar la práctica requerida dentro de las prestaciones brindadas según el contrato de asistencia médica. Así, si el paciente invoca la necesidad de ser reanimado con técnicas que no se encuentran en el país, habrá que ver si el contrato médico incluye la asistencia en el exterior.

En otro ámbito, la ley de medios⁷ reconoce la objeción de conciencia de los periodistas que, en el ejercicio de su profesión, se niegan a acompañar con su imagen, voz o nombre contenidos de su autoría que hayan sido sustancialmente modificados sin su consentimiento. Cabe aquí pensar en acciones que podrían configurar los tipos penales de la difamación e injurias (arts. 333, 334 CPU), pero que se ven justificados por haber invocado la objeción.

El problema mayor que introducen estas causas de justificación es saber qué se entiende por objeción de conciencia y sus límites⁸.

2.

CONCIENCIA Y OBJECCIÓN

Hay una gran variedad de casos en la que se puede invocar la objeción de conciencia como excepción al cumplimiento de una ley. Pero no solo hay que ver como fundamento el credo religioso, sino también hay razones de orden moral o científico.

Puede ser sistematizada en tres categorías: la obligación legal puede ser entendida desde el punto de vista del *facere* (objeción de conciencia a colaborar en un aborto), del *dare* (objeción de conciencia al pago de un impuesto con destino al presupuesto bélico, *tax resistors*), o del *pati* (objeción de conciencia a sufrir un determinado tratamiento médico)⁹.

Pueden darse conflictos entre la ley y la conciencia, porque no siempre lo que dictan las mayorías puede ser considerado como lo bueno, aún cuando se haya seguido el procedimiento formal de elaboración de las leyes de manera correcta: es un pronunciamiento mayoritario, no necesariamente lo bueno. Si bien la competencia de la ley es asegurar el bien común de las personas, mediante el reconocimiento y defensa de sus derechos fundamentales, la promoción de la paz y la moralidad pública, no siempre se logra. La ley es un instrumento humano y, por lo tanto, no siempre es perfecta y por eso está previsto que pueda ser atacada por inconstitucionalidad.

La conciencia pertenece a la esencia más íntima de la naturaleza humana. Configura su dignidad y dota al individuo de plena autonomía.

⁷ Ley 19.307/14 de 29 de diciembre, art. 42, ley de medios de difusión.

⁸ Una versión más ampliada puede consultarse en Pedro Montano, *Objeción de conciencia y Derecho Penal*, acceso el 31 de enero de 2017, <http://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/171/163>

⁹ Pau Agulles Simó, *La objeción de conciencia farmacéutica en España* (Roma, PUSC, 2006), 34, citando a Navarro-Valls, R., "La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español", acceso 31 de enero de 2017: http://eticaepolitica.net/bioetica/pa_obj_cos%28es%29.htm

Forma parte de la dimensión racional del hombre y la poseemos todos como *criterio último de actuación con respecto al bien y al mal*.

La conciencia es el órgano natural a través del cual el individuo hace suyos los mandatos y prohibiciones normativas¹⁰. Es el ámbito de “motivación de la norma”: la norma jurídica *motiva* en la conciencia.

La conciencia es el dictamen o juicio de la razón práctica de la persona acerca de la moralidad de una acción que se va a realizar, se está realizando o se ha realizado. Se trata pues, de un juicio personal sobre la moralidad de la acción singular y concreta, que se presenta como una posibilidad o como algo haciéndose o ya hecho.

En la obediencia a esa ley de obrar el bien y evitar el mal, consiste la dignidad humana y de ella deriva su responsabilidad. En efecto, la dignidad humana requiere que el ser humano actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido e inducido por convicción interna personal y no bajo la presión de un ciego impulso interior o de la mera coacción externa.

“¿Qué hay que entender por imperativo de conciencia? Se trata de un motivo serio y de calado que revista importancia para la integridad o identidad del sujeto, y que puede ser de distinta naturaleza: axiológica, religiosa, ideológica, filosófica, moral, etc. No estamos pues ante un capricho del ciudadano, ni ante una decisión fruto de un cálculo de mera utilidad”¹¹. *Se trata de tutelar aquellas dimensiones más íntimas y definitivas del hombre como persona, su autodeterminación como ser racional y libre frente a las cuestiones más profundas y vitales*¹².

En el caso del objetor, el ‘no me es lícito’ se convierte en un ‘no puedo’¹³.

El Tribunal Constitucional alemán (BVerfG 12, 45, 55) definió la objeción de conciencia como:

(...) toda decisión sería de carácter moral, es decir, orientada en las categorías del «Bien» y del «Mal», que el individuo experimenta internamente en una determinada situación como algo vinculante e incondicionalmente obligatorio, de tal forma que no puede actuar contra ella sin violentar seriamente su conciencia.

La libertad de conciencia tiene tres facetas o niveles: libertad para tener unas ideas, creencias o convicciones u otras, en segundo lugar, libertad para manifestarlas, y finalmente libertad para

¹⁰ Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, (Granada, 5ª Ed., COMARES, 2002), 444.

¹¹ Juan Ma. Martínez Otero, «La Objeción de Conciencia del Personal Sanitario en la Nueva Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo», *Cuadernos de Bioética*, XXI, 3 (2010), p.6; Natalia González Cifuentes, *Objeción de Conciencia y Aborto*, (Universidad Católica de Valencia, Máster en Bioética, 2011) inédito., p.7; José T. Martín de Agar, *Problemas...*, p.4; Agulles, *La objeción*, 34.

¹² Agulles, *La objeción de conciencia...*, 24.

¹³ José T. Martín de Agar, «Objeción de conciencia», *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, (UNAM, México D.F., 1998), p. 231-253, acceso 31.1.2017: <http://bibliotecanica.net/docsaa/btcaad.htm>, 13

comportarse de acuerdo con las mismas y para no ser obligado a contradecirlas, y es en esta última faceta o manifestación de la libertad de conciencia donde encaja el posible derecho a la objeción de conciencia¹⁴.

Pero si la objeción de conciencia es recogida por el Derecho, como es el caso de las disposiciones que hemos citado al comienzo, tendremos conflicto de derechos, porque ya no es solamente una norma moral: hay un verdadero derecho a objetar.

Con Asiaín, entendemos que en realidad no estaríamos sólo ante un conflicto entre dos ordenes normativos diferentes: uno axiológico y otro jurídico, sino ante un conflicto de dos derechos amparados por el mismo orden jurídico¹⁵.

3.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, OBJECCIÓN DE CIENCIA Y OTROS INSTITUTOS

La objeción de conciencia se admitió en un primer momento como objeción religiosa porque es relativamente simple establecer la incompatibilidad objetiva entre las normas de una confesión y una prescripción civil, así como la pertenencia del sujeto a dicha confesión¹⁶. Es clarísimo que el Testigo de Jehová no quiere recibir sangre ajena porque se lo impide su credo.

Sin embargo, también puede violentarse la conciencia, haciendo actuar contrariamente a lo que se entiende que es una correcta práctica profesional.

Así, por ejemplo,

(...) Navarro-Valls comenta al respecto que el reconocimiento del derecho del personal sanitario a objetar a la cooperación o realización de abortos está basado en el conocimiento, por parte de los facultativos, de “la singularidad del patrimonio genético del embrión, la continuidad de su crecimiento somático, los mecanismos de lo que se ha llamado el coloquio bioquímico con la madre y, en definitiva, el grado de independencia ontológica de ella¹⁷.”

¹⁴ Diego Manuel Luzón Peña, «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», *InDret*, 1 (2013), 5.

¹⁵ Carmen Asiaín Pereira, «Habeas Conscientiam y Objeción de Conciencia», *Anuario de Derecho Administrativo* XV, (F.C.U., Montevideo, 2008), 15.

¹⁶ José T. Martín de Agar, *Problemas Jurídicos de la Objeción de Conciencia*, pág. 17, acceso el 31 de enero 2017, http://bib26.pusc.it/can/p_martinagar/Pubblicazioni/objecion.pdf

¹⁷ Agulles, *La objeción...*, 103, citando a Navarro-Valls, *La objeción de conciencia al aborto. Nuevos datos*. También, Asiaín, “*Habeas conscientiam...*”, 12.

El médico formado para salvar vidas puede ver gravemente agravada su conciencia cuando se le exige que realice determinada práctica médica –una intervención quirúrgica importante, por ejemplo- sin poder acudir a la transfusión de sangre al paciente¹⁸. Con frecuencia, se habla indistintamente de libertad de religión, culto o conciencia, convicciones o creencias, pensamiento o ideología. Es comprensible si se tiene en cuenta que todas convergen al fin práctico que se pretende: tutelar aquellas dimensiones más íntimas y definitorias del hombre como persona, su autodeterminación como ser racional y libre frente a las cuestiones más profundas y vitales¹⁹.

Diremos con Martín De Agar que existe una cierta distinción entre los ámbitos de libertad a que cada uno de esos conceptos se refiere, en razón del objeto específico al que se dirigen, a saber: la verdad (libertad de pensamiento), el bien (libertad de conciencia) y Dios (libertad de religión)²⁰.

La libertad de pensamiento “implica el atributo personal, derivado de la naturaleza racional del hombre, de asentir o estar conforme con determinado sistema de ideas en torno del mismo hombre, del mundo y de los valores”; la libertad de conciencia “es la facultad de discernir entre lo que resulta ser el bien o el mal moral”; la libertad religiosa, “si bien se relaciona con la libertad de opinión y pensamiento, en cuanto que la religión lleva a adoptar una determinada cosmovisión (...), contiene un elemento propio que la diferencia claramente de aquellas, y que es, precisamente, la relación con Dios que resulta ser protegida como derecho”²¹.

Pero otras distinciones también se imponen.

A) DERECHO DE RESISTENCIA A LA OPRESIÓN

La objeción de conciencia se caracteriza por su carácter “pasivo”, que la distingue del derecho de resistencia, que se ejerce en forma activa. El derecho de resistencia es otra institución que tiene una larga tradición jurídica en Occidente, desarrollada teóricamente, entre otros, por Tomás de Aquino. Se trata del derecho inherente del pueblo o de la comunidad a resistir por la fuerza al tirano y a derrocar a un gobierno despótico (...)

El ejercicio del derecho de resistencia se diferencia de la objeción de conciencia en varios aspectos. La objeción implica un “no hacer” más que un hacer activo y es por esencia pacífica. La resistencia es, en cambio, activa, y admite incluso el uso de la violencia para el logro de su objetivo. La objeción de conciencia es un acto individual, motivado éticamente. La resistencia, pudiendo ser

¹⁸ Asiaín, *Habeas conscientiam...*, 36.

¹⁹ Martín de Agar, *Problemas...*, 8.

²⁰ Agulles, *La objeción...*, 24.

²¹ Vicente Prieto, *La objeción de conciencia en instituciones de salud*, (Universidad de La Sabana, Bogotá, 2013), 57.

individual, es en principio colectiva y por motivación política. Ambos tienen en común el constituir formas de alzamiento contra la ley establecida²².

El derecho a la resistencia es más bien un derecho inherente al pueblo, a la comunidad, de resistir por la fuerza y derrocar al gobierno despótico.

B) DESOBEDIENCIA CIVIL

El motivo que lleva a la desobediencia civil es político: primordialmente y de cualquier forma se busca el cambio de la ley, no a la protección de la propia conciencia²³. Es un medio para la reivindicación, la propaganda o la protesta. “Consecuentemente, en la objeción de conciencia el objetor debe guiarse por un motivo meramente privado y personal, sin perseguir de modo directo con su objeción una reforma legal. En muchos casos, qué duda cabe, el objetor espera dicha reforma, y es consciente de que su objeción contribuye a conseguir dicho objetivo, si bien siempre de un modo indirecto”²⁴.

En la desobediencia civil se exteriorizan públicamente los objetivos y medios empleados, mientras que en la objeción de conciencia sólo indirectamente²⁵. Lo que busca el objetor no es la trascendencia social, si bien en ocasiones es el desenlace lógico de la actitud objetora.

Si el desobediente civil utiliza la publicidad para presionar en la opinión pública y lograr que de forma mayoritaria se reconozca su injusticia, se incumpla y, por lo tanto, se apele a su modificación, el objetor desatiende lo exigido por la norma sin necesidad de lograr ningún tipo de adhesión y, por lo tanto, sin la obligación de hacer público su comportamiento, sino que, una vez consumado el incumplimiento, requiere hacer públicas sus pretensiones para obtener una exención en el ámbito individual²⁶.

La diferencia esencial entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil radica en la actitud: en la desobediencia “por cualquier causa se pretende un determinado cambio, legislativo o de otro tipo, para cuya consecución se presiona con el incumplimiento indiscriminado de obligaciones legales”.

²² Santiago Leyra Curiá, *Participación política de la sociedad civil y objeción de conciencia al aborto*, tesis doctoral dirigida por el Profesor Doctor D. Rafael Navarro-Valls. (Universidad Complutense de Madrid, marzo 2011), p. 135, acceso el 31 de enero de 2017, <http://eprints.ucm.es/15362/1/T33489.pdf>.

²³ Agulles, *La objeción...*, 31

²⁴ Martínez Otero, *La Objeción...*, 7.

²⁵ Martínez Otero, *La Objeción*, 7, citando a López Guzmán, J., *Objeción de conciencia farmacéutica*.

²⁶ Leticia Jericó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, (La Ley, Madrid, 2007), 113.

El Tribunal Constitucional alemán la describe como “(...) la oposición del ciudadano frente a importantes decisiones puntuales del Estado (...) para eludir una decisión considerada negativa y éticamente ilegítima mediante protestas simbólicas hasta llamativas infracciones del Derecho vigente”. En el mismo sentido, la doctrina alemana se refiere a una infracción consciente del Derecho como medio para expresar públicamente una protesta simbólica fundada en consideraciones ético-normativas y siempre pacífica²⁷.

La desobediencia civil no se refiere a un conflicto de normas, sino a un choque de tipo político. “En ambos fenómenos encontramos una norma que se considera injusta, pero en la objeción de conciencia esa ley -además de injusta- se considera inmoral. Es más, se califica de injusta porque se estima inmoral”.²⁸

La objeción de conciencia radica no en la autonomía absoluta del sujeto respecto a la norma, y por tanto tampoco en el desprecio de la ley del Estado, sino en la coherente fidelidad a la misma fundamentación moral de la ley civil.

Roxin sostiene que los casos de desobediencia civil insignificantes (de escasa importancia) -pone el ejemplo de sentadas pacíficas para impedir el acceso a alguna oficina pública-, son merecedores de indulgencia porque no concurre una necesidad ni preventivo-especial ni preventivo-general de pena. Preventivo-especial no, porque los sujetos son ciudadanos preocupados por el bien común y no “criminales”, y porque político-socialmente es suficiente una desaprobación de la infracción de las reglas insistiendo en su antijuridicidad (junto con las eventuales consecuencias de Derecho civil y de Derecho público). El castigo con pena criminal está preventivo-especialmente contraindicado porque puede conducir al sujeto a un aislamiento y radicalización que más bien favorezca la comisión de delitos más graves. Tampoco es necesario el castigo desde el punto de vista de la prevención general porque la “prevención de resocialización”, que hoy ocupa el primer término entre las finalidades de la teoría de la pena, no atiende a la intimidación, sino a la resolución de conflictos sociales. Este arreglo de conflictos en los casos insignificantes (de escasa importancia) se alcanza mejor mediante la renuncia a la pena que mediante la punición. Pues es deseable integrar el potencial de protesta básicamente conforme al sistema de nuestra sociedad, en vez de discriminarlo y confinarlo mediante el castigo con pena criminal²⁹.

²⁷ Hans Joachim Hirsch, *Derecho Penal - Obras Completas - Tomo II*, (Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000), 200.

²⁸ Agulles, *La objeción...*, 32, citando a DURANY PICH, I., *La objeción de conciencia*.

²⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, (Thomson-Civitas, Madrid, Trad. de la 2ª ed. alemana, 2006), 954.

Hirsch critica esta concepción rechazando la categoría de la “responsabilidad penal” de Roxin, porque introduce aspectos preventivos en el terreno de la culpabilidad, borrando así la diferencia entre los presupuestos del delito y su consecuencia jurídica³⁰.

Según Habermas, la desobediencia civil es un componente necesario de “una cultura política madura”. Refiere también a una tendencia contestataria evolutiva que, como forma de expresión simbólica de la opinión pública, estaría emparentada a las asambleas y manifestaciones. Por eso se sostiene que los actos de desobediencia civil podrían justificarse a través de los derechos fundamentales correspondientes a las libertades de expresión y de reunión. Pero aún así, éstas están limitadas³¹.

Roxin da unas reglas para exculpar la desobediencia civil: 1) la protesta infractora ha de referirse a cuestiones existenciales que interesen al conjunto de la población; 2) el sujeto debe actuar por preocupación por el bien común; 3) la infracción de las reglas ha de mostrar una conexión reconocible con el destinatario de la protesta; así por ejemplo cuando se bloquea la entrada de una instalación militar por integrantes de un movimiento pacifista; 4) quien lleva a cabo la protesta debe declararse claramente partidario de la democracia parlamentaria; 5) los revolucionarios no pueden ser por tanto exculpados; la infracción de las reglas debe evitar toda actividad violenta y la resistencia activa a las fuerzas del orden, y 6) los impedimentos e incomodidades que resultan de la protesta deben mantenerse reducidos (insignificantes, de escasa importancia) y temporalmente limitados³².

Hirsch, por su parte, entiende que serían atípicas por cuanto las sentadas pacíficas no ingresan dentro del concepto de violencia que integra el tipo de las coacciones (nuestro 288 CPU)³³ y se inclina más bien por un tratamiento indulgente desde el punto de vista de la pena, llegando a recomendar de *lege ferenda*, la posibilidad de prescindir de la pena a través de una declaración de culpabilidad seguida de una dispensa de la misma³⁴. Pero se encarga de advertir que es discutible que deba partirse de una valoración positiva de la desobediencia civil. Refiriéndose a Alemania como Estado democrático de Derecho especialmente evolucionado, las libertades de opinión, de reunión, de culto y de asociación, así como el derecho general de sufragio, proporcionan al ciudadano una amplia gama de posibilidades para conformar su opinión e influir sobre la formación de las mayorías. La esencia de la democracia

³⁰ Hirsch, *Derecho penal...*, 203.

³¹ Hirsch, *Derecho penal...*, 201.

³² Roxin, *Derecho penal...*, 955.

³³ Hirsch, *Derecho penal...*, 199.

³⁴ Propone el siguiente texto penal: “Si el actor actúa movido por un auténtico conflicto de conciencia, pero sin que su decisión en conciencia permita por sí misma excluir la antijuridicidad, podrá atenuarse la pena. Excepcionalmente, en el caso de un delito menos grave, podrá prescindirse de la pena cuando así lo permitan la magnitud del injusto y una considerable disminución de la culpabilidad”. Hirsch, *Derecho Penal...*, 207.

reside en el debate intelectual sobre política y legislación. La llamada desobediencia civil no se corresponde con esta concepción constitucional. Ella representa, en contra de la opinión de Habermas, lo opuesto a una cultura política madura. Citando el ejemplo de Mahatma Ghandi, dice que no hay que olvidar que en aquel caso se trataba de la resistencia frente a la dictadura de una potencia colonial. La desobediencia civil de la que ahora hablamos, poco tiene que ver con un derecho tan sublime como es el derecho a la resistencia a la opresión³⁵.

C) DELINCUENTE DE CONCIENCIA Y DELINCUENTE POR CONVICCIÓN

Ya Welzel había propuesto en 1955 la distinción entre delincuente de conciencia (*Gewissenstäter*) y delincuente por convicción (*Überzeugungstäter*).

Quizás podría sostenerse que toda actuación dolosa lo es por convicción. Esto lleva a plantear diferencias. El carácter obligatorio que se debe predicar de toda decisión de conciencia por el hecho de estar orientada hacia lo bueno y malo es lo que fundamenta la distinción de tal decisión de la denominada decisión alcanzada mediante una convicción, puesto que, en su opinión, un comportamiento motivado por la convicción no se dirige hacia lo que el sujeto considera bueno o malo, sino hacia lo que estima que es necesario o innecesario, y que, al quedar por debajo de las barreras de la ética, no implica obligatoriedad.³⁶

El autor puede tener una convicción contraria al Derecho. Si bien la vigencia de las normas jurídicas no depende de la aprobación del individuo, sino que se fundamenta en un acto de afirmación de la comunidad, de la mano de su conciencia y a pesar del carácter vinculante del ordenamiento jurídico, el individuo puede sentirse forzado a realizar un comportamiento contradictorio con aquel. En estos supuestos nos encontramos ante un delincuente por convicción³⁷.

La introducción de la figura del «delincuente por convicción» tiene su origen en el año 1922, cuando Radbruch, entonces Ministro de Justicia, propone un tratamiento diferenciado en aquellos casos en los que el autor se siente obligado al hecho por convicciones éticas, políticas y religiosas. Así, en su § 71 del Proyecto de CP alemán de 1922 se establecía que, «en lugar de prisión rigurosa y prisión, se impondrá la pena de encierro de la misma

³⁵ Hirsch, *Derecho Penal...*, 204-205.

³⁶ Jericó Ojer, *El conflicto...*, 205

³⁷ Jescheck, *Tratado...*, 444.

duración, si el motivo decisivo del delincuente consiste en que él se siente obligado al hecho por sus convicciones morales, religiosas o políticas»³⁸.

Uno de los autores que también va a efectuar una distinción entre el sujeto que actúa por motivos de conciencia y el que lo hace por convicción es Karl Peters. Este autor considera que, si bien el delincuente de conciencia es a la vez delincuente por convicción, también es algo más y algo esencialmente distinto. Así, el delincuente de conciencia dirige su actuación conforme a las categorías de lo bueno y malo, y además existe en tal delincuente una tendencia a la generalización de su conducta. Por el contrario, el que actúa motivado por una convicción sólo podría invocar el actuar en virtud de lo que considera correcto o incorrecto, a la vez que desaparece en él el deseo de que esta actuación sea generalizable. Además, la diferencia entre el delincuente de conciencia y el delincuente por convicción depende de si el sujeto, por su obligación a Dios o consigo mismo, llega a la conclusión de que un determinado hecho le provocaría una *pérdida de sustancia personal*³⁹.

La fuerza de la conciencia no es equiparable a la fuerza desplegada por la convicción, ya que tan sólo la primera puede ocasionar un grave conflicto en el sujeto que conduzca a la destrucción de su personalidad y dignidad.

La libertad de conciencia goza de mayor protección que la mera actuación por convicción y esto debe tener trascendencia en el juicio de ponderación⁴⁰.

Jescheck se afilia a la posición dominante en el sentido de que el autor por convicción no puede quedar justificado, ni por lo general, tampoco disculpado. No padece un error de prohibición porque, precisamente, conoce la antijuridicidad.

Distingue entre delitos cometidos por acción y omisión. La jurisprudencia alemana ha admitido la impunidad de la omisión de un hacer ordenado por el legislador, sobre la base de la decisión adoptada en conciencia por parte del autor de la conducta pasiva. Se dio el caso del esposo que no convence a su mujer de dejarse transfundir para salvar su vida, porque va contra la creencia religiosa de ambos. La esposa fallece, y lo acusan de homicidio por omisión. El Tribunal Constitucional, entendió que el comportamiento del marido era en verdad digno de desaprobación, pero que “no sería reprochable al no estar justificado proceder contra el autor con el arma más grave que está a disposición de la sociedad: el Derecho Penal”⁴¹.

³⁸ Jericó Ojer, *El conflicto...*, 273.

³⁹ Jericó Ojer, *El conflicto...*, 277. Hirsch, *Derecho penal...*, 197, 198, haciendo notar que los mayores crímenes contra la humanidad ocurridos durante el siglo XX se cometieron en nombre de convicciones político-ideológicas: las de los bolcheviques y estalinistas, de los nacionalsocialistas y los fundamentalistas. “El hecho de que un delito esté motivado en una convicción político-ideológica no puede bastar para dar origen a un privilegio”.

⁴⁰ Jericó Ojer, *El conflicto...*, 325.

⁴¹ Jescheck, *Tratado...*, 544; Francisco Muñoz Conde, «La objeción de conciencia en Derecho Penal» en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Ed. por J.M. Silva Sánchez (Bosch, Barcelona, 1997), 10.

La defensa de decisiones adoptadas en conciencia en los actos omisivos es correcta porque, de hecho, no puede ser defendible forzar a alguien por medio de una amenaza penal a una acción que rechaza por ser contraria a su conciencia⁴². Sin embargo, debe ser rechazada en el caso de los delitos cometidos mediante un hacer positivo, pues de esta manera la protección del ciudadano por el Derecho penal estaría en gran medida puesta a disposición del autor que actúa según su conciencia. La disposición constitucional que reconoce el derecho a la libertad de conciencia (art. 4 GG) no debe entenderse como una anulación parcial del ordenamiento penal⁴³.

Según Hirsch, “para el delincuente de conciencia, una exigencia del ordenamiento jurídico que le obligue a realizar una conducta contraria a sus convicciones -es decir, la imposición de un deber de actuar- es, por regla general, más gravosa que la prohibición de una acción, esto es, que el requerimiento de permanecer inactivo. Por eso, no es casual que el grueso de los casos de autores de conciencia acaecidos, en la práctica pertenezcan al campo de la omisión”⁴⁴.

Roxin entiende que no solo abarca a la actitud omisiva, sino que también está incluida la “acción activa”, porque el art. 4 GG no distingue⁴⁵.

En la actuación en conciencia puede no haber responsabilidad, en cambio en el delito por convicción sí la hay, salvo alguna consideración en la medición de la pena⁴⁶.

Luzón entiende que la actuación de los delincuentes por convicción merece, tanto a efectos preventivos como de justicia, la valoración más negativa posible por tratarse de actos y actitudes peligrosísimas y de enfrentamiento total con el ordenamiento jurídico; por consiguiente, no pueden merecer comprensión, entendimiento ni la menor disculpa. Solamente en casos totalmente extremos y excepcionales la situación psicológica de fanatismo de un peligroso delincuente por convicción puede ser tan anormal y debida p. ej. a un auténtico lavado de cerebro, que el sujeto llegue a estar en una situación de plena anomalía psíquica o de alteración o trastorno mental que pudiera afectar su imputabilidad⁴⁷.

De un modo general, se puede decir que el empleo de violencia como forma de ataque a los bienes jurídicos estatales no puede justificarse por razones de conciencia. Este es el principal argumento contra el terrorismo⁴⁸.

⁴² Jericó Ojer, *El conflicto...*, 225.

⁴³ Roxin, *Derecho Penal...*, 545.

⁴⁴ Hirsch, *Derecho penal...*, 185.

⁴⁵ Roxin, *Derecho Penal...*, 944.

⁴⁶ Roxin, Claus, *Derecho Penal...*, §22/100 y ss. En el mismo sentido Jericó Ojer, *El conflicto...* 76 y ss.; Jescheck, *Tratado...*, 445, quien agrega que dependerá del valor ético del motivo imperante, citando jurisprudencia.

⁴⁷ Luzón, *Actuación...*, 13.

⁴⁸ Muñoz Conde, *La objeción de conciencia...*, 4.

Quien en una situación concreta es determinado por sus convicciones para realizar una acción u omisión, puede entrar en conflicto con los ideales éticos que, por virtud de la costumbre, predominan en la sociedad, y con los deberes legales que se fundamentan en ellas. Si con ese comportamiento se integra, de conformidad con la interpretación vigente, un delito tipificado penalmente, se tendrá que preguntar a la luz del Art. 4, párrafo 1 de la ley Fundamental, si bajo las especiales circunstancias del caso, la penalización cumpliría con el sentido que orienta la sanción estatal. El autor de un delito de este tipo no se alza en contra del ordenamiento legal estatal por no creer en la ley; él también quiere que se garanticen los bienes jurídicos que se protegen mediante la sanción penal, pero él se encuentra en una situación límite, en la que el ordenamiento legal general se contrapone a los mandatos de su credo personal, y se siente en la obligación de seguir aquí el mandato supremo de su credo. Si de forma objetiva, con base en las concepciones que de manera general imperan en la sociedad, se tiene que desaprobado esa decisión, también es cierto que tal conducta no se le puede reprochar en la misma medida, esgrimiendo en contra del autor del hecho el arma más fuerte con que cuenta la sociedad, el derecho penal. La sanción criminal –independientemente de su magnitud– no es en este caso, bajo ningún aspecto (vindicación, prevención, resocialización del criminal), una sanción adecuada. El deber que se deriva del art. 4, párrafo 1 de la ley Fundamental, para todo el poder público, de respetar las serias convicciones en toda su extensión, debe conducir en todo caso a un retroceso del derecho penal, cuando el conflicto concreto conlleva un conflicto espiritual entre el deber legal, existente de conformidad con una concepción general, y un mandato contemplado en las creencias del autor del hecho, que frente a la penalización, lo marca como infractor de la ley, desplegando así una reacción social que viola su dignidad humana.⁴⁹

4.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia deriva del principio fundamental de la libertad de conciencia, por eso, se la considera un *derecho fundamental subjetivo*⁵⁰.

Con la objeción de conciencia se limita precisamente el poder de las mayorías (expresado normalmente en las leyes), en nombre de valores y principios más altos (la dignidad de la persona), que no pueden depender, para su ejercicio, del reconocimiento por parte del poder político (si fuera así, dejarían de ser derechos fundamentales)⁵¹.

⁴⁹ Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, (Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009), 172, acceso el 31 de enero de 2017: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf

⁵⁰ Agulles, *La objeción...*, 36.

⁵¹ Prieto, *La objeción de conciencia...*, 27.

El conflicto entre conciencia y ley no pone de manifiesto la ocurrencia de un conflicto entre dos órdenes normativos distintos –el jurídico, por un lado y el moral, religioso o ideológico, por el otro-. En realidad, el conflicto, que es sólo aparente, se plantea dentro del mismo orden jurídico –entre la norma jurídica que tutela el derecho a conducirse de conformidad con la conciencia, y la norma jurídica que impone o veda una conducta determinada. Y el conflicto, decimos, es sólo aparente, pues ya ha sido resuelto de antemano por el Derecho, haciendo primar la conciencia, como principio, salvo excepciones⁵².

Hablar de objeción de conciencia es referirse a una parte normal del ordenamiento jurídico (una parte de singular importancia), y no a una excepción del mismo, que sólo requeriría acomodación cuando insoslayables razones de orden político así lo requiriesen⁵³.

Nuestra Constitución no sólo reconoce expresamente la conciencia individual como cualidad del ser humano, sino que ordena su protección por el legislador en el artículo 54, en sede de relación laboral o de servicio: “La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral.” Sin explicitarlo, reconoce la posesión de una conciencia por todo individuo en los artículos 5 (libertad religiosa), 8 (“los talentos o las virtudes”), 29 (libertad de expresión del pensamiento), 33 (propiedad intelectual), 41, 44 y 86 (en cuanto aluden al “perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes” o a su mantenimiento) y el art. 72 en cuanto incorpora genéricamente a la carta los derechos, deberes y garantías “inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”, siendo la conciencia una cualidad inherente, definidora, esencial del ser humano⁵⁴.

Por lo tanto, “el derecho de objeción de conciencia es el recurso hábil para el ejercicio del derecho fundamental de libertad de conciencia, derecho humano fundamental que integra el núcleo duro de derechos inalienables”⁵⁵.

A) EL DERECHO INTERNACIONAL

“Las declaraciones recientes del derecho internacional sobre la objeción de conciencia atestiguan la creciente sensibilidad de la cultura occidental hacia esta figura, considerada como un derecho fundamental autónomo proveniente de las libertades de conciencia, pensa-

⁵² Carmen Asiaín Pereira, «Veto a la Limitación de la Libertad de Conciencia» en *Veto al Aborto - Estudio Interdisciplinario sobre las 15 Tesis del Presidente Tabaré Vázquez*, (Universidad de Montevideo, 2012), 125.

⁵³ Leyra Curiá, *Participación...*, 163, citando a Martínez Torró, *Las objeciones de conciencia en el derecho internacional y comparado*.

⁵⁴ Asiaín, *Habeas conscientiam...*, 4.

⁵⁵ Asiaín, *Veto a la Limitación...*, 130.

miento y religión”⁵⁶. Sin embargo, los documentos internacionales sobre derechos humanos no reconocen expresamente a la objeción de conciencia como un derecho.

Como grandes precedentes históricos podemos citar la Declaración de Virginia de 1776, en la que se equipara la libertad religiosa con la libertad de conciencia (sección 16); y la Declaración francesa de 1789 (art. 11), que alude a la libertad de expresión “de los pensamientos y opiniones”. Modernamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.18); el art. 9.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, firmado en Roma el 4.11.1950; el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (art. 18), y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (art. 12), también reconocen la libertad de conciencia en términos similares.

Con respecto a la objeción de conciencia la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Resolución 46, de 1987 la reconoció como parte de la libertad de pensamiento⁵⁷.

En un sentido similar se pronunciaba en 1994, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quien indicó que “el derecho a negarse a cumplir el servicio militar (objeción de conciencia) puede derivarse del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras ciencias”⁵⁸.

El único reconocimiento de la objeción como derecho fundamental lo encontramos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que versa sobre la libertad de pensamiento, *de conciencia* y de religión, que garantiza el derecho a la objeción de conciencia “de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”⁵⁹.

En el art. II-70 de la Constitución Europea dice expresamente que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a

⁵⁶ Agulles, *La objeción...*, 53.

⁵⁷ González Cifuentes, *Objeción de Conciencia...*, 20.

⁵⁸ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N° 22, art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 29 de julio de 1994.

⁵⁹ Hay importantes factores de incertidumbre en ese precepto. Comenzando por su propia interpretación, especialmente en lo relativo a la dependencia de las leyes nacionales, aunque no parece que ésta pueda ser interpretada como un deseo de condicionar la objeción a la *interpositio legislatoris* -carecería de sentido que el ejercicio de un derecho fundamental estuviera sometido a la voluntad del legislador- sino más bien como una referencia a que los legisladores nacionales son naturalmente competentes para garantizar el derecho de objeción.

través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

Aprobado por Ley N° 13.751, el Art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa:

Observación general sobre su aplicación. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades *fundamentales* de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones⁶⁰.

B) POSICIÓN DOGMÁTICA DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Hay que plantearse si el pretendido delito cometido en ejercicio de la objeción de conciencia puede considerarse atípico, justificado, inculpable, o impune.

En la doctrina alemana, la mayoría se inclina por la comisión del delito, en base a la antijuridicidad de la conducta y a su culpabilidad. Por lo tanto, la actuación en conciencia sólo podría recibir un tratamiento más benévolo con respecto a la pena a aplicar⁶¹.

Sin embargo, otro sector minoritario se pronunció a favor de la justificación, basándose en la protección al derecho a la libertad de conciencia que brinda el art. 4 de la Constitución alemana (GG), siempre que la disposición incumplida no proteja otro bien de naturaleza constitucional que en la ponderación resulte preferente.

En el ámbito latinoamericano se ha visto a la objeción de conciencia,

(...) como un derecho supralegal, que, a la manera de una libertad, cuestiona la competencia del Estado para forzar el cumplimiento de deberes, generando la neutralización de estos en sus manos (MALAMUD, 1983, p. 276) y absteniéndose de sancionar dicho incumplimiento.

⁶⁰ Asiáin, *Habeas conscientiam...*, 22.

⁶¹ Hirsch, *Derecho Penal...*, 175.

Así, la objeción de conciencia encuentra respaldo en el plus de derechos fundamentales, que como principios garantizan la esfera de libertad de los ciudadanos. Uno de tales principios es la garantía a la libertad de conciencia, que autoriza al individuo para reclamarle al Estado no exigir el cumplimiento de ciertos deberes⁶².

La libertad o derecho a objetar conciencia en materia penal constituye una estructura de descargo de imputación, que hace decaer la competencia estatal para punir comportamientos derivados de una autenticidad moral (RAWLS, 1997, p. 336-337) y que resultan justificativos de la autonomía individual⁶³.

En la indicación terapéutica del aborto, o de riesgo para la salud y vida de la madre, es posible que el médico aplique un tratamiento alternativo al aborto que persiga la reducción de la situación de riesgo de la madre durante el embarazo o en el parto, procurando salvar a los dos⁶⁴. “Allí pueden plantearse dos supuestos: uno activo, en el cual el médico practica un tratamiento alternativo insuficiente, distinto al aborto, generándose consecuencias lesivas a la vida y salud de la madre, quien debe proseguir el embarazo; y otro omisivo, en que el médico expresa su negativa a la intervención abortiva como tratamiento indicado para reducir el riesgo”⁶⁵.

El sector mayoritario, en cambio, se ha decidido por la inculpabilidad⁶⁶, basado en la situación de conflicto emocional⁶⁷.

Nosotros adherimos a la postura latinoamericana mayoritaria, en el sentido de que estamos ante una causa de justificación.

⁶² Juan Francisco Mendoza Perdomo, «Alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia», *IUSTA*, N° 37, Bogotá, (2012): 137- 162, acceso el 31 de enero de 2017, <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/1083/1318>

⁶³ Mendoza Perdomo, *Alcances penales...*, 156.

⁶⁴ Contrariando lo dispuesto por el art. 6 “A” de la L. 18.987 que manda practicar el aborto, aunque procurando salvar a los dos. No estamos ante una situación de riesgo inminente de vida de la madre, porque si no, no operaría la objeción de conciencia en virtud de lo dispuesto en el art. 11 de la referida ley.

⁶⁵ Mendoza Perdomo, *Alcances penales...*, 157.

⁶⁶ Fátima Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en derecho penal*, (Editorial Comares, Granada, 2001), 178.

⁶⁷ Hirsch, *Derecho Penal...*, 176, 179. Pérez del Valle, C. (1994, p. 282 y ss.); Muñoz Conde, F. (2008, p. 397 y ss.); García Caveró, (2008, p. 548-549). En la dogmática alemana: Frister, H. (2011, p. 399 y ss.); Jakobs, G. (1997, p. 697 y ss.). Enlistándolo como un caso particular de inexigibilidad, pero dándole el tratamiento de un caso de “estado de necesidad por conciencia” generador de exculpación, véase: Stratenwerth, G. (2005, p. 320 y ss.); Jescheck, H. H. (2002, p. 543-544). Ubicándolo en el estado de necesidad exculpante supralegal, aun cuando en la parcela de la inexigibilidad, véase: Welzel, H. (1970, p.20). Citados por Mendoza Perdomo, *Alcances penales...*, 156.

C) LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Sin necesidad de acudir al Derecho Internacional, tenemos disposiciones internas de nivel constitucional y legal que habilitan la aplicación de la causa de justificación de cumplimiento de la ley (art. 28 CPU), con carácter general, y algunas específicas en el ámbito de la bioética, como hemos visto, sin perjuicio de otras materias, como el caso del escribano en el caso de lavado de activos.

En efecto, entendemos que la conducta del notario podría estar justificada ante la obligación de realizar el reporte de operaciones sospechosas (ROS) al Banco Central, a espaldas de sus clientes⁶⁸. El escribano público que ha sido formado para dar fe pública y ofrecer confianza como parte esencial de su profesión, no puede ser obligado a ir contra ella. El obligar a los escribanos a ser traidores de sus clientes provoca perjuicios de hondo calado ético. Como ha dicho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, “Se trata de perjuicios que afectan a la actuación moral de las personas y a la vocación a la que se han dedicado”⁶⁹.

5.

¿ES UN DERECHO ABSOLUTO? LÍMITES A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

El ser humano no es un absoluto, por lo tanto, sus derechos tampoco pueden serlo⁷⁰. Así lo reconoce nuestra Constitución (art. 7) que reclama que toda limitación de los derechos fundamentales debe provenir de una ley y que esta debe ser por razones de interés general⁷¹.

Lo que sí puede decirse es que es un derecho general, como todos los derechos fundamentales. Pero todo lo general debe tener excepción pues de lo contrario se convertiría en absoluto⁷².

¿Cuáles son entonces sus límites?

⁶⁸ Ley 17.835/2004 de lavado de activos de 23 de setiembre, arts. 1 y 2, III, 5.

⁶⁹ STCA, 297/2014 de 14.8.2014.

⁷⁰ Leyra Curiá, *Participación...*, 167.

⁷¹ Con respecto a “razones de interés general” puede entenderse también de “necesidad pública”, o de “seguridad” o de “higiene pública”, etc. JAVIER, Juvenal M., «Reflexiones sobre la objeción de conciencia e ideario en el Uruguay a partir de las leyes 18.987 y 18.473», *Revista de Derecho Público*, n° 43, (2013), 12.

⁷² En un importante número de sentencias la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado sobre el carácter absoluto del derecho a la vida, aunque sin referirse específicamente a la vida del concebido no nacido. Por citar solo algunas, mencionamos las siguientes: SCJ N° 110/1995 del 24 de marzo, SCJ N° 801/1995, del 16 de octubre, SCJ N° 235/1997 del 6 de agosto, SCJ N° 525/2000 del 20 de diciembre, SCJ N° 162/2002 del 22 de mayo, SCJ N° 133/2004,

En cuanto a la materia. Los deberes de contenido ajeno a la moral, como pueden ser los recogidos en disposiciones de tránsito vehicular, no resultan objetables por conciencia. Las objeciones generalmente pueden caracterizarse como profundas y serias, no meramente epidérmicas, de conveniencia o utilidad⁷³.

También es un límite la sinceridad del objetor. Si un médico se niega a practicar abortos en un hospital público por razones de conciencia, no puede ser que lo haga en su clínica particular⁷⁴.

Citaremos solo algunos límites más.

A) LA LEY Y EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Al comienzo de este trabajo, hemos visto que las más recientes disposiciones legales que refieren a la objeción de conciencia en nuestro Derecho establecen un marco dentro del cual debe ser ejercida. Tampoco es que pueda serlo de cualquier manera: la imperatividad del ordenamiento jurídico no puede quedar sujeta a la voluntad de los individuos. Así, la primera condición es que la objeción sea conocida.

Con respecto al aborto, la L. 18.987 en su art. 11 establece que los médicos que quieran objetar, “deberán hacerlo saber a las autoridades de las instituciones a las que pertenecen”⁷⁵.

Esta ley agrega otro límite al final de dicho artículo donde remite al art. 6º A) que expresa que no podrá invocarse la objeción de conciencia “cuando la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer. En estos casos se deberá tratar de salvar la vida del embrión o feto sin poner en peligro la vida o la salud de la mujer”.

La ley de voluntad anticipada, n° 18.473, en su art. 9º requiere “*que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda*”. En sentido análogo el Código de Ética Médica, exige de manera muy criticable y a mi juicio inconstitucional, que el médico objetor

del 14 de mayo, SCJ N° 122/2007 del 10 de agosto, SCJ N° 127/2010 del 7 de junio, SCJ N° 185/2013 del 13 de marzo.

⁷³ Martínez Otero, *La Objeción...*, 5

⁷⁴ La prueba de la sinceridad, no significa que el Estado pueda invadir la conciencia de la persona para indagar por qué un acto es bueno o malo para ella. El Estado es incompetente para ingresar en el ámbito de las conciencias. Habrá que estar a pruebas de carácter externo, como la práctica de determinadas costumbres o la pertenencia de la persona a ciertos grupos o entidades con una manera de pensar o ideario bien definidos de antemano.

⁷⁵ La referida sent. 294/2014 del TCA suspendió la vigencia de varios de los artículos del decreto 375/2012 reglamentario de esta ley, porque establecen más restricciones que la propia ley. Cfr. nota 3. El art. 11 de esta misma Ley 18.987 de aborto, también impone otros requisitos y condiciones que rigen a la objeción de conciencia.

derive a la paciente a otro colega (art. 40). En efecto, como lo hemos dicho, se obliga a quien objeta, a hacer indirectamente lo que directamente no quiere hacer.

Si en el Uruguay, la limitación a un derecho fundamental sólo puede hacerse por ley por razones de interés general (art. 7 Co.), ¿quiere decir que la ley puede llegar hasta impedirlo? No, porque la ley debe funcionar por principio como un mecanismo para garantizar ese derecho (art. 54 Co), y nunca puede afectar el contenido esencial del mismo.

La esencialidad de un derecho es aquello que “le es absolutamente necesario para que los intereses jurídicos que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos”⁷⁶.

Según ha dicho el Tribunal Constitucional español se reconocen tres cosas.

Primero: el contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible, que impiden su desaparición o su transformación en otra cosa.

Segundo: que para la determinación del contenido esencial no basta acudir a la Constitución, sino que ha de indagarse en las convicciones generalmente admitidas entre los juristas.

Tercero: que el contenido esencial es un concepto absoluto y no relativo, es decir, cualquiera que fueren las circunstancias para la limitación de ese derecho, éste ha de conservar siempre sus rasgos esenciales.

La STC español 11/1981 estableció que “El contenido esencial puede determinarse también complementariamente a partir de lo que se llama los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”⁷⁷.

Si no puede existir libertad de conciencia sin posibilidad de acción, y si la objeción es una manifestación de esa libertad en oposición a una norma, la objeción de conciencia es una consecuencia o derivación de la libertad de conciencia y, por lo tanto, *constituye una especificación de ésta*. Más exactamente, es el nombre que cabe atribuir a la libertad de conciencia cuando se enfrenta o entra en conflicto con deberes jurídicos. Es pues una parte o contenido esencial de la libertad de conciencia cuya naturaleza indudablemente es de derecho fundamental. Y como la parte goza de la naturaleza del todo, ontológicamente, la objeción de conciencia también es un derecho fundamental.

⁷⁶ Leyra Curiá, *Participación...*, 152, citando a Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*.

⁷⁷ Leyra Curiá, *Participación...*, 152.

En nuestro país,

Compete al legislador regular para hacer efectiva la libertad de conciencia mediante ley, no obstaculizarla: La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral. (Art. 54 de la Constitución).

Su limitación sería ineficaz y los derechos negados por ley podrían ser ejercidos a pesar de ella, en tanto los derechos inherentes a la personalidad humana son derechos adquiridos aún frente al poder constituyente, ya que “la Constitución no los crea, sino que simplemente declara su existencia, que es anterior a la Constitución misma.

Hasta se ha sostenido que ante un atropello de derechos fundamentales como éste, ni siquiera es menester transitar la vía de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de los arts. 256 a 261 de la Constitución⁷⁸, dado que ésta procede cuando es lesionado un “interés directo, personal y legítimo”, y que cuando lo lesionado es un derecho subjetivo perfecto como en este caso-, “la Constitución no admite ninguna limitación legal de un derecho subjetivo”, ya que son éstos “derechos subjetivos perfectos frente al legislador y no meros intereses legítimos, ya que el legislador carece de potestad para limitar o condicionar su ejercicio a requisitos no mencionados por el constituyente”. Por lo tanto, “no necesitaría ser impugnada según el artículo 258: los derechos negados por ley podrían ser ejercidos a pesar de ella, porque no tendría poder suficiente como para enervarlos.”⁷⁹

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manda a los Estados a un hacer positivo en pro de hacer efectivo el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades proclamados, en su art. 2 citado. No alcanza, entonces, para el cumplimiento de los estándares mínimos de este derecho, que el Estado simplemente se abstenga de interferir, sino que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos le impone un deber positivo: ha de garantizar –no limitar- el ejercicio de la libertad de conciencia, en este caso, lo que en el actual estadio de la evolución de las instituciones jurídicas se ejerce individual y colectivamente mediante el mecanismo de la objeción de conciencia, sin cortapisas.

Lejos de establecer limitaciones ilegítimas a una libertad humana fundamental, el legislador debió haber adoptado medidas para asegurar a las personas el pleno goce y ejercicio

⁷⁸ Pudiendo acudir a una acción de amparo ante el avasallamiento de un derecho fundamental.

⁷⁹ Asiaín, “Limitación...”, 134-135 citando a Cassinelli Muñoz, H., *Responsabilidad del Estado por Lesión del Interés Legítimo*, en 4º Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción y *El Interés Legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución Uruguaya*, en Perspectivas del Derecho Público en la Segunda mitad del Siglo XX, Estudios de Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, T. III.

de la libertad de conciencia, de conformidad con el mandato de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que impone a los Estados el “*Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*” para efectivizar los derechos y libertades (art. 2)⁸⁰.

Es más, analizando la doctrina jurisdiccional establecida por el Pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al control de convencionalidad, el Profesor Eduardo Esteva la sintetiza así: “Los jueces y tribunales internos del Poder Judicial de un Estado que ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en oportunidad de aplicar las normas jurídicas internas al caso concreto, deben cotejarlas con la Convención, así como su interpretación realizada por la C.I.D.H. por ser el intérprete último de la misma, asegurando que los efectos de la Convención no se vean menoscabados por las normas jurídicas internas, que si contrarían en su objeto y fin la Convención, carecen desde el inicio de efecto jurídico.”⁸¹

Más aún, a los efectos de facilitar el ejercicio de estas libertades del espíritu, la Convención Interamericana de Derechos Humanos previó la disponibilidad dentro del derecho interno de cada Estado, de medios procesales para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva en su Art. 25 sobre Protección Judicial, concibiendo el derecho a un recurso sencillo y rápido ... efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” En sede del derecho fundamental de libertad de conciencia, este recurso sencillo y rápido ... efectivo es indubitablemente la objeción de conciencia⁸².

Este derecho internacional citado es parte de nuestro Derecho por haberlo suscrito y ratificado nuestro país. Como tal, es vinculante y directamente aplicable por sí —*pacta sunt servanda*— y por haberlo así incorporado nuestra Constitución por virtud del artículo 72 que tiene por incluidos en la Carta todos aquellos derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno, que cuando se recogen en preceptos “que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas”, se hacen directamente aplicables por virtud del art. 332 constitucional. Así, la Suprema Corte de Justicia ha entendido por sentencia N° 365/09 que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales poseen jerarquía constitucional y son directamente aplicables.⁸³

⁸⁰ Asiaín, “*Limitación...*”, 138-139.

⁸¹ Asiaín, *Limitación...*, 140, citando a Esteva Gallicchio, E., *El control de convencionalidad en Uruguay*, en *Revista dos Tribunais*, (São Paulo, 2012), 6-9.

⁸² Asiaín, Carmen, *Limitación...*, 139.

⁸³ Asiaín, Carmen, *Limitación...*, 140.

B) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ORDEN PÚBLICO

Los límites de la objeción son los mismos de las libertades en las que tiene su origen y de las que es manifestación: aquéllos que se pueden considerar incluidos en la noción de orden público (los principios de autoridad y de solidaridad, de libertad e igualdad, la paz y el orden, los derechos y libertades de los demás, la salud y la moral públicas, la seguridad). Al orden público se remiten, de un modo u otro, los documentos sobre derechos humanos para advertir que éstos no son ilimitados⁸⁴.

Con referencia a la Constitución alemana (art. 4 GG), dice Roxin que, si bien se reconoce en esa disposición la libertad de conciencia, ésta no es ilimitada, sino que está sometida a límites inmanentes. Cita al Tribunal Constitucional que hace derivar tales límites del sistema de valores de los derechos fundamentales (BVerfG 32, 108), y al profesor Böckenforde, quien los establece allí “donde los fines elementales últimos del Estado moderno están inmediatamente amenazados: la paz interior del Estado, la existencia -independencia e integridad- del Estado y la posibilidad de su aseguramiento hacia el exterior; el aseguramiento de la vida y la libertad de la persona, y los derechos del individuo que hay que proteger incondicionalmente”. Sin embargo, para él, estas formulaciones siguen siendo un tanto vagas⁸⁵.

Según HIRSCH, la cláusula social defiende que los derechos fundamentales no pueden ser empleados cuando amenacen a bienes jurídicos necesarios para la existencia de la sociedad⁸⁶.

Veremos más detenidamente esta cuestión al analizar el conflicto de derechos.

C) EL CONFLICTO DE DERECHOS LA TESIS DE LA PONDERACIÓN

Para Romeo Casabona aquí es donde radica el núcleo del alcance del derecho a la objeción de conciencia⁸⁷.

Partimos de la base de que hay efectos positivos en la objeción de conciencia. Si bien aparece como una relajación hipotética de la normativa en aras a un respeto al hombre, «produce un enriquecimiento positivo del ordenamiento jurídico: humaniza el derecho, obliga al Estado a no imponer su ideología, respeta no ya a las minorías sino al hombre individual,

⁸⁴ Martín de Agar, *Problemas...*, 18.

⁸⁵ Roxin, *Derecho Penal...*, 944.

⁸⁶ Jericó Ojer, *El conflicto...*, 313.

⁸⁷ Romeo Casabona, Carlos M^a, «El Derecho a la objeción de conciencia», en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, (Bruylant, 1997), 1327.

atrae otras axiologías distintas a la dominante para trascender de lo formalmente legítimo a lo materialmente justo»⁸⁸.

El sistema jurídico alemán adoptó para los casos de conflicto una técnica de ponderación de derechos que se basa en tres principios básicos: 1) el principio de idoneidad o adecuación; 2) el principio de necesidad y 3) el principio de ponderabilidad o prohibición en exceso. El juez aplicador deberá utilizarlos de manera escalonada.

Según el principio de idoneidad, deberá verificar si la acción del objetor supone realmente una restricción a un derecho fundamental de un tercero.

Luego, según el criterio de necesidad habrá de verificar si no hay otra manera de ver satisfecha las pretensiones de las partes sin necesidad de restringir el derecho de ninguna.

Por último, en caso de concluir que existe la necesidad imperiosa de limitar el derecho ajeno, habrá de estudiarse el grado de sacrificio que se exige al bien jurídico que debe ceder.

En el caso del tercero no objetor, más bien se debería demostrar que los intereses frustrados de éste son lo suficientemente relevantes para autorizar el sacrificio de la libertad de conciencia, esto es, que comprometa la autonomía, la inviolabilidad o la dignidad de la persona y que no cuente con el consentimiento de ésta⁸⁹.

El juez, si bien no está obligado a pronunciarse a favor de la preeminencia de ningún derecho, sí lo está a realizar la ponderación de éstos. Esta ponderación, deberá realizarse atendiendo a la esencialidad del bien jurídico protegido, a la naturaleza del deber incumplido y la reversibilidad de la lesión que tal incumplimiento produce⁹⁰.

Para Roxin no procede siempre la ponderación, porque la conciencia debe ceder ante determinados delitos. Así, no puede anteponerse si se afecta la existencia (independencia e integridad) del Estado, su seguridad y sus supremos principios constitucionales. Por lo tanto, quien comete por ejemplo el delito de traición por razones de conciencia, o pone en marcha una subversión, o perpetra atentados terroristas para destruir el sistema, no puede invocar la norma constitucional que reconoce la libertad de conciencia. En efecto, dicho reconocimiento es sólo en el marco del Estado para el que está creada; *“la hipótesis de que la Constitución hubiera preprogramado su propia derogación mediante la tolerancia de delitos contra la seguridad del Estado es absurda”*⁹¹.

Con respecto a los demás delitos contra la colectividad y la persona, sí procederá hacer una ponderación. Pone un ejemplo muy ilustrativo: alguien que está obligado a vacu-

⁸⁸ Jericó Ojer, *El conflicto...*, 241

⁸⁹ Leyra Curiá, *Participación...*, 185, citando a Gascón Abellán, M., *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*.

⁹⁰ Leyra Curiá, *Participación...*, 185, citando a Soriano R., *La desobediencia civil*.

⁹¹ Roxin, *Derecho Penal...*, 946.

narse, no quiere hacerlo por razones religiosas. Dice que en estos casos se podrá renunciar a una pena, pues la cifra de personas que se niegan a vacunarse es estadísticamente baja, y la ausencia de vacunación en estas pocas personas no pone en peligro la salud pública. Sin embargo, si fueran amplios sectores de la población los que se niegan a vacunarse, se habrá de imponer el cumplimiento del deber de vacunarse también frente a sujetos que invocan motivos de conciencia, pues el Estado no puede privilegiar a personas o grupos particulares a costa de la vida y la salud de otros⁹².

Cuando el sujeto que actúa por motivos de conciencia afecta bienes jurídicos individuales, por regla general vulnera derechos fundamentales de otros (vida, integridad física, libertad, propiedad, etc.). En tal caso, debe deducirse de una ponderación qué derecho fundamental goza de preeminencia⁹³.

Veamos cómo funciona con un ejemplo: el caso de la mujer que reclama que se le haga un aborto, en función del derecho que le confiere la ley 17.897. El médico se niega por razones de conciencia habiendo cumplido con los requisitos del art. 11 de dicha ley.

Primero habrá que ver si tenemos un enfrentamiento de derechos fundamentales. En el caso no lo hay. El derecho al aborto no lo es. No se cumple, por lo tanto, con el principio o juicio de idoneidad. Pero aún cuando lo fuera, tampoco se cumple con el de necesidad, porque la mujer tiene la posibilidad de acudir a otros médicos que practiquen abortos. Y en el ámbito del juicio de ponderabilidad o prohibición de exceso, de llevarse a cabo la vulneración de la libertad de conciencia, es de índole total e irreversible. En el caso de la madre, sin embargo, se habrá afectado otro tipo de intereses como el de cambiar el plan para su vida, o la incomodidad que le supone el embarazo.

En Francia, el movimiento denominado “*Manif pour tous*”, surgió porque varios alcaldes no querían casar parejas de homosexuales por razones de conciencia. Entienden que el matrimonio es por esencia “uno con una, del todo y para siempre”. La Justicia les dio la razón a los homosexuales y obligó a los alcaldes a casarlos. Uno de los argumentos era que no se podía obligar a estas parejas a soportar la incomodidad y el costo de desplazarse dentro del territorio francés para buscar un alcalde que los casase.

Sin embargo, estos recurrieron a la justicia europea y actualmente el caso se encuentra esperando una decisión: es preferible soportar la incomodidad de buscar otro alcalde, a que la conciencia de estos se vea irremediabilmente vulnerada.

⁹² Roxin, *Derecho Penal...*, 947.

⁹³ Roxin, *Derecho Penal...*, 947.

6.

CONCLUSIÓN

“Todas las causas de justificación, descansan en los principios de ponderación de intereses y de necesidad: en una situación de conflicto inevitable es legítimo el sacrificio de un interés menos valorado por el ordenamiento jurídico cuando dicho sacrificio es necesario en salvaguardia de un interés mayor”⁹⁴.

El respeto de la conciencia es un derecho humano fundamental, reconocido por nuestra Constitución. Si bien no puede ser invocado como un derecho absoluto, sus límites no pueden afectar la esencialidad de ese derecho.

El Estado es incompetente para ingresar en las conciencias de las personas, y la ley debe garantizar su libre ejercicio.

Invocar legítimamente la objeción de conciencia enerva el carácter antijurídico de la acción, debiendo considerarse una causa de justificación en el ámbito penal.

Para citar este artículo: Montano, Pedro J., *La objeción de conciencia como causa de justificación*, *Revista de Derecho*, 15 (I, 2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 113-142.

⁹⁴ Roxin, *Derecho Penal...*, 521.

BIBLIOGRAFÍA

- Agulles Simó, Pau, *La objeción de conciencia farmacéutica en España* (Roma, PUSC, 2006), acceso 31.1.2017: http://eticaepolitica.net/bioetica/pa_obj_cos%28es%29.htm
- Aparisi Miralles, A. y López Guzmán, J., «El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto», *Persona y Bioética*, vol. 10, núm. 26 (2006): 36.
- Asiaín Pereira, Carmen, «Veto a la Limitación de la Libertad de Conciencia» en AAVV, *Veto al Aborto - Estudio Interdisciplinario sobre las 15 Tesis del Presidente Tabaré Vázquez* (Universidad de Montevideo, 2012): 121-152.
- Asiaín Pereira, Carmen, «Habeas Conscientiam y Objeción de Conciencia», en *Anuario de Derecho Administrativo*, T. XV, (F.C.U., Montevideo, 2008); hacemos referencia al publicado en, acceso el 31 de enero de 2017: <http://www.libertadreligiosa.org/articulos/objecionasiain.pdf>
- Asiaín Pereira, Carmen, «Comentario al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario», *Revista de Derecho, Universidad de Montevideo*, n° 22, (2013): 11-25. Citas de la versión digital, acceso el 1° de febrero de 2017: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/02/Asiain-Comentarios-al-Proyecto-de-Ley-de-Reconocimiento-de-la-Libertad-de-Conciencia-e-Ideario3.pdf>
- Bayardo Bengoa, Fernando, *Derecho Penal Uruguayo*, 3a. Ed., UdelaR, Montevideo, 1978.
- Bettetini, Andrea, *Libertad de conciencia y objeción al aborto*, acceso el 1° de febrero de 2017, <http://www.iustel.com/v2/revistas/buscador.asp?id=2&autor=%22Andrea%20Bettetini%22>
- De Maglie, *Los delitos culturalmente motivados*, (trad. Macías Caro), Madrid, Barcelona, Bs. As., 2012.
- Flores Mendoza, Fátima, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 2001.
- González Cifuentes, Natalia, *Objeción de Conciencia y Aborto*, Universidad Católica de Valencia, Máster en Bioética, 2011, inédito.
- Hirsch, Hans Joachim, *Derecho Penal - Obras Completas - Tomo II*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- Jericó Ojer, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª Ed., COMARES, Granada, 2002.

- Javier, Juvenal M., «Reflexiones sobre la objeción de conciencia e ideario en el Uruguay a partir de las leyes 18.987 y 18.473», *Revista de Derecho Público*, n° 43, (2013): 33-56, acceso el 1º de febrero de 2017: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/43/archivos/Juvenal.pdf>
- León Correa, Francisco Javier, «Fundamentos ético-jurídicos de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud», *Revista Conamed, Comisión nacional de arbitraje médico*, 42 (4) (México, 2007): 3-8.
- Leyra Curiá, Santiago, *Participación política de la sociedad civil y objeción de conciencia al aborto*, tesis doctoral dirigida por el Profesor Doctor D. Rafael Navarro-Valls. Universidad Complutense de Madrid, (marzo 2011), visitada el 1º de febrero de 2017: <http://eprints.ucm.es/15362/1/T33489.pdf>
- López Moratalla, Natalia, «Cuando los conflictos de conciencia se plantean por el buen hacer profesional. Objeción de ciencia en la práctica médica», *ACEPRENSA*, (23.7.2008).
- Luzón Peña, Diego Manuel «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», *InDret*, n° 1 (2013). Acceso el 2 de febrero de 2017: <http://www.indret.com/pdf/945.pdf>
- Martín de Agar, José T., en AA.VV. «Objeción de conciencia», *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México D.F. (1998): 231-253. Acceso el 2 de febrero de 2017: <http://bibliotecanonica.net/docsaa/btcaad.htm>
- Martín de Agar, José T., *Problemas Jurídicos de la Objeción de Conciencia*, acceso el 2 de febrero de 2017: http://bib26.pusc.it/can/p_martinagar/Pubblicazioni/objecion.pdf,
- Martínez Otero, Juan Ma., «La Objeción de Conciencia del Personal Sanitario en la Nueva Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria Del Embarazo», *Cuadernos de Bioética*, n° XXI, (2010/3), Valencia: 229-312. Aquí hacemos referencia al artículo publicado en la web. Acceso el 2 de febrero de 2017: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87518698001>
- Mendoza Perdomo, Juan Francisco, «Alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia», *IUSTA*, n° 37, Bogotá, (2012): 137- 162.
- Montano, Pedro, *Objeción de conciencia y Derecho Penal*, acceso el 1 de febrero de 2017, <http://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/171/163>
- Muñoz Conde, Francisco, «La objeción de conciencia en Derecho Penal» en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Silva Sánchez (ed.), (BOSCH,

- Barcelona, 1997): 279-295. Acceso el 2 de febrero de 2017: <http://neopanopticum.wordpress.com/2012/09/01/la-objecin-de-conciencia-en-derecho-penal-f-muoz-conde/>
- Navarro Valls, J, «La objeción de conciencia a tratamientos médicos», en *Derecho eclesiástico del Estado español*, (EUNSA, 1993).
- Prieto, Vicente, *La objeción de conciencia en instituciones de salud*, (Universidad de La Sabana, Bogotá, 2013).
- Romeo Casabona, Carlos M^a, «El Derecho a la objeción de conciencia», en Héctor Gros Espiell Amicorum Liber, (BRUYLANT, 1997): 1307-1327.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, (Thomson-Civitas, Madrid, Trad. de la 2^a ed. alemana, 2006).
- Tórtora Aravena, Hugo, «Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile», *Revista de Derechos Fundamentales*, n^o 7, Viña del Mar, (2012): 87-115. Citamos la versión disponible en la web, acceso el 2 de febrero de 2017, <http://www.derechosfundamentales.cl/07/>
- Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, (Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009), acceso el 2 de febrero de 2017: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf

El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos

The conventionality control by the States part of the American Convention on Human Rights and chilean courts.

*Humberto Nogueira Alcalá**

*Universidad de Talca

nogueira@utalca.cl

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1375>

RESUMEN: El artículo tiene por objeto considerar las principales disposiciones de derecho positivo de la CADH que posibilita el desarrollo de la concepción del control de convencionalidad interno que deben desarrollar los estados parte de acuerdo con la jurisprudencia emanada de la Corte IDH. Así mismo se determina los contenidos que considera dicho control de convencionalidad en su estado actual, en el cual se ha producido una evolución y algunas precisiones que originalmente no estaban determinadas. A la luz de tal perspectiva, se analizan algunas sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional chileno que implementan distintos aspectos de dicho control de convencionalidad.

Recibido: 29/12/16. Revisado: 24/01/17. Observado: 24/03/17. Aceptado: 25/04/17.

PALABRAS CLAVE: Convención Americana sobre Derechos Humanos, control de convencionalidad interno, jurisprudencia de Corte Suprema y Tribunal Constitucional de Chile.

ABSTRACT: The article aims to consider the main provisions of positive law of the ACHR that enables the development of the concept of internal conventionality control of that must be developed States party in accordance with the issued jurisprudence of the Inter-American Court. Also is determines the content that considered said of conventionality control in its State current, in which is has produced an evolution and some details that originally not were certain. To the light of such perspective, is analyzed some sentences of the Supreme Court and of the Chilean Constitutional Court that implement different aspects of said conventionality control.

KEYWORDS: American Convention of Human Rights, conventionality control internal, jurisprudence of Supreme Court and the Constitutional Court of Chile.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Consideraciones preliminares. 2.1. Las obligaciones generales convencionales para los estados. 2.2. Reglas de interpretación de derechos establecidas por la Convención. 2.3. La Corte IDH como intérprete final de la CADH. 2.4. Las sentencias de la Corte IDH como obligaciones de resultado y cosa juzgada material. 3. El control de convencionalidad interno que deben practicar los estados partes, 3.1. Elementos básicos que integran el control de convencionalidad interno que deben concretar los Estados parte de la CADH. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

1.

INTRODUCCIÓN

Mediante este artículo sólo se analizan los fundamentos de derecho positivo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que posibilitan el surgimiento y desarrollo de la concepción del *control de convencionalidad interno* que deben desarrollar los estados parte de dicho tratado conforme determina la Corte IDH, como asimismo se esclarecen los ámbitos que constituyen el contenido básico y central de dicho control de convencionalidad desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la primera sentencia en que es asumido, el *fallo Almonacid Arellano v/s Chile de 2006* y su desarrollo y evolución hasta el presente, entregando un concepto de lo que se entiende por dicho control de convencionalidad interno. Asimismo, el análisis se concreta con información de la *ratio decidendi* o *holding* de sentencias adoptadas por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional de Chile, como uno de los estados partes de la CADH. Finalmente, se presentan algunas conclusiones de dicho análisis en el caso chileno. Este trabajo no pretende abordar todas las aristas de dicho control de convencionalidad ni todos los enfoques doctrinales que se han desarrollado en la materia.

2.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES DE MARCO JURÍDICO DE LA CADH

La Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye un tratado internacional cuyo objetivo y finalidad es la protección y garantía de los derechos humanos asegurados en el *corpus iuris* determinado por dicha convención, estableciendo una jurisdicción vinculante para los estados partes que la asuman a través de la Corte IDH, sin perjuicio de la función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El sistema interamericano como lo establece la propia CADH constituye un sistema complementario y subsidiario de los sistemas nacionales de protección de tales derechos, por lo cual los órganos estatales nacionales son los principales obligados a respetar y garantizar dichos derechos a todas las personas sometidas a la jurisdicción del Estado parte respectivo, sólo si dicha obligación jurídica no se ejecuta por los respectivos estados partes o tal actividad de los órganos estatales se desarrolló en forma deficiente o con desconocimiento de derechos humanos, en forma sub-

sidiaria interviene la Corte IDH, previa actividad prejudicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante petición formulada por las personas que hayan sido vulneradas en sus derechos por la actuación de cualquiera de sus autoridades o funcionarios.

El sistema interamericano, como lo establece la propia CADH en su Preámbulo, constituye una *protección internacional coadyuvante o complementaria* de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, por lo cual los órganos estatales nacionales son los principales obligados a concretar el respeto y garantía de dichos derechos a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sólo si dicha obligación jurídica no se ejecuta por los respectivos estados partes o tal actividad de los órganos estatales se desarrolló en forma deficiente o con desconocimiento de derechos humanos, en forma coadyuvante, subsidiaria o complementaria interviene la Corte IDH¹, previa actividad prejudicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante petición formulada por las personas que hayan sido vulneradas en sus derechos por la actuación de cualquiera de sus autoridades o funcionarios.

2.1. LAS OBLIGACIONES GENERALES CONVENCIONALES PARA LOS ESTADOS

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos constituye un marco jurídico internacional acordado por los Estados Parte con el objeto y fin de establecer un sistema colectivo que determina estándares mínimos comunes en materia de respeto y garantía de derechos humanos, como asimismo de adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales y de los actos de sus órganos, autoridades y funcionarios conforme a dicho estándar de derechos, determinados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) conforme determinan los artículos 1 y 2 de dicha Convención².

La primera obligación jurídica general vinculante para los Estados parte derivada del artículo 1° de la CADH es la de respetar los derechos contenidos en el corpus iuris interamericano, como obligación directa e inmediata desde el momento de la ratificación de la CADH. La segunda obligación es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber jurídico de los estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general,

¹ Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C.Nº 259, párrafo 142. Ver entre otros autores, Contreras, Pablo. “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional. en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 238.

² Nogueira Alcalá, Humberto. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, 1167-1220.

todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar y garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos³.

La segunda obligación jurídica general vinculante para los Estados Parte es la establecida en el artículo 2° de la CADH, la de adecuar todo el ordenamiento jurídico estatal al cumplimiento de los estándares interamericanos de derechos humanos, como asimismo las conductas de todos los órganos, autoridades y funcionarios estatales, mediante las adecuaciones normativas y de sus actos a los deberes jurídicos convencionales⁴.

La segunda obligación jurídica general vinculante para los Estados Parte es la establecida en el artículo 2° de la CADH:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Dicha obligación jurídica implica para los Estados Partes el adecuar todo su ordenamiento jurídico estatal al cumplimiento de los estándares interamericanos de derechos humanos, como asimismo las conductas de todos los órganos, autoridades y funcionarios estatales, realizando las adecuaciones normativas y de las conductas y actos de sus órganos, autoridades y a los deberes jurídicos convencionales que posibiliten una actuación conforme con el corpus iuris interamericano⁵.

Los Estados parte conocen, aceptan y se comprometen a cumplir (*pacta sunt servanda*) de buena fe esta obligación jurídica al aprobar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ningún Estado Parte puede desconocer las competencias que el tratado ratificado entrega a la Corte IDH, la que en virtud del artículo 2°, 63, 67 y 68 de la CADH puede dictar sentencias vinculantes que constituyen cosa juzgada material que como medidas de reparación establezcan la necesidad de adecuar el derecho interno a los estándares convencionales, lo que emana de una lectura de buena fe y con voluntad de cumplir las obligaciones generales a que el Estado Parte se obligó al ratificar la Convención en el libre ejercicio de su soberanía, auto limitándola al contraer las obligaciones jurídicas respectivas.

³ Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Carlos María Pelayo Moller. “La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, 141-192.

⁴ Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Carlos María Pelayo Moller. “El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del artículo 2° de la Convención Americana”, 53-99.

⁵ Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Carlos María Pelayo Moller. “El deber de adoptar”: pp. 53-99.

Ello no está escondido en ninguna parte, es evidente a cualquier lector serio de la CADH, por muy crítico que sea de ella⁶.

Dicha obligación implica la posibilidad de modificar cualquier norma del ordenamiento jurídico interno, si ella es contraria al estándar mínimo de derechos que implica el *corpus iuris* interamericano por decisión jurisdiccional vinculante de una sentencia de la Corte IDH y de las medidas de reparación contenidas en ella, ya que dicha obligación emana del artículo 2 de la Convención y del reconocimiento de la competencia jurisdiccional vinculante de la Corte IDH.

Esta obligación jurídica convencional debe concretarse conforme al principio imperativo (*Ius Cogens*) de cumplir de buena fe la obligación jurídica pactada y de no poner obstáculos de derecho interno al cumplimiento de ella, conforme determinan los artículos 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. La profesora Ximena Fuentes ha sostenido que el artículo 27 señalado no obliga a los tribunales internos a preferir el derecho internacional⁷, sin embargo, ello es claramente desmentido por los documentos oficiales de Naciones Unidas sobre el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados⁸, además de la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Es deber general del Estado Parte cumplir lo pactado, sin oponer a ello obstáculos de derecho interno, en el caso chileno, además está expresamente asumido por el artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución, luego de la reforma constitucional de 2005, ello implica en el ámbito de los derechos humanos, que las obligaciones asumidas por el Estado Parte para cumplir con el respeto y garantía de los derechos convencionales asumido en virtud de las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 1 y 2, implica que las medidas de derecho interno que los órganos y autoridades estatales deben adoptar han de ser efectivas (principio del *effét utile*). Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación y su derecho interno sustantivo y procesal a la normativa de protección de los derechos asegurados por el *corpus iuris* interamericano, como ha precisado la Corte IDH en su jurisprudencia⁹ y como los estados se han obligado jurídicamente a cumplir conforme al artículo 2° de la CADH.

⁶ Zúñiga, Francisco. "Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica": 439.

⁷ Fuentes, Ximena. (2007). "El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja", en *Publicaciones del SELA*, (Escuela de Derecho, Universidad de Yale).

⁸ Sobre el alcance del art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, ver *Official Records. First Session, 29TH Meeting: Documento A/Conf. 39/C 1/1, 181, Yearbook of the United Nations, 1968, p. 843 y ss.* La disposición tiene por objeto impedir que los Estados puedan invocar la respectiva Constitución, a fin de sustraerse al cumplimiento de los tratados por ellos libremente ratificados o asumidos.

⁹ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, párrafo 87.

La adopción de “*medidas legislativas*” que la CADH establece como deber del Estado cuando no se encuentran debidamente asegurados y garantizados los derechos convencionales, implica el deber estatal de adoptar medidas normativas de derecho interno (constitucionales, legales, administrativas) que armonicen el derecho interno con el corpus iuris interamericano, asegurando y garantizando los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH. Sobre dichos estándares el Estado tiene siempre la libertad de asegurar mayores atributos y garantías de los derechos que los establecidos convencionalmente. Asimismo, en la materia rige como reglas interpretativas básicas contenida en la misma Convención, en su artículo 29, los postulados o principios de “*progresividad*” y “*favor persona*”¹⁰, este último derivado del art. 29, literal b) de la CADH, lo que posibilita aplicar los estándares de otros tratados en que el Estado forme parte que establecen estándares superiores de atributos y garantías de los derechos que los contenidos en la CADH.

Como lo señaló explícitamente la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*:

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana¹¹.

¹⁰ El principio pro homine o favor persona la CIDH lo ha aplicado reiteradamente, a manera ejemplar se pueden citar en las Opiniones Consultivas 1/82, párrafo 24; OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo. 52; la Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 agosto de 1986, especialmente Opinión separada Magistrado Rodolfo Piza Escalante; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03. (Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados), Serie A N° 18. párrafo 156; como en los casos contenciosos, entre los cuales puede citarse el de *Caso Ricardo Canese*, párrafos. 180 y 181; el *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, párrafo 106; el caso “*Ivcher Bronstein con Perú*”, párrafos 42 y 54.

¹¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párrafo 123.

Las *medidas generales* impuestas en las sentencias de la Corte IDH como medidas de reparación integral¹², determinadas por el artículo 63 de la CADH, conectan con esta obligación de garantía: Remover defectos estructurales, y prevenir las amenazas o factores de riesgo, en definitiva, adoptar medidas preventivas de las lesiones de derechos. Mediante ellas, la Corte IDH impone criterios e interpretaciones vinculantes a los Estados, que deben adaptarse al Convenio para garantizar efectivamente los derechos. La plena conexión de sentido entre interpretación vinculante y medidas generales de reparación es muy estrecha.

Los Estados parte conocen, aceptan y se comprometen a cumplir esta obligación jurídica al aprobar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nadie puede desconocer que a través de una sentencia de la Corte IDH, esta puede como medida de reparación integral determinar, conforme con los artículos 2, 63, 67 y 8 de la CADH, la posibilidad de modificar cualquier norma del ordenamiento jurídico interno, si ella es contraria al estándar mínimo de derechos que implica el *corpus iuris* interamericano. Esta obligación jurídica convencional debe concretarse conforme al principio imperativo (*Ius Cogens*) de cumplir de buena fe la obligación jurídica pactada y de no poner obstáculos de derecho interno al cumplimiento de ella, conforme determinan los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹³. Dicha obligación jurídica genera la respectiva responsabilidad internacional del Estado si ella no se cumple, pero además determina un acto inconstitucional conforme al artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución, el cual precisa que *“Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”*. Ni el Estado de Chile ni ninguno de los órganos estatales o sus autoridades tienen competencia para dejar sin efecto, introducir modificaciones o dejar de cumplir los mandatos jurídicos establecidos en los tratados internacionales *unilateralmente* y sin asumir las reglas del tratado respectivo o en su caso, las reglas generales del derecho internacional. Los tratados pueden ser denunciados si sus normas lo permiten de conformidad con el tratado o de conformidad con las normas generales del derecho internacional contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

¹² García Ramírez, Sergio. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, 1-86. Rousset Siri, Andrés Javier. “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 59-79.

¹³ Sobre el alcance del art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, ver Official Records. First Session, 29TH Meeting; Documento A/Conf. 39/C. 1/1, 181, Yearbook of the United Nations, 1968, p. 843 y ss. La disposición tiene por objeto impedir que los Estados puedan invocar la respectiva Constitución, a fin de sustraerse al cumplimiento de los tratados por ellos libremente ratificados o asumidos.

Conforme al derecho internacional, las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno, conforme determinan los principios de *ius cogens* determinados en el artículo 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que Chile ha constitucionalizado en el artículo 54 numeral 1°, inciso quinto de la Carta Fundamental, reformada en 2005, la cual explicita textualmente: “Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional”.

La Constitución en el caso chileno asimismo determina en su artículo 5° inciso 2°, la *limitación del ejercicio de la soberanía* (potestad estatal) *por el respeto de los derechos esenciales*, siendo deber constitucional de los órganos estatales “*respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, como asimismo por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*”¹⁴. Es así que la propia Constitución es la que habilita la incidencia del derecho internacional en el interior del Estado, al reenviar a los tratados que aseguren derechos humanos, haciendo aplicables enunciados normativos, cuyo origen, validez y vigencia están determinados por el derecho internacional. Como señala, “En el caso de la Convención Americana, y los países que han aceptado la jurisdicción de la CIDH, existen buenas razones para aceptar que una cláusula de incorporación de su derecho (como es el caso de Chile por el artículo 5° inciso 2° de su Constitución Política) es suficiente para justificar el control de convencionalidad”¹⁵.

Como señala la Sentencia de la Corte Suprema. Rol N° 4183, 6 de abril de 2007, considerando 66.

(...) En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mencionado artículo 5°, sino también del artículo 1° inciso primero y cuarto, del artículo 19 N° 26 de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales (...).

Tales *deberes jurídicos constitucionales determinados por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución*, involucran a cada uno y todos los órganos, autoridades y funcionarios del

¹⁴ Las cursivas son del autor (NE).

¹⁵ Fuenzalida Bascañán, Sergio. “*La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del ‘examen de convencionalidad’*”.

Estado, como lo ha determinado la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema¹⁶ cuanto la del Tribunal Constitucional.

La Corte Suprema chilena, luego de la sentencia del *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, asume los estándares determinados por la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de crímenes de lesa humanidad como inamnistiables e imprescriptibles, debiendo siempre ser investigados, determinados los posibles responsables y éstos ser sancionados conforme al derecho vigente. Los *líder cases* en la materia son las sentencias de la Corte Suprema, Rol N° Rol N° 559-2004, y Rol N° 3125 – 04.

La sentencia Rol N° 559-2004, de 13 de diciembre de 2006, en el considerando 26, señala:

Que, como ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos como el asesinato, cometido en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil, bastando ‘un solo acto cometido por un perpetrador’ en tal contexto, sin que sea necesario ‘numerosas ofensas para ser responsable’.

La prohibición de cometer estos crímenes “es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general”.

La sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007, determina la aplicación directa e inmediata de los principios imperativos de derecho internacional o *ius cogens*, respecto de crímenes de lesa humanidad, en sus considerandos 31 y 32:

Trigésimo Primero: Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o “*ius cogens*”. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo “*in limine*” por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual, junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.

Trigésimo Segundo: Que esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y de las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas. Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son reglas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o vo-

¹⁶ Carlos Kunsemuller Loebenfelder (2014), 347-379.

luntad, sino por la formación de una posterior disposición consuetudinaria de efecto contrario. La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia.

En sentencia de la Corte Suprema Rol N° 2596- 09, de 8 de julio de 2010, Caso Prats, en el considerando décimo cuarto se determina:

(...) Los principios de acuerdo con los cuales se consagran la imprescriptibilidad de tales delitos, la imposibilidad de amnistiarlos y el establecimiento de circunstancias excluyentes de responsabilidad, que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, de este postulado se sigue que de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo, por tanto, una normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo.

Es la misma Corte Suprema, en Sentencia Rol N° 9031-2013, de 9 de noviembre de 2013, considerando 12, precisa el rol que le corresponde en el respeto y efectiva vigencia de los derechos humanos mediante el control de convencionalidad:

La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los estados por el hecho de ser partes del sistema internacional. Lo anterior constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales, especialmente, sus instancias superiores. (...).

(...) La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y *ius cogens*, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atiende a los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso.

Recientemente la Corte Suprema ha vuelto sobre la misma materia, determinando en su sentencia *Rol N° 27.543-16, de 3 de octubre de 2016*, lo siguiente:

No debe olvidarse que, como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe, es decir, con la voluntad de hacerlos efectivos (este principio de derecho internacional emana de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26) y que, además -o como consecuencia de lo anterior-, el incumplimiento del fallo trae consigo la responsabilidad internacional del Estado de Chile, conforme a los artículos 65 y 68 N° 1 de la Convención, por lo que todos sus órganos –incluyendo esta Corte, huelga señalar- en el ámbito de sus competencias deben tener en consideración dichas obligaciones, para no comprometer la responsabilidad del Estado (...)

En la misma sentencia la Corte Suprema agrega:

(...) Empero, conviene resaltar que, aun de no haberse dictado el pronunciamiento referido por la CIDH en el caso “Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros versus Chile”, igualmente esta Corte Suprema debe procurar adoptar una interpretación de las normas procesales nacionales que conduzca al resultado indicado en ese pronunciamiento, dado que lo resuelto por la CIDH no busca sino hacer realidad el derecho a un recurso efectivo y rápido que consagra la Convención Americana de Derechos Humanos que fue suscrita y ratificada por Chile y, por tanto, derecho vigente de nuestro ordenamiento de rango constitucional conforme al artículo 5, inciso 2°, de la Carta Fundamental.

La Corte Suprema también ha resuelto la falta de legitimidad de la ausencia de reglas que impiden el derecho de sufragio de personas privadas de libertad, tomando como parámetro el corpus iuris interamericano, precisando lo siguiente:

Que con el mérito de lo expuesto [artículo 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 23 de la CADH], se puede concluir que el actuar de las recurridas es ilegal, toda vez que conforme se ha expuesto precedentemente estas se encuentran obligadas tanto por la normativa interna como por los tratados internacionales suscritos por Chile a velar por el oportuno y adecuado ejercicio del derecho a sufragio de los recurrentes, quienes mantienen incólume su derecho a sufragio como los demás ciudadanos y sin embargo no pueden ejercerlo vulnerándose la garantía de igualdad de trato, motivo por el cual el recurso de protección debe ser acogido.¹⁷

La Corte de Apelaciones de Santiago retoma el estándar determinado por la Corte IDH en el caso *Norín Catrimán vs. Chile* relacionado con el derecho al recurso como parte del debido proceso y garantías judiciales en sentencia de 2015:

Esto que se viene enunciando es coherente con la regulación legal del recurso de nulidad penal en Chile y tiene correspondencia con el derecho al recurso, integrante del derecho al debi-

¹⁷ Corte Suprema. Rol N° 87743-2016, 2 de febrero de 2017, considerando 9.

do proceso, que consagran tanto nuestra Carta Fundamental como los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por nuestro país. Con relación a esto, ha de recordarse que -en un fallo de reciente pronunciamiento, con la particularidad de estar específicamente referido a nuestro recurso de nulidad-, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó consignado que si bien no estuvo en condiciones de concluir que la causal del artículo 374, letra e) del Código Procesal Penal no cumpla ‘con el estándar del recurso eficaz’ que consagra la respectiva Convención, puso el acento en que ‘la interpretación que los tribunales internos realicen de la referida causal, debe asegurar’ el derecho a recurrir de fallo, asumiendo que ello ha de ser expresión de la necesidad de propiciar la ‘revisión integral’ del mismo (...)’¹⁸.

Por su parte, el *Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 2493, de 6 de mayo de 2014*, ya determina el uso de los estándares de derechos humanos del corpus iuris interamericano:

Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política.

Un mes más tarde, el Tribunal Constitucional, en *sentencia Rol N° 2492-13 de junio de 2014, en su considerando 17°*, explicita la existencia de “Nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile”.

A su vez, el Tribunal Constitucional en *sentencia rol N° 2.493-13, considerando 12*, el Tribunal Constitucional hace alusión al deber jurídico vinculante para el Estado chileno conforme al artículo 2° de la CADH, de adecuar su normativa al estándar internacional vigente en materia de justicia militar: “Que, al decidir de esta forma una acción singular, esta Magistratura entiende contribuir –en el ámbito de su competencia– al cumplimiento del deber impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile para adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar.”

El Tribunal Constitucional en la *sentencia Rol N° 2.492, considerandos 24°*, utiliza así el artículo 5° inciso 2°, como norma constitucional vinculante para el Tribunal Constitucional que le permite el reenvío al artículo 8° de la CADH y tener en consideración

¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°427-2015, sentencia de 10 de abril de 2015, considerando séptimo.

la interpretación del mismo de la Corte IDH, fortaleciendo los atributos del debido proceso no contemplados en el artículo 19 N° 3 de la Constitución:

Que la vulneración de los derechos a ser oído por un juez o tribunal competente, a un proceso público y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, constituye un conjunto de infracciones al artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este artículo tiene su correspondencia en el orden constitucional chileno a través del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

El Tribunal Constitucional chileno utiliza también el estándar interamericano respecto del *derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior* desarrollado por la Corte IDH en base al artículo 8, letra h) de la CADH, en las *sentencias Roles 2743-14-INA y 2791-15-INA, ambas de 3 de marzo de 2016*, en el considerando 38:

Que el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior está recogido en el artículo 8°, letra h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta garantía, sustentada en precisiones en cuanto a procedimientos que involucren niños y adolescentes, aparece recogida en la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N°17, §134, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Condición Jurídica de los Derechos Humanos del Niño), e igualmente en las garantías en el marco de los procesos, donde se reconoce el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, a raíz de lo cual la Corte Interamericana requiere de la existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, realizando una verdadera revisión de la sentencia (...).

(...) Es más, el recurso debe tener eficacia, lo cual implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C N°225, §99; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Fondo y reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C N°260, §244).

El Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 2615-14, de 30 de octubre de 2014, reconoce y usa el concepto de *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, en la parte considerativa de la sentencia para esclarecer el contenido, sentido y alcance del artículo 411 quáter del Código Penal en lo referente a la tipificación de la esclavitud o “*prácticas análogas a esta*”, *utiliza el corpus iuris* internacional de derechos humanos.

Este corpus iuris está integrado en consideración del Tribunal Constitucional por diversos tratados o Convenciones sobre Derechos Humanos, ellas están establecidas en el inciso 5° que se refiere a la Convención sobre la Esclavitud de Ginebra de 1926 modificada

en Nueva York en 1953 conforme con Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias; en el inciso 6° que considera la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de Ginebra de 1956; en el considerando 8° que se refiere al Convenio N° 29 de 1930, sobre Trabajo forzoso complementado por el Protocolo de 2014, como asimismo la Declaración y Programa de Durban que condena la esclavitud y las prácticas similares a la esclavitud; el considerando 9° que hace referencia a la Convención de Roma sobre Tribunal Penal Internacional en su artículo 7°; el considerando 12° que se refiere al artículo 4° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas; al artículo 6° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los artículos 10 y 11 de la En el considerando 13° se considera este como un “corpus iuris” sólidamente asentado sobre la materia de la esclavitud en todas sus formas, incluidas las formas modernas de las mismas. En el considerando 14° se refiere a la Convención de Palermo de Naciones Unidas, contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos sobre Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar o Aire y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños del año 2000.

La consideración de las normas de este corpus iuris permite al Tribunal Constitucional desentrañar que la expresión *prácticas análogas a esta*, se refiere a las formas modernas análogas a la esclavitud que el Estado obligado por dichos tratados debe tipificar en el ordenamiento jurídico interno conforme al sentido y alcance de las convenciones y protocolos que ratificó en la materia, siendo las fuentes internacionales una pre-tipificación a la cual deben ceñirse los Estados Partes por estar obligados a ello, lo cual concreta con la ley dando lugar al artículo 411 quáter del Código Penal.

La sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1361-09, su sentencia sobre la LEGE de 2009, donde aplica el principio pro homine o favor persona, desarrollado por la Opinión Consultiva N° 5/1985 de la CIDH, en aplicación del artículo 29 de la CADH:

Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: “En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985)”;

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73°.

2.2. REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE DERECHOS ESTABLECIDAS POR LA CONVENCION

Cabe señalar que ni en la Constitución ni en la ley chilena hay normas específicas de interpretación de los derechos fundamentales o derechos humanos. Cabe así explicitar que las reglas establecidas en el artículo 29 de la CADH son las normas jurídicas de derecho interno, sin dejar de ser derecho internacional, con mayor fuerza normativa en nuestro ordenamiento jurídico sobre la materia²⁰, conforme a las cuales todos los órganos, autoridades y funcionarios estatales quedan vinculados y deben concretar al interpretar y aplicar derechos.

En el artículo 29 de la CADH, se determina:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Dicha regla prohíbe a los Estados que son parte de la CADH impedir o eliminar en el ordenamiento jurídico estatal el goce y ejercicio de los derechos humanos asegurados y garantizados convencionalmente o regularlos restrictivamente en mayor grado que lo que autoriza el corpus iuris interamericano:

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”; (*principio favor persona*).

En una primera aproximación, el principio *favor persona*²¹ emana del contexto, objeto y fin de los tratados internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos, determinando para sus aplicadores una interpretación que optimice el aseguramiento, garantía y efectivo ejercicio y goce de tales derechos en su conjunto, dando preferencia siempre a

²⁰ Sobre la materia ver, Rodríguez, Gabriela. (2014). “Artículo 29. Normas de interpretación”, en Steiner, Christina y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, (Santiago, Fundación Konrad Adenauer Stiftung- Tribunal Constitucional de Chile).

²¹ Nogueira Alcalá, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, 243-245. Aguilar, Gonzalo y Humberto Nogueira. “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno...”, 13-43. Peña, Marisol. “El principio pro homine o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, 131 – 154. Muñoz Gajardo, Sergio. “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, 149 – 247. Sagués, Néstor Pedro. “la interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, 33-52. Sagués, Néstor Pedro. “Derechos nacionales e internacionales ...”, 390. Pinto, Mónica. “El Principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, 163-172.

aquella perspectiva que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica de tales derechos, como asimismo la aplicación preferente de aquella norma que mejor protege los atributos que integran los derechos o que los garantiza más ampliamente. Además, en el caso de restricción o limitación a los derechos, dicho principio obliga a no extender analógicamente las restricciones, las que deben considerarse como de derecho estricto.

Por otra parte, debe señalarse que -respecto del principio *favor persona*- éste se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales que afectan a los mismos. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siempre se debe preferir aquella interpretación que mejor garantice un efecto útil, es decir, que sea una eficaz garantía de los derechos de las personas tanto en el ámbito sustantivo como procedimental²².

Así lo ha reiterado la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en su párrafo 84: “En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano²³”.

Asimismo, el principio *favor persona* tiene una vertiente normativa ya mencionada, la que ayuda a superar otro tradicional debate relacionado con la jerarquía de las normas sobre derechos que se sustentan en la dignidad humana o son atributos de la persona humana, pues teniendo el ordenamiento estatal como objetivo y fin último el respeto, aseguramiento, garantía y promoción de los derechos de las personas, conforme con los artículos 1° y 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, lo que importa es la aplicación del enunciado normativo que mejor asegure y garantice los atributos que integran los derechos. Así lo explicita también Castilla en el caso mexicano, siempre debe aplicarse “*la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico*” (24).

Un ejemplo en tal sentido, lo constituye la sentencia de la Corte IDH en el Caso Ricardo Canese (2001):

²² Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C N° 122, párrafo 105.

²³ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párrafo 84.

²⁴ Castilla, Karlos. “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 9 N° 2. (Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, 2011).

181. Es preciso recordar que la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, “debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”²⁵.

La Corte IDH ha entendido que el artículo 29 literal b) de la CADH expresamente *obliga* a un examen judicial que incorpore, al momento de determinar el alcance de los derechos, todas aquellas normas jurídicas, tanto nacionales como internacionales, que hayan reconocido los atributos y garantías de un derecho de forma más extensa.

En tal perspectiva, la Corte IDH se ha referido constantemente a diversos instrumentos internacionales, ya sean regionales o universales, con el fin de dar sentido a los derechos reconocidos en la CADH, pero atendiendo a las circunstancias específicas del caso²⁶.

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

Esta regla reconoce lo que en muchas constituciones latinoamericanas se explicitan como los derechos implícitos o no enumerados. Ello implica reconocer que hay derechos que no se encuentran explicitados en normas de derecho positivo y que ellas pueden deducirse de valores y principios de los ordenamientos jurídicos respectivos.

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

*Esta regla faculta a la Corte IDH y a los tribunales nacionales para la utilización de toda otra convención o declaración ratificada o aceptada por el Estado respectivo como parte del corpus iuris respectivo*²⁷. En esta perspectiva, debe tenerse presente la Opinión Consultiva OC-1/82

²⁵ Corte IDH, *Caso Ricardo Canesse vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C N° 111, párrafo 181.

²⁶ Véanse, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia (Fondo)*, Sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie C, N° 90; Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Fondo)*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, N° 70 (alcance del derecho a la vida en situaciones de conflictos armados no internacionales); Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de julio de 2006, serie C, N° 148 (prohibición del trabajo forzado u obligatorio); Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, N° 107 (relación entre la libertad de expresión y la sociedades democráticas y alcance del derecho a la revisión de la sentencia penal); Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo)*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, N° 63 (derechos específicos de los niños y niñas, menores de 18 años); y Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, N° 125 (derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas), para solo señalar algunas sentencias en la materia.

²⁷ Ver Sentencia Corte IDH, “*Caso Comunidad Garifuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*”, de 8.10.2015, párrafos 211 y 225.

“Otros Tratados”²⁸. A su vez, en la Opinión Consultiva OC 16/99, “Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), en su párrafo 42, la Corte IDH sostuvo:

El corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones [...]”²⁹.

En la misma senda, la Corte IDH, en la OC 21/14 sostiene que,

(...) la función que el artículo 64 de la Convención atribuye a la Corte forma parte del sistema de protección establecido por dicho instrumento internacional. Por consiguiente, este tribunal interpreta que excluir a priori de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materias concernientes a derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas en el artículo 29.b).

De esta manera, en virtud del literal 29 b), que refuerza el literal d) del mismo artículo 29, *son parte del corpus iuris y del parámetro de control interamericano en la tarea de respeto y garantía de los derechos*, los tratados del sistema de Naciones Unidas de derechos humanos, las convenciones de Naciones Unidas sobre protección de derechos específicos, las convenciones y declaraciones complementarias del sistema interamericano: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Carta de Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, sin que ello sea taxativo); los convenios de la OIT, y todo otro tratado o convención, ratificados por el res-

²⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC 1/82, de 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1,

²⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 16/99, «*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*», solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, serie A, N° 16, párrafo 115.

pectivo Estado³⁰, o declaración que contenga atributos o garantías de un derecho humano, como por ejemplo, la Convención sobre Derechos Consulares, que contiene como atributo del debido proceso, la asistencia consular a los extranjeros del respectivo país detenidos o imputados de delitos.

2.3. LA CORTE IDH COMO INTÉRPRETE FINAL DE LA CADH

El artículo 62 de la CADH, párrafo 1°, determina:

Todo Estado Parte, puede en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, *declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.*

Se añade en el mismo artículo, párrafo 3°:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Dicha disposición determina el carácter de intérprete auténtica y final de la Corte IDH respecto del corpus iuris interamericano.

El Estado chileno asume explícitamente, en el Decreto Promulgatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos N° 873, de Relaciones Exteriores, de 23 de agosto de 1990, letra b), dicha competencia; allí sostiene que: “el Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativo a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62”.

Dicha interpretación vinculante para los estados expresada por la Corte IDH emana por igual de los casos contenciosos como de las opiniones consultivas³¹. Ello no solo es así porque lo determina la propia Corte, sino porque es obvio que la función de intérprete final de la CADH la ejerce cuando desarrolla su competencia tanto en los casos contenciosos

³⁰ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Serie A N° 16, párrafo 115.

³¹ Corte IDH. Opinión Consultiva N° 21/14, de 19 de agosto 2014, párrafo 31.

como consultivos, en ambos casos es la intérprete auténtica y final de la Convención, como en el plano interno de los estados es la jurisdicción constitucional respectiva.

Dicha interpretación vinculante para los estados expresada por la Corte IDH emana por igual de los casos contenciosos como de las opiniones consultivas³². Ello no solo es así porque lo determina la propia Corte, sino porque es obvio que la función de intérprete final de la CADH la ejerce cuando desarrolla su competencia tanto en los casos contenciosos como consultivos, en ambos casos es la intérprete auténtica y final de la Convención, como en el plano interno de los estados es la jurisdicción constitucional respectiva. Basta señalar que la Corte IDH al pronunciarse en sentencias y opiniones consultivas interpreta y dota de contenido a las disposiciones de la CADH, de modo que su doctrina legal y ratio decidendi de las sentencias constituyen una extensión de la CADH. Por otra parte, el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH tiene para los estados partes la perspectiva de prevenir el incumplimiento de los derechos que integran el corpus iuris interamericano y evita ser sancionados por la Corte IDH, tiene así una función preventiva para los estados partes. Asimismo, el principio favor persona exige a los jueces nacionales seguir la interpretación de derecho que mejor favorezca el goce y ejercicio del mismo por las personas.

La amenaza cierta de una inminente lesión de derechos de los justiciables es un principio que impide razonar de un modo y desde una adecuada perspectiva garantista. Actuar de otra forma constituiría asimismo una clara violación de los principios de buena fe en el cumplimiento de los derechos asegurados por el corpus iuris interamericano y del objeto y fin de la CADH, además de un desacato de las sentencias de la CIDH.

Las sentencias de la Corte IDH se dictan en un sistema de protección de derechos que es multilateral y de afirmación colectiva de los estados partes de cumplir el deber jurídico de las obligaciones convencionales. Los Estados parte no pueden actuar como si fueran sujetos jurídicos privados al interior de un Estado, invocando la clásica triple identidad de la cosa juzgada civil. El escenario interamericano es muy diferente, en este último las sentencias de la Corte IDH se asemejan a las sentencias constitucionales que gozan de una eficacia erga omnes.

La interpretación vinculante constituye una *interpretación constructiva de normas* antes que meramente aclaradora de disposiciones escritas por la *apertura de las normas* que reconocen derechos fundamentales y la elasticidad de las normas convencionales, como asimismo, porque “los *supuestos de hecho*” son parte de la norma convencional pero no están escritos en ella como ocurre en las normas penales o tributarias.

³² Corte IDH. Opinión Consultiva N° 21/14, de 19 de agosto 2014, párrafo 31.

La Corte IDH centra su actividad en establecer estándares comunes, señalar principios interpretativos, y precisar los atributos y garantías de los derechos ligadas a las normas que emanan del corpus iuris interamericano, junto a la adopción de medidas de reparación integral para las personas afectadas por la vulneración de sus derechos.

La interpretación de la Corte IDH constituye una *interpretación efectiva*: atiende al ejercicio y goce efectivo de los derechos. Esto exige descender a la sustancia de los derechos y a su eficacia, desechando nominalismos y formalismos vacíos de contenido, *interpretar y aplicar el derecho de acuerdo al principio pro homine o favor persona*.

La *identidad de interpretación* depende de la identidad de *situaciones*, vale decir, unas mismas violaciones y la aplicación de regulaciones semejantes; siendo entonces una misma la razón de decidir. Así la interpretación vinculante depende de la identidad de los *supuestos de hechos*: violaciones y normas”.

En tal perspectiva, una jurisprudencia estatal basada en el literalismo del artículo 68 de la CADH carece de sentido, como lo pudo constatar la CSJN en México, corrigiendo su posición jurisprudencial inicial, porque una *línea jurisprudencial interamericana se construye sobre varios Estados demandados y en diversos casos*; tampoco era razonable desde una lógica de economía procesal, pues suponía asumir el riesgo de una sentencia de condena; *menos sentido tiene desde una garantía efectiva y colectiva de los derechos que es el objeto y fin de la CADH*³³.

Debe señalarse que la interpretación convencional vinculante no es la tradicional *cosa juzgada* civil, ya que no demanda los tradicionales requisitos de la cosa juzgada formal: la triple identidad de los sujetos, el objeto, el *petitum* y la causa de pedir. Asimismo, la vinculación de la interpretación convencional de la Corte IDH posee unos efectos mayores: una eficacia general, abstracta y *erga omnes*. Sólo se aproxima a la autoridad de cosa juzgada *formal* en la idea de que frente a las sentencias de la Corte IDH no cabe recurso alguno. Pero, sobre todo, la interpretación de la sentencia de la Corte IDH entraña la *autoridad* de cosa juzgada *material* en su valor sobre el fondo del asunto: el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído una sentencia firme que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional nacional en otros procesos.

El fundamento de esta eficacia general deriva de la seguridad jurídica, que reclama la certidumbre en el entendimiento de los derechos fundamentales, y la estabilidad de las relaciones jurídicas, con mayor razón en un sistema colectivo y multilateral cuya compleja

³³ SCJN, Pleno. 10 época. Gaceta del Semanario judicial de la Federación. Libro 5, abril 2014. Tomo I, p. 204. Tesis P/J 21/2014 (10). En una perspectiva coincidente, entre otros, puede verse Castañeda Otsu, Susana Ynes (2014), pp. 100; Núñez Donald, Constanza (2016), p. 76. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2017), pp. 179-180; Cancado Trindade, Augusto Antonio (2002), p. 10.

unidad y coherencia interna deben mantenerse. Las sentencias convencionales producen el efecto de cosa juzgada *-res iudicata-*, y *res interpretata*.

La *cosa interpretada* es asumida también como un efecto de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recordemos al respecto un caso español. Así la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española en un Auto (nº62/2013, de 25 de octubre) dictado en el *Caso Parot*, concluyó que había *cosa interpretada* y extendió los efectos de la *sentencia del caso Río Prada contra España* (STEDH de 21 de octubre de 2013) a otros penados en la misma situación, comenzando a liberar algunos presos de ETA en análoga situación que la recurrente, al haberse aplicado a todos ellos una interpretación retroactiva de la ley penal por el Tribunal Supremo declarada contraria al Convenio. Este es el modelo de cumplimiento de las sentencias del TEDH al igual que el de la Corte IDH.

Es difícil desconocer la cosa interpretada de la sentencia de la Corte IDH en su *holding* o *ratio decidendi*. Estamos ante un sistema *colectivo* de protección y garantía de derechos, donde los estados partes deben *prevenir* el incurrir en vulneración de derechos humanos. Si existen precedentes claros emanados de la Corte IDH como intérprete auténtico y final de la Convención ¿qué sentido tiene arriesgar una condena que determine la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos? simplemente por no seguir la *cosa interpretada de la Corte IDH* en un caso similar ocurrido en otro país, con la consiguiente obligación de *reparar integralmente tal violación*, con el gasto que ello implicará de parte del Estado por las medidas de reparación que impondrá en su fallo la Corte IDH en indemnizaciones, pago de servicios, cursos para la administración o para los jueces, para impedir que tales actos puedan repetirse, además de los actos públicos de reconocimiento de responsabilidad, etc. Por otra parte, por razones de economía procesal no tiene sentido retardar el efecto útil de *respetar y garantizar los derechos* que es la obligación estatal conforme al artículo 1º de la Convención, si se puede considerar como precedente la jurisprudencia de la Corte IDH; asimismo, no tiene sentido llenar de casos idénticos a la Corte IDH, que debe resolver otros casos relevantes y urgentes de veinte estados (Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay), y de más de cuatrocientos millones de habitantes, en los cuales aún no hay jurisprudencia de dicha Corte que sirva de guía a los respectivos estados.

La vinculación a las sentencias de la Corte IDH, se predica de todos los poderes públicos y no sólo de los órganos judiciales, todos y cada uno de los órganos del Estado Parte

son Estado juez, Estado gobierno, Estado Administración, Estado parlamento, Estado poder constituyente instituido.

En la sentencia Rol N° 2492-13 de junio de 2014, en su considerando 8, el Tribunal Constitucional chileno asume en forma explícita el carácter de intérprete auténtico y final de la CADH de la Corte IDH: “Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la aludida convención, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que sólo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense”.

Así, el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 2492-13 de junio de 2014, en su considerando 17°, explicita la existencia de “Nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile”.

Este desarrollo de estándares como parámetro de control lo asume también el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 2.273-2012, de 19 de julio de 2012, en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, donde el tribunal determina la existencia de un nuevo estándar para el Estado Chileno, en materia de expulsión de migrantes, en su considerando quincuagésimo:

Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N°s 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona.

En este caso, el estándar se construye en base a tratados de derechos humanos, declaraciones de derechos humanos y Observaciones Generales del Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, siendo tales normativas y observaciones generales, las que integran el estándar para evaluar las leyes internas consideradas inconstitucionales e inconvencionales, en otras palabras, ellas son parte del parámetro de control que utiliza el tribunal.

El Tribunal Constitucional chileno utiliza también el estándar interamericano respecto del derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior desarrollado por la Corte IDH en base al artículo 8, letra h) de la CADH, en las sentencias Roles 2743-14-INA y 2791-15-INA, ambas de 3 de marzo de 2016, en el considerando 38:

Que el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior está recogido en el artículo 8°, letra h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta garantía, sustentada en precisiones en cuanto a procedimientos que involucren niños y adolescentes, aparece recogida en la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N°17, §134, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Condición Jurídica de los Derechos Humanos del Niño), e igualmente en las garantías en el marco de los procesos, donde se reconoce el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, a raíz de lo cual la Corte Interamericana requiere de la existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, realizando una verdadera revisión de la sentencia (...).

(...) Es más, el recurso debe tener eficacia, lo cual implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C N°225, §99; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Fondo y reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C N°260, §244).

A su vez, la Corte Suprema, en su sentencia Rol N° 27.543-16, de 3 de octubre de 2016, en que anula la sentencia del Consejo de Guerra *en los autos Rol N° 1-73* -que había privado de la nacionalidad a diversos ciudadanos chilenos-, la aplica no sólo a quienes accionaron el amparo interamericano resuelto por la Corte IDH, sino a todas las personas afectadas en su derecho a la nacionalidad por dicho Consejo de Guerra. *La cosa interpretada* es así asumida por la sentencia de la Corte Suprema, lo cual fue requerido por el Fiscal Judicial, en los siguientes términos:

Trigésimo quinto: Que en razón de todo lo anterior, es que se anularán las sentencias dictadas por el Consejo de Guerra en los autos Rol N° 1-73 respecto de todos los condenados en ellas, y no sólo en favor de aquellos que acudieron ante la CIDH, pues la acción del Fiscal Judicial para anular dichos fallos no se limita a éstos, como se lee en su petitorio y, además, de esa forma

se cumple lo ordenado por el mencionado Tribunal internacional, el que no sólo mandata poner a disposición de las víctimas que comparecieron ante él un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias de condena que fueron dictadas en la referida causa en su perjuicio, sino que agrega “(...) Ese mecanismo debe ser puesto a disposición de las demás personas que fueron condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena”, por lo que, dado que la acción de revisión deducida por el señor Fiscal Judicial de esta Corte, como esta misma autoridad reconoce en su libelo, se realiza a petición del Consejo de Defensa del Estado para de esa manera dar cumplimiento a lo resuelto por el órgano de jurisdicción internacional, cabe dar a esa petición un sentido acorde a lo dispuesto por la CIDH.

La *cosa interpretada* es asumida también como un efecto de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recordemos al respecto un caso español. Así la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española en un Auto (nº62/2013, de 25 de octubre) dictado en el *Caso Parot*, concluyó que había *cosa interpretada* y extendió los efectos de la *sentencia del caso Río Prada contra España* (STEDH de 21 de octubre de 2013) a otros penados en la misma situación, comenzando a liberar algunos presos de ETA en análoga situación que la recurrente, al haberse aplicado a todos ellos una interpretación retroactiva de la ley penal por el Tribunal Supremo declarada contraria al Convenio. Este es el modelo de cumplimiento de las sentencias del TEDH al igual que el de la Corte IDH.

Es difícil desconocer la cosa interpretada de la sentencia de la Corte IDH en su holding o ratio decidendi. Estamos ante un sistema *colectivo* de protección y garantía de derechos, donde los estados partes deben *prevenir* el incurrir en vulneración de derechos humanos. Si existen precedentes claros emanados de la Corte IDH como intérprete auténtico y final de la Convención ¿qué sentido tiene arriesgar una condena que determine la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos? simplemente por no seguir la *cosa interpretada de la Corte IDH* en un caso similar ocurrido en otro país, con la consiguiente obligación de *reparar integralmente tal violación*, con el gasto que ello implicará de parte del Estado por las medidas de reparación que impondrá en su fallo la Corte IDH en indemnizaciones, pago de servicios, cursos para la administración o para los jueces, para impedir que tales actos puedan repetirse, además de los actos públicos de reconocimiento de responsabilidad, etc.

La *identidad de interpretación* en el ámbito de la jurisprudencia internacional proviene de la identidad de *situaciones*: unas mismas violaciones y unas regulaciones semejantes, es entonces la razón de decidir. Una interpretación vinculante depende de la identidad de los *supuestos de hechos*, de violaciones y de normas.

Por otra parte, por razones de economía procesal no tiene sentido retardar el efecto útil de *respetar y garantizar los derechos* que es la obligación estatal conforme al artículo 1° de la Convención, si se puede considerar como precedente la jurisprudencia de la Corte IDH; asimismo, no tiene sentido llenar de casos idénticos a la Corte IDH, que debe resolver otros casos relevantes y urgentes de veinte estados y de cerca de quinientos millones de habitantes, en los cuales aún no hay jurisprudencia de dicha Corte que sirva de guía a los respectivos estados.

2.4. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH CONSTITUYEN OBLIGACIONES DE RESULTADO Y CONSTITUYEN COSA JUZGADA MATERIAL

Los estados que integran el sistema interamericano de protección de derechos humanos han acordado el establecimiento de un sistema de control del cumplimiento de dichos estándares por medio de dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); esta última constituye una jurisdicción vinculante para los Estados parte, cuyas sentencias constituyen obligaciones de resultado, conforme determina la Convención en su artículo 67 y 68, las cuales no son objeto de recurso alguno y tienen el valor de cosa juzgada formal y material.

Así lo reconoce explícitamente la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.690, de 6 de agosto de 2015, el cual en su considerando 22°, asume el estándar determinado por la Corte IDH en materia de cosa juzgada de la sentencia de dicha Corte:

Que, por lo demás, los aspectos constitucionales e internacionales de la cosa juzgada material, no sólo en materia de filiación, han dado lugar a diversas fórmulas de tratamiento jurídico. En efecto, a nivel internacional, en ocasiones ha bastado el solo *mandamus* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para entender virtualmente inoponible o carente de efectos una sentencia dotada de cosa juzgada, contraria a los derechos asegurados por la Convención (así, por ejemplo, el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, de 26 de septiembre de 2006, en el cual simplemente la Corte Suprema Chilena ordenó instruir un nuevo proceso que concluyó en sentencia condenatoria, sin considerar un sobreesimiento definitivo previo ejecutoriado). En otros casos, se ha entendido que la sentencia de la Corte Interamericana da mérito para proceder, vía revisión, a invalidar una sentencia previa ejecutoriada (así, por ejemplo, Caso Gelman vs. Uruguay, de 24 de febrero de 2011, en un caso de sustracción de menor y supresión de identidad).

Se ha dicho que las sentencias de la Corte Interamericana constituyen cosa juzgada internacional y que el Estado en su integridad debe cumplirla, sin que obste a ello ni aun la cosa juzgada

interna. En todo caso, sí es cuestión de Derecho interno definir cuál es la vía para dar cumplimiento a la sentencia internacional, con tal que ello se haga efectivamente.

Por otra parte, la *ratio decidendi* o *holding* de sus sentencias constituye “cosa interpretada”, en cuanto intérprete auténtica y final del corpus iuris interamericano de conformidad con el artículo 62 de la CADH ⁽³⁴⁾.

A su vez, dicha jurisdicción mantiene la supervigilancia del cumplimiento de los fallos hasta que el respectivo Estado afectado ejecute todas las medidas de reparación determinadas por la Corte, que son parte de sus potestades conforme al artículo 63 de la CADH.

Finalmente, el artículo 69 determina la notificación de la sentencia a los estados parte en el caso, y se transmite la sentencia a *todos los estados que participan de la Convención*, los cuales conociendo la jurisprudencia de la Corte IDH, los tribunales nacionales pueden aplicarla *preventivamente* en los principios de su *ratio decidendi* o *holding* a casos nacionales similares que deban resolver.

Corte Interamericana y margen de apreciación

El debate doctrinal sobre posturas a favor y en contra del margen de apreciación que la Corte Interamericana debe dejar a los Estados Parte en el sistema interamericano, es un debate que queda fuera de este trabajo que está dedicado a la determinación del control de convencionalidad interno y no al que aplica la Corte IDH en forma coadyuvante, complementaria o subsidiaria. En todo caso, cabe señalar que dicho margen no está regulado por la CADH en ninguna de sus disposiciones convencionales y constituye una doctrina importada desde el sistema europeo de protección de derechos humanos. Dicha doctrina no ha logrado ser sistematizada y ella es aplicada discrecionalmente cuando el tribunal internacional lo considera adecuado. La Corte Interamericana ha hecho poco uso de tal concepción, considerándola en la Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A N° 4, de 19 de enero de 1984, al análisis de las diferencias entre quienes adquieren la nacionalidad por nacimiento y quienes se nacionalizaban con posterioridad, la Corte tuvo “*especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla*”, considerando legítima la validación estatal. Muchos años más

³⁴ Ferrer Mac Gregor, Eduardo. “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”, 641-693.

tarde, la Corte IDH en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*³⁵, donde la Corte IDH determina que el “margen” debe ser acotado, en forma similar a lo que ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de tal manera que las expresiones referidas a autoridades deben contar “de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático” (36, considerando que el Estado de Costa Rica no podía condenar por difamación al periodista que difundió una información aparecida originariamente en un diario de Bruselas, La Libre Belgique, conforme a la doctrina del reportaje neutral, constituyendo dicha condena por los tribunales penales costaricenses una violación a la libertad de expresión protegida por la CADH. A su vez en el mismo caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, en relación a la utilización del recurso ordinario eficaz contra sentencias (art. 8.2 CADH) donde se sostuvo que, si bien los Estados tienen “un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones ni requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo” (párrafo 161). Como suele ser habitual también en el TEDH se menciona el margen, como cláusula de estilo, pero no se aclara su sentido ni su alcance.

Es posible encontrar algunos rastros de margen de apreciación nacional permitido en el caso en el *Caso Castañeda Guzman Vs. Estados Unidos de México* y sin mencionar el *nomen iuris* “margen de apreciación”, impidió la existencia de un modelo único electoral latinoamericano, al entender que cada Estado tiene un margen conforme al cual deben respetarse los derechos políticos consagrados en el art. 23 de la CADH. Asimismo, en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* utilizó un criterio flexible semejante para asegurar con realismo las condiciones de los pueblos indígenas, reconociendo su derecho a presentar candidaturas con formas tradicionales y al margen de los partidos políticos. Pero que no deba imponerse un mismo sistema electoral en toda la región, respetando la libertad de configuración normativa de cada legislador, no es exactamente lo mismo que la técnica europea del margen de apreciación³⁷.

³⁵ Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C, N° 107, de 2 de julio de 2004.

³⁶ Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, párrafo 128.

³⁷ Sobre la materia ver en Chile, con enfoques diferentes, Contreras Pablo. “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 235 – 274. Nash, Claudio. Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la doctrina del margen de apreciación, 214-238. Ver también Acosta, P. y Núñez, M. (coord.), (2012). *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 183 a 238.

3.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO QUE DEBEN PRACTICAR LOS ESTADOS PARTE DE LA CADH

En base a los fundamentos jurídicos desarrollados en acápite anterior, es que se desarrolló por parte de la Corte Interamericana el deber jurídico de los estados parte de la CADH de establecer un control de convencionalidad interno³⁸. Dicho control obedece al hecho de que la Corte IDH es la última ratio en la protección de los derechos en el sistema interamericano y que los primeros obligados al respeto y garantía de tales derechos son los órganos y autoridades de los estados parte, en virtud del principio de complementariedad o subsidiaridad³⁹ que opera en el sistema, como asimismo en virtud del principio de efecto útil que los estados deben aplicar en la materia conforme al artículo 2° de dicha Convención, lo que determina que todos los órganos, autoridades y funcionarios de los estados partes son los primeros obligados al respeto y garantía de tales derechos. Asimismo, el control de convencionalidad interno está fundado convencionalmente además en las “medidas de otro carácter”, además de las “medidas legislativas” que el propio artículo 2° de la CADH explicita para dar cumplimiento a la obligación de respetar y garantizar la convención y el conjunto del corpus iuris interamericano. Ello permite superar la crítica formulada por algunos autores de la falta de fundamento de derecho positivo del control de convencionalidad⁴⁰.

La concepción del control de convencionalidad fue inicialmente planteada por el Magistrado de la Corte IDH, don Sergio García Ramírez, quién lo planteó a través de votos particulares en algunas sentencias, ellas fueron en el *caso Mack Chang v/s Guatemala* del 25

³⁸ Sobre la materia puede verse, Albanese, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2008. Rey Cantor, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. 2008. HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, pp. 109-128; Sagués, Néstor Pedro. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, pp. 117-135. García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, 557-589. BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de derechos humanos”, 590-616. Mensa González, Andrea. “El control de convencionalidad como pilar del sistema interamericano”, en Pizzolo, Calogero y Mezzeti, Luca (Coords.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales. Tomo 1: América* (Buenos Aires, Ed. Astrea), pp.183 – 212.

³⁹ El principio de complementariedad o subsidiaridad es aplicado por la Corte Interamericana de derechos humanos desde el inicio de sus funciones en la sentencia *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 61. García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, 578-579. Ver también, Contreras, Pablo. (2014). “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” 239-240.

⁴⁰ Castilla Juárez, Karlos. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de Tratados”, p. 81; Fuentes, Ximena. (2007). “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, 488-489.

de noviembre de 2003; luego en el caso *Tibi v/s Ecuador*, del 7 de julio de 2004; y posteriormente en el caso *Vargas Areco v/s Paraguay* del 26 de septiembre de 2006, este último en el mismo día, mes y año en que la Corte IDH asumió como tal dicha concepción en el caso *Almonacid Arellano v/s. Chile*⁴¹.

En el caso “*Myrna Mack Chang v/s Guatemala*”, en el párrafo 27 del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, este precisó:

No es posible seccionar internacionalmente al estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de ese régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

El mismo juez vuelve sobre la materia en la sentencia del caso “Tibi v/s Ecuador”, de 2004, en el párrafo tercero de su voto concurrente, donde sostiene que la tarea de la Corte IDH:

(...) se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de estos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esta actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los estados partes en el ejercicio de su soberanía.

Esta perspectiva es asumida por la Corte Interamericana en la sentencia del caso *Almonacid Arellano v/s. Chile* de 26 de septiembre de 2006, en cuyo párrafo 124 de la sentencia, se determina:

La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque

⁴¹ García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, 576.

los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad, entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete último de la Convención Americana.

3.1. ELEMENTOS BÁSICOS QUE INTEGRAN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO QUE DEBEN REALIZAR LOS ESTADOS PARTE DE LA CADH

Así, la Corte IDH desarrolla los estándares que integran el control de convencionalidad que deben desarrollar todos los órganos, autoridades y funcionarios de los Estados Parte del sistema, dichos estándares se van precisando progresivamente a través de la jurisprudencia de la Corte IDH, los cuales pueden sintetizarse actualmente en los siguientes:

1. **“(…) cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél (…).”** (Caso Gelman vs. Uruguay, 24 de febrero de 2011, párrafo 193; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, 26 de noviembre de 2010, párrafo 225; Caso Liakat Ali Alibux v. Surinam, 2014, párrafo 124; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. 28 de agosto de 2014. Párrafo 497).

Las normas de un tratado internacional válidamente celebrado y ratificado por el Estado Parte vincula al Estado en su conjunto, como asimismo a cada uno de sus órganos, autoridades y funcionarios, por lo cual una norma emitida por cualquiera de ellos, una sentencia de un órgano jurisdiccional o un acto contrario a las obligaciones convencionales determina la responsabilidad del conjunto del Estado como sujeto de derecho internacional por violación de derechos humanos.

2. **Los órganos estatales están obligados a “128 (...) velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”.** (Caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” (Aguado Alfaro y otro contra Perú), 24.11.2006, párrafo 128; Caso Almonacid Arellano v/s Chile, 26 de septiembre de 2006, párrafo 124; Caso “Heleodoro Portugal contra Panamá”, 12 de agosto de 2008, párrafo 180).

Los órganos, autoridades y funcionarios de un Estado parte de la CADH deben dar un efecto útil a las normas y disposiciones convencionales, las cuales no pueden verse desvalorizadas, reducidas o anuladas en su alcance normativo por la aplicación de normas internas contrarias a ellas, como a su objeto y fin ⁽⁴²⁾, de acuerdo con la interpretación teleológica de las disposiciones de la CADH.

3. “128. (...) **los órganos del Poder Judicial deben ejercer un control (...) de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana**” (Caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 24.11.2006). “(...) **Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad**” (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26.11.2010).

Este control *ex officio* constituye una consecuencia del principio *iura novit curia* (“el juez conoce el derecho”), en el sentido de que las autoridades estatales en general y los jueces en particular, deben conocer el contenido de las normas de derechos humanos vigentes y deben aplicarlas cuando sea necesario para garantizar el efecto útil de la Convención, evitando que las víctimas que han sufrido violaciones de sus derechos humanos no cuenten con la adecuada y eficaz protección judicial a causa de la aplicación de formalismos excesivos. Así los órganos, autoridades y funcionarios del Estado deben asegurar y garantizar que tanto la creación del derecho interno por el poder constituyente derivado, el legislador o la autoridad administrativa; como la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente y conforme con el contenido sustantivo del *Corpus Juris Interamericano*.

4. En el control de convencionalidad, “124 (...) **el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.**” (Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 26.09. 2006).

Conforme determina el artículo 62 de la CADH, la Corte IDH es el intérprete auténtico y final del corpus iuris interamericano, lo que implica que la Corte determina el sentido y alcance de dicho cuerpo normativo con un alcance vinculante para los estados

5. **Los Estados Partes de la Convención están obligados a cumplir la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte IDH, ya sea en virtud del hecho de haber sido partes en el caso en**

⁴² Nash, Claudio y Núñez, Constanza. “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, 201.

que existe cosa juzgada internacional, en cuyo caso debe cumplir el fallo en forma integral y de buena fe. Respecto de los estados que no han sido partes del caso concreto, están obligados a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH (res interpretata), en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes (Caso Gelman II, 20 marzo 2013, párrafos 65 y ss).

Conforme determina el artículo 62 de la CADH, la Corte IDH es el intérprete auténtico y final del corpus iuris interamericano, lo que implica que la Corte determina el sentido y alcance de dicho cuerpo normativo con un alcance vinculante para los estados lo que queda precisado a través de la *ratio decidendi* de las sentencias que tienen valor de cosa juzgada material y formal. Las interpretaciones judiciales y administrativas de los Estados Partes deben ajustarse a los principios fijados por la interpretación de la Corte IDH.

Cuando el Estado que ha sido parte en el caso concreto en el cual la Corte IDH ha dictado la sentencia, no hay discusión alguna que debe cumplir la sentencia en su integridad como cosa juzgada material, con la obligación de resultado pertinente, la que la Corte IDH controlará a través de los procesos de supervisión del cumplimiento de los fallos dictados.

Cuando el Estado no ha sido parte en el procedimiento en que la Corte IDH dicta la sentencia, está igualmente vinculado en virtud de que la *ratio decidendi* de la sentencia cuyos principios deben ser seguidos en cuanto *res interpretata por el hecho de ser parte de la Convención y estar vinculado por la interpretación y aplicación hecha de ella por la Corte IDH como intérprete auténtico y final del corpus iuris interamericano y el deber de cumplir con el objeto y fin convencional, a través de una actividad previsora que evitará la eventual condena del Estado*. En tal perspectiva compartimos con Eduardo Ferrer Mac-Gregor su voto razonado en la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* cuando afirma que,

la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce “efectos expansivos” de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia⁴³.

Los estados partes del sistema interamericano deben asumir, más allá del Estado específico directamente obligado por la respectiva sentencia de acuerdo al artículo 68 numeral 1 de la CADH, la “*ratio decidendi*” o “*holding*” de la sentencia, en cuanto interpretación

⁴³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, en voto razonado en *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párrafo 79.

fidedigna y auténtica de la Convención emanada de su intérprete final, lo que constituye un aporte jurisprudencial de la CIDH al desarrollo del sistema interamericano, lo que algunos autores han llamado “interpretación mutativa por adición”. Para facilitar la eficacia general *con efectos de norma interpretada, que tienen los fallos de la Corte IDH*, la CADH, en su artículo 69, establece que, el fallo, además de notificarse al Estado parte objeto de la controversia, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”, con el objeto de que tengan un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la Corte IDH, como intérprete final del *corpus juris* interamericano.

Esta *res interpretata* debe ser seguida por los estados que no hayan sido partes en el caso concreto (vinculación relativa erga omnes), salvo que exista en el estado parte una interpretación en favor de los derechos de las personas que sea más amplia que la aplicada por la Corte IDH, todo ello conforme al principio favor persona (art. 29 b), CADH.⁴⁴

Sagués⁴⁵, nos señala correctamente que la *cosa interpretada*, implica dos modalidades concretas de seguimiento, *una modalidad represiva*, mediante la cual el órgano judicial nacional debe abstenerse de aplicar una norma interna opuesta al corpus iuris interamericano o a la interpretación hecha por la Corte IDH, lo que fue explicitado en forma dura por la Corte IDH en el *caso Almonacid Arellano vs. Chile*, donde la Corte determinó que la norma de derecho interno contraria al corpus iuris interamericano *carecía de efectos jurídicos desde su inicio*, siendo por tanto inaplicable por el juez interno; la otra modalidad es *constructiva*, operando cuando el juez nacional reinterpreta y adapta la norma jurídica interna de manera de concretar una aplicación conforme con el corpus iuris interamericano y las interpretaciones de la Corte IDH.

En Chile, hay una opinión disidente que expresa Miriam Henríquez, quién explicita que, en su opinión, la jurisprudencia de la Corte IDH no puede ser vinculante si el Estado no lo ha determinado así expresamente en su Constitución (⁴⁶). Sin embargo, la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional es la de reconocer a la Corta IDH como intérprete autentico del corpus iuris interamericano y determinar que sus estándares son obligatorios para dichos tribunales lo que tiene, a su vez, base normativa indiscutible en el artículo 62 y 67 de la CADH.

⁴⁴ En el mismo sentido ver Hitters, Juan Carlos. *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, 76 y 77; García Ramírez, Sergio y Zanghi, Claudio. “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de sus sentencias”, 461 y ss. De Oliveira Mazzuoli, Valerio. *O controle jurisdiccional da convencionalidades das leyes*, 42. Aguilar Cavallo, Gonzalo. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete auténtico y final del corpus iuris interamericano y su impacto en el derecho nacional”, 183-184.

⁴⁵ Sagués, Néstor P. (2016). *La Constitución bajo tensión*, 385 – 386.

⁴⁶ Henríquez Viñas, Miriam. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, 127.

- 6. Dicho control de convencionalidad realizado por los Estados Partes debe tener en consideración lo que determina la Corte IDH en “(...) el ejercicio de su competencia contenciosa o consultiva” (Opinión Consultiva N° 21 de 19.08.2014).**

La labor interpretativa del *corpus iuris* interamericano conforme al artículo 62 de la CADH, sobre el contenido y alcance de los derechos, no sólo se concreta a través de los casos contenciosos que resuelve la Corte IDH, sino también a través de las opiniones consultivas que emite a requerimiento de la Comisión o de los Estados Partes, en unas y en otras la Corte ejerce su competencia de interpretar como intérprete auténtico y final el sentido y alcance de las disposiciones de la CADH y el *corpus iuris* interamericano, lo que precisa el alcance de la jurisprudencia y de la *ratio decidendi* de sus resoluciones, así queda superada las dudas que algunos autores manifestaban sobre el sentido y alcance de la jurisprudencia de la Corte IDH, entre ellos, en el ámbito chileno, Francisco Zúñiga⁴⁷ y Miriam Henríquez⁴⁸.

- 7. En el control de convencionalidad no se aplica sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino el *corpus iuris* vinculante para el Estado parte, de conformidad con el artículo 29 literal d) de la CADH.** (Caso Gómez Palomino vs. Perú, 22.11.2005; Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, 4 de septiembre de 2012, párrafo 262; Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, 20.11.2012, párrafo 330; caso Mendoza y otros Vs. Argentina de 2013, párrafo 221; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, 8.10.2015, párrafos 211 y 225; Opinión Consultiva de la Corte IDH 16/99 de 1° de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del Debido Proceso Legal, párrafo 115.).

Dentro de los otros “actos internacionales de la misma naturaleza” a los que se refiere el artículo 29 literal d) de la CADH, la Corte IDH ha precisado en el Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012, párrafo 262 que, el control de convencionalidad *ex officio* que deben realizar los órganos del Estado parte y los tribunales del mismo es “entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado (...)”, perspectiva que es reiterada en otros casos, dentro de los cuales puede citarse el caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala y el caso Mendoza y otros Vs. Argentina de 2013, párrafo 221.

A su vez, la Opinión Consultiva OC- 16/99 de 1° de octubre de 1999, en su párrafo 115, ha determinado:

⁴⁷ Zúñiga Francisco. “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica”, 387 – 447.

⁴⁸ Henríquez Viñas, Miriam. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, 127.

115. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

En la misma senda, la Corte IDH, en la OC 21/14 sostiene que,

(...) la función que el artículo 64 de la Convención atribuye a la Corte forma parte del sistema de protección establecido por dicho instrumento internacional. Por consiguiente, este tribunal interpreta que excluir a priori de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materias concernientes a derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas en el artículo 29.b).

Puede sostenerse entonces con base de derecho positivo convencional en el artículo 29, literal d), que dicha disposición habilita a la Corte IDH para utilizar tratados de derechos humanos que hayan sido ratificados por el Estado parte, Declaraciones de Derechos Humanos y auxiliariamente el denominado “derecho blando” contenido en Observaciones Generales de Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Resoluciones de dicho organismo como elementos auxiliares de interpretación y aplicación del *corpus iuris* interamericano, lo que permite precisar el parámetro de control normativo que utiliza la Corte IDH, contrariamente a lo señalado por algunos críticos que han sostenido la falta de claridad sobre la materia⁴⁹.

8. Las autoridades nacionales deben **definir el alcance de las obligaciones convencionales de conformidad con el principio *favor persona*** *determinado por las reglas de interpretación en el Art. 29 b) de la CADH* (Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, párrafo 12; Caso Ricardo Canesse vs. Paraguay, 31 de agosto de 2004, párrafo 181; Caso la Masacre de Mapiripán vs Colombia, 2005, párrafo 105; Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párrafo 84 y 124).

Los órganos, autoridades y funcionarios del Estado Parte deben dar cumplimiento a las obligaciones jurídicas generales y específicas contenidas en el *corpus iuris* interamericano aplicando el principio *favor persona* (por homine), vale decir, conforme a la interpretación

⁴⁹ Zúñiga, Francisco. *Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica*, 439.

que más favorezca los atributos y garantías del ejercicio de los derechos humanos respectivos, interpretando siempre las restricciones o limitaciones de los derechos en un sentido estricto, sin extenderlas a situaciones para las cuales no están específicamente previstas. Tal aplicación del principio favor persona también tiene un alcance normativo, en la perspectiva de que ante dos o más normas referentes a derechos humanos siempre debe preferirse la que asegura y garantiza en mejor forma y más ampliamente los derechos, no importando si ella es norma interna o una norma internacional válidamente incorporada al ordenamiento jurídico. La concepción de jerarquía normativa de la época de entreguerras hoy se encuentra superada. Como señala García, “La idea de soberanía se ha permeabilizado para filtrar al derecho interno tanto estándares normativos formales, provenientes de la jurisprudencia interamericana, de los comités y de otros tribunales, como informales, a partir de la intensificación del diálogo entre las altas cortes nacionales y la Corte Interamericana”⁵⁰. El derecho internacional tiene sus propias fuentes que determinan su creación y vigencia; el derecho interno de los estados es al cual se aplica el principio de jerarquía normativa respecto de sus normas de carácter orgánico y de potestades y competencias, no así respecto de los atributos y garantías de derechos que se rige por el principio favor persona⁵¹. El control preventivo de constitucionalidad de los tratados establecido en las constituciones no establece una jerarquía del derecho interno sobre el internacional o viceversa, sólo determina que la Constitución del Estado debe ser compatible con el derecho internacional que se incorpora al ordenamiento estatal, ya que si no es compatible, la constitución debe modificarse previamente para compatibilizarse con la entrada del derecho internacional específico al derecho interno, luego de incorporado válidamente el derecho internacional convencional al derecho interno rigen las normas imperativas de derecho internacional de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Tratados internacionales, constitucionalizadas en Chile por la reforma de 2005, en su artículo 54 N° 1, inciso 5°, el cual sólo permite afectar una norma de derecho internacional válidamente incorporada previa denuncia del tratado conforme a las reglas del propio tratado o de las reglas generales de derecho internacional, por tanto el derecho convencional internacional no puede modificarse, suspenderse o derogarse por un acto uni-

⁵⁰ García, Leonardo, “De la constitucionalización a la convencionalización del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, 152.

⁵¹ Rodríguez, Gabriela. “Artículo 29. Normas de interpretación”. Castilla, Karlos. “El principio pro persona en la administración de justicia”. Salvioli, Fabián. *La interpretación pro homine y las obligaciones generales de los Estados*. Aguilar, Gonzalo y Nogueira, Humberto. “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”, 13-43. Nash, Claudio y Núñez, Constanza, Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, 210-212. Peña, Marisol, “El principio pro homine o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, 131-154.

lateral del Estado sino conforme con el derecho internacional. Esta es la regla constitucional que rige en Chile.

- 9. La interpretación del derecho interno del Estado Parte debe ser coherente con los principios y reglas convencionales en una perspectiva de interpretación conforme con la Convención** (Caso Radilla Pacheco v. México, 23 de noviembre de 2009, párrafo 341; Atala Rifo y niñas v. Chile, 24 de febrero de 2012, párrafos 280-284).

Los órganos, autoridades y funcionarios del Estado deben desarrollar una interpretación del derecho interno conforme con el corpus iuris interamericano, ello implica que ante diversas interpretaciones posibles de una norma jurídica interna, debe preferirse aquella que sea más consistente con el corpus iuris señalado, lo que implica descartar cualquier interpretación inconsistente con el mismo.

Un Estado parte de la CADH no puede pretender oponer su derecho interno en oposición a los estándares mínimos de derechos convencionales, en la medida que al ratificar la CADH se obligó a adecuar su derecho interno a las obligaciones convencionales como determina el artículo 2° de ella. Asumir de buena fe y con voluntad de cumplir la Convención como determinan los artículos 26 y 31.1. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, implica no oponer obstáculos de derecho interno a su cumplimiento conforme al artículo 27 de la misma Convención señalada. Como señala García, “La idea de soberanía se ha permeabilizado para filtrar al derecho interno tanto estándares normativos formales, provenientes de la jurisprudencia interamericana, de los comités y de otros tribunales, como informales, a partir de la intensificación del diálogo entre las altas cortes nacionales y la Corte Interamericana”⁵².

El derecho internacional tiene sus propias fuentes que determinan su creación y vigencia; el derecho interno de los estados es al cual se aplica el principio de jerarquía normativa respecto de sus normas de carácter orgánico y de potestades y competencias, no así respecto de los atributos y garantías de derechos que se rige por el principio favor persona. El control preventivo de constitucionalidad de los tratados establecido en las constituciones no establece una jerarquía del derecho interno sobre el derecho internacional o viceversa, sólo determina que la Constitución del Estado debe ser compatible con el derecho internacional que se incorpora al ordenamiento estatal, ya que si no es compatible, la Constitución debe modificarse previamente para compatibilizarse con la entrada del derecho internacional

⁵² García, Leonardo, “De la constitucionalización a la convencionalización del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, 152.

específico al derecho interno, luego de incorporado válidamente el derecho internacional convencional al derecho interno rigen las normas imperativas de derecho internacional de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Tratados internacionales, las cuales han sido constitucionalizadas en Chile por la reforma de 2005, en su artículo 54 N° 1, inciso 5°, el cual sólo permite afectar una norma de derecho internacional válidamente incorporada previa denuncia del tratado conforme a las reglas del propio tratado o de las reglas generales de derecho internacional, por tanto el derecho convencional internacional no puede modificarse, suspenderse o derogarse por un acto unilateral del Estado sino conforme con el derecho internacional. Esta es la regla constitucional que rige en Chile.

10. Los órganos estatales deben ejercer el control de convencionalidad “128. (...) “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 24 de noviembre de 2006”).

El control de convencionalidad que deben ejercer todas los órganos, autoridades y funcionarios del Estado Parte, debe concretarse sin alterar las competencias y en principio no altera la facultad exclusiva de los Estados de decidir la forma en que organizan los poderes y atribuciones del Poder Judicial –o cualquier otra autoridad estatal–, ni tampoco altera las reglas procesales a nivel nacional.

Los órganos, autoridades y funcionarios del Estado deben desarrollar una interpretación del derecho interno conforme con el corpus iuris interamericano, ello implica que ante diversas interpretaciones posibles de una norma jurídica interna, debe preferirse aquella que sea más consistente con el corpus iuris señalado, lo que implica descartar cualquier interpretación inconsistente con el mismo.

11. La adecuación del derecho interno implica “la adopción de medidas de dos vertientes, a saber: 1) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y 2) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías” (Caso Heleodoro Portugal v. Panamá 12.08. 2008).

El control de convencionalidad obliga a los estados partes en virtud del deber jurídico general determinado por el artículo 2° de la CADH, a suprimir normas y prácticas existentes o creadas por los órganos, autoridades y funcionarios estatales que vulneren los derechos y sus garantías asegurados y garantizados convencionalmente, como asimismo a establecer

normas internas y desarrollar prácticas conducentes a asegurar eficazmente el ejercicio pleno de los derechos humanos convencionalmente asegurados.

12. El **control de convencionalidad debe ser ejercido** por los órganos, autoridades y funcionarios del Estado parte “**tanto en la emisión y aplicación de normas**” (fallo Corte IDH, Gelman II, párrafo 69, 20 de marzo de 2013).

El control de convencionalidad no sólo debe ser concretado por los órganos, autoridades y funcionarios del Estado Parte que interpretan y aplican la normativa interna, sino también por los órganos y autoridades que tienen la función de innovación normativa, ya sea creando nuevas normas jurídicas o modificando las normas jurídicas internas existentes, sea que ellos hayan sido partes en el caso ante la Corte IDH, como en el caso que no lo fueren en virtud de la *res interpretata*.

13. “**La Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad ni de convencionalidad**” (Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam de 30.01.2014).

La Convención Americana y el corpus iuris interamericano no determinan la obligación de los Estados Partes de establecer un modelo específico para concretar el control de convencionalidad, debiendo cada Estado Parte crear aquel modelo que estime más adecuado, siempre que permita concretar con eficacia el control de convencionalidad derivado de la obligación convencional del artículo 2° de la CADH.

3.2. CONCEPTO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO.

De acuerdo a lo ya precisado y determinado puede conceptualizarse el *control de convencionalidad* exigido por la Corte IDH, en virtud de las obligaciones convencionales de los estados partes, como *un control que emana de las obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos humanos determinadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, especialmente aquella del artículo 2°, de adoptar medidas “de otro carácter”, las que deben concretar todos los órganos de los estados partes, de oficio, tanto en la emisión, como en la interpretación y aplicación del derecho interno, especialmente los órganos jurisdiccionales, lo que debe concretarse conforme al corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH, inaplicando y suprimiendo las normas internas incompatibles con el mismo

y creando normas jurídicas, conductas y prácticas internas conforme a dicho corpus iuris, dentro del marco de las competencias y conforme al procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico nacional para cada órgano o autoridad, produciendo un efecto útil respecto del respeto y garantía de los derechos humanos asegurados por dicho corpus iuris, cumpliendo de buena fe el objeto y fin del mismo.

4.

CONSIDERACIONES FINALES

Chile es un Estado que constantemente ha afirmado y tenido una conducta de respeto y acatamiento de los tratados internacionales clásicos. Asimismo, ha sostenido como política de Estado permanente durante los gobiernos democráticos en el marco del Estado Constitucional Democrático, el respeto y promoción de los derechos humanos, lo que hoy está impreso en nuestra Carta Fundamental, la que reconoce explícitamente en el artículo 5° inciso 2°, *la limitación del ejercicio de la soberanía del Estado por los derechos esenciales*.

Es incompatible hoy con el respeto y garantía de los derechos humanos una concepción absoluta de la soberanía del Estado; tal perspectiva no estaba presente en el creador del concepto de soberanía, Jean Bodin, en sus *Seis Libros de la República*, que reconocía expresamente que ella tenía como límites el derecho de gentes⁵³. Será la concepción contractualista desarrollada por Hobbes y también por Rousseau la que alteró el concepto de potestad estatal, eliminando su limitación por el derecho de gentes. Asimismo, será el nuevo orden mundial al término de la Segunda Guerra Mundial desarrollado por Naciones Unidas el que reintroduce los límites a la potestad estatal, considerando la limitación de su ejercicio por el respeto y garantía de los derechos humanos, considerados como atributos básicos de la dignidad de la persona y límites al poder estatal, como se desarrollan en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siendo los estados los sujetos obligados para con sus habitantes a respetarlos y garantizarlos. Así lo explicita también en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 y en la Carta Democrática Americana de 2001. Esta perspectiva es asumida por la Constitución chilena vigente, en el inciso 2° del artículo 5° de la

⁵³ Ver en papel, Bodin, Jean. *Los Seis Libros de la República*. Cuarta edición. Tecnos, 2006.

Constitución que determina la limitación de la soberanía, vale decir, de la potestad estatal, por los derechos esenciales de la persona humana.

Por otra parte, cabe explicitar que una ordenación de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno fundada en la *jerarquía* es un enfoque típico de la teoría escalonada del Derecho, la que es propia de la época del período de entreguerras, el cual constituye un escenario obsoleto en el siglo XXI. La materia que nos ocupa es la consideración y existencia de ordenamientos jurídicos independientes, el derecho interno y el derecho internacional, cuya validez y vigencia no depende cada uno del otro, no se trata de meras ordenaciones entre fuentes del Derecho dentro de un mismo ordenamiento jurídico, sólo en el ordenamiento jurídico estatal es posible considerar el principio de jerarquía conforme a sus respectivos modos de producción normativa, pero no en la relación de ordenamientos jurídicos independientes con su propio sistema de producción de normas, la que determina su validez y vigencia. Ese es un frecuente error de perspectiva, más aún en el ámbito de los derechos humanos, donde todavía hay perspectivas en que se sostiene la subordinación del derecho internacional al derecho interno, lo que es incompatible con los principios de *ius cogens* de los artículos 26, 31.1. y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que constituyen principios de *ius cogens* convencionalizados.

Como lo hemos sostenido en otro trabajo aún inédito -en co-autoría con Javier García Roca-:

Constitucionalidad y convencionalidad no deberían disociarse como cánones sucesivos de validez y regularidad en vez de enjuiciarlos simultáneamente en una clara economía de esfuerzos y garantías. No tiene sentido alguno aprobar una ley que es regular respecto del bloque de la constitucionalidad, pero se sabe que contradice el bloque de la convencionalidad. No debería aprobarse una ley extremadamente vulnerable o provisional en su validez que entraña una injustificable amenaza para los derechos de las personas⁵⁴.

La Corte IDH, se aproxima con relativa indiferencia al rango de la norma doméstica enjuiciada. Cabe recordar sobre el punto la medida de reparación integral que implicó una reforma constitucional al inciso final del artículo 19 N° 12 de la Constitución, como medida de reparación, en el “*Caso de la última tentación de Cristo*” respecto de Chile. Tal perspectiva no tiene nada nuevo para un Estado que ha ratificado la Convención Americana sobre

⁵⁴ García Roca, Javier y Nogueira Alcalá, Humberto “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, artículo inédito, a publicarse en libro colectivo *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* de Aranzadi- Editorial Thomson Reuters, España, 2017, producto de investigación colectiva académica desarrollada por académicos españoles de las universidades Complutense, de Alcalá de Henares, Sevilla y Barcelona y por académicos latinoamericanos.

Derechos Humanos, ello sólo implica una aplicación de la obligación jurídica convencional del artículo 2° de la Convención: Deber de adoptar normas de derecho interno.

En el caso chileno, la propia Constitución reconoce la limitación del ejercicio de la soberanía por los derechos humanos, asegurados por la Constitución y por los tratados de derechos humanos., estando todos los órganos estatales ante el deber jurídico constitucional de respetar y promover tales derechos (art. 5°. inciso 2°). Asimismo, en el derecho constitucional chileno no hay norma que determine jerarquía de los tratados, el artículo 93 N° 1 y 3 que plantean un control de constitucionalidad preventivo de tratados es propiamente un análisis de compatibilidad de la Constitución con los tratados antes de que estos se incorporen al ordenamiento nacional, por lo cual si la constitución no es compatible con el tratado, es la Constitución la que debe modificarse antes que el tratado se incorpore al ordenamiento jurídico (Caso Tratado de Roma sobre Tribunal Penal Internacional), ya que una vez válidamente incorporado el tratado este es de aplicación preferente frente al derecho interno, ya que conforme al artículo 54 N° 1, inciso 5°, el Estado no puede unilateralmente suspender, modificar o dejar sin efecto un tratado internacional sino de acuerdo con el propio tratado o conforme a las reglas generales del derecho internacional.

Las sentencias interpretativas de la Corte IDH son bastante frecuentes, y en ellas se indican las condiciones en que las normas nacionales son compatibles con el *corpus iuris* interamericano, expulsando las interpretaciones diferentes del ordenamiento interno no compatibles con tal perspectiva, ello implica asumir la concepción de la Constitución convencionalizada. Un ejemplo es el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, donde la Corte IDH en el párrafo 284 de la sentencia la necesidad que la interpretación de la prohibición de no discriminación por la orientación sexual de la persona se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de dicha Corte; a su vez, en el *Caso Norín Catrیمان y otros vs. Chile*, donde la Corte IDH determinó que el estándar del derecho al recurso y de la prisión preventiva en su normativa constitucional chilena era compatible con la CADH, en la medida que fueran interpretados conforme con la jurisprudencia de la Corte IDH. Cuando ninguna de las interpretaciones de la norma interna es compatible con el *corpus iuris* interamericano, la inconventionalidad de dicha norma interna produce la carencia de efectos jurídicos de la misma, lo que obliga a la aplicación preferente de la norma que mejor posibilita el goce y ejercicio efectivo de los derechos, en virtud de la obligación de respetar los derechos en el estándar mínimo del *corpus iuris* señalado, el que tiene fuerza normativa sobre las normas internas que se encuentren por debajo de dicho estándar interamericano. En el caso de que dicha contradicción se produzca entre el estándar de derechos mínimo de derechos deter-

minado convencionalmente y la Constitución Nacional, debe reformarse la Constitución y adecuarse al estándar mínimo interamericano, tal fue el caso de la sentencia de la Corte IDH *Olmedo Bustos y Otros con Chile (La última tentación de Cristo)*, sentencia que determino como medida de reparación la modificación de la Constitución Chilena en su artículo 19 N° 12, inciso final, lo que el Estado chileno cumplió a plena satisfacción de la Corte IDH. A su vez, es obvio que el ordenamiento interno del Estado puede tener un estándar superior de respeto y garantía de los derechos que el establecido en el sistema interamericano, ello no es más que la aplicación del *principio favor persona*, en cuyo caso, se aplica preferentemente la norma interna. Cabe señalar que tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional han aplicado en su jurisprudencia el principio favor persona (pro homine).

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional asumen que el *estándar interamericano* se deduce del corpus iuris interamericano como de la jurisprudencia de la Corte IDH, utilizando además auxiliariamente el derecho internacional “*blando*”, vale decir, las Observaciones Generales de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas, diversas otras Declaraciones de Derechos y Resoluciones de Naciones Unidas.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile ha asumido los estándares del control de convencionalidad en forma explícita, en la sentencia Rol N° 9031-2013, de 9 de noviembre de 2013, considerando 12, como en la sentencia *Rol N° 27.543-16, de 3 de octubre de 2016*, estableciéndose además la fuerza normativa constitucional de los derechos convencionales en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, como lo explicita la Corte Suprema, ya en su sentencia Rol N° 4183, 6 de abril de 2007, lo que ha sido asumido implícitamente en diversas otras sentencias al interpretar y aplicar los atributos del corpus iuris interamericano como estándar para resolver los casos específicos, teniendo además presente, que en tal perspectiva no sólo la Corte Suprema considera el derecho convencional internacional, sino también el derecho consuetudinario y los principios imperativos de derecho internacional como queda explicitado en las sentencias de la Corte Suprema Rol N° 559-2004, de 13 de diciembre de 2006; Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007 y Rol N° 9031-2013 de 9 de noviembre de 2013.

El Tribunal Constitucional, a diferencia de la Corte Suprema, ha asumido solamente implícitamente el control de convencionalidad mediante la perspectiva de determinar la existencia de estándares internacionales vinculantes de derechos humanos como en los casos de migrantes y de justicia militar en la perspectiva del bloque constitucional de derechos fundamentales o como elementos interpretativos determinantes en la plena acepción de los

derechos fundamentales como determina la sentencia del Tribunal Constitucional *Rol N° 2493, de 6 de mayo de 2014*, asumiendo además la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de justicia militar, como también lo hace la sentencia Rol N° 2.492 de 2014, donde fundamenta su resolución en base al artículo 8° de la CADH, por reenvío del artículo 5° inciso 2°, considerando también la jurisprudencia de la Corte IDH. Así el Tribunal Constitucional reconoce en dichas sentencias el carácter de intérprete auténtico y final de la CADH de la Corte IDH y precisa que su jurisprudencia vincula al Tribunal Constitucional. En diversas sentencias del Tribunal Constitucional en materia de debido proceso, respecto de la garantía del derecho al recurso, se asume dicho recurso en virtud del artículo 8° de la CADH y en la interpretación de la Corte IDH, como ocurre, entre otras sentencias en *los Roles 2743-14-INA y 2791-15-INA, ambas de 3 de marzo de 2016*.

Cabe explicitar asimismo que lo importante de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y constitucionales no es el formalismo de que utilicen el nomen iuris de “control de convencionalidad” en el texto de las sentencias, sino que sustantivamente utilicen para resolver los casos el corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH, vale decir, los estándares básicos sobre derechos humanos, tanto respecto de los atributos y garantías de los derechos como respecto de los postulados y principios de interpretación de los mismos, ello es lo que permite tener un efecto útil respecto del deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos en los países de la región. Lo importante es lo que los tribunales hacen y no lo que dicen que hacen.

Contribuiría a un uso más efectivo y eficiente por los tribunales nacionales de los estándares emanados del corpus iuris interamericano y de la jurisprudencia de la Corte IDH, si estos tuvieran un adecuado procesamiento del “holding” o “ratio decidendi” de las sentencias de la Corte IDH, como asimismo, las escuelas o academias judiciales realizaran una adecuada socialización de los jueces en dicha materia.

El control de convencionalidad interno especificado es una consecuencia lógica y jurídica de las obligaciones que se generan para un Estado parte en *un sistema colectivo de respeto y garantía de derechos humanos* y de la consiguiente obligación contraída de adecuar su ordenamiento jurídico y la conducta de sus órganos, autoridades y funcionarios a los estándares interamericanos.

El sistema interamericano de derechos humanos es co-adyuvante y complementario, por lo cual son los órganos estatales y sus autoridades quienes deben aplicar en primer lugar los atributos y garantías de los derechos asegurados por el sistema conforme al estándar interamericano en aplicación del parámetro del *corpus iuris* interamericano y la jurisprudencia de

la Corte IDH, el *control convencional de la Corte IDH es el último recurso para la protección de los derechos* cuando tal tarea no ha sido cumplida por el Estado parte a través del control de convencionalidad interno, es por ello que el sistema convencional exige agotar los recursos jurisdiccionales internos como requisito para acudir al amparo interamericano.

En definitiva, el cumplimiento de buena fe de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a las obligaciones generales que determinan sus artículos 1° y 2°, especialmente este último que implica el principio de su aplicación con “efecto útil”, y el principio de complementariedad que se encuentra subsumido en el sistema convencional analizado, lleva a desarrollar una interpretación del derecho interno, incluida la Constitución de conformidad con la CADH, en lo que Sagüés ha denominado en su reflexión, la “Constitución convencionalizada”⁵⁵.

Para citar este artículo: Nogueira Alcalá, Humberto, “El control de convencionalidad por lo Estados parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, en *Revista de Derecho* 15 (I-2017) ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 143-200.

⁵⁵ Sagüés, Néstor Pedro. Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constitución convencionalizada”, pp. 617-626

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, P. y Núñez, M. (coord.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012).
- Aguilar, Gonzalo y Nogueira, Humberto, “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”, *Revista de Derecho Público* N° 84 (1-2016), Facultad de Derecho, Universidad de Chile N° 84: 13-43.
- Aguilar, Gonzalo, “El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos Humanos”, en H. Nogueira, (Coord.), *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Santiago, Librotecnia, 2012), 449- 508.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete auténtico y final del corpus iuris interamericano y su impacto en el derecho nacional”, en Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo. *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*. (Santiago, Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017), 158-184.
- Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*. (Buenos Aires, Editorial Ediar, 2008).
- Ayala Corao, Carlos. (2012) *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).
- Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de derechos humanos”, en von Bogdandy, Armin, Flavia Piovesan y Mariela Morales *Estudios Avanzados de Direitos Humanos*. (Rio de Janeiro, Ed. Elseiver – Campus Jurídico, 2013), 590-616.
- Canosa Usera, Raúl, *El control de convencionalidad*. (Madrid, Ed. Civitas, 2015).
- Castilla, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en *Revista Estudios Constitucionales*, V. 9 N° 2 (2011): 123-164.
- Castilla, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, N° 20 (Enero/junio, 2009), Ciudad de México.

- Contreras, Pablo, “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2 (2014): 235 – 274.
- De Oliveira Mazzouli, Valerio, *O controle jurisdiccional da convencionalidades das leis*. (Sao Paulo, Ed. Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2016) Cuarta edición ampliada y revisada.
- Fernández, Miguel Ángel, “El valor persuasivo u obligatorio de los estándares fijados por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional”, en Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo (2017). *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago, Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017), 294-308.
- Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Pelayo Moller, Carlos María, “La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1° del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, *Estudios Constitucionales V. 10 N°2* (2012): 141-192.
- Ferrer Mac Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del *caso Gelman vs. Uruguay*)”, *Revista Estudios Constitucionales*, V. 11 N° 2 (2013): 641-693. Versión on line: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200017>
- Ferrer MacGregor, Eduardo, “Control de convencionalidad (sede interna), en Ferrer MacGregor, E., Martínez Ramírez, F., y Figueroa Mejía, G., *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Vol. I (México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014).
- Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Carlos María Pelayo Moller, “El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional”, en Pérez Johnston, Rodríguez Manzo y Siva Díaz (edd.), *Derechos Humanos Internacional*. (Ciudad de México D.F., Porrúa – Escuela Libre del Derecho, 2012), 53-99.
- Ferrer MacGregor, E., Martínez Ramírez, F., y Figueroa Mejía, G., *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Vol. I (México, Poder Judicial de la Federación,

- Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014), Serie Doctrina Jurídica, N° 692.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. (México D. F. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012), 2-28.
- Fuentes, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, en *Publicaciones del SELA* (Escuela de Derecho, Universidad de Yale, 2007).
- Fuenzalida Bascuñán, Sergio, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), V. 28 N°1 (julio 2015). Versión electrónica.
- García, Leonardo, “De la constitucionalización a la convencionalización del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, *Revista Derecho del Estado*, N° 36 (enero-junio del 2016).
- García Pino, Gonzalo. (2017). “La consideración de los estándares sobre Derechos Fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional”, en Nogueira Alcalá-Aguilar Cavallo, *Control de convencionalidad*, 88-113.
- García Ramírez, Sergio, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979–2004*. (San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH, 2005): 1-86.
- García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista IUS* Año V N° 28 (2011), Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla:123-159.
- García Ramírez, Sergio y Zanghi, Claudio, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de sus sentencias”, en Javier García Roca, Pablo Antonio Fernández, Pablo Santolaya y Raúl Canosa (eds.). *El diálogo entre los sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. (Pamplona, Ed. Civitas - Thomson Reuters, 2012).
- García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en von Bogdandy, Armin, Flavia Piovesan y Mariela Morales *Estudios Avanzados de Direitos Humanos*. (Rio de Janeiro, Ed. Elsevier – Campus Jurídico, 2013), pp. 557-589.

- García Roca, Javier y Nogueira Alcalá, Humberto (2017). “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, artículo inédito, a publicarse en libro colectivo *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* de (España, Aranzadi-Editorial Thomson Reuters).
- Henríquez Viñas, Miriam, “Análisis de la jurisprudencia recaída en recursos de protección y el control de convencionalidad (1989- 2011)”, en Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.). *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Santiago, Librotecnia, 2012), 249-259.
- Henríquez Viñas, Miriam, “La polisemia del control de convencionalidad interno”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* N° 24 (enero-junio 2014).
- Henríquez Viñas, Miriam, “El (dí)simil concepto de control de convencionalidad interno- Perspectiva jurisprudencial”, en Nogueira Alcalá-Aguilar Cavallo (edd.), *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago, Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017), 52-63.
- Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, V. 7, N°2 (2009): 109-128.
- Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*. (Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2015).
- Kunsemuller Loebenfelder, Carlos, “La aplicación del control de convencionalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema”, en Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (Santiago, Editorial Librotecnia, 2014), 347-379.
- Landa, Cesar, “Los estándares en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nogueira Alcalá-Aguilar Cavallo, *El parámetro de control*, 250-269.
- Medina Quiroga, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo a Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de siglo después: 1979-2004*. (San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos,

- 2005), disponible (en red) en <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>.
- Mensa González, Andrea, “El control de convencionalidad como pilar del sistema interamericano”, en Pizzolo, Calogero y Mezzeti, Luca (Coords.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales. Tomo 1: América* (Buenos Aires, Ed. Astrea, 2016), 183 – 212.
- Muñoz Gajardo, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, en Nogueira Alcalá (coord). *La protección de los derechos humanos*, 149 – 247.
- Nash Rojas, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nogueira, (coord.) *El diálogo transjudicial*, 359-385.
- Nash Rojas, Claudio, “El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos”, en Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.). *Diálogo judicial Multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. (Santiago, Editorial Cecoch-Librotecnia, 2013), 457 – 479.
- Núñez, Constanza “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°148 (2017): 210-212.
- Nash, Claudio, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la doctrina del margen de apreciación”, en Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo, *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*. (Santiago, Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017). 214-238.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo I, 3ª edición. (Santiago, Editorial Librotecnia, 2010), 243-245.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 135 (2012): 1167-1220.
- Nogueira Alcalá, H. y Aguilar Cavallo, Gonzalo, *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (Santiago, Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017).
- Nogueira Alcalá, H. y Aguilar Cavallo, G., *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*. (Santiago, Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017).
- Nogueira Alcalá, Humberto, “El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo. *Control de convencio-*

- nalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*. (Santiago, Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017), 11-53.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y la obligatoriedad de su consideración por los Estados Partes de la CADH”, en Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo, *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (Santiago, Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017), 270 – 293.
- Núñez Donald, Constanza, *Control de convencionalidad. Teoría y aplicación en Chile*, (Santiago. Ed. Librotecnia, 2016).
- Peña, Marisol, “El principio pro homine o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. (Santiago. Editorial Librotecnia, 2013), 131 – 154.
- Pinto, Mónica, “El Principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En Abregú Martín y Christian Courtis (Compiladores). *La aplicación de los tratados de derechos humanos y por los tribunales locales*. (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997), 163-172
- Pizzolo, Calogero y Mezzeti, Luca (Coords.), *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales. Tomo I: América*, (Buenos Aires, Ed. Astrea, 2016), 183 – 212.
- Quinche Ramírez, M., *El control de convencionalidad*, (Bogotá, Temis, 2014).
- Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las leyes y derecho humanos*. (México, Editorial Porrúa, 2008).
- Rivera Santivañez, José Antonio, “La aplicación del control de convencionalidad en Bolivia”, en Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo, *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (Santiago, Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017), 64-109.
- Rodríguez, Gabriela, “Artículo 29. Normas de interpretación”, en Steiner, Christina y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, (Santiago, Fundación Konrad Adenauer Stiftung - Tribunal Constitucional de Chile, 2014).
- Robledo, Miguel, “El desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad y su aplicación en la República argentina”, en Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo,

- Gonzalo, *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (Santiago, Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017), 154-210.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Derechos nacionales e internacionales de la Constitución nacional a la ‘Constitución convencionalizada’” en Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*. (Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016), 389 - 399.
- Sagüés, Néstor Pedro, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*. (Lima, Ediciones Jurídicas Grijley, 2002), 33-52.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *Estudios Constitucionales*, Volumen 8 N° 2 (2009): 117-135.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constitución convencionalizada”, en von Bogdandy, Armin, Flavia Piovesan y Mariela Morales, *Estudios Avanzados de Derechos Humanos*. (Rio de Janeiro, Ed. Elsevier – Campus Jurídico, 2013), 617-626.
- Salvioli, Fabián, “La interpretación pro hómine y las obligaciones generales de los Estados”. Conferencia dictada el 17/7/2007 en el XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 9-20/7/2007, San José Costa Rica, disponible (en red) en http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_541409364/XXV_Curso_2007-07-17_09am.htm.
- Rousset Siri, Andrés Javier, “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año I N° 1 (2011): 59-79.
- Zúñiga, Francisco, “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica”, en Nogueira, Humberto. (Coord.). *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, (Santiago, Librotecnia, 2012), 387 – 447.

Sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH

La jurisprudencia de casos contenciosos de la Corte IDH, se encuentran en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

Casos contenciosos

- Corte IDH, sentencia *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N° 4.
- Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N° 29.
- Corte IDH. *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs, Guatemala*. Sentencia de 19 noviembre de 1999. Serie C N° 63.
- Corte IDH, *Caso Ricardo Canesse vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C N° 111
- Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75.
- Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile del 26 de septiembre de 2006. Serie C N°154.
- Caso “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”, Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158.
- Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 157.
- Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162.
- Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N°169.
- Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186.
- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209.
- Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N°219.
- Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (*excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*) Serie C N° 220.

- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239.
- Corte IDH. *Caso Mohamed Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C N° 255.
- Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259.
- Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, Fondo, reparaciones y costas, 20 de noviembre de 2012. Serie C N° 253.
- Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C N° 257.
- Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C N° 276.
- Corte IDH. *Caso Norín Catrimán vs. Chile* (Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C N° 279.
- Corte IDH, “*Caso Comunidad Garifuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C N° 304.
- Corte IDH. *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C N° 330.

Supervisión de cumplimiento de sentencia

- Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013.

Opiniones Consultivas citadas

- Corte IDH. Opinión Consultiva OC 1/82, de 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, del 13 de noviembre de 1985,. Serie A N° 5.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. La expresión “leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6.

- Corte IDH, Opinión Consultiva OC 14/94, “*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención. (artículos 1 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”. de 5 de diciembre de 1994. Serie A N° 14
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC 16/99, «*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*», solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, serie A, N° 16.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02. “*Condición Jurídica de los Derechos Humanos del Niño*”, del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03. “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*”, de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC 21/14 “*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*”, 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC 22/16. “*Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*”, de 26 de febrero de 2016. Serie A N° 22.

Sentencias del Tribunal Constitucional de Chile

- Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 567, de 1° de septiembre de 2006.
- Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 834, de 13 de mayo de 2008.
- Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1361-09, de 13 de mayo de 2009
- Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 1.484-09 de 5 de octubre de 2010
- Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 567 de 2010.
- Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 1881-10 de 3 de noviembre de 2011.
- Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2.273-2012, de 19 de julio de 2012.
- Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2493, de 6 de mayo de 2014.
- Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2492-13 de junio de 2014.
- Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2.492, de 17 de julio de 2014.
- Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2615-14, de 30 de octubre de 2014.
- Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 2.690, de 6 de agosto de 2015.
- Tribunal Constitucional, sentencias Roles 2743-14-INA y 2791-15-INA, ambas de 3 de marzo de 2016.

Sentencias Corte Suprema de Chile

Sentencia de la Corte Suprema. Rol N° 4183, 6 de abril de 2007.

Sentencia Rol N° 5132-2008, sentencia de 27 de enero de 2009.

Sentencia Rol N° 6-2009, 15 de marzo de 2010.

Sentencia Rol 258-2011, de 13 de julio de 2011.

Sentencia Rol N° 519-2013, sentencia de 18 de julio de 2013.

Sentencia Rol N° 9031-2013, de 9 de noviembre de 2013.

Sentencia Rol N° 5831-2013, sentencia de 10 de junio de 2014.

Sentencia Rol N° 1059-2015, 20 de enero de 2015.

Sentencia Rol N°1187-2014, 28 de mayo de 2015.

Sentencia Rol N° 27.543-16, de 3 de octubre de 2016.

Sentencia Rol N° 92795-2016, de 1° de diciembre de 2016

Sentencia Rol N° 87743-2016, 2 de febrero de 2017.

Elemento subjetivo del delito: una lectura escéptica desde Kant

Subjective Element of Crime:
A Skeptic Reading from Kant

*Diego Pérez Lasserre**

*Pontificia Universidad Católica de Chile

dperez1@uc.cl

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1380>

RESUMEN: El presente artículo pretende revisar la discusión propia del Derecho Penal entre los causalistas y finalistas a partir del análisis de la libertad que Kant hace en la tercera antinomia de su *Crítica de la Razón Pura*, a fin de sacar a la luz el tema de fondo que subyace en dicha discusión y revisar la atinencia o no del mismo.

PALABRAS CLAVE: derecho penal, causalistas y finalistas, Kant, libertad.

ABSTRACT: The present article intends to review the discussion between causalists and finalists in Criminal Law from the analysis of the freedom that Kant makes in the third antinomy of his *Critique of Pure Reason*, in order to bring to light the underlying theme in this discussion and to review its attainment.

KEYWORDS: criminal law, causalistas and finalists, Kant, freedom.

SUMARIO: I- La libertad en la crítica de la Razón Pura. II- Causalidad y culpabilidad: el caso del derecho penal. III- Límites De Lo Cognoscible Mediante La Razón Especulativa: Un Insumo Útil Para La Culpabilidad. IV- Conclusiones. V- Bibliografía.

Recibido: 29/12/16. Revisado: 25/01/17. Observado: 27/03/17. Corregido y aceptado: 25/04/17.

El hombre es, pues, Fenómeno, por una parte,
y, por otra, esto es, en relación con ciertas facultades,
objeto meramente inteligible¹.

Immanuel Kant

El tratamiento que Kant da a la libertad a lo largo de sus obras es un asunto de suma complejidad. De hecho, y como bien señala Allison, hay incluso autores que dan cuenta de que es posible distinguir cinco conceptos distintos para este fenómeno² en la obra kantiana³. No sorprende, sin embargo, que el filósofo de Königsberg se haya dedicado largamente a reflexionar sobre este asunto, ya que la libertad, entendida ésta en su sentido trascendental, es decir, como “*absoluta espontaneidad* causal que inicie *por sí misma* una serie de fenómenos que se desarrollen según leyes de la naturaleza” (A 446, B 474), resulta bastante problemática en el sistema kantiano. En efecto, el hablar de la libertad como independiente de la causalidad patológicamente⁴ determinada equivale a decir que, para que una acción se estime como libre, ésta ha de ser considerada como un acontecimiento temporal del cual es correcto negar que toda determinación causal-patológica se le aplica⁵.

Ahora, si bien la dificultosa tarea de concebir (e incluso probar, en algunos casos) la posibilidad de la coexistencia entre una causalidad por naturaleza y una causalidad por libertad ha sido discutida primordialmente en sede filosófica, ésta no ha sido la única rama del saber que se ha visto cautivada por dicha disquisición. Disciplinas como la física y el derecho también se han dedicado largamente a estudiar esta materia, llegando incluso la

¹ (A 547, B575). En el presente trabajo se ha utilizado la traducción de Pedro Ribas de la *Crítica de la Razón Pura*: Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Pura*, trad. Pedro Ribas (México D.F., Taurus, 2013).

² Palabra tomada en su sentido coloquial, no en el sentido técnico kantiano

³ Cf. Henry E. Allison, *Idealism and Freedom: Essays on Kant's Theoretical and Practical Philosophy* (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1996), 129.

⁴ Kant entiende lo patológico como lo sensiblemente condicionado.

⁵ Cf. William L Harper y Ralf Meerbote, *Kant on Causality, Freedom, and Objectivity* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984), 145.

primera de ellas a descubrir que el principio de causalidad se ve alterado nivel subatómico. En la segunda de las disciplinas enunciadas [el derecho], “el problema de la libertad de la voluntad y sus repercusiones en la valuación de la conducta humana, cuestión cuyo origen la enclava en la metafísica y la filosofía moral, ofrece un singular espectáculo”⁶. En efecto, la discusión respecto a la causalidad/libertad se torna central a la hora de determinar cuáles son los mecanismos que permiten acreditar que un hecho en particular, el cual es contrario a la ley, fue causado libremente por un agente. Es decir, a la hora de imputar responsabilidad a un sujeto por una determinada acción u omisión. Lamentable es, empero, que pobre sea la injerencia que han tenido las discusiones filosóficas sobre esta materia en el mundo jurídico (por lo menos a nivel nacional), ya que ellas son una rica fuente de materia prima para elevar la discusión y traer a la mesa asuntos que la cada vez más común miopía interdisciplinaria no permiten aprehender.

Es lo anterior lo que nos motiva a intentar, en las páginas que siguen, iluminar la discusión de la imputación en el Derecho Penal, “sector en que la inquietud acerca de las razones de existencia arremete con una pujanza por completo inusitada en otras áreas del saber jurídico”⁷, a partir del desarrollo que Kant hace de la libertad trascendental en la *Crítica de la Razón Pura*. No nos dedicaremos, sin embargo, a realizar un extenso desarrollo de la libertad en Kant. En efecto, ello requeriría un exhaustivo estudio no solo de la libertad trascendental, sino que también de la libertad práctica⁸ (así como de las distintas lecturas que importantes filósofos le han dado a este asunto), lo que tornaría el presente trabajo en un interesante trabajo filosófico, pero de poca relevancia jurídica⁹. Lo que pretendemos aquí, en cambio, es hacer uso de algunas de las ideas de Kant para analizar una discusión penal que si bien no es actual, tiene injerencia en lo referente a la prueba del elemento subjetivo del delito.

Para ello seguiremos la siguiente estructura: Comenzaremos realizando una breve explicación del tratamiento que hace Kant de la libertad en la *Crítica de la Razón Pura* (I), para luego pasar a revisar, a grandes rasgos, las discusiones que en el Derecho Penal han surgido en lo que se refiere a la causalidad e imputabilidad (II). A continuación, desarrollaremos por qué resulta útil y atingente el tratar conjuntamente asuntos que *a priori* parecen tan disimiles (III) y luego terminaremos con un breve análisis de todo lo expuesto (IV).

⁶ José Luis Guzmán Dalbora, “Estudio preliminar”, en *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, de Karl Engisch (Valparaíso: Edeval, 2006), 15.

⁷ Guzmán Dalbora, “Estudio preliminar”, 19.

⁸ Se ha de tener en consideración, no obstante, que como bien señala Heidegger “la libertad práctica encuentra su fundamento [is grounded] en la libertad trascendental”. Martin Heidegger, *The essence of human freedom: an introduction to philosophy*, trad. Ted Sadler (London & New York: Continuum, 2002), 18.

⁹ Esta aclaración es pertinente en atención a las observaciones recibidas.

1.

LA LIBERTAD EN LA CRÍTICA DE LA RAZÓN PURA

El problema de la posibilidad de una coexistencia entre la causalidad según leyes de la naturaleza y la libertad es tratado por Kant en la Dialéctica Trascendental en la sección dedicada a las Antinomias de la Razón Pura. Al igual que en las demás antinomias, la tercera, en la cual Kant trata la libertad, se presenta como un conflicto entre las ideas cosmológicas, es decir, entre las formas de concebir el mundo como un todo (como una totalidad de condiciones), en las que cada una de las posiciones (tesis y antítesis) son legítimas si se relativizan a un punto de vista¹⁰. En palabras sencillas, Kant señala que tanto el afirmar que existe la libertad como el negarla, es decir, el aseverar que el mundo se rige exclusivamente por la causalidad natural, se encuentra suficientemente fundado; no resulta posible el preferir una solución a la otra.

No debe, no obstante, creerse, dado que no puede optarse legítimamente por una opción en desmedro de la otra, que la dificultad para dilucidar el asunto reside en quien está haciendo el análisis. Por el contrario, el problema está, como bien señala el propio Kant, en que ambos bandos utilizan tesis *pseudorracionales*, ya que hacen uso de principios del entendimiento sin limitarse a aplicar la razón a los objetos de la experiencia, sino que los extienden más allá de sus límites.

Tales tesis <continúa diciéndonos Kant>, no necesitan ni esperar una confirmación empírica, ni temer una refutación. No sólo está cada una de ella libre en sí misma de toda contradicción, sino que encuentra las condiciones de su necesidad en la naturaleza de la razón misma. El problema reside, desgraciadamente, en que la tesis opuesta tiene en su favor unos fundamentos que gozan de la misma validez y necesidad¹¹.

¿Qué hacer, entonces, ante tal trampa en la que nos han dejado las exploraciones kantianas en el océano de lo suprasensible? La opción más sensata, al igual que en la mayoría de los deportes, parecería ser el retirarse de la contienda y declarar un empate. En efecto, si no resulta evidente cual es el bando que merece la victoria, lo razonable es retirarse con la satisfacción de que por lo menos hubo una disputa digna de ser presenciada. Sin embargo, y tal como lo indica el académico de Königsberg en las primeras líneas del prólogo a la primera

¹⁰ Cf. Henry E Allison, "Kant on Freedom of the Will", *Essays on Kant* (Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012), 147-149.

¹¹ Kant, *Crítica de la Razón Pura*, B 449.

edición de su primera *Crítica*, en estas materias “la razón humana tiene el destino singular [...] de hallarse acosada por cuestiones que no puede rechazar por ser planteadas por la misma naturaleza de la razón” (A VII); es decir, aun cuando no seamos capaces de proporcionar una respuesta satisfactoria a estas interrogantes, nuestra razón seguirá indagando y exigiendo que sus inquietudes sean resueltas. Ante tal panorama, Kant nos dice que,

<no nos> queda otra alternativa <más> que reflexionar sobre el origen de esta discordia de la razón consigo misma, con el fin de averiguar si tal discordia se debe a un simple malentendido. Podría ser que, una vez aclarado éste, desaparecieran las ufanas pretensiones de ambos bandos y que se iniciara, en su lugar, un tranquilo y duradero gobierno de la razón sobre el entendimiento y los sentidos (A 465, B 493).

Es decir, nuestra razón no debe aventurarse a esta disputa con la finalidad de declarar a uno de los dos contrincantes como vencedor, sino que más bien con el objetivo de encontrar aquello que produce una falta de dialéctica en la discusión y que genera que ésta se torne fútil¹².

Ahora, ¿cómo se resuelve el conflicto entre la posibilidad de la coexistencia entre la causalidad natural y libertad? Bueno, como bien señala Heidegger, “la clave para resolver esta dificultad es la *distinción entre fenómeno y cosa en sí, distinción que en sí involucra el problema de la finitud del conocimiento*”¹³. En efecto, ya en el prólogo a la segunda edición de la *Crítica* Kant adelanta esto al señalar que si se supone:

(...) que nuestro conocimiento empírico se rige por los objetos en cuanto cosas en sí, se descubre que lo incondicionado *no puede pensarse sin contradicción*; por el contrario, suponiendo que nuestra representación de las cosas, tal como nos son dadas, no se rige por éstas en cuanto cosas en sí, sino que más bien esos objetos, en cuanto fenómenos, se rigen por nuestra forma de representación, *desaparece la contradicción*. Si esto es así y si, por consiguiente, se descubre que lo incondicionado no debe hallarse en las cosas en cuanto las conocemos (en cuanto nos son dadas) pero sí, en cambio, en las cosas en cuanto no las conocemos, en cuanto cosas en sí, entonces se pone de manifiesto que lo que al comienzo admitíamos a título de ensayo se halla justificado¹⁴.

El error, entonces, de quienes niegan la existencia de libertad reside en que sólo consideran en su análisis a los *fenómenos*, siendo así imposible para ellos concebir algo ajeno a

¹² Esta manera de aproximarse a la problemática Kant lo llama método escéptico (A 424, B 451)

¹³ Martín Heidegger, *The essence of human freedom: an introduction to philosophy*, trad. Ted Sadler (London & New York: Continuum, 2002), 163.

¹⁴ Kant, *Crítica de la Razón Pura*, B XX-XXI

las leyes de causalidad propias de la naturaleza; el de quienes aseveran que existe la libertad y a partir de dicha afirmación aseguran que es posible afirmar la existencia de un primer ente incausado (Dios) que produce toda otra causalidad, en cambio, en cosificar la libertad, es decir, es tratarla como *fenómeno* aplicándole las categorías de posibilidad de la experiencia.

En definitiva, la distinción entre *fenómenos* y *cosas en sí* crea un espacio lógico que posibilita que ambos bandos puedan estar en lo correcto: el determinista respecto a los objetos de la experiencia y el indeterminista respecto a objetos inteligibles¹⁵.

2.

CAUSALIDAD Y CULPABILIDAD: EL CASO DEL DERECHO PENAL

Luego de realizar este breve recorrido por el tratamiento que Kant hace de la libertad trascendental en la *Crítica de la Razón Pura*, nos corresponde revisar, aunque de manera aún más breve, lo que se refiere a la causalidad y culpabilidad en el Derecho Penal.

En esta rama del derecho podemos encontrar (algo así como) un correlato de la distinción que Kant hace entre causalidad natural y libertad, en lo que se conoce como causalidad del delito y culpabilidad en el mismo. Lo primero se refiere a que, para condenar a un sujeto, necesariamente ha de haber una “vinculación entre la conducta del sujeto y el resultado previsto en el tipo legal”¹⁶, de manera que ha de ser posible el rastrear el origen de un hecho delictual al movimiento (o incluso a la ausencia de este) de un determinado sujeto; es decir, algo bastante similar a la causalidad natural del pensamiento kantiano. La culpabilidad, en cambio, se refiere a que para condenar a un sujeto no basta con que una acción delictiva sea consecuencia de la acción u omisión de un agente, sino que también se requiere que el sujeto haya tenido la intención de producir ese resultado delictivo a la hora de realizar aquella acción u omisión. Es decir, es necesario que sea posible el rastrear el origen de una cadena causal cuyo resultado es un hecho delictivo a la libertad de un sujeto. Así, no basta para castigar a una persona por el delito de homicidio que la muerte de la víctima se haya producido porque fue la bala de un arma que ella tenía en sus manos la que produjo su muerte, sino que se requiere también que esa persona haya querido, en su fuero interno, matar a la víctima. Si, por ejemplo, quien disparó el arma que provocó la muerte de otra persona

¹⁵ Cf. Allison, “Kant on Freedom of the Will”, 149.

¹⁶ Sergio Politoff Lifschitz, Jean Pierre Matus Acuña, y María Cecilia Ramírez G., *Lecciones de derecho penal chileno: parte general* (Editorial Jurídica de Chile, 2004), 174.

lo hizo inintencionadamente, como sucedería en el caso que dicha persona estaba limpiando el arma y sin querer apretó el gatillo y la disparó, no sería (en principio) condenada por dicho delito¹⁷. Ahora, dada la finalidad y extensión del presente trabajo, no nos adentraremos a revisar lo dicho por la doctrina acerca de la causalidad en los delitos, aun cuando ello podría ser de sumo interés. En cambio, nos detendremos en lo que se refiere a la culpabilidad y las discusiones que en dicho ámbito se han generado.

Si bien para muchos puede parecer un tanto añejo el asunto, la mayoría de las cátedras chilenas de Derecho Penal, a la hora de determinar el lugar de la culpa y el dolo (elemento subjetivo del delito) en la estructura del delito, centran la discusión en la disputa entre la teoría causalista y la finalista. La primera afirma que “*la acción consiste en un puro movimiento corporal que causa una modificación del mundo exterior, perceptible por los sentidos*”¹⁸ y que, por lo tanto, no hay ningún contenido intencional en la misma. Es decir, conciben la acción como un cierto movimiento que produce un cambio en el mundo fenoménico, pero ubican la voluntariedad o intención de dicho movimiento no en la acción misma, sino que en la culpabilidad. Siguiendo el ejemplo anterior, no sería posible verificar intencionalidad o siquiera negligencia en el hecho de que una persona dispare un arma y cause por ello la muerte de otra si se es causalista; lo único que se puede comprobar es que una persona disparó un arma y que otra murió. La intención o voluntariedad de dicha acción no es posible encontrarla en la acción misma, sino que ha de encontrarla el juez en otros elementos. El finalismo, en cambio, afirma que no es posible hablar de acción si se le quita a dicho concepto la intencionalidad que le es inherente. En efecto, esta teoría asevera que la manera de proceder del causalismo “es irreal e implica una división impracticable de lo que para la opinión común es una acción, sustrayéndole precisamente lo que en ella parece más característico: el propósito de alcanzar determinados objetivos”¹⁹. Sin embargo, entiende las razones que llevaron a proponerla y seguirla, ya que,

(...) la acción, concebida de este modo [causalista], tenía una consistencia física, era verificable empíricamente y se insertaba perfectamente en la cadena de los fenómenos causales con los cuales trabajaban las ciencias de la naturaleza. Por tales motivos, confería a la teoría del delito una aparente certeza estructural y desvinculaba su elemento fundamental de cuestiones “metafísicas” como la relativa a la libertad del comportamiento humano, que en el simple cambio del mundo exterior no tiene cabida²⁰.

¹⁷ Digo “en principio” porque en caso de probarse que hubo negligencia por parte del hechor, eventualmente podría ser condenado por cuasi-delito de homicidio.

¹⁸ Enrique Cury Urzúa, *Derecho penal: parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 253.

¹⁹ Cury Urzúa, *Derecho penal...*, 253.

²⁰ Cury Urzúa, *Derecho penal...*, 253.

En efecto, y como bien señala Roxin, el causalismo responde al “pensamiento naturalista de finales siglo XIX, que intentaba reconducir todos los conceptos jurídicos a datos empíricos explicables por las ciencias naturales”²¹, por lo que es entendible que haya reducido el concepto de acción a lo empíricamente constatable.

El finalismo, en cambio, a partir de un análisis presuntamente fenomenológico²², viene a redefinir el concepto de acción restituyéndole el tan añorado elemento intencional que le había sido arrebatado por el causalismo bajo pretexto de cientificidad. Como bien señala Van Weezel, “el giro del finalismo consiste en asociar en forma automática a la ausencia o presencia de un cierto hecho psíquico una determinada consecuencia en el plano de la imputación penal”²³. Es decir, a partir de él la acción pasa a tener un elemento psíquico que sirve de fundamento para imputar un hecho penalmente desvalorado al autor.

Si bien con este giro el finalismo pretendía superar el falso afán de cientificidad del causalismo, con él se inserta, como bien deja de manifiesto Cury en la cita antes enunciada, en una discusión sumamente compleja propia de la filosofía: el de la libertad.

3.

LÍMITES DE LO COGNOSCIBLE MEDIANTE LA RAZÓN ESPECULATIVA: UN INSUMO ÚTIL PARA LA CULPABILIDAD

El breve desarrollo recién hecho deja de manifiesto que el núcleo de la discusión entre causalismo y finalismo se encuentra en la posibilidad o imposibilidad de comprobación empírica de la intención en la acción misma. En efecto, la primera teoría dice que no se ha de buscar el elemento subjetivo del delito en un fenómeno que consiste meramente en un movimiento corporal que produce un resultado, mientras que la segunda asevera que la intención se ha de buscar en la acción misma. Ahora, si bien esta discusión parece estar ya superada en la discusión jurídico-penal, estimamos que una revisión de la misma da cuenta de un problema actual: el de la acreditación en un proceso del elemento subjetivo del delito. En efecto,

²¹ Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1997), 794.

²² En este sentido: Enrique Cury Urzúa, *Derecho penal: parte general*, 260.

²³ Alex Van Weezel, “El dolo eventual como espacio de discrecionalidad”, *Doctrina y jurisprudencia penal* 7 (2011): 29.

incluso autores contemporáneos como Roxin aseveran que la tarea actual del derecho penal consiste en “trabajar en el concepto mismo de culpabilidad y darle una configuración que lo libere de elementos irracionales y lo convierta en un baluarte empíricamente verificable de la limitación a la intervención propia del Estado de Derecho”²⁴.

Ahora, si bien una aseveración como la de Roxin hace surgir una serie de interrogantes respecto a que se entiende en materia de culpabilidad como “empíricamente verificable” o si acaso la “racionalidad” propia de las ciencias exactas es un estándar que genera efectos positivos en el derecho²⁵, estimamos pertinente, atendida la finalidad del presente trabajo, volver al pensamiento kantiano.

Como bien se explicó en el apartado I, es la distinción entre *fenómeno* y *cosa en sí* lo que permite concebir de manera no contradictoria la coexistencia de la causalidad propia de la naturaleza con la libertad no determinada patológicamente. Sin embargo, esta afirmación hace surgir la siguiente interrogante: ¿significa la posibilidad lógica de esta coexistencia, entonces, que es posible que conozcamos mediante nuestra razón especulativa lo que la libertad trascendental es? ¿Acaso podemos tener conocimiento empírico de la libertad? Para responder a esta pregunta, atingente parece el revisar una reflexión que el filósofo de Königsberg hace en el apartado dedicado a *El fundamento de la distinción de todos los objetos en general en fenómenos y númenos*, donde señala que:

La analítica trascendental llega, pues, a este importante resultado: lo más que puede hacer a priori el entendimiento es anticipar la forma de una experiencia posible; nunca puede sobrepasar los límites de la sensibilidad —es en el terreno demarcado por esos límites donde se nos dan los objetos—, ya que aquellos que no es fenómeno no puede ser objeto de experiencia. (A 247)

En otras palabras, no es posible obtener un conocimiento empírico de lo suprasensible, ya que lo único que podemos conocer *a priori*, esto es, las condiciones de posibilidad de la experiencia, sólo son aplicables a los datos sensibles y no a objetos que no son susceptibles de determinaciones espacio-temporales. La *cosa en sí*, entonces, aparece como un concepto límite que tiene por objetivo poner fin a las pretensiones de la sensibilidad (Cf. B 311).

Kant, por lo tanto, a través de su desarrollo en la tercera antinomia llega a la conclusión de que “naturaleza y causalidad por libertad *no son incompatibles*” (A 558, B 586), pero no afirma de ningún modo que los seres humanos seamos capaces de obtener conocimiento

²⁴ Roxin, *Derecho Penal...*, 813.

²⁵ Como bien señala Gadamer, la pretensión de la ilustración de cientificidad por medio de la verificabilidad empírica de los fenómenos es un prejuicio más de la comprensión dentro de muchos otros. No mejor ni peor, sino que igual a los demás. Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* (London & New York: Bloomsbury, 2013), 283.

alguno acerca de la libertad considerada en sí o siquiera de cómo ésta opera. Pero, ¿qué tiene esto de relevante para la discusión entre causalismo y finalismo? ¿Acaso no se trata de dos temas completamente distintos cuya conexión, a lo más, es tangencial? En principio, esto puede parecer correcto (y en cierta medida lo es), pero nuestro objetivo no es el ver las influencias kantianas en las discusiones penales sobre la culpabilidad, sino tomar el método que Kant utiliza y las conclusiones a las que llega y aplicarlas a la discusión sobre la intencionalidad en los delitos.

Comencemos, entonces, por emplear el método escéptico a la discusión entre los finalistas y los causalistas prescindiendo, como jueces imparciales, de si los combatientes luchan por una buena o mala causa (Cf. B 451). Lo primero que aparece de manifiesto es que su disputa no versa sobre la posibilidad o imposibilidad de la libertad como independiente de la causalidad natural, como sucedía en la antinomia revisada. En cambio, ésta se refiere a si la intención de un sujeto que comete un delito (que necesariamente presupone que éste sea libre) se encuentra ya en la acción (u omisión) delictiva que realiza o en elementos distintos a ésta. Injustificada se encuentra, entonces, la afirmación de Cury antes descrita donde señala que sólo el finalismo se interna en las discusiones filosóficas sobre la libertad. En realidad, los causalistas también se ven inevitablemente arrastrados a dichas disputas, con la única diferencia que no se internan en ellas al momento de analizar la acción delictual, sino que en un momento ulterior. En suma, el método escéptico nos revela que su contienda no se ubica en sede filosófica, sino en asuntos relativos a la estructura del delito.

Ahora, si bien este enfoque nos ayudó a esclarecer que tanto el causalismo como el finalismo no se introducen en las discusiones filosóficas sobre libertad, sino que más bien la presuponen, también nos permite percatarnos de un asunto todavía más relevante, a saber, que ambas asumen que la causalidad por libertad, la cual encuentra su origen en un objeto inteligible, es comprobable por un juez mediante un procedimiento previamente establecido en la ley. Respecto al primer punto no parece haber problema; de hecho, el presuponer que los seres humanos somos libres y capaces de autodeterminarnos es algo necesario para que exista el derecho. En caso contrario, sólo se necesitarían máquinas con tecnología capaz de anticipar la causalidad natural que tendrá un resultado delictivo o ilegal para administrar justicia. El problema está, en cambio, en el segundo punto, ya que asume que es posible (y necesario) que un juez se introduzca en el mundo de lo suprasensible y establezca, más allá de toda duda razonable, que un sujeto tuvo la intención de cometer un delito y que ello lo llevó a dar inicio a una serie causal que tuvo como consecuencia un resultado delictivo.

En otras palabras, no es que la discusión jurídica entre una posición indeterminista, en virtud de la cual “el hombre puede ser blanco de un reproche sólo porque él posee una suerte de soberanía, de superioridad o, precisamente, de «libertad» frente a sus tendencias y la situación respectiva, con sus seducciones al mal”²⁶, y una determinista, que postule que “las causas del delito son siempre de dos clases diferentes: condiciones disposicionales y ambientales”²⁷, sea inútil en un área como el derecho. Todo lo contrario, la especulación teórica es insumo fundamental para el saber jurídico (especialmente para el derecho penal). Lo que aquí postulamos, en cambio, es que los juristas, a la hora de entrar en discusiones que suponen inmiscuirse en problemas filosóficos, no deben olvidar una cuestión fundamental: que no somos dioses, sino que seres humanos. En efecto, los seres humanos no tenemos la capacidad de conocer objetos inteligibles (como lo es la libertad), por lo que es absurdo el exigir a los entes persecutores que acrediten los delitos y a los jueces que justifiquen sus sanciones basados en algo que jamás podremos conocer de manera directa. Es necesario, por lo tanto, que las pretensiones jurídicas sean más aterrizadas, no en el sentido de que se han de alejar de la especulación filosófica (que es como generalmente se entiende dicha frase), sino que, de hecho, todo lo contrario. Hace falta que los juristas estudien a profundidad los temas filosóficos a los que la discusión jurídica (en especial la del derecho penal) inevitablemente los lleva, para así no caer en cuestiones que dificultan la *praxis* y que pueden fácilmente ser evitadas si se está en compañía (aunque no exclusivamente) de autores como Kant.

En definitiva, esta lectura da cuenta de que la discusión entre causalistas y finalistas se ha mantenido absolutamente ajena a las discusiones filosóficas relevantes sobre el tema, ya que ambas les exigen a hombres comunes lo imposible, a saber, el conocimiento de un objeto que no es objeto de la intuición sensible (Cf. A 538, B 566) para poder condenar a un sujeto por la comisión de un delito: la libertad.

²⁶ Karl Engisch, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, trad. José Luis Guzmán Dalbora (Valparaíso: Edeval, 2006), 76.

²⁷ Engisch, *La teoría...*, 77.

4.

CONCLUSIONES

El método escéptico nos ha permitido dar cuenta de que la lucha entre causalistas y finalistas no estaba apuntando en la dirección correcta. En efecto, ambas teorías exigen que la causalidad por libertad sea acreditada en un proceso penal, pero ninguna se hace cargo de si ello es siquiera posible, o, en su defecto, de cómo ha de ser probada. Así, una y otra se han visto absolutamente desconectadas de la realidad empírica y han mantenido su incansable lucha en un campo de batalla “imaginado”, por ponerlo de alguna manera, que es consecuencia de las inevitables pretensiones de la razón humana, pero motivada por la falta de conocimiento acerca de las investigaciones críticas de Kant.

No debe, empero, creerse que las conclusiones aquí vertidas tienen por objeto motivar un sistema de responsabilidad objetiva que se base exclusivamente en la causalidad natural. Por el contrario, su finalidad es alejar la discusión penal de las concepciones psicofísicas²⁸, como las describe Jakobs, que son las que hasta el minuto han sido las posiciones dominantes en esta área del derecho. Es decir, apartar la discusión penal del “océano ancho y borrascoso [...] donde algunas nieblas y algunos hielos que se deshacen prontamente producen la apariencia de nuevas tierras y engañan una y otra vez con vanas esperanzas al navegante ansioso de descubrimientos, llevándolo a aventuras que nunca es capaz de abandonar, pero que tampoco puede concluir jamás” (A 236, B 295), y atraerla hacia la isla de la verdad, como diría Kant.

Para terminar, es importante prevenir, como ya lo hacía el filósofo de Königsberg en 1787, que “la mencionada transformación sólo se refiere, pues, a las arrogantes pretensiones de las escuelas que quisieran seguir siendo en este terreno [...] los exclusivos concededores y guardadores de unas verdades de las que no comunican a la gente más que el uso, reservando para sí la clave” (B XXXIII). Es decir, lo dicho en el presente trabajo no afectará en nada la *praxis* jurídica, ya que no es que a los jueces penales ante un caso en particular intenten penetrar en la psiquis del presunto delincuente para encontrar ahí el fundamento de su condena, sino que más bien deducen la culpabilidad del sujeto a partir de los indicios observables en el mundo fenoménico. La utilidad, entonces, se reduce meramente a ser una brújula doctrinaria que permita encontrar tierra firme a los juristas del derecho penal.

²⁸ Cf. Günther Jakobs, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (Madrid: Civitas, 2004), 116.

Para citar este artículo: Diego Pérez Laseerre, “Elemento subjetivo del delito: una lectura escéptica desde Kant”, en *Revista de Derecho* 15 (I-2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 201-213.

BIBLIOGRAFÍA

- Allison, Henry E. *Idealism and Freedom: Essays on Kant's Theoretical and Practical Philosophy*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1996.
- Allison, Henry E. “Kant on Freedom of the Will”. En *Essays on Kant*, 137–61. Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012.
- Cury Urzúa, Enrique. *Derecho penal: parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Engisch, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*. Traducido por José Luis Guzmán Dalbora. Valparaíso: Edeval, 2006.
- Gadamer, Hans-Georg. *Truth and Method*. London & New York: Bloomsbury, 2013.
- Guzmán Dalbora, José Luis. “Estudio preliminar”. En *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, de Karl Engisch. Valparaíso: Edeval, 2006.
- Harper, William L, y Ralf Meerbote. *Kant on Causality, Freedom, and Objectivity*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984.
- Heidegger, Martin. *The essence of human freedom: an introduction to philosophy*.
- Jakobs, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.
- Kant, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura*. Traducido por Pedro Ribas. Mexico D.F.: Taurus, 2013.
- Politoff Lifschitz, Sergio, Jean Pierre Matus Acuña, y María Cecilia Ramírez G. *Lecciones de derecho penal chileno: parte general*. Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- Van Weezel, Alex. “El dolo eventual como espacio de discrecionalidad”. *Doctrina y jurisprudencia penal* 7 (2011): 23–52.

La categoría del «contenido esencial» para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación¹

The “essential content” category for the minimum content of fundamental social rights and its problematic application

*Luis Alberto Petit Guerra**

*Universidad de Pisa

luispetitguerra@hotmail.com

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1378>

Recibido: 15/01/17. Revisado: 09/02/17. Observado: 28/03/17. Aceptado: 03/04/17.

¹ Este artículo recoge –a modo de resumen–, uno de los aspectos centrales de la tesis doctoral del autor, defendida en la Universidad de Sevilla, España, Departamento de Derecho Constitucional, evaluada con máxima calificación (Sobresaliente y mención Cum Laude), julio, 2016. Disponible: <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/44345/TESIS%20DOCTORAL%20LUIS%20PETIT%20GUERRA.pdf?sequence=1> (1-347).

RESUMEN: La teoría del contenido esencial en la determinación de los derechos sociales ha encontrado algunas “imperfecciones”, siendo una categoría que sirve para resolver algunos problemas (ayuda a establecer unos contenidos nucleares); pero luce insuficiente frente a otros (por ej. ante cada omisión legislativa y/o gubernativa -en su caso-). Subrayando las diferencias –pero también las relaciones-, se impone un diálogo entre el «contenido esencial» con otras categorías como el «contenido esencial de derechos humanos»; el «derecho al mínimo vital» y el «contenido mínimo (expreso) constitucional». Sin cuestionar la capacidad legitimadora del legislador; tampoco desconocer los problemas derivados de su omisión en la (falta) de materialización de este tipo de derechos de carácter prestacional; confiando más en la justicia constitucional para coadyuvar –sin competir- en hacer efectivos estos derechos desde unos contenidos constitucionales (expresos).

PALABRAS CLAVE: derechos sociales fundamentales, contenido mínimo, contenido esencial, contenido mínimo vital, justicia constitucional.

ABSTRACT: The theory of the essential content in the determination of social rights has found some “imperfections”, being a category that serves to solve some problems (helps to establish nuclear contents). But it looks insufficient in front of others (eg before each legislative and/or governmental omission -in his case). Underlining the differences -but also the relations- a dialogue between the “essential content” with other categories like the “essential content of human rights” is imposed. The “right to the vital minimum” and the “constitutional minimum (express) content”. Without questioning the legitimating capacity of the legislator; nor to ignore the problems derived from its omission in the (lack) of materialization of this type of rights of a benefit character; trusting more in the constitutional justice to contribute -without competing- in realizing these rights from constitutional (express) contents.

KEYWORDS: fundamental social rights, minimum content, essential content, vital minimum content, constitutional justice.

Sumario: 1. A modo de introito. 2. Acercándonos a los orígenes/funcionalidad del contenido esencial. 3. De algunos de los problemas detectados que presenta la teoría del contenido esencial. 4. De las otras salvaguardas. La coexistencia de otras categorías constitucionales junto a la determinación explícita de los derechos sociales prestacionales mínimos. 5. A modo de conclusiones (nunca completas).

1.

A MODO DE INTROITO

En el establecimiento del contenido (mínimo) de los derechos sociales fundamentales convergen una serie de teorías, que desde distintos frentes pretenden tan complicada empresa. Que la determinación de los contenidos en derechos sociales se encuentre —como dice Stern— entre los temas más difíciles y discutidos², demuestra la actualidad del asunto. Aunque el reconocimiento del contenido de derechos fundamentales ha resuelto (algunos) problemas, también ha generado otros por ciertas imprecisiones, interpretaciones contrarias y asunto que siguen sin estudiar³. El debate sobre el establecimiento de los derechos sociales fundamentales respecto a su delimitación interna sigue vigente según se colige de parte de la doctrina (Martínez-Pujalte⁴; Carbonell⁵; Heuko⁶).

La idea central de la teoría del «contenido esencial» como (mejor) “parámetro” en el establecimiento de los contenidos *más* básicos de los derechos sociales⁷, descansa en la capacidad legitimadora del poder legislativo para esas funciones⁸. Se confía en la legitimidad del legislador democrático, bajo el entendido de que existe un núcleo (variable y voluble), que aunque se diga deviene de la Constitución, lo cierto es que proviene de la “interpretación” que se haga del texto constitucional. Es decir, **el legislador deduce qué constituye parte esencial —y qué no— en cada derecho fundamental que interviene/limita**, con lo cual, estamos en presencia de un contenido (implícito) esencial de cada derecho.

La hipótesis de este artículo es que, no obstante las fortalezas de dicha categoría en términos de proyección⁹, existen algunas áreas difusas (zonas de penumbra). Son pues nuestros objetivos subrayar parte de esa problemática detectada por la doctrina más calificada (indeterminación del concepto; vaguedad; confusión de teorías y además, como fórmula

² Stern, Klaus. *“El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”*, n.º 1 (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998), 272.

³ Martínez, María Salvador. “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales”, en: *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autónomo, Estudios constitucionales y políticos*, M. Á. Aparicio (Coord.), (Barcelona, Cedecs Editoriales, 2001), 201 (199-218).

⁴ Martínez-Pujalte, Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, nro.65 (Madrid, CEC, 1997), 63.

⁵ Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales* (Buenos Aires, Ed. Ad-hoc, 2007), 78.

⁶ Heuko Guillermo, Ramon. “A efetividade e atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais”, en: *Direitos Fundamentais da pessoa humana. Um diálogo Latino-americano*, cap. II (Curitiba, Editora Alteridade, 2012), 365 (357-379).

⁷ Entre otros, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social*, (Buenos Aires, Ed. Estudios del Puerto, 2006), 31.

⁸ Carbonell. *Neoconstitucionalismo*, 77-78.

⁹ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, 1ª ed. (Caracas, Ed. Legis, 2010), 287.

incompleta), para luego presentar algunas ideas (respuestas que no soluciones) que intenten mejorar la aplicabilidad práctica del contenido esencial.

2.

ACERCÁNDONOS A LOS ORÍGENES/FUNCIONALIDAD DEL CONTENIDO ESENCIAL

Debe su arraigo en la República de Weimar (donde se gestaron importantes aportes de la ciencia jurídica que abrieron cauces a la noción de una esencia intocable de los derechos fundamentales), aunque resulte paradójico que la misma ley fundamental permitiera a su vez un amplio espacio para una intervención legislativa ilimitada (que concluyeron con los abusos de las facultades presidenciales extraordinarias que acelerarían el ocaso del parlamentarismo y llevarían al poder al nacional-socialismo¹⁰). Por ende, se tuvo que esperar propiamente el final de la guerra para su verdadero impulso/utilidad¹¹. Con estos antecedentes, según Lothar “puede haber sido también influenciada por el límite a las limitaciones de los derechos fundamentales del artículo 28 de la Constitución argentina (1853)”¹²; pero contradiciendo a Stern, niega que aquella regulación contenga en sí mismo una garantía propiamente dicha a modo de contenido esencial del vigente artículo 19.2. alemán¹².

Con motivo del desconocimiento de los derechos básicos en Weimar, algunos Estados federados consagraron en sus respectivas Constituciones el contenido esencial de los derechos fundamentales¹³; resaltando la Constitución de Hessen (1946), cuyo art.63.1 disponía «el derecho fundamental en cuanto a tal» debe permanecer inalterado¹⁴. Más adelante, ya en presencia de la *Ley Fundamental de 1949*, su mencionado artículo 19.2. establece: “En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”; el cual es auspiciado de una rica contribución jurisprudencial (del Tribunal Administrativo Federal, del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Constitucional Federal¹⁵). Es una garantía institucional *más* de las que contempla su Ley fundamental¹⁶, que supone que cada derecho

¹⁰ Casal Hernández, *Los derechos*, 278.

¹¹ Casal Hernández, *Los derechos*, 279.

¹² Lothar, Michael. “¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?”, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, año 6, nro.11, ene-jun. (Universidad de Granada, 2009), p.166. Disponible: http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/06_LOTHAR%20MICHAEL.pdf (febrero, 2015). (165-187).

¹³ Casal Hernández, *Los derechos*, 280-281.

¹⁴ Löthar, “¿El contenido esencial, 171.

¹⁵ Casal Hernández, *Los derechos*, 281.

¹⁶ Cruz Villalón, Pedro. “Formación y evolución de los Derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm.25 (ene-abr. 1989), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 61 (35-62).

fundamental tendría un núcleo esencial que no podría ser afectado por el legislador en forma alguna al existir unos “elementos mínimos que hacen al Derecho reconocible¹⁷”.

Más adelante se verá cómo se insertó esta teoría en el contexto constitucional de otros lados, por momentos reconocer con Balaguer Callejón que: “El contenido esencial de los derechos puede considerarse como el núcleo de la articulación normativa entre Constitución, legislación y jurisdicción¹⁸.” Dicha relación se explica para evitar los abusos del legislador¹⁹, ya que si éste afectare determinado derecho (que “desnaturalice” por orden de alguna restricción/limitación), la justicia constitucional deberá analizar si la «actuación» (intervención) del órgano legislativo cumplió con los parámetros del juicio de proporcionalidad y ponderación (determinando finalmente *cuál es el contenido esencial* de determinado derecho). Se dice entonces que su objetivo es hacer frente a la “debilidad” normativa de la Constitución²⁰.

Se parte de la idea de que cada derecho fundamental como derecho subjetivo, está revestido de un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación que cada constitución reconoce a sus titulares; que se entiende como contenido constitucionalmente protegido²¹; lo que quiere decir, existen también contenidos «no esenciales»²²; cosa que permite deducir que hay unas áreas de los contenidos de derechos que están más allá del núcleo o esencia²³. Conforme se viene diciendo, si hay un núcleo (intocable) que debe respetar el legislador para no desnaturalizar el derecho intervenido; y también hay otras áreas de ese derecho no protegido; quiere decir que su característica es variable y voluble en el tiempo (cambiante en razón de determinadas circunstancias); que como dice García Schwarz es móvil, histórica y abierta²⁴.

La notable influencia de dicha teoría se comprueba por su recepción en las diversas Cartas Políticas que copiamos de la lista que presenta Von Bernstorff²⁵: (i) Constitución de Portugal

¹⁷ Obando Blanco, Víctor R. *El derecho a la tutela jurisdiccional, Serie Derechos y Garantías*, Nro.1, 2ª ed. (Lima, Palestra Editores, 2002), 112.

¹⁸ Balaguer Callejón, Francisco. “Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos”, en: *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Estudios constitucionales y políticos*, M. Á. Aparicio (Coord.), (Barcelona, Cedecs, 2001), 96 (93-116).

¹⁹ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 96.

²⁰ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 107.

²¹ Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, (Madrid, McGraw-Hill, 1996), 11.

²² Cruz Villalón, Pedro. “Derechos fundamentales y legislación”, en: *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto* Servicio de Publicaciones (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993), 417.

²³ Medina Guerrero, *La vinculación negativa...*, 40-41.

²⁴ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El derecho (México, Miguel Ángel Porrúa Editor, 2011), 102 (en nota a pie de página).

²⁵ Von Bernstorff, Jochen. “Protección del contenido esencial de los derechos humanos”, en: *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-

-Art.18.3-; (ii) Constitución de Suiza -Art.36-; (iii) Constitución de Polonia -Art.30.3-; (iv) Constitución de Rumania -Art.49.2-; (v) Constitución de Eslovaquia -Art.13.4-; (vi) Carta de derechos fundamentales de la República Checa -Art.4.4-, (vii) Constitución de Hungría -Art.8.2.-, (viii) Constitución de Turquía -Art.13-; (ix) Constitución de Albania -Art.17.2-; (x) Constitución de Estonia -Art.11.2-, (xi) Constitución de Kirguistán -Art.17.2-; (xii) Constitución de Moldavia -Art.54.2-; (xiii) Constitución Federal Argentina -Art.28-; (xiv) Ley Fundamental de Alemania -Art.19.2-; (xv) Constitución de España -Art.53.1.-]; y, aunque dicho autor obvió citar la Constitución de Chile -Art.19-, debe agregársela como se lee con Nogueira Alcalá²⁶; en virtud de que ese país tiene un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial -al igual que muchos otros países- que va en línea con la orientación española y alemana²⁷. Adicionalmente, dicha figura aparece también recogida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art.17.)²⁸; así como también, prevista en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (Art.5.1.)²⁹.

Se trata pues de una categoría “importada” a otros ordenamientos³⁰. La influencia que esta teoría alemana trasladó al sistema constitucional español es tan notable³¹; que para Cossio el contenido esencial constituiría el rasgo definidor de la fundamentabilidad de ese sistema³², afirmación que es corroborada por el resto de la doctrina y la jurisprudencia³³, aunque para otro sector -Cotino Hueso- la jurisprudencia de ese país acude muy poco a dicha categoría³⁴. Dado el nivel de influencia que a su vez el ordenamiento jurídico español transmitió a Latinoamérica, se subraya el artículo 53.1 de su Carta Política, según el cual: “(...) Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de

Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615 (México, UNAM, 2011), 159 (en nota a pie de página).

²⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina jurídica, nro.156 (México, UNAM, 2003), 108.

²⁷ Para cualquier ampliación: Varas, Paulino y Mohor, Salvador. “Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el artículo 19 n° 26 de la Constitución política”, *Revista de Derecho de la Universidad Valparaíso XVIII* (1997), 157-166. Disponible: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/363/338> (marzo, 2015).

²⁸ Löthar, “¿El contenido esencial, 167.

²⁹ Von Bernstorff, “Protección del contenido, 157.

³⁰ Martínez, “Sobre el contenido, 212.

³¹ Parejo Alfonso, Luciano. “El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro.3 (1981), 170.

³² Cossio, José R. *Estado social y derechos de prestación* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 68.

³³ Abramovich- Courtis, *El umbral*, 31.

³⁴ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, nro.221 (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 107.

acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1. a)”. La Constitución Española tiene la peculiaridad –en palabras de Cruz Villalón– que, a diferencia de la Ley Fundamental Alemana, aquella recoge en una sola cláusula los dos elementos fundamentales: las posibilidades y los límites³⁵; circunstancias desde las cuales Castillo “supone que no se puede trasladar directa y plenamente la doctrina alemana para interpretar el caso español, pues ‘regular’ no significa ‘limitar’”³⁶.

En el caso español “el contenido esencial se debe buscar principalmente *en la Constitución* y en las leyes orgánicas” a través del poder legislativo el cual, basado en un procedimiento de racionalidad política, “propone el contenido esencial³⁷”. Se trata –por así decirlo–, de un **contenido esencial implícito** de la Constitución, ya que al no estar en ella misma en forma expresa todo *se reduce a lo que el órgano deliberativo determina cuál es el contenido esencial de cada derecho fundamental*.

Esta dinámica (para controlar al legislador por cuanto el contenido esencial no esté predeterminado en forma precisa); permite que la jurisprudencia “juzgue” si determinadas acciones (en cuanto a las intervenciones legislativas), soportan o no el examen de constitucionalidad, en el sentido de si afectan o no, el llamado contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales en juego. Pero a pesar de estar razonado el sistema para que el propio legislador “distinga” el contenido esencial de derechos fundamentales; también la justicia constitucional está habilitada para tal distinción³⁸; pues en efecto, más adelante se corrobora la mayor presencia de la justicia en el desarrollo de otras categorías homólogas (como el derecho al mínimo vital).

3.

DE ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS DETECTADOS QUE PRESENTA LA TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL

El éxito de esta teoría, sin embargo, contrasta con ciertas áreas difusas. En nuestro caso, interesa averiguar si se ha dado un debate real sobre la trascendencia del contenido

³⁵ Cruz Villalón, “Derechos fundamentales, 416.

³⁶ Castillo-Córdova, Luis. “Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, Facultad de Derecho, área departamental de Derecho (Perú, Universidad de Piura, 2002), 7-8 (1-33). Disponible: https://pirhua.udpe.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1895/Acerca_garantia_contenido_esencial_doble_dimension_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1

³⁷ Pietro Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Debate, 1990), 164.

³⁸ Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos* (Buenos Aires, Ediar, 2005), 62.

esencial –amen de su utilidad- frente a sus distintos “problemas”. En ese punto a las quejas sobre la falta de trabajos monográficos (suficientes) del contenido esencial de los derechos fundamentales³⁹; se suman otros reparos más de fondo. Así por ejemplo, en el ordenamiento español, se sostiene que su Tribunal Constitucional, ni la ley, ni la doctrina constitucional se han dedicado en profundidad a concretar este tema del contencional⁴⁰, a diferencia de la doctrina alemana que se ha dedicado *más* en tratar de determinarlo⁴¹. En ese hilo conductor, para Prieto Sanchís “qué sea o cómo haya de entenderse dicho contenido [esencial] es cuestión muy controvertida y, en líneas generales, los debates producidos en Alemania han tenido reflejo en España⁴²”; del mismo modo que según Jiménez Campo la exigencia constitucional para el respeto del contenido esencial; dice, encierra “una vastedad de problemas⁴³”. Según parece, hay un terreno fértil para la discusión, a pesar de que se esté en presencia de una teoría que luce *dominante*.

Aunque no son los únicos ejes problemáticos; podemos destacar: (i) la existencia en el interior de esta tesis -a su vez- de distintas teorías que con distintos enfoques intentan explicarla; (ii) la indeterminación -como lenguaje contextual- para la fijación de los límites internos (en razón de su ambigüedad); (iii) el ámbito de aplicación (¿para quién está diseñado: para *el legislador o para el resto de poderes públicos?*; ¿qué pasa con el resto de los derechos que no son fundamentales?); y por último –sin que agote la lista-; (iv) la cuestión de que el núcleo protegido deja sin resguardo lo accesorio de cada derecho fundamental. El objetivo de este ensayo no hace posible hacer una exhaustividad de cada ítem, pero si destacar en forma general probablemente los aspectos más acuciantes de un debate que sigue pendiente.

Sobre el primero de aquellos aspectos se observa que, para explicar la manera de determinar el contenido esencial, existen a su vez varias teorías que con distinto signo pueden estar designando lo mismo. A mero fines ilustrativos, se tienen entre estas denominaciones: Pérez Luño⁴⁴ (*teoría positivista; teoría de los valores y teoría institucional*); Gil Domínguez⁴⁵ (*teoría espacial absoluta y teoría espacial relativa*); Casal Hernández⁴⁶ (*teorías objetivo-abstrac-*

³⁹ Casal, *Los derechos*, 282.

⁴⁰ Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. “El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Nro.13 (1996), Universidad de La Laguna, España, 42 (41-76).

⁴¹ Lorenzo Rodríguez-Armas, “El problema del contenido, 42.

⁴² Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Colección estructuras y procesos, serie Derecho, 2ª ed. (Madrid, Ed. Trotta, 2009), 231.

⁴³ Jiménez Campo, Javier. “El legislador de los derechos fundamentales”, *Estudios de Derecho público homenaje a Ignacio De Otto* (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993), 504.

⁴⁴ Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed. (Madrid, Ed. Tecnos, 2010), 317-318.

⁴⁵ Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo*, 61-62.

⁴⁶ Casal, *Los derechos*, 291-305.

tas y subjetivo-individuales; teorías absolutas y relativas); Medina Guerrero⁴⁷ (teoría absoluta y teoría relativa); Bernal Pulido⁴⁸ (teoría espacial-absoluta; teoría mixta y teoría temporal absoluta); López Sánchez⁴⁹ (teoría interna y teoría externa), Martín Huertas⁵⁰ (teoría absoluta y teoría relativa -según Alexy-; teoría absoluta relativizable y teoría institucional -según Häberle-), junto a otros más que apuntan a esa distinción. Precisamente, esta disparidad de teorías ha dado lugar a sendas críticas (Durán Rivera⁵¹); en el sentido de que la existencia de la teoría absoluta y de la teoría relativa constituyen en sí misma un “problema” para la determinación del núcleo básico de los derechos fundamentales por vía jurisdiccional (Sánchez Gil⁵²); y asimismo, que esa disparidad de visiones desde las cuales se explica la garantía del contenido esencial (junto a otros obstáculos conceptuales), son las principales razones acerca de la cautela que ha tenido la jurisprudencia para aproximarse a dicha noción (Casal Hernández⁵³). Serían entonces bien fundadas las objeciones que se formulan en contra de estas teorías que explican la garantía del contenido esencial⁵⁴. En virtud de lo expuesto, completa Martínez-Pujalte:

(...) el problema central que se ha detectado radica en que, si seguimos las orientaciones de la doctrina dominante –ya sean las teorías relativas o las absolutas–, el límite a la actividad legislativa expresada en la garantía del contenido esencial se convierte en un cauce para relativizar la protección de los derechos fundamentales, cuando parece que debiera suceder justamente lo contrario⁵⁵.

Expuestas así las cosas, se pasa ahora al segundo de los aspectos problemáticos (con relación a su indeterminación/ambigüedad), pues como se reconoce en otro lado, el tema del contenido esencial sigue siendo una fuente permanente de interrogantes⁵⁶. Si en la propia

⁴⁷ Medina Guerrero, *La vinculación*, 146-147.

⁴⁸ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., (Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2005), 422-437. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf> (jun., 2016) 1-881.

⁴⁹ López Sánchez, Rogelio. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. Un instrumento para asignar contenido esencial a los Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Tesis doctoral (México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014), 186. Disponible: <http://eprints.uanl.mx/3947/1/1080253612.pdf> (sept., 2015).

⁵⁰ Martín Huertas, María A. “El contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Revista de las Cortes Generales* N° 75, (Madrid, Congreso de los Diputados, 2008), 134-140 (1-501).

⁵¹ Durán Rivera, Willman R. “*Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho*”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas (México, UNAM, 289. (283-290) Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr15.pdf> (noviembre, 2014).

⁵² Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1ª ed., (México, UNAM, 2007), 112. (1-120). Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/12.pdf> (marzo, 2014).

⁵³ Casal Hernández, *Los derechos*, 290.

⁵⁴ Casal Hernández, *Los derechos*, 291.

⁵⁵ Martínez-Pujalte, Luis. *La garantía*, 37.

⁵⁶ Parra Cortés, Lina V. “*Contenido Mínimo de los derechos humanos y Neoconstitucionalismo. El caso del derecho al trabajo*”. Tesis de Magíster (Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2010), 59. Disponible: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2499/1/T0963-MDE-Parra-Contenido%20m%C3%ADnimo.pdf> (marzo, 2015).

Alemania en donde se gestó tal garantía se mostraron las dificultades propias de esta categoría⁵⁷; parece lógico que puedan “trasladarse” igualmente tales dificultades –y otras más– a los diversos ordenamientos que le han receptado. Entre estos inconvenientes, siguiendo al maestro Risso Ferrand, otra voz tan autorizada como Louis Favoreu [*Droit Constitutionnel*, 2ª ed., edition Dalloz, Paris, 1999, p.806], refiriéndose específicamente sobre tal situación en los casos de Alemania y España, argumentaba que el concepto de contenido esencial en esos países *es de difícil determinación*⁵⁸, afirmación que viene seguido de diversas opiniones en el mismo destino, como el caso de Lothar, quien siguiendo a T.W. Adorno, advertía que: “Cada referencia que se haga al contenido esencial se expone a la crítica de una jerga de esencialidad⁵⁹”. Estos inconvenientes del proceso de “descubrimiento” del contenido esencial (primero para que sea límite frente al legislador y luego para que la justicia constitucional analice si se cumplieron con los estándares constitucionales mínimos); como afirma López Alarcón, surgen porque **“la Constitución no es lo suficientemente explícita para que se baste para definir el contenido esencial”**⁶⁰ (Subrayado nuestro) y por esa razón encuentra “serias dificultades de precisar el contenido esencial⁶¹”; pero sobre todo “de apreciar en dónde hay una limitación que configure el contenido de un derecho fundamental⁶²”.

Como la propia Constitución en sí misma no regula expresamente la forma de establecer tales contenidos esenciales; ha correspondido a la ciencia jurídica junto a la jurisprudencia “resolver” ese tema. Por ejemplo, en el caso de España cuyo ordenamiento sirve de base a otros países de habla hispana, Lorenzo Rodríguez-Armas enfatiza que su Tribunal Constitucional se ha hecho cargo de atender tal “problemática” de la indeterminación del contenido esencial⁶³; situación que es homologa en Alemania, en cuyo lugar, enseña Parejo, también el Tribunal Constitucional Federal fue consciente de la “dificultad” que entrañaba la depuración de la técnica del contenido esencial (respecto a cuál era el contenido esencial y cuál debía ser el método⁶⁴). A pesar de esto, este último elogia su utilidad razonando que no puede empañarse por las distintas críticas de la doctrina⁶⁵; afirmación suya que confirma

⁵⁷ Medina Guerrero, *La vinculación negativa*, 157.

⁵⁸ Risso Ferrand, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, 2ª ed. (Montevideo, Fund. de cultura universitaria, 2011), 66.

⁵⁹ Lothar, “¿El contenido esencial, 178.

⁶⁰ López Alarcón, Mariano. “Contenido esencial del derecho a la libertad religiosa”, *Anales del Derecho*, N.15 (1997), 28. Disponible: [file:///C:/Users/Michelle/Downloads/81411-334311-1-PB%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Michelle/Downloads/81411-334311-1-PB%20(5).pdf) (enero, 2017).

⁶¹ López Alarcón, “Contenido esencial, 26.

⁶² López Alarcón, “Contenido esencial, 29.

⁶³ Rodríguez Calero, Juan Manuel. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español”, vol. 9, núm. 1, *Revista Frónesis* (2002), 32 (29-56). Disponible: <http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/fronesis/article/viewFile/16469/16442> (enero, 2015).

⁶⁴ Parejo Alfonso, “El contenido esencial, 171.

⁶⁵ Parejo Alfonso, “El contenido esencial, 171.

la existencia de tales críticas, sin desmerecer el esfuerzo argumentativo que conlleva la aplicación –en torno a la utilidad- del contenido esencial.

El elenco de críticas llega a la raíz misma de su definición (Risso Ferrand⁶⁶, Indacochea Prevost⁶⁷ y Rondón García⁶⁸), resaltando el primero al calificarlo como una noción nada clara, un «concepto confuso y problemático⁶⁹»; esto es, un «concepto problemático y complejo⁷⁰» (Medina Guerrero). En esos términos, es que Figueroa Gutarra⁷¹ defiende como válidas las críticas que se exponen con Castillo Córdova⁷² cuando califica al contenido esencial como una «expresión confusa o equívoca». Siguen las ideas en su contra, al asumirse que el contenido esencial se presenta como un *concepto de difícil determinación* (Pérez Luño⁷³), que su delimitación no es una tarea sencilla (Martínez⁷⁴; Lorenzo Rodríguez-Armas⁷⁵ y Balaguer Callejón⁷⁶), que es un concepto inseguro y variable (Nogueira Alcalá⁷⁷); e igualmente que tal indeterminación plantea para el legislador un escollo que ha tenido que “resolver” la jurisprudencia (Villavicencio⁷⁸). Vistas así las cosas, parece tener razón Ojeda Marín cuando afirma que “la determinación del contenido esencial es tarea harto dificultosa⁷⁹”.

A los problemas derivados de su indeterminación/ambigüedad, se suman otro tipo de objeciones. Específicamente porque su rango de aplicabilidad (solo) implica a los derechos fundamentales. Dicha teoría dejaría por fuera a un importante número de otros derechos que no son calificados como fundamentales (De Otto y Pardo⁸⁰); ya que, por el contrario, se ha defendido que *también aquellos otros derechos no fundamentales* tendrían igualmente

⁶⁶ Risso Ferrand, *Algunas garantías*, 69.

⁶⁷ Indacochea Prevost, Úrsula. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC”, J. Avendaño Valdés, J. Santistevan de Noriega y V. García Toma (Coords.), nro.8, agosto (Lima, Gaceta Constitucional, 2008), 58 (53-66).

⁶⁸ Rondón García, Andrea. “Propiedad privada y derechos fundamentales. Nuevamente el caso de promociones Terra Cardón C.A. sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia”, *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas* (Caracas, Funeda, Caracas, 2010), 205-206.

⁶⁹ Risso Ferrand, *Algunas garantías*, 76.

⁷⁰ Medina Guerrero, *La vinculación*, 15.

⁷¹ Figueroa Gutarra, Edwin. *¿Límites a la justicia constitucional?* (Perú, 2011). Disponible: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/%C2%BFlimites-a-la-justicia-constitucional/> (enero 2014).

⁷² Castillo Córdova, Luis. *Comentarios al código procesal constitucional*, tomo I, Título preliminar y disposiciones generales, 2ª ed. (Lima, Ed. Palestra, 2006), 221 (1-404).

⁷³ Tal afirmación se corresponde en las obras individuales: (i) Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española*, 8ª ed. (Madrid, Ed. Tecnos, 2004), 29; (ii) Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*, 10ª ed. (Madrid, Ed. Tecnos, 2010), 318.

⁷⁴ Martínez, “Sobre el contenido”, 215.

⁷⁵ Lorenzo Rodríguez-Armas, “El problema del contenido”, 45.

⁷⁶ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa”, 112.

⁷⁷ Cit. por Risso Ferrand. *Algunas garantías*, 70.

⁷⁸ Villavicencio, Vicente. “Algunos lineamientos de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Revista Derecho y sociedad*, Año 2, (abril 2001), Caracas, Universidad Monteávila, 276.

⁷⁹ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica* (Madrid, Ed. Complutense, 1996), 118.

⁸⁰ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo [y] De Otto y Pardo, Ignacio. *Derechos fundamentales y constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1988), 77.

un «contenido efectivo mínimo» (Díez-Picazo⁸¹). En ese orden, acá se sigue la idea que todo derecho social, sea fundamental o no, tiene un contenido esencial —o mínimo— que no necesariamente debería quedar en manos del legislador democrático⁸². En todo caso, bajo el supuesto que solo es aplicable en materia de derechos fundamentales, surgen otros inconvenientes —que no son menores—; sobre lo que debe entenderse por «contenido esencial» del derecho y el grado de «vinculación» del Poder público a ese contenido⁸³ (Castillo Córdova). En el mismo sentido, poder establecer cuáles son las propiedades que distinguen a este núcleo del derecho de aquel que no lo es⁸⁴, todo lo cual nos lleva a coincidir con Figueroa Gutarra en cuanto a que “la insuficiencia de la propuesta de los ámbitos determinados respecto a los contenidos de un derecho fundamental, generó dificultades de praxis para la ubicación, determinación y extensión de esos ámbitos⁸⁵”.

Parece indicar que la doctrina es consciente de los vacíos y complicaciones que implican la aplicación de la teoría del contenido esencial, debiéndose acompañar de enormes refuerzos argumentativos. Ahora bien, si después de lo que se ha expuesto hasta ahora, aún todavía alguien dudara que se está en presencia de una *categoría problemática*; debería analizarse si de verdad (como se quiere hacer ver), **la tesis del contenido esencial constituye un auténtico límite a los poderes públicos (aunque principalmente al legislador) o si se trata de una categoría directiva**, entonces, “imprecisa” por lo maleable. A esta última conclusión parece arribarse cuando el mismo Häberle a quien se debe bastante la profusión de tal teoría, reconoce que **tal figura tiene meramente un valor simbólico**. Ergo, una “advertencia” pero no una auténtica “barrera” frente al legislador⁸⁶. Es quizás por este aspecto, que Fernández Segado, uno de los más importantes comentaristas a la obra de aquel, es consciente de las numerosas objeciones que se prodigan al instituto del contenido esencial tratado por Häberle⁸⁷.

⁸¹ Díez-Picazo, Luis María. “La idea de derechos fundamentales en la constitución española”, *Constitución y constitucionalismo hoy, Cincuentenario del derecho constitucional comparado de M. García Pelayo* (Caracas, Ed. Ex Libris, 2000), 400.

⁸² Petit Guerra, Luis. “El derecho legislativo y el derecho judicial en el sistema de fuentes y el control democrático”, *Direitos Fundamentais da pessoa humana. Um diálogo Latino-americano*, cap. II (Curitiba, Editora Alteridade, 2012), 365.

⁸³ Castillo-Córdova, “Acerca de la garantía, 6.

⁸⁴ Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos* (Buenos Aires, Ediar, 2005), 61.

⁸⁵ Figueroa Gutarra, Edwin. “Contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental: reglas para su determinación”, nro. 78, junio (Lima, Gaceta Constitucional, 2014), 28 (21-26). Disponible: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/sumarioGC.pdf> (junio, 2016)

⁸⁶ Casal Hernández, *Los derechos fundamentales...*, 281.

⁸⁷ Según comenta Francisco Fernández Segado en “Presentación y Estudio Preliminar”, Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Trad. Joaquín Brage Camazano (Madrid, Ed. Dykinson, 2003), LX y LXI.

Pero no quedan allí los puntos a discutir. Entre otras objeciones, en el caso español, para De Otto –citado por Balaguer Callejón–, existiría en su criterio una “virtualidad” de la garantía del contenido esencial, a diferencia del caso alemán en donde se precisa como verdadero *límite de límites*⁸⁸; pues más bien se entiende “como una técnica al servicio de la habilitación para limitar, haciendo posible la distinción entre un contenido esencial y un contenido accesorio del Derecho, pudiendo este último estar a plena disposición del legislador⁸⁹”.

Al protegerse únicamente un núcleo o contenido esencial de derecho, se dejaría por fuera de ese ámbito de protección también parte de determinado derecho o contenido accesorio⁹⁰. En el mismo tenor, Carrasco Perera –citado por Balaguer Callejón⁹¹– siguiendo el criterio doctrinal por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, advierte que “el contenido esencial se habría convertido en un argumento en blanco, esto es, en un ‘tópico’ que desarrolla una misión discursiva, argumentativa⁹²”. Pero a pesar de sus fundadas críticas, este mismo autor admite “que la garantía del contenido esencial es un indicador positivo en todo orden constitucional en que se contempla⁹³”, cuestión esta última con la que vamos a convenir; sin que sirva de excusas para no buscar *otras vías* paralelas como aquí se pretende.

Con ese objetivo, lo que acá se propone es estudiar nuevas respuestas (o salvaguardias) conviniendo con Casal que “en ocasiones se evita entrar en el análisis detenido del concepto aduciendo que no ha jugado ningún papel relevante o que es una categoría simplemente vacía⁹⁴”. En ese mismo orden, Linares Benzo reconoce los inconvenientes de llevar esta teoría a la práctica para enjuiciar a su vez a las leyes respectivas⁹⁵. Sin embargo, ambos (como nosotros) están en favor de tal teoría no obstante de su problemática.

Adicionalmente, surgen otras críticas desde una perspectiva bien singular. Se trata de ciertas objeciones de un importante sector doctrinal que cataloga la teoría del contenido esencial como un «concepto jurídico indeterminado»⁹⁶. Esa posición originaria que trata al contenido esencial como concepto jurídico indeterminado es seguida por muchos

⁸⁸ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 92.

⁸⁹ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 93.

⁹⁰ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 93

⁹¹ Balaguer Callejón se refiere al trabajo de Carrasco Perera, A. *El juicio de razonabilidad en la justicia Constitucional*, nro. 11 (Madrid, REDC, 1984).

⁹² Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 104.

⁹³ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 107.

⁹⁴ Casal Hernández, *Los derechos fundamentales...*, 282.

⁹⁵ Linares Benzo, Gustavo. “Actos normativos inconstitucionales por contrarios a los derechos fundamentales”, *Constitución & reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho* (Caracas, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, 1991), 213.

⁹⁶ Parejo Alfonso, “El contenido esencial, 188.

autores más, como bien lo expone García Soto⁹⁷, tomando en cuenta los trabajos tanto del propio Parejo Alfonso⁹⁸ -ya referido-; junto a Brague Camazano⁹⁹; Colina Garea¹⁰⁰; Prieto Sanchís¹⁰¹; Gavara de Cara¹⁰² y Rubio Llorente¹⁰³. Ahora bien, además de esta serie de trabajos, se confirma con otros autores más que apuntan en la misma dirección en distintos sitios (Peces Barba¹⁰⁴; Llompарт Bennàsar¹⁰⁵ y Rodríguez Calero¹⁰⁶ en España; Acuña Llamas¹⁰⁷ en México, Chavero Gazdiek¹⁰⁸ en Venezuela; Nogueira Alcalá¹⁰⁹ en Chile; Abad Yupanqui¹¹⁰ en el Perú) o Motta Navas¹¹¹ en Colombia). Incluso, uno de los principales exponentes de esta posición, como es el caso de Prieto Sanchís, va más allá al sostener que además de un concepto indeterminado, se trataría más bien de un **concepto impredecible**¹¹² (Subrayado nuestro); aserto que repite en otro de sus trabajos¹¹³. Cuando De Asís Roig interpreta a Prieto

⁹⁷ García Soto, Carlos. *La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*, Director Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo. Tesis doctoral (Madrid, Univ. Complutense, 2015), 212. Disponible: <http://eprints.ucm.es/28130/1/T35656.pdf> (enero, 2016).

⁹⁸ Parejo Alfonso, "El contenido esencial, 188.

⁹⁹ Brague Camazano, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Dykinson, 2004), 399-400.

¹⁰⁰ Colina Garea, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución de 1978* (Barcelona, Bosch, 1997), 356.

¹⁰¹ En: (i) Prieto Sanchís, Luis. *El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la CE*, N°2, marzo (España, Anuario de Derechos Humanos, 1983), 397; (ii) Prieto Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Debate, 1990), 142

¹⁰² Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994), 345 (1-368).

¹⁰³ Rubio Llorente, Francisco, *La Constitución como fuente de Derecho. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 56.

¹⁰⁴ Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de Derechos fundamentales*, Colección derechos humanos y filosofía del Derecho (Madrid, Dykinson, 2004), 322.

¹⁰⁵ Llompарт Bennàsar, Magdalena. *El salario: concepto, estructura y cuantía*. Temas, 1ª ed. (Madrid, La Ley, 2007), 62.

¹⁰⁶ Rodríguez Calero, "La garantía del contenido, 30-31,

¹⁰⁷ Acuña Llamas, Francisco J. "El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección", *Derechos fundamentales y Estado*, M. Carbonell (Coord.), serie Doctrina jurídica, 1ª ed., núm.96 México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2002), 46.

¹⁰⁸ Chavero Gazdiek, Rafael. *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela* (Caracas, Sherwood, 2001), 174.

¹⁰⁹ Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática*, 106.

¹¹⁰ Abad Yupanqui, Samuel. "Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. Estudio preliminar", *Themis* 21, 1992, 14. Disponible: <file:///C:/Users/VISTA/Downloads/Dialnet-LimitesYRespetoAlContenidoEsencialDeLosDerechosFun-5109908.pdf> (enero, 2015).

¹¹¹ Motta Navas, Álvaro Andrés. "Hacia la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales", N° 110, *Universitas* (jul-dic. 2005), Pontificia Universidad Javeriana, 521 y 539.

¹¹² Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Colección estructuras y procesos, serie Derecho, 2ª ed. (Madrid, Ed. Trotta, 2009), 234.

¹¹³ Prieto Sanchís, Luis, "La garantía de los derechos fundamentales", *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de Diputados (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), 331.

Sanchís, asume que para éste el problema de la determinación del contenido esencial sigue sin estar resuelto¹¹⁴. Menuda afirmación última.

Para finalizar esta parte de las críticas que se encuentran, resulta que también se objeta a la teoría del contenido esencial que no resolvería los casos de las llamadas *omisiones legislativas*¹¹⁵ (Arango); pues son problemas aún sin resolver *de qué manera y de qué forma* se protegen dichas omisiones, situación que haría inaplicable la teoría del contenido esencial frente las mismas¹¹⁶ (Martínez). A pesar de todas las críticas, si bien el propio Medina Guerrero en varios pasajes de su interesante obra hace mención a la existencia de las diversas *dificultades* que se enfrenta para precisar el contenido esencial¹¹⁷; defiende que las mismas no son argumentos suficientes para desvirtuar dicha teoría¹¹⁸; asunto cuya suma de dificultades no restan su utilidad como igualmente afirma Casal Hernández¹¹⁹.

El conjunto de tantas opiniones autorizadas, junto a la serie de argumentos según los (no pocos) problemas que ha venido presentando la puesta en práctica de la teoría del contenido esencial, permite razonar a modo de conclusión (sumaria) que para la determinación de lo que ha de comprenderse como contenido esencial –frente a lo que no lo es– en cada derecho fundamental, hay que adentrarse en un complicado terreno argumentativo (al cual se arriba por vía de interpretación). Se trata entonces de un contenido “implícito” en cada Constitución¹²⁰, que deberá buscarse en su contexto de valores y principios, en un complejo juego argumentativo.

¹¹⁴ De Asís Roig, Rafael en Análisis crítico de la obra de Luis Prieto Sanchís. “Estudios sobre derechos fundamentales. Bibliografías y notas”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas* (1993), Madrid, Univ. Carlos III), 534. Disponible: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1412/DL-1993-I-1-Bibliografia.pdf?sequence=1> (abril, 2014).

¹¹⁵ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 1ª ed (Bogotá, Legis, 2005), 279.

¹¹⁶ Martínez, “Sobre el contenido, 216.

¹¹⁷ Medina Guerrero. *La vinculación*, 116, 149, 155, 171, 177.

¹¹⁸ Medina, Guerrero. *La vinculación*, 170.

¹¹⁹ Casal Hernández, *Los derechos*, 302.

¹²⁰ Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política* (Madrid, Ed. Reus, S.A., 1985), 110-238.

4.

DE LAS OTRAS SALVAGUARDAS. LA COEXISTENCIA DE OTRAS CATEGORÍAS CONSTITUCIONALES JUNTO A LA DETERMINACIÓN EXPLÍCITA DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES MÍNIMOS

Aunque se diga que el objetivo del contenido esencial es hacer frente a la “debilidad” normativa de la Constitución¹²¹; algunos vaciamientos de la práctica constitucional obligan un análisis más detenido de este asunto. Cuando se intenta resumir las ideas centrales de los autores atrás revisados, partiendo de que uno de sus promotores admite que el contenido esencial constituye *solo* una guía y no un verdadero límite o barrera (Häberle), al estar “implícito” en la Constitución (Lucas Verdú), supone que es el legislador quien lo “propone” (Prieto Sanchís), pero siempre con ayuda de la jurisprudencia (Villavicencio). Entonces, si ha de entenderse como un **contenido esencial implícito** de la Constitución, al no estar en ella misma en forma expresa; *se reduce a lo el órgano deliberativo determina lo que es (su) contenido esencial respecto a determinado derecho fundamental*. La explicación es simple: el contenido esencial no está “enteramente predeterminado por la Constitución¹²²”.

A raíz de ciertos cuestionamientos, entre otras, razones derivadas de la pérdida de la centralidad política (del circuito legislativo-gobierno)¹²³; la crisis de los partidos políticos en la forma de representación¹²⁴; la renovación del principio de separación de poderes¹²⁵ y los retos de la democracia en esa compleja relación poder constituyente y poder constituido; algunos autores con distintos signos e ideologías, han arribado a una interesante –pero controvertida conclusión–: Que es posible –y hasta necesario– encontrar contenidos mínimos de derechos «en» la propia Constitución; y no solo «desde» ella misma. Efectivamente, en este sentido, se consiguen tres distintos enfoques con autores de también diversas posiciones ideológicas (Villaspín Oña –progresista–; Michelsen –conservador– y Rawls –liberal–); que coinciden en que **determinadas materias sociales estén ajenas al debate político y queden previstas «en» las propias Constituciones**. El primero, presenta la tesis de los «contenidos constitucionales implícitos» que se predicen como necesarios y que están allí mismo en la

¹²¹ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 107.

¹²² Casal Hernández, Jesús M., “Estudio preliminar”, en Márquez Luzardo, Carmen. *Interpretación evolutiva de la constitución y teorías de la interpretación constitucional*, (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-KAS, 2014), 18.

¹²³ Barcellona, Pietro y Cantaro, Antonio. “El Estado social entre crisis y reestructuración”, en: *Derecho y economía en el Estado social* (Obra Colectiva), J. Corcuera Atienza y M. Á. García Herrera (Edits.), (Madrid, 1988), 59.

¹²⁴ Cárdenas Gracia, Jaime F. *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos*, (México, Fondo de Cultura Económica, 1992), 226.

¹²⁵ Bonavides, Paulo. *Del estado liberal al estado social*, 11ª ed. (Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2014), 30 y ss.

Constitución (implícitos) sin recurrir a complejas operaciones argumentativas¹²⁶; el segundo, quien a propósito de hacer algunas objeciones a una serie de teorías de Rawls, presenta en *In Pursuit of Constitutional Welfare rights: One view of Rawls's Theory of justice* (1972) la idea de los «contenidos sociales constitucionales expresos»; justificando una relación más íntima entre Constitución y poder judicial en sus lecturas¹²⁷; y, finalmente Rawls; quien en una muestra de madurez académica y política, fue evolucionando en sus teorías partiendo de reconocer como fundadas algunas de las críticas que le objetaban algunos de sus colegas (Michelman, Hart, etc.), pasando de afirmar primeramente que **no se justifica la inclusión de derechos sociales en la Constitución**; hasta llegar a la conclusión contraria –y definitiva- en *Political Liberalism* (1993), cuando armonizando totalmente su teoría de la justicia como equidad con su teoría política de la justicia, admite que existe **un mínimo social que se relaciona claramente con la Constitución**¹²⁸. Es decir, en la existencia de los «contenidos constitucionales expresos»; que es la posibilidad que acá se defiende.

Por el contrario, hay otros autores que niegan toda posibilidad de constitucionalizar contenidos mínimos; en el sentido que no *sería* conveniente que las constituciones contengan derechos (en general) mediante «cláusulas detalladas¹²⁹» (Ferrerres Comellas), basado en la idea que los textos constitucionales no pueden consagrar los derechos en detalle, pues es “tarea de la legislación ordinaria e incluso la normativa reglamentaria¹³⁰” (Rubio Llorente); lo que parece compartir Aparicio al exponer que “las prestaciones estatales que constituyen el fundamento de la categoría del Estado social son algo tan independiente de la Constitución como es la propia capacidad económica no sólo del Estado sino también de la sociedad¹³¹”. Bajo los mismos predicamentos, Lenio Streck –citado por Cruz¹³²- advierte la inconveniencia de insertar en la Constitución ciertos derechos, pero refiriéndose específicamente a los sociales bajo el argumento que “em determinados momentos, dada a conjuntura economica, nao possam ser efetivamente garantidos”. Dicho esto, y sin desconocer tampoco los problemas

¹²⁶ Villaspín Oña, Fernando. “Estado de bienestar y constitución”, *Revista del Centro de estudios Constitucionales*, nro.1 (sept-dic. 1988), Madrid, 125-139.

¹²⁷ Citado por Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, capítulo IV (254-260).

¹²⁸ Citado por Arango, capítulo IV (239-254).

¹²⁹ Ferrerres Comellas, Víctor. “Una defensa de la rigidez constitucional”, *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 1ª ed. (Barcelona, Gedisa, 2002), 231.

¹³⁰ Rubio Llorente, Francisco. “Constitución y educación”, *Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, L. Sánchez Ágata (Coord.), Textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid, 29 y 30 de junio de 1977, *Revista de Derecho Público, Centro de Estudios y Comunicación económica*, (Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 1977), 105.

¹³¹ Aparicio, Miguel. *Introducción al sistema político y constitucional español*, 1ª ed. (Barcelona, Ed. Ariel, 1980), 87.

¹³² Cruz, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, 2ª ed. (Curitiba, Brasil, Juruá Editora, 2011), 162. Traducción propia: “en ciertos momentos, dada la situación económica, no puedan ser efectivamente garantizados”.

que surgen sobre las implicaciones de constitucionalizar contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales (temas presupuestarios, legitimidad democrática, etc.); es evidente que las omisiones legislativas han dado lugar a un importante activismo (positivo) de la justicia constitucional, que viene a responder a las fallas del sistema que no puede resolver la teoría del contenido esencial; y que han originado la asunción de otras categorías en ese sentido; que antes de competir con aquella, pretenden complementar dicho sistema de derechos sociales prestacionales.

Por ende, la categoría del contenido esencial no es una categoría completa que se valga por sí misma para operar el sistema. Hay otras categorías que vienen a formar parte de aquella desde distintos planos (externo e interno). Desde el plano externo, se alude (también) a la existencia del «contenido esencial» en el ámbito internacional de los derechos humanos, que es distinto al «contenido esencial» en el plano interno. En el seno de las Naciones Unidas se asume el criterio que deberían existir unos «contenidos mínimos esenciales» para todo Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; que ha de ser entendida como la obligación estatal de hacer todo su máximo esfuerzo en procura de unos estándares mínimos. Obsérvese pues la diferencia, pues como apunta Casal Hernández, en esta materia “la noción del contenido esencial no va dirigida, como de costumbre, a fijar barreras a una intervención legislativa restrictiva de alguna libertad, sino a obligar al Estado a lograr un nivel mínimo de efectivo disfrute de la población de derechos generalmente prestacionales¹³³”. Desde el plano interno, reviste importancia la teoría del derecho fundamental al mínimo vital; categoría que también tiene su origen en derecho público alemán, precisamente para llenar los vacíos legislativos; que parte de la idea que los derechos sociales y económicos son capaces de “proporcionar a su titular unas condiciones materiales de existencia mínimamente digna¹³⁴”. De este modo, es el poder judicial quien -con auxilio de la doctrina- “crea” esta categoría; correspondiendo al poder legislativo la tarea de determinar el quantum para tal establecimiento del mínimo vital de cada derecho.

¹³³ Casal Hernández. *Los derechos*, 286.

¹³⁴ Wunder Hachem, Daniel. “Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas”, nro.1, vol.1 *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* (2014), Santa Fe-Argentina, 100. Disponible: [file:///C:/Users/Michelle/Downloads/4609-11814-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Michelle/Downloads/4609-11814-1-PB%20(2).pdf) (marzo, 2015).

5.

A MODO DE CONCLUSIONES (NUNCA COMPLETAS)

Desde el conjunto de las distintas objeciones que se formulan a la teoría del contenido esencial (por su indeterminación/vaguedad; por ser un concepto jurídico indeterminado; por no resolver las omisiones legislativas; por dejar por fuera otros derechos sociales no fundamentales; por razón de sus dificultades, etc.), se llega a concluir que *el contenido esencial no puede responder solo frente a la determinación de los límites “internos” en los derechos fundamentales sociales. Es conveniente que se busquen otras salvaguardas.* La colaboración que debe existir entre el contenido esencial en DDHH y el contenido esencial en lo interno de cada país; debe acercarnos más a unos difíciles estándares universales. Asimismo, que la coexistencia del «contenido esencial» con el llamado «contenido o derecho al mínimo vital», implica no una competencia de teorías; sino una auténtica complementación, ya que la primera sirve (mejor) en materia de las intervenciones (acciones) legislativas y la segunda en cuanto a lo que deja de actuar o hacer (omisiones). Sin embargo, ambas funcionarían *mejor* en presencia de Constituciones con contenidos mínimamente exigibles (carácter normativo), que sirvan de base -más que de guía- al poder judicial para responder a los diversos usuarios y actores del sistema. Allí apuntan nuestras ideas finales.

De manera que para la materialización de todas estas categorías; no sin los problemas de legitimación, debe contarse con una justicia constitucional constructiva; pero teniendo como referente (y no simple marco), ya no solo la Constitución en sus «contenidos “implícitos” de derechos» (Villaspín Oña); sino partiendo de la base de «contenidos mínimos expresos de derechos fundamentales» que es bien distinto al contenido esencial que “establece” el legislador¹³⁵ para cada derecho (Petit Guerra), y así evitar las complejas operaciones argumentativas en pro de establecer qué ha de entenderse como contenidos mínimos prestacionales de derechos sociales fundamentales. Al sumirse que la Constitución está en la base de todo el ordenamiento jurídico positivo¹³⁶; debería seguirse otro tipo de diálogo entre legislador ordinario y legislador constituyente (distinto de la forma tradicional en que se vienen haciendo las cosas donde se confía “demasiado” en la racionalidad política del legislador). Porque dejarle al legislador democrático la facultad de distinguir (también) lo que

¹³⁵ Petit Guerra, Luis Alberto. “El Estado social. Los contenidos mínimos constitucionales”, *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías*, nro.32, Universidad Católica Andrés Bello, Funeda (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015), 231.

¹³⁶ Gelsi Bidart, Adolfo. *De Derechos, Deberes y Garantías del Hombre común* (Ed. B de F, Montevideo, 2006), 164.

él crea serían los contenidos “constitucionales” mínimos; puede resultar como menos paradójico –y hasta contradictorio– con la propia Constitución. Que una cosa sea aceptar como se ha venido haciendo, que ya no solo que pueda «desarrollar» los contenidos; sino además que pueda «distinguir» su base mínima (en vez de establecerlo la propia Constitución). A la interrogante *¿será que el propio Constituyente no puede «distinguir» esos mínimos en vez del legislador?*, se responde afirmativamente; al convenir con Prieto Sanchís que “resultaría en verdad sorprendente que el sujeto sometido a una obligación [el legislador] pudiera redefinir los términos de la misma¹³⁷”.

Los argumentos que se sostienen en permitirle al legislador determinar los contenidos mínimos de derechos “constitucionales”, sustentado en los principios de democracia y división de poderes, tropiezan al conseguir que también la justicia constitucional puede “interpretar” si determinado contenido mínimo (esencial) fuere o no afectado por aquel. Bidart Campos ayuda a conseguir respuestas en este debate al sostener que la acción legislativa, incluso su omisión, estaría justificada en términos de la división competencial de los poderes; pero no ante la Constitución normativa que provea derechos sociales; **frente los inconvenientes de dicho poder legislativo ante normas constitucionales completas**¹³⁸. Al parecer, las normas constitucionales “completas” limitan el accionar de aquel. Es evidente que los contenidos de los derechos siempre conflictivos, lo son más en la medida que se intenta definir los *límites internos* frente a su mayor extensión o límites expansivos o externos. Que la Constitución *prefigura* y el legislador *configura*¹³⁹, constituye una afirmación paradójica pues, aunque existen límites internos de derechos en los supuestos de delimitación propiamente constitucional¹⁴⁰; es el legislador quien “descubre” dichos límites (en vez de la Constitución propiamente dicha).

En nuestra propuesta, el legislador ordinario podría bien actualizar derechos fundamentales (en sus límites externos), pero solo después que el legislador constituyente fije las pautas o bases mínimas expresas (por ej. una plaza o cupo en el derecho fundamental a la educación gratuita; un monto acorde con la dignidad humana en la fijación del salario mínimo –o vital– en el derecho fundamental al trabajo; el establecimiento de un tiempo perentorio “mínimo” para que la Administración pública honre el pago de los conceptos

¹³⁷ Prieto Sanchís, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, M. Carbonell (Comp.), 1ª ed. (México, Comisión nacional de los Derechos Humanos, 2002), 137-138.

¹³⁸ Bidart Campos, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.118, (Ed. Ediar, México, DF, 2003), 244-246.

¹³⁹ Cruz Villalón, Pedro. *Derechos fundamentales y legislación*, en: Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto, U. Gómez Álvarez (Coord.), Servicio de Publicaciones, (Universidad de Oviedo, España, 1993), 420.

¹⁴⁰ Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática*, 247.

laborales al finalizar la relación laboral correspondiente en el derecho a la seguridad social; etc.). Así se evitarían los complejos problemas advertidos atrás en la aplicación de la teoría del contenido esencial, **evitando que el legislador pueda distinguir un núcleo que debería ser “constitucional”**.

El contenido esencial no puede predicarse solo y sin problema, requiere ajustes y otras salvaguardas. Se ha puesto en evidencia la necesidad de conjugarse con las otras categorías mencionadas («contenido esencial de los derechos humanos», «del contenido mínimo expreso constitucional» y «del derecho al mínimo vital»), porque entre todas dan respuestas más completas a un **sistema** (de determinación de contenidos) que luce cada vez más complejo. Este debate apenas comienza.

Para citar este artículo: Petit Guerra, Luis A., La categoría del «contenido esencial» para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación, *Revista de Derecho*, 15 (I, 2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 215-242.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupanqui, Samuel. “Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales”. Estudio preliminar, *Themis* 21, 1992, 14 (7-15). Disponible: file:///C:/Users/VISTA/Downloads/Dialnet-LimitesYRespetoAlContenidoEsencialDeLosDerechosFun-5109908.pdf (enero, 2015)
- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social*, (Buenos Aires, Ed. Estudios del Puerto, 2006)
- Acuña Llamas, Francisco J. “El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección”, *Derechos fundamentales y Estado*, M. Carbonell (Coord.), serie Doctrina jurídica, 1ª ed., núm.96 (México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2002), 29-57.
- Aparicio, Miguel. *Introducción al sistema político y constitucional español*, 1ª ed. (Barcelona, Ed. Ariel, 1980).

- Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 1ª ed., Universidad Nacional de Colombia (Bogotá, Ed. Legis, 2005), 279.
- Balaguer Callejón, Francisco. “Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos”, *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre Derechos constitucionales y estado autonómico, Estudios constitucionales y políticos*, M. Á. Aparicio (Coord.), (Barcelona, Cedecs Ed., 2001), 93-116.
- Barcellona, Pietro y Cantaro, Antonio, “El Estado social entre crisis y reestructuración”, *Derecho y economía en el Estado social* (Obra Colectiva), J. Corcuera Atienza y M. Á. García Herrera (Edits.), (Madrid, 1988), 49-70.
- Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2005). Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf> (jun., 2016)
- Bidart Campos, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.118, (México, Ed. Ediar, DF, 2003).
- Bonavides, Paulo. *Del estado liberal al estado social*, 11ª ed. (Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2014).
- Brague Camazano, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Dykinson, 2004).
- Cárdenas Gracia, Jaime F. *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos* (México, Fondo de Cultura Económica, 1992).
- Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. 1ª ed. (Caracas, Ed. Legis, 2010).
- Casal, Jesús M., “Estudio preliminar”, en Márquez Luzardo, Carmen. *Interpretación evolutiva de la constitución y teorías de la interpretación constitucional* (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-KAS, 2014).
- Castillo-Córdova, Luis. *Comentarios al código procesal constitucional*, tomo I, Título preliminar y disposiciones generales, 2ª ed. (Perú, Ed. Palestra, 2006).
- Castillo-Córdova, Luis. “*Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales*”, Facultad de derecho área departamental de derecho (Perú, Universidad de Piura, 2002). Disponible: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1895/Acerca_garantia_contenido_esencial_doble_dimension_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1.

- Chavero Gazdiek, Rafael. *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela* (Caracas, Sherwood, 2001).
- Colina Garea, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución de 1978* (Barcelona, Bosch, 1997).
- Cossio, José R. *Estado social y derechos de prestación* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989).
- Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, nro.221. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012).
- Cruz Villalón, Pedro. “Derechos fundamentales y legislación”, *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto*, U. Gómez Álvarez (Coord.), Servicio de Publicaciones (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993), 407-424.
- Cruz Villalón, Pedro. “Formación y evolución de los Derechos fundamentales”, *Revista Española de derecho constitucional*, año 9, núm.25 (ene-abr. 1989), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (1-28).
- Cruz, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, 2ª ed. (Curitiba, Brasil, Juruá Editora, 2011).
- De Asís Roig, Rafael, en “Análisis crítico de la obra de Luis Prieto Sanchís”. *Estudios sobre derechos fundamentales. Bibliografías y notas, Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas* (Madrid, Universidad Carlos III, 1993), 525-539. Disponible: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1412/DL-1993-I-1-Bibliografia.pdf?sequence=1> (abril, 2014)
- Díez-Picazo, Luis María. “La idea de derechos fundamentales en la constitución española”, *Constitución y constitucionalismo hoy, Cincuentenario del derecho constitucional comparado de M. García Pelayo* (Caracas, Ed. Ex Libris, 2000), 391-400.
- Durán Rivera, Willman R. “Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas*, (México, UNAM, 2003), 283-290. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr15.pdf> (noviembre, 2014).
- Fernández Segado, Francisco, “Presentación y Estudio Preliminar”, en Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Trad. Joaquín Brage Camazano (Madrid, Ed. Dykinson, 2003).
- Ferreres Comellas, Víctor. “Una defensa de la rigidez constitucional”, *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 1ª ed. (Barcelona, Gedisa, 2002).

- Figuroa Gutarra, Edwin. *¿Límites a la justicia constitucional?*, (Perú, 2011). Disponible: <https://edwinfiguroag.wordpress.com/%C2%BFlimites-a-la-justicia-constitucional/> (enero, 2014).
- Figuroa Gutarra, Edwin. “Contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental: reglas para su determinación”, Nro. 78, *Gaceta Constitucional* (junio 2014), 21-26. Disponible: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/sumario-GC.pdf> (junio, 2016).
- García Soto, Carlos. *La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*, Director Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo. Tesis doctoral (Madrid, Universidad Complutense, 2015), 212. Disponible: <http://eprints.ucm.es/28130/1/T35656.pdf> (enero, 2016).
- Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994).
- Gelsi Bidart, Adolfo. *De Derechos, Deberes y Garantías del Hombre común*, (Montevideo, Ed. B de F, 2006).
- Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos* (Buenos Aires, Ediar, 2005).
- Heuko Guilherme, Ramon. “A efetividade e atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais”, *Direitos Fundamentais da pessoa humana. Um diálogo Latino-americano*, cap. II (Curitiba, Brasil, Editora Alteridade, 2012), 357-379.
- Indacochea Prevost, Úrsula. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC”, J. Avendaño Valdés, J. Santistevan de Noriega y V. García Toma (Coords.), nro.8, *Revista Gaceta Constitucional* (agosto 2008), 53-66.
- Jiménez Campo, Javier. “El legislador de los derechos fundamentales”, *Estudios de Derecho público homenaje a Ignacio De Otto* (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993), 473-510.
- Linares Benzo, Gustavo. “Actos normativos inconstitucionales por contrarios a los derechos fundamentales”, *Constitución & reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho* (Caracas, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, 1991), 193-252.
- Llompарт Bennàsar, Magdalena. *El salario: concepto, estructura y cuantía*. Temas, 1ª ed. (Madrid, Ed. La Ley, 2007).

- López Alarcón, Mariano. “Contenido esencial del derecho a la libertad religiosa”, *Anales del derecho*, nro.15, (1997), Universidad de Murcia, 25-39. Disponible: [file:///C:/Users/Michelle/Downloads/81411-334311-1-PB%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Michelle/Downloads/81411-334311-1-PB%20(5).pdf) (enero, 2107).
- López Sánchez, Rogelio. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. Un instrumento para asignar contenido esencial a los Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Tesis doctoral (México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014), 186. Disponible: <http://eprints.uanl.mx/3947/1/1080253612.pdf> (sept., 2015).
- Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. “El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Nro.13 (España, Universidad de La Laguna, 1996), 42 (41-76).
- Lothar, Michael. “¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?”, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, año 6, nro.11, (ene-jun. 2009), Redce, 165-187. Disponible: http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/06_LOTHAR%20MICHAEL.pdf (febrero, 2015).
- Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política* (Madrid, Ed. Reus, S.A., 1985).
- Martín Huertas, María A. “El contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Revista de las Cortes Generales* N° 75 (2008) Madrid, Congreso de los Diputados, 105-190.
- Martínez, María Salvador. “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales”, *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Estudios constitucionales y políticos*, M. A. Aparicio (Coord.), (Barcelona, Ed. Cedecs, 2001), 199-218.
- Martínez-Pujalte, Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, nro.65 (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997).
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo [y] De Otto y Pardo, Ignacio. *Derechos fundamentales y constitución* (Ed. Civitas, Madrid, 1988).
- Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, (Madrid, McGraw-Hill, 1996).
- Motta Navas, Álvaro Andrés. “Hacia la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales”, N° 110 (jul-dic. 2005) *Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, 519-542.

- Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Serie doctrina jurídica, núm. 156, 1ª. ed. (Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México), 2003). Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1094/13.pdf> (marzo, 2014).
- Obando Blanco, Víctor R. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Serie Derechos y Garantías, Nro.1, 2ª ed. (Lima, Palestra Editores, 2002).
- Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica* (Madrid, Ed. Complutense, 1996).
- Parejo Alfonso, Luciano. “El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, N.3, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (1981), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Parra Cortés, Lina V. *Contenido Mínimo de los derechos humanos y Neoconstitucionalismo. El caso del derecho al trabajo*. Tesis de Magíster (Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2010). Disponible: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2499/1/T0963-MDE-Parra-Contenido%20m%C3%ADnimo.pdf> (marzo, 2015)
- Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de Derechos fundamentales*, Colección derechos humanos y filosofía del Derecho (Madrid, Ed. Dykinson, 2004).
- Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*, 10ª ed., (Madrid, Ed. Tecnos, 2010).
- Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Temas clave de la Constitución española, 8ª ed. (Madrid, Ed. Tecnos, 2004).
- Petit Guerra, Luis Alberto. “El derecho legislativo y el derecho judicial en el sistema de fuentes y el control democrático”, *Direitos Fundamentais da pessoa humana. Um diálogo Latino-americano*, cap. II (Curitiba, Editora Alteridade, 2012), 531-549.
- Petit Guerra, Luis Alberto, “*El Estado social. Los contenidos mínimos constitucionales*”, *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías*, nro.32, Universidad Católica Andrés Bello, Funeda (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015).
- Prieto Sanchís, Luis. “El sistema de protección de los derechos fundamentales”: El artículo 53 de la CE”, N°2, *Anuario de Derechos Humanos* (marzo 1983).
- Prieto Sanchís, Luis. “La garantía de los derechos fundamentales”, *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de Diputados (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), 327-342.
- Prieto Sanchís, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, M.

- Carbonell (Comp.), 1ª ed. (México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002), 137-178.
- Prieto Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Debate, 1990).
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, colección estructuras y procesos, serie Derecho, 2ª ed. (Madrid, Trotta, 2009).
- Risso Ferrand, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, 2ª ed., (Montevideo, Fundación de Cultura universitaria, 2011).
- Rodríguez Calero, Juan Manuel. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español”, vol. 9, núm. 1, *Revista Frónesis* (2002), Venezuela, Universidad del Zulia, 29-56. Disponible: <http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/fronesis/article/viewFile/16469/16442> (enero, 2015).
- Rondón García, Andrea. “Propiedad privada y derechos fundamentales. Nuevamente el caso de promociones Terra Cardón C.A. sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia”, *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas* (Caracas, Edit. Funeda, 2010), 193-211.
- Rubio Llorente, Francisco. “Constitución y educación”, *Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, L. Sánchez Agesta (Coord.), Textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid, 29 y 30 de junio de 1977, *Revista de Derecho Público*, Centro de Estudios y Comunicación económica (Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 1977).
- Rubio Llorente, Francisco. *La Constitución como fuente de Derecho. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997).
- Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. marzo, 2007, p.112. Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/12.pdf> (México, UNAM, 2014).
- Stern, Klaus. “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nro.1 (1998), 261-277.
- Varas, Paulino y Mohor, Salvador. “Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el artículo 19 n° 26 de la constitución política”, XVIII *Revista de Derecho de la Universidad Valparaíso* (1997), 157-166. Disponible: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/363/338> (marzo, 2015).
- Villaspín Oña, Fernando. “Estado de bienestar y constitución”, *Revista del Centro de estudios Constitucionales*, Núm.1 (sept-dic. (1988), 125-139.

- Villavicencio, Vicente. “Algunos lineamientos de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Revista Derecho y sociedad*, Año 2 (abril 2001), Universidad Monteávila, 253-283.
- Von Bernstorff, Jochen. “Protección del contenido esencial de los derechos humanos”, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615 (México, UNAM, 2011), 151-180.
- Wunder Hachem, Daniel. “Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas”, nro.1, vol.1 *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* (2014) Santa Fe de Buenos Aires, 93-138. Disponible: [file:///C:/Users/Michelle/Downloads/4609-11814-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Michelle/Downloads/4609-11814-1-PB%20(2).pdf) (marzo, 2015).

La Mediación. ¿Una respuesta al nuevo paradigma del Derecho?

Mediation.

An answer to the new paradigm of Law?

*Catarina Rodrigues**

*Universidad de Santiago de Compostela

catarinarod@hotmail.com

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1382>

RESUMEN: Nos proponemos reflexionar sobre el papel de la mediación ante los cambios de la sociedad de nuestros días. El tema ofrece a nuestro juicio particular importancia, por cuanto nos lleva a postular la necesidad de que el Derecho y la Justicia se adapten a las continuas transformaciones sociales ofreciendo una forma innovadora de abordar los inevitables conflictos jurídicos. Creemos que la mediación, pese a las dificultades de implementación a las que se enfrenta, conseguirá asentarse poco a poco convirtiéndose en una forma de hacer justicia que permita, no sólo una mayor proximidad entre el Estado y sus ciudadanos, sino también una nueva forma de hacer Derecho, un nuevo paradigma en el que los ciudadanos se sientan verdaderamente integrados.

PALABRAS CLAVE: Nuevo paradigma, nuevo derecho, mediación, justicia.

Recibido: 23/1/17. Revisado: 24/3/17. Aceptado: 07/4/17

ABSTRACT: We propose to reflect on the role of the mediation towards the changes of the society of our days. The subject offers particular importance in our opinion, given that it leads us to postulating the need that the Law and the Justice adapt themselves to the continuous social transformations offering an innovative way of undertaking the inevitable juridical conflicts. We believe that the mediation, despite the difficulties of implementation which it faces, will manage to settle little by little turning into the way of doing justice that allows, not only one major proximity between the State and its citizens, but also a new way of making Law a new paradigm in which the citizens feel truly integrated.

KEYWORDS: new paradigm, new law, mediation, justice.

SUMARIO: 1- Introducción. 2- El fracaso del Derecho. 3- El nuevo paradigma. La Mediación. 4- Conclusiones. 5- Bibliografía.

1.

INTRODUCCIÓN

Estamos en un momento de cambio en la historia de la sociedad occidental. Las estructuras sociales, políticas e incluso el mismo concepto de Estado están siendo profundamente puestas en causa, así como también los dogmas y principios que le son inherentes.

Al nivel personal, en cada ser humano existe una estructura rígida, que tiene la intención de proteger aquello que configura su esencia, su ser íntimo, y que se sitúa al nivel del inconsciente, de la persona que indefectiblemente se refleja hacia el exterior.

Efectivamente, el ser humano aún se rige por instintos que forman parte importante de aquello que se trasluce hacia el exterior, en muchos casos con una fuerza que ni él mismo percibe.

Esta situación genera grandes y nuevos desafíos. El mayor de ellos se sitúa quizá en la necesidad de desestructurar la ilusión de lo que debemos ser, pues frecuentemente nos encontramos sujetos dentro de una prisión interna que nosotros mismos creamos sin darnos cuenta.

La situación real se hace por momentos insostenible. La actualidad pide a cada uno de nosotros que cree una nueva forma de ser y de vivir en el mundo. Una nueva manera en la que las estructuras que alimentamos, a todos los niveles, sean derrumbadas conduciendo a un renacimiento pautado por nuevas ideas e ideales.

En esta perspectiva, el derecho y la justicia están directamente implicados. Ambos conceptos, traducidos en principios, valores e ideales, tendrán que avanzar aportando nuevas respuestas capaces de atender a estas nuevas realidades.

El derecho y la justicia tendrán que descender de su pedestal y adoptar una visión más humanista, conscientes de que para poder responder a los nuevos desafíos que la sociedad occidental actual presenta es imprescindible romper viejos esquemas e indagar nuevas soluciones.

Para ello el derecho tendrá que crear espacios simbólicos y símbolos de justicia que sean conformes con las nuevas realidades patentes y latentes.

Y la Justicia deberá adaptarse a los nuevos desafíos que la sociedad le impone.

No es posible aplazar mucho más tiempo esta situación porque asistimos a un descrédito del Estado. En efecto, esta institución es cada vez más menos respetada, hasta el punto de ser frecuentemente puesta en causa. Espejo de eso mismo, son las respuestas populares a políticas opresivas y distantes del pueblo, ilusorias y muchas veces anti sistema que se contentan con poner de manifiesto lo que falta sin aportar soluciones para corregirlo. Esta situación está generando cada día movimientos que alteran la percepción del modo como se entiende y se vive el sentimiento de justicia.

Así las cosas, es urgente como queda dicho replantear el orden social, así como la sustentabilidad del mismo, pues una sociedad puede sobrevivir con distintos tipos de orden pero no sin ninguno.

Esta es la realidad de la que, partimos. Queremos ponerla de manifiesto en su esencia como inicio de una breve reflexión acerca del papel de la mediación en el contexto de cambio de paradigma. Queremos en suma probar un nuevo paradigma para ver si de algún modo sin destruir el anterior puede adaptarse mejor a las nuevas circunstancias coadyuvando a la plena realización de la justicia.

No se trata de destruir sino de crear. No se trata de excluir sino de adaptar y trabajar de forma conjunta para ofrecer a la sociedad respuestas que mitiguen la sensación de abandono de sus derechos. Estamos en un momento de cambio y nosotros concebimos ese cambio no como ruptura sino como nueva construcción. Una nueva construcción que impone replantearse conceptos, actitudes y valores. Una nueva concepción que posiblemente llevará a un nuevo paradigma del cual esta muestra que hoy ofrecemos, la mediación puede formar parte.

2.

EL FRACASO DEL DERECHO

La mediación tiene su razón de ser en la necesidad de ordenar el conflicto cara a la pacificación de la situación de base que enfrenta a las partes¹. Busca por tanto una cultura de paz en justicia.² El conflicto tiene normalmente varios orígenes que giran en muchas ocasiones entorno a la percepción de la verdad que tiene cada una de las partes enfrentadas. Y es que a veces la verdad se oculta, otras veces se disimula y no pocas, simplemente aparece en forma de mentira. Por otro lado cada parte suele tener una visión diferente de la realidad especialmente cuando se discute sobre un derecho o una prerrogativa. Cuando varias personas quieren un bien escaso suele surgir la disconformidad y el conflicto.

Producido el conflicto entra en la escena del teatro de la sociedad la justicia que tiene su propio espacio, y algunos sub-espacios. En efecto los tribunales, juzgados de paz, son los más habituales pero a su lado cobran cada vez más fuerza otros espacios alternativos como los centros de mediación y arbitraje, y otros diferentes medios informales de resolución de litigios. La finalidad de todos ellos es la misma y se traduce en la búsqueda o el restablecimiento de la justicia. Justicia que ha sido dañada o contravenida y debe ser recuperada porque el ser humano necesita vivir en su compañía.³

Tradicionalmente el orden jurídico occidental se asienta en el contrato social donde la organización social y el ejercicio del poder presentan tres partes diferenciadas. Bajo esta perspectiva surge la configuración de Estado-Nación sometido a un pacto constitucional y a un ordenamiento jurídico. Es precisamente dentro de este contexto donde podemos hablar del Estado de derecho y consecuentemente de la importancia que los tribunales ejercen en la sociedad occidental actual.

Ahora bien, sin negar esta trascendencia es conveniente ponerla en su lugar. La arquitectura judicial tiene una intención subyacente. Intención que pasa necesariamente por la imagen que ella quiere transmitir. Pues, más allá del gran simbolismo de la justicia y de la visión social que la misma quiere trasladar y que se traduce en una visión de grandiosidad de

¹ Paulino Ortuño Muñoz, "La mediación como medio de solución de conflictos", en *Mediación familiar*, coords. Esther Pillado y Francisca Fariña (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015), 15-35.

² Milagros Otero Parga, "La ética del mediador familiar", en *Mediación familiar...*, 133-166.

³ Emiliano Carretero Morales, "La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos", en *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Helena Soletto (dir.) (Madrid, Tecnos, 2011), 56-72.

la institución, lo cierto es que todo el edificio judicial que justifica la justicia toma su fuerza de la propia sociedad. La justicia se alimenta de la sociedad porque sirve a los seres humanos.

Esta realidad la Institución trae aparejada como cualquier otro tópico jurídico algunas ventajas y no pocos inconvenientes. La gran ventaja es ese ropaje que inviste la función judicial de la grandiosidad descrita que de alguna manera protege la idea de justicia. Pero al mismo tiempo, la propia ampulosidad del sistema hace que éste se desgaste y sea poco operativo conduciendo a grandes disfunciones como la demora, la falta de claridad, la complejidad etc., que dificultan, de muchas formas distintas, la realización de la justicia, y la aplicación del derecho, dando base incluso a una cierta desconfianza del pueblo.⁴ De esta idea surge la necesidad de la mediación que se presenta como la hermana pequeña de la justicia de los tribunales, y que precisamente por ser menor no precisa de todo el aparato judicial ni de la magnitud de sus manifestaciones. Ese es el motivo fundamental por el que pasa más desapercibida y puede llegar mejor a la finalidad que persigue que no es otra que la de hacer justicia en el caso concreto⁵.

Por otro lado esta hermana menor no quiere separarse de su otra hermana de la que de alguna manera se nutre y en la que confía. Por eso no deben surgir miedos ni sutilezas entre ellas sino afán real de espíritu colaborador.

Así las cosas, la mediación no se opone a los tribunales ni quiere privarles de su lugar como institución garante de la justicia. Solo quiere situarse a su lado para ayudarlos en su función, liberándolos de muchos de los casos que nunca deberían haber llegado a ellos⁶. Sin embargo su implantación encuentra aún inconvenientes. El velo que aún subyace a la figura de la mediación no permitiendo a sus destinatarios obtener partido de sus potencialidades y ése es sin duda uno de los obstáculos en la implementación de la misma en los sistemas judiciales occidentales.

Y sin embargo, la dificultad de acceso a la justicia, el sentimiento de vacío, la sensación de inadecuación, impunidad e injusticia a la que cada vez asistimos con más asiduidad en nuestros días puede llevar a respuestas violentas por parte de la sociedad. Respuestas de autotutela que deben ser evitadas, pues una sociedad en la que sus miembros tienen que tomar la “justicia por su mano” técnicamente ha fracasado convirtiéndose probablemente en un Estado Fallido.

⁴ Milagros Otero Parga - Francisco Puy Muñoz, *Una Concepción Prudencial del Derecho* (Madrid, Tecnos, 2013), 251-272.

⁵ Milagros Otero Parga, “Ventajas e Inconvenientes de la Mediación”, en *Mediación y solución de conflictos*, Helena Soletó - Milagros Otero (coords.) (Madrid, Tecnos, 2007), 144-157.

⁶ Fernando Martín Diz, “Desafíos y propuestas sobre la mediación como complemento al proceso judicial”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol 9 (2012), 81-108.

Y es que la visión de la justicia se presenta cada vez más distante de los destinatarios de la misma dentro del ideario occidental. La burocracia y protocolos, la complejidad creciente de los procedimientos y legislación, así como el incremento del coste real y emocional de los ciudadanos de cara a un proceso judicial, ha llevado a que en el imaginario social, la justicia sea un deseo imposible de cumplir.⁷

Esa situación debe cambiar y es urgente que cambie, porque los individuos no pueden esperar más. No debe seguir creciendo la desconfianza en el sistema porque si eso ocurre será muy difícil recuperar el estado de derecho. Estamos ante un camino de ida pero quien sabe si será fácil recorrerlo de vuelta.

3.

EL NUEVO PARADIGMA. LA MEDIACIÓN

En esta disyuntiva, la mediación se presenta, no sólo como un proceso de armonía a través del conflicto sino también como el medio de establecer puentes entre el Estado y los ciudadanos. Puentes que trasladen efectividad y confianza. Puentes que unan y no separen. Puentes que en suma posibiliten la realización de la justicia.

El conflicto es el espejo de las diferencias. Diferencias que alejan a quienes las padecen, y los alejan de la verdad. No debemos olvidar que muchas veces está oculta en las emociones de aquellos que esgrimen e insisten en considerar que solo ellos tienen razón. Esa realidad está en verdad muchas veces escondida en la intimidad del ser, y por eso es difícil de encontrar, de analizar y sobre todo de solucionar.

Tradicionalmente el conflicto se ha considerado cómo algo negativo. Sin embargo debemos esforzarnos en vislumbrarlo a través de una lente diversa donde algo de positivo sale a la luz. El estado de crisis y tensión, antagonismo y diferencia en el que los implicados se encuentran permite aún en el torbellino del conflicto, que los propios afectados puedan evolucionar como fruto de un crecimiento personal a medida que caminan en el sentido de la resolución del conflicto⁸. Ganan así los afectados nuevas herramientas para encarar la situación que los llevó al conflicto y es así que el conflicto se reviste de nota positiva cuando esta misma herramienta es alcanzada.

⁷ Francisco Puy Muñoz, "Sobre demora y puntualidad judicial". Discurso leído el 16 de febrero de 2001 en la solemne sesión de ingreso como académico de número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación (A Coruña, Imprenta provincial, 2001).

⁸ Vanesa Leiva Barrocal, *Manual de Mediación: gestión y resolución de conflictos, proceso de mediación* (Murcia, Diego Marín Librero, 2016), 39-40.

Este mismo conflicto, cuando resulta dirimido y ultrapasado, y cuando la estabilidad, armonía y paz dejan de ser una posibilidad y pasan a ser reales deja de revestir un carácter subjetivo para pasar a tener un carácter objetivo por la distancia que fue conseguida entre el conflicto y la causa del conflicto por parte de los afectados. Y es en ese momento cuando es posible tener alguna opción de solucionarlo.

Es indiscutible que con la mediación hay una efectiva búsqueda del equilibrio entre los intereses de la víctima y también de la propia comunidad. Paralelamente y de forma simultánea existe la necesidad de proceder a la reinserción de aquellos que infringen las normas instituidas y vigentes.

La participación voluntaria de las partes en igualdad de circunstancias dentro del proceso de mediación, y la existencia de un diálogo orientado por la figura del mediador imparcial, neutro, honesto y equidistante,⁹ así como la solución del conflicto de intereses de las partes con base en el equilibrio, confidencialidad y justicia pasan, con la mediación, a ser una realidad.¹⁰

Sucede que, con la mediación, se produce el nacimiento de un espacio de diálogo entre las partes donde estas tienen la posibilidad, de hecho, de exponer las causas del conflicto y de dirimir el mismo asumiendo y originando un compromiso con las consecuencias que le son inherentes.

El proceso de mediación se hace así una herramienta de responsabilidad y compromiso entre los mediados en la cual sus razones, angustias y necesidades son atendidas consiguiendo un refuerzo del sentimiento de justicia y una aproximación de esta a los ciudadanos.

La sustentación de la pacificación social¹¹ puede resultar plenamente asegurada por la mediación, si ésta consigue cumplir con la función de auxiliar al Estado y al derecho en esa su función.

Por eso defendemos su aplicación coadyuvante y no excluyente pues entendemos que con el incremento de la aplicación de la mediación, y quizá, con la obligatoriedad de la misma antes del inicio de cualquier proceso judicial, solamente llegarían al Poder Judicial los conflictos que tuviesen la amplitud y dimensión que verdaderamente necesitasen de su representación. La mediación se ocuparía del resto teniendo así su eficacia garantizada. Se trata en suma de sumar fuerzas y no de dividir las existentes.

⁹ Leiva Barrocal, *Manual de Mediación...*, 82-88.

¹⁰ Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil: Parte Especial* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013), 359-367.

¹¹ Paulino Fajardo Martos, "Cooperar vs litigar. La filosofía de la cultura de la paz", en *Mediación y resolución...*, 47-55.

Con la inclusión de la mediación como forma alternativa y complementaria a la judicial de solución jurídica de conflictos sería posible paliar de alguna manera el problema estructural que en la actualidad se observa en cuanto a la aplicación de la justicia, evitando en gran medida algunos de los problemas que llamamos de disfuncionalidad de la justicia.

Y es que en realidad, la disfuncionalidad de la justicia encuentra, ciertamente, en la mediación la eficiencia y consolidación de la democracia que lentamente se ha desvanecido en los sistemas tradicionales de administración de la justicia.

De este modo, con la consideración de la mediación al lado de los procedimientos judiciales, la calidad de la justicia y la calidad de la democracia podrían ser seguramente (re) encontradas con la aplicación potestativa u obligatoria de la mediación ofreciendo de esta forma una mejora en la calidad de vida comunitaria y una mayor vitalidad y confianza en la justicia.

Por lo dicho entendemos que el propio legislador debería ser el impulsor de este mismo cambio, mejorando con ello el modelo pasado y hoy ya superado de leyes y conceptos barrocos donde la forma rebasa el contenido. Con esta práctica el Estado podría asumir un papel cada vez más próximo al ciudadano permitiéndole el sentimiento de integración en el sistema en vez de la sensación de ser manipulado por él.

La mediación con todas sus peculiaridades y especificidades no sólo trabaja el conflicto sino que también es un medio de preaver y gestionar nuevas diferencias. Esto es así, porque como ya referimos anteriormente lo que es expuesto por las partes es el conflicto aparente por cuanto las emociones esconden la verdad. Se precisa una gran habilidad del mediador para poder desenterrar muchas veces el verdadero origen del conflicto que en muchos casos resulta oscuro e imposible de asumir incluso por las partes.

Al desarrollarse la mediación dentro de un sistema jurídico preexistente, con carácter de complementariedad y de forma alternativa, cierto es que este mecanismo tiene su lugar en el sistema y tiene una ancha escala y potencial de utilización y aplicación por cuanto los procedimientos adoptados permiten una transversalidad y aplicabilidad de la misma.

En efecto creemos que en una sociedad cada vez más plural y compleja la figura de la mediación se ofrece como una puerta de entrada a los ciudadanos que demandan acceso a la justicia no cabiéndole, todavía, sustituir el derecho constitucional de acceso a la misma, ni tan poco que el Estado dimita de tal función.

Si por un lado el número de leyes ha ido aumentando y con ellas la dificultad creciente de percepción de la justicia por parte de los ciudadanos, por otro lado el número de procesos existentes refleja los excesos de un Estado paternalista. Siendo la mediación un

modelo de justicia que alienta la autonomización y emancipación social, en una lógica más participativa, es perceptible que “se o Estado não pode se abster da promoção da mediação como forma de acesso à justiça, cabe-lhe, igualmente, zelar para que o desenvolvimento destas práticas seja conforme as exigências de respeito e proteção de direitos dos cidadãos.”¹²

En tal sentido, es bueno enfatizar que independientemente de los modelos de mediación que el Estado adopte, es cierto que, como nos dice Franco Conforti¹³ hay que adoptar por parte de los mediadores aquel que más se adecua a los casos que están siendo relacionados por los mediados. En efecto, según este autor “hoy en día la práctica profesional en los distintos ámbitos ha hecho que estos profesionales no se suscriban a una escuela o modelo de forma definitiva, sino que están manteniendo una actitud ecléctica y de permanente investigación que les hace ajustar las distintas intervenciones a las particularidades de los casos en los que están trabajando”¹⁴.

En este ámbito de ideas, la mediación será tanto más eficaz cuánto las personas que administran la justicia dejen de alimentar las estructuras de administración de la misma ya desgastadas que dejaron de responder a las verdaderas necesidades de los ciudadanos.

La mediación será eficaz cuando la administración de justicia muestre una adecuada comprensión de las verdaderas razones de los conflictos asegurando la proximidad del ciudadano, en vez de alimentar el elitismo y prepotencia que frecuentemente le es latente.

La mediación en fin será eficaz cuando asistamos a una orientación de la justicia por el principio del esencialismo legislativo. Es decir a una la administración de la justicia reducida a lo esencial en el nivel legislativo - evitando de esta forma la amalgama de leyes inútiles, confusas y pervertidas - donde el establecimiento de la verdad es el punto-llave, que asegura a la mediación por fin su indiscutible eficacia.

A este propósito, compartimos la opinión de que la judicialización en exceso implica constantes necesidades de reformas legislativas, lo que por sí sólo revela la dispersión del Estado frente a otras áreas sociales de gobierno de igual importancia como son la salud y la educación, por ejemplo.

Es en este último campo donde el Estado deberá apostar por una eficaz aplicación de la mediación. La idea de punición¹⁵ todavía está muy presente en nuestros idearios occidentales. Asumiéndola es preciso educar para que la ciudadanía se asiente en los principios de la mediación pues supondría un paso de gigante que permitiría mejorar la calidad de la

¹² Camila Silva Nicácio, “Direito e Mediação de Conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça”, *Meritum*, Belo Horizonte, V. 6 N. 1 (2011), 51-99.

¹³ Franco Conforti, *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España* (Madrid, Tecnos, 2016), 98-142.

¹⁴ Conforti, *Tutela judicial efectiva...*, 141.

¹⁵ Michel Foucault, *Vigiar e Punir: nascimento da prisão* (Petrópolis, Vozes, 1999), 20ª Edição.

convivencia entre pares atenuando el comportamiento demasiado litigante al que asistimos en la actualidad.

Será así porque la mediación permite la realización del deseo de proximidad personal y social frente al sujeto procesal decisorio. Con ella, la búsqueda de decisiones y soluciones se concilian con las necesidades de los sujetos procesales.

Efectivamente, con la mediación las personas dejan de sentir que sus vidas son tratadas como si de números y estadísticas se trataran, y sienten, al contrario, que forman parte del proceso de resolución del conflicto que los llevó a recurrir la figura de la mediación.

Además, con una educación para la mediación ciertamente se potenciará un mayor acceso de los ciudadanos a la justicia pues no sólo acredita unos costes muy inferiores tanto económicos como emocionales, sino que también asegura mejor el derecho universal y humano a la justicia básico de todo Ser.

Del mismo modo se conseguirá una justicia más rápida, lo cual garantizará una ganancia en la confianza y satisfacción en el sistema judicial y en el Estado, dejando de lado el desencanto y desilusión del pasado.

Todas estas ventajas y algunas más unidas desde luego a algunos inconvenientes que será preciso ir poco a poco venciendo, recomiendan a mi juicio intentar la aplicación de esta nueva figura en la creencia de que es mucho lo que puede lograr y poco el daño que hipotéticamente y en el peor de los casos pudiera producir. Las sociedades que no se arriesgan nunca ganan y cuando está comprometida la justicia no hay excusa para no intentarlo.

4.

CONCLUSIONES

Tenemos conciencia de que la imagen de punición aún está muy viva en nuestra sociedad occidental actual, sin embargo, también sabemos que, aunque lentamente, asistimos a un claro cambio de paradigmas. Todo proceso de cambio causa resistencia y oposición, sin embargo creemos que sin tensión de opuestos no hay armonía y solamente cuando esa tensión sea resuelta encontraremos esa armonía.

La urgencia de movilización de esfuerzos para ayudar a la comunidad y al individuo como parte inherente a la misma podrá pasar por el efectivo reconocimiento del papel fundamental de la mediación, y consecuentemente de su asunción, por la administración de la justicia y por el Estado.

Llegados a este punto la mediación podrá presentarse como un nuevo derecho que asiste a cada ciudadano configurándose así como intrínsecamente inherente a cada uno de nosotros por cuanto se asienta en principios de bienestar social, pacificación y democracia. Es en esta base de principios en la que la mediación podrá ganar su fuerza de aplicabilidad, pues con ella y a través de ella la democracia vestirá un nuevo traje más adecuado a la nueva modernidad.

Con la mediación, el acceso a la justicia, principio basilar y fundamental en una sociedad democrática será garantizado a bajo costes y será percibido por las partes en conflicto de forma más fácil como un medio de resolver sus controversias. Por eso creemos que debemos encarar el cambio con confianza entendiendo que la mediación podrá ser uno de los motores del mismo. El camino no será fácil pero merece la pena que sea andado.

La mediación nos muestra que es posible restablecer no sólo la paz pública sino también la reinserción social. La mediación nos dice que es posible transmutar el conflicto intentando recuperar de él no sólo el crecimiento personal de los envueltos en el mismo sino, también, y de igual forma, la sensación de ganancia por parte de los contendientes. Sensación que sin duda es importante para zanjar la diferencia sin que ésta vuelva a producirse.

Esto es así, porque las partes quedan en pie de igualdad y, no sólo salen del proceso de mediación ganado ellos mismos, sino también ofreciendo más paz y seguridad a la propia comunidad.

¿Si un proceso de pacificación puede ser más sencillo, célere y perceptible, por un lado, y por otro menos oneroso, porqué complicar?

Solamente hay que establecer los medios necesarios para la aplicación eficaz de la mediación.

Como he dicho en el inicio de esta reflexión, estamos en un momento de cambio en la historia de la sociedad occidental, hay que reflejar este cambio y acompañarlo. Como diría Lavoisier, coincidiendo de alguna manera con la filosofía de los antiguos griegos “nada se crea, nada se pierde, todo se transforma”. ¡Abrazemos el cambio, por lo tanto!

Para citar este artículo: Rodrigues, Catarina, La mediación ¿una respuesta al nuevo paradigma del Derecho?, *Revista de Derecho*, 15 (I, 2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 243-256.

BIBLIOGRAFÍA

- AA VV., *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (Madrid, Tecnos, D.L. 2015).
- Carretero Morales, Emiliano, “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos”, en Helena Soletto (dir.) *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos* (Madrid, Tecnos, 2011).
- Conforti, Franco, *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España* (Madrid, Tecnos, 2016).
- Cortés Domínguez, Valentín y Víctor Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil: Parte Especial* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013).
- Fajardo Martos, Paulino, “Cooperar vs litigar. La filosofía de la cultura de la paz”, en Helena Soletto (dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos* (Madrid, Tecnos, 2011).
- Foucault, Michel, *Vigiar e Punir: nascimento da prisão* (Petrópolis, Vozes, 1999), 20ª Edição.
- Leiva Barrocal, Vanesa, *Manual de Mediación: gestión y resolución de conflictos, proceso de mediación* (Murcia, Diego Marín Librero, 2016).
- Martín Diz, Fernando, “Desafíos y propuestas sobre la mediación como complemento al proceso judicial”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. 9 (2012): 81-107.
- Morales Fernández, Gracia, *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: la mediación, sistemas complementarios al proceso, nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva* (Sevilla, Hispalex, 2014).

- Nicácio, Camila Silva, “Direito e Mediação de Conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça”, *Meritum*, V.6-N.1 (2011): 51-99.
- Puy Muñoz, Francisco, *Sobre demora y puntualidad judicial*. Discurso leído el 16 de febrero de 2001 en la solemne sesión de ingreso como académico de número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación (A Coruña, Imprenta provincial, 2001).
- Ortuño Muñoz, Pascual, “La mediación como medio de solución de conflictos”, en *Mediación familiar*, Esther Pillado y Francisca Fariña (coords.) (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015).
- Otero Parga, Milagros, “La ética del mediador familiar”, en *Mediación familiar*, Esther Pillado y Francisca Fariña (coords.) (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015).
- Otero Parga, Milagros, “Ventajas e inconvenientes de la Mediación”, en *Mediación y solución de conflictos*, Helena Soletto y Milagros Otero (coords.), (Madrid, Tecnos, 2007).
- Otero Parga, Milagros y Francisco Puy Muñoz, *Una Concepción Prudencial del Derecho* (Madrid, Tecnos, 2013).
- Sospedra Navas, Francisco José. *Mediación y arbitraje: los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2014.

El Derecho penal del riesgo globalizado. Desafíos para un Derecho penal legítimo y transnacionalmente efectivo

The Globalized Criminal Law of Abstract Endangerment. Challenges for a Legitimate Transnational and Effective Criminal Law System.

*Mario Spangenberg Bolívar**

*Universidad Católica del Uruguay

guspange@ucu.edu.uy

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1377>

RESUMEN: La globalización ha provocado un incesante auge de los delitos transnacionales y una expansión de verdaderas redes criminales multinacionales que exigen, a modo de contrapartida, la creación y el desarrollo de un Derecho penal a la altura de los fenómenos delictivos modernos. El presente trabajo aborda los desafíos que enfrenta el actual Derecho penal para reconfigurarse como transnacionalmente efectivo en aras de mantener su legitimidad democrática.

PALABRAS CLAVE: imputación penal, derecho penal de riesgo, derecho penal globalizado, legitimidad democrática, sistema penal internacional.

Recibido:27/3/2017. Revisado: 06/4/2017. Observado: 27/04/2017. Aceptado: 02/5/2017

ABSTRACT: *Globalization has caused a rise of transnational crime and multinational criminal networks, which require, in return, the development of new rules of law. This article deals with the challenges of criminal law to transform itself as transnationally effective, and to maintain its democratic legitimacy.*

KEY-WORDS: imputation in criminal law, criminal law of abstract endangerment, globalized criminal law, democratic legitimacy, international criminal system.

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho penal del riesgo. 1. La ampliación de las esferas de protección. 2. La transformación de la imputación penal. 3.- Las cuestiones procesales. 4.- La flexibilización del principio de legalidad. 5.- Desafíos para un Derecho penal del riesgo constitucionalmente legítimo. III. Derecho penal de la globalización. 1. Modelo de cooperación entre Estados. 2. Modelo de supranacionalidad. 3. Desafíos para un Derecho penal globalizado. a) La *obligatoriedad de las normas internacionales*. b) La *legitimidad* de las normas internacionales. IV. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Las profundas transformaciones que en las últimas décadas vienen experimentando las sociedades modernas, han provocado –como es notorio– verdaderas reconfiguraciones que atañen no sólo a lo económico, a lo político y a lo social, sino también y con singular impacto, a las diversas áreas del conocimiento teórico y práctico vinculadas a tales aspectos. Y ello, como es obvio, es lo que viene ocurriendo también al interior del Derecho penal.

Por su parte, tales reconfiguraciones son dables de ser observadas desde una perspectiva meramente nacional o interna o también –y ello parece revestir de mayor atractivo y solidez científica– desde una visión inter o supranacional, es decir, más global.

En los hechos, si algún tema, en la bibliografía penal contemporánea, es merecedor de una consideración cercana al consenso, ése es, precisamente, la distancia existente entre el moderno Derecho penal¹ y su, cada vez más lejano, antecesor modelo clásico.²

Y es que, en efecto, no resulta una tarea sencilla pretender armonizar los actuales fenómenos delictivos, ni las regulaciones penales vigentes o proyectadas, con las coordinadas liberales que marcaron el mundo jurídico penal occidental –al menos– desde la Ilustración,

¹ Algunos autores utilizan la expresión “*Derecho penal del riesgo*” o “*Derecho penal de la sociedad del riesgo*” como sinónimo del Derecho penal moderno, en contraposición al Derecho penal liberal clásico. Entre otros: Cornelius Prittwitz, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, en Luis Arroyo, Ulfrid Neumann y Adán Nieto (Coord.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo* (Cuenca, Universidad Castilla – La Mancha, 2003), 265; Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I.* (Madrid, Civitas, 1997), 61; José Díez Ripollés, *La política criminal en la encrucijada* (Buenos Aires, B de F, 2007), 132 y ss.; y Felix Herzog, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo –Perspectivas más allá del Derecho Penal–”, en Luis Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo...*

Estas expresiones, como es notorio, encuentran cabida en la estrecha vinculación de la moderna regulación jurídico penal con el modelo social postindustrial de la “*sociedad de riesgo*” descrito por el sociólogo Beck, en Ulrich, Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Barcelona, Paidós, 1998). También en Ulrich, Beck, Anthony Giddens y Lash, Scott, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno* (Madrid, Alianza, 2008).

² Las expresiones *Derecho penal moderno* y *Derecho penal clásico* encuentran una precisa exposición en Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal* (Bogotá, Temis, 1999), 15 y ss. También aborda el punto, aunque refiriendo a modelos *mínimos* y *máximos* de sistema penal, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, Trotta, 1995), 91 y ss.

en especial, si se toma nota de las singulares aristas y proyecciones internacionales de la cuestión.

A un plano conceptual distinto, claro está, corresponde la discusión en torno a las bondades o defectos de esta evolución, e incluso, a si resulta razonable –o ya es utópico– exigir, dado el actual estado de situación, un retorno sin más al modelo clásico.³ Según Schünemann⁴, el Derecho penal se encuentra ante un verdadero callejón sin salida: entre la intransigencia de la Escuela de Frankfurt (abocada a insistir, casi infantilmente, en la vigencia absoluta de los principios clásicos) y la capitulación del Derecho penal del enemigo de Jakobs y buena parte del funcionalismo de Bonn.

Ocurre que, en las últimas décadas, y a un ritmo cada vez más acelerado, conviven en la transformación de la sociedad y en consecuencia, también de la criminalidad y en el propio estado de situación del Derecho penal, dos grandes dimensiones:

Por un lado, el fenómeno de la globalización que, en sus consecuencias técnicas, sociales, económicas y políticas, ha resultado ser un terreno más que propicio para un incesante auge de los delitos transnacionales y para la génesis y expansión de verdaderas redes criminales multinacionales, y que, indefectiblemente, coloca al Derecho penal ante una muy incómoda encrucijada, pues:

a) o se mantiene encorsetado en la vieja vestidura del Derecho penal clásico, aislado en la estructura de la soberanía nacional estatal e intentando dar respuestas –a modo de golpes al aire– que llegan, mal y tarde, a fenómenos criminales que ya han vuelto a mutar hacia otro rumbo; lo que en definitiva, no supone otra cosa que claudicar del ejercicio del *ius puniendi* frente a las organizaciones y modalidades criminales más peligrosas y sofisticadas, arriesgando, en consecuencia, no sólo su efectividad sino incluso, su propia legitimidad democrática;

b) o por el contrario, comienza a ensayar nuevos caminos que le permitan estar, mínimamente, a la altura de las circunstancias actuales, procurando convertirse él mismo, en un Derecho penal *efectivo* transnacionalmente, a la par de los fenómenos criminales que intenta combatir.

Sobre esta dimensión, y sobre los múltiples problemas y desafíos que allí es dable encontrar, volveré más adelante, en el capítulo 3 de este trabajo.

³ Como parece empeñado en continuar reclamando –sin mucho éxito, claro está– un sector no menor de la academia penal.

⁴ Bernd Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1998), 13 y 14.

Por ahora, y en el desarrollo del capítulo 2, quiero detenerme en una segunda característica de las sociedades modernas, y por ende también del actual estado de situación del Derecho penal; y es que, además de la universalización de la globalización de los fenómenos delictivos, las sociedades modernas son sociedades basadas en la creación de riesgos y fundamentalmente, de riesgos anónimos.

Y es, precisamente, en la interacción o concurso entre esos riesgos cada vez mayores y más sofisticados, y la inagotable expansión de las conductas y su anonimato, por fuera de los límites materiales y naturales que durante siglos contuvieron al comportamiento humano y a sus efectos, dentro de un parqué de consecuencias físicas limitado, que se ha forjado el carácter de buena parte del moderno Derecho penal.⁵

La hipótesis que orienta al presente trabajo consiste en señalar –dado el actual estado de situación transnacional de los fenómenos delictivos– algunos de los desafíos que, en las próximas décadas, habrá de enfrentar el Derecho penal, en cuanto a su eficacia y en consecuencia, también y fundamentalmente, en relación a su propia legitimidad democrática.

2.

DERECHO PENAL DEL RIESGO

Este Derecho penal *del riesgo*, como le ha dado en llamar la doctrina alemana –y bajo su impulso, buena parte de la doctrina comparada– se caracteriza, principalmente, por una marcada expansión frente al núcleo clásico, expansión que ha tenido lugar –y presumiblemente lo hará aún con mayor vigor– en múltiples dimensiones.⁶

⁵ Como ha señalado el sociólogo Beck, en una obra de singular repercusión en el ambiente penal (Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998), las sociedades modernas se caracterizan, primero, por la sistemática y creciente producción de riesgos que, en tanto tales, deben administrar: “En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico – técnica.” Beck, *La sociedad*, 25. Y al mismo tiempo, la circunstancia de que esos riesgos, tan característicos de las sociedades actuales, tienen su origen en las actividades humanas, es decir, en los actos u omisiones de otros seres humanos, a diferencia de otras épocas, donde los mayores riesgos tenían su origen –principal, aunque no exclusivamente– en la naturaleza.

⁶ Especial atención han dedicado a este proceso: Silva, Jesús, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (Buenos Aires, BdeF, 2011) y el mismo autor, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (Buenos Aires, BdeF, 2012); Albrecht, Peter, *El derecho penal en la intervención de la política populista*. En *La insostenible situación del Derecho penal* (Granada, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000), 471 y ss.; Sánchez, María, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999), 11 y ss.; Schünemann, Bernd, *El Sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales* (Buenos Aires, BdeF, 2012); Herzog, Felix, *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo –perspectivas más allá del Derecho Penal-*, en: Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid y Nieto, Adán (coordinadores), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt* (Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003), 249 y ss.; Pritwitz, Cornelius, *Sociedad de riesgo y derecho penal*, en: Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid y Nieto, Adán (coordinadores), *Crítica*

1. LA AMPLIACIÓN DE LAS ESFERAS DE PROTECCIÓN

La primera característica de las legislaciones penales vigentes,⁷ es la ampliación de las esferas de protección hacia horizontes antes ignorados por el Derecho penal, como la tutela del ambiente y la creación de delitos de daño o puesta en peligro del ecosistema, la tutela del mercado y la creación de delitos de competencia desleal, abuso de poder dominante y la protección del orden socioeconómico. Así como también, y muy intensamente, con las múltiples figuras delictivas relacionadas con el lavado de activos y el incumplimiento de deberes formales de prevención de esos riesgos, entre otros variados ejemplos⁸.

En este sentido, el continuo –y cada vez más extendido– requerimiento social de más Derecho penal en los ordenamientos jurídicos modernos,⁹ a modo de conjura global contra todos los males, ha supuesto una modificación sustantiva en la concepción misma del bien jurídico tutelado, pues, como acertadamente señala Hassemer, la protección de bienes jurídicos ha dejado de ser un criterio fundamental de restricción del Derecho penal, para erigirse en el fundamento de la exigencia de más Derecho penal.¹⁰

Y ello, como es lógico, ha supuesto que la intervención penal no sea vista como de *ultima ratio*, sino como primer o único remedio jurídico a los males sociales; circunstancia que, naturalmente, socava los cimientos del Derecho penal de una sociedad democrática y en consecuencia, la relación misma entre el Estado y los ciudadanos, pues, como afirma Ferrajoli: “(...) una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes.”¹¹ Principio éste, que ya había sido advertido, dos siglos antes por Montesquieu, al afirmar que:

y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt (Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003), 259 y ss.; Cancio, Manuel, en Jakobs, Gunther y Cancio, Manuel, *Derecho penal del enemigo* (Buenos Aires, Hammurabi, 2007), 73 y ss.; Diez, José, *La política criminal en la encrucijada* (Buenos Aires, BdeF, 2007); y Mir, Santiago y Queralt, Joan (Dir.), *La seguridad pública ante el Derecho penal* (Buenos Aires, BdeF, 2010).

⁷ Lo que no significa, obviamente, que, en tanto modelo teórico, tenga, en todos los casos, una exacta y fiel correspondencia con las específicas previsiones normativas nacionales.

⁸ En la legislación europea incluso, es frecuente encontrar un elenco aún mayor de bienes jurídico-penales que los que pueden hallarse en América Latina. Tal es el caso, por ejemplo, de la protección penal del patrimonio histórico o cultural, prevista en los artículos 321 a 324 del Código Penal español.

⁹ Según Silva: “...el caso es que, en medida creciente, la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta.” Silva, Jesús, *La expansión*, 31. En igual sentido: Albrecht, Peter, *El Derecho penal en la intervención*, 471.

¹⁰ Dice el autor que: “La protección de bienes jurídicos se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter de criterio negativo que tuvo originariamente. Lo que clásicamente se formuló como un concepto crítico para que el legislador se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para que penalice determinadas conductas, transformándose así completamente de forma subrepticia la función que originariamente se le asignó.” Hassemer, *Persona*, 20.

¹¹ Ferrajoli, *Derecho y razón*, 473.

“Toda pena que no se derive de la necesidad es tiránica; la ley no es un mero acto de poder, y las cosas indiferentes no le incumben.”¹²

Incluso antes, y más gráficamente, el punto había sido señalado por Santo Tomás de Aquino, al sostener que:

(...) la ley humana está hecha para la masa, en la que la mayor parte son hombres imperfectos en la virtud. Y por eso la ley no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes.¹³

Aún más, en la actualidad, la propia descripción del objeto de tutela penal ha abandonado su carácter individual y personal; siendo dable advertir que, los modernos bienes jurídicos se estructuran, con inusual frecuencia, bajo modelos, a la vez, institucionales y universales, como ocurre en el lavado de activos;¹⁴ y en consecuencia, su descripción, por naturaleza ambigua, legítima o justifica casi cualquier intervención judicial penal, abjurando —de este modo— de su natural función de contención del jus puniendi.¹⁵

2. LA TRANSFORMACIÓN DE LA IMPUTACIÓN PENAL

Las manifestaciones de este proceso, sin embargo, no se circunscriben única, ni mayoritariamente, a la incorporación de un novedoso elenco de bienes jurídico-penales de formato institucional e impersonal, sino que atañen también —y muy especialmente— al modo en que esa intervención penal se lleva a cabo, es decir, a las reglas de imputación penal y al diseño de la estructura típica de las figuras delictivas.

¹² Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, (México DF: Porrúa, 1997), XIX, XIV. Sentencia que fuera recogida, también, en su célebre *De los delitos y de las penas*, por Beccaria, quien, además, se preguntaba: ¿A qué nos viéramos reducidos si se hubiera de prohibir todo aquello que puede inducir a delito? (...) ¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples...”. Beccaria, *De los delitos y de las penas* (Salamanca: Alianza, 1998), 115. En igual sentido, afirma Hobbes, en *Leviatán*, que “...una ley que no es necesaria, y carece, por tanto, del verdadero fin de una ley, no es buena.” Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Buenos Aires: FCE, 2009) XXX y el mismo autor, en *De Cive*: “...va contra el deber de quienes gobiernan y tienen la autoridad de hacer leyes promulgar más leyes de las que sean necesarias para el bien del magistrado y de sus súbditos.” Hobbes, *De Cive* (Madrid: Alianza, 2000), XIII.

¹³ *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a.2.

¹⁴ Independientemente de la posición doctrinaria que se adopte respecto a si el objeto de tutela es el orden socio económico o la administración de justicia.

¹⁵ En relación a la función crítica o de garantía del bien jurídico, Fernández, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito* (Buenos Aires, BdeF, 2004).

Y ello, al punto que, para algunos autores, como es el caso de Prittwitz,¹⁶ es precisamente en este punto, donde se observa, con mayor claridad, el adelantamiento de la frontera de las conductas punibles respecto del límite clásico del derecho penal liberal.

Y en efecto, esta verdadera anticipación de la intervención penal se deja traslucir en múltiples y variadas formas.

Así, mientras que por un lado, las legislaciones penales modernas se orientan, mayoritariamente, hacia la creación de delitos de peligro, con particular predilección por la modalidad del peligro abstracto¹⁷ y ello, en desmedro de los clásicos delitos de resultado, también avanzan, indefectiblemente, hacia una mayor punición –y más frecuente– de los delitos tentados, e incluso, de los actos preparatorios sin comienzo de ejecución. Circunstancias que, hasta hace unos años, eran verdaderamente excepcionales en el Derecho penal comparado.

Por su parte, y en forma concurrente, es dable advertir, en la moderna normativa criminal, un excesivo recurso a la utilización de la fórmula de *comisión por omisión*, para justificar la sanción –desde el Derecho penal– al mero incumplimiento de deberes formales de vigilancia o prevención, a modo de reafirmar la obligatoriedad jurídica de las propias normas; y similar fenómeno expansivo, se pone de manifiesto, al extender el reproche de conductas no directamente intencionales –en no pocas ocasiones, asimilando la respuesta punitiva de las conductas culposas y dolosas– y al ampliar, con excesiva generosidad, las esferas típicas de los grados de coparticipación criminal, lo que supone también, la aplicación de formas, más o menos directas, de expansión del Derecho penal.¹⁸

3. LAS CUESTIONES PROCESALES

Esta moderna tendencia, sin embargo, no permanece contenida en el parquet del Derecho penal sustantivo o en las estructuras dogmáticas que le dan cima, y se adentra también, en aspectos procesales penales, cuyo reflejo más notorio, es la flexibilización de las garantías penales y procesales clásicas y la relativización o distensión de los principios de contención del *ius puniendi*.¹⁹

Así, las exigencias derivadas de la presunción de inocencia y del principio de legalidad que, no hace mucho tiempo, constituían una barrera infranqueable frente a las demandas de

¹⁶ Prittwitz, Cornelius, *Sociedad*, 261 y ss. En igual sentido: Sánchez, *El moderno*, 11 y ss.; Silva, *La expansión*, 4 y 5; y Cancio, *Derecho penal del enemigo*, 74 y ss.

¹⁷ Jakobs, Gunther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2013), 33 y 34.

¹⁸ Silva, *La expansión*, 45.

¹⁹ Silva, *La expansión*, 4 y 5.

actuación penal, hoy son consideradas meros formalismos que es preciso superar, raudamente, para dar una pronta respuesta a las incesantes demandas sociales de mayor seguridad.²⁰

Tal es el caso, por ejemplo, del debilitamiento de la presunción de inocencia, a partir de la aparición de ilícitos como el de *enriquecimiento injustificado*, o la importancia acordada al incumplimiento o desatención a guías de señales de riesgo de lavado de activos y otras presunciones semejantes, como fundamento del reproche penal en concreto.

Otro tanto acontece, también en relación a la presunción de inocencia, respecto de una de sus manifestaciones más relevantes: la garantía contra la autoincriminación, que parece haber sido hecha a un lado, por la constante utilización de herramientas de investigación como la *delación premiada*, la figura del *testigo protegido*, el *agente encubierto* y los sofisticados mecanismos de interceptación telefónica y seguimiento a distancia, tan dilectos por las legislaciones penales modernas de combate al lavado de activos.²¹

4. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

De similar deterioro es objeto, en los últimos años, el principio de legalidad, antes, verdadera regla de oro del Derecho penal. La primera afectación, al *nullum crimen nulla pena*, ocurre con el permanente dictado de normas, con contenido penal, que no forman parte del Código, al punto que, en buena parte del Derecho comparado, la mayoría de las infracciones penales no están contenidas en el Código, sino en leyes especiales.²²

A su vez, las remisiones legales -cada vez más frecuentes- a normas de menor jerarquía, como decretos, resoluciones administrativas y circulares del Banco Central, socavan al requisito de estricta legalidad, de un modo incluso aún más grave.²³

²⁰ Silva señala que: "...aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado "rígidas" y se abona por su "flexibilización". Silva, *La expansión*, 32. En igual sentido, afirma Bauman: "La nuestra es una época de cerraduras patentadas, alarmas antirrobo, cercas de alambre de púas, grupos de vigilancia y personal de seguridad; asimismo de prensa amarillista <de investigación> a la pesca tanto de conspiraciones con las que poblar de fantasmas un espacio público ominosamente vacío como de nuevas causas capaces de generar un <pánico moral> lo suficientemente feroz como para dejar escapar un buen chorro de miedo y odio acumulados." Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida* (Buenos Aires, FCE, 2013), 44.

²¹ Herramientas de investigación incorporadas, usualmente, al sistema jurídico, en las propias leyes de prevención de lavado de activos o similares. Tal es el caso, por ejemplo, en Uruguay, de la ley 18.494.

²² Llegándose, en el caso uruguayo, al extremo de incorporar normas, con claro contenido penal, en las leyes de presupuesto.

²³ En algunos países, como en Alemania, el contenido típico de la prohibición remite incluso, a manuales técnicos privados, como ocurre en materia de los delitos contra los trabajadores. Ver al respecto: Hortal, Juan, *Concreción del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (art.316 CP). A la vez, un apunte sobre algunos modelos europeos de protección "penal" de la prevención de riesgos laborales*. P.84 y ss. En: Mir, Santiago y Corcoy, Mirentxu (Dir.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina* (Buenos Aires, BdeF, 2009).

Al tiempo que, en no pocas ocasiones, el contenido del principio aparece burlado, bajo una forma ciertamente más velada, mediante la redacción de figuras delictivas con verbos nucleares excesivamente ambiguos, tal y como ocurre, en el lavado de activos, con las expresiones: *participar, colaborar, asistir y prestar ayuda*.

5. DESAFÍOS PARA UN DERECHO PENAL DEL RIESGO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO

Así pues, el Derecho penal moderno ha expandido su intervención hacia nuevos sectores, mediante formulaciones típicas amplias o de remisión a normas de inferior jerarquía, con frecuencia sobre la base del peligro al objeto de tutela y de imputaciones omisivas, extendiendo, simultáneamente, el ámbito de reproche, a la realización de actos previos sin comienzo de ejecución típica.

Circunstancias todas ellas, que tienen lugar en un clima de notorio deterioro de las garantías penales y procesales y fundamentalmente, de los clásicos principios de contención al ejercicio del poder penal.

En definitiva, la concepción clásica del Derecho penal, de cuño liberal y garantista, como instrumento de defensa del ciudadano frente al poder sancionatorio del Estado, ha sido desplazada, en las últimas décadas, -y al abrigo de una constante exigencia ciudadana de mayor intervención jurídico penal del Estado- por una innegable expansión de normas de contenido penal e incluso, meramente policial, que permite afirmar, precisamente, que el Derecho penal *ya no es lo que era*.

Afirmación que, justo es precisarlo, no responde a una melancólica nostalgia, sino a la constatación de la realidad, pues como enseña Zagrebelsky: “Tal vez sea ésta una conclusión que no satisfaga las exigencias de claridad, pureza y coherencia del pensamiento, pero la convivencia humana no es asunto de puro pensamiento.”²⁴

Y es que, los tiempos que corren -a estas alturas parece obvio- exigen alejarse, en igual medida, de los fundamentalismos dogmáticos, pero también, del conformismo que esclaviza las razones teóricas a los usos y costumbres de la práctica legislativa de turno.

En ese sentido, el desafío actual y futuro de la ciencia penal en las modernas sociedades del riesgo, y el propio objetivo de la dogmática penal contemporánea no se agota -ni podría hacerlo ya- en la elaboración de una sofisticada teoría del hecho punible, ni en las diversas cuestiones vinculadas a ella, sino también y muy principalmente, en la determinación

²⁴ Zagrebelsky, *El derecho*, 18.

científica de las concretas condiciones de legitimidad de un modelo de Derecho penal propio de una democracia constitucional moderna.

En definitiva, en determinar criterios concretos y operativos que permitan establecer límites para distinguir el ejercicio del *ius puniendi* legítimo de aquél que no lo es.

Es que, si como parece obvio, uno de los rasgos principales de una democracia constitucional moderna, es, precisamente, que el legislador penal no está facultado a diseñar la política criminal a su entero y discrecional arbitrio, sino que, también él, está sujeto a principios y reglas que garantizan la plena vigencia de los derechos fundamentales y cuya observancia o inobservancia habrá de determinar la propia legitimidad de esa política criminal; de ello se sigue la lógica necesidad que el respeto a esos derechos fundamentales pueda ser, de algún modo, efectivamente contrastado.

Recientemente, y cada vez con mayor amplitud y sofisticación, el Derecho penal constitucional comparado muestra que, en la verificación de la razonabilidad del ejercicio del poder político en materia penal, el principio de proporcionalidad resulta ser una herramienta extremadamente apropiada para esa función.

De allí que buena parte de los desafíos para la ciencia penal en los próximos años, habrán de encontrarse, en los desarrollos del principio de proporcionalidad penal, como instrumento de contralor en la creación y diseño de un Derecho penal constitucionalmente legítimo.

En especial, y ello atañe también y en muy buena medida, al Derecho Constitucional o Político, al alcance y utilización del principio de proporcionalidad penal, en el diseño de la política criminal legislativa, por parte de las Cortes Constitucionales.

III.

DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN

Ahora bien. Junto a esta dimensión de la expansión del riesgo y del anonimato de sus fuentes, las sociedades modernas se han ido transformando, a un mismo tiempo, en sociedades altamente globalizadas, esto es, universales.

Y ello tampoco es ninguna novedad, pues la vida cotidiana evidencia, a cada paso, que las clásicas fronteras territoriales, carecen de un valor significativo en las interacciones sociales y en consecuencia, tampoco obstaculizan o limitan en modo alguno, sino lo contrario, el desarrollo de los fenómenos criminales.

Para muestra de este verdadero apogeo de la criminal globalizada, basta con mencionar:

- a) las cada vez más complejas redes financieras de delincuencia económica y lavado de activos,
- b) el riesgo y la exposición a daños ambientales o biotecnológicos, difíciles de encuadrar en las artificiales categorías de fronteras nacionales, y
- c) las poderosas organizaciones criminales dedicadas a la pornografía infantil y a la piratería intelectual e informática,
- d) y las variadas modalidades de tráfico, de personas, de órganos, de armas, etc.,

... que son, apenas, algunos ejemplos de la realidad criminal de nuestros días y fundamentalmente, de lo que cabe esperar del fenómeno delictivo de aquí en adelante.

Se trata pues, de nuevas y más complejas formas delictivas, que aprovechan –y vaya si lo hacen– las inagotables posibilidades técnicas y económicas del mundo globalizado, pero no sólo de eso, sino también, de novedosas y desafiantes modalidades especiales de autoría y coparticipación criminal, de la exponencial multiplicación y anonimato de las víctimas y de los victimarios y de una expansión geográfica sin precedentes del iter criminal y de la dispersión y refugio transnacional de sus ilegales beneficios económicos.

De allí que, si el orden jurídico penal, en tanto *ordo* –ordenador– aún pretende desempeñar algún rol relevante en las complejas interacciones sociales modernas, no puede permanecer de espaldas a los desafíos de la sociedad globalizada, ni a la dimensión y alcance de sus complejidades y problemas.

Pues como intuían los clásicos –y con lucidez señala ahora Jakobs– el Derecho penal constituye una *tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva*,²⁵ de allí que quepa exigirle al Derecho penal sus mayores esfuerzos por asumir, con seriedad y convencimiento el desafío de estos nuevos y acuciantes problemas sociales.

En consecuencia, como adelantara, si el Derecho penal moderno pretende estar mínimamente a la altura de las circunstancias, no puede sino procurar convertirse, él también, en un Derecho penal globalizado, esto es, en un Derecho penal efectivo transnacionalmente.

Y es precisamente, en la búsqueda de modelos normativos que permitan acercarnos a un Derecho penal efectivo transnacionalmente, donde la ciencia penal –según los reales

²⁵ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2013), 15.

resultados que sea capaz de alcanzar en los próximos años- deberá rendir cuentas sobre su verdadera capacidad de realización y, en definitiva, sobre su propia legitimidad.

Por el momento, en esa búsqueda de un Derecho penal efectivo transnacionalmente, es posible identificar en el Derecho penal comparado, dos grandes modelos o sistemas, sin perjuicio de la existencia de una gran variedad de formas mixtas o combinadas.

1. MODELO DE COOPERACIÓN ENTRE ESTADOS

Por un lado, es cada vez más frecuente hallar sistemas orientados a la cooperación y asistencia entre Estados, a partir de los cuales, las decisiones adoptadas en uno de ellos, resultan aplicables o convocan efectos, en otro Estado.

Este modelo, como es natural, se orienta a dotar de una mayor intensidad y operatividad práctica al esquema clásico de asistencia y colaboración judicial y administrativa, esto es, la cooperación penal internacional.

De allí que, si bien desde una perspectiva meramente teórica, el modelo cooperativo aparenta carecer de originalidad, tampoco es menos cierto que, en no pocas ocasiones, los resultados concretos y prácticos que es capaz de arrojar, no resulten en absoluto desdeñables.

Como es lógico, un modelo jurídico de este tipo, orientado o basado en la cooperación o asistencia entre Estados, exige un fuerte componente de confianza recíproca entre los Estados parte, lo que ciertamente dificulta sus reales posibilidades de éxito por fuera de espacios supraestatales cultural, social e incluso, políticamente homogéneos o afines. De allí que, buena parte de los logros del modelo cooperativo, hayan tenido lugar al interior de la Unión Europea.

Por su parte, y si bien ello ocurre con mayor intensidad en el modelo supranacional, también el sistema de cooperación entre Estados, exige una determinada renuncia o limitación –aunque voluntaria– a la soberanía. Lo que no deja de ser un aspecto de singular importancia, desde el momento que –como enseña Cañardo– es, en las normas penales, donde el atributo de soberanía luce más fuerte.

En los hechos, según el autor:

Esto es así porque son más imperativas que otras variedades de normas. Entendiendo por imperativas las prescripciones acompañadas de un alto grado de coerción incluyendo el uso de la fuerza pública. El Estado soberano es ese repositorio de legítima violencia, y la dimensión coercitiva de un proceso criminal da peso a esta afirmación. Debido a que la coerción organizada es una ca-

racterística que acompaña al derecho criminal es mucho más fácil de identificar en el ejercicio y en la prerrogativa de la soberanía nacional.²⁶

En sentido similar, Sieber ha señalado que: “En el ámbito de los modelos de solución cooperativos cuenta sobre todo la cuestión de en qué medida un Estado que solicita asistencia judicial debe ser apoyado en la persecución de tipos de comportamiento que son impunes en el Estado solicitado.”²⁷ Para concluir, a partir de la constatación de esa dificultad, que: “Aquí existe una colisión entre la efectiva imposición transnacional del Derecho penal y la protección del ciudadano contra una distensión extraterritorial excesiva del Derecho extranjero.” Lo que, ciertamente, está lejos de ser un problema menor.

Con seguridad, sea en mérito a estas dificultades que, por el momento, los avances más significativos al interior del modelo de cooperación se hayan conseguido, fundamentalmente, en relación al reconocimiento y aplicación de penas de multa, órdenes de detención europea y exhortos europeos de obtención de pruebas, siempre –claro está– al interior del espacio europeo.

El modelo de cooperación entre Estados, pues, y aunque en forma acotada, ha logrado algunos avances significativos en la transnacionalidad del Derecho penal, en especial, en lo que hace a la jurisdicción procesal o de aplicación²⁸ y, en la mayoría de los casos, vinculado a las normas del *soft law* penal y no tanto, como sería deseable, respecto al *hard law*.

2. MODELO DE SUPRANACIONALIDAD

Frente al modelo de cooperación entre Estados, se alza otro modelo, verdaderamente más ambicioso en su contenido, y que, en los últimos años, parece concitar un grado cada vez mayor de atención, no sólo en el siempre reducido mundo académico, sino también –y quizás ello sea lo más relevante– en el ámbito de la política internacional, y es el modelo de supranacionalidad.

Este enfoque, de un Derecho penal supranacional, se orienta ya no a lograr una cooperación o asistencia entre los Estados, sino a procurar, desde el inicio, un ámbito de aplicación territorial de las normas penales, significativamente más extenso y en consecuencia, también, más intenso.

²⁶ Cañardo, Hernando V., *Cuestiones de Derecho Internacional Penal y la Modificación a la Ley Orgánica Española de Jurisdicción Universal* (Buenos Aires, El Dial, 2014).

²⁷ Sieber, Ulrich, *Límites del Derecho penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional*. En *Revista Penal*. N°22, España, 2008, 131.

²⁸ Sobre la diferencia entre los aspectos del concepto de jurisdicción, es decir, la “*jurisdicción para prescribir o legislar y la jurisdicción para cumplir o aplicar la ley*”, en extenso, Cañardo, *Cuestiones*.

El esquema de supranacionalidad del Derecho penal, que aquí se menciona, si bien no resulta asimilable al concepto ni al funcionamiento de la llamada jurisdicción penal universal, tampoco se encuentra enteramente desligado de ella. En los hechos, es posible aventurar que, gran parte de los desafíos que habrá de enfrentar la construcción –y fundamentalmente, la puesta en práctica– de un espacio penal supranacional, no difieren en demasía de aquellos que, desde hace siglos, vienen socavando el éxito de la jurisdicción universal.

Ocurre, como es obvio, que las dificultades vinculadas al ejercicio de la soberanía nacional, que no son menores en un modelo de cooperación, en un esquema supranacional adquieren una relevancia y gravedad mucho más acentuadas. En palabras de Cañardo, “la mayoría de las cuestiones analizadas se relacionan en forma última con la soberanía estatal, y no podemos escapar a este problema, de ninguna forma.”²⁹

De allí que, en un modelo supranacional, las cuestiones más arduas tengan que ver, en última instancia, con la propia concepción del poder político, de las posibilidades de delegación del monopolio estatal y en qué condiciones ella es dable de ser sustentada, sin afectar, la propia legitimidad democrática de las prescripciones penales.

En definitiva, y según lo advierte Sieber,

(...) una solución a estos concretos enfoques exige reflexiones básicas sobre teoría del Estado, sobre el principio democrático, sobre el concepto de Derecho penal y sobre la legitimidad del Derecho penal y el poder directivo jurídico-penal. [Pues, sólo] desde un fundamento de este tipo puede desarrollarse una metanorma que establezca también para casos de colisión qué presupuestos democráticos, del Estado de Derecho y de Derechos Humanos, debe cumplir una norma internacional (creadora o determinadora de Derecho Penal) y cuando debe tener prioridad respecto a determinados derechos de protección nacionales o regionales.³⁰

Ahora bien. La efectiva vigencia de un modelo penal de supranacionalidad exige, además de una clara voluntad política de renuncia a espacios de soberanía –en zonas donde esta parece exigir mayor firmeza–, de un arduo y sofisticado trabajo de armonización del Derecho penal, en sus aspectos sustantivos y procesales que, como es lógico advertir, tampoco resulta una tarea sencilla.

Sin esa asimilación o armonización del Derecho sustantivo y procesal, el modelo de supranacionalidad dirigido a quitar los espacios de impunidad de la moderna criminalidad globalizada, corre el riesgo de contentarse con una mera lógica simbólica ante la opinión pú-

²⁹ Cañardo, *Cuestiones*.

³⁰ Sieber, Ulrich, *Límites*.

blica y, lo que es aún más grave, de incrementarlos a partir de la confusión jurídica provocada por la compleja yuxtaposición de normas y jurisdicciones competentes.

En esa medida pues, los avances que se pretendan realizar en la construcción de espacios de supranacionalidad penal, no deberían pasar por alto este riesgo.

3. DESAFÍOS PARA UN DERECHO PENAL GLOBALIZADO

La enunciación de estas dificultades permite apreciar el extenso elenco de cuestiones –verdaderamente complejas– que yacen al interior del proceso de búsqueda de un Derecho penal efectivo trasnacionalmente, ya sea, a partir de la acentuación del modelo de cooperación entre Estados o, en lo que es una aventura más ambiciosa, mediante la creación de espacios de supranacionalidad penal. Sin embargo, la existencia de estos obstáculos, que ciertamente no son menores, en poco atempera la necesidad –ni la urgencia– de que el Derecho penal se vuelva, al menos, mínimamente operativo trasnacionalmente.

a) La obligatoriedad de las normas internacionales

A ello debe agregarse, como dificultad intrínseca a las normas internacionales, la circunstancia que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos nacionales o internos de los países, el Derecho internacional público, ofrece una singular problemática en relación a su efectivo cumplimiento por parte de los sujetos a los que está principalmente dirigido, esto es, a los Estados.

Y es así que el estudio del Derecho internacional público –y en consecuencia, también del Derecho internacional penal– no puede soslayar el peso específico y la real capacidad de poder de los sujetos a los que está dirigido.

De allí que no luzca ocioso, en la propia construcción de espacios de supranacionalidad penal, el interrogarse si efectivamente las normas internacionales que le dan cima, resultan normas jurídicas coercitivas (en el sentido del derecho común) o si por el contrario, se trata de meras reglas de comportamiento sustentadas en mutuas promesas estatales de actuación, pero a las cuales los Estados –fácticamente– no quedan sujetos; o al menos, no en el mismo sentido que los particulares frente a sus respectivos derechos internos.

En esa dirección, el hecho de que el Derecho internacional público no sea Derecho *puesto* sino *acordado*, complejiza aún más, la ya ardua tarea de concreción de un Derecho penal supranacional. Más aún, si se advierten las falencias históricas en el grado de cumplimiento internacional de tales compromisos.

b) La legitimidad de las normas internacionales

En este sentido, una visión realista de las normas internacionales, o si se quiere, menos ingenua de las reglas jurídicas internacionales, no puede circunscribirse a su mero análisis exegético, sino a contrastar sus condiciones de legitimidad; esto es, no sólo al origen formal o a la fuente que le ha dado vida, sino también y principalmente, a su aptitud de ser percibida por los propios Estados como obligatoria.³¹

La legitimidad de las normas internacionales, según la doctrina más relevante, como cualidad demostrativa de su real capacidad de cumplimiento y está conformada por diversos aspectos, tales como el pedigré, la adhesión, la coherencia y la determinación.

En consecuencia, la mayor o menor legitimidad de una norma de Derecho internacional alienta –o disminuye– sus posibilidades reales de cumplimiento por parte de los sujetos a los que está dirigida; por ello, un Derecho comprometido con la realidad, no debería desatender tampoco este aspecto.

En ese sentido, según expresa Thomas: “...the concept of legitimacy can prove illuminating for international law scholarship and practice. It does not require lawyers to abandon the tools of their trade, but rather calls for reflection on how such tools are to be used.”³²

En mérito a ello, parece necesario –como ha propugnado Cañardo– que exista, en aras de facilitar un Derecho penal efectivo transnacionalmente, “un renacimiento del interés que toda la comunidad tiene en la observancia o cumplimiento de la ley (...) Aceptar esto requiere cambiar las concepciones del poder soberano y en la actualidad, es esto más difícil aún que después de la Segunda Guerra Mundial, a pesar de la cantidad de Instrumentos y Tribunales sobre la materia”.³³

Pues, en definitiva, como señala el mismo autor, “la existencia de la jurisdicción universal, así como de las Cortes; ya sean ad hoc, Internacionales, o híbridas son solo una solución parcial. Es necesaria una transformación para lograr resultados concretos requiriéndose

³¹ Acerca de la legitimidad de las normas internacionales, como cualidad demostrativa de su real capacidad de cumplimiento y los diversos aspectos que la integran, tales como el pedigré, la adhesión, la coherencia y la determinación: Georgiev, Dencho, *Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law*, European Journal of International Law (EJIL), 1993, 1-14; Besson, Samantha, *The Authority of International Law – Lifting the State Veil*, Sydney Law Review, Vol.31, 2009; Franck, Thomas M., *Legitimacy in the International System*, The American Journal of International Law, Vol.82, 1988; Bodansky, Daniel, *Legitimacy in International Law and International Relations*, International Law/International Relations: A Stocktaking (Jeffrey Dunoff & Mark Pollack eds. Cambridge University Press, 2012) 321-341; Thomas, C.A., *The Concept of Legitimacy and International Law*, LSE, Law, Society and Economic Working Papers, 12/2013.

³² Thomas, C.A., *The Concept of Legitimacy and International Law*, LSE, Law, Society and Economic Working Papers, 12/2013, p.5.

³³ Cañardo, *Cuestiones*.

una gradual reorientación de las elites nacionales hacia la aceptación imparcial de *standards* legales comunitarios efectivos.”³⁴

En puridad, se observa una preeminencia de la importancia de aspectos más relacionados con la dimensión política que los meramente jurídicos.

IV.

CONCLUSIONES

En conclusión, el verdadero desafío de la ciencia penal de nuestros días, no reside en la práctica sofisticada de una crítica exegética a las normativas vigentes o proyectadas, por más inteligente que esta sea, pues ello, en el actual estado de situación, es una manera, quizás elegante pero de seguro inútil, de abonar un *status quo*, que en una democracia constitucional moderna, ya no puede tener cabida.

Las transformaciones sociales que han tenido lugar en las últimas décadas, exigen la creación y el desarrollo de un Derecho penal del riesgo y globalizado, que esté a la altura de los desafíos cotidianos, pues de ello depende, en buena medida, la propia legitimidad democrática del sistema penal nacional e internacional.

En otras palabras, el Derecho penal moderno, propio de una democracia constitucional, no es aquél que se contenta y satisface con atrapar, una y otra vez, a los perdedores de siempre –a los que, claro que no debe dejar de atrapar– sino también, y fundamentalmente, el que intenta estar a la altura de los desafíos modernos, que no son otros, que los propios de la sociedad del riesgo y globalizada en que vivimos y en la que, el Derecho penal está llamado a asegurar la convivencia.

Hace ya algunos años, Bertrand de Jouvenel, sentenció: El Derecho ha perdido su alma y se ha convertido en una jungla.

Pues bien. El desafío de la ciencia jurídica, y del Derecho penal internacional, en los próximos años, no es otro que ensayar caminos para desandar esta jungla y devolverle el alma al Derecho.

Para citar este artículo: Spangenberg, Mario, El Derecho penal del riesgo globalizado. Desafíos para un Derecho penal legítimo y transnacionalmente efectivo. *Revista de Derecho*, 15 (I, 2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 257-276.

³⁴ Cañardo, *Cuestiones*.

BIBLIOGRAFÍA

- Albrecht, Peter, *El derecho penal en la intervención de la política populista*. En *La insostenible situación del Derecho penal* (Granada, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000): 471-487.
- Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2013).
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas* (Salamanca, Alianza, 1998).
- Beck, Ulrich, Giddens, Anthony y Lash, Scott, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno* (Madrid, Alianza, 2008).
- Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Barcelona, Paidós, 1998).
- Besson, Samantha, “The Authority of International Law – Lifting the State Veil”, *Sydney Law Review* Vol. 31(2009): 343-380.
- Bodansky, Daniel, *Legitimacy in International Law and International Relations*, International Law/International Relations: A Stocktaking (Jeffrey Dunoff & Mark Pollack eds. Cambridge University Press, 2012) 321-341.
- Cancio, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Gunther Jakobs - Manuel Cancio (Buenos Aires, Hammurabi, 2007).
- Cañardo, Hernando V., “Cuestiones de Derecho Internacional Penal y la Modificación a la Ley Orgánica Española de Jurisdicción Universal”, *El Dial* (Buenos Aires, 2014): http://www.eldial.com/nuevo/tcd-detalle.asp?base=50&vengode=suple&fecha_publicar=27/04/2017&suple=Constitucional&id=7732
- Diez, José, *La política criminal en la encrucijada* (Buenos Aires, B de F, 2007).
- Fernández, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito* (Buenos Aires, BdeF, 2004).
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, Trotta, 1995).
- Franck, Thomas M., “Legitimacy in the International System”, *The American Journal of International Law* Vol.82, N°4 (1988): 705-759.
- Georgiev, Dencho, “Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law”, *European Journal of International Law* (EJIL) (1993): 1-14.
- Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal* (Bogotá, Temis, 1999).
- Herzog, Felix, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo – Perspectivas más allá del Derecho Penal-”, en Luis Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo* (Cuenca, Universidad Castilla – La Mancha, 2003): 249-258.

- Hobbes, Thomas, *De Cive* (Madrid, Alianza, 2000).
- Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Buenos Aires, FCE, 2009).
- Jakobs, Gunther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2013).
- Jouvenel, Bertrand de, *Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento* (Madrid, Unión, 1998).
- Mir, Santiago y Corcoy, Mirentxu (Dir.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina* (Buenos Aires, BdeF, 2009).
- Mir, Santiago y Queralt, Joan (Dir.), *La seguridad pública ante el Derecho penal* (Buenos Aires, BdeF, 2010).
- Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (México DF, Porrúa, 1997).
- Prittwitz, Cornelius, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, en Luis Arroyo, Ulfrid Neumann y Adán Nieto (Coord.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo* (Cuenca, Universidad Castilla – La Mancha, 2003): 259-287.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I (Madrid, Civitas, 1997).
- Sánchez, María, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999).
- Schünemann, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1998).
- Schünemann, Bernd, *El Sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales* (Buenos Aires, BdeF, 2012).
- Sieber, Ulrich, “Límites del Derecho penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional”, *Revista Penal* N°22 (2008), España: 125-159.
- Silva, Jesús, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (Buenos Aires, BdeF, 2012).
- Silva, Jesús, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (Buenos Aires, BdeF, 2011).
- Thomas, C.A., “The Concept of Legitimacy and International Law”, *LSE, Law, Society and Economic Working Papers*, 12/2013. https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-12_Thomas.pdf
- Zagrebelky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid, Trotta, 2011)

JULIO ESTEBAN LALANNE,
Si Dios no existe, ¿todo está permitido?
(Santiago de Chile, Centro de Estudios Tomistas,
RIL Editores, 2016), 582 p.
ISBN 9789560103093

“*Si Dios no existe, todo está permitido*”, sostiene Iván Karamazov en la conocida obra de Dostoyevski, *Los hermanos Karamazov*. Este condicional ha sido usado como *endoxon* de la investigación que recorre el libro. El mismo autor lo explica “la célebre frase del novelista ruso se ha convertido en lo que, en terminología aristotélica, se denomina un *endoxon*, es decir, un lugar común que viene a expresar una opinión generalmente aceptada y en principio verosímil, en este caso, respecto del problema de la vinculación de Dios con la ética” (19). Solo que lo ha hecho con una ligera modificación -ligera, aunque no menor- que le da forma interrogativa. La respuesta, como muestra la obra, es crucial para toda la filosofía teórica y práctica; los principios de la política, del derecho, de la ética, de la educación penden de ella. Esta pregunta, que pareciera simplemente retórica, marca un camino de investigación acerca de los fundamentos últimos del orden moral y de todo el orden práctico en general; pero incluye también el orden teórico, gnoseológico y psicológico, debido a que no queda excluida la cuestión de la dependencia o no del conocimiento de la ley natural y su accesibilidad respecto de su Fundamento Último. Cabe destacar que el autor asume, siguiendo la más genuina tradición clásica, un tópico que afecta radicalmente nuestra época. La sentencia de Iván Karamazov, ampliamente difundida por muchos sectores de la filosofía contemporánea, pone de manifiesto la actualidad del problema y la urgencia de dar una respuesta. La llamada filosofía posmoderna asume explícitamente este tópico como propio –cfr. la *Tercera Parte* de la obra: *La Posmodernidad y la muerte de Dios*–; J.P. Sartre la usa emblemáticamente en *El existencialismo es un humanismo*. Pero también otras corrientes del pensamiento contemporáneo la asumen más o menos implícitamente, afirmando o negando la condición, concluyen las consecuencias prácticas.

El problema podría plantearse en los siguientes términos: el orden práctico, el orden de la conducta humana en toda su amplitud, depende de un fundamento metafísico o no; en el caso de que dependiera ¿en qué nivel teórico o práctico depende del mismo: como prin-

cipio teórico de argumentación, para darle fundamento a los principios del orden práctico a los cuales se arriba a través de la experiencia y la inducción, para el conocimiento de lo que está permitido o no –es decir, el contenido de la ley natural, desde sus normas más generales, vg. hacer el bien y evitar el mal, hasta sus formulaciones más concretas-, para poder obrar efectivamente de acuerdo a la ley natural?

El trabajo del Dr. Julio E. Lalanne tiene el mérito de plantear adecuadamente la pregunta y, a través de un importante recorrido histórico, recurrir a la tradición para intentar una respuesta adecuada. La obra tiene la originalidad de ir *ajustando* la pregunta, que parte del *endoxon* literario, a medida que avanza la investigación hasta llegar a su correcta formulación. El autor se ocupa de fijar con exactitud los términos de la cuestión, delimitando el objeto y formulando el problema con precisión. El valor de la corrección del planteo se pone de manifiesto en los resultados. Como expresa muy bien el mismo autor “una respuesta adecuada es correlativa de una pregunta correctamente planteada”(23) La tradición aristotélica será el marco teórico de la obra y de allí vendrá también el aporte metodológico.

Para alcanzar estos objetivos, el libro comienza con una *Introducción* donde presenta el tema y hace un primer esbozo de los problemas, que irá reformulando a lo largo de la obra hasta alcanzar una correcta precisión. El cuerpo de la obra se compone de tres partes. En ellas Lalanne se propone “abarcando toda la historia de la cultura de occidente”(44), para exponer las ideas centrales que han sellado cada época, a través de sus autores o escuelas o corrientes filosóficas, haciendo hincapié en los temas del orden moral y su vinculación con su Fundamento Último. Es indefectible, a la hora de exponer el pensamiento de tantos siglos, hacer una periodización que, como afirma el propio autor, es algo esquemática. Pero, sin perder de vista lo que se deja de lado, sirve a los fines de la obra. La periodización se ha hecho en tres etapas que coinciden con las tres partes que conforman el cuerpo del libro.

La *Primera Parte* está dedicada al *Teísmo Clásico*; en estos primeros siete capítulos se exponen los principales autores e ideas que fundaron el pensamiento occidental, desde el S. VI a.C. hasta el S. XIV. Damos por supuesto que el autor consideró este período más conocido por el público al que dedicó originariamente la obra (el libro es fruto de su Tesis Doctoral, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina), dada la cantidad de capítulos que le ofrece en consideración a los siglos expuestos. La *Segunda Parte* abarca desde el capítulo VIII hasta el XV inclusive y expone lo que el autor denomina *La secularización de la moral*. Esta etapa “va desde los albores de la Modernidad (siglos XIV y XV) hasta el inicio de la Edad Contemporánea y, más concretamente, hasta la Ilustración (siglo XVIII)” (44). El autor pone de relieve, con buena apoyatura en las referencias bi-

bliográficas que respaldan lo que sostiene, el giro que va dando la moral en la medida en que su fundamento último se pone en la universalidad de la razón humana (293). Llama *proceso de secularización* a la explícita y progresiva independencia de la moral respecto de la religión. Sin embargo, sostiene, “no se deja de lado subrepticamente y de golpe todo el inmenso aporte de siglos de Cristianismo, sino que se le intenta dar al orden axionormativo un cimiento teórico puramente humano –concretamente, racional– e inmanente.” (303) De este modo, el autor llega a la conclusión que “La modernidad ilustrada trae aparejada una inflexión en la historia de la ética, una verdadera «inversión copernicana» en la esfera moral, análoga a la que tuvo lugar en toda la filosofía: de una ética fundada en la trascendencia pasamos a una ética *inmanente y laica*; de una ética heterónoma a una *autónoma*; de una ética material de bienes y fines a una ética *formal*.” (373). La *Tercera Parte* está consagrada a *La Posmodernidad y la muerte de Dios*. En los capítulos XVI, XVII; XVIII y XIX se presentan las claras consecuencias del pensamiento Moderno en sus principales herederos –los herederos de Hume, de Nietzsche, de Kant–. El capítulo XX presenta el pensamiento de los llamados neoconservadores, neoaristotélicos y otros críticos de la Modernidad, presentando en este último capítulo el pensamiento de aquellos “que formulan un diagnóstico crítico de las sociedades industriales modernas, a la vez que ofrecen como remedio principal cierto retorno a la religión o bien a situaciones ético-sociales premodernas” (493). La obra finaliza con las *Conclusiones*, a donde arriba toda esta rica y vasta tarea de investigación y el autor organiza y sintetiza los aspectos *perennes* de su obra.

A su vez, cabe destacar que el recurso al método histórico-dialéctico ofrece dos ventajas considerables. Por un lado, muestra la necesidad de tener a la vista a los grandes pensadores de todos los tiempos a la hora de plantear las principales cuestiones teóricas y/o prácticas; ellos nos allanan el camino. Como expresa elocuentemente santo Tomás de Aquino, “En la búsqueda de la verdad uno es ayudado por los demás de dos modos: Una ayuda directa la recibimos de aquéllos que ya han encontrado un aspecto de la verdad: tales hallazgos quedan sintetizados en su unidad y totalidad para un conocimiento integral de la verdad. Indirectamente los pensadores siguientes son ayudados por los anteriores en que los errores de los primeros dan ocasión a los últimos para esclarecer la verdad en un serio trabajo intelectual.” (*Sententia libri Metaphysicae*, Liber 2, I, 15). Por otro lado, en esta obra en particular, pone de manifiesto que en Occidente los momentos de desintegración de los fundamentos de la cultura traen aparejados una decadencia moral y, en los casos más extremos –como es el de la crisis de la polis griega o, sin ir más lejos, el de nuestra cultura contemporánea–, el relativismo gnoseológico, el escepticismo, el agnosticismo y el ateísmo, incluyendo la nega-

ción de la ley natural y los límites positivos y propios de la naturaleza humana. El itinerario histórico en esta obra es usado metodológicamente; si todo conocimiento comienza por la experiencia, para poder alcanzar el grado de certeza que requiere el tema y el problema planteados, el recurso a la experiencia es fundamental. En este caso, el método histórico hace las veces de experiencia permitiendo alcanzar los más altos resultados teóricos, depurados de apreciaciones personales, opiniones infundadas, generalizaciones apresuradas. El recorrido histórico sigue un lineamiento bien definido; la pregunta alcanza una adecuada formulación y se logra una primera respuesta.

En síntesis, las tres primeras partes de la obra constituyen el desarrollo de la indagación histórico-dialéctica, a modo de *via inventionis*, en una ardua tarea de búsqueda y descubrimiento. En las conclusiones se arriba a la elaboración y respuesta sistemática de las cuestiones planteadas. A esto se debe que el autor presente el tema como *eterno y actual*, una preocupación persistente, puesto que opera como centro de gravedad de la totalidad de la vida humana. El tema de Dios es central a la vida del hombre: la vida social, política, jurídica, moral, se ve afectada por la claridad con la cual una cultura acepta o rechaza el Fundamento Último; pero también el hombre en su individualidad reclama sentido y un sentido último que sólo puede darlo Dios. En definitiva, es una cuestión central de las ciencias prácticas y también de las teóricas, especialmente la Psicología, la Gnoseología y por supuesto la Metafísica. Por lo cual, cabe mencionar que la respuesta de este itinerario es principalmente *transhistórica*, pertenece a ese ámbito que se suele denominar *philosophia perennis*. Lalanne expresa la particular importancia de poner a la vista los fundamentos del orden ético-jurídico, puesto que “las realidades morales tienen su fundamento en ciertos presupuestos metafísicos y gnoseológicos que sirven de sostén teórico de todo el cuerpo de verdades morales” (29). A tal punto que “parecería que sin Dios es imposible la moral” (30).

El autor tiene el mérito de exponer con fidelidad el pensamiento de muy diversos autores, lo que muestra que no sólo ha meditado las premisas de su propia tesis, sino también las de otros pensadores, haciendo uso de una copiosa bibliografía y una esmerada selección de las fuentes, las ediciones y traducciones utilizadas. La selección de los autores es lo suficientemente vasta como para asegurar el arribo a conclusiones que no son arbitrarias, sino que se apoyan en las evidencias aportadas por los hechos históricos y las mismas conclusiones a las que llegan los más diversos filósofos que penden de sus propias premisas. De este modo, pone de manifiesto que los débiles fundamentos metafísicos propuestos o la ausencia de los mismos en algunas corrientes o épocas históricas no son suficientes para sostener el orden moral; cuando se sustituye el verdadero Fundamento por otro relativista, débil, subjetivista

—como la propia libertad humana, la voluntad de la mayoría, el consenso, etc.—, necesariamente la Ética aparece revestida de las mismas notas de las premisas propuestas y nos encontramos con una ética relativista, subjetivista y, en última instancia, nihilista. Asimismo, deja a la vista con buena argumentación que ónticamente Dios es el fundamento último del orden moral y jurídico; a su vez, la Ciencia en algún momento, también las ciencias prácticas deben arribar a este Fundamento, si quieren arribar a sus más altas conclusiones teóricas y dar prueba de sus aserciones. Por otra parte, para obrar, el hombre no necesita explícitamente conocer a Dios y a Dios como fundamento de la moral; hay un fundamento próximo que, si bien no prescinde del Último, sin embargo en su ejercicio para conocer y aplicar las normas más generales de la moral y aspectos más evidentes de la ley natural, no hace falta el conocimiento explícito de Dios. Empero, parte de la ley natural exige al hombre en conciencia la búsqueda de su fin último, y ese fin último es Dios.

Lic. M. Giselle Flachsland*

*Universidad Católica de la Plata

Normas de publicación

Revista de Derecho es una publicación de carácter semestral arbitrada —que publica sus respectivos volúmenes digitales e impresos en julio y diciembre— de la Facultad de Derecho, de la Universidad Católica del Uruguay. Se encuentra indexada en SciELO, Latindex (catálogo) y en EBSCO.

Tiene como objetivo la difusión de trabajos científicos sobre temas de derecho y afines, así como otros de interés para especialistas, investigadores y estudiantes de posgrado. Todos los trabajos deben ser originales e inéditos, pudiendo ser artículos, notas y comentarios de jurisprudencia.

LINEAMIENTOS GENERALES

1. El autor da fe de que el contenido que envía es original y no ha sido publicado en otra revista o libro, ni se encuentra sometido a evaluación para otra publicación. El contenido no está sujeto a otros derechos por ninguna publicación ni está en vías de publicación. El hecho de que los trabajos hayan sido comunicados a sociedades científicas no es un obstáculo para su publicación.
2. El autor no tiene ningún conflicto de intereses que declarar relacionado con el manuscrito.
3. En caso de ser aceptado el manuscrito, el autor concuerda en ceder los derechos de autor a la *Revista de Derecho*, para ser reproducidos, publicados, editados, fijados, comunicados y transmitidos públicamente en cualquier forma o medio, así como su distribución en el número de ejemplares que se requieran y su comunicación pública, en cada una de sus modalidades, incluida su puesta a disposición del público a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, para fines exclusivamente científicos, culturales, de difusión y sin fines de lucro, permaneciendo el autor como responsable de los contenidos y opiniones allí vertidos.
4. El autor concuerda en ceder los derechos de reproducción del artículo según la licencia *Creative Commons BY*, sistema de acceso abierto.
5. El autor acepta que su artículo sea sometido a un proceso editorial, cuyo primer paso es la evaluación preliminar por parte del Comité editorial, el que determina la pertinencia de su publicación (requisitos temáticos y formales). El segundo paso es la revisión por dos pares académicos, conforme al sistema de “doble ciego”, a quienes corresponde determinar: a) publicar sin cambios, b) publicar cuando se hayan producido correcciones menores, c) publicar una vez que se haya efectuado una revisión a fondo o d) rechazar. En caso de discrepancia entre ambos, el texto será enviado a un tercer árbitro, cuya decisión definirá su publicación. Los resultados del proceso del dictamen académico serán inapelables en todos los casos.

ENVÍOS

Las contribuciones propuestas pueden enviarse todo el año a: Dra. Marta Hanna de Rosa, mhanna@ucu.edu.uy, con copia a publicacionesdederecho@ucu.edu.uy.

La editora acusará recibo de los trabajos recibidos y oportunamente notificará su aceptación, propuesta de modificaciones o rechazo. El proceso de revisión de un trabajo insume un tiempo mínimo de tres meses, que pueden extenderse si el artículo fue presentado después de la fecha de cierre correspondiente a cada número. Los autores deben tener en cuenta este plazo, a la hora en que envían sus trabajos.

Aceptado un artículo para la publicación, los Editores se reservan el derecho de decidir en qué volumen y número será publicado.

FORMATO DE PRESENTACIÓN

1. Los trabajos deberán seguir en todas sus secciones los lineamientos del Manual *de Estilo de Publicaciones de Chicago- Deusto para Humanidades*, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>
2. Cada trabajo será acompañado por un **CV breve del autor/res**, que indique solo la filiación académica, área de especialización/investigación y correo electrónico.
3. Se aceptarán artículos, notas y comentarios de jurisprudencia, en español, inglés, portugués, italiano y francés. En todos los casos, el autor deberá presentar su trabajo con **título, resumen** (de no más de 150 palabras) y 3 o 4 **palabras-clave** sugeridas **en español e inglés**, además del idioma original.
4. El título no debe exceder los 40 caracteres, incluso si tiene subtítulo.
5. Toda contribución deberá estar en formato digital (Word o similar), tamaño A4, márgenes: superior e inferior: 2,5 cm izquierdo y derecho: 3 cm, en fuente Times New Roman tamaño 12 e interlineado de 1,5, alineación justificada y sangría en primera línea de 0,7 cm.
6. Las notas al pie, en el estilo indicado, deben ir en Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo y sin sangría.
7. Las citas que excedan las cinco líneas, irán en formato “Cita”, en párrafo aparte, sin comillas ni cursivas, en Times New Roman, 11, interlineado sencillo, espacio posterior 6, tabulación izquierda 1,1 y sangría de 1| línea 0,7.
8. Los **artículos** deberán tener una extensión mínima de 10 carillas y máxima de 30 (o 10.000 palabras), incluida la **bibliografía final**. Cuando se exceda este número, el autor lo planteará al Editor, fundando las razones del pedido. Las **notas** tendrán una extensión mínima de 5 carillas y máxima de 10; pueden ser la reseña de un libro, siempre que éste sea de reciente aparición. Los **comentarios de sentencia** podrán tener un máximo de 20 páginas y deberán ser acompañados por el texto de la respectiva sentencia, en el mismo formato pedido para los artículos.
9. Los artículos tendrán subtítulos que el autor recogerá en un índice o tabla de contenidos, al principio. Se sugiere que la estructura comprenda: Introducción, desarrollo del tema, Conclusiones y Referencias bibliográficas.

PUBLICATION STANDARDS

Revista de Derecho is a refereed biannual character publication - published their digital and printed volumes in July and December-the Faculty of law of the Catholic University of Uruguay. It is indexed in SciELO, Latindex (catalog) and EBSCO. It has as objective the dissemination of scientific works on law and related issues, as well as others of interest to specialists, researchers and graduate students. All the works must be original and unpublished, can be articles, notes and reviews of jurisprudence.

General Guidelines

1. The author attests that content that sends is original and has not been published in another journal or book, or is subject to assessment for another publication. The content is not subject to other rights by any publication or is in the process of publication. He made of that them works have been communicated to societies scientific not is an obstacle for its publication.
2. The author does not has any conflict of interest that declare related with the manuscript.
3. In case of acceptance the manuscript, the author agrees to transfer copyright to the journal of law, to be reproduced, published, edited, set, communicated and publicly transmitted in any form or medium, as well as their distribution in the number of copies required and their communication to the public, in each of its forms, including making it available to the public through electronic means optical or any other technology, for broadcasting purposes exclusively scientific, cultural, and non-profit, staying the author responsible for the contents and opinions there poured.
4. The author agrees to cede the rights of reproduction of the article under the license Creative Commons BY, open access system.
5. The author accepts that his article is subjected to an editorial process, whose first step is preliminary evaluation by the editorial board, which determines the relevance of its publication (thematic and formal requirements). The second step is the review by two academic peers, in accordance with the system of "double-blind", who is to determine: a) publish unchanged, b) publish when minor bugfixes, c) publish once you have made an in-depth review or reject d) have occurred. In case of discrepancy between both, the text will be sent to

a third arbitrator, whose decision will define your publication. The results of the process of the opinion academic will be final in all those cases

How to send your work

All contributions can be sent throughout the year to: Dr. Marta Hanna de Rosa, mhanna@ucu.edu.uy, with a copy to publicacionesdederecho@ucu.edu.uy.

The editor will acknowledge receipt of the work received and will promptly notify its acceptance, modification or rejection proposal. Review of a work process takes a minimum period of three months, which can be extended if the article was submitted after the deadline corresponding to each number. The authors should take into account this term, at the time they sent their work. Accepted an article for publication, the editors reserve the right to decide in what volume and number will be issued.

Presentation format

1. Works should follow guidelines in the Manual of style of publications of Chicago - Deusto for Humanities in all their sections, available at <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>
2. Each work will be accompanied by a brief CV of author/res, indicating only the academic affiliation, areas of specialization/research and email.
3. Articles, notes, and reviews of jurisprudence, in Spanish, English, Portuguese, Italian and French will be accepted. In all cases, the author must present their work with title, abstract (of no more than 150 words) and 3 or 4 keywords in Spanish and English, in addition to the original language.
4. The title must not exceed 40 characters, even if you have subtitles.
5. All contributions must be in digital format (Word or similar), size A4, margins: top and bottom: 2.5 cm; left and right: 3 cm, font Times New Roman size 12 and line spacing of 1.5, justified alignment and indentation in front of 0.7 cm.
6. The notes to the foot, in the style indicated, should go in Times New Roman, size 12, line-spacing simple and without bleeding.
7. The appointments that exceed them five lines, will be in format "cites", in paragraph apart, without quotes or italics, in Times New Roman, 11, leading simple, space rear 6, tab left 1.1 and bleeding of 1 | line 0.7.
8. Articles must have a minimal extension of 10 veneers and maximum of 30 (or 10,000 words), including the final bibliography. When this number is exceeded,

the author will pose to the Editor, founding the reasons for the order. The notes will have a minimal extension of 5 veneers and maximum of 10; they can be a book review, provided that this is emerging. Them reviews of sentence may have a maximum of 20 pages and must be accompanied by the text of the respective sentence, in the same format asked for those articles.

9. Those articles will have subtitles that the author will collect in an index or table of contents, to the principle. Suggests that the structure to include: introduction, development of the topic, conclusions and references.

