

# **Revista de Derecho**

Publicación arbitrada de la  
Universidad Católica del Uruguay



# REVISTA DE DERECHO

PUBLICACIÓN ARBITRADA

DE LA

UNIVERSIDAD CATÓLICA

DEL URUGUAY

05

ISSN 1510-3714

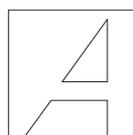
DICIEMBRE 2010

## CONSEJO DE REDACCIÓN

*Juan Carlos Peirano*  
*Martín Risso Ferrand*  
*Eugenio Xavier de Mello*

## SECRETARIA DE REDACCIÓN

*Gabriela Aguirre Grompone*



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Montevideo

De esta edición:

© 2010 UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY  
8 de Octubre 2738 - CP 11600, Montevideo  
Teléfono 2487 2717 - Fax 2487 0323  
Internet: <http://www.ucu.edu.uy> - Correo electrónico: [secinfor@ucu.edu.uy](mailto:secinfor@ucu.edu.uy)

© 2010 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.  
Klingelhöferstr. 23  
D-10785 Berlin  
República Federal de Alemania  
Telefax: (#49-30) 269 96 0

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY  
Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804  
11100, Montevideo Uruguay  
Tel.: 2902 0943/ -3974 - Fax: 2908 6781  
e-mail: [ius@kasuy.org](mailto:ius@kasuy.org)  
[www.kas.de](http://www.kas.de)

**Diseño de tapa:** Taller de Comunicación

**Corrección:** M. Dutto

Paginado, impreso y encuadernado en Mastergraf s.r.l.  
Gral. Pagola 1823 - Tel. 2203 47 60\*  
11800 Montevideo, Uruguay  
e-mail: [mastergraf@netgate.com.uy](mailto:mastergraf@netgate.com.uy)

Depósito legal 354.675 - Comisión del Papel  
Edición amparada por el Decreto 218/96

ISSN 1510-3714

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Periodicidad anual  
Publicación incorporada a la base de datos Ebsco y al Catálogo de Latindex.  
Sitio web <http://revistadederecho.ucu.edu.uy>

Por correspondencia y envío de material dirigirse a:  
Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Av. 8 de Octubre 2738,  
CP 11600,  
Montevideo, Uruguay. Teléfonos 2487 2717\* - Fax 2487 5225.  
E-mail: [fderecho@ucu.edu.uy](mailto:fderecho@ucu.edu.uy)

Biblioteca P. Manuel Gutiérrez Semprún S. J.  
Por canje dirigirse a [canje@ucu.edu.uy](mailto:canje@ucu.edu.uy) o envío de correspondencia a Biblioteca - Canje  
Universidad Católica del Uruguay  
8 de Octubre 2738  
Montevideo, 11 600, Uruguay

Todos los derechos reservados.

## AUTORIDADES INSTITUCIONALES

---

**MONS. DR. NICOLÁS COTUGNO FANIZZI SDB**  
*GRAN CANCELLER*

**P. JUAN JOSÉ MOSCA SJ**  
*Vice Gran Canciller*

**P. EDUARDO CASAROTTI SJ**  
*Rector*

**DR. ARIEL CUADRO**  
*Vicerrector Académico*

**CR. AUGUSTO BAYLEY**  
*Vicerrector Administrativo*

**P. MARCELO COPPETTI SJ**  
*Vicerrectora del Medio Universitario*

**DRA. SANDRA SEGREDO**  
*Secretaria General de la Universidad Católica del Uruguay*

## FACULTAD DE DERECHO

---

**DR. MARTÍN RISSO FERRAND**  
*Decano*

**DRA. MARÍA JOSÉ BRIZ**  
*Secretaria Académica*

**DRA. GABRIELA AGUIRRE GROMPONE**  
*Coordinadora de Investigaciones y Publicaciones*

**DRA. NATALIA LARROSA**  
*Coordinadora de Actividades Extracurriculares*

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

**ESC. JULIA SIRI**  
*Coordinadora de Notariado*

**DR. AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ**  
*Director del Departamento de Derecho Administrativo*

**DR. CARLOS DE CORES**  
*Director del Departamento de Derecho Civil*

**DR. EUGENIO XAVIER DE MELLO**  
*Director del Departamento de Derecho Comercial y Bancario*

**DR. DANIEL OCHS**  
*Director Interino del Departamento de Derecho Constitucional*

**DR. RAÚL CERVINI**  
*Director del Departamento de Derecho Penal*

**DR. WALTER GUERRA**  
*Director del Departamento de Derecho Procesal*

## REVISTA DE DERECHO CONSEJO ASESOR NACIONAL

---

Alejandro Abal  
Juan Blengio  
Juan Pablo Cajarville  
Santiago Carnelli  
Horacio Cassinelli Muñoz  
Raúl Cervini  
Carlos de Cores  
Carlos Delpiazzo  
Augusto Durán  
Cecilia Fresnedo  
José María Gamio  
Ronald Herbert  
Ángel Landoni  
Carlos Musetti  
Didier Operti  
Amadeo Ottati  
Siegbert Rippe  
Mabel Rivero  
Óscar Sarlo  
Leslie Van Rompaey  
María Wonsiak

## CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL

---

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

---

# ÍNDICE

## DOCTRINA

---

A VUELTAS CON LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA <i>Grethel Arias Gayoso</i> .....	11
EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA INEXCUSABLE VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA <i>Raúl Cervini</i> .....	27
EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO <i>Augusto Durán Martínez</i> .....	51
DIGNIDAD DE LA PERSONA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS: UNA APROXIMACIÓN DESDE CHILE Y AMÉRICA LATINA <i>Humberto Nogueira Alcalá</i> .....	79
RETÓRICA Y RACIONALIDAD JURÍDICA <i>Gerardo Ribeiro</i> .....	143
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY <i>Martín Riso Ferrand</i> .....	171
TENSIONES ENTRE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS <i>Mabel Rivero de Arhancet</i> .....	193

## INFORMACIÓN

---

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO.....	221
--	-----

---

## INDEX

BACK TO ADMINISTRATIVE DISCRETION <i>Grethel Arias Gayoso</i> .....	11
ENEMY CRIMINAL LAW AND THE UNACCEPTABLE DISREGARD FOR THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY <i>Raúl Cervini</i> .....	27
THE ADMINISTRATIVE PRECEDENT <i>Augusto Durán Martínez</i> .....	51
HUMAN DIGNITY, FUNDAMENTAL RIGHTS AND CONSTITUTIONAL BLOCK OF RIGHTS: AN APPROACH FROM CHILE AND LATIN AMERICA <i>Humberto Nogueira Alcalá</i> .....	79
RETHORIC AND LEGAL RATIONALITY <i>Gerardo Ribeiro</i> .....	143
THOUGHTS ON THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE CASE LAW OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF URUGUAY <i>Martín Riso Ferrand</i> .....	171
CONFLICTS AMONG FORCED SHARES <i>Mabel Rivero de Arhancet</i> .....	193

## INFORMACIÓN

---

REGULATIONS OF REVISTA DE DERECHO (LAW JOURNAL) .....	227
---	-----

# DOCTRINA

---



# A vueltas con la discrecionalidad administrativa\* \*\*

Back to Administrative Discretion

*Grethel Arias Gayoso\*\*\**

**RESUMEN.** La posibilidad más cercana al dominio y posterior control de un fenómeno es conocerlo. La discrecionalidad administrativa constituye uno de los temas inacabados del derecho administrativo; cuando parecen agotarse las discusiones, el tema reaparece con nuevas luces. Para la dinámica de la actividad administrativa constituye un motivo de constante reevaluación en aras de lograr una Administración actuante en forma eficiente. En el presente trabajo se analizan aspectos medulares en torno a la discrecionalidad de la Administración Pública, que son, a nuestro entender, esenciales para conocer el porqué de la existencia de una institución tan polémica y controvertida.

**PALABRAS CLAVE.** Discrecionalidad administrativa. Derecho administrativo. Administración Pública.

**ABSTRACT.** The closest possibility to the domain and subsequent control of a phenomenon is to know it. Administrative discretion is one of the unfinished items of Administrative Law; when discussions seem to cease, the topic re-emerges with new lights. For the dynamics of administrative activity it is a source of constant re-evaluation so as to achieve an efficient acting Administration. This paper briefly discusses major issues surrounding

---

\* Este artículo forma parte de la línea de investigación que sigue la autora en opción al Doctorado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba (Cuba).

\*\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\*\* Profesora de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho en la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba (Cuba).

the discretion of Public Administration, in our view, essential to understanding the answer to the existence of such a contentious and controversial institution.

**KEYWORDS.** Administrative discretion. Administrative Law. Public Administration.

**SUMARIO. I.** La dicotomía *potestad reglada-potestad discrecional*. **II.** Génesis y desarrollo de una institución controversial. **III.** La discrecionalidad administrativa. Planteamiento de su necesidad. **IV.** Los límites de lo discrecional.

## I.

### **LA DICOTOMÍA POTESTAD REGLADA-POTESTAD DISCRECIONAL**

La actividad administrativa se materializa a partir del ejercicio de las potestades conferidas por el ordenamiento jurídico, actividad que puede manifestarse de diversos modos. Así, se puede referir la potestad reglamentaria, la de organización, de planificación, sancionatoria, expropiatoria, reglada, discrecional.<sup>1</sup> Superada en este momento la idea inicial de la Administración Pública como simple ejecutora de los preceptos legales y evidenciada la diversificación de su actividad, se destaca como planteamiento fáctico la imposibilidad del ordenamiento para determinar taxativamente los términos en los que los órganos administrativos han de actuar. En virtud de este criterio son atribuibles a la Administración dos tipos de potestades administrativas: la reglada y la discrecional.

Cuando hacemos referencia a la *potestad reglada* nos adentramos en el campo del *espacio determinado* en el cual la norma jurídica preestablece en forma concreta la conducta que ha de seguir el órgano administrativo en la resolución del asunto, y una vez constatada

---

<sup>1</sup> La enumeración anterior no es exclusiva, ha de recordarse que las potestades dependen del ordenamiento jurídico que las confiere y por tanto a él se deben. En lo que a nuestra investigación compete, nos centraremos en el estudio de la potestad reglada y la discrecional, como instituciones que, si bien podríamos denominar antagónicas en este momento, presentan caracteres definitivos que se irán esclareciendo en el transcurso de estas páginas. Como se ha explicado, las potestades administrativas no son exclusivas de enumeración, pero tampoco en su ejercicio, pues no es erróneo afirmar la posibilidad de su coexistencia; verbigracia, se reconoce dentro de la potestad reglamentaria un importante ámbito de discrecionalidad o en la potestad sancionatoria la prevalencia de elementos reglados, aunque también pueden aparecer elementos de valoración por la Administración.

la presencia del presupuesto de hecho narrado por la norma se anula la posibilidad de apreciación por la Administración y se limita a la aplicación de la consecuencia jurídica también determinada;<sup>2</sup> es lo que podríamos llamar el rasgo fundamental de lo reglado. En este caso, se reafirma la posición del órgano que emite la norma de determinar qué se ha de entender por *interés público* o qué es lo conveniente a un caso concreto, y consecuentemente la Administración no tiene otra alternativa que afirmar la decisión sin que medie criterio valorativo alguno.

En el reverso de esta situación se encuentra la *potestad discrecional*, uno de los capítulos inconclusos del derecho administrativo. Todo lo que se diga en torno a ella despierta grandes pasiones, criterios disímiles y encontrados.

Como se explicó *supra*, en la potestad reglada la norma jurídica predetermina qué es lo que más conviene al interés público, lo establece y la Administración lo aprecia sin margen valorativo alguno. En contraposición, cuando la autoridad creadora de la norma se percata de que puede alcanzar ese interés por una multiplicidad de formas, se limita a delinear el marco legal dentro del cual la autoridad administrativa podrá decidir entre varias alternativas cuál es la que representa de forma más atinada el interés público.

Es en este supuesto que la Administración se despoja de todo papel ejecutor con respecto a la norma para, en la persona del operador jurídico, apreciar la *oportunidad*<sup>3</sup> del acto que dictará. El ejercicio de esta potestad podría parecer que se circunscribe a la decisión entre varias elecciones, pero puede hallarse también en algunos casos en el análisis de la oportunidad para decidir, que la faculta para obrar o abstenerse, según las circunstancias.<sup>4</sup>

La definición de la potestad discrecional de la Administración Pública podemos concebirla desde una perspectiva de disposición semántica. Si desmembramos la estructura gramatical nos queda, en primer término, la idea de la potestad. Por ende, la génesis de nuestra definición es ordinamental, relacionada con la habilitación legal previa para su existencia, traducida en los términos de imposibilidad de ser extralegal y, correlativamente, de respetar

<sup>2</sup> Las posturas en torno a la existencia de la potestad reglada no son tendientes a la contradicción; las características propias de la institución no dan lugar a equívocos. Al respecto puede consultarse: Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho administrativo*, 5.ª ed., Madrid: Civitas, 1994, pp. 161, 345; José BERMEJO VERA, *Derecho administrativo básico*, Parte general, 7.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2007, p. 273; Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, 5.ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. X-14; Carlos Javier MARTÍN SÁNCHEZ, "Aproximación a la discrecionalidad técnica y su aplicación al medio ambiente", en *Boletín Aranzadi Administrativo* n.º 32, 2001, p. 1; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y público general*, tomo I, Madrid: Civitas, 2004, p. 519.

<sup>3</sup> Véase GORDILLO, o. cit. (nota 2), p. X-14; Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, en *El Derecho administrativo iberoamericano. Estudios y comentarios*, Granada: INAP-UIM, España, 2005, p. 234.

<sup>4</sup> Véase Lorenzo MARTÍN RETORTILLO BAQUER, "Poder Ejecutivo, discrecionalidad, legalidad y control", *Estudios de Derecho judicial*, n.º 6, en CD-ROM, 1997, pp. 215-252.

los elementos reglados que concurran en la norma habilitante; todo su ejercicio depende de la densidad con que ha sido regulada.

Prototípico de esta potestad es el ejercicio apreciativo que realiza la Administración entre diversas alternativas o modos de actuación —que pueden estar o no incluidos en la norma jurídica—, los cuales le sirven al órgano administrativo para ampliar su marco de decisión.

Esta actuación tendrá como límite la apreciación, siempre, del interés público y de la finalidad de la norma por la cual fue conferida, pues la Administración no puede desprenderse de su propia naturaleza finalista. Los criterios rectores de la decisión administrativa estarán dados por elementos extrajurídicos, esto es: políticos, económicos, de oportunidad que justificarán en última instancia la elección de una alternativa con respecto a otra.

La discrecionalidad administrativa es, en estos términos, una forma de actuación administrativa previamente conferida por el ordenamiento, en virtud de la cual la Administración apreciará y elegirá entre diferentes alternativas tomando como fundamento de su acción criterios extrajurídicos, debiendo ser consecuente en todo momento con los imperativos de legalidad e interés público.

*Grosso modo*, el *iter* discrecional transita por un primer momento en el que como potestad al fin ha de ser concedida por el ordenamiento jurídico; pero resulta que de este otorgamiento se aprecian características —cobertura de actuación o margen de mayor o menor amplitud para la realización de los objetivos trazados por el legislador— que la distinguen de lo que hemos delimitado como normas que consagran el ejercicio de la potestad reglada. Y en el segundo momento —antecedido por el proceso valorativo de la Administración— se hace patente el ejercicio efectivo de la potestad a partir de la emisión al mundo jurídico de un acto administrativo con características discrecionales.

## II.

### GÉNESIS Y DESARROLLO DE UNA INSTITUCIÓN POLÉMICA

El desarrollo de la potestad discrecional ha estado marcado por el grado en que históricamente se ha perfilado la vinculación de la Administración al ordenamiento, en virtud de una dependencia negativa o positiva. Como señala MARTÍN RETORTILLO, la evolución

de la discrecionalidad ha sido un proceso largo, complejo y zigzagueante,<sup>5</sup> marcado por las influencias de los cambios políticos en la esfera administrativa.

Lo más trascendente en cuanto al desarrollo de esta institución resulta de la influencia que tiene su conceptualización para la ulterior apreciación de otros elementos asociados, tales como los límites de su ejercicio y el control mismo. Por tanto —y a manera de preámbulo de lo que seguidamente se analizará—, en el devenir de la discrecionalidad administrativa podemos establecer dos momentos cruciales: el de plena libertad de la Administración y el de vinculación a la norma como principio para la existencia de la potestad.

*Ab origine* la discrecionalidad se le presenta a la Administración como una libertad plena de actuación,<sup>6</sup> sin sujeción a elementos normativos y consecuentemente sin límites; el reducto de aquel poder omnímodo del monarca encarnó en la noción de la discrecionalidad, y posteriormente se visualiza como la teoría liberadora de determinados actos del devenido poder ejecutivo. En virtud de esta situación inicial, como ha afirmado MARTÍN RETORTILLO, “Esta libertad de disposición implica que se da por buena cualquier solución que la Administración adopte”.<sup>7</sup> En esta primera fase se desarrollan también los conceptos jurídicos indeterminados o *conceptos discrecionales*,<sup>8</sup> entendidos como un acápite de la propia institución.

Esta primera visión del camino evolutivo de la institución coincide esencialmente con el criterio de vinculación negativa de la Administración al ordenamiento. Los cambios acaecidos en torno a la posición jurídica de la Administración, su dependencia parlamentaria y consecuentemente la modificación de la primigenia noción de mera actividad ejecutiva hacen de la discrecionalidad administrativa un fenómeno creciente dentro del sistema jurídico. Sin embargo, no logra desvincularse del poder de la norma jurídica, en la cual encuentra sustento la explicación del proceso evolutivo.

Progresivamente la reconsideración de la discrecionalidad fue ganando espacios, y de la exclusión de la ley y del control no fue quedando más que un capítulo histórico. La

---

<sup>5</sup> Cf. Laureano LÓPEZ RODÓ, “La discrecionalidad de la Administración Pública en la doctrina extranjera”, en *REVISTA* n.º 31, año VI, 1941, pp. 6-10. Anota BULLINGER al respecto: “[...] en la comprensión constitucional de la monarquía constitucional, era un espacio en el que la soberanía del monarca y su administración se mantenía sin restricciones”. Véase Martín BULLINGER: “La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial”, en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 4, 1987, p. 897.

<sup>6</sup> MARTÍN, o. cit. (nota 5), pp. 215-252.

<sup>7</sup> BULLINGER utiliza esta terminología para referirse a los conceptos jurídicos indeterminados, entendidos como conceptos fijados por la ley cuya indeterminación hacía que su interpretación y aplicación no pudiesen ser comprobadas, al menos en su totalidad, por los tribunales. Véase BULLINGER, o. cit. (nota 6), p. 898.

<sup>8</sup> Como afirma Tomás Ramón FERNÁNDEZ “La batalla de la discrecionalidad es así una batalla permanente y permanentemente inconclusa, que, no bien parece ganada, vuelve a recrudescerse de forma inopinada en el momento más inesperado y en la que sólo con la ayuda de la Historia es posible apreciar el sentido general de su evolución”. Tomás Ramón FERNÁNDEZ, “Arbitrariedad y discrecionalidad”, en *Cuadernos*, 1991, p. 20.

discrecionalidad ya no habría de entenderse como el ámbito libre en el cual superviviese la potestad omnímoda del monarca, sino que debía derivarse de una habilitación legal para ello y convertirse de un ámbito de exclusión en un espacio de movilidad limitada a la hora de ejecutar una ley.

No obstante la discrecionalidad siempre ha sido tratada evolutivamente desde estas dos perspectivas, hay que apuntar que no ha sido un proceso uniforme, sino que ha transitado por momentos de álgida discusión doctrinal en cuanto a sus límites y funciones y por períodos en los que el consenso ha imperado.

Aunque las etapas reseñadas constituyen los dos grandes hitos dentro del proceso de desarrollo de la discrecionalidad administrativa, su evolución no se ha detenido,<sup>9</sup> y una fracción de la doctrina *iusadministrativista*, tomando en consideración los elementos reglados que concurren en la potestad discrecional, ha referido su desvanecimiento dentro de lo reglado, argumentando que si la discrecionalidad ha de vincularse exclusivamente en su ejercicio al interés público, entonces su libertad de decisión queda reglada con respecto a este. De esta manera, la discrecionalidad administrativa transitaría de un proceso de apreciación de alternativas igualmente justas a un proceso de constatación objetiva del interés público; según FERNÁNDEZ FARRERES consistiría en “el deber de apreciar y valorar ante cada situación concreta y específica la solución más adecuada y conforme al interés público”.<sup>10</sup>

Queda la discrecionalidad administrativa al mismo nivel de la discrecionalidad interpretativa o judicial —en un plano de interpretación de las normas de una forma más o menos flexible para adecuar la decisión al caso concreto— y no es esta su esencia, sino la posibilidad de elección dentro de un determinado contexto fáctico que la norma no puede determinar, teniendo como elemento final la preservación del interés público, pero que es valoración de alternativas al fin.

---

<sup>9</sup> G. FERNÁNDEZ FERRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, citado por Eva DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Madrid: Aranzadi, 2.ª ed., 1999, p. 70.

<sup>10</sup> En torno a este particular, Davis ha anotado: “Nadie sabe cómo redactar las leyes que tengan respuesta para todos los casos y para todos los hechos, ni siquiera los de mayor envergadura: la mejor manera de encontrar respuestas es dejar que los administradores las busquen a medida que se vayan presentando”. Kenneth Culp DAVIS, citado por Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1995, p. 26.

### III.

## LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. PLANTEAMIENTO DE SU NECESIDAD

La consecución del interés público representa para la Administración Pública el fin de toda su actividad, y la dinamicidad que le imprime a su actuar la interacción con él es clave para la existencia de un actuar administrativo discrecional.

Aun cuando se trata de una institución que a lo largo de su evolución ha ocasionado más de una situación dispar, su existencia constituye un tema capital en la arquitectura del derecho público y una necesidad imperiosa para el desenvolvimiento de la Administración.

En la referencia realizada *supra* a la potestad discrecional, se ha dejado entrever la primera de las causales que justifican su existencia: la imposibilidad normativa para precisar todas y cada una de las situaciones que en el orden práctico se suscitan en el actuar administrativo. La Administración no puede desprenderse por su naturaleza de la función meramente ejecutiva con respecto al ordenamiento, y en virtud de este accionar y de su vínculo con el principio de legalidad precisa que se le otorgue un margen de actuación más o menos amplio que le permita *move* *se* sin quebrantar el ordenamiento y lograr sus fines.<sup>11</sup>

La discrecionalidad existe por una necesidad material lógica de imposibilidad de la norma y de exigencia de la actividad administrativa en su quehacer cotidiano. Esta no se configura como una anomalía dentro del subsistema administrativo, sino como un elemento indispensable para el logro de una Administración que actúe eficientemente.<sup>12</sup> Su función es por tanto coadyuvar al desenvolvimiento de la actividad administrativa, pues de lo contrario debería esperar la Administración por la habilitación legal expresa para cada acción, lo que la haría incurrir en dilaciones indebidas y repercutiría negativamente en la esfera de los administrados, para quienes una acción a destiempo significaría no solo retraso sino también desprotección de sus intereses. Mal comprendida es la demora en el actuar administrativo; por tanto, para que la Administración pueda actuar de forma ágil y eficaz precisa

<sup>11</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA ha apuntado atinadamente: “La Administración Pública no podrá reducirse nunca a un sistema de respuesta fijas, que puedan quizás ser codificadas un día agotadoramente por un ordenador. Lo sustancial de los poderes administrativos son poderes discrecionales, que es verdad que es la Ley que los otorga y los regula, que es verdad que el juez administrativo podrá controlar en cuanto a sus posibles excesos, pero que sustancialmente dejan a los administradores extensos campos de libertad, de cuyo ejercicio podrá derivarse una buena o mala gestión”. Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Administración pública y la ley”, en *REDA*, n.º 108, Madrid: Civitas, 2002, p. 574.

<sup>12</sup> Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ han expuesto: “La necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional”. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, Madrid: Civitas, 2004, p. 463.

de ese margen de libertad relativa para determinar medios e instrumentos necesarios en su quehacer cotidiano. Esa capacidad de movilización en la toma de decisiones es, en buena medida, una garantía de la buena administración (sin que por eso neguemos los riesgos que efectivamente puede incluir).

La discrecionalidad se ha de concebir como un modo normal de actuación en aquellos ámbitos donde se considera trascendente que los órganos administrativos adopten decisiones sobre la base de sus valoraciones y en virtud de las circunstancias objetivas que rodean los casos concretos que se evalúan.

Por lo tanto, el planteamiento no está dirigido a determinar si se precisa o no la discrecionalidad administrativa, porque su necesidad es inevitable.<sup>13</sup> Lo verdaderamente importante consiste en determinar hasta dónde puede llegar el operador jurídico en el ejercicio de esa potestad sin que se convierta en un problema para la Administración y para los administrados como depositarios de la gestión administrativa; para que no se transforme en caballo de Troya<sup>14</sup> dentro del derecho administrativo.

## IV.

### LOS LÍMITES DE LO DISCRECIONAL

A lo largo de toda la evolución y el desarrollo de la sociedad, la idea de imponer límites al poder ha sido un imperativo esencial adjudicado en buena parte al derecho. Limitar los poderes inherentes al Estado no es para nada una idea fuera de contexto; por el contrario, ha servido como fuente de realce a la posición jurídica del ciudadano en su interrelación con el aparato estatal. No le escapa por tanto la Administración Pública, y mucho menos el fenómeno discrecional, tan temido por sus características.

Particularmente en lo referente a la potestad discrecional administrativa, podemos enunciar un conjunto de límites *naturales* o intrínsecos, propios de las particularidades que entraña, y un conjunto de límites *relacionales* o extrínsecos, que son el resultado de su ejercicio e interacción con lo social.

---

<sup>13</sup> Se ha dicho del poder discrecional que es “[...] el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho”. Hans HUBER, citado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *RAP* n.º 38, 1962, p. 167.

<sup>14</sup> Nos dice al respecto Luces Gil: “Las normas legales que otorgan a la Administración la facultad de moverse libremente por una senda más o menos amplia señalan también los linderos de la misma, linderos que en ningún caso le está permitido al agente rebasar”. FRANCISCO LUCES GIL, “La discrecionalidad de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *REVL*, n.º 53, 1950, p. 677.

Entre los límites *naturales* o intrínsecos es imperativo mencionar en primer término la norma jurídica discrecional, lo que se asocia a la explicación ofrecida en la sección anterior en lo referido al principio de legalidad y su trascendencia como presupuesto para la existencia de la potestad discrecional.<sup>15</sup>

De la mano del principio de legalidad se presenta el principio de interés público, fundamento de todo el quehacer administrativo y especialmente del actuar discrecional. Ese elemento de adecuación al fin realza de manera concluyente el elemento teleológico que caracteriza a la rama administrativa y deriva, o bien de la norma jurídica que habilita al ejercicio discrecional, o bien, en última instancia, del ordenamiento en su conjunto, que determina cuáles son los fines públicos a cumplimentar por la Administración.<sup>16</sup> En los casos de la doctrina nacional se entiende extendido a lo señalado por la dirección política del Estado,<sup>17</sup> en buena medida porque los lineamientos políticos en Cuba van de la mano con la estrategia trazada para cumplimentar los fines estatales.

En relación con la inobservancia del interés público hay una consecuencia esencial que se traduce básicamente en la proscripción de la arbitrariedad. En este sentido GORDILLO resalta la desviación de poder como prohibición de actuar con una finalidad impropia,<sup>18</sup> que, en nuestra opinión, más que un límite en sí es la consecuencia de la desatención de uno de estos límites, específicamente del interés público como principio.

La imposibilidad de actuar arbitrariamente conecta con la idea general de los límites a lo discrecional y exige una reflexión inaplazable. Discrecionalidad y arbitrariedad constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la Administración una estimación subjetiva para escoger la solución que mejor represente la finalidad de la norma, la utilidad o el interés general. La arbitrariedad,<sup>19</sup> en cambio, se caracteriza por expresar

---

<sup>15</sup> La noción de interés general cumple dos funciones básicas en términos de Sainz Moreno, como fundamento y como límite de las potestades administrativas; estas no existen más que en la medida que lo determina el interés general. Véase Fernando SAINZ MORENO, "Sobre el interés público y la legalidad administrativa", en *RAP* n.º 82, CD-ROM, 1977, p. 443.

<sup>16</sup> Héctor GARCINI GUERRA y Miguel REYES, *Manual de Derecho administrativo*, tomo I, Parte general, La Habana: Universidad de La Habana, Facultad de Humanidades, Escuela de Ciencias Jurídicas, 1963, p. 28.

<sup>17</sup> GORDILLO, o. cit. (nota 2), p. X-29.

<sup>18</sup> "La arbitrariedad consiste, pues, en que el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general [...] El mandato arbitrario es aquel que no se funda en un principio general —aplicable a todos los casos análogos—, sino que responde a un simple porque sí [...]", expone Luis RECASÉNS SICHÉS, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1983, p. 215. Véase en igual sentido la opinión de Marisabel VALDIVIA ONEGA, María de los Ángeles VIZOSO GARCÍA y Armando Castanedo Abay, *Separata de Derecho Administrativo*, La Habana: Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, 1989, p. 44.

<sup>19</sup> Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota", en *Revista de Administración Pública* n.º 124, 1991, p. 218.

la voluntad ilegítima de quien ejerce el poder; no constituye una potestad reconocida por el derecho sino una definición que se halla fuera del derecho y se extiende a los principios generales,<sup>20</sup> en una suerte de consecuencia del bloque de legalidad.

Mientras que en el actuar arbitrario la autoridad se exime de motivar sus actos —porque obviamente parten de su voluntad y capricho—, en el actuar discrecional han de expresarse los motivos de su decisión. La motivación y la justificación<sup>21</sup> de las decisiones constituyen elementos esenciales y diferenciadores de ambos conceptos. La primera incluye la explicación de los motivos que permiten tomar una decisión, aun cuando no se precisa que sean explicitados. Estos motivos pueden apreciarse, en ocasiones, de forma implícita en los documentos que se utilizan para el actuar administrativo. La justificación obliga, por su parte, a explicar las razones que apoyan el proceder que ha tenido en cuenta la Administración para su decisión.<sup>22</sup>

Debe distinguirse la arbitrariedad de la terminología que ha sido empleada<sup>23</sup> para describir la potestad discrecional como *arbitrio*, tratándose de un arbitrio legítimo u ordinario, nunca equiparable a la noción de arbitrariedad ya referida.

Sin obviar su característica de acto administrativo, se impone el deber general de respetar los derechos adquiridos, que como ya se ha explicado es una consecuencia directa del principio de legalidad para el actuar de la Administración.

Aunque ya se ha hecho referencia a dos de los principios claves que actúan como límites para el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, no se pueden obviar otros que también cumplen esta función.<sup>24</sup> Pueden citarse los principios de razonabilidad (como prohibición para la Administración de actuar irrazonablemente, esto es, sin ofrecer los fundamentos de su actuación o fundándola en elementos inexistentes), proporcionalidad (en razón de la medida que debe respetarse entre los fundamentos de hecho y la consecuencia, los medios y métodos que se empleen para lograr esa consecuencia y el fin que propone la norma), buena fe (como principio general de actuación para la Administración, que debe sentar su actuar sobre las bases de la legalidad y sin hacer incurrir al administrado en el error ni utilizar mecanismos que vayan en detrimento de la posición de este o de sus derechos),

<sup>20</sup> Cf. FERNÁNDEZ, o. cit. (nota 9), p. 20; DESDENTADO, o. cit. (nota 10), pp. 157-161.

<sup>21</sup> Al respecto dice IGARTÚA SALAVERRÍA: “Una decisión es arbitraria no porque en línea de principio *no haya* razones en su favor, sino porque quien la ha tomado *no tiene* razones para justificarla”. Juan IGARTÚA SALAVERRÍA, “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 46, 1996, p. 98.

<sup>22</sup> Este término es empleado por autores como Juan Francisco LINARES, *Poder discrecional administrativo (arbitrio legítimo)*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958, pp. 15 ss. El mismo autor, debido a las irregularidades interpretativas que el término incluye, aclara la utilización del término dentro de los límites del *arbitrio lícito*.

<sup>23</sup> GORDILLO, o. cit. (nota 2), pp. X-29-30.

<sup>24</sup> Esta posición es ponderada por Manuel I. SARMIENTOS ACOSTA, “Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales”, en *Revista Poder Judicial* n.º 3, 2.ª época, CD-ROM, 1993, pp. 205-234.

equidad (que no consiste en ofrecer igual tratamiento, sino en apreciar con igualdad las circunstancias que concurren y ofrecer a cada supuesto una valoración justa y equitativa).

Como límites *relacionales* o extrínsecos reconocemos fundamentalmente los que derivan, una vez ejercida la potestad, en relaciones jurídicas concretas y de esta forma intervienen en la esfera jurídica de los administrados. Se reconoce en los derechos fundamentales un límite puntual, que se conecta con la función clásica de los derechos fundamentales como delimitadores negativos de la acción del poder público<sup>25</sup> y que es reconocido en los términos de GORDILLO como *regulación indirecta o inversa*, para incluir así todos los casos en los que la ley protege a los particulares de la interferencia en sus actividades.

Hasta aquí hemos querido enunciar y explicar algunos de los elementos clave en torno a la existencia de la potestad discrecional, una institución polémica dentro del extenso campo del derecho. Sin embargo, no son estos todos los aspectos controvertibles que ella entraña, por lo que la investigación debe continuar.

---

<sup>25</sup> GORDILLO, o. cit. (nota 2), p. X-19.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Contra la inmunidades del poder: una lucha que debe continuar”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 93, Madrid: Civitas, enero-marzo 1997.
- ANDRIEU, Mónica G., “La función administrativa pública, acción y pretensiones judiciales”, en *Jurisprudencia Argentina* (número especial), n.º 6208, 23 de agosto de 2000.
- ALARCÓN JAÑA, Pablo Andrés, *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*, Santiago de Chile, Jurídica ConoSur, 2000.
- ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *El proceso contencioso-administrativo. Doctrina, legislación, jurisprudencia*, La Habana: Librería Martí, 1954.
- *Política y legalidad. Ciencias jurídicas*, La Habana: Editorial de las Ciencias Sociales, 1977.
- *Comentarios a la Constitución socialista*, La Habana: Pueblo y Educación, 1988.
- APRELL LASAGABASTER, María Concepción, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa en materia de nacionalidad”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 057, Madrid: Civitas, septiembre-diciembre 1993.
- ARENA, Gregorio, “Transparencia administrativa y democracia”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 37, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, enero-marzo 1988.
- ATIENZA, Manuel, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 85, Madrid: Civitas, enero-marzo 1995.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid: Civitas, 1997.
- BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier (coord.), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid: Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y Civitas, 1993.
- BASSOLS COMA, Martín, “Consideraciones sobre los controles extrajudiciales de la Administración: en torno a la reforma del estatuto del ‘médiateur’ francés”, en *RAP*, n.º 82, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, enero-abril 1977.
- BELTRÁN de FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1993.

- BERÇAITZ, Miguel Ángel, “Proceso y procedimiento contencioso administrativo”, en RAP, n.º 44, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, mayo-agosto 1964.
- BERMEJO VERA, José, *Derecho administrativo básico. Parte general*, Navarra: Aranzadi, 7.ª ed., 2007.
- BETANCOURT, Ángel C., *Nueva edición del Procedimiento Contencioso-Administrativo vigente en la República de Cuba*, La Habana: Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Cía., 1916.
- BIELSA, Rafael, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Buenos Aires: Depalma, 3.ª ed., 1961.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *La teoría del acto administrativo*, Madrid: Iustel, 2005.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, y Alejandro HUERGO LORA, “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 111, Madrid: Civitas, 2002.
- BULLINGER, Martín, “La discrecionalidad de la Administración Pública”, en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 4, Madrid: Edilex, 1987.
- CABRAL, Pablo, y Daniel E. MALJOR, “Herramientas para el control de la arbitrariedad de los poderes públicos en el orden nacional y bonaerense. Su antecedente español”, en *Jurisprudencia Argentina*, n.º III-1524, 2002.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo II*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 4.ª ed. act., 1994.
- CHINCHILLAN MARÍN, Carmen, *La desviación de poder*, Madrid: Civitas, 2.ª ed., 2004.
- CLAVERO ARÉVALO, Francisco, “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 54, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, septiembre-diciembre 1967.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho administrativo*, Navarra: Aranzadi, 18.ª ed., 2007.
- DEBBASCH, Charles, *Droit administratif*, París: Economica, 2002.
- DE LA CUÉTARA MARTINES, Juan Miguel, “Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 38, Madrid: Civitas, julio-septiembre 1983.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi, 2.ª ed., 1999.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid: Tecnos, 12.ª ed., 1998.

- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Derecho*, La Habana: Félix Varela, 2002.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “Discrecionalidad y jurisdicción revisora”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 2, Madrid: Civitas, julio-septiembre 1974.
- *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid: Civitas, Cuadernos Civitas n.º 35, 1991.
- “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 76, Madrid: Civitas, octubre-diciembre 1992.
- GABINO FRAGA, F., *Derecho administrativo*, México: Porrúa, 1948.
- GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría de la Administración Pública*, México: Porrúa, 2000.
- GAMERO CASADO, Eduardo, y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho administrativo*, Madrid: Tecnos, 4.ª ed., 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración Pública y la ley*, Madrid: Civitas, 2002.
- “Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 59, Madrid: Civitas, julio-septiembre 1988.
- “La definitiva erradicación de los actos políticos o de Gobierno en nuestro Derecho”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 106, Madrid: Civitas, abril-junio 2000.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid: Civitas, 5.ª ed. amp., 2000.
- “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 124, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, enero-abril 1991.
- *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid: Civitas, 1999.
- *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid: Tecnos, 1970.
- “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 38, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, mayo-agosto 1962.
- “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 89, Madrid: Civitas, enero-marzo 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, Madrid: Civitas, 2004.
- GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho administrativo*, Madrid: EISA, 3.ª ed., 1951.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973.

- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo. Parte general*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- JAWITSCH, L. S., *Teoría general del Derecho*, La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1988.
- KAZOR ALISTE, Kamel, “Principio de Legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 8, n.º 1, 1997, disponible en <[http://mingaonline.each.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-095019970002000005&lng=es&nm iso](http://mingaonline.each.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-095019970002000005&lng=es&nm iso)> (consultado el 28 de Octubre de 2008).
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- MARTÍN DEL BURGO y MARCHAN, Ángel, “El poder administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 33, Madrid: Civitas, abril-junio 1982.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho administrativo*, Navarra: Aranzadi, 26.ª ed., 2007.
- MERKL, Adolfo, *Teoría general del Derecho administrativo* (edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez), Granada: Comares, 2004.
- MONTESQUIEU (Charles Louis DE SECONDAT), *Del espíritu de las leyes*, La Habana: Editorial de las Ciencias Sociales, 1976.
- MORELL OCAÑA, Luis, “El ‘criterium’ de la Administración Pública y el Derecho administrativo contemporáneos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 29, Madrid: Civitas, abril-junio 1981.
- Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XX, Barcelona: Francisco Seix, 1993.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, y Herminio LOSADA GONZÁLES, “El principio de legalidad en la actuación administrativa”, en *El procedimiento administrativo y la gestión presupuestaria y su control*, 1995, disponible en <<http://0-premium.vlex.com.llull.uib.es/doctrina/Procedimiento-administrativo-gestion-presupuestaria-control/Principio-legalidad-actuacion-administrativa/2100>> (consultado el 17 de noviembre de 2007).
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo I*, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- PAREJO ALFONSO, Luis, *Lecciones de Derecho administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- RECASÉNS SICHÉS, Luis, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1983.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo general I*, Madrid: Iustel, 2005.
- SHIDKOV, O., V. CHIRKIN y Y. YUDIN, *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el Derecho*, Moscú: Progreso, 1980.

# El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana\*

Enemy Criminal Law and the unacceptable disregard for the Principle of Human Dignity

*Raúl Cervini\*\**

**RESUMEN.** El autor analiza los postulados y consecuencias intradogmáticas del llamado *derecho penal del enemigo* a partir de los textos del profesor Jakobs y los confronta con los paradigmas penales propios del Estado de derecho. La transcripción objetiva de los textos del profesor de Bonn pone en evidencia que su estrategia promocional funcionalista tiene claros efectos en el campo de las garantías sustantivas y procesales penales; en particular sus conceptos de *persona* y de *enemigo* contradicen radicalmente los postulados de un derecho penal de vertiente antropológica, que no admite la posibilidad de que exista un segmento de ciudadanos excluidos del sistema general de garantías democráticas, y trasunta finalmente un inadmisibles desconocimiento de la dignidad de la persona humana, eje de la estructura de valores que procura efectivizar el Estado democrático de derecho.

**PALABRAS CLAVE.** Derecho penal. Proceso penal. Derecho constitucional. Garantía judicial de los derechos. Estado de derecho. Funcionalismo. Personas (derecho). Principios penales democráticos. Garantías reales.

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Catedrático de Derecho Penal y director del Departamento Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor agregado efectivo de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Secretario general para América Latina y vicepresidente del ICEPS (NY).

**ABSTRACT.** The author analyzes the assumptions and intradogmatic consequences of the so-called Enemy Criminal Law by studying the texts of Professor Jakobs, and confronting them with the criminal paradigms of a State of Law. The objective transcript of the texts written by this Bonn's Professor evidences that its promotional functionalist strategy has clear effects on the field of substantive and procedural safeguards; in particular, his concepts of "person" and "enemy" are radically inconsistent with the principles of an anthropological view of Criminal Law, which does not admit the possibility of excluding a segment of citizens from the general system of democratic guarantees and manifests an unacceptable disregard of Human Dignity, the basic value which the Democratic State of Law seeks to protect.

**KEY WORDS.** Criminal Law. Criminal Procedure. Constitutional Law. Judicial Guarantee of Rights. Rule of Law. Functionalism. Persons (Law). Democratic Criminal Principles. Rights in rem.

**SUMARIO.** **I.** Planteo preliminar. **II.** Caracteres generales del derecho penal del enemigo en el contexto de la estrategia promocional funcionalista. Su trascendencia adjetiva y sustantiva. 1. Adelantamiento de la protección penal. 2. Estrategia proactiva, 3. Menos garantías. 4. Cambio en la política criminal internacional. 5. Subversión ante los principios del dogma penal garantizador propio del Estado democrático social de derecho. 5.1. Sobre el principio de culpabilidad. 5.2. Sobre la confusión entre dolo y culpa. 5.3. Sobre el principio de legalidad. 5.4. Sobre las garantías del ciudadano. **III.** Conceptos de persona y enemigo para Jakobs. 1. Pilares de la teoría de Jakobs. 2. Persona. 3. Enemigo. 4. Fases del pensamiento de Jakobs. **IV.** Desapego de los fundamentales principios de respeto a las categorías lógico-objetivas y de dignidad de la persona humana. A modo de reflexión final. 1. Imposibilidad de excluir la categoría de ciudadano. 2. El hombre responsable como exclusivo sujeto de imputación. 3. Sobre la trascendencia ontológica dentro de una concepción normativa atemperada.

## I.

---

### PLANTEO PRELIMINAR

Esta contribución procura formular una crítica objetiva al pensamiento del profesor Günther JAKOBS, en particular a su *teoría del enemigo*, cuidadosamente, a partir de buena parte de sus propios textos y desde el ámbito de los valores. ¿Qué valores?: aquellos inherentes al Hombre, con mayúscula, como corresponde a una concepción antropológica del derecho penal y que resultan tradicionalmente recogidos en los principios penales que hacen al cerne de un Estado democrático de derecho; fundamentalmente: culpabilidad, legalidad, respeto a las categorías lógico-objetivas y, en particular, la dignidad de la persona humana.

## II.

---

### CARACTERES GENERALES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CONTEXTO DE LA ESTRATEGIA PROMOCIONAL-FUNCIONALISTA. SU TRASCENDENCIA ADJETIVA Y SUSTANTIVA

#### 1. ADELANTAMIENTO DE LA PROTECCIÓN PENAL

La teoría analizada supone un adelantamiento de la protección penal, con frecuente enriquecimiento subjetivo de los tipos y sin la reducción de las penas con relación a las que existen respecto de momentos más avanzados del intercrimínis.

## 2. ESTRATEGIA PROACTIVA

Constituye un cambio de perspectiva, conforme al cual el derecho penal debe mirar no solo hacia el pasado —o sea, hacia el hecho ya cometido—, sino preferentemente hacia el futuro, al hecho que está por llegar. Por consiguiente, no se trata del modelo de un ordenamiento jurídico penal en la gestión de los riesgos sociales de tipo reactivo, sino de un modelo propio de un Estado preventivo caracterizado por una estrategia proactiva.

## 3. MENOS GARANTÍAS

Conduce a la progresiva reducción, el relajamiento o la simple desnaturalización de las garantías procesales del Estado democrático de derecho. El profesor de Bonn reconoce:

[...] el sistema de garantías procesales se orienta funcionalmente a la mitigación del riesgo social y cobra toda su virtualidad individual en función al cumplimiento del deber de fidelidad al ordenamiento jurídico.<sup>1</sup>

[Esta forma de proceder] responde a criterios de pura eficacia [...], toda vez que para consolidar el éxito de una determinada política criminal es preciso disponer de medios adecuados para que la finalidad que se pretende quede perfectamente asegurada.<sup>2</sup>

Tal como se encuentra concebido el derecho penal del enemigo, resulta lógico que la suspensión de garantías procesales viniera a formar parte esencial de esa misma estrategia, en el entendido de que con el catálogo de derechos que la normativa democrática atribuye tradicionalmente a todo ciudadano posiblemente no resultaría tan fácil alcanzar el objetivo propuesto, lo que supondría, por consiguiente, el fracaso del sistema. Se trata, como se ve, de una concepción que alienta la *permeabilidad* entre la legislación de emergencia y la ordinaria, en virtud de la cual las normas dispuestas para el delincuente-enemigo han acabado formando parte del derecho concebido para el resto de los delincuentes. El propio JAKOBS se permite la sutileza de advertir:

[...] un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo [...].<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Günther JAKOBS, *Fundamentos del sistema jurídico penal*, Lima: ARA, 2005, p. 69.

<sup>2</sup> Günther JAKOBS y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, p. 62 ss. En el mismo sentido: Günther JAKOBS, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.

<sup>3</sup> JAKOBS y CANCIO MELIÁ, o. cit. (nota 2), p. 56.

Lo cierto es que, la *permeabilidad* inherente a esta concepción encuentra un ámbito fértil en la desorientación de la política criminal contemporánea y el creciente autoritarismo que la suele acompañar, como se ha encargado de demostrar el maestro MOCCIA en su memorable obra *La perenne emergenza*.<sup>4</sup> Por otra parte, no debe ni puede olvidarse que nuestro actual sistema de garantías procesales no es más que el resultado de una perseverante batalla librada durante siglos para evitar la arbitrariedad en el ámbito de la justicia penal, frente a las tendencias autoritarias del poder a lograr una condena sin proceso o contentándose con la simple apariencia de su existencia (la mera persecución penal disfrazada bajo la vestidura del proceso). Por esa razón los procesalistas y penalistas de cuño garantista han sostenido desde siempre que *las formas hacen a las garantías* y que cualquier sistema que no asegure el derecho de efectiva defensa no es, técnicamente, un proceso.<sup>5</sup>

#### 4. CAMBIO EN LA POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL

Esta concepción viene, además, acompañada de un significativo cambio en la política criminal de ciertos gobiernos, en los cuales la prevención general se está convirtiendo en el centro de gravedad de la estrategia de sus responsables políticos. En este sentido, la actitud adoptada por los Estados Unidos en respuesta a los atentados del 11 de setiembre de 2001 (*Patriotic Act* de octubre del 2001) no ha hecho sino contribuir a que otros muchos países se animaran a seguir su ejemplo. Basta mencionar, entre otras, la tan discutida Ley de Prevención del Terrorismo (*Prevention of Terrorism Act*) de Inglaterra, del 2005.<sup>6</sup>

#### 5. SUBVERSIÓN ANTE LOS PRINCIPIOS DEL DOGMA PENAL GARANTIZADOR PROPIO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DERECHO

Este es el efecto más tangible desde el punto de vista de nuestra ciencia.<sup>7</sup> Citaremos, de modo sintético, las alteraciones más relevantes.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Sergio MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

<sup>5</sup> Cf. Juan Damián MORENO, “¿Un derecho procesal penal de enemigos?”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DIEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Buenos Aires: Edisofer y B de F, 2006, pp. 457 ss. En el mismo sentido, Raúl CERVINI, “Principios del Derecho procesal penal en un Estado democrático social de derecho”, en *Estado de Direito*, año II, n.º 11, Porto Alegre, octubre de 2007.

<sup>6</sup> Cf. REQUEJO RODRIGUEZ, “La suspensión individual de derechos fundamentales”, en *La defensa del Estado*, Valencia, 2004, p. 275.

<sup>7</sup> Sobre el tema, Raúl CERVINI, “De Von Kries a Jakobs. Reflexiones sobre la responsabilidad objetiva”, en *Estudios de Derecho penal. Libro homenaje al Prof. Domingo García Rada*, Arequipa: Adrus, 2006.

<sup>8</sup> Sobre el tema Raúl CERVINI, “Principios del Derecho...”, o. cit. (nota 5).

### 5.1. Sobre el principio de culpabilidad

Ya hemos señalado en otros trabajos que la teoría de JAKOBS —según sus propias palabras— implica la definitiva renuncia al concepto de culpabilidad, que sustituye por una noción funcional<sup>9</sup> a la cual solo la idea de *fin* puede darle contenido, entendiéndola como prevención general cuya razón de ser es la “fidelidad al derecho”. Esta concepción —se objeta con razón— sacrifica la función limitadora de la punibilidad propia del principio de culpabilidad por la prevención general y sostiene que la represión penal del ciudadano no se rige ya por circunstancias personales, sino por criterios tan inasibles como la “fidelidad al derecho”.

Ante todo nos permitimos recordar un ilustrativo y poco frecuentado artículo, “El principio de culpabilidad”, de 1993, traducido al español en 1997.<sup>10</sup> En esa pieza el profesor de Bonn reivindica como aspectos medulares de su concepción el “defecto cognitivo” y la “falta de fidelidad al ordenamiento jurídico”, y lo hace con una imagen tan ilustrativa como preocupante:

Quien desconoce el mundo exterior, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas [...].

En el mismo texto JAKOBS resume su posición originaria sobre la culpabilidad de la siguiente manera:

En un mundo desmitificado, un defecto cognitivo en cuanto error (pero no el que es consecuencia de indiferencia) es muestra de falta de competencia organizativa. Por ello, el defecto inevitable y sus consecuencias no forman parte del esbozo que una persona hace de la realidad; esa persona no tiene culpabilidad. En el caso del defecto evitable, la firmeza del Derecho penal se recorta considerablemente, la culpabilidad se halla disminuida. En una sociedad con Derecho positivo, lo anterior también rige respecto del conocimiento de la norma misma; este solo es susceptible de ser cuestionado por no considerarse la razón de la norma, la positividad, y no por desconocimientos puntuales. Como es posible demostrar que desde el punto de vista individual sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es, fidelidad al ordenamiento jurídico.

---

<sup>9</sup> Günther JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed. corr., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997 (edición original en alemán: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1983).

<sup>10</sup> Günther JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, en *Estudios de Derecho penal*, recopilación y traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, y Manuel CANCIO MELIÁ, Madrid: UAM y Civitas, 1997, pp. 365 ss.

Sigue expresando:

Culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando se atribuye a una persona que pretende cumplir un rol del que forma parte el respeto a la norma, especialmente el rol de ciudadano, libre en la configuración de su comportamiento. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico. Las dificultades de mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico que pueden constatarse desde el punto de vista psicológico solo conducen a una disminución de la culpabilidad cuando la dificultad puede atribuirse al ámbito de competencia de la víctima o de alguna otra manera no pertenece al del autor; especialmente en lo que se refiere a las dificultades que pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, todo autor sigue siendo competente.

Tan solo dos años después, en el texto de la ponencia general presentada en las Jornadas Alemanas de Profesores de Derecho Penal,<sup>11</sup> celebradas en Rostock el 28 de mayo de 1995, JAKOBS redobla la apuesta respecto al alcance de su concepto funcional de culpabilidad, exclusivamente comunicacional y despojada de conciencia individual.

El rol cuya observación garantiza el Derecho penal es el de ciudadano fiel al Derecho; es decir, el de la persona en Derecho. Sin embargo, ¿se trata de un rol, de un modelo objetivo o más bien estamos hablando de subjetividad? Desde que el concepto psicológico de culpabilidad, si es que alguna vez ha existido tal concepto, fue reemplazado por el concepto normativo de culpabilidad, es un hecho indiscutible que la medida según la cual se determina la culpabilidad es una medida completamente objetiva, pues es absolutamente imposible que algo pueda servir de medida de sí mismo. Sin embargo, el concepto normativo de culpabilidad constituye solo la medida, y no también (al menos de forma abierta) la persona que hay que medir. Esta constitución de lo que hay que medir la lleva a cabo el concepto funcional de culpabilidad, elaborando teóricamente lo que desde siempre ha venido sucediendo en la práctica: la constitución individual del sujeto es tomada en consideración exclusivamente en aquellos ámbitos en los que no hay que temer un desbordamiento incontrolable, mientras que en los demás se contempla como un asunto particular del ciudadano el preocuparse de adquirir suficiente fidelidad al Derecho. Con otras palabras, la individualidad solo opera en beneficio del sujeto, en la medida en que con ello no se perturbe el efecto generalizante del Derecho porque el conflicto se puede resolver de otro modo, sin recurrir a la imputación. Por lo tanto, con la medida de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquella cuyo rol consiste en respetar el Derecho. Más allá de este mínimo no hay disculpas que valgan. Solo en la medida en que ese rol no se ve cuestionado se puede tomar en consideración los datos ajenos al mismo.

---

<sup>11</sup> Publicada originalmente en *ZStW*, n.º 107, 1995, pp. 843-876.

Y concluye:

[...] el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa con la libertad de actuación es: personalización de los sujetos. No trato de afirmar que debe ser así, sino que es así. El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda teoría funcional [...].<sup>12</sup>

Como vemos, a primera vista la culpabilidad de JAKOBS es una culpabilidad cerrada, una culpabilidad jurídica con contenido jurídico, e incluso el autor así lo indica.<sup>13</sup> Sin embargo, al analizarla con más cuidado se percibe que este autor directamente prescinde de la culpabilidad, toda vez que la prevención se limita a sí misma. Estrictamente se abandona el concepto de culpabilidad sustituyéndolo por un paradigma funcional que observa como único contenido (prevención general) la fidelidad al derecho. La base de la responsabilidad es la pertenencia a la sociedad; la función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. La pena buscará exclusivamente el reforzamiento de la confianza en el derecho por el colectivo. De esta manera la persona termina instrumentalizada para la estabilización de los intereses sociales y se desconoce el principio universal de la dignidad del ser humano, sentando el arbitrio del legislador o del juez como única pauta válida para entender esta idea mecánica de culpabilidad.

Se dice que estamos ante una *falacia normativista*, sustancialmente idéntica a la *falacia naturalista*, por cuanto este concepto de culpabilidad carece de toda relación con cualquier sustrato real (por ejemplo, SCHÜNEMANN). Ello es muy cierto ya que se desestructura totalmente la concepción clásica de culpabilidad inspirada en un enfoque ontológico de acción y causalidad, con las desastrosas consecuencias que ello reporta en el campo de la seguridad jurídica, como ya lo demostró, sin ir más lejos, el derecho penal nazi fundado en planteamientos cercanos a estos. Por ello con tremendo acierto ha señalado ZAFFARONI:<sup>14</sup>

[...] estamos ante una culpabilidad jurídica con contenido jurídico, en realidad un concepto jurídico construido a la medida de un objetivo político.

---

<sup>12</sup> Günther JAKOBS, "Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional", traducción de M. CANCIO MELIÁ y B. Feijoo, en *Cuadernos de Conferencias y Artículos* n.º 13, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, pp. 46-47.

<sup>13</sup> Günther JAKOBS, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de M. CANCIO MELIÁ y E. Peñaranda Ramos (Universidad Autónoma de Madrid), Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, pp. 121 ss.

<sup>14</sup> Raúl ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 638.

## 5.2. Sobre la confusión entre dolo y culpa

Las diferencias entre dolo y culpa se desdibujan peligrosamente mediante la intención de realizar el tipo frente a la violación de un deber objetivo de cuidado al ejecutar una acción. Hoy, para JAKOBS y alguno de sus más conspicuos seguidores, la diferencia entre dolo y culpa es solo cuestión de matices. El delito culposo existirá cuando se haya creado un riesgo desaprobado mediante un comportamiento descuidado, en tanto el delito doloso se dará cuando se haya creado también un riesgo desaprobado, pero mediante un comportamiento calificado como muy descuidado, mediante una grosera mala administración del rol.<sup>15</sup>

Respecto del concepto de dolo, JAKOBS toma un callejón sin salida. Originalmente lo define de un modo naturalista, pero también requiere una equiparación con lo que él ha denominado *imprudencia dirigida* (*gerichtete Fahrlässigkeit*). Con este término se refiere a la falta de conocimiento de la realización del tipo de indiferencia. La fundamentación que Jakobs otorga para esta equiparación es que el concepto tradicional de dolo establecido por el derecho vigente es desacertado en cuanto a la graduación del desvalor, pues el autor que desconoce por indiferencia la posibilidad de la lesión de un bien jurídico es igualmente peligroso para el ordenamiento jurídico.

En nuestro criterio esta fundamentación luce tan peligrosa como inconvincente en lo que respecta a la cuestión de fondo, pero es metodológicamente interesante, porque por un lado representa una clara ruptura en el normativismo radical que últimamente sostiene JAKOBS, y por otro lado, curiosamente, a través de ella pone en claro cómo debe presentarse la estructura de una argumentación no circular normativista. En la cuestión de fondo, el argumento de JAKOBS es desacertado, porque el autor absolutamente indiferente, y que por esa razón no ha reconocido la posibilidad de la lesión del bien jurídico, no posee la capacidad de conducción y, con ello, tampoco el dominio del hecho, de modo tal que su peligrosidad para el ordenamiento jurídico es solo una contingencia casual y, en consecuencia, disminuida —como en los otros delitos imprudentes.

Por supuesto que, en lo que se refiere al aspecto metodológico, la argumentación de JAKOBS es, a su modo, una demostración estructuralmente correcta, es decir, desarrollada con ayuda de una reducción medio-fin desde los fines sociales concretos del derecho penal (a la luz de la protección del bien jurídico). Y justamente a través de ello se ve claramente que el nuevo sistema de derecho penal de JAKOBS es un callejón sin salida, una construcción

---

<sup>15</sup> Cf. Günther JAKOBS, "Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales, riesgo permitido, prohibición de regreso, y el principio de confianza", en *Estudios de Derecho penal*, o. cit. (nota 7), pp. 209 ss.

cerrada en sí misma, acuñada en el pensamiento de HEGEL como pared de fondo; al decir de SHÜNEMANN:

Un sistema reducido a un círculo vicioso a través de la eliminación de fines externos [al sistema penal] fuera de la confirmación de la validez de la norma.<sup>16</sup>

### **5.3. Sobre el principio de legalidad**

Desnaturaliza otro de los paradigmas más básicos y garantistas del derecho penal liberal: el principio de legalidad, que exige al legislador una clara y precisa definición de las figuras legales descritas en los tipos. Mediante los conceptos señalados, la conducta típica será la “socialmente inadecuada” por haber “defraudado las expectativas sociales” depositadas en el desempeño de nuestro respectivo rol social conforme a “estándares”. Interpretélo el que pueda.

El principio de legalidad, el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y aun el principio de culpabilidad como límite de la pretensión punitiva del Estado se ven como antitéticos a una respuesta rápida y eficaz frente a la *nueva* criminalidad, y se pretende sustituirlos por elementos de una teoría sistémica en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho para convertirse en un “subsistema físico-psíquico” que el derecho valora en la medida en que desempeña un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social. Naturalmente que también se ve afectado el principio de personalidad de la pena, ya que nada tiene que ver la necesidad de autoestabilización del sistema con el comportamiento del autor o con el propio hecho.

La alienación de la subjetividad y la centralidad del Hombre en beneficio de un sistema de aristas difusas llevan al desplazamiento del Hombre de centro y fin del derecho a objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales no siempre definidas con la necesaria claridad. En especial en la incriminación de responsabilidad penal, el sujeto, de ser el fin de la intervención institucional, pasa a convertirse en el soporte psicofísico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él, lo trascienden, y de la cual ese Hombre de carne y hueso constituye únicamente un instrumento. El propio JAKOBS dice:

---

<sup>16</sup> Bernd SCHÜNEMANN, “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, en *Obras*, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, col. Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, 2009, p. 199; antes publicada en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001.

Al imponerse la perspectiva social en el injusto, también debe hacerlo en la culpabilidad. El Derecho penal no conoce sujetos aislados, sino solo sujetos que se comunican. Esto debería estar fuera de discusión en lo que se refiere a la falta de disposición para cumplir la norma, que constituye la esencia de la culpabilidad, se determina de manera objetiva: basta aquella medida de disposición que es necesaria para mantener la configuración de la sociedad —no basta una medida menor, y una medida mayor no es necesaria.<sup>17</sup>

Por ello la exigencia funcionalista de restablecer la confianza en el derecho mediante la contraposición simbólica de la pena no constituye solamente el fundamento de esta, sino que, contemporáneamente, se perfila como el verdadero y último criterio de comprobación de los ingredientes subjetivos del delito y, desde otra perspectiva no menos preocupante, el fundamento para determinar el grado de culpabilidad e individualizar la medida punitiva.

#### 5.4. Sobre las garantías

Este contexto revulsivo de tradicionales principios y garantías de la ciencia penal justifican nuestra preocupación inicial. La construcción funcionalista no parece comprometida con los postulados garantistas que tanto esfuerzo costó imponer para la interpretación de las normas penales materiales y las procesales penales.

El funcionalismo penal usa y abusa de conceptos sociológicos que debilitan en alguna medida la precisión terminológica que permitió a la dogmática “tradicional” alcanzar los puntos más elevados de desarrollo teórico, que ninguna de las restantes ramas del ordenamiento jurídico aún ha alcanzado, contribuyendo a la seguridad jurídica en materia penal, robusteciendo los límites impuestos al derecho punitivo del Estado y por esa vía a la propia afirmación del Estado democrático del derecho.

Precisamente uno de los conceptos más nocivos de la estructura teórica promocional-funcionalista de JAKOBS se encuentra en la llamada *teoría del enemigo*. Esta evidencia el notorio contraste entre la construcción teórica analizada y los principios democráticos.

---

<sup>17</sup> Cf. Günther JAKOBS, *Fundamentos del Sistema...*, o. cit. (nota 1), 2005, p. 65; en términos similares Günther JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, traducción de M. CANCIO MELIÁ, B. Feijoo Sánchez, E. Peñaranda Ramos, M. A. Sancinetti y C. Suárez González, Lima: Palestra, 2000, pp. 43 ss.

### III.

## CONCEPTOS DE PERSONA Y ENEMIGO PARA JAKOBS

### 1. PILARES DE LA TEORÍA DE JAKOBS

Corresponde recordar que la teoría funcional de JAKOBS se apoya en tres elementos esenciales: los conceptos de *sociedad*, *norma* (expectativas contrafácticas) y *persona configurada socialmente* (no como un ente natural y psicofísico).

Desde hace siglos el hombre se ha planteado qué hacer con aquellos que no aceptan ser ciudadanos integrados y no se someten a la soberanía del Estado. ¿Qué hacer con aquellos que no aceptan el contrato social (de forma expresa ni tácita) y que, por tanto, no se ven sometidos al resultado de los acuerdos sociales más importantes, quedando al margen de las reglas sociales esenciales.

JAKOBS no se plantea la cuestión en términos individualistas-contractualistas, sino que parte de la idea de que se trata de una definición del sistema jurídico. Este decide qué características mínimas deben reunir los sujetos para ser considerados ciudadanos, por lo que quienes no cumplen con esos requisitos mínimos no pueden ser tratados como ciudadanos sino como enemigos.

### 2. PERSONA

Señala el mismo autor que *ser humano* es resultado de procesos naturales; en cambio, *persona* es un producto social que se define como la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia. En tal caso, *persona* es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación.

Los niños o quienes padecen dolencias psíquicas, no constituyen personas; los enemigos tampoco son personas y por lo tanto el Estado no puede ni debe tratarlos como tales. La personalidad, como construcción exclusivamente normativa, es irreal, y solo puede mantenerse y ser real si se da alguna corroboración cognitiva de ella, es decir, si en el cálculo sobre el comportamiento de alguien se lo puede incluir como persona a partir de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito. Cuando ya no existe expectativa de un comportamiento personal determinado por derechos y deberes, la persona degenera hasta convertirse en un

mero postulado, lo cual significa la aparición del individuo peligroso, el enemigo, quien debe ser excluido.<sup>18</sup>

Obtener una conducta por coacción y poder vincular mediante obligación a realizar un comportamiento son cosas distintas. Quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma; a diferencia de lo que ocurre respecto de los ciudadanos, la relación con el enemigo no se determina por el derecho sino por la coacción.

Resalta SCHÜNEMANN que los axiomas jurídico-filosóficos de JAKOBS referidos a la relación entre persona e individuo son justificadamente preocupantes. A su juicio, la separación del mundo del hombre y sus atributos naturales del mundo de la persona desdibuja su intrínseca dignidad y es, a los ojos de JAKOBS, tan profunda como la distinción hecha por Immanuel KANT entre el *yo* como objeto de los fenómenos o las manifestaciones externas, por un lado, y el *yo* inteligible, por el otro. En otras palabras, se trata de la distinción hecha entre el sujeto empírico y el sujeto trascendental. El paso del individuo a la persona, es, en palabras del JAKOBS, “el paso a otro mundo” y

[...] aporta algo nuevo de forma mucho más radical que si se tratara de una mera modificación en el mundo de la naturaleza, pues esta no establece de aquí en adelante ninguna medida más y no se encuentra [más] en el ángulo del mundo personal, que por eso no toma nota de la verdad [de la naturaleza] a pesar de su eternidad.

Con el mismo sentido, igualmente radical, lo ha reiterado en el Prólogo de la primera edición de su *Manual*:

Un sujeto no es, en esta concepción, quien puede producir o impedir un acontecimiento, sino quien puede ser competente para ello. Del mismo modo, los conceptos de causalidad, poder-hacer, capacidad, culpabilidad y otros pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que reflejan niveles de competencia. Estos conceptos no le imponen al Derecho penal ningún modelo de reglas, sino que se originan a partir de las reglas penales y en relación a ellas.

Como vemos, para JAKOBS el individuo pasa a ser persona solo a través de la cualidad de ser portador de un rol y destinatario de la norma, “y frente a una persona únicamente puede existir la expectativa de que se comportará solo por ‘ser persona’ de una determinada

---

<sup>18</sup> Cf. Günther JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid: Civitas, 2003, pp. 15 ss.

forma en determinada situación”.<sup>19</sup> La base filosófico-jurídica del profesor de Bonn consiste en que la sociedad humana se origina a través de la validez de normas en el sentido de expectativas de comportamiento cuyos destinatarios son portadores de roles.

Obviamente, si los concepto del sistema jurídico se deducen exclusivamente del sistema jurídico mismo, sin tomar en cuenta las constataciones del mundo natural y la intrínseca dignidad humana, totalmente desconectados de los fines sociales concretos que imponen las condiciones ónticas de la estructura, esos conceptos jurídicos solo podrán ser creados de un modo cerrado, respondiendo a una concepción radicalmente autopoiética.<sup>20</sup>

### 3. ENEMIGO

Según JAKOBS:

[El enemigo] es un individuo que no solo de manera incidental, en su comportamiento [...] o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también especialmente, tráfico de drogas...), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho.

En otras palabras: enemigos son autores susceptibles de culpabilidad que generan inseguridad.<sup>21</sup> Agrega:

[...] el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho Penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus

---

<sup>19</sup> Günther JAKOBS, *Verantwortung in Recht und Moral*, compilado por NEUMANN y SCHULZ, ARSP, Cuaderno 74, 2000, p. 57; *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid: Civitas, 2004, y *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal*, México: Barra Nacional de Abogados, 2002, p. 33.

<sup>20</sup> Sobre el tema Raúl CERVINI, “Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada”, en Celso SÁNCHEZ VILARDI, Flavia BRASSER PEREIRA y Theodomiro DIAS NETO (coords.), *Direito penal economico. Análise contemporânea*, San Pablo: Fundación Getulio Vargas, FGV-GVLaw, Saraiva, 2009. Allí se expresa: “[...] en nuestra concepción todos estos acercamientos preliminares serán insuficientes si no se comprende que el concepto y alcance del Derecho penal Democrático presupone —necesariamente— una perspectiva integrada, cimentada en las condiciones ónticas de la estructura social, en el reconocimiento de una esencia antropológica que trasunte un contenido de protección a la persona humana individualmente considerada o como integrante de un colectivo, como destinataria final de normas que protejan un bien jurídico determinable en su ofensividad. Todo ello sustentado en una participación democrática acorde al Estado Democrático Social de Derecho. Esto es: aquel que trasunta un cuadro de garantías suficientes frente a toda eventual pretensión punitiva exorbitante del Estado. Descartamos toda referencia a ‘condiciones concretas de la estructura social’, colocando en su lugar la expresión ‘condiciones ónticas de la estructura social’. La razón de ello es clarificar una postura que no es autopoiética o funcionalista, sino básicamente ontologista. Nuestra concepción apunta no solo a una determinación —que bien puede ser meramente normativa— sino a la verdadera realidad subyacente y consecencial a dicha estructura. En todo caso, esa dirección ontologista deberá estar relacionada (integrada) con una perspectiva normativista complementaria, que nos aparte de la tentación a sumergirnos en la mera ‘doxa’, o sea el conocimiento aparente de la realidad sensible que PLATÓN, tan sabiamente, distinguía de la ‘episteme’, o sea del conocimiento de la verdadera realidad, de las ideas y valores tangibles, que en nuestra concepción, hacen a la realización del Estado Democrático Social de Derecho y sus garantías”.

<sup>21</sup> Cf. Günther JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid: Civitas, 2006, p. 83.

miembros a ser una reacción contra un enemigo. Solo puede ser tratado por el Estado como persona el que ofrece cierta seguridad cognitiva de comportarse de acuerdo con Derecho.<sup>22</sup>

En obra conjunta con CANCIO MELIÁ,<sup>23</sup> señala JAKOBS:

[...] el Estado puede proceder de dos modos con los delinquentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos (no personas) a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo [...].

[...] la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Solo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado debe tratarlo ya como no persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.

Agrega en la misma obra:

Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo y por ello excluido.

Como corolario de este desarrollo, JAKOBS construye una doble lógica, según la cual distingue el derecho penal del ciudadano del derecho penal del enemigo. En el derecho penal del ciudadano, la pena trataría de comunicar, contrafácticamente, al delincuente que el delito que ha cometido ha puesto en cuestión la vigencia de una norma. Por el contrario, en el derecho penal del enemigo la pena perdería toda su dimensión comunicativa y contrafáctica; pasaría a ser un simple instrumento de corroboración de la legítima expectativa cognitiva que los ciudadanos tienen de que tales enemigos no cometerán delitos en el futuro.

---

<sup>22</sup> Cf. Günther JAKOBS, *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, y en el mismo sentido, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de M. CANCIO MELIÁ y B. Feijoo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Serie Cuadernos de Conferencias y Artículos n.º 13, 1.ª reimp., 1998).

<sup>23</sup> Günther JAKOBS y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.

#### 4. FASES DE SU PENSAMIENTO

Corresponde señalar que, en lo que refiere a la construcción del derecho penal del enemigo, el publicista JAKOBS ha pasado, hasta la fecha, por tres fases.

A principios de 1985, durante el desarrollo del Congreso de Penalistas Alemanes (16-19 de febrero) en Fráncfort, el autor analizado presentó una ponencia en la cual constataba de un modo crítico-descriptivo la presencia en la legislación (StGB) de algunos preceptos propios de lo que él denomina *Feindstrafrecht*, o sea, el derecho penal del enemigo. En esa época el primer JAKOBS consideraba que el derecho penal del enemigo no tenía cabida en el derecho penal de un Estado democrático de libertades, ya que en dicha clase de Estado, solo correspondería legítimamente referirse a un *derecho penal de los ciudadanos*.<sup>24</sup>

En una segunda fase, durante la celebración de las Jornadas Alemanas de Profesores de Derecho Penal de Berlín, en 1999, JAKOBS presentó el trabajo intitulado “Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende”,<sup>25</sup> en el cual no solo ofrece una descripción del derecho penal del enemigo que se puede encontrar en los ordenamientos jurídico-penales occidentales, sino que pasa de la descripción a la justificación. Procura legitimar que determinados sujetos tengan que ser tratados como *no personas* en el derecho. Esta etapa dura hasta el año 2003.

A partir del 2003<sup>26</sup> y hasta el presente —por ejemplo, en el Prólogo de la edición argentina de su libro con CANCIO MELIÁ, del 2005—,<sup>27</sup> el profesor de Bonn parece decidido a dar un paso atrás. Insiste en el carácter meramente descriptivo de su construcción, aunque no renuncia a los elementos normativos de la personalidad, y ello constituye una de los puntos más frágiles de su teoría, susceptibles de provocar el fenómeno de *desestructuración democrática* que denuncia el maestro napolitano Sergio MOCCIA.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Günther JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985), en *Estudios de Derecho penal*, o. cit. (nota 7), pp. 297 ss.

<sup>25</sup> Cit. por Günther JAKOBS, *La prohibición de regreso en el Derecho penal*, obra colectiva con Wolfgang NAUCKE, Harro OTTO y Klaus ROXIN, traducción de M. CANCIO MELIÁ y M. Sancinetti, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios n.º 11, 1998, p. 120; Günther JAKOBS, *Derecho penal como disciplina científica*, Madrid: Civitas, 2006.

<sup>26</sup> Günther JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Luis Carlos Rey Sanfíz, Madrid: Thomson-Civitas, 2004; “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 2003; “La pena estatal: significado y finalidad”, trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid: Thomson-Civitas, 2006.)

<sup>27</sup> Günther JAKOBS y M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires: Hammurabi, 2005. Jakobs afirma: “Si el lector tuviera dudas acerca de si alguna de mis consideraciones se utilizan con intención descriptiva o normativa, me comprenderá mejor si elige la variante descriptiva, es decir, si intenta mirar conmigo el espejo de la sociedad de libertades. Las pocas acotaciones normativas solo sirven para redondear la imagen [...]”.

<sup>28</sup> Sergio MOCCIA, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, pp. 52 ss.

## IV.

---

**EL DESAPEGO A LOS FUNDAMENTALES  
PRINCIPIOS DE RESPETO  
A LAS CATEGORÍAS LÓGICO-OBJETIVAS  
Y DE DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA...  
A MODO DE REFLEXIÓN FINAL****1. IMPOSIBILIDAD DE EXCLUIR LA CATEGORÍA DE CIUDADANO**

A esta altura debemos preguntarnos si en un Estado democrático social de derecho es posible distinguir y separar ciudadanos de enemigos y, en consecuencia, tomar a unos y a otros como destinatarios de ordenamientos jurídicos radicalmente diferentes. ¿Es posible la exclusión o la autoexclusión de un individuo de su estatus de ciudadano?

Desde nuestra posición y siguiendo el pensamiento de WELZEL,<sup>29</sup> únicamente cabe conceder el carácter de derecho a una regulación si esta parte del reconocimiento del hombre como persona responsable. La persona responsable constituye el polo superior, del cual pende toda teoría jurídica, si es que quiere reconocerse al derecho como algo distinto a un mero ejercicio de fuerza o poder. Agrega el autor que todo mandato que pretenda obligar a una persona, en cuanto norma jurídica, tiene que reconocer a esa persona como persona. En caso contrario, la regulación queda reducida a mero ejercicio de fuerza o coacción desvinculada del derecho.

En el mismo sentido ZAFFARONI sostiene que el derecho penal debe partir de que tanto los conflictos para los que proyecta decisiones como las consecuencias que establece tienen lugar en un mundo físico y en una realidad social “protagonizada por la interacción de personas dotadas de un psiquismo que tiene sus estructuras”.<sup>30</sup> Ni la realización del derecho ni su realidad son categorías que puedan llenarse con cualquier contenido, sino que es precisamente en ellas que adquiere forma, existe realmente y se manifiesta el concepto de derecho en su plenitud democrática. El punto de partida del derecho es la voluntad libre.

Desde esta perspectiva, toda despersonalización aparece más como una derrota que como un paso hacia la realización del paradigma de la libertad realizada. El sujeto de imputación debe ser el hombre en la medida en que actúa responsablemente. Por eso mismo,

---

<sup>29</sup> WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid: Aguilar, 1971.

<sup>30</sup> ZAFFARONI, o. cit. (nota 13), p. 670.

el sujeto de las consecuencias jurídico-penales también será el hombre y no “la persona” como entequeia instrumental portadora de roles en el marco de una estrategia promocional-funcionalista. Y confirma SCHÜNEMANN:

El mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto sino a un hombre real de carne y hueso.<sup>31</sup>

## 2. EL HOMBRE RESPONSABLE COMO EXCLUSIVO SUJETO DE IMPUTACIÓN

De lo expuesto concluimos que, en el derecho penal, el sujeto de la imputación, como del castigo, no puede estar constituido por una persona normativa o jurídica, esto es, por una persona entendida como una construcción instrumentalizada social y normativa, sino que dicho sujeto solo puede estar representado por el Hombre, por el individuo humano y, como tal, portador de capacidad de decisión y atributo de responsabilidad individuales.

En el derecho penal, como en todo ordenamiento jurídico de “conductas humanas”, el recurso al punto de vista valorativo de la concepción del hombre como persona responsable no puede limitarse en modo alguno a un concepto normativo de persona, sino al sustrato ontológico de la persona responsable. Dicho sustrato no puede estar constituido exclusivamente por un ser individual empírico, despojado de sus esencias y dignidades propias de ser humano.

La concepción del Hombre como persona responsable, si no quiere despegarse totalmente del mundo real, solo será posible a partir del reconocimiento, en el referido hombre empírico, de ciertas propiedades y estructuras ónticas previas.

Si el derecho, respetando el principio de las categorías lógico-objetivas, no se dirige al mundo de las cosas, ni de los animales, ni a las fuerzas naturales, sino al Hombre, entonces habrá de ser la estructura óntica del ser humano lo primero a tomar en consideración. La concepción del ser humano como persona responsable solo resulta posible si la estructura óntica del ser humano es portadora de las condiciones de posibilidad de dicha concepción, erigida como criterio valorativo. Si una regulación tiene por objeto conductas humanas, solo cabrá reconocerle el carácter de derecho en el caso de que respete la estructura lógico objetiva fundamental que impone la concepción del hombre como persona

---

<sup>31</sup> SCHÜNEMANN, o. cit. (nota 15), p. 188.

responsable, mientras que si la violenta, ya no debe poder ser comprendida como derecho, sino como mero dispositivo de fuerza y coacción.

### 3. SOBRE LA NECESARIA TRASCENDENCIA ÓNTICA EN UNA CONCEPCIÓN NORMATIVISTA ATEMPERADA

La estructura ontológica del ser humano, que debe respetar el derecho, está constituida por todo aquello que fundamenta la dignidad humana (libertad ética).

Ya PUFENDORF, siguiendo un pensamiento que la tradición literaria ha adjudicado al poeta Homero, decía: “En la mera expresión de Hombre hay alguna dignidad”, y ella no surgía de ninguna idea racional de la esencia del hombre, sino más bien del hombre empírico y sus atributos.<sup>32</sup>

La dignidad del hombre radica: a) en que posee la luz del entendimiento y la capacidad de distinguir y de elegir; ello, por ser un ser éticamente libre, y b) en su sociabilidad, la capacidad de libre vinculación al orden ético social de la comunidad.

Esa dignidad corresponde, de modo igual, a todos los hombres, tanto a aquel que consideramos respetuoso de la ley como al que decidiera apartarse por completo de la comunidad, vivir al margen de la sociedad e incluso oponerse frontalmente al orden de esta. No existe razón para negar que una decisión semejante sea expresión de un hombre éticamente libre. Estos sujetos “disidentes”, “afuncionales”, deben también ser reconocidos como personas responsables y tratados como tales, es decir, de acuerdo a su intrínseca dignidad humana.

Recuerda FERRAJOLI<sup>33</sup> que desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, hombre y ciudadano constituyen dos estatus subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: los de la personalidad —que corresponden por igual a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas— y los de la ciudadanía —que corresponden exclusivamente a los ciudadanos—. Entre los derechos del hombre en cuanto individuo humano, la Declaración enumera en sus artículos 7 a 10 las garantías del hábeas corpus y todas las garantías penales y procesales. Estas garantías del hombre deben considerarse intangibles con respecto de todos ellos, y en su violación hay que ver siempre un atentado a la dignidad intrínseca del ser humano.

Si nos situamos en el plano ontológico de la dignidad humana, no hay ninguna base para excluir a ningún hombre de la sociedad, pues esa dignidad la tienen todos por igual y

<sup>32</sup> S. PUFENDORF, *De Iure Naturae et Gentium, Libri octo*, Fráncfort del Meno: G. Mascovius, 1967 (reimp. 1759), l. I, cap. II, § 2, p. 23.

<sup>33</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, 2001.

no puede ser negada a ninguno. Se trata de una situación de igualdad en el derecho, cuyo fundamento radica en la capacidad de elegir y en la sociabilidad que está dada en la naturaleza humana como tal.

Es precisamente la idea fuerza de la dignidad humana vinculante para el derecho el argumento más fuerte y respetuoso frente a la tan promocionada construcción teórica avalorada que conocemos como el *derecho penal del enemigo*.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- CERVINI, Raúl, “Derecho penal económico democrático. Hacia una perspectiva integrada”, en Celso SANCHEZ VILARDI, Flavia BRASSER PEREIRA y Theodomiro DIAS NETO (co-ords.), *Direito penal economico. Análise contemporânea*, San Pablo: Fundación Getulio Vargas, FGV-GVLaw y Editora Saraiva, enero 2009.
- “La herencia dogmática. Esquema de la evolución de la teoría del delito en la doctrina europea”, en tres entregas de <www.direitocriminal.com.br>, 12.12.2001 a 22.12.2001, y en *Cuadernos del Curso de Especialización en Derecho Penal de la Empresa*, San Pablo: Fundación Getulio Vargas, Facultad de Derecho, 2004.
- “Principios del derecho procesal penal en un Estado democrático social de derecho”, en *Estado de Direito*, año II, n.º 11, Porto Alegre, octubre de 2007.
- “De Von Kries a Jakobs. Reflexiones sobre la responsabilidad objetiva”, en *Estudios de Derecho penal. Libro homenaje al Prof. Domingo García Rada*, Arequipa: Adrus, 2006.
- JAKOBS, Günther, *Acción y omisión en el Derecho penal*, traducción de L. C. Rey Sanfiz y J. Sánchez-Vera, Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sánchez, Enrique Peñaranda Ramos, Marcelo A. Sancinetti y Carlos Suárez González, Lima: Palestra, 2000.
- *Ciencia del Derecho: ¿Técnica o humanística?*, traducción de M. Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.
- *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.
- *La competencia por organización en el delito omisivo*, traducción de E. Peñaranda Ramos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1994.
- *El concepto jurídico penal de acción*, traducción de M. Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.
- “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985), en *Estudios de Derecho penal* (infra).

- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2.<sup>a</sup> ed. corr., 1997.
- *Derecho penal como disciplina científica*, Madrid: Civitas, 2006.
- “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 2003.
- *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Luis Carlos Rey Sanfiz, Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- *Estudios de Derecho penal*, recopilación y traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas y UAM, 1997.
- *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.
- *Fundamentos del sistema jurídico penal*, Lima: ARA, 2005.
- *Injerencia y dominio del hecho: Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, traducción de M. Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001.
- *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, prólogo de Eduardo López Betancourt, México: Porrúa, 2006.
- *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción y estudio preliminar de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid: Civitas, 2006.
- (en coautoría con Eberhard STRUENSEE), “Problemas capitales del derecho penal moderno”, en *Homenaje a Hans Wezel a los 20 años de su fallecimiento*, Buenos Aires: Hammurabi, 1998.
- *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.
- *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: Estudio sobre la relación entre-juridicidad y eticidad*, traducción de M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.
- *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.
- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid: Civitas, 2003.

- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2004.
  - *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, serie Cuadernos de Conferencias y artículos, n.º 13, 1.ª reimp., 1998.
  - *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, traducción de F. Muñoz Conde y P. García Álvarez, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
  - *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, seminario con Günther Jakobs en la UAM, edición de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, prólogo de Günther Jakobs, Madrid: Civitas, 2008.
  - *Verantwortung in Recht und Moral*, compilado por NEUMANN y SCHULZ, ARSP, Cuaderno 74, 2000.
- JAKOBS, Gunther, y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.
- *El Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- JAKOBS, Gunther, Wolfgang NAUCKE, Harro OTTO y Klaus ROXIN, *La prohibición de regreso en el Derecho penal*, traducción de M. Cancio Meliá y M. Sancinetti, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios n.º 11, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, 2001.
- MOCCIA, Sergio, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.
- *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- MORENO, Juan Damián, “¿Un Derecho procesal penal de enemigos?” en M. CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DIEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Buenos Aires: Edisofer y B de F, Buenos Aires, 2006,
- PUFENDORF, S., *De Iure Naturae et Pentium. Libri octo*, Fráncfort del Meno, G. Mascovius, 1967 (reimpresión de la obra de 1759).
- REQUEJO RODRÍGUEZ, J. L., “La suspensión individual de derechos fundamentales”, en *La defensa del Estado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd, “La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, versión ampliada, en *Obras*, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, 2009. Antes publicada en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001.

ZAFFARONI, Raúl, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2000.

WELZEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid: Aguilar, 1971.

# El precedente administrativo\*

## The Administrative Precedent

*Augusto Durán Martínez\*\**

**RESUMEN.** En un comienzo ni se consideraba el precedente administrativo al estudiarse las fuentes del derecho administrativo. Luego la interrogante se planteó y se rechazó la posibilidad de que el precedente fuese una fuente formal de derecho. Más adelante, sin perjuicio de predominar la postura negativa, se admitió que la inobservancia de un precedente pueda tener relevancia jurídica. En el estado actual del derecho opino que el precedente administrativo es verdaderamente fuente formal de derecho administrativo.

**PALABRAS CLAVE.** Derecho administrativo. Fuentes del derecho. Actos propios. Procedimiento administrativo.

**ABSTRACT.** At first, the administrative precedent was not taken into consideration when studying the sources of administrative law. Later, the issue was considered again and the status of the precedent as a formal source of law was rejected. Afterwards, notwithstanding the prevailing negative position, it was accepted that failure to respect a precedent might be legally relevant. In the current state of law, I believe that the administrative precedent is truly a formal source of administrative law.

**KEY WORDS.** Administrative Law. Sources of Law. Estoppel. Administrative Proceedings.

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento de Derecho Administrativo y decano emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.



**SUMARIO. I.** Costumbre, práctica administrativa y precedente administrativo. **II.** Actos propios. Stoppel. Confianza legítima. Certidumbre jurídica. **III.** El precedente administrativo como fuente.

## I.

---

### COSTUMBRE, PRÁCTICA ADMINISTRATIVA Y PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

1. El precedente administrativo es escasamente estudiado en las obras generales de derecho administrativo. Cuando se lo estudia, en general se lo hace junto con la costumbre y la práctica administrativa.<sup>1</sup>

Como se sabe, la costumbre es un comportamiento uniforme y constante de la sociedad, con la convicción de que tal conducta es jurídicamente obligatoria.<sup>2</sup> Se requiere, como decían los romanos, un elemento objetivo, el *usus inveteratus*, y otro subjetivo, la *opinio juris necessitatis*.

Ese origen de la costumbre se ponía claramente de manifiesto en la escuela histórica alemana, que consideraba el derecho consuetudinario como “la expresión inmediata e irreflexiva del espíritu viviente en el pueblo”.<sup>3</sup> Esa es una de las razones por las cuales, en el marco de una concepción del derecho administrativo como derecho de la administración, la costumbre ha encontrado resistencia para ser reconocida como fuente del derecho

---

<sup>1</sup> F. ROTONDO TORNARÍA, *Manual de Derecho administrativo*, Montevideo: Ediciones Del Foro, 7.<sup>a</sup> ed. amp. y act., 2009, pp. 82 ss.

<sup>2</sup> J. C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, Buenos Aires: Lexis Nexis y Abeledo-Perrot, 8.<sup>a</sup> ed. act., 2006, t. I, p. 206; ROTONDO TORNARÍA, o. cit. (nota 1), p. 82.

<sup>3</sup> A. ROSS, *Teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 497.

administrativo. Por eso, es frecuente que se diga “que el lugar de la costumbre lo ocupen en derecho administrativo las llamadas prácticas administrativas”.<sup>4</sup>

El precedente administrativo se diferencia de la costumbre por su origen: proviene de la administración, no de la sociedad, según la concepción tradicional, y la conducta puede no ser reiterada.<sup>5</sup> Respecto a este último punto escribió BARRA:

[...] no es necesaria la existencia de una cantidad plural de decisiones previas para establecer un precedente. Basta con una sola decisión, aun contradictoria de otras anteriores, ya que para el administrado que lo invoca lo que le interesa es la última decisión de la Administración, previa a su caso. Naturalmente, la existencia de una cantidad de precedentes en el tiempo le brindará al interesado una mayor fuerza argumental, pero de ninguna manera puede exigirse tal continuidad para ampararse en el precedente.<sup>6</sup>

ROTONDO TORNARÍA ha definido al precedente administrativo como:

[...] una “conducta previa” de la administración que contiene un acto anterior que resuelve un caso similar a otro, actual, por lo cual aquel tiene efectos hacia el futuro, momento en que se dirá que se actúa “como se hizo antes” o incluso “como se ha hecho siempre”.<sup>7</sup>

En general<sup>8</sup> se ha sostenido que la práctica administrativa es una reiteración de precedentes administrativos. Dice PARADA:

[...] la práctica supone una reiteración en la aplicación de un determinado criterio en varios casos anteriores, mientras que el precedente puede ser simplemente la forma en que se resolvió con anterioridad un único asunto, análogo a otro pendiente de resolución.<sup>9</sup>

Se diferencia de la costumbre por su origen, proviene de la Administración, no de la sociedad y, se dice,<sup>10</sup> no existe la *opinio juris necessitatis*.

<sup>4</sup> GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, vol. I, p. 395.

<sup>5</sup> F. ROTONDO TORNARÍA, “Conducta previa de la Administración. ¿Existe el precedente administrativo?”, exposición en las *Jornadas del Anuario de Derecho Administrativo*, realizadas en Montevideo en 2008 (inédita).

<sup>6</sup> R. C. BARRA, *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires: Ábaco, 1998, t. 1, p. 666.

<sup>7</sup> ROTONDO TORNARÍA, “Conducta previa...”, o. cit. (nota 5).

<sup>8</sup> Digo en general porque existe alguna opinión distinta. Así, para ORTIZ DÍAZ las prácticas administrativas “[...] constituyen meras normas usuales de carácter y eficacia puramente interna para la Administración, derivadas de principios de técnica administrativa o de buena administración, que los funcionarios siguen en el desarrollo de su actividad, estilo corriente de proceder estos [...] El precedente, por el contrario, es más; implica la resolución sustantiva de la Administración sobre cuestiones sometidas a la misma y generadora de derechos e intereses para los particulares”. Citado por GARRIDO FALLA, o. cit. (nota 4), p. 395, nota 17. También BARRA tiene un concepto diferente. Para él la práctica administrativa es una forma de costumbre vinculada a tramitaciones que forman parte del proceso de la toma de decisión, en principio con efectos internos. BARRA, o. cit. (nota 6), p. 666.

<sup>9</sup> R. PARADA, *Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 1997, t. I, p. 77.

<sup>10</sup> J. A. PRAT, *Derecho administrativo*, Montevideo: Acali, 1977, t. 2, p. 110.

**2.** En general, la doctrina no admite el precedente administrativo como fuente formal,<sup>11</sup> a tal punto que SAYAGUÉS LASO, cuando estudia las fuentes, ni lo menciona.<sup>12</sup>

En esta línea, BARRA entiende que el precedente, más que a la creación del derecho, refiere a la interpretación de normas ya existentes; sostiene que no es fuente, sino “parte integrante, en la estructura interna del acto administrativo, del elemento ‘causa’ a los efectos de la toma de decisión y de la valoración de la validez del acto, formando parte de la garantía del debido proceso sustantivo”.<sup>13</sup>

Otros autores, como CASSAGNE, entienden que el precedente administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por los órganos del Estado, constituye una fuente del derecho.<sup>14</sup> Claro que para valorar en sus justos términos la opinión de CASSAGNE hay que tener en cuenta que él niega la utilidad de la distinción entre precedente administrativo y práctica administrativa, y la reiteración del precedente sería lo que hemos considerado práctica administrativa.

**3.** Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que la doctrina más actual que niega al precedente administrativo el carácter de fuente formal admite que pueda tener relevancia jurídica.<sup>15</sup>

En tal sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ indicaron:

[...] el precedente administrativo reiterado puede tener un cierto valor vinculante para la propia Administración, en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria. Este juicio se explica fácilmente, sin necesidad de acudir a la tesis del precedente como costumbre, por virtud de los principios de igualdad de los ciudadanos ante la Ley (artículo 14 de la Constitución) y de la buena fe (en sus dos vertientes, de protección de la confianza del tercero, que ha podido orientar su actividad sobre el criterio mantenido hasta entonces por la Administración, y de interdicción de la arbitrariedad propia (artículos 7 CC y 9.3 de la Constitución)).<sup>16</sup>

<sup>11</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid: Civitas, 1983, t. I, p. 67; A. GUISANDE, “El valor del precedente administrativo”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, t. IV, p. 316; ROTONDO TORNARÍA, o. cit. (nota 1), p. 83.

<sup>12</sup> E. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. I, pp. 86 ss.

<sup>13</sup> BARRA, o. cit. (nota 6), p. 667.

<sup>14</sup> CASSAGNE, o. cit. (nota 2), t. I, p. 208.

<sup>15</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, o. cit. (nota 11), t. I, p. 67; GUISANDE, o. cit. (nota 11), p. 317; ROTONDO TORNARÍA, o. cit. (nota 1).

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 67.

En esencia esa posición es reiterada en España por GARRIDO FALLA, PAREJO ALFONSO y PARADA.<sup>17</sup>

GARRIDO FALLA, al estudiar las prácticas administrativas encaradas como una reiteración de precedentes, expresó:

La posible obligatoriedad de las prácticas administrativas no deriva simplemente de la fuerza que para la Administración tengan sus propios precedentes. Entendemos, antes bien, que la Administración puede lícitamente apartarse de sus propios precedentes: 1º. Si se trata de materias en las que actúa con poderes reglados, por entender que la interpretación de la ley que se ha venido haciendo no es la correcta. 2º. Si se trata de materias en las que actúa con poderes discrecionales, por entender que los criterios hasta entonces aplicados son inoportunos o contrarios al interés público; si bien en este caso el cambio de criterio deberá realizarse con carácter general para el futuro, y no como derogación del criterio anterior para resolver un caso concreto.

En cambio, a nuestro juicio, la obligatoriedad de las prácticas administrativas surge allí donde, como consecuencia de las mismas, haya podido crearse un principio de apariencia jurídica que induzca al administrado a creer correcta una actuación suya en un sentido determinado; y especialmente si el cambio de criterio implica discriminación contraria al principio de igualdad ante la ley que consagra el artículo 14 de la Constitución.<sup>18</sup>

Por su parte, PAREJO ALFONSO, que parece identificar la práctica y el precedente administrativo, escribió:

La práctica (actos sucesivos, reiterados en un mismo sentido) observada por la Administración pública, es decir, el precedente administrativo, no tiene el valor propio de la costumbre, sencillamente porque la Administración está vinculada positivamente a la legalidad y debe siempre aplicarla. No puede, pues, quedar vinculada por un precedente *contra legem*. Esta conclusión no significa negar toda eficacia al precedente. Este produce el efecto de todos los actos propios: la vinculación unilateral a los mismos, que puede ser invocada desde luego por el tercero. Este efecto no es despreciable, en la medida en que el apartamiento de la práctica de precedentes previos puede resultar indiciario de una conducta arbitraria y lesiva del principio de protección de la confianza suscita en tercero (artículo 9.3 CE), así como, desde luego, del de igualdad por discriminación carente de justificación (artículo 14 CE).

El efecto en cuestión encuentra fundamento en los artículos 54.1, c) LRjAPyPAc y 2 RSCL. Una jurisprudencia contencioso-administrativa bien establecida y numerosa así lo tiene establecido, si bien precisando con acierto que la invocación del precedente solo es legítima dentro de la legalidad o, dicho de otro modo, que solo es esgrimible el precedente legal o conforme a Derecho (la STC 36/1982, de 16 de junio, ha confirmado esta doctrina jurisprudencial).<sup>19</sup>

<sup>17</sup> PARADA, o. cit. (nota 9), p. 77.

<sup>18</sup> GARRIDO FALLA, o. cit. (nota 4), pp. 395 ss.

<sup>19</sup> L. PAREJO ALFONSO, A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho administrativo*, Barcelona, 5.ª ed., 1998, vol. 1, p. 281.

A mayor abundamiento, PAREJO ALFONSO cita una sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de mayo de 1997 (R. Az. 4303),

[...] conforme a la cual las Administraciones públicas no están vinculadas por el precedente, pero sí sujetas al control judicial que debe corregir las desviaciones que en la aplicación igual de la Ley se produzcan. Y ello no solo en el ejercicio de potestades regladas, sino también en el de las discrecionales, pues los Tribunales han de fijar las circunstancias fácticas del caso y el contenido concreto de la norma aplicada, ya que de lo contrario habría discriminación por tratamiento desigual y no estaría razonablemente justificado un cambio de criterio no manifestado expresamente.<sup>20</sup>

De PARADA me interesa especialmente recordar su opinión en lo relativo a la importancia que asigna a la motivación. El conocido catedrático gallego escribió:

[...] la Administración puede desvincularse de su práctica o precedente al resolver un nuevo y análogo asunto con solo cumplir la carga de la motivación, carga que no es simplemente formal, sino que implica la exposición de razones objetivas que expliquen y justifiquen el cambio de conducta; de lo contrario, la Administración estará vinculada por su anterior comportamiento so pena de incurrir en una discriminación atentatoria a la seguridad jurídica y al principio de igualdad de los administrados, fundamento último de lo que de obligatorio y vinculante puede haber en los procedimientos y prácticas administrativas.<sup>21</sup>

El deber de motivar los actos administrativos es de principio.<sup>22</sup> Por eso es que MARTÍN REBOLLO decía “hay que motivar siempre”.<sup>23</sup> Pero lo interesante del caso radica en que el legislador español exige expresamente la motivación de los actos administrativos “que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes” (artículo 54, literal c, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJ-PAC).

**4.** La doctrina española influyó notoriamente en la escasa doctrina uruguaya sobre el punto.

En esa línea, GUISANDE expresó:

El precedente administrativo no constituye una fuente de derecho, una norma jurídicamente obligatoria que condicione o limite a la Administración en el ejercicio de sus potestades, aunque la distinción de si ellas son discrecionales o regladas tiene una relevancia especial.

<sup>20</sup> *Ibidem.*

<sup>21</sup> PARADA, o. cit. (nota 9), p. 77.

<sup>22</sup> A. DURÁN MARTÍNEZ, “La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999, p. 65; ídem, *Casos de Derecho administrativo*, Montevideo, 2003, vol. III, pp. 33 ss.

<sup>23</sup> L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes administrativas*, 15.ª ed., Pamplona: Aranzadi y Thomson Reuters, 2009, p. 478.

En el ejercicio de potestades regladas, la Administración solo podrá modificar sus pronunciamientos o decisiones cuando aprecie que ellas han sido contrarias al texto o al sentido de la norma aplicada. De esto resulta que nadie podrá pretender, invocando el principio de igualdad con el que deben ser tratados los administrados ante situaciones iguales, que si el órgano administrativo ha actuado ilegítimamente en la resolución de alguna situación concreta deba, en aplicación del principio de igualdad, seguir cometiendo la misma ilegalidad.

Cuando la Administración ejercite poderes discrecionales, en los que predomina la apreciación de la conveniencia u oportunidad de la medida a disponerse, y en donde siempre existe más de una solución justa entre las posibles legítimas, el cambio puede ser, más frecuente, más esperado.

Si la oportunidad o la conveniencia, el mérito del acto, determinan la necesidad de un cambio en el tratamiento dado hasta ese momento a situaciones iguales, la Administración no solo estará habilitada sino incluso obligada a modificar sus resoluciones o reglamentos para satisfacer el interés público. No podrá invocarse ante ello el precedente para pretender la anulación de lo actuado, porque este no genera una norma, sino solo un hábito o un uso reiterado que no impone obligatoriedad.

Pero cualquier cambio al precedente debe estar debidamente fundado y esos fundamentos deben ser explicitados y que ante ello: “No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada” (Dec. 500/991, artículo 123).

Si el cambio de tratamiento no está debidamente fundado o esos fundamentos no han sido explicitados del modo reglamentariamente impuesto, y si con ello se contraviene una larga práctica de actuación anterior del órgano que resuelve, todo ello puede constituir una señal importante de ejercicio ilegítimo de los poderes jurídicos asignados, o aun configurar el vicio que nuestra Constitución, recogiendo la tradición francesa, denomina “desviación de poder”.

Por lo expuesto, sostenemos, como lo ha hecho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia comentada, que en principio, el acto debe ser apreciado en sí mismo, como lo exige el texto constitucional, contrastándolo con la legalidad aplicable, apreciando las razones que se dan para fundamentar el acto, como elementos decisivos para juzgar.

Sin embargo, si el acto modifica una reiterada costumbre o “serie de precedentes administrativos”, sin aportar, como está exigido, razones satisfactorias que fundamenten la modificación, ello no constituirá un elemento determinante para la anulación de la decisión, pero exigirá un cuidado o atención especial para apreciar si de ese modo se procura violar el principio de igualdad de los administrados ante la Ley, o si los poderes se han utilizado para conseguir la satisfacción de intereses, públicos o privados, que no son los que tuvo en consideración el legislador cuando determinó la finalidad con que debían utilizarse legítimamente.<sup>24</sup>

En sentido similar, ROTONDO TORNARÍA señaló:

---

<sup>24</sup> GUISANDE, o. cit. (nota 11), pp. 316 ss.

Por sí no es fuente, ya que el precedente no posee un valor normativo estricto. El cambio de criterio puede sí interesar para probar la existencia del vicio de desviación de poder, en caso de que dicho cambio se realice para resolver un caso concreto y no en forma general para el futuro.

Esto se explica por los principios de igualdad de las personas ante las normas y ante la administración y el de la buena fe, en sus dos vertientes, de protección de confianza del tercero, que ha podido orientar su actividad sobre el criterio mantenido hasta entonces y de interdicción de la arbitrariedad propia.<sup>25</sup>

Posteriormente, en un trabajo inédito ya citado, reiteró este concepto y agregó que esos principios mencionados tienen recepción en nuestra Constitución (artículos 7, 72 y 332) y en normas internacionales sobre derechos humanos.<sup>26</sup>

**5.** Nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en más de una oportunidad, no admitió la anulación de un acto administrativo por apartarse de un precedente, invocando el artículo 310 de la Constitución. En efecto, en sentencia n.º 177, de 3 de mayo de 1989, precisamente la comentada por GUISANDE, la que se remite a la sentencia n.º 18/987, expresó:

El argumento de lo decidido por la Administración en casos anteriores y similares, no es valedero, ya que la norma constitucional (artículo 310) ordena que el Tribunal aprecie el acto en sí mismo; esto es, limitándose al acto concreto y a la también concreta situación en que se inserta, para examinar si, en la ocasión, se ha transgredido la legalidad aplicable; pero en modo alguno, hacer juicio de conveniencia en relación a las soluciones que la Administración diera, con anterioridad, a casos similares. Y, en vista de tal limitación de las facultades del Tribunal, lo único que cabe apreciar es si las razones que da la Administración para fundamentar su solución denegatoria a la solicitud de registro, son o no lícitas (sentencia cit.).<sup>27</sup>

Por sentencia n.º 749, de 8 de diciembre de 2004, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo rechazó expresamente el carácter de fuente del precedente. En tal oportunidad indicó:

Aun cuando se admite la razonabilidad y conveniencia de que tratándose de idénticos planteos se impongan idénticas decisiones, lo cierto es que no existe norma legal ni reglamentaria alguna, que imponga a la Administración la obligación de seguir o sujetarse a lo que el actor denomina el “precedente”.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> ROTONDO TORNARÍA, *Manual...*, o. cit. (nota 1), p. 83.

<sup>26</sup> Ídem, “Conducta previa...”, o. cit. (nota 5).

<sup>27</sup> *Anuario de Derecho Administrativo...*, o. cit. (nota 11), t. IV, p. 313.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, t. XII, p. 167.

Sin embargo, el mismo Tribunal en sentencia n.º 149, de 12 de abril del mismo año 2004, expresó:

No ha sido controvertido que la Intendencia de Canelones retenía la cuota sindical desde mediados del siglo pasado, de manera que la Administración, en principio, debe actuar en forma coherente con esos antecedentes, respetando el principio general de la buena fe.

En la especie con el acto impugnado se contradice frontalmente la conducta anterior, sin causa justificada, lesionando el principio de igualdad y el interés de los particulares afiliados al sindicato.<sup>29</sup>

**6.** Sin embargo, ha aparecido en nuestro país una voz que toma distancia de estas posturas que niegan al precedente administrativo el carácter de fuente formal de derecho administrativo.

En efecto, BRITO, luego de referirse a las mismas sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que he citado y a la misma doctrina nacional que he aludido, con singular énfasis afirma:

[...] nos apartamos en general del criterio jurisprudencial antes citado, reiteradamente expuesto por el máximo órgano del sistema orgánico del contencioso administrativo anulatorio uruguayo y en general recibido por la doctrina nacional citada, aunque con precisiones relevantes ya transcritas.<sup>30</sup>

Y luego, en ese trabajo dedicado no al precedente sino a demostrar la condición de fuente de derecho administrativo del acto administrativo, expresó:

[...] ese trasfondo valórico de la cuestión del precedente administrativo —del acto administrativo como fuente de derecho— va consigo inexorablemente en la dimensión de seguridad, derecho fundamental, de sesgo constitucional y raíz natural.<sup>31</sup>

**7.** En Argentina CASSAGNE, que había admitido el carácter de fuente del precedente administrativo, expresó:

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 166.

<sup>30</sup> M. R. BRITO, "El acto administrativo como fuente de derecho", en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y OTROS, *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica*, Panamá: Órgano Judicial, VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2009, p. 705.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 710.

[...] la asignación de valor de fuente del Derecho peculiar a los precedentes administrativos, contribuye a la seguridad jurídica y a la observancia del principio de igualdad ante la ley, evitando la conservación de la arbitrariedad en el ámbito de la Administración Pública.<sup>32</sup>

**8.** Lo interesante de esta comparación de opiniones radica en que tanto los que afirman el carácter de fuente formal del derecho administrativo del precedente administrativo como los que niegan pero admiten su relevancia jurídica, en definitiva se basan en determinados principios generales del derecho y en general mencionan los mismos.

Esos principios se verían afectados por un acto de la administración que contradiga una conducta anterior. La cuestión pasa así por la determinación de la relevancia jurídica de la conducta anterior, cuestión más amplia que el precedente pero que lo incluye. Eso nos lleva a la teoría del acto propio y al principio de confianza legítima.

## II.

### ACTOS PROPIOS. STOPPEL. CONFIANZA LEGÍTIMA. CERTIDUMBRE JURÍDICA

**1.** La teoría de los actos propios no tiene recepción expresa de una manera general en nuestro derecho positivo, al menos en el ámbito del derecho público. Pero eso no quiere decir que no sea de aplicación. Es más, se puede decir que en general esta teoría, en los países en que se invoca, ha sido aplicada por la jurisprudencia con anterioridad a su recepción en textos de derecho positivo.

**2.** Tal vez quien mejor haya desarrollado la teoría de los actos propios o de los propios actos en el ámbito del derecho público en Argentina haya sido MAIRAL.

MAIRAL sostiene que la doctrina de los propios actos deriva del principio de la buena fe.<sup>33</sup>

Parece difícil considerar al Estado excluido de la obligación de respetar un principio básico del derecho y de la moral como lo es el de la buena fe. [...] El hecho de que la Administración persiga el bien común no autoriza a liberarla de ataduras morales: el fin no justifica los medios.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> CASSAGNE, o. cit. (nota 2), t. I, p. 209.

<sup>33</sup> H. MAIRAL, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Buenos Aires: Depalma, 1988, pp. 54 ss.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, p. 52.

Al no tener la doctrina de los propios actos recepción expresa en el derecho positivo, su valor y fuerza serán los del principio del que deriva,<sup>35</sup> a juicio de MAIRAL, el principio de la buena fe.

En el ámbito del derecho administrativo, se puede invocar esta doctrina tanto para demandar la anulación de un acto administrativo como para reclamar una indemnización por los perjuicios sufridos.<sup>36</sup>

Tal es la importancia que la doctrina asigna a los aspectos reparatorios que la indemnización es admitida aun cuando no se anule o revoque el acto administrativo. En efecto, dice MAIRAL que hay situaciones en que puede ser preferible permitir la contradicción administrativa, pero indemnizando los perjuicios que ella causa al particular. Esto ocurrirá, según el jurista argentino, cuando los perjuicios al interés general o al de terceros resultantes del mantenimiento de la conducta administrativa inicial sean considerables; pero lo importante es que aun en este caso igualmente se afirma la procedencia de la indemnización.<sup>37</sup>

Es cierto que en general la teoría del acto propio se emplea con relación al mismo sujeto al que refiere la conducta anterior y el precedente se invoca con relación a terceros,<sup>38</sup> pero la relación que existe entre ellos es innegable.

### 3. Esta doctrina tiene vinculación con la del *estoppel* o *stoppel*, de raíz británica.

El *stoppel* tuvo su origen en la jurisprudencia del Reino Unido en el ámbito del derecho privado y se desarrolló luego en los Estados Unidos y Canadá.<sup>39</sup> Precisamente en Canadá la figura del *stoppel* alude a “la prohibición que se hace a una persona de retractarse de una seguridad que ha precedentemente dado que parecía vincularla definitivamente y en base a la cual otra persona ha actuado”.<sup>40</sup>

A los efectos de nuestro tema, interesa la acepción dada por el *Corpus Juris Secundum*, según la cual *stoppel* significa que “aquel que por un hecho o conducta ha inducido a otros a actuar de una manera determinada, no podrá adoptar una posición, actitud o curso de conducta contradictorio y con ello provocarle una pérdida o daño”.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> Ibídem, pp. 163 ss.

<sup>36</sup> Ibídem, pp. 158 ss.

<sup>37</sup> Ibídem, p. 159.

<sup>38</sup> BARRA, o. cit. (nota 6), pp. 669 ss.

<sup>39</sup> H. RONDÓN DE SANSÓ, “El principio de confianza legítima en el derecho venezolano”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Caracas, FUNEDA, 1998, pp. 297 ss.

<sup>40</sup> Ibídem, p. 298.

<sup>41</sup> MAIRAL, o. cit. (nota 33), p. 19.

El *stoppel* anglosajón solo protege a quien confía en la apariencia y cambia su propia posición en consecuencia.

La doctrina de los propios actos, en su versión más difundida en el derecho argentino, atiende fundamentalmente a la conducta del contradictor, sancionando su incoherencia por ser genéricamente peligrosa para el tráfico jurídico, cuando no éticamente disvaliosa, con independencia de la situación de la contraparte en la especie.<sup>42</sup>

#### 4. Muy vinculado a nuestro tema aparece el principio de la *confianza legítima*.

Este principio tiene su origen en la jurisprudencia alemana gestada luego de la Segunda Guerra Mundial.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo ha otorgado a este principio un papel preponderante entre los principios del derecho administrativo y lo ha considerado un importante instrumento para superar el pasado del Estado totalitario alemán.<sup>43</sup> Jurisprudencia que, como bien lo ha destacado PIELOW, emana de los principios recogidos en la Ley Fundamental de Bonn.<sup>44</sup>

El tema de la protección de la confianza nos lleva al centro de la tensión existente entre la necesidad de una cierta estabilidad en la actuación estatal y la necesidad de una cierta flexibilidad, innovación o cambio de esa actuación.<sup>45</sup>

Decía con acierto PIELOW:

Se puede entender la necesidad de la “estabilidad” de la actuación pública como un requisito básico y originario de cada Estado de Derecho, en la medida en que el propio principio del Estado de Derecho juega en favor de una necesaria y elevada *seguridad jurídica* en las relaciones jurídico-administrativas: quiere decir que la actuación administrativa de un Estado de Derecho está caracterizada en gran medida por la existencia y a la vez la permanencia de un determinado *statu quo* de reglas y decisiones fijas, que estimulan, dirigen y limitan la vida social y el comportamiento del individuo y *homo oeconomicus* dentro de la sociedad. De allí, el Derecho puede cumplir su tarea como factor de ordenación de la vida social y estatal únicamente cuando obedezca a unos requisitos mínimos de fidelidad o seguridad y de continuidad. De esta manera, la dimensión del factor *tiempo* se muestra como elemento esencial del derecho y le proporciona un rasgo conservador.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Ibídem, p. 24.

<sup>43</sup> J. C. PIELOW, “El principio de la confianza legítima (*Vertrauensschutz*) en el procedimiento y en las relaciones jurídico-administrativas”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Caracas: FUNEDA, 1998, p. 99.

<sup>44</sup> Ibídem, p. 100.

<sup>45</sup> Ibídem, p. 93.

<sup>46</sup> Ibídem.

Y teniendo en cuenta la necesidad de innovación es que PIELOW afirma que el principio de confianza legítima posee más que nunca gran importancia y sostiene que no se encuentra para nada en un rango secundario sino —antes bien— que aumenta su significado para el conjunto de las relaciones jurídico-administrativas.<sup>47</sup>

Tal es la importancia de este principio en Europa que se lo ha invocado como fundamento para comprometer la responsabilidad del Estado legislador. Aunque algunos autores de prestigio —como GARCÍA DE ENTERRÍA—<sup>48</sup> toman cierta distancia en este punto, el Tribunal Supremo de España comienza a admitirlo.<sup>49</sup>

No me interesa terciar ahora en esta polémica puesto que lo que al caso atañe es este principio con relación al Estado-administrador. Pero sí interesa mencionar el problema planteado para mostrar la preocupación que existe en los sistemas jurídicos más avanzados por la protección de la confianza legítima en todos los niveles, incluso ante el acto legislativo.

A los efectos de nuestro tema, interesa analizar el principio de confianza legítima con relación a la actividad administrativa.

Es precisamente a nivel de la actuación administrativa donde el concepto despliega toda su fuerza relativizadora entre los polos de la seguridad jurídica y de la debida flexibilidad de la actividad del Estado o, mejor, de sus autoridades. De manera general se puede decir que el principio de confianza legítima funciona como *elemento subjetivo* frente al postulado *objetivo* de la continuidad de la actuación administrativa: se impone a la Administración el tomar en consideración los intereses individuales en la conservación de las regulaciones, actos y otras decisiones administrativas, que forman la base para las actividades y disposiciones de los particulares y que pueden ser permisos, concesiones o autorizaciones administrativas [...].<sup>50</sup>

De ahí que, como decía PAREJO ALFONSO, “el principio de la confianza legítima se erija en pieza clave en la limitación y el control del ejercicio de la potestad administrativa de volver sobre los propios actos”.<sup>51</sup>

El Tribunal Constitucional Federal alemán expresó al respecto:

La seguridad jurídica es uno de los elementos fundamentales del principio del Estado de Derecho. Los ciudadanos tienen que ser capaces de prever posibles injerencias de la parte del Estado

---

<sup>47</sup> Ibídem, pp. 96 ss.

<sup>48</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.) y otros, *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Madrid: Endesa, Ibercaja y Civitas, 2003, pp. 37 ss.

<sup>49</sup> Ibídem, pp. 37 ss.

<sup>50</sup> PIELOW, o. cit. (nota 44), p. 98.

<sup>51</sup> Citado por PIELOW, o. cit. (nota 44), p. 100.

que los pueden afectar y de comportarse de manera adecuada. Los individuos tienen que poder fiarse de que sus acciones que son lícitas bajo el Derecho actual y de las que siguen determinadas consecuencias jurídicas pueden ser consideradas lícitas en el futuro [...] Seguridad jurídica significa para el ciudadano en primer lugar la protección de la confianza legítima.<sup>52</sup>

De esta sentencia PIELOW destaca “el principio del Estado de Derecho como cuna principal de la confianza legítima”.<sup>53</sup> Y más adelante subraya el papel que juegan los derechos fundamentales a favor de la confianza legítima.<sup>54</sup>

También LARENZ alude a este principio, al que llama simplemente *principio de la confianza*.

En tal sentido, el célebre filósofo del derecho expresó:

El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho —con independencia de cualquier mandamiento moral— tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico individual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el derecho positivo se concreta de diferentes maneras.<sup>55</sup>

Y más adelante, en la misma obra, el jurista alemán escribió:

El principio de la confianza tiene un elemento componente de ÉTICA jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad del tráfico. Uno y otro no se pueden separar [...] el componente ético-jurídico está en primer plano en el principio de buena fe. Dicho principio consagra que una confianza despertada de un modo imputable debe ser mantenida cuando efectivamente se ha creído en ella. La suscitación de la confianza es “imputable” cuando el que la suscita sabía o tenía que saber que el otro iba a confiar.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Ibídem, p. 101.

<sup>53</sup> Ibídem.

<sup>54</sup> Ibídem, pp. 101 ss.

<sup>55</sup> K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid: Civitas, 1993, p. 91.

<sup>56</sup> Ibídem, pp. 95 ss.

Esta postura calza perfectamente con la nueva visión que se impone con el neoconstitucionalismo, en que la ética corre por las venas del derecho,<sup>57</sup> que, en definitiva, se basa en la dignidad de la persona humana.<sup>58</sup>

Para la aplicación de este principio, la jurisprudencia alemana exige que se reúnan tres requisitos:

(1) una actividad administrativa que provoca (2) la confianza “digna de protección” del administrado así como (3) la desviación de la Administración de la expectativa del individuo.<sup>59</sup>

El principio de confianza legítima se ha invocado para impedir la revocación o anulación de oficio de actos administrativos creadores de derechos.<sup>60</sup> Refuerza así con fundamentación adicional la notable jurisprudencia del Consejo de Estado francés derivada del *arrêt Dame CACHET*, de 3 de noviembre de 1922,<sup>61</sup> y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina derivada del caso *Carman de Cantón*, de 1936.<sup>62</sup> Pero también se ha empleado, y cada vez más, fuera del ámbito de la revocación o anulación de actos administrativos, en tutela de situaciones dignas de ser protegidas por la confianza,<sup>63</sup> a los efectos del dictado de actos positivos o de evitar el dictado de actos que, sin revocar otros anteriores, conlleven un criterio opuesto. Esto es, precisamente, la cuestión del precedente administrativo.

**5.** Los desarrollos en torno a la protección de la confianza legítima impulsados por la jurisprudencia y doctrina alemana pronto se expandieron a otros países del mundo occidental.

Así, en Brasil ya pacíficamente se lo admite puesto que se entiende que el administrado no solo *puede* sino también *debe* confiar en la acción del Estado.<sup>64</sup>

JINESTA LOBO, de Costa Rica, escribió:

---

<sup>57</sup> A. DURÁN MARTÍNEZ, “En torno al neoconstitucionalismo”, en *Estudios Jurídicos*, n.º 7, Universidad Católica del Uruguay, 2009, p. 81.

<sup>58</sup> *Ibíd.*, pp. 97 ss.

<sup>59</sup> PIELOW, o. cit. (nota 44), p. 112.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, pp. 103 ss.

<sup>61</sup> M. HAURIU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, París: Librairie de Recueil Sirey, 1929, t. II, pp. 100 ss.

<sup>62</sup> J. F. LINARES, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1975, pp. 349 ss.; J. R. COMADIRA, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1981, pp. 83 ss.

<sup>63</sup> PIELOW, o. cit. (nota 44), p. 112.

<sup>64</sup> R. VALIM, *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, San Pablo: Malheiros, 2010, pp. 111 ss.

El principio de confianza legítima, junto con el de buena fe en las relaciones jurídico-administrativas, dimanan del principio de seguridad jurídica, esto es, la certidumbre en las relaciones con los poderes públicos, saber el administrado a qué atenerse con estos, quienes deben evitar las situaciones objetivamente confusas y mantener las situaciones jurídicas aunque no sean absolutamente conformes con el ordenamiento jurídico. Este principio se conecta, entre otros supuestos, con la teoría de la intangibilidad de los actos propios declaratorios de derechos para el administrado, la limitación de los actos de gravamen y la irretroactividad.

Encuentra aplicación, también, cuando una administración pública dicta y realiza una serie de actos y de actuaciones, que aunque jurídicamente incorrectas, generan una serie de expectativas en el administrado creyendo que ostenta una situación jurídica conforme con el ordenamiento jurídico.<sup>65</sup>

RONDÓN DE SANSÓ, en Venezuela, estudió el *principio de confianza legítima* a la luz del derecho de su país.

Emplea una terminología distinta. Prefiere hablar de *expectativa justificada* o *expectativa plausible*.<sup>66</sup>

Advierte RONDÓN DE SANSÓ que esta figura no ha tenido recepción expresa en el derecho positivo venezolano pero se encuentra en la base o es la consecuencia de varias instituciones o figuras ampliamente reconocidas. Así se ha dicho que este principio de confianza legítima deriva de alguno o varios de los siguientes principios: “la buena fe, el estado de derecho, la seguridad jurídica, los derechos fundamentales, la equidad y la justicia natural”.<sup>67</sup>

Sin perjuicio de ello, advierte que lo extraordinario de la noción de confianza legítima radica en que excede el ámbito de las instituciones que le sirven de fundamento para ubicarse en un sitio que está muchas veces detrás de ellas o por encima de ellas, esto es, que puede constituir su sustento.<sup>68</sup> Es decir, el principio de confianza legítima, más allá de la innegable vinculación con los principios indicados, cobra autonomía.

El valor y fuerza de este principio —desde el momento en que no tiene receptividad expresa en el derecho positivo— no está establecido por el derecho positivo sino que dependerá del valor y fuerza del principio del que deriva.<sup>69</sup> Y este principio puede invocarse tanto para reclamar una indemnización por daños y perjuicios como para demandar la anulación de un acto administrativo.<sup>70</sup>

---

<sup>65</sup> E. JINESTA LOBO, *Tratado de Derecho administrativo*, San José de Costa Rica: IUS Consultec y Jurídica Continental, t. I, 2.ª ed. amp. y corr., 2009, p. 296.

<sup>66</sup> RONDÓN DE SANSÓ, o. cit. (nota 40), p. 300.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. 296 ss., 301 ss.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 296.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 316 ss.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 350.

6. A esta altura me parece oportuno recordar a VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA en cuanto sostuvieron el derecho a la certidumbre jurídica.<sup>71</sup>

Este derecho surge como una exigencia ante la incertidumbre jurídica provocada por la creciente entropía que, a su juicio, caracteriza el actual derecho español,<sup>72</sup> lo que por cierto puede también predicarse del nuestro.

Según estos autores:

[...] la certidumbre jurídica es la expectativa razonable que todo ciudadano puede esperar, en un Estado de Derecho, para conocer la regulación aplicable a una conducta determinada.<sup>73</sup>

En realidad, como aclaran enseguida,

[...] lo que postula el principio de certidumbre no es tanto el conocimiento de la solución jurídica ante un caso concreto (aspecto que, en definitiva, corresponderá decidir a los Tribunales) como el derecho a tener una cierta seguridad acerca de la regulación jurídica aplicable a un supuesto o conducta determinados.<sup>74</sup>

Y esto deriva del principio de seguridad jurídica, por lo que este principio, sostienen, “es en definitiva, la clave de bóveda sobre la que se articula el derecho a la certidumbre”.<sup>75</sup>

Los desarrollos expuestos son plenamente compatibles, con una precisión. En derecho no basta la letra del texto; el texto debe ser aplicado, lo que previamente precisa ser interpretado.<sup>76</sup> La certidumbre jurídica no refiere solo a conocer qué es lo que dicen los textos, sino también cómo se interpretan y cómo se aplican.<sup>77</sup>

Creo que esto lo han tenido en cuenta los citados juristas españoles, cuando en ese trabajo afirmaron que “la Administración ha de actuar bajo la Ley y en la Ley, dando siempre una respuesta igual y prevista de antemano a la situación concreta, por minúscula y secular que esta sea”,<sup>78</sup> con lo que nos llevan a considerar el precedente.

---

<sup>71</sup> J. L. VILLAR PALASI y J. L. VILLAR EZCURRA, “El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho”, en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez*, Madrid: Civitas, 1993, t. I, p. 101.

<sup>72</sup> *Ibíd.*, pp. 94 ss., 101.

<sup>73</sup> *Ibíd.*, p. 101.

<sup>74</sup> *Ibíd.*, p. 102.

<sup>75</sup> *Ibíd.*

<sup>76</sup> E. R. GRAU, *Ensaio e discurso a interpretação. Aplicação do directo*, San Pablo: Malheiros, 202, p. 20.

<sup>77</sup> A. DURÁN MARTÍNEZ, “Seguridad para las inversiones en el Uruguay”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, Montevideo, 2008, vol. II, pp. 80 ss.

<sup>78</sup> VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA, o. cit. (nota 72), p. 103.

**7.** Los conceptos antes expuestos son perfectamente aplicables en sus lineamientos básicos en el derecho público uruguayo.

La teoría del acto propio y el principio de confianza legítima son conocidos en nuestra doctrina.<sup>79</sup> Y si bien no existe en nuestro país ningún texto de derecho positivo que consagre expresamente en el ámbito del derecho público la doctrina de los propios actos ni el principio de confianza legítima o de expectativa plausible, hay soluciones legales especiales en esa línea, como la consulta aduanera (artículo 288 de la ley n.º 13.318, de 28 de diciembre de 1964) y la consulta tributaria vinculante (artículo 71 ss. del Código Tributario).<sup>80</sup>

Puede afirmarse que rigen plenamente en nuestro medio los principios o instituciones de los que derivan la doctrina de los actos propios, el principio de confianza legítima o el principio de expectativa plausible o el principio de certidumbre jurídica y muchos de los desarrollos de la doctrina española acerca del precedente administrativo.

### **8.** Afirma RONDÓN DE SANSÓ:

La buena fe como hecho ético-social, alude a la lealtad, honestidad, fidelidad, confianza, credibilidad y a la segura creencia o convicción de no lesionar a otro.<sup>81</sup>

Nadie duda hoy de que el principio de la buena fe es uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. Y como bien ha dicho GONZÁLEZ PÉREZ, “el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter”.<sup>82</sup>

Nuestro Código Civil recoge el principio de la buena fe. Pero, por lo dicho, esto no quiere decir que antes de su recepción por el Código no existiera, que en virtud de su recepción posea rango legislativo y que se circunscriba al derecho civil. El principio de la buena fe es previo a toda norma puesta, tiene valor y fuerza superior al de la ley y no pertenece solamente al derecho civil sino a todo el derecho. Por ende, es de plena aplicación en el ámbito del derecho público.

Por eso es que el artículo 6 del decreto n.º 500/991, de 27 de setiembre de 1991, impone que todas las personas que intervengan en una actuación administrativa deban ajustar

<sup>79</sup> F. BERRO, *La relevancia jurídica de la conducta anterior (Teoría de los actos propios)*, Montevideo: Amalio M. Fernández, 1989; A. DURÁN MARTÍNEZ, “Actos propios. Confianza legítima. Expectativa plausible”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de Derecho administrativo*, Montevideo, vol. V, 2007, pp. 139 ss.

<sup>80</sup> BERRO, o. cit. (nota 80), pp. 29 ss.

<sup>81</sup> RONDÓN DE SANSÓ, o. cit. (nota 40), p. 303.

<sup>82</sup> J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2.ª ed., 1989, p. 22.

su conducta, entre otras cosas, a la buena fe. Se percibe así, como bien lo advirtió BRITO, la dimensión ética del procedimiento administrativo o, mejor dicho, de la conducta de sus protagonistas.<sup>83</sup> Este principio de buena fe, por ser inherente a la persona humana, es de los comprendidos en el artículo 72 de la Constitución.

**9.** Nadie duda de que nuestra Constitución consagra un Estado de derecho, por más que la realidad muestra a veces importantes falencias.<sup>84</sup> Es más, podemos afirmar que nuestra Constitución recoge un verdadero Estado constitucional de derecho en el sentido que se le asigna a esta expresión en el marco del neoconstitucionalismo.<sup>85</sup>

**10.** Está fuera de discusión que la seguridad jurídica es un principio cardinal de nuestro ordenamiento jurídico.

BANDEIRA DE MELLO, refiriéndose a él, decía que si no es el principio más importante de entre los principios generales del derecho, es indudablemente uno de los más importantes.<sup>86</sup> ROUBIER señalaba:

Là ou cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister.<sup>87</sup>

Por ser este principio inherente a la personalidad humana es de los comprendidos en el artículo 72 de la Constitución.<sup>88</sup> Es este un principio de máximo valor y fuerza; tanto es así que es este principio el que impide la revocación de actos administrativos firmes creadores de derechos aun por razones de legalidad.<sup>89</sup>

<sup>83</sup> M. BRITO, "Principios del procedimiento administrativo común", en *Procedimiento Administrativo. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, serie Congresos y Conferencias n.º 5, 2000, p. 11.

<sup>84</sup> A. DURÁN MARTÍNEZ, "La Administración en tiempos de crisis", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, Montevideo, 2004, vol. I, pp. 406, ss.

<sup>85</sup> DURÁN MARTÍNEZ, "En torno al...", o. cit. (nota 58), pp. 72 ss.

<sup>86</sup> C. A. BANDEIRA DE MELLO, "A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante os atos estatais", en C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Grandes temas de Direito administrativo*, San Pablo: Malheiros, 2009, p. 169.

<sup>87</sup> Citado por VALIM, o. cit. (nota 65), p. 19.

<sup>88</sup> A. DURÁN MARTÍNEZ, "Desaplicación del reglamento ilegal", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999, pp. 246 ss.

<sup>89</sup> A. DURÁN MARTÍNEZ, "Revocación del acto administrativo", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999, pp. 206 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Cosa juzgada administrativa", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999, pp. 350 ss.; C. E. DELPIAZZO, "Estabilidad del acto administrativo generador de derechos", en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y otros (eds.), *El acto administrativo como fuente del Derecho administrativo en Iberoamérica* (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo), Miami: Órgano Judicial de la República de Panamá, 2009, pp. 763 ss.; C. A. BANDEIRA DE MELLO, "A estabilidade...", o. cit. (nota 87), pp. 168 ss.; "Sentencia del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno, n.º 13, de 12 de agosto de 2005", en *La Justicia Uruguaya*, año 2005, t. 132, caso n.º 15.166, pp. 300 ss.

**11.** Los derechos fundamentales son el centro de nuestra Constitución. Si analizamos la parte dogmática de la Constitución, advertimos que ella se basa en el hombre. De él parte y a él se dirige.<sup>90</sup>

Es más, puede considerarse que “los derechos fundamentales han sido el componente del Estado de Derecho que más decisivamente ha influido en el Derecho Administrativo de posguerra”.<sup>91</sup> Los derechos humanos limitan la intervención y el ejercicio de la discrecionalidad administrativa<sup>92</sup> e impiden la arbitrariedad.

El neoconstitucionalismo reposa en esta concepción.<sup>93</sup> Nada que afecte los derechos fundamentales puede considerarse legítimo.

**12.** La equidad ha sido definida en forma insuperable por ARISTÓTELES.

Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. [...] Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirlo y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. [...] Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos, la cual, como es sabido, se amolda y se acomoda a la forma de la piedra que mide y no queda rígida, pues de este modo el decreto especial se acomoda a los diversos negocios que se presentan.<sup>94</sup>

Por eso, con razón GONZÁLEZ PÉREZ ha afirmado que la equidad no es algo que esté fuera del sistema jurídico. Superada la concepción del *ius strictum*, admitida una interpretación o corrección de la ley conforme a la justicia, la equidad deja de estar fuera del derecho y entra a formar parte del sistema jurídico positivo.<sup>95</sup>

<sup>90</sup> A. DURÁN MARTÍNEZ, “Filosofía de la Constitución oriental”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, Montevideo, 2004, vol. I, pp. 51 ss.

<sup>91</sup> E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid: INAP y Marcial Pons, 2003, p. 71.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>93</sup> A. DURÁN MARTÍNEZ, “En torno al...”, o. cit. (nota 58), pp. 72 ss.

<sup>94</sup> ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, Madrid: Espasa-Calpe, 1972, libro V, cap. X, pp. 152 ss.

<sup>95</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, o. cit. (nota 83), p. 31.

Por cierto que equidad y buena fe guardan estrecha relación.<sup>96</sup>

**13.** Finalmente, cabe decir que quienes aceptamos el jusnaturalismo admitimos la justicia natural.

**14.** Por supuesto que todos estos principios e instituciones se encuentran íntimamente interrelacionados y en definitiva convergen todos en los derechos fundamentales entendidos como derechos humanos.

**15.** Un apartamiento de un precedente administrativo puede sin duda ser una conducta contraria a la buena fe, al Estado de derecho, a la seguridad jurídica, a los derechos fundamentales, a la equidad o a la justicia natural, contraria a alguno de esos principios o instituciones o, incluso, a todos ellos.

Basta con que esa actitud de la Administración sea contraria a uno de esos principios o instituciones para comprometer la legitimidad de esa conducta y constituir causal de nulidad del acto en cuestión. En efecto, el artículo 23 literal *a* del decreto-ley 15.524, de 9 de enero de 1984, al definir el término *regla de derecho* contenido en el artículo 309 de la Constitución, incluye todo principio de derecho. Un acto administrativo contrario así a un principio de derecho resulta ilegítimo, es susceptible de la acción de nulidad y también compromete la responsabilidad patrimonial del Estado.

### III.

---

## EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO COMO FUENTE

**1.** Del desarrollo efectuado se extrae que el precedente administrativo en un principio ni siquiera fue pensado como fuente de derecho administrativo. Luego se planteó la interrogante y se negó que fuera fuente. Con el correr del tiempo se insistió en la negativa, pero se admitió que su apartamiento aparejaba consecuencias jurídicas. Solo una escasa doctrina consideró al precedente como fuente formal de derecho administrativo.

**2.** Sin embargo, me alinearé con esa muy minoritaria pero prestigiosa doctrina. En efecto, creo que el precedente administrativo es fuente formal de derecho administrativo.

---

<sup>96</sup> *Ibíd.*, p. 32.

**3.** A mi juicio acierta BRITO cuando vincula el tema del precedente al carácter de fuente del acto administrativo subjetivo.

No hay duda de que en Uruguay el acto administrativo subjetivo produce efectos jurídicos (artículo 120 del decreto n.º 500/991, de 27 de setiembre de 1991). Y ese acto administrativo no solo vincula a la Administración con relación al sujeto por él alcanzado sino que también condiciona a la Administración en sus futuras acciones, puesto que ella no es libre, sino que en virtud de su naturaleza instrumental está sujeta a un fin. Fin que en última instancia no es otro que el bien común, o sea, el estado de hecho necesario para el desarrollo de la persona humana en toda su dimensión, lo que conlleva su dignidad.

Por eso, si la Administración en un determinado momento adoptó una determinada postura, ha provocado que la cuestión deje de ser indiferente. Es esa actuación administrativa, que llamamos *precedente administrativo*, que pone en el tapete el principio de buena fe, o de igualdad, o de confianza legítima, o de expectativa plausible, o de certidumbre jurídica, o de equidad, o de justicia natural, y sobre todo el de seguridad jurídica, o todos ellos. Es que sin ese antecedente no se plantearían esas cuestiones. Y para eso basta un solo acto, no es necesaria la reiteración. Es precisamente por ese precedente que, a los efectos de no desconocer esos principios, la Administración está obligada a actuar de la misma manera. Y si está obligada a actuar de la misma manera es porque el precedente administrativo es fuente de derecho.

Y si es fuente de derecho, su desconocimiento es ilegítimo y en caso de existir impugnación el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe anular. El artículo 310 de la Constitución, bien interpretado, no impide considerar el acto impugnado en su contexto fáctico y en el marco de todas las fuentes del derecho debidamente armonizadas. Antes bien, todo eso se debe considerar para que la sentencia sea correcta.

**4.** Claro que esta obligación de la Administración surge cuando las situaciones son iguales. Si no son iguales, no hay precedente.

Y si los casos son iguales pero cambiaron las circunstancias, se ha producido un decaimiento<sup>97</sup> del precedente, con lo cual el precedente se ha extinguido y por tanto no se puede invocar.

**5.** Si el precedente es ilegítimo en principio no debe seguirse porque, si bien razones de seguridad jurídica impiden la revocación de un acto firme creador de derechos

---

<sup>97</sup> Tomo el término *decaimiento* en el sentido que MÉNDEZ le asigna al estudiar la extinción del acto administrativo. MÉNDEZ define el decaimiento como “la extinción de un acto por alteración de su estructura jurídica o modificación de los hechos que son su presupuesto normativo”. A. MÉNDEZ, “Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación”, en *La Justicia Uruguaya*, 1949, t. 18, s/d, p. 16.

aun por razones de legitimidad, ello no obliga a la Administración a continuar cometiendo ilegitimidades.

Pero eso no lleva a negar el carácter de fuente del precedente administrativo.

El caso ahora señalado es similar al del reglamento ilegal. No cabe duda de que el reglamento es fuente de derecho administrativo. Pero si es ilegal, la Administración debe en principio abstenerse de aplicarlo.<sup>98</sup>

Pero así como admitimos que excepcionalmente, por razones de seguridad jurídica, la Administración puede y a veces debe aplicar un reglamento ilegítimo en tutela de los derechos creados por él,<sup>99</sup> también, a veces, por esas mismas razones excepcionalmente, debe seguir un precedente ilegítimo.

**6.** Lo expuesto torna especialmente importante la motivación. A través de ella es que se explica que una situación por no ser igual no es un precedente, o si es igual pero cambiaron las circunstancias fue un precedente, pero que se extinguió como precedente por decaimiento, por lo que no se puede invocar, o si efectivamente es un precedente, no se puede seguir porque es ilegítimo.

Pero si es un precedente y es legítimo, la motivación será necesaria porque seguramente será el único fundamento que tenga ese acto, y si es ilegítimo hay que explicar muy bien por qué se lo sigue pese a su ilegitimidad.

**7.** En suma, una visión del derecho desde la perspectiva de la persona humana me lleva a admitir el precedente administrativo como fuente del derecho administrativo.

---

<sup>98</sup> A. DURÁN MARTÍNEZ, "La administración ante el reglamento ilegal", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público...*, vol. II, pp. 299 ss.

<sup>99</sup> *Ibíd.*, pp. 304 ss.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Anuario de Derecho Administrativo*, t. IV, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- Anuario de Derecho Administrativo*, t. XII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, libro V, capítulo X, Madrid: Espasa-Calpe, 1972.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., “A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante os atos estatais”, en C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Grandes temas de Direito administrativo*, San Pablo: Malheiros, 2009.
- BARRA, R. C., *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1. Buenos Aires: Ábaco, 1998.
- BERRO, F., *La relevancia jurídica de la conducta anterior (Teoría de los actos propios)*, Montevideo: Amalio M. Fernández, 1989.
- BRITO, M., “Principios del procedimiento administrativo común”, en UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY, *Procedimiento Administrativo. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, serie Congresos y Conferencias n.º 5, Montevideo, 2000.
- BRITO, M. R., “El acto administrativo como fuente de derecho”, en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y otros (eds.), *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica*, Miami: Órgano Judicial de la República de Panamá, VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2009.
- CASSAGNE, J. C., *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires: Lexis Nexis y Abeledo-Perrot, 8.ª ed. act., 2006.
- COMADIRA, J. R., *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1981.
- DELPIAZZO, C. E., “Estabilidad del acto administrativo generador de derechos”, en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y otros (eds.), *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica*, Miami: Órgano Judicial de la República de Panamá, VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2009.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Actos propios. Confianza legítima. Expectativa plausible”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de Derecho administrativo*, vol. V, Montevideo, 2007.
- “La administración ante el reglamento ilegal”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.

- “La Administración en tiempos de crisis”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
  - *Casos de Derecho administrativo*, vol. III, Montevideo, 2003.
  - “Cosa juzgada administrativa”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
  - “Desaplicación del reglamento ilegal”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
  - “En torno al neoconstitucionalismo”, en *Estudios Jurídicos*, n.º 7, Universidad Católica del Uruguay, 2009.
  - “Filosofía de la Constitución oriental”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
  - “La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
  - “Revocación del acto administrativo”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
  - “Seguridad para las inversiones en el Uruguay”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en L. COSCULLUELA MONTANER (COORD.) y otros, *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Madrid: Endesa, Ibercaja y Civitas, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, t. I. Madrid: Civitas, 1983.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Madrid: Civitas, 2.ª ed., 1989.
- GRAU, E. R., *Ensaio e discurso a interpretação/aplicação do direito*, San PabloÇ: Malheiros, 2002.
- GUISANDE, A., “El valor del precedente administrativo”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. IV, mvd: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- HAURIU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. II, París: Librairie de Recueil Sirey, 1929.

- JINESTA LOBO, E., *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, San José de Costa Rica: IUS Consultec y Jurídica Continental, 2.<sup>a</sup> ed. amp. y corr., 2009.
- LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid: Civitas, 1993.
- LINARES, J. F., *Fundamentos de Derecho administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1975.
- MAIRAL, H., *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Buenos Aires: Depalma, 1988.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes administrativas*, Pamplona: Aranzadi y Thomson Reuters, 15.<sup>a</sup> ed., 2009.
- MÉNDEZ, A., “Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 18, s/d, 1949.
- PARADA, R., *Derecho administrativo*, t. I, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- PAREJO ALFONSO, L., A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho administrativo*, vol. 1, 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1998.
- PIELOW, J. C., “El principio de la confianza legítima (*Vertrauensschutz*) en el procedimiento y en las relaciones jurídico-administrativas”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Caracas: FUNEDA, 1998.
- PRAT, J. A., *Derecho administrativo*, t. 2, Montevideo: Acali, 1977.
- RONDÓN DE SANSÓ, H., “El principio de confianza legítima en el derecho venezolano”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Caracas: FUNEDA, 1998.
- ROSS, A., *Teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ROTONDO TORNARÍA, F., “Conducta previa de la Administración. ¿Existe el precedente administrativo?”, exposición en las *Jornadas del Anuario de Derecho Administrativo*, realizadas en Montevideo en 2008, aún inédita.
- *Manual de Derecho administrativo*, Montevideo: Ediciones Del Foro, 7.<sup>a</sup> ed. amp. y act., 2009.
- SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid: INAP y Marcial Pons, 2003.
- “Sentencia del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno, n.º 13, de 12 de agosto de 2005”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 132, caso n.º 15.166, año 2005.

VALIM, R., *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. San Pablo: Malheiros, 2010.

VILLAR PALASI, J. L., y J. L. VILLAR EZCURRA, “El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho”, en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, t. I, Madrid: Civitas, 1993.

# Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina\*

Human dignity, fundamental rights  
and constitutional block of rights:  
an approach from Chile and Latin America

*Humberto Nogueira Alcalá\*\**

**RESUMEN.** La relación entre el orden constitucional y el internacional en materia de derechos humanos ha venido siendo objeto de cambios trascendentes. El autor, tras analizar cómo ha sido esta evolución, llega a la noción del *bloque constitucional de los derechos fundamentales* que se viene consolidando en la jurisprudencia latinoamericana.

**PALABRAS CLAVE.** Derecho constitucional. Derechos humanos. América Latina. Derecho internacional.

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Doctor en derecho por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Director Ejecutivo del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca y del Magister de Derecho Constitucional de la misma Universidad, Campus Santiago. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

**ABSTRACT.** The relationship between constitutional and international order as regards human rights has experienced major changes recently. The author analyzes this evolution, arriving at the notion of the constitutional block of fundamental rights which is has been consolidating in Latin American case law.

**KEY WORDS.** Constitutional Law. Human Rights. Latin America. International Law.

**SUMARIO. 1.** La dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales, los cuales constituyen límites a la soberanía estatal. **2.** Los derechos fundamentales como emanación de la dignidad humana. 2.1. Los derechos fundamentales como expresión genérica que incluye tanto los derechos constitucionales como los derechos humanos. **3.** El bloque constitucional de derechos fundamentales en América Latina. 3.1. Los derechos implícitos como derechos fundamentales. 3.2. Los derechos fundamentales asegurados por el derecho internacional convencional de derechos humanos válidamente incorporado al derecho interno. 3.2.1. La jurisprudencia de la jurisdicción constitucional chilena y latinoamericana sobre incorporación al bloque constitucional de derechos fundamentales de los derechos contenidos en tratados internacionales. 3.3. Los derechos contenidos en principios imperativos de derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos y garantías en Chile. **4.** El control de convencionalidad de las disposiciones de derecho interno que deben efectuar los jueces nacionales determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **5.** Consideraciones finales.

# 1.

## LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, LOS CUALES CONSTITUYEN LÍMITES A LA SOBERANÍA ESTATAL

En el derecho constitucional latinoamericano la afirmación de la dignidad de la persona y de los derechos humanos como soporte del orden constitucional está presente en la mayoría de las Cartas Fundamentales.<sup>1</sup>

La dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano; constituye un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal y es una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a persona alguna por el ordenamiento jurídico, al ser inherente a su naturaleza humana; ella no desaparece por más baja y vil que sea la persona en su conducta y sus actos.<sup>2</sup> El artículo 1.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas,

<sup>1</sup> Esta posición es extendida en América Latina. Como ejemplos pueden mencionarse la Constitución de Brasil de 1988, artículo 1.º, que señala que la República Federativa de Brasil tiene como fundamentos “[...] III. la dignidad de la persona humana”; la Constitución de Colombia de 1991, cuyo artículo 1.º prescribe: “Colombia es un estado social de derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general”; la Constitución chilena, que en su artículo 1.º determina: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; la Constitución peruana de 1993, que en su artículo 1.º señala: “[...] la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”; la Constitución de Honduras de 1982, cuyo artículo 5.º precisa: “[...] la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”; la Constitución de Guatemala de 1985, que establece en su artículo 1.º: “Protección de la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a su familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

<sup>2</sup> J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid: Civitas, 1986, p. 25.

de 10 de diciembre de 1948, determina que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Dotados de razón y de conciencia, deben actuar unos con los otros en un espíritu de fraternidad.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo afirma: “[...] el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento de que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”.

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, de 1984, precisa en el preámbulo el “reconocimiento de que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”. En el mismo sentido se expresa la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, la que explicita la “dignidad inherente a todos los miembros de la comunidad humana”.

El artículo 1.º, inciso 1.º, de la Constitución chilena precisa: “Las personas nacen libres e iguales *en dignidad* y derechos”.

*La dignidad de la persona* es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, lo que constituye a la persona como un fin en sí mismo e impide que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarla de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás.

VON WINTRICH sostiene que la dignidad del “hombre, como ente ético-espiritual, puede, por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea”.<sup>3</sup> A su vez, GONZÁLEZ PÉREZ señala que la dignidad es la categoría que corresponde al ser humano por estar dotado de inteligencia y voluntad, distinto y superior a todo lo creado, que establece un tratamiento en toda circunstancia concordante con la naturaleza humana.<sup>4</sup>

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que vertebra todo el ordenamiento constitucional, es fuente de todos los derechos fundamentales e irradia todo el sistema jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.

---

<sup>3</sup> VON WINTRICH, *Zur Problematik der Grundrechte* (1957), citado por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, en *Jus. Revista di Scienze Giuridiche*, año L, mayo-agosto, 2003, Università Católica del Sacro Cuore, Milán, p. 205.

<sup>4</sup> J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, p. 112.

Tal perspectiva ha sido asumida por el Tribunal Constitucional chileno, que en su sentencia de 26 de junio de 2008 ha determinado:

*Vigesimotercero.* Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos.<sup>5</sup>

Günter DURIG dirá que la dignidad de la persona humana consiste en el hecho de que cada individuo es humano por fuerza de su espíritu, que lo distingue de la naturaleza impersonal y que lo capacita para, con base en su propia decisión, volverse consciente de sí mismo, autodeterminar su conducta, dar forma a su existencia y al medio que lo rodea. Toda persona es un ser que desarrolla su libertad y autonomía autodeterminando su conducta, considerado todo ello en abstracto, independientemente de su efectiva realización en un caso concreto, por lo que aquellos con graves enfermedades mentales o deficientes mentales poseen la misma dignidad y son merecedores del mismo respeto a esa dignidad que cualquier otro ser humano física y mentalmente capaz.

Ingo Wolfgang SARLET sostiene que la dignidad de la persona humana es una cualidad intrínseca y distintiva reconocida a todo individuo, que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por el Estado y la comunidad. En este sentido implica un complejo de derechos y deberes fundamentales que tanto aseguran a la persona contra todo y cualquier acto de cuño degradante o deshumanizado como velan por garantizarle las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que integran la red de la vida.<sup>6</sup>

HÄBERLE señala que la dignidad de la persona humana consiste en el “valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana”.<sup>7</sup>

Podemos sostener la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, por lo que debe

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de junio de 2008, rol n.º 976, considerando 23.º.

<sup>6</sup> Ingo Wolfgang SARLET, “Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na constituição Federal de 1988”, 7.ª ed. rev. y act., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67 (traducción libre del autor).

<sup>7</sup> Peter HÄBERLE, “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, en Ingo Wolfgang SARLET (org.), *Dimensões da dignidade*, 2005, p. 104.

rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el *minimum* invulnerable que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna.

La afirmación constitucional de la dignidad humana es un enunciado de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, que tiene un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad. El valor y principio jurídico de la dignidad humana genera un efecto de irradiación que se difunde sobre los otros principios e instituciones constitucionales.

Esta perspectiva ha sido asumida por el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 26 de junio de 2008 ha precisado:

Que lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual esta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella.<sup>8</sup>

El artículo 1.º, inciso 1.º, de la Constitución es una norma directriz a través de la cual debe iluminarse e interpretarse todo el resto del texto constitucional y del ordenamiento jurídico nacional; una pauta interpretativa que debe ser seguida por todos los operadores jurídicos, en cuanto norma rectora suprema de nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, como señala RÍOS ÁLVAREZ, la dignidad de la persona tiene también el carácter de contenido integrador del vacío que puede llegar a producir la falta de reconocimiento o la omisión de un derecho indispensable o esencial a la preservación de la persona humana.<sup>9</sup>

El Tribunal Constitucional chileno, en su sentencia sobre la “Unidad de análisis financiero y modificación del Código Penal en materia de lavados y blanqueo de activos”, ha establecido sobre la materia:

Que en tal orden de ideas cabe recordar, primeramente, por ser base del sistema constitucional imperante en Chile, el artículo 1º inciso primero de la Constitución, el cual dispone que “las

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, 26 de junio de 2008, rol n.º 976, considerando 35.º.

<sup>9</sup> Lautaro RÍOS ÁLVAREZ, “La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español”, en *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1985, p. 205.

personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Pues bien, la dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad de ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados.<sup>10</sup>

El mismo Tribunal Constitucional ha señalado:

Que, como ya se ha señalado, el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, de la misma, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado;

Que estos principios y valores, como ya se recordó —y lo hace manifiesto el inciso segundo del artículo 6º de la Constitución, que precisa que sus preceptos obligan no solo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo—, no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución;

Que, por lo recién expresado, debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema.<sup>11</sup>

En otra sentencia el Tribunal Constitucional ha precisado:

*Decimoséptimo.* Que de la dignidad, que singulariza a toda persona humana, se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud y a la seguridad social, cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre, incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos;

*Decimotavo.* Que el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 389, de 28 de octubre de 2003, considerando 17.º.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º Rol 943-07, de 10 de junio de 2008, considerandos 30.º al 32.º.

que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no solo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos.<sup>12</sup>

El respeto y la protección de la dignidad del ser humano delimitan la potestad constituyente y la potestad estatal.

Una Constitución que se compromete con la dignidad de la persona humana establece una premisa antropológico-cultural y precisa los contornos de su comprensión del Estado constitucional.

Los ámbitos de la dignidad humana que deben asumirse aplicando la pauta normativa de nuestro artículo 1.º, inciso 1.º, de la Carta Fundamental son las dimensiones ontológicas dadas por la racionalidad y libertad del ser humano (autodeterminación consciente y responsable de su propia vida), como asimismo la de carácter ético o deontológico constituida por la autonomía y el ser un fin en sí mismo, y no un medio o instrumento de nadie.

La noción de dignidad humana es producto del reconocimiento de la unicidad de cada individuo humano y del hecho de que ella es creadora de un deber de igual respeto y protección en el ámbito.<sup>13</sup>

De la dignidad del ser humano emanan la libertad y la igualdad como principios básicos que, a su vez, concretan los derechos humanos.

El respeto y la protección de la dignidad de la persona humana como deber jurídico fundamental del Estado constituye una premisa para todas las cuestiones jurídico-dogmáticas particulares, como asimismo una norma estructural para el Estado y la sociedad que es resistente a la ponderación, de allí la prohibición absoluta de la esclavitud y de la tortura.

El valor y principio de la dignidad humana tiene un carácter absoluto y de obediencia irrestricta. La dignidad humana constituye el mínimo invulnerable del ser humano que el ordenamiento jurídico debe asegurar; cada uno y todos los derechos fundamentales tienen en ella su fundamento y base sustantiva, ya que todos ellos contribuyen a desarrollar ámbitos propios de la dignidad de la persona humana.

En esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversos casos específicos. Mencionaremos a continuación uno de los primeros pronunciamientos en la materia:

---

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 218-08-INA, de 7 de julio de 2009, considerandos 17.º y 18.º.

<sup>13</sup> Ingo Wolfgang SARLET, "As dimensões da dignidade da pessoa humana", en Ingo Wolfgang SARLET (org.): *Dimensões da dignidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26.

La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, [...], significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica un craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención.<sup>14</sup>

La dignidad de la persona humana determina una concepción instrumental del Estado, una visión personalista de este, en la medida en que el Estado existe en función del desarrollo de las personas y no al revés, lo cual excluye toda concepción estatal sustancialista y toda consideración de las personas como medios o instrumentos al servicio del Estado.

La dignidad humana se vincula y relaciona con la soberanía estatal en la medida en que le fija su fundamento último, ya que ella se ejerce por el pueblo, que es el conjunto de personas dotadas de dignidad humana, espacialmente localizado y temporalmente desarrollado, públicamente vivido y abierto al futuro.

La dignidad humana se expresa también como derecho de participación en la conformación política de la sociedad y el Estado, lo que da lugar a un principio que fundamenta la democracia y a un derecho de participación dentro de la sociedad política que se explicita como derechos políticos y ciudadanía activa.

La dignidad humana es, asimismo, compartida como concepción antropológica, filosófica y moral del humanismo cristiano y del humanismo laico, desde las concepciones conservadoras y liberales hasta los socialismos democráticos.

Obviamente, el orden material de valores que implica la dignidad humana, como asimismo la libertad e igualdad esencial de todos los seres humanos, es considerado por la Constitución chilena como anterior a ella misma, en la medida en que el texto de la Carta Fundamental no crea dichos valores sino que se limita a reconocerlos, asegurarlos y garantizarlos; su fundamento último se encuentra en la idea de ser humano que asume la cultura occidental.

La dignidad de la persona es la fuente y el fundamento de los derechos a través de los cuales se funda el consenso de la sociedad y se legitima el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la república democrática y del Estado de derecho.

La Corte Constitucional alemana ha precisado que el artículo 1.º de la Ley Fundamental de Bonn, conocido como *intangibilidad de la dignidad humana*, “no puede ser modificado mediante una reforma constitucional tal y como lo dispone el artículo 79, inciso 3.º, de la Ley Fundamental; dependerá ante todo de las circunstancias en las cuales se

---

<sup>14</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, serie C, n.º 4, fundamento 158.

considere violada la dignidad humana. = El trato que afecte la dignidad humana, otorgada por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvaloración de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un trato abyecto”.<sup>15</sup>

Ello no nos impide señalar que el concepto dignidad humana tiene contornos imprecisos y es de naturaleza polisémica,<sup>16</sup> en permanente proceso de desarrollo, el que requiere de una constante concreción y delimitación.

La dignidad de la persona humana, por cuanto está ligada a la condición humana, no puede desconocer la dimensión comunitaria de la dignidad de cada persona, ya que convivimos y coexistimos con otras personas en sociedad, en un contexto de intersubjetividad que marcan las relaciones humanas y el reconocimiento de valores socialmente consagrados, donde los semejantes y la sociedad en su conjunto reconozcan y respeten tal dignidad.<sup>17</sup>

La dignidad de la persona humana tiene, asimismo, una doble dimensión, que se expresa como autonomía de la persona y su autodeterminación y como necesidad de protección y asistencia por la sociedad y el Estado. Incluso esta segunda dimensión puede prevalecer en algunos casos sobre la primera, cuando el ser humano no se encuentra en condiciones de tomar sus propias decisiones en forma responsable, en cuyo caso la sociedad y el Estado deben brindarle protección (personas deficientes mentales, personas gravemente enfermas, *nasciturus*). Donde hay vida y ser humano estos deben ser protegidos y asegurados en su dignidad, sin que sea decisiva la existencia de conciencia de tal dignidad por el sujeto; bastan las cualidades potenciales e inherentes a todo ser humano.

La dignidad humana se convierte así en límite y tarea de la sociedad en general y del Estado en particular. En efecto, la dignidad del ser humano tiene como límite el que nunca podrá ser convertido en una cosa o en un objeto, en un instrumento para otros fines y no un fin en sí mismo, y genera derechos fundamentales respecto de actos u omisiones que amenacen o vulneren dicha dignidad.

Como tarea, constitucionalmente implícita o explícita, la dignidad humana determina deberes concretos de protección por los órganos estatales para proteger la dignidad de todos los seres humanos, asegurándola a través de medidas positivas o prestacionales como asimismo a través de actividades promocionales que impliquen, particularmente, la

---

<sup>15</sup> BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69, citada por Jürgen SCHAWÉ, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Gustavo Ibáñez, p. 17.

<sup>16</sup> Francis DELPERÉE, “O Derecho a dignidade humana”, en S. R. BARROS y F. A. ZILVETI (coords), *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho*, San Pablo: Dialética, 1999, p. 153.

<sup>17</sup> M. A. ALEGRE MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León: Universidad de León, 1996, p. 19.

remoción de obstáculos que impidan el desarrollo de la dignidad humana y que creen las condiciones que posibiliten el más pleno goce y ejercicio de dicha dignidad, a través de la satisfacción de sus necesidades existenciales.

## 2.

### LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO EMANACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA

La Constitución chilena, en su artículo 5.º, inciso 2.º, prescribe:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En el sistema constitucional chileno y de otros países latinoamericanos puede sostenerse que los derechos no están en las normas (internas o internacionales), no se *constituyen* en la norma positiva, sino que ella solo los asegura, los garantiza y los promueve; los derechos emanan de la dignidad humana. Los derechos tampoco se realizan en las normas sino que se concretan en la vigencia sociológica, la que demuestra la efectividad de los derechos. La norma positiva solo significa vigencia normonológica.<sup>18</sup>

Como sostenía MARITAIN:

[...] se trata de establecer la existencia de derechos [...] inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos, y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción.<sup>19</sup>

Las constituciones explicitan un aseguramiento genérico a la existencia de derechos esenciales, lo que da lugar a un catálogo de derechos que no es taxativo y que se encuentra abierto, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y es consciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y las necesidades esenciales del ser humano.

<sup>18</sup> Germán BIDART CAMPOS, "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna", en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM, 1998, p. 98.

<sup>19</sup> Jacques MARITAIN, *Acercas de la filosofía de los derechos del hombre*, Madrid: Debate, 1991, p. 116.

La denominación utilizada de derechos *esenciales* o fundamentales consideramos que explicita la prioridad axiológica y su esencialidad respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos: su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de ella y constituyen el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona. Por otra parte, esa denominación denota el carácter de fundamento del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, que constituyen elementos básicos del ordenamiento jurídico.

El criterio de fundamentalidad de los derechos es esencialmente material o sustantivo; dice relación con la dignidad humana, la libertad y la igualdad que son su fuente, y con los ámbitos que posibilitan la existencia y el desarrollo del ser humano en un contexto histórico y cultural determinado, dentro de una sociedad política construida con su participación y a su medida.

Puede sostenerse que los derechos fundamentales se protegen por su importancia intrínseca, con lo que se desecha la concepción de que ellos son fundamentales porque son protegidos. Como señala FERRAJOLI:

Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer.<sup>20</sup>

El nexo entre expectativas y derechos garantizados no es de naturaleza empírica sino normativa. Concordamos con FERRAJOLI en que “la ausencia de garantías debe ser considerado como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”,<sup>21</sup> la cual puede ser superada por una interpretación integradora de los derechos y sus garantías.

## 2.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO EXPRESIÓN GENÉRICA QUE INCLUYE TANTO LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES COMO LOS DERECHOS HUMANOS

Por regla general, en una perspectiva tradicional el concepto de *derechos fundamentales* se utiliza para referirse a los derechos asegurados en la Carta Fundamental de cada Estado en forma específica, sin considerar los derechos implícitos. A su vez, *derechos humanos* es una expresión utilizada tradicionalmente para identificar los derechos asegurados por fuentes del derecho internacional.

---

<sup>20</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid: Trotta, 3.ª ed., 1999, p. 65.

<sup>21</sup> *Ibídem*, p. 63.

Consideramos que esta perspectiva ha tendido a superarse en la doctrina y en el derecho positivo, en la medida en que los ordenamientos constitucionales latinoamericanos tradicionalmente han reconocido la existencia de derechos implícitos. Además, se ha ido desarrollando una perspectiva de confluencia de los derechos asegurados directamente en la Constitución con los derechos provenientes de fuente internacional y constitucionalizados por la propia Carta Fundamental.

La doctrina constitucional ha empezado a utilizar el concepto de derechos fundamentales abarcando tanto los derechos asegurados en el texto constitucional como los asegurados por el derecho internacional.

Al efecto, Peter HÄBERLE señala que los derechos fundamentales constituyen “el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales”.<sup>22</sup>

A su vez, el profesor francés Louis FAVOREU considera que por derechos fundamentales es necesario comprender “el conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional”.<sup>23</sup>

En este artículo utilizaremos el concepto de *derechos fundamentales* como derechos reconocidos y asegurados jurídicamente en el ámbito nacional o internacional y que vinculan a los Estados y a las personas.

Los *derechos fundamentales* pueden ser conceptualizados así como *el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos —considerados tanto en su aspecto individual como comunitario—, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos.*

La normativa jurídica constitucional chilena y comparada latinoamericana no permiten seguir considerando al derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos en forma compartimentada,<sup>24</sup> sino como fuentes de un único sistema de protección de los derechos que tiene por fundamento la dignidad de la persona humana,

---

<sup>22</sup> Peter HÄBERLE, “El concepto de los derechos fundamentales”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III, p. 94.

<sup>23</sup> Louis FAVOREU, “L’élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires”, en *RFDC* n.º 4, 1990, pp. 581 ss. (traducción nuestra)

<sup>24</sup> Antônio CANÇADO TRINDADE, “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM, 1998, p. 109.

abordándolos en forma integral, realizando una tarea de armonización e integración, eliminando prejuicios y visiones conflictuales, otorgándoles una visión convergente y optimizadora de los derechos fundamentales.

Los atributos de los derechos fundamentales en el ámbito normativo están conformados por los elementos precisados tanto por la fuente normativa constitucional como por la del derecho internacional. El derecho constitucional queda así delimitado por los contenidos de ambas normativas, y aplica siempre aquella que mejor protege el derecho, dándole la mayor fuerza expansiva, que constituye una exigencia ínsita en los mismos derechos.

Como señala BIDART CAMPOS:

La fuente interna y la internacional se retroalimentan. Los egoísmos interpretativos, cualquiera sea su origen y cualquiera el método que empleen para reducir el sistema en vez de procurar su ampliación y plenitud, no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos, que nunca fue ni pudo ser —ni debe ser— de estrechez o angostamiento, sino de optimización en el marco histórico y situacional.<sup>25</sup>

El derecho internacional de los derechos humanos es fuente del derecho interno cuando contiene elementos que enriquecen al derecho interno, cuando agrega un plus al contenido normativo de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa. El sistema nacional de derecho enriquece al derecho internacional de los derechos humanos, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos, todo lo que está reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

El intérprete constitucional debe entender que existe una alimentación recíproca entre fuente interna y fuente internacional recepcionada internamente en materia de derechos fundamentales. En la misma perspectiva, debe existir una retroalimentación entre el intérprete final del derecho interno y el intérprete final del derecho regional o internacional de los derechos humanos, especialmente de aquel que el Estado se ha comprometido a respetar y garantizar ante la comunidad internacional.

Ello exige al intérprete una tarea de delimitación y configuración de los derechos fundamentales considerando la fuente interna y la fuente internacional que los aseguran, así como también la jurisprudencia de las cortes supranacionales o internacionales cuya jurisdicción es obligatoria y vinculante para el Estado, ya que este último en cuanto tal y sus órganos

---

<sup>25</sup> Germán BIDART CAMPOS, *La interpretación de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1994, pp. 30-31.

tienen una obligación de resultado respecto de ella, aplicada de buena fe y en cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, los que constituyen límites a la interpretación del operador jurídico

### 3.

## EL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA

Así, podemos sostener, como lo hemos hecho en diversos trabajos académicos precedentes, que en Chile y, en general, en el constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas del siglo XX e inicios del siglo XXI, las constituciones consagran un bloque constitucional de derechos fundamentales.

Por *bloque constitucional de derechos fundamentales* entendemos el conjunto de derechos de la persona (atributos que integran los derechos y sus garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, como son el derecho convencional y los principios de *ius cogens*, y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del texto constitucional o por vía del artículo 29, literal c, de la CADH.<sup>26</sup>

Este bloque constitucional de derechos, en el ordenamiento constitucional chileno, establece límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5.º, inciso 2.º, de la Constitución vigente. Asimismo nutre de contenido a los derechos expresamente asegurados en la Carta Fundamental, como también permiten asegurar derechos fundamentales que no se encuentran explicitados en la Carta,<sup>27</sup> todos los cuales forman parte del parámetro de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

El bloque de derechos fundamentales queda configurado así por:

- a. los que asegura la Carta Fundamental explícitamente;
- b. los derechos implícitos;

---

<sup>26</sup> Dicha disposición establece: “Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] C) Excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

<sup>27</sup> Sobre esta materia consúltese Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, pp. 403-466.

- c. los que asegura el derecho convencional internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario;<sup>28</sup>
- d. los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*,<sup>29</sup> y
- e. los que asegura el derecho internacional consuetudinario.

El enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución, hecho en materia de derechos fundamentales, se complementa con el derecho internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o fundamentales y completa así los que asegura directamente la Constitución, como lo establece explícitamente en Chile el artículo 5.º, inciso 2.º.

El *bloque constitucional de derechos fundamentales* que limita la soberanía no es un conjunto cerrado, sino que se encuentra abierto al aseguramiento de nuevas exigencias esenciales de la dignidad de la persona humana.

### 3.1. LOS DERECHOS IMPLÍCITOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales no son únicamente los asegurados de manera expresa en el texto constitucional, ya que además se encuentran los *derechos implícitos*.

El concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Estos derechos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de derechos humanos pleno tiene carencias normativas e implícitudes que es necesario extraer de los valores y principios, por lo que pueden faltar normas de reconocimiento. El constitucionalismo democrático chileno y americano así lo reconocen.

---

<sup>28</sup> La Convención de Viena establece en el artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y en el artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

<sup>29</sup> Ellos han sido incorporados al derecho interno mediante la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Chile y vigente desde 1981, cuyo artículo 53 determina: “[...] una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia rol n.º 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 25.º, determina:

[Tanto] la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.

Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.

Anteriormente, ya en 1994, la Corte de Apelaciones de Santiago había sustentando:

[...] en materia de derechos humanos, y de acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la Constitución, existen derechos constitucionales implícitos que son aquellos que no se encuentran expresamente mencionados en el texto constitucional, pero que son derechos esenciales, entre los que pueden citarse el derecho a la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a constituir una familia, que si bien no son Constitución en sentido formal, sí son Constitución en sentido material, ya que tales derechos, de acuerdo a la norma constitucional nombrada, constituyen un límite a la soberanía, por tanto al Poder Constituyente derivado y a los poderes constituidos o instituidos [...].<sup>30</sup>

Esta perspectiva se encuentra asumida en el derecho constitucional comparado latinoamericano en forma amplia, como asimismo en la jurisprudencia constitucional de sus órganos de jurisdicción constitucional.

Así, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia 477/95, determinó:

De un lado, el artículo 29 inciso c), de la Convención Americana, nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aun cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.

La disposición contenida en el literal c) del artículo 29, establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y, por otra parte, otorga un amplio sentido de interpretación de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar el derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica.

El Tribunal Constitucional peruano, en sentencia de marzo de 2004, precisó:

---

<sup>30</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 13.597-94, de 26 de septiembre de 1994, considerando décimo, literal f.

Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3º, una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de la soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.

Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y notísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.<sup>31</sup>

El mismo Tribunal Constitucional peruano vuelve sobre la materia en la sentencia n.º 1417-2005-AA/TC, donde señala:

[...] la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto *es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.*<sup>32</sup>

El Tribunal Constitucional peruano establece como derecho fundamental no enumerado o implícito el derecho al agua. Al respecto, la sentencia n.º 2064-2004-AA/TC dispone:

El agua constituye un elemento esencial para la salud básica y el desarrollo de la actividad económica, por lo que resulta vital para la supervivencia de todo ser humano [...] Por ello, se reconoce en los ciudadanos el derecho al agua, que impone en los Estados los deberes de respetar, proteger y realizar tal derecho.<sup>33</sup>

La misma sentencia agrega:

[El derecho al agua] impone en los Estados los deberes de respetar, proteger y realizar tal derecho. El deber de respeto supone que los Estados aseguren que las actividades de sus instituciones, agencias y representantes no interfieran con el acceso de las personas al agua; el deber de protección frente a terceros manifiesta la implementación de medidas a fin de evitar la contaminación y que aseguren el abastecimiento, la seguridad y la accesibilidad del agua para la población; y el deber de

---

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, expediente 2488-2002-HC7TC, de 18 de marzo de 2004, párrafos 12 y 13. Texto completo en *Diálogo Jurisprudencial* n.º 1, IIDH, Fundación Konrad Adenauer e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, julio-diciembre de 2006, pp. 137-149.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, expediente 1417-2005-AA/TC, fundamento jurídico 4.º.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano n.º 2064-2004-AA/TC, fundamentos jurídicos 6.º y 7.º, citados por Aníbal QUIROGA LEÓN y María Cristina CHIABRA VALERA, *El derecho procesal constitucional y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima: APECC, 2009, pp. 102-103.

realizar implica implementar políticas que posibiliten progresivamente el acceso de la población al agua potable segura y a instalaciones de saneamiento.<sup>34</sup>

La sentencia 6546-2006 PA/TC vuelve sobre la materia y precisa:

8. La consideración del rol esencial del agua en pro del individuo y de la sociedad en su conjunto, permite considerar su status no solo al nivel de un derecho fundamental, sino como un valor objetivo que al Estado Constitucional corresponde privilegiar.

9. En cuanto a la posición del individuo como beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia. Sin la presencia de estos tres requisitos, dicho atributo se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. No se trata, por consiguiente, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario.<sup>35</sup>

Para hacer evidentes los derechos implícitos o no enumerados en la Constitución y otorgar seguridad jurídica en tal sentido, muchas constituciones han establecido en su texto la afirmación de derechos implícitos o no enumerados. Señalaremos algunos ejemplos.

La *Constitución argentina* ya sostenía en su artículo 33, introducido por la reforma de 1860:

[...] las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

La *Constitución boliviana* de 2009, en su artículo 13, II, precisa:

Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

La *Constitución de Colombia* de 1991, en su artículo 94, determina:

La enunciación de los derechos [...] no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

La *Constitución de Ecuador* de 2008, en su artículo 11, señala:

Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

---

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano n.º 2064-2004-AA/TC, fundamentos jurídico 7.º, citado por QUIROGA LEÓN y CHIABRA VALERA, o. cit. (nota 33), pp. 105.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano 6546-2006-PA/TC, de 18 de agosto de 2006, fundamentos jurídicos 8.º y 9.º.

La *Constitución de Uruguay*, en su artículo 72, precisa:

La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

La *Constitución de Venezuela* de 1999 establece en su artículo 22:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Otras constituciones de América Latina que consideran la existencia de derechos implícitos son las de *Brasil* (artículo 5.º, n.º 2), *Costa Rica* (artículo 74), *Guatemala* (artículo 4) y *Paraguay* (artículo 80).

Los derechos implícitos o no enumerados se desprende también, para los Estados que son parte del sistema interamericano de derechos humanos, del artículo 29.c de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual sostiene:

[...] ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:  
[...]

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno [...].

La disposición contenida en el artículo 29.c de la Convención Americana permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aun cuando no fueron recogidos expresamente por los pactos internacionales o por la Constitución, quedan implícitamente garantizados en virtud de la disposición analizada. Esta norma constituye un expreso reconocimiento de la existencia de derechos implícitos, los cuales no pueden ser desconocidos por el solo hecho de no estar establecidos en una norma positiva.

El artículo 29.a de la CADH precisa adicionalmente que ninguna disposición de la Constitución, la Convención o las leyes debe ser interpretada en el sentido de que permita al Estado suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Ello exige al Estado parte y a sus operadores jurídicos aplicar el principio *favor persona* o *favor hómine* y el principio de progresividad, considerando la norma que mejor protege u optimiza el derecho fundamental.

En materia de derechos humanos, habrá solo interpretación cuando se señale que fuera de las normas no hay otros derechos, mientras que además de interpretación habrá integración cuando se considere que fuera de las normas sobre derechos hay derechos que carecen de normas.

[Es posible] proponer que cuando faltan normas sobre derechos y quien detecta esa ausencia o laguna normativa cree o valora que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, *la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester “interpretar” (encontrar el sentido) del sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas y otros carecen de ellas.*<sup>36</sup>

### **3.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ASEGURADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS VÁLIDAMENTE INCORPORADO AL DERECHO INTERNO**

Por otra parte, los ordenamientos constitucionales latinoamericanos han ido consolidando progresivamente en las constituciones del último tercio del siglo XX y la primera década del siglo XXI la perspectiva de que los derechos fundamentales no son solo los derechos asegurados en el texto constitucional y los derechos implícitos, sino que integran con rango constitucional los derechos en sus atributos y garantías que se encuentran asegurados por los tratados internacionales ratificados y vigentes, sin perjuicio de que una cantidad apreciable de constituciones otorgan a la fuente internacional convencional de derechos humanos jerarquía constitucional.

La *Constitución chilena reformada en 1989, en su artículo 5.º, inciso 2.º*, determina:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

---

<sup>36</sup> Germán BIDART CAMPOS, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 58. En el caso chileno, ello ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional en su sentencia rol n.º 22 de 1995, en el que reconoció que, si bien el texto literal constitucional del derecho a la libertad de información (artículo 19.12) no lo contempla, el derecho a ser informado es un derecho constitucional. Asimismo, la jurisprudencia de los tribunales superiores ordinarios (cortes de apelaciones y Corte Suprema) en diversos fallos ha reconocido el derecho a la propia imagen, pese a no estar consignado en el texto constitucional como derecho fundamental.

En tal sentido, los atributos que integran un derecho esencial o fundamental y sus garantías, asegurados por el derecho convencional internacional, forman parte del plexo de derechos fundamentales asegurados por la Constitución y ponen límites al ejercicio de la soberanía, como asimismo el respeto y la promoción de tales derechos constituye un deber de todos los órganos estatales, entre ellos la judicatura ordinaria y constitucional, el gobierno, el Congreso Nacional y la Contraloría General de la República, entre otros.

Así lo ha entendido también una parte importante del constitucionalismo democrático latinoamericano, el cual en muchos casos no solo incorpora al derecho interno como constitución material los atributos y garantías de los derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, sino que incorpora los tratados internacionales de derechos humanos como fuentes del derecho constitucional y con rango de constitución no solo material, sino también de constitución formal.

En esta perspectiva, a modo ejemplar pueden señalarse diversas constituciones latinoamericanas.

*La reforma constitucional argentina de 1994* incorpora a la Carta Fundamental, en su artículo 75, numeral 22 —que establece las atribuciones del Congreso—, la especificación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ellos son:

[...] la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ellos reconocidas. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

*La Constitución de Bolivia de 2009*, en su artículo 13.IV, determina:

[...] los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de

Excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

En su artículo 410 la Constitución boliviana explicita con meridiana claridad la idea del bloque de constitucionalidad:

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El *bloque de constitucionalidad* está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.

La *Constitución de Brasil de 1988*, artículo 4, determina:

[...] la República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: [...] II. Prevalencia de los Derechos Humanos.

A su vez, en la enmienda constitucional n.º 45, de 2004, estableció en su artículo 5.º, LXXVIII, n.º 3:

Los tratados y convenciones internacionales aprobados en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos votaciones, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales.

Por esta disposición, los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional.

En la doctrina brasilera, Ingo W. SARLET señala que con la adopción prevista en el artículo 5.º, n.º 3, de la Constitución Federal del Brasil, los tratados en materia de derechos humanos pasan a integrar el bloque de constitucionalidad, que representa la reunión de diferentes diplomas normativos de cuño constitucional, los cuales actúan, en su conjunto, como parámetros de control de constitucionalidad.<sup>37</sup>

La *Constitución de Colombia de 1991*, artículo 93, establece:

*Artículo 93.* Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

---

<sup>37</sup> Ingo W. SARLET, "Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos na Constituição Federal Brasileira de 1988", en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 10 A, Curitiba: Jurua, 2006.

La *Constitución de Costa Rica*, en su artículo 48, introducido por reforma del 18 de agosto de 1989, dispone:

Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para *mantener o restablecer el goce de los* otros derechos consagrados en esta *Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República*. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el Artículo 10.

La *Constitución del Ecuador* de 2008 precisa en su artículo 11, n.º 3:

[...] los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación, por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte [...]

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Agrega el n.º 8 del mismo artículo:

[...] el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas [...].

[...] será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

La *Constitución ecuatoriana* de 2008, en su artículo 417, prescribe:

[...] en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

La Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 46, establece el principio:

[...] en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho Interno.

La *Carta Fundamental de Nicaragua* de 1987, artículo 46, señala que se integran a la enumeración constitucional de derechos aquellos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre;

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, con objeto de darles adecuada protección.

La *Constitución de Venezuela* de 1999, en su artículo 23, prevé:

*Artículo 23.* Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Asimismo, el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos, así como su carácter internacional y supraestatal, reconocido por los Estados al ratificar los diversos tratados, los obliga a respetar, garantizar y promover los derechos contenidos en las normas de derecho internacional vigentes en la materia, lo que significa la subordinación a los estándares mínimos previstos por el derecho internacional y sus órganos jurisdiccionales de aplicación, a los cuales se les ha reconocido jurisdicción vinculante y la calidad de intérpretes finales de tales derechos.

### **3.2.1. La jurisprudencia de la jurisdicción constitucional chilena y latinoamericana sobre incorporación al bloque constitucional de derechos fundamentales de los derechos contenidos en tratados internacionales**

En diversos fallos el Tribunal Constitucional chileno ha reconocido el bloque de derechos fundamentales al incorporar los atributos de los derechos contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad de normas infraconstitucionales.

El Tribunal Constitucional ha establecido como aplicación de las bases de nuestro ordenamiento constitucional:

[...] el respeto y promoción de los derechos esenciales del hombre, que son superiores y anteriores al Estado y a la Constitución, que no los crea sino que reconoce y asegura.

Y agrega:

[...] estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu de las disposiciones de la Constitución.<sup>38</sup>

El Tribunal Constitucional Chileno ha incorporado los derechos fundamentales contenidos en tratados y convenciones internacionales de derechos humanos al parámetro de control de constitucionalidad de los preceptos legales. Así ha precisado, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, la utilización del interés superior del menor como parámetro para controlar la constitucionalidad del proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal Juvenil, en sentencia rol n.º 786-2007, de 13 de junio de 2007. Luego de requerimiento de inconstitucionalidad del artículo único, n.º 3, del proyecto de ley modificatorio de la ley n.º 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23, n.º 1, del citado cuerpo legal, ha aceptado entrar a conocer del vicio de inconstitucionalidad planteado por más de una cuarta parte de los diputados en ejercicio. Estos sostenían que dicho proyecto infringía el artículo 5.º, inciso 2.º, de la Constitución por cuanto este establecía como límite de la soberanía, y por tanto del ejercicio de la potestad legislativa, los derechos del niño contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que exigen atender al interés superior del niño, criterio asumido como parte del parámetro de control de constitucionalidad empleado por el Tribunal Constitucional:

*Vigesimoquinto:* Que, habiéndose rechazado las inconstitucionalidades de forma alegadas en el requerimiento, corresponde pronunciarse sobre el vicio de fondo invocado y que consiste en que el artículo 23 n.º 1, contenido en el numeral 3 del artículo único del proyecto de ley modificatorio de la Ley n.º 20.084, sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, vulneraría el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental en relación con los artículos 3.1, 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el principio de no retroceso en materia de derechos humanos;

*Vigesimosexto:* Que la referida inconstitucionalidad consistiría, específicamente, a juicio de los requirentes, en que al establecer la norma impugnada del proyecto modificatorio de la Ley n.º 20.084, como única sanción posible, para el tramo de penalidad superior a 5 años, la de internación en régimen cerrado, configuraría una violación al artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental que consagra el deber de los órganos del Estado —como es el caso del legislador— de respetar y promover los derechos esenciales del ser humano garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Ello, porque el legislador no habría respetado

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 943-07-INA, de 10 de junio de 2008, considerando 16.º.

el principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los artículos 37, 40 y 41 de la misma, según los cuales la privación de libertad de los adolescentes debe ser la ultima ratio e imponerse por el menor tiempo posible;

*Vigesimoséptimo:* Que planteada, en esos términos, la cuestión de constitucionalidad sometida a la decisión de este Tribunal, ella debe ser necesariamente desechada, por las razones que se expresarán.

Cabe destacar, en tal sentido, que todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del “interés superior” del mismo. Ello se comprueba al examinar en detalle la normativa contenida en la Ley n° 20.084 [...].

*Vigesimoctavo:* Que, en ese contexto, no se divisa cómo una indicación parlamentaria destinada a eliminar la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado para aquellos adolescentes condenados por delitos que merezcan penas superiores a 5 años de privación de libertad, al menos durante los dos primeros años de la condena, pueda implicar una vulneración al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental

En efecto, ya se ha recordado de qué manera la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir, la que, sin duda, ha tenido presente que, de conformidad con el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que solo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador.<sup>39</sup>

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 29 de septiembre de 2009, reafirma el uso del bloque constitucional de derechos fundamentales al utilizar nuevamente los atributos de los derechos fundamentales deducidos de derechos asegurados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro de control de constitucionalidad de preceptos legales contenidos en el Código Civil, en específico para declarar inaplicable por inconstitucional el artículo 206 de Código Civil:

*Noveno:* Que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 786-2007, de 13 de junio de 2007, considerandos 25.º a 28.º.

brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia Rol n° 834, considerando 22°);

*Décimo:* Que, en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal —en cuanto emanación de la dignidad humana— implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.

La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer.

Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;”

*Decimoprimer:* Que en el conflicto constitucional planteado en la especie, se encuentra justamente comprometido el derecho a la identidad personal, pues la norma impugnada —el artículo 206 del Código Civil— se inserta dentro del párrafo “De las acciones de reclamación”, ubicado en el Título VIII, referido a “Las acciones de filiación” que pretenden obtener el reconocimiento de ese estado civil, tanto matrimonial como no matrimonial. Esto es, se trata de un precepto en virtud del cual una persona puede perseguir el reconocimiento de su origen por la vía de la determinación precisa de quién fue su padre o su madre, asegurando, de esta manera, el conocimiento de su origen y, por ende, de su posición dentro de la sociedad;

[...]

*Decimotercero:* Que, en base a los artículos citados y como lo ha sostenido la doctrina especializada, la acción de reclamación del estado de hijo “es aquella que persigue determinar la filiación matrimonial o no matrimonial, que no se posee, por parte del hijo contra su padre o madre o ambos. O por parte de éstos contra el hijo y sus padres aparentes, para determinar su verdadero estado, dejando sin efecto el que mantiene aparentemente”. (Maricruz Gómez de la Torre Vargas. “El sistema filiativo chileno”. *Jurídica de Chile*, Santiago, 2007, p. 89);

[...]

*Decimoquinto:* [...] Tampoco corresponde a esta Magistratura pronunciarse acerca de si el artículo 206 del Código Civil debe aplicarse con preferencia a la regla contenida en el artículo 317, inciso segundo, del mismo cuerpo legal, que prescribe: “Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la

acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla”. La dilucidación de un conflicto de esta naturaleza también es propia del juez de familia que conoce de la causa sub lite.

En consecuencia, lo que en esta sede constitucional deberá decidirse es si la aplicación de la regla contemplada en el artículo 206 del Código Civil puede resultar contraria al artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, permitiendo que los órganos del Estado —el legislador y, eventualmente, el sentenciador de fondo— incumplan su deber de respetar y promover el derecho a la identidad personal en estrecho ligamen con la dignidad humana proclamada solemnemente en el artículo 1º, inciso primero, del Código Político. Dicho en otros términos, lo que habrá de resolverse en este primer capítulo de inconstitucionalidad es si el derecho a la identidad personal resulta lesionado por haberse aprobado por el legislador y, eventualmente, por aplicarse por el juzgador una norma que limita la posibilidad procesal de que una persona conozca su origen y, por ende, su posición dentro de la sociedad;

[...]

*Vigesimoquinto:* Que, en el caso del hijo que, como ocurre en la especie, está reclamando el reconocimiento de su filiación, aunque no se encuentre dentro de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil a juicio del juez de la causa, se encontraría en la imposibilidad de accionar contra los herederos del supuesto padre viéndose privado absolutamente de la facultad de ejercer su derecho a la identidad personal, afectándose, además y de forma permanente, su integridad psíquica y su honra.

En efecto, si —como en el caso de autos— el supuesto padre ha fallecido después de transcurridos los ciento ochenta días siguientes al parto, el demandante quedará siempre con la interrogante abierta acerca de su origen y, por ende, de su verdadero nombre, que es un atributo de la personalidad. Esa hipótesis efectivamente podría darse en la causa sub lite en caso de que el juez estimase, precisamente, que el actor no se encuentra dentro de los supuestos contemplados en el precepto legal impugnado;

[...]

*Vigesimoséptimo:* Que, en otro orden de consideraciones, el criterio de hermenéutica constitucional conocido como la regla del “efecto útil” exige propiciar interpretaciones que no priven absolutamente de efectos a los valores, principios y reglas constitucionales. Según Luchaire, “cuando una disposición es susceptible de dos sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto antes que en el sentido con el cual no podría producir ninguno”. (Citado por Nogueira, Ob. cit., p. 119).

Así, también desde este punto de vista, no corresponde acoger una interpretación que, restringiendo la posibilidad de obtener el reconocimiento de la paternidad solo a la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil, pugne con el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, dejando sin efecto el derecho a la identidad personal, en estrecho ligamen con el valor de la dignidad humana, consignado en su artículo 1º, inciso primero;

*Vigesimoctavo:* Que, por las razones anotadas, este Tribunal decidirá que el artículo 206 del Código Civil, impugnado por el Juez de Familia de Pudahuel, en la causa sobre reclamación de paternidad RIT n° C-111-2009, resulta contrario al artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en relación con su artículo 1º, inciso primero, y así se declarará.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 1.340-09, de 29 de septiembre de 2009.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia rol n.º 740-07, de 18 de abril de 2008, utiliza profusamente diversos enunciados normativos sobre el derecho a la vida contenidos en el derecho convencional internacional de los derechos humanos, como asimismo resoluciones de sus órganos de aplicación, para determinar desde cuándo se asegura en nuestro ordenamiento constitucional el derecho a la vida del *nasciturus* o de la persona que se encuentra por nacer. A manera ejemplar pueden transcribirse los siguientes considerandos:

*Cuadragésimoquinto:* Que, sobre la base de lo afirmado, puede sostenerse que el estatuto constitucional chileno se construye sobre la base del reconocimiento de la persona como sujeto de derecho y, en particular, como titular de los derechos que se aseguran en el artículo 19 de la Carta Fundamental cuanto de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

[...]

*Quincuagesimotercero:* Que, en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos —tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente— señala, en su artículo 4.1:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

De esta manera, este tratado internacional —que forma parte del ordenamiento jurídico chileno— resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquella que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución;

*Quincuagesimocuarto:* Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente —y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas—, el embrión o el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción.

Corresponde ahora examinar la protección específica que aquél merece en cuanto titular del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica que se asegura a todas las personas en el artículo 19, n.º 1, de la Ley Suprema;

*Quincuagesimoquinto:* Que, previo a consignar los alcances constitucionales de la protección de la vida y de la integridad física y psíquica a que tiene derecho la persona desde su concepción, es menester ubicar la posición que tiene este derecho en la estructura de los derechos fundamentales reconocidos y asegurados por la Constitución.

En este sentido, cabe observar que el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales.

Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General sobre el artículo 6º del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida es “el derecho supremo respecto del cual no se autoriza sus-

pensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación”. Ha agregado, asimismo, que “el derecho a la vida es el más esencial de estos derechos”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por su parte, que “el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y conditio sine qua non para el goce de todos los demás derechos”;

*Quincuagesimosexto:* Que el derecho a la vida asegurado por el artículo 19 n.º 1 de la Constitución, en consonancia con el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura a toda persona —incluyendo al nasciturus— el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres. Si se quiere, “es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla su propio sujeto” (José Joaquín Ugarte Godoy. El derecho a la vida y la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Volumen 33, n.º 33, 2006, p. 514).

Resulta necesario advertir que el Constituyente chileno aseguró el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, pues el derecho a conservar la vida como un todo incluye la posibilidad de exigir que ella no sea menoscabada, física o psíquicamente. De esta manera se trata de dos derechos que, aunque diferentes, se relacionan y complementan de manera inescindible.<sup>41</sup>

La Corte Suprema de Justicia chilena también ha reconocido que los derechos esenciales contenidos en los tratados constituyen límites al ejercicio del poder estatal, incluido el poder constituyente, lo que puede verse en los considerandos de los siguientes fallos:

En sentencia de 1998, la Corte Suprema determinó:

Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce colmo límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos (Fallos del Mes nº 446, sección criminal, página 2066, considerando 4º).<sup>42</sup>

En otra sentencia de 2006, la Corte Suprema precisó:

Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fundamental contenida en el artículo 5º de la Carta

---

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, rol n.º 740-07, de 18 de abril de 2008, considerandos 45 y 53-56.

<sup>42</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 469-98, de 9 de septiembre de 1998, citado por José Luis CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, tomo I, Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2002, p. 236

Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, “valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos” (S.C.S. 30.1.2006).<sup>43</sup>

A su vez, la Corte Suprema chilena, en sentencia de 25 de abril de 2005, rol 740-05, en recurso de nulidad de sentencia penal por infracción de derechos fundamentales, ha precisado:

Que el derecho a la presunción de inocencia tiene en Chile rango constitucional por estar incorporado en los tratados internacionales ratificados por Chile, que nuestra Carta Fundamental asegura respetar y garantiza en el inciso 2º de su artículo 5º: Entre tales derechos cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1989, que en su artículo 8.2 establece: Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, y el art 14.2 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y políticos, publicado en el Diario Oficial del 29 de abril de 1989, que dispone: Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en conformidad a la ley [...].

En otra sentencia rol, n.º 4183-06, de 18 de abril de 2007, la Corte Suprema reitera la misma perspectiva:

*Décimo:* Que, a lo anterior, y conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5º de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derecho Humanos, que señala: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b. A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”; el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d. Derecho del inculcado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”; de todo lo anterior, se puede sostener que se trata de un derecho fundamental, como gozar de la

<sup>43</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 559-04, de 13 de diciembre de 2006, considerando 22.

defensa técnica que lleva a cabo el abogado defensor, y que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe, por ello en interés de la transparencia del proceso penal, y para el hallazgo de la verdad, constituye un requisito procesal esencial de todo juicio.<sup>44</sup>

En el mismo sentido se había pronunciado ya la Corte de Apelaciones de Temuco en 1994:

[...] de acuerdo con el artículo 5º, inciso 2º de la Carta Fundamental, los derechos asegurados en los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material y 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.<sup>45</sup>

En la misma línea se encuentra sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 16 de septiembre de 2009:

*Décimo:* El derecho como se desprende con claridad del artículo 1 y el capítulo tercero de la Constitución Política del Estado, está compuesto por normas, valores y principios. Además, el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional, del profesor Humberto Nogueira que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los que establecen el derecho convencional internacional a través del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, debe considerarse, que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 27, en cuanto una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.<sup>46</sup>

A su vez, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia de 2008, en recurso de nulidad penal, determinó:

---

<sup>44</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, rol n.º 4183-06, de 18 de abril de 2007, considerando 10.

<sup>45</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 22 de septiembre de 2004, considerando 2.º.

<sup>46</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones Temuco, recurso de protección *Francisca Linconao Huiricapan contra la Sociedad Palermo Limitada*, 16 de septiembre de 2009, rol n.º 1773-2008, considerando 10.

[...] el ordenamiento jurídico exige el cumplimiento de los tratados internacionales, a los que el derecho público y la doctrina en general le otorgan un rango constitucional en la obligatoriedad de su aplicación y es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8° n° 2, letra h), la que establece que toda persona juzgada en un procedimiento penal tiene entre otros derechos “el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior”; también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 n° 5) señala que toda persona culpable tiene el derecho de exigir que un tribunal superior confirme lo prescrito por la ley respecto de una sentencia condenatoria y su pena. Tratados internacionales suscritos por Chile, cuyo obediencia es indiscutible, de modo que corresponde a este tribunal concertar un debido proceso [...].<sup>47</sup>

Distintos tribunales ordinarios y cortes constitucionales que ejercen jurisdicción constitucional en los países de América Latina, al igual que los órganos de jurisdicción constitucional chilenos, han determinado claramente en su jurisprudencia la aplicación del *bloque constitucional de derechos*, entendiendo incorporados al texto constitucional los atributos y garantías de los derechos fundamentales asegurados en el derecho convencional internacional de derechos humanos recepcionado en el derecho interno. Como ejemplo citamos algunos fallos.

La *Corte Suprema argentina* tiene una línea jurisprudencial consolidada acerca de la integración del bloque constitucional con los derechos asegurados por tratados internacionales, como asimismo sostiene el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

En el caso *Hoof* la Corte Suprema, en recurso extraordinario, admitió la demanda, y argumentando la violación de los artículos 23 de la CADH y 25 del PIDCyP de las Naciones Unidas, ambos equiparados a la Constitución Nacional, declaró discriminatoria la disposición de la Constitución provincial de Buenos Aires, en su artículo 177, que exige haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero, como requisito para ser juez de cámara o de casación.<sup>48</sup>

En el caso *Simón* la Corte Suprema argentina aplicó el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho internacional humanitario y los principios de *ius cogens*, y en el considerando 23 de la moción de mayoría determinó que las dudas sobre el alcance concreto del deber del Estado argentino en relación con las leyes de Punto Final y Obediencia Debida habían quedado esclarecidas a partir de la decisión de la

<sup>47</sup> Sentencia de Corte de Apelaciones de Antofagasta, en recurso de nulidad acogido, rol n.º 103-2008, de 11 de junio de 2008.

<sup>48</sup> “Hoof, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, de 16 de noviembre de 2004, en *Fallos*, 327:3294.

Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*. En el considerando 24 precisó que la traslación de las conclusiones de *Barrios Altos* al caso argentino “resulta imperativa” si es que las decisiones de la Corte interamericana “han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”.

El *Tribunal Constitucional de Bolivia*, en sentencia 1494/2004-R, de 16 de septiembre de 2004, en fundamentos jurídicos III.1, segundo párrafo, estableció:

Ahora bien, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, los derechos tutelables a través del amparo constitucional, son los siguientes: 1. los expresamente previstos en el catálogo de derechos señalado en el artículo 7 de la CPE; 2. otros derechos que si bien no están incluidos en el artículo 7 aludido, por su naturaleza y ubicación sistemática, son parte integrante de los derechos fundamentales que establece el orden constitucional boliviano (así, SSCC 338/2003-R, 1662/2003-R, 686/2004-R, entre otras); 3. los derechos contenidos en los tratados sobre derechos humanos suscritos por Bolivia; pues, como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal, “... *forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa...*” (así, SSCC 1494/2003-R, 1662/2003-R, entre otras).

La sentencia de la *Corte Constitucional colombiana* C-225/95, en el fundamento jurídico 12, determinó:

[...] el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP 93 y 214 n° 2) es que estos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C.P. artículo 4°), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P., artículo 93).

La Sala Constitucional de la *Corte Suprema de Costa Rica*, en sentencia V-282-90, del 13 de marzo de 1990 a las 17.00 h, determinó:

[...] sin embargo, la previsión del artículo 8 de la CNACR no es innecesaria ni reiterativa, sino que constituye una garantía más para la protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. En efecto, por medio de este precepto normativo se incorporan expresamente al ordenamiento interno las declaraciones de derechos de carácter supranacional; lo que vincula directamente al ordenamiento costarricense con tales declaraciones. De esta manera, los Tratados internacionales relativos a esta materia no son solo parte del ordenamiento interno; son, además,

un patrón de interpretación de cualquier precepto, constitucional o legal, relativo al Código de la Niñez y la Adolescencia.<sup>49</sup>

A su vez, la misma sala, en su fallo 3435, de 1992, y su aclaración n.º 5759-93, determinó:

[...] los instrumentos de derechos humanos, vigentes en Costa Rica, tienen no solo un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declara la inconstitucionalidad de preceptos legales no solo con base en el texto constitucional, sino también en los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

2. [...] que la Ley n.º 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso —pleno— de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Omite la Sala referirse a las opiniones separadas y declaraciones que algunos de los jueces consignaron, toda vez que para los fines de esta sentencia no adquieren la fuerza de la parte dispositiva, en los términos textualmente transcritos, si bien extienden y apuntalan el criterio de ilegitimidad de la colegiación de periodistas. La opinión de la Corte es muy extensa y rigurosa en el tratamiento del tema, pero a fin de que más adelante esta misma sentencia pueda precisar su propio alcance, cabe señalar que en el numeral 34 de las consideraciones está una parte clave de la decisión, cuando afirma:

[...] en principio la libertad de expresión requiere que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a los medios de comunicación social.

Acto seguido, agrega la Corte:

[La libertad de expresión] también requiere que los medios de comunicación sean, en la práctica, verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla.

---

<sup>49</sup> Citada por Gilbert ARMÍJO, “La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica”, en *Ius et Praxis*, año 9 n.º 1, Talca: Universidad de Talca, 2003, p. 51.

Y así señala, por la vía del ejemplo, que con lo anterior solamente son compatibles condiciones en las que haya: a) pluralidad de medios de comunicación social, y b) prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera que sea la forma en que se manifieste y “la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”. Eso, además de lo que explícitamente señala el artículo 13 de la Convención, que en lo que estrictamente tiene que ver con esta acción se torna demasiado notorio.

La Corte acudió en apoyo de su argumentación a los artículos 29 y 32 del propio Pacto de San José de Costa Rica, pues allí se contienen criterios de interpretación del instrumento, y de esa normativa extrajo que las posibles restricciones permitidas por el artículo 13.2 deben ser compatibles con conceptos como *instituciones democráticas*, *democracia representativa* y *sociedades democráticas*, que se recogen a lo largo de su texto y que necesariamente deben servir de parámetro para sus decisiones.

VI. Ahora bien, si la Corte elogió el hecho de que Costa Rica acudiera en procura de su opinión, emitida hace diez años, resulta inexplicable lo que desde aquella fecha ha seguido sucediendo en el país en la materia decidida, puesto que las cosas han permanecido igual y la norma declarada incompatible en aquella ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia. Eso llama a la reflexión, porque para darle una lógica al sistema, ya en la Parte I, la Convención establece dentro de los deberes de los Estados, respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio (artículo 2). Especialmente debe transcribirse lo que dispone el artículo 68:

“1. Los estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes...”

Si se pretendiera que tal norma, por referirse a quienes “sean partes”, solamente contempla la situación de los casos contenciosos, la Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83), y en el caso bajo examen no le cabe duda a la Sala que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención. Por lo tanto, se trata de una ley (la norma específica) declarada formalmente ilegítima. Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia n.º 3435-92 y su aclaración, n.º 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional,

es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años.

VII. No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho— servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (artículo 7.1).

En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura —obligatoria— para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de “la fuerza moral de la opinión consultiva”, si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países —Estados— que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta —Opinión Consultiva— la puede archivar aquí lisa y llanamente.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley n.º 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e in-

terpretación. Ciertamente, no ha sucedido así y desde hace ya casi diez años, como se dijo, el Estado costarricense ha mal disimulado su deber a acatar lo dispuesto por la Corte, la que precisamente se pronunció ante la propia petición de este país.

VIII. Es necesario agregar que, por virtud de la reforma a la Constitución Política, se crea la Sala Constitucional, la cual entre sus amplias competencias tiene la de “declarar la inconstitucionalidad de las normas” (artículo 10). A su vez, la Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla esa competencia y solamente para señalar dos ejemplos, dispone:

“Artículo 1°. La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y los del derecho internacional o comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y aplicación de los mismos y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”.

“Artículo 2°. Corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a)...

b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como de la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad...”

Se hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia. De tal manera, sin necesidad de un pronunciamiento duplicado, fundado en los mismos argumentos de esa opinión, la Sala estima que es claro para Costa Rica que la normativa de la Ley n° 4420, en cuanto se refiere a lo aquí discutido por el señor ROGER AJUN BLANCO, es ilegítima y atenta contra el derecho a la información, en el amplio sentido que lo desarrolla el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tanto como de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política. Con la advertencia, por ser consustancial al control de constitucionalidad actual, que a la luz de lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esta sentencia tiene carácter declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia de la norma anulada. Como una consecuencia propia de este pronunciamiento, quienes hubieran sido condenados por violación a lo dispuesto por la norma anulada, podrán plantear recurso de revisión dentro de los quince días posteriores a la publicación de esta sentencia en el Boletín Judicial.

Esta declaración no prejuzga ni alcanza lo relativo a la legitimidad de la existencia del Colegio de Periodistas de Costa Rica, ni tampoco hace relación a la profesión de periodista, por no tratarse de aspectos que, a la luz de lo reglado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, hayan estado en lo impugnado por el accionante, o estuvieran directa o indirectamente relacionados con lo decidido,

toda vez que la colegiación obligatoria de periodistas solamente es ilegítima en cuanto impida (vid. OC-5-85) la libertad de expresión y el uso de los medios de comunicación social como instrumentos al servicio de aquélla y de la de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

Por tanto:

Se declara con lugar la acción y en consecuencia se anula el artículo 22 de la Ley n.º 4420, de 22 septiembre de 1969. Esta sentencia es declarativa y sus efectos retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensiona esta sentencia en el sentido de que las personas que hubieran sido condenadas, por virtud de aquélla, pueden formular recurso de revisión, a la luz de lo dispuesto por el artículo 490 inciso 6) del Código de Procedimientos Penales, dentro de los quince días posteriores a la publicación de esta sentencia. Publíquese íntegramente esta sentencia en el Boletín Judicial. Reséñese en el Diario Oficial La Gaceta. Comuníquese a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Luis Paulino Mora M.

R. E. Piza E. Luis Fernando Solano C. Eduardo Sancho G. Carlos Ml. Arguedas R. José Luis Molina Q. Mario Granados M. LFSC/OARL/fabm.<sup>50</sup>

El *Tribunal Constitucional del Ecuador*, en el fallo n.º 002-2002-CC, de 12 de febrero de 2003, aplicó la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana para determinar el correcto sentido y alcance del artículo 187 de la Carta Fundamental, que establece la justicia militar para el juzgamiento de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de sus labores profesionales. Al respecto sostuvo:

Que tanto el artículo 187 del texto constitucional como su vigésimo séptima disposición transitoria deben ser interpretados en concordancia con la consagración de las garantías judiciales del debido proceso que contiene la misma Constitución ecuatoriana, que se han señalado en este fallo, y con las reconocidas en los instrumentos internacionales vigentes en materia de derechos humanos, de obligatoria aplicación para el Ecuador y, por tanto, de todos los órganos del Poder Público, incluyéndose, naturalmente, los que ejercen jurisdicción, tal como lo ordenan los artículos 17 y 18 de la Constitución.

[...]

Que, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de las garantías judiciales, establece que el juez o tribunal encargado de la sustanciación de cualquier

---

<sup>50</sup> Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, expediente 0421-S-90, n.º 2313-95, a las 16:18 del 9 de mayo de 1995.

acusación penal debe ser competente, independiente e imparcial, como elementos esenciales del debido proceso legal;

Que, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”, agregando el Alto tribunal que, “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”, por lo que el Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C n° 2),

Que, por lo expuesto, en virtud de los principios de imparcialidad e independencia que informan la administración de justicia, los delitos comunes, incluso los cometidos por miembros de la Fuerza Pública, deben ser juzgados por la justicia ordinaria.<sup>51</sup>

La Corte Suprema de El Salvador, en sentencia de 2004, ha precisado:

[...] corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelven nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho constitucional, es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el [derecho internacional de los derechos humanos], en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional de los derechos humanos.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Citada por Marcos MORALES TOBAR, “Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia en el Ecuador”, en *Ius et Praxis*, año 9 n.º 1, Talca, Universidad de Talca, 2003, pp. 104-105.

<sup>52</sup> Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, caso *Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras*, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de 1.º de abril de 2004, considerando 3.º. Véase el texto en *Diálogo Jurisprudencial* n.º 1, IIDH, Fundación Konrad Adenauer e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, julio-diciembre de 2006, pp. 153-163.

La *Corte Constitucional de Guatemala* ha determinado que los tratados de derechos humanos ingresan al orden jurídico interno con carácter de norma constitucional pero sin potestad reformatoria o derogatoria (sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente n.º 280/90, considerando VIII).<sup>53</sup>

El *Tribunal Constitucional peruano*, en sentencia n.º 1124-2001-AA/TC, ha precisado:

[...] de conformidad con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (artículo 55 Const.).<sup>54</sup>

Una sentencia del *Tribunal Constitucional peruano* aún más clara es el expediente n.º 1417-2005-AA/TC, en el cual se determina:

[...] la noción de “sustento constitucional directo” [...] no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la norma fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control de constitucionalidad o “bloque de constitucionalidad”.<sup>55</sup>

El mismo tribunal, en sentencia de julio de 2006, ha determinado:

La Constitución [...] exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la

<sup>53</sup> Véase Ariel DULITZKY, “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en Thomas BUERGENTHAL y Antônio CANÇADO TRINDADE, *Estudios especializados de derechos humanos*, tomo I, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 158.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional peruano n.º 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 9.º; en el mismo sentido, STC n.º 0217-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2.º.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, expediente n.º 1417-2005-AA/TC, caso *Manuel Anicama Fernández*, fundamento jurídico 9.º.

dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder.<sup>56</sup>

La *Suprema Corte de Justicia del Uruguay*, en sentencia n.º 365/09, de 19/X/09, declaró inconstitucionales e inaplicables en el caso concreto los artículos 1.º, 3.º y 4.º de la ley n.º 15848. Al respecto determinó:

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del artículo 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón: “El ‘Estado de Derecho’ (Rechtsstaat)”, en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo 1957, p. 604).

El citado autor sostiene: “En el Uruguay, los principios generales de derecho ‘inherentes a la personalidad humana’, tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario” (Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, 2ª edición, Montevideo 1965, p. 15).

En la misma dirección, Riso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana” (Riso Ferrand, Martín: *Derecho Constitucional*, tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

---

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, expediente N2730-2006-PA/CT, 21 de julio de 2006, caso *Arturo Castillo Chirinos*, considerando 9.º. Véase el texto completo en *Diálogo Jurisprudencial* n.º 1, IIDH, Fundación Konrad Adenauer e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, julio-diciembre de 2006, pp. 275-307.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Riso Ferrand, *ob. cit.* ps. 114 y 115).

En este sentido, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, "... al momento de dictarse la ley —y, más tarde, la sentencia— debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16/12/66 y ratificado por Uruguay por Ley n° 13751 del 11/7/69; la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada en el ámbito americano el 22/11/69, ratificada por Ley n° 15737 de 8/3/85 y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada por Ley n° 15798 del 27/10/85. De ese modo, el ordenamiento jurídico-constitucional uruguayo ha incorporado derechos de las personas que constituyen límites infranqueables para el ejercicio de las competencias asignadas a los poderes instituidos, lo que necesariamente debe controlar el juez constitucional" (Castro, Alicia, *ob. cit.* ps. 139 y 140).

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (*ob. cit.* p. 126).<sup>57</sup>

En la materia, la Suprema Corte uruguaya concluye:

Decláranse inconstitucionales e inaplicables en el caso concreto los arts. 1.º, 3.º y 4.º de la Ley n.º 15848, sin especial condenación procesal. Comuníquese a la Asamblea General. Y devuélvase.

Puede afirmarse así la existencia de una corriente, cada vez más fuerte y consolidada en el derecho constitucional latinoamericano y en sus respectivas jurisdicciones constitucionales, de la afirmación de un bloque constitucional de derechos fundamentales, integrado al

---

<sup>57</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Uruguay n.º 365/09, de 19 de octubre de 2009, fundamento III.8.

menos por los derechos asegurados en el texto expreso de la Carta Fundamental, los derechos implícitos y los derechos asegurados en los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario internacional.

### **3.3. LOS DERECHOS CONTENIDOS EN PRINCIPIOS IMPERATIVOS DE DERECHO INTERNACIONAL COMO PARTE DEL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN CHILE**

Forman parte de este bloque constitucional de derechos fundamentales aquellos derechos que están asegurados por principios imperativos de derecho internacional —ya que ellos se imponen a los Estados de manera directa y automática, debiendo ser aplicados por los órganos estatales, y la jurisdicción interna debe dotarlos de aplicabilidad directa e inmediata—, como asimismo el derecho consuetudinario internacional, que asegura y garantiza derechos fundamentales, ya que este precede generalmente al derecho convencional de los derechos humanos.

Los tribunales superiores de justicia chilenos han reconocido jurisprudencialmente la integración de los principios de *ius cogens* y de *derecho consuetudinario internacional*, los cuales se incorporan al derecho interno sin ningún acto de formalización, como lo ha señalado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en diversos fallos:

Así, la incorporación directa e inmediata de los principios de *ius cogens* se ha determinado en sentencia de julio de 2006:

Que, en efecto, tal razonamiento parte de la base que el Derecho nacional y el derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno solo, por ser un fenómeno que abarca al Derecho en su totalidad, siendo recepcionado dicho derecho internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Interno Nacional, tanto como Principio Internacional de los Derechos Humanos, como por los tratados internacionales actualmente vigentes suscritos por Chile. Es así como nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los Principios Generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o *ius cogens*, que pasan a formar parte del derecho interno por su calidad de tales, en tanto los Principios del Derecho Internacional tienen prevalencia sobre éste como categoría de norma de Derecho Internacional General, conforme al acervo dogmático y convencional universal y a la aceptación en la práctica judicial de los tribunales nacionales partícipes de la Naciones Unidas, además de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a crímenes de lesa humanidad.

Que, además, los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuya consecuencias —conforme a una interpretación progresiva y finalista

de la Constitución— es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendiendo al compromiso moral y jurídico del estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.<sup>58</sup>

La Corte Suprema de Justicia chilena ha reiterado, en sentencia de marzo de 2007, la aplicación de los principios imperativos de derecho internacional (*ius cogens*):

*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 voluntad, 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.

El referido carácter obligatorio de los cánones de *ius cogens* concluyó con su transformación en derecho convencional por obra de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mil novecientos sesenta y nueve, ratificada por Chile el nueve de mayo de mil novecientos ochenta y uno, la que dispone en su artículo 53 que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Es así como la doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud

---

<sup>58</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 146-2006, de 31 de julio de 2006, considerandos 5.º y 6.º, en *Gaceta Jurídica* n.º 313, julio 2006, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2006, pp. 243-254. Cursivas añadidas.

de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad (Antonio Cassese: “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo”, Ariel, Barcelona, primera reimpresión, año mil novecientos noventa y tres, página 241).

Las reglas *ius cogens* no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo.

Por lo tanto, las máximas de *ius cogens* son disposiciones a partir de las cuales surgen obligaciones *erga omnes*, las que no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa.

*Trigésimo Tercero:* Que si bien es cierto que una de las más severas críticas que se plantean en contra de la noción de *ius cogens* es la vaguedad e indefinición de aquellas que la componen, no lo es menos que existen un conjunto de preceptos cuya determinación como tal no presenta discusión llamado “núcleo duro de normas de *ius cogens* de derechos humanos”, inderogables bajo cualquier circunstancia o excepción que generan obligaciones *erga omnes* (Carlos Villán Durán: “Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Trotta, Madrid, año dos mil dos, página 102), dentro del cual encontramos disposiciones tales como la prohibición de la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la prohibición del genocidio, la esclavitud, la discriminación racial y de las ejecuciones sumarias o extralegales; así como la prohibición de la tortura. No parece que nadie —incluso sin ser letrado— podrá dudar que los principios enunciados no derivan su carácter propiamente jurídico de la circunstancia meramente accidental de haber sido expresados en una determinada ley positiva.

Precisamente, ya en mil novecientos setenta y uno Roberto Ago consideraba que las reglas de *ius cogens* incluían “las normas fundamentales relativas a la salvaguardia de la paz, y particularmente las que prohíben el recurso a la fuerza o la amenaza de fuerza; las normas fundamentales de carácter humanitario: prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, protección de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de paz y de guerra” (citado por Vicente Chetail: “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, número 805, año dos mil tres, páginas 235 a 269).<sup>59</sup>

La misma sentencia de la Corte Suprema se refiere a la incorporación automática del derecho consuetudinario internacional:

*Trigésimo Sexto:* Que al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del

---

<sup>59</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rol n.º 3125-04, de 13 de marzo de 2007, considerandos 31-33.

ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo “que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66).

Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, lo que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado. Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 478; Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90 y Alfredo Etcheberry O.: “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, tomo I, Parte General, Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, páginas 38 y 39).

*Del mismo modo*, la doctrina autorizada asevera que cuando se presenta un posible conflicto con el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario, el juez tiene en primer término la regla externa, toda vez que no es de presumir que el legislador nacional haya querido infringir el derecho internacional. (Adolfo Veloso: “Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, n° 165, enero-diciembre de mil novecientos setenta y siete, página 272 y Santiago Benadava: “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos ochenta y dos, página 13). También la primacía de los Principios Generales del Derecho Internacional ha sido reconocida desde los albores de nuestra República, así la Ley de Garantías Individuales, de veinticinco de septiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, Título Primero, que trata De las Restricciones a la Libertad Individual en Jeneral refiere en su artículo 5°: las disposiciones contenidas en los tres artículos precedentes no se aplican: 2° A los que se dictaren en conformidad a tratados celebrados con naciones extranjeras o a los principios generales de derecho internacional, como, por ejemplo, en el caso de extradición de criminales i de aprehensión de marineros desertores (Pedro Javier Fernández: “Código Penal de la República de Chile, Explicado y Concordado”, Imprenta Barcelona, segunda edición, Santiago, Chile, año mil ochocientos noventa y nueve, página 426). En el mismo sentido Manuel Egidio Ballesteros sostiene “y con ser solo un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él” (Manuel Egidio Ballesteros: “La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales en Chile”, tomo I, Santiago, Chile, año mil ochocientos noventa, página 571).

El gobierno chileno ha tomado la misma posición tanto en lo atinente al derecho internacional convencional como del consuetudinario. Así, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, por ejemplo, en el caso en que un Tribunal de Menores había decretado orden de arraigo por dos muchachos que se encontraban, junto a su madre, asilados en una embajada con posterioridad al pronunciamiento militar de septiembre de mil novecientos setenta y

tres, al considerar que “por sobre la resolución judicial emanada del referido tribunal de menores corresponde aplicar las normas de Derecho Internacional que gobiernan la institución del asilo”. (Informe n.º 96 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y tres, citado en Hugo Llanos Mansilla: “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, mil novecientos ochenta y tres, páginas 408 a 410).<sup>60</sup>

Otro fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de diciembre de 2006, sostiene la misma tesis:

23°. Que la jurisprudencia y doctrina nacionales, desde muy antiguo, han reconocido la prevalencia del Derecho Internacional, en el supuesto de contradecir éste el derecho interno. Valga, en apoyo de este aserto, la referencia a las sentencias “Lauritzen con Fisco” o de los barcos daneses (R.D.J., T. 52, II, 1ª, p. 485 y ss.); el fallo recaído en un caso sobre extradición activa, en que se explicitó que los principios de Derecho Internacional “priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del Estado” (en: R.D.J., T. 56, II, 4ª, pág. 66); los casos Embajada de la República de China, de 1.969 (F.M. septiembre de 1.969, págs. 223 y 224) y Embajada de Cuba, de 1.975 (F.M. junio de 1.975, pág. 90) y, en jurisprudencia posterior a los hechos de autos —pero demostrativa de la continuidad del principio que interesa— las sentencias de 26.10.95 (Rol n.º 5.566), consid. 14.º y 9.09.98 (Rol n.º 469/98), consid. 10.º, todas de esta Corte Suprema.

Y para demostrar la amplia recepción de esta misma tesis, en la doctrina nacional clásica, recordemos que ya don Manuel E. Ballesteros, a fines del siglo XIX, sostenía que “con solo ser un cuerpo de doctrinas, el Derecho Internacional es, sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquéllas cuestiones regidas por él” (La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, T.I, Stgo, 1.890, pág. 571).

Por cierto, los internacionalistas chilenos contemporáneos “Llanos, Benadava, Bustos Valderrama, Nogueira, C. Medina, entre muchos otros- participan plenamente de esta posición.

24°. Que ya desde los 60 “una década antes del crimen materia de autos - autores como Verdross, Seerle, Séferiades y, en especial, Charles Rousseau, observaban que, en general, la doctrina hace prevalecer el criterio que otorga al tratado y a la costumbre, la misma fuerza legal” (Rousseau, en “Droit International Publique”, París, 1.970, pág. 342, quien cita, en esa línea, a los anteriores).<sup>61</sup>

En fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema de 2007, rol n.º 6188-06, se reitera una jurisprudencia que se mantiene hasta el presente

<sup>60</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rol n.º 3125-04, de 13 de marzo de 2007, considerando 36.º. Cursivas añadidas.

<sup>61</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rol n.º 559-04, caso *Molco*, de 13 de diciembre de 2006, considerandos 23 y 24.

*Vigésimo octavo:* [...] cabe concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el referido ilícito, así como declarar su prescripción, conforme a las reglas imperativas del derecho internacional o ius cogens, que —tal como ha sido declarado en anteriores fallos— tiene prevalencia sobre la legislación nacional. Las reglas del ius cogens son verdaderas normas jurídicas en sentido sustancial, suministrando pautas o modelos de conducta, a partir de las cuales surgen obligaciones erga omnes, que existen con independencia de su formulación, en términos que cuando son expresadas en una fórmula legal no cambian su naturaleza jurídica.

Esta Corte reitera una vez más que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario, forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas, aún cuando no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile.

*Vigésimo noveno:* Que, a mayor abundamiento, cabe considerar —en relación a la prescripción alegada— que el 26 de noviembre de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución n.º 2391 adoptó la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad”, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, que si bien no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, confirma la existencia de un principio de ius cogens ya instalado en la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la realización de los hechos investigados en autos. Las normas de derecho internacional humanitario como parte integrante del ius cogens son obligatorias para los Estados, incluso cuando no se encuentran aprobados los respectivos tratados, desde que su fuerza emana de su carácter consuetudinario.<sup>62</sup>

La Sala Constitucional de la Corte Suprema, en sentencia de noviembre de 2007, caso *Chibuio*, reiteró:

11°. Que atendidas las circunstancias o condiciones exteriores en que se materializaron estos delitos o elementos contextuales de los mismos, entendido lo anterior como el marco de hecho subjetivo en que se desarrollaron las conductas criminales, lo que las diferencian de los delitos comunes, determinan que se está en este caso en presencia de lo que la conciencia jurídica internacional ha dado en llamar crímenes de naturaleza de lesa humanidad.

12°. Que, en efecto, tal razonamiento parte de la base que el Derecho Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno solo, por ser un fenómeno que abarca al Derecho en su totalidad, siendo recepcionado dicho Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Interno Nacional, tanto como Principio Internacional de los Derechos Humanos, como por los Tratados Internacionales actualmente vigentes, suscritos por Chile.

En verdad nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los Principios Generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o “ius cogens”,

---

<sup>62</sup> Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, rol n.º 6188-06, caso *Contreras Maluje*, de 13 de noviembre de 2007, considerandos 28 y 29.

que pasan a formar parte del Derecho Interno por su calidad de tales, en tanto los Principios del Derecho Internacional tienen prevalencia sobre éste como categoría de norma de Derecho Internacional General, conforme al acervo dogmático y convencional universal y a la aceptación en la práctica judicial de los tribunales nacionales partícipes de la Organización de las Naciones Unidas, además de la de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a crímenes de lesa humanidad.

Además, los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuya consecuencia —conforme a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución— es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

13°. Que, en efecto, el artículo 5.º de la Constitución Política de la República de Chile, establece la limitación de la soberanía, en tanto señala en esta materia que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Al mismo tiempo, la reforma constitucional de 1989, agregó a este inciso segundo del artículo 5.º, una oración final que introduce en el derecho interno de manera expresa el mandato que señala: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

14°. Que, como consecuencia, la existencia de los hechos establecidos en este proceso es excepcional, en cuanto, las conductas delictivas identificadas en ellos, son infracciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario.

[...]

36°. Que, de esta forma, los elementos de prueba que determinan la existencia de los delitos de homicidio calificado, establecen además que ellos se han dado en un contexto que permite denominarlos crímenes de lesa humanidad, reconocido por el Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos, tal como se ha analizado en los motivos anteriores con ocasión de los delitos.

37°. Que, en consecuencia, debe ser rechazado el impedimento alegado de perseguibilidad del delito por la prescripción de la acción penal, por cuanto, es obligatorio para el Derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, dentro de la cual se encuentran los crímenes de lesa humanidad —ello con todas las consecuencias jurídicas que implica, en cuanto éstas en la sentencia se transforman en una ejecución efectiva de las normas atinentes—, respecto de los cuales es inadmisibles la prescripción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los Derechos Humanos.

Que está dada o recepcionada tal normativa a la luz del artículo 5.º de la Constitución Política de la República; ella, al establecer las Bases de la Institucionalidad, incorporó expresamente como principio o valor fundamental que: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el

respeto de los derechos esenciales de la persona humana” (artículo 5.º, inciso segundo); y tal inspiración, propia del constitucionalismo actual, la garantiza ese mismo inciso segundo de tal disposición al preceptuar que: “Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

De ello se colige en forma inequívoca que los tribunales nacionales pueden perseguir la responsabilidad individual derivada de:

a) Los crímenes contra la paz, que consisten en desatar conflictos armados en violación a los Tratados Internacionales —Carta de las Naciones—;

b) Los crímenes de guerra, violando las normas de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, o sus Protocolos Adicionales —I y II, respectivamente— sobre conflictos internacionales y no internacional; y;

c) Los crímenes de lesa humanidad, tales como el genocidio, la desaparición forzada de personas, terrorismo, ejecuciones sumarias, asesinatos, la tortura y violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

[...]

40°. Que, de esta forma lo anterior permite concluir, además en cuanto a la amnistía alegada, que hay entonces una prevalencia de la Norma Internacional de Derecho Internacional General, que determina que son incompatibles con ésta, la ley de amnistía y de prescripción invocadas respecto de los hechos delictivos establecidos en autos.

Que, además, en relación con la amnistía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por sentencia de fecha 14 de marzo de 2001, en la forma siguiente:

“41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

”[...]

”43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2.º de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8.º y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de auto amnistía, incurren en una violación de los artículos 8.º y 25 en concordancia con los artículos I. I y 2.º de la Convención. Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obsta-

culiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

”44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.<sup>63</sup>

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia sobre el derecho interno. Primacía de las normas internacionales de derecho internacional general que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional, y vinculantes desde antes como principio general del derecho internacional de los derechos humanos, son obligatorias en la forma precedente, posición que es asumida y exigida a las jurisdicciones nacionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Almonacid Arellano y otros contra Chile*.

## 4.

### **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO QUE DEBEN EFECTUAR LOS JUECES NACIONALES DETERMINADO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Por otra parte, es necesario tener presente la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales, la cual refuerza la tesis del bloque constitucional de derechos.

---

<sup>63</sup> Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, rol n.º 2.182-98, caso *Chibuio*, de 30 de noviembre de 2007, considerandos 11-14, 36-37, 40-41, 43-44, 48.

En tal sentido, la Corte Interamericana, en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, precisó:

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.<sup>64</sup>

La Corte Interamericana establece así que constituye una obligación de las jurisdicciones nacionales, a la luz del artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicar las normas convencionales por sobre el derecho interno cuando este último no alcanza los estándares mínimos exigidos por el derecho internacional vinculante en materia de derechos humanos, estando dicha obligación fundada en el cumplimiento de

---

<sup>64</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 123-125.

buena fe de las obligaciones internacionales, principio imperativo de derecho internacional que genera las consiguientes responsabilidades internacionales.

Esta perspectiva obliga a los tribunales nacionales a aplicar preferentemente el derecho convencional sobre el derecho interno, como asimismo la interpretación que del derecho convencional hace la Corte Interamericana como intérprete última de dicha Convención, la que debe ser asumida de buena fe por los tribunales nacionales.

Los tribunales constitucionales y cortes supremas nacionales han asumido dicha perspectiva.

La *Corte Suprema de Justicia argentina*, en el caso *Giroldi*, se refirió al alcance del artículo 75, inciso 22, párrafo 2.º de la Constitución argentina, y determinó que el rango constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos significa acatarla del modo como ella rige en el derecho internacional y “considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer de todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.<sup>65</sup>

En el caso *Mazzeo* la Corte Suprema argentina, en el considerando 26, determinó:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial, debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete último de la Convención Americana. Así la Corte suprema de Argentina aplica la pauta de interpretación conforme a la Convención Americana como estándar mínimo de respeto de derechos humanos, como asimismo el respeto y resguardo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> “Giroldi, Horacio y otro s/recurso de casación”, de 7 de abril de 1995, en *Fallos* 318:514, considerandos 5.º y 11.

<sup>66</sup> M.2333.XLII, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, de 13 de julio de 2007.

El *Tribunal Constitucional de Bolivia* sigue la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A manera de ejemplo puede señalarse la sentencia 0664/2004-R, de 6 de mayo de 2004:

El cumplimiento de estos requisitos que hacen al Juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que ‘toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial.

El *Tribunal Constitucional del Ecuador*, en el fallo n.º 002-2002-CC, de 12 de febrero de 2003, aplicó la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana para determinar el correcto sentido y alcance del artículo 187 de la Carta Fundamental que establece la justicia militar para el juzgamiento de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de sus labores profesionales. Al respecto el Tribunal Constitucional sostuvo:

Que, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de las garantías judiciales, establece que el juez o tribunal encargado de la sustanciación de cualquier acusación penal debe ser competente, independiente e imparcial, como elementos esenciales del debido proceso legal;

Que, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”, agregando el Alto tribunal que, “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”, por lo que el Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N°52);

Que, por lo expuesto, en virtud de los principios de imparcialidad e independencia que informan la administración de justicia, los delitos comunes, incluso los cometidos por miembros de la Fuerza Pública, deben ser juzgados por la justicia ordinaria.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Citada por Marcos MORALES TÓBAR, “Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia en el Ecuador”, en *Ius et Praxis*, año 9 n.º 1, Talca: Universidad de Talca, pp. 104-105.

El *Tribunal Constitucional peruano* ha precisado:

[...] de conformidad con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55 Const.).<sup>68</sup>

En tal perspectiva, el Tribunal Constitucional del Perú ha establecido:

La Sentencia de la Corte interamericana sobre el Caso de los cinco pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, aseverando que, respecto al derecho de propiedad “[...] la Corte Interamericana de derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución peruana lo reconoce expresamente y, en la medida en que este fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se encuentra amparado por el artículo 21° de la Convención que reconoce el derecho de propiedad... El criterio de la Corte interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el tribunal constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad”. En efecto, La Corte Interamericana estableció en tal sentencia, como parte del párrafo 103, que “[...] a la luz de lo señalado en la Constitución política del Perú, de lo dispuesto por el tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención —la cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que [los cinco pensionistas] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana”. Al retomar la doctrina del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana también reconoce las posibilidades de la Caja fiscal para dar cumplimiento a la progresividad de los derechos fundamentales, tema que, a juicio de este Colegiado, es de importancia capital. Asimismo, se ha señalado en el fundamento 147, que “[...] los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional peruano n.º 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 9.º; en el mismo sentido STC n.º 0217-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2.º.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social ya la pensión, en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.<sup>69</sup>

En Chile, la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en especial la sustentada en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, ha sido asimilada por la Sala Penal de la Corte Suprema desde 2006, en el caso *Molco*, como también en su jurisprudencia posterior:

19°. Que, además de los informes de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, relacionados en la reflexión 15ª precedente, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, en numerosas sentencias, como verbigracia en los casos Velásquez Rodríguez (sent. de 29.07.88, Serie C N° 4); Godínez Cruz (sent. de 20.01.89, Serie C. N° 5) y Blake (sent. de 24.01.88, Serie C N° 36), y muy especialmente, en la reciente “Almonacid Arellano y otros versus Chile”, de 26.09.2.006, donde explícitamente se califica el homicidio perpetrado por agentes del Estado en la persona de don Luis Alfredo Almonacid Arellano, como un crimen de lesa humanidad, agregando que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos “es una norma de ius cogens y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general” (Consid. 99°).

20°. Que similar punto de vista había sido sustentado con anterioridad por la propia Corte Interamericana en el “Caso Barrios Altos”, al puntualizar que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos” (sentencia de 14.03.2.001, Serie C, n.º 75, pág. 41).

21°. Que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha dictaminado que es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado, y que un Estado no puede invocar su propia Constitución, para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes.

22°. Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5.º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, “valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos” (S.C.S., 30.01.1.996).

---

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, expediente n.º 0050-2004-AI/TC —acumulados—, fundamento jurídico 98.

[...]

25°. Que la calificación del delito de homicidio cometido en la persona de las dos víctimas asesinadas a fines de 1.973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de autos, como un “crimen contra la humanidad”, no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional “homicidio- y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado.

26°. Que, como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, bastando “un solo acto cometido por un perpetrador” en tal contexto, sin que sea necesario que éste cometa “numerosas ofensas para ser considerado 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” (considerandos 96 y 99 de “*Almonacid Arellano y otros versus Chile*”, cit.).<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, rol n.º 559-04, caso *Molco*, de 13 de diciembre de 2006, considerandos 19-22 y 25-26.

## 5.

### CONSIDERACIONES FINALES

Los derechos esenciales, fundamentales o humanos, según el *nomen iuris* que quiera utilizarse, y sus diversos atributos reconocidos por fuente nacional o internacional constituyen límites a la potestad constituyente derivada, como asimismo a las potestades legislativa, administrativa y jurisdiccional, las cuales deben aplicarlos conforme al principio de progresividad y de irreversibilidad, además del principio favor persona. Ello implica, en definitiva, que tales derechos y sus atributos asegurados y garantizados por fuente interna o internacional forman parte necesariamente del parámetro de control de constitucionalidad, en cuanto contenidos que constituyen principios jurídicos supremos del ordenamiento jurídico, que debe asumir la jurisdicción constitucional respectiva al controlar los actos y normas emanados de los poderes constituidos.

La labor interpretativa constitucional requiere de una reconstrucción de todo el contenido que establece el complejo normativo de la Constitución; la lectura e interpretación de todo precepto de la Carta Fundamental debe ser hecha en su contexto, teniendo en consideración los principios, valores, fines y razón histórica del ordenamiento constitucional, lo que le da al juez constitucional un espacio de movilidad interpretativa e integradora que lo convierte en un protagonista que realiza una adecuada y necesaria mediación entre la Constitución y la situación específica.

Las cartas fundamentales y el derecho convencional internacional en materia de derechos humanos exigen a los agentes y órganos del Estado no solo una función de respeto de los derechos, sino también una *función promocional* que requiere de todos los operadores jurídicos, y en especial de los órganos de jurisdicción constitucional dentro sus competencias, remover los obstáculos que impidan el libre y pleno ejercicio de los derechos, como asimismo maximizar el plexo de derechos y garantías de la persona humana.

El deber de promover los derechos también se concreta a través de una adecuada interpretación de ellos, ya que los derechos no son las normas; por tanto, cuando faltan normas debe producirse la integración para suplir la falta de reconocimiento normonológico y no afirmar que porque no hay norma no hay derecho. El operador jurídico debe tener la flexibilidad de buscar una solución acorde con el espíritu del sistema de derechos, con su objeto y su finalidad, teniendo en consideración el contexto y la razón histórica, como asimismo los

valores que explicita el sistema jurídico. Ello implica negar la posición reduccionista para la protección de la persona y de sus derechos esenciales.

Nada impide, en una perspectiva técnico-jurídica, introducir garantías de los derechos esenciales o humanos por vía de normas de derecho interno o provenientes del derecho internacional que constituyan un plus respecto de las normas vigentes, ya que ello cumple la finalidad de asegurar y de promover tales derechos, que es un deber constitucional de todos los órganos y agentes estatales. La introducción de normas que mejoren el contenido de los derechos y sus garantías no puede ser considerada inconstitucional si se aplican las reglas interpretativas *favor hómine* o *favor persona* y se tiene presente el desarrollo progresivo de los derechos.

Asimismo, el deber de los órganos estatales de cumplir de buena fe y sin oponer obstáculos de derecho interno —como lo exigen los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los tratados de derechos humanos, en especial las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que determina el artículo 1.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el deber de adecuar el ordenamiento jurídico a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que establece el artículo 2.º de dicha Convención— se concreta no solo a través del ejercicio del poder constituyente o legislativo, sino también mediante la potestad jurisdiccional que ejercen los tribunales de justicia dentro de sus respectivas competencias establecidas por las Constituciones y las leyes respectivas de los correspondientes Estados.

En este contexto, debe tenerse presente el deber de concretar el control de convencionalidad por los jueces y tribunales nacionales, para impedir que se vulneren los derechos asegurados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás convenciones complementarias, las cuales constituyen un nivel mínimo de respeto de los derechos fundamentales que debe entenderse que integra y complementa el contenido de los derechos explícitos e implícitos asegurados constitucionalmente.

Finalmente, cabe señalar que el control de convencionalidad que pueden ejercer todos los jueces, aplicando preferentemente la Convención Americana sobre las normas de derecho interno infraconstitucional, complementa el control de constitucionalidad, sea concentrado o difuso, abstracto o concreto, según el modelo implementado en cada Estado, que deben realizar los tribunales que ejercen jurisdicción constitucional, ya que dicho control de constitucionalidad se realiza teniendo como parámetro el bloque constitucional de derechos, como asimismo debe tenerse presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León: Universidad de León, 1996.
- ARMIJO, Gilbert, “La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca: Universidad de Talca, 2003.
- BIDART CAMPOS, Germán, *La interpretación de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1994.
- “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM, 1998.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio, “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM, 1998.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, tomo I, Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2002.
- DELPERÉE, Francis, “O direito a dignidade humana”, en S. R. BARROS y F. A. ZILVETI (coords), *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho*, San Pablo: Dialética, 1999.
- DULITZKY, Ariel. “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en Thomas BUERGENTHAL y Antônio CANÇADO TRINDADE, *Estudios especializados de derechos humanos*, tomo I, San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- FAVOREU, Louis, “L’élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires”, en *RFDC* n.º 4, 1990.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, en *Jus. Revista di Scienze Giuridiche*, año L, mayo-agosto 2003, Milán, Università Católica del Sacro Cuore, 2003.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Madrid: Civitas, 1986.
- HÄBERLE, Peter, “El concepto de los derechos fundamentales”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.

- “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, en Ingo Wolfgang SARLET (org.): *Dimensões da dignidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HARO, Ricardo, “Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- “Relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales”, en *Corpus Iuris Regionales. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, n.º 6, Iquique: Universidad Arturo Prat, Escuela de Derecho, 2006.
- MANILI, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: La Ley, 2003.
- “La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano”, en Ricardo MÉNDEZ SILVA (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- MARITAIN, Jacques, *Acerca de la filosofía de los derechos del hombre*, Madrid: Debate, 1991.
- MEDINA, Cecilia, *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Santiago de Chile: Corporación de Reparación y Reconciliación, 1994.
- (coord.), *El sistema interamericano de derechos humanos*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 1992.
- *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica: IIDH, 1985.
- MODUGNO, F., *I ‘nuovi diritti’ nella giurisprudenza Della Corte Costituzionale*, Turín, 1995.
- MONTANARI, L., *I Diritti dell’uomo nell’area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Turín, 2002.
- MORALES TOBAR, Marcos, “Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia en el Ecuador”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Santiago de Chile: Librotecnia, 2008.

- *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2006.
- *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México: UNAM, 2003.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal, y María Cristina CHIABRA VALERA, *El derecho procesal constitucional y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima: APECC, 2009.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español”, en *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1985.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias recientes”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 7.ª ed. rev. y act., 2009.
- “Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em matéria de direitos humanos na Constituição federal brasileira de 1988”, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 10 A, Curitiba: Jurua, 2006.
- VÍTOLO, Alfredo, “El derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos nacionales”, en *Corpus Iuris Regiones. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, n.º 6, Iquique: Universidad Arturo Prat, Escuela de Derecho, 2006.

# Retórica y racionalidad jurídica\*

Rethoric and Legal Rationality

*Gerardo Ribeiro\*\**

*En el principio ya existía la Palabra.*

San Juan

**RESUMEN.** El presente artículo construye el concepto de racionalidad retórica como la condición sine qua non del derecho. De la anterior afirmación se deriva que la construcción de la racionalidad jurídica en las esferas de la creación de derecho, la aplicación del derecho y la construcción del saber jurídico solo es posible desde la argumentación, es decir, desde las prácticas retóricas entendidas como acciones del lenguaje (el discurso del intérprete) sobre el lenguaje (el discurso legal). El discurso jurídico es autorreferencial, por lo que la construcción de su racionalidad es un ejercicio de persuasión desde las técnicas retóricas (narrar, describir, explicar y argumentar) a fin de demostrar, persuadir y seducir al tribunal de que sus hipótesis, criterios y taxonomías son eficaces para resolver el caso en litigio.

**PALABRAS CLAVE.** Argumentación. Derecho. Filosofía. Racionalismo. Razonamiento (derecho).

**ABSTRACT.** This article molds the concept of rhetorical rationality as the sine qua non condition of law. It is from the above statement that stems the fact that the construction of legal rationality in the creation of law, the application of law and the construction of

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana (Ciudad de México) y maestro y doctor en Filosofía. Actualmente es profesor-investigador del Departamento de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato (México).

legal knowledge is only possible through argumentation, that is to say, from the rhetorical practices understood as language actions (the speaker's discourse) over language (the legal discourse). The legal discourse is self-referential, therefore, the construction of its rationality is an exercise in persuasion from the rhetorical techniques (narrating, describing, explaining and arguing) so as to demonstrate, persuade and seduce the tribunal as regards the efficacy of its hypotheses, criteria and taxonomies in order to solve the case in debate.

**KEY WORDS.** Argumentation. Law. Philosophy. Rationalism. Reasoning (Law).

**SUMARIO. I.** La condición retórica de la racionalidad científica. **II.** La condición retórica de la racionalidad. **III.** La condición retórica de la racionalidad jurídica. **IV.** La construcción retórica de la racionalidad jurídica.

I.

---

## LA CONDICIÓN RETÓRICA DE LA RACIONALIDAD CIENTÍFICA

El concepto de racionalidad es uno de los modos en que la ciencia ofrece su identidad y que se expresa en la capacidad de validar sus afirmaciones. La ciencia, entonces, se aparece ante la comunidad desde la racionalidad como modo de ser y la validación de su saber como legitimidad. Al respecto LAKATOS afirma que “durante siglos conocimiento significó conocimiento probado; probado bien por el poder del intelecto o por la evidencia de los sentidos”.<sup>1</sup>

El conocimiento propuesto por la ciencia se caracteriza por ofrecer, de un modo u otro, una garantía de su propia validez. Esta garantía epistémica es la que sostiene toda la pretensión de verdad y de certeza de su saber. Sin embargo, estas garantías de validez no son inmutables sino que, a la luz de las teorías dominantes de cada época, se han modificado, y estas garantías de validez van desde la demostración, pasando por la descripción y finalizan en la corregibilidad del conocimiento.

La ciencia como conocimiento demostrado es el ideal clásico en PLATÓN, quien afirma:

Las opiniones verdaderas, mientras subsisten firmes, son una buena cosa y producen toda clase de beneficios. Pero son de suyo poco subsistentes y se escapan del alma del

---

<sup>1</sup> Imre LAKATOS, *La metodología de los programas de investigación científica*, Madrid: Alianza Universidad, 1998, p. 17.

hombre; de suerte que no son de gran precio, a menos que no la fije por el conocimiento razonado en la relación de causa efecto.<sup>2</sup>

Aristóteles también reivindica la demostración del saber como argumento de validez al afirmar que “todo conocimiento racional [...] se deriva siempre de nociones anteriores [...] es cierto respecto de todas las ciencias; porque es el procedimiento de las matemáticas y de todas las demás artes, sin excepción”.<sup>3</sup>

“Toda ciencia es un conocimiento cierto y evidente”, afirma DESCARTES y luego agrega que por esta regla rechazamos los conocimientos probables y establecemos el principio de que solo debemos aceptar los conocimientos ciertos y que no dejen lugar a la más pequeña duda. Esta concepción del conocimiento como cierto y evidente se manifiesta, según DESCARTES, en la aritmética y la geometría porque ellas “consisten en una serie de consecuencias a deducir por la vía del razonamiento”.<sup>4</sup>

La ciencia como descripción es reivindicada entre otros por BACON: la observación y la descripción ocupan el lugar de la garantía de validez del conocimiento. Al respecto BACON afirma que “aquellos quienes no aspiran a hacer suposiciones y a adivinar sino a descubrir y a saber; quienes no se proponen inventar simulados y fabulosos mundos propios sino examinar y analizar minuciosamente la naturaleza de este mismo mundo, deben dirigirse a los hechos mismos para todo”.<sup>5</sup> Todo el ideal científico de la Ilustración está sostenido sobre esta premisa de observación y descripción.

La ciencia como autocorregible puede sostenerse desde la siguiente concepción de POPPER, quien afirma:

El convencionalismo es un sistema completo y defendible, y no es fácil que tengan éxito los intentos de descubrir en él incoherencias. Pero a pesar de todo ello, lo encuentro totalmente inaceptable; subyace a él una teoría de la ciencia, de su finalidad y sus propósitos, radicalmente distinta de la mía. Mientras yo no pido a la ciencia ninguna certidumbre definitiva (y, en consecuencia, no la encuentro), el convencionalista busca en ella un sistema de conocimientos apoyados en razones últimas [...].<sup>6</sup>

Lo que está en juego en esta concepción convencionalista de validación es la insostenible pretensión de la ciencia de ofrecer conocimientos como certidumbres probadas. La

<sup>2</sup> PLATÓN, “Menón o de la virtud”, en *Diálogos*, México: Porrúa, 1998, p. 226.

<sup>3</sup> ARISTÓTELES, *Tratados de lógica*, México: Porrúa, 1993, p. 155.

<sup>4</sup> René DESCARTES, *Reglas para la dirección del espíritu*, México: Porrúa, 1997, p. 96.

<sup>5</sup> Francis BACON, *Instauratio Magna*, México: Porrúa, 1991, p. 20.

<sup>6</sup> Karl POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 77.

falsación busca las incoherencias o inconsistencia de los sistemas en un continuo proceso de corrección de las teorías.

Cierta racionalidad científica se sostiene sobre la idea de una instrumentalización metodológica que sirve de validación de los conocimientos propuestos como certeza. Sin embargo, desde POPPER, pasando por KUHN, hasta FEYERABEND se puede rastrear una idea de racionalidad científica retórica que reivindica a la argumentación como instrumento para convencer pero también para persuadir y seducir a las comunidades científicas de la validez epistémica de sus afirmaciones.

Así, se puede identificar la siguiente idea de POPPER con respecto al método científico:

Platón, Aristóteles, Bacon y Descartes, así como la mayoría de sus sucesores, por ejemplo John Stuart Mill, creyeron que existía un método para encontrar la verdad científica. En un periodo posterior y ligeramente más escéptico hubo metodólogos que creían que existía un método, si no para encontrar una teoría verdadera, al menos para averiguar si una hipótesis dada era o no verdadera, o (aún más escépticos) si una hipótesis dada era al menos “probable” en cierto grado averiguable.<sup>7</sup>

Sin embargo, el mismo POPPER escribe:

Yo afirmo que no existe método científico en ninguno de esos tres sentidos. Para expresarlo de forma más directa:

1) No existe método para descubrir una teoría científica. No existe método para cerciorarse de la verdad de una hipótesis científica, es decir, no existe método de verificación.

2) No existe método para averiguar si una hipótesis es “probable” o probablemente verdadera.<sup>8</sup>

Ante esta afirmación POPPER reivindica una racionalidad científica en la cual la comprensión del mundo es una comprensión retórica:

Yo soy un racionalista. Por racionalista entiendo un hombre que quiere comprender el mundo y aprender mediante la discusión con otros. [...] Por “discutir con otros” entiendo, más concretamente, criticarlos, suscitar sus críticas y tratar de aprender de ellas. El arte de la discusión es una forma peculiar del arte de la lucha, con palabras en vez de espadas, e inspirado por el interés de acercarse a la verdad sobre el mundo.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Karl POPPER, *Realismo y el objetivo de la ciencia. Post scriptum a La Lógica de la investigación científica*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1998, p. 45 y 46.

<sup>8</sup> *Ibídem.*

<sup>9</sup> *Ibídem.*

POPPER caracteriza a la discusión científica de la siguiente manera:

No creo en la actual teoría de que para que una discusión sea fructífera, los que discuten tengan que tener mucho en común. Por el contrario, creo que cuanto más distinta sea su formación, más fructífera será la discusión. Ni siquiera hace falta empezar por tener una lengua común: si no hubiera existido la Torre de Babel hubiéramos tenido que construirla. La diversidad hace más fructífera la discusión crítica.<sup>10</sup>

Finaliza su idea caracterizando el objeto de la discusión:

Las únicas cosas que deben tener en común los participantes en una discusión son el deseo de saber y la disposición a aprender del otro, mediante la crítica severa de sus concepciones —en la versión más fuerte que sea posible dar a sus concepciones— y escuchando lo que él tiene que decir como réplica.<sup>11</sup>

De acuerdo a lo antes citado, se puede afirmar que POPPER reivindica una racionalidad científica retórica.

Otro ejemplo claro de mi afirmación de la existencia de una condición retórica de la racionalidad de la ciencia son las revoluciones científicas en las cuales, al decir de KUHN:

[...] el carácter distintivo del cambio revolucionario en el lenguaje (de una ciencia determinada) es que altera no solo los criterios con los que los términos se relacionan con la naturaleza; altera además, considerablemente, el conjunto de objetos o situaciones con los que se relacionan esos términos. [...] Así pues, lo que caracteriza a las revoluciones es el cambio en varias categorías taxonómicas que son el requisito previo para la descripción y generalizaciones científicas.<sup>12</sup>

El cambio en el lenguaje es la expresión de la revolución científica y este nuevo lenguaje, que se presentará como nuevo paradigma, debe ser argumentado en el debate científico, y para defender el nuevo paradigma cada grupo utiliza su propio discurso retórico para persuadir.

KUHN describe los actos de persuasión de una comunidad científica en torno a la elección de paradigmas de la siguiente manera:

El hombre que establece como premisa un paradigma, mientras arguye en su defensa puede, no obstante, proporcionar una muestra clara de lo que será la práctica científica para quienes

---

<sup>10</sup> Ibídem.

<sup>11</sup> Ibídem.

<sup>12</sup> Thomas S. KUHN, *¿Qué son las revoluciones científicas?*, Barcelona: Paidós, 1989, p. 88.

adopten la nueva visión de la naturaleza. Esa muestra puede ser inmensamente *persuasiva*, con frecuencia, incluso apremiante. Sin embargo, sea cual fuere su fuerza, el status del *argumento* circular es sólo el de la *persuasión*. No puede hacerse apremiante, lógica ni probablemente, para quienes rehúsan entrar en el círculo. Las premisas y valores compartidos por las dos partes de un debate sobre paradigmas no son suficientemente amplios para ello. Como en las revoluciones políticas sucede en la elección de un paradigma: no hay ninguna norma más elevada que la aceptación de la comunidad pertinente. Para descubrir cómo se llevan a cabo las revoluciones científicas, tendremos, por consiguiente, que examinar no sólo el efecto de la naturaleza y la lógica, sino también las *técnicas de argumentación persuasiva*, efectiva dentro de los grupos muy especiales que constituyen la comunidad de científicos.<sup>13</sup>

La validación de los nuevos conocimientos que se oponen a otros conocimientos se resuelve, entonces, por la capacidad de persuadir a las comunidades científicas pertinentes desde las técnicas argumentativas, porque, al decir de KUHN, “la competencia entre paradigmas no es el tipo de batalla que pueda resolverse por medio de pruebas”.<sup>14</sup> La condición retórica de la disputa argumentativa entre paradigmas científicos se comprueba al entender que “un paradigma es lo que comparten los miembros de una comunidad científica y, a la inversa, una comunidad científica consiste en unas personas que comparten un paradigma”.<sup>15</sup>

Un paradigma debe ser entendido, en esta investigación, como un modo determinado de resolver un conjunto de problemas dados. Las comunidades científicas son, a un mismo tiempo, auditorio de discursos paradigmáticos, validadores de esos discursos al tiempo que sus productores. La condición retórica del cambio científico se expresa en el discurso que se construye desde los paradigmas de una comunidad científica, y es la comunidad científica la que los valida: construcción y validación son las dos caras de una misma moneda, dado que el paradigma rige el trabajo de un grupo de personas determinadas, no un tema específico.

El cambio paradigmático se produce cuando una comunidad de practicantes asume el nuevo discurso (validación) al tiempo que lo utiliza para construir nuevos discursos a la luz de este paradigma: son discursos que se crean y validan dentro de un léxico determinado. Estar fuera del léxico es estar fuera del paradigma y, por el contrario, utilizar el léxico del discurso es, a un mismo tiempo, creación y validación del propio discurso.

La condición retórica de la racionalidad científica también se puede rastrear en las afirmaciones de FEYERABEND. En el *Tratado contra el método* FEYERABEND afirma que la “única función de la argumentación racional quizás radique en aumentar la tensión mental

---

<sup>13</sup> Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 152 (cursivas añadidas).

<sup>14</sup> *Ibídem*, p. 230.

<sup>15</sup> *Ibídem*, p. 271.

que precede y causa la explosión de la conducta”,<sup>16</sup> por lo que lo único que le queda al “racionalista” es la propaganda como única e irónica defensa racional.

Declara FEYERABEND de la siguiente manera:

Incluso el racionalista más puritano se verá forzado entonces a dejar de razonar y a emplear la propaganda y la coerción, no porque alguna de sus razones haya dejado de ser válida, sino porque hayan desaparecido las condiciones psicológicas que las hacen eficaces y capaces de influir en los otros.<sup>17</sup>

Los recursos de la propaganda y los efectos psicológicos que favorecen la recepción y aceptación de argumentos son característicos del discurso retórico y son reivindicados por FEYERABEND para influir en los otros. La persuasión retórica es la última línea de defensa de la racionalidad pura.

La reivindicación del lenguaje (que significa la reivindicación de sus condiciones retóricas: persuasión y seducción por medio de recursos del lenguaje sobre el lenguaje) permite resolver los problemas de inconmensurabilidad entre teorías. El modo de presentarse ante nosotros una ciencia es desde la identidad y la coherencia de su lenguaje que le permite, a un tiempo, construir sus postulados, sus categorías taxonómicas, su práctica y la retórica que la defiende, dado que la ciencia y ellos son una misma cosa.

FEYERABEND<sup>18</sup> plantea que, si se puede demostrar la inconmensurabilidad entre T y T’, “tan pronto como esta demostración se haya llevado a cabo, el idioma de T’ debería ser abandonado y sustituido por el idioma de T. [...] Todo lo que se necesita es adoptar la terminología y la ‘gramática’ de la teoría más detallada y más satisfactoria en todo su dominio de aplicación”. Ante la crítica de que es imposible hacer una sustitución completa de la gramática y la terminología del lenguaje antiguo porque se necesita de este para introducir el nuevo lenguaje pero esta utilización contaminará parte del nuevo lenguaje, FEYERABEND dice que “este es un razonamiento realmente curioso, si consideramos que los niños aprenden lenguajes sin la ayuda de un idioma previamente conocido”.<sup>19</sup>

La condición retórica de la racionalidad científica se encuentra también en LAKATOS. Declara LAKATOS:

La ciencia madura no es un procedimiento de ensayo y error que consista en hipótesis aisladas más sus confirmaciones o sus refutaciones. Los grandes logros, las grandes “teorías”, no

---

<sup>16</sup> Paul FEYERABEND, *Tratado contra el método*, Madrid: Tecnos, 1997, p. 9.

<sup>17</sup> *Ibíd.*

<sup>18</sup> Paul FEYERABEND, *Límites de la ciencia*, Barcelona: Paidós, 1989, p. 114.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 115.

son hipótesis aisladas o descubrimientos de hechos, sino programas de investigación. La historia de la gran ciencia es una historia de programas de investigación, y no de ensayos y errores, ni de conjeturas ingenuas.<sup>20</sup>

Explica LAKATOS, a continuación, el concepto de programa de investigación:

He analizado el problema de la evaluación objetiva del crecimiento científico en términos de cambios progresivos y regresivos de problemáticas para series de teorías científicas. Las más importantes de tales series en el crecimiento de la ciencia se caracterizan por cierta continuidad que relaciona a sus miembros. Esta continuidad se origina en un programa de investigación genuino concebido en el comienzo. El programa consiste en reglas metodológicas: algunas nos dicen las rutas de investigación que deben ser evitadas (heurística negativa), y otras, los caminos que deben seguirse (heurística positiva).<sup>21</sup>

Asume LAKATOS una *defensa parcial*, pero defensa al fin y al cabo, de que la historia de la ciencia es la historia de los lenguajes científicos, dado que por *reglas metodológicas* entiendo funciones particulares del lenguaje y no el contenido de esas reglas. Con esto quiero decir que el enunciado *reglas metodológicas* no es más que una de las tantas funciones significativas que tiene el lenguaje: la de crear reglas retóricas de nivel metodológico, independientemente de su nivel semántico.

Confiesa LAKATOS en una nota a pie de página:

Se puede señalar que la heurística positiva y negativa suministra una definición primaria e implícita del “marco conceptual” (y por tanto del lenguaje). El reconocimiento de que la historia de la ciencia es la historia de los programas de investigación en lugar de ser la historia de las teorías, puede por ello entenderse como una defensa parcial del punto de vista según el cual la historia de la ciencia es la historia de los marcos conceptuales o de los lenguajes científicos.<sup>22</sup>

Si la historia de la ciencia es la historia de los lenguajes científicos, entonces la racionalidad científica no se construye con “experimentos cruciales” que inclinen la balanza entre programas rivales, sino que es la historia de los discursos argumentativos la que configura los rostros y las diversas identidades de la historia de la ciencia. La historia de las tradiciones discursivas de cada uno de los programas de investigación constituye las diversas líneas en disputa que conforman el quehacer de la ciencia.

<sup>20</sup> Imre LAKATOS, *Matemáticas, ciencia y epistemología*, Madrid: Alianza, 1987, p. 284.

<sup>21</sup> Imre LAKATOS, *La metodología de los programas de investigación científica*, Madrid: Alianza, 1998, p. 65.

<sup>22</sup> *Ibídem*. Me refiero a la nota 155.

Esta idea de *programas de investigación* como conjunto de reglas metodológicas compartidas por una comunidad determinada es muy parecida a la idea de *tradiciones de investigación* reivindicada por LAUDAN.

Para LAUDAN,

We have already referred to a few classic research traditions: Darwinism, quantum theory, the electromagnetic theory of Light. Every intellectual discipline, scientific as well as nonscientific, has a history replete research traditions: empiricism and nominalism in philosophy, voluntarism and necessitarianism in theology, behaviorism and Freudianism in psychology, utilitarianism and intuitionism in ethics, Marxism and capitalism in economics, mechanism and vitalism in physiology, to name only a few.<sup>23</sup>

Estas tradiciones de investigación tienen los siguientes puntos en común:

1. Every research tradition has a number of specific theories which exemplify and partially constitute it; some of these theories will be contemporaneous, other will be temporal successors of earlier ones;

2. Every research tradition exhibits certain metaphysical and methodological commitments which, as an ensemble, individuate the research tradition and distinguish it from others;

3. Each research tradition (unlike a specific theory) goes through a number of different, detailed (and often mutually contradictory) formulations and generally has a long history extending through a significant period of time. (By contrast, theories are frequently short-lived).

These are by no means the only important characteristics of research traditions, but they should serve, for the time being, to identify the kinds of objects whose properties I would like to explore.<sup>24</sup>

Lo que caracteriza a las teorías que forman parte de la tradición de investigación es que comparten no solamente rasgos metodológicos sino también valoraciones metafísicas que, independientemente de su contenido, la forma en que se presentan estas valoraciones es por medio de un léxico común, un vocabulario particular que nombra esos valores y permite la identidad de la teoría y la pertinencia a una tradición de investigación. Lo que caracteriza al discurso freudiano no es solamente lo que dice, sino cómo lo dice; esto es, la construcción de nuevos vocablos o la resignificación de vocablos ya existentes tales como *complejo de Edipo*, *transferencia*, entre otros, o como en el marxismo: *superestructura*, *alienación*, *plusvalía*, etcétera. Es la construcción de un léxico particular lo que permite la identidad de las

---

<sup>23</sup> Larry LAUDAN, *Progress and its problems. Towards a theory of scientific growth*. Berkeley: University of California Press, 1977, p. 78.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

tradiciones de investigación, y las nuevas exploraciones parten de la asunción del léxico de esa tradición de investigación para acercarse a los problemas. El léxico de cada una de las comunidades es el modo de presentarse la retórica (recursos del lenguaje sobre el lenguaje).

Otra perspectiva que prueba la condición retórica del discurso de estos autores se manifiesta en el estudio de Stove al respecto. STOVE afirma que POPPER, KUHN, LAKATOS y FEYERABEND niegan la acumulación o el incremento del conocimiento (llamada A); sin embargo,

[...] la mayoría de los filósofos piensa que estos autores dan cuenta de la ciencia de una manera más plausible que ningún otro. Por lo tanto la pregunta es: ¿cómo se las arreglan estos filósofos para parecer plausibles, dado que rechazan una verdad tan bien conocida como (A)? [...] ¿Cómo se las arreglan para resultar plausibles, dado que en general son tan irracionalistas, es decir, dado que rechazan (A)?<sup>25</sup>

La respuesta es el uso de un recurso retórico que consiste en *confundir*—dice STOVE—o *resignificar*—digo yo— las cuestiones vinculadas a los hechos con las afirmaciones de valor lógico, o referir las cuestiones de historia con las ideas de la filosofía de la ciencia. Lo anterior es posible gracias a una estrategia literaria *mixta*, ya que asumir una postura irracional abierta y clara resultaría implausible para el lector. Esta estrategia literaria (la denomino *recursos retóricos*) consiste en:

[...] suavizar los golpes irracionalistas, mezclándolos con golpes en sentido contrario o presentándolos como perteneciendo a un tipo opuesto. [...] Una forma extrema de tal estrategia mixta es la simple inconsistencia que resulta cuando se enuncia una tesis irracionalista, pero a la vez también se enuncian otras tesis, inconsistentes con aquella.<sup>26</sup>

STOVE ofrece un ejemplo de estos recursos retóricos:

Una estrategia mixta en el sentido mencionado, y que raya en la inconsistencia, podría presentarse como la enunciación de un objetivo científico con el que el sentido común estaría de acuerdo y al mismo tiempo ir acompañada de otras afirmaciones que de alguna manera implican que es imposible alcanzar tal objetivo. Tanto Popper como Lakatos emplean este recurso. Ambos afirman que el objetivo de la ciencia consiste en el descubrimiento de leyes y teorías verdaderas, pero también afirman que, dado que es universal, su verdad es exactamente tan improbable, incluso a priori, como la verdad de una autocontradicción. En otras palabras, su verdad es imposible.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> D. C. STOVE, *Popper y después. Cuatro irracionalistas contemporáneos*, Madrid: Tecnos, 1982, p. 27.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*. Para conocer más ejemplos véase toda la primera parte del libro, donde proporciona una serie de ejemplos de esta estrategia literaria mixta.

La condición retórica del discurso de la filosofía de la ciencia tiene para mí su máxima expresión y esplendor en lo que deja ver la crítica de STOVE al discurso de KUHN, que “ha perdido todo contacto con el significado de las palabras corrientes de su lengua (como el significado de ‘falso’) y ahora solo conoce el significado del vocabulario de su propia filosofía irracionalista de la ciencia”.<sup>28</sup>

Esta pérdida del referente de vocablo es la máxima expresión retórica de cualquier discurso lingüístico, porque perder el significado referencial significa construir, literariamente, un nuevo universo. Este nuevo universo es factible, es posible, porque se construye con un nuevo léxico. Nuevo léxico no quiere decir nuevas palabras; nuevo léxico significa la resemantización de vocablos existentes en la lengua. Y la resemantización permite que haya una apropiación personal de la lengua, denominada *habla*.

Toda nueva teoría es el habla de un autor, que consiste en una apropiación personal, creativa y propositiva de la lengua expresada en su habla (teoría) personal. Un nuevo léxico es la construcción personal del habla. Una nueva teoría es, entre otras cosas, una nueva expresión del habla, un nuevo discurso que se apropia del mundo, de su mundo, desde las referencias construidas en y con el propio discurso. El discurso es nuevo y propositivo si es autorreferencial y no solamente informativo: resemantizar el mundo es cambiar el sentido mundo.

El hecho de que yo demuestre el carácter retórico de la argumentación científica, sobre todo a nivel de validación del conocimiento, “no tendría por qué traducirse en un descrédito de la objetividad científica”,<sup>29</sup> afirma BOLAÑOS, y yo concuerdo con ello.

El argumento que estoy construyendo pretende demostrar que si la ciencia que reivindica un conocimiento probado por cualquiera que sea el modelo de validación (falsación en POPPER, paradigmas en KUHN, programas de investigación en LAKATOS, tradiciones de investigación en LAUDAN) termina, sin embargo, reivindicando la argumentación persuasiva para convencer a una comunidad científica que, de aceptar la nueva idea, la volverá referente fundacional de nuevas ideas, con mayor razón el conocimiento jurídico podrá construir su racionalidad desde el instrumental de la retórica para persuadir a una comunidad específica (por su léxico) como la comunidad jurídica. Y este concepto es verdad porque tanto la ciencia como el derecho son discursos que, por su propia materialidad lingüística, se construyen, se desarrollan y se modifican por medio de los instrumentos retóricos, dado que la retórica es el único método de trabajo inherente al lenguaje.

---

<sup>28</sup> Ibídem, p. 47.

<sup>29</sup> Bernardo BOLAÑOS GUERRA, *Argumentación científica y objetividad*, México: UNAM, 2002, p. 53.

No se trata entonces de proponer a la racionalidad retórica científica como modelo epistemológico del derecho; no es un argumento de autoridad el que se reivindica al describir la racionalidad científica. Por el contrario, se trata de demostrar que la idea de racionalidad de la ciencia, que goza de tan buena aceptación comunitaria, está avalada únicamente por prácticas retóricas; por lo tanto, el derecho puede asumir con dignidad y combativamente su condición retórica tanto en su racionalidad como en su práctica procesal. Construyo, entonces, un argumento analógico entre la racionalidad retórica de la ciencia y la racionalidad retórica del derecho.

Por lo tanto, citando a Bernardo BOLAÑOS, se puede concluir afirmando que “la ciencia se construye en comunidades humanas mediante operaciones lingüísticas”.<sup>30</sup>

## II.

### LA CONDICIÓN RETÓRICA DE LA RACIONALIDAD

El modelo clásico de racionalidad, según OLIVÉ, hace referencia al obrar racionalmente que “significa aplicar cierto método de elección que supone un conjunto de normas cuya validez es universal”.<sup>31</sup> En este mismo sentido MOSTERÍN<sup>32</sup> define a la racionalidad no como una facultad sino como un método, y NAGEL<sup>33</sup> afirma que el “ejercicio proficiente de los poderes racionales no es una bendición natural, sino algo que se logra difícilmente” pues la realización de esos *poderes* es el resultado de una ardua tarea personal.

Para GÓMEZ,<sup>34</sup> la racionalidad desde cierta idea de la ciencia se entiende como instrumental a efecto de que una decisión o una acción sean racionales en tanto sean confirmadas las hipótesis. Así *racionalidad = justificación = logicalidad*. POPPER, por su parte, desde otra idea reivindica el concepto de que la ciencia progresa por el criticismo según el siguiente esquema: *racionalidad = criticismo = logicalidad deductiva*. “La racionalidad científica, concebida como arquetipo de racionalidad, es meramente instrumental, formal-metodológica, impuesta y ahistórica”, concluye Gómez.

<sup>30</sup> Ibídem, p. 65.

<sup>31</sup> León OLIVÉ, *El bien, el mal y la razón. Facetas de la ciencia y de la tecnología*, México: UNAM y Paidós, 2000, p. 155.

<sup>32</sup> Jesús MOSTERÍN, *Racionalidad y acción humana*, Madrid, Alianza, 1987, p. 17.

<sup>33</sup> Ernest NAGEL, *Razón soberana*, Madrid: Tecnos, 1966, p. 293.

<sup>34</sup> Artículo de Ricardo J. GÓMEZ, “Racionalidad, epistemología y ontología”, en León OLIVÉ (ed.), *Racionalidad epistémico*, Madrid: Trotta, 1995, p. 20.

Esta idea de racionalidad instrumental, de racionalidad entendida como método ya sea para tomar decisiones personales o acciones o para conocer, se puede rastrear históricamente como uno de los conceptos más aceptados y parece no necesitar justificación ante el foro, dado que la racionalidad se presenta como un modo de acceder a las decisiones correctas y verdaderas por vía de acciones predeterminadas y acciones puras. Esta idea de racionalidad clásica quiere “elevarse a una suerte de expresión omnicompreensiva de todo cuanto es objeto del conocimiento”.<sup>35</sup>

En este mismo sentido NOZICK introduce una nueva perspectiva al afirmar que “nuestros criterios de racionalidad tienen que depender de nuestra concepción de la naturaleza de este mundo y de nuestra concepción de lo que somos, de nuestras capacidades, facultades, impericias y debilidades”.<sup>36</sup> Es decir, nuestras vidas arremeten topando salvajemente contra tanta pureza metodológica y construyen nuevos límites y referencias asociados a la vida de la comunidad, inmersos, ahora nosotros, en la impureza de la Torre de Babel y alejados de la pureza del método.

Existe una opinión bastante generalizada que constriñe el concepto de racionalidad a la esfera de influencia de la epistemología de la ciencia como una de las características definitorias del modo de presentarse su saber. Sin embargo, este concepto es insostenible si lo colocamos en cualquier horizonte de comprensión que tenga otras formas de expresión y legitimación de la producción de sus saberes. La idea de racionalidad asociada a la ciencia reivindica una significación ahistórica y sustancialista que le permite aspirar a legitimar su saber desde su perspectiva disciplinaria y categorial, dejando de lado y pretendiendo descalificar cualquier otro horizonte de comprensión como la retórica o la hermenéutica.

Foucault delimita los espacios en los cuales las formaciones racionales (las racionalidades) se hacen presentes. Así,

[...] los códigos fundamentales de una cultura —los que rigen su lenguaje, sus esquemas perceptivos, sus cambios, sus técnicas, sus valores, la jerarquía de sus prácticas— fijan de antemano para cada hombre los órdenes empíricos con los cuales tendrá algo que ver y dentro de los que se reconocerá.<sup>37</sup>

Estos códigos fundamentales son los diversos discursos que le permiten al individuo configurarse como sujeto en comunidad: su discursividad dice su identidad al tiempo que

<sup>35</sup> Aldo GARGANI (comp.) et al., *Crisis de la razón. Nuevos modelos en la relación entre saber y actividad humana*, México: Siglo XXI, 1983, p. 19.

<sup>36</sup> Robert NOZICK, *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona: Paidós, 1995, p. 185.

<sup>37</sup> Michel FOUCAULT, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, México: Siglo XXI, 1974, p. 6.

ofrece un conjunto de ideas y paradigmas personales que buscan receptividad comunitaria. Luego, agrega Foucault:

[...] en el otro extremo del pensamiento, las teorías científicas o las interpretaciones de los filósofos explican por qué existe un orden general, a qué ley obedece, qué principio puede dar cuenta de él, por qué razón se establece este orden y no otro.

Desde lo dicho, una formación racional o una idea de racionalidad es una práctica discursiva que permite que el hablante construya un horizonte de comprensión que al tiempo que lo identifica (y lo diferencia) ante los otros también crea sus instituciones y legitima su vida cotidiana, su producción artística y el desarrollo de sus saberes científicos ofreciendo ideas, conceptos, valores, criterios, principios y categorías que les permiten identificarse con ellos, ser reconocidos por los otros y, sobre todo, concebir al mundo desde esa perspectiva. Racionalidad es, pues, un horizonte de comprensión desde el cual el hablante justifica sus afirmaciones.

A su vez, por *práctica discursiva* entiendo la estructura lingüística que hace posible la construcción de una idea de racionalidad. Las prácticas discursivas se presentan en dos espacios. El primero está constituido de normas gramaticales, sintácticas y lexicales que el hablante de una formación racional (re)construye y las utiliza de una manera determinada. El segundo espacio está constituido por el nivel retórico, esto es, por acciones del lenguaje sobre el lenguaje. Lo que determina la particularidad de esas acciones son las normas (re)construidas por el hablante de una formación racional. Las casas donde habitan las formaciones racionales son las prácticas discursivas.

En suma, la racionalidad es particular de una comunidad epistemológica determinada (la ciencia, el derecho, la religión, el arte, etcétera) que convive con otras ideas particulares de racionalidad dentro de su misma comunidad epistemológica. Estas formaciones racionales se presentan en dos sentidos: permiten, por una parte, construir la identidad del hablante (se identifica con sus iguales y se distingue de los diferentes a él) y, por otra, están constituidas por un conjunto de ideas, conceptos, valores, criterios, principios y categorías (que comparten los miembros de esa formación racional) que conforman su horizonte de comprensión y que las utilizan en el mismo sentido a efecto de construir un discurso que dé cuenta de la realidad desde esa racionalidad.

Esta interpretación absolutamente discursiva de la racionalidad como la que estoy reivindicando se opone a la idea voluntarista que reivindica lo práctico frente a lo discursivo. Creo que oponer *discurso* a *lo práctico* es concebir al discurso en su acepción más ramplona de comunicación. Sin embargo, si concebimos al discurso como el acontecimiento de la lengua (como lo llama Ricœur), entonces reconoceremos que el discurso no solo es un acto

para comunicar cosas, sino que desde las diversas funciones del lenguaje se puede reconocer la condición performativa del discurso. Por lo tanto, la construcción del discurso, desde esta perspectiva, es un hacer. Por ello, pensar el mundo es cambiar el mundo porque pensar el mundo es construir una discursividad que se ofrece como horizonte de comprensión de una idea de racionalidad determinada y servirá de referente tanto para construir teóricamente la nueva realidad como para el actuar desde ese horizonte.

## II.

### LA CONDICIÓN RETÓRICA DE LA RACIONALIDAD JURÍDICA

Con base en todo lo anterior, entiendo por racionalidad jurídica un conjunto de prácticas discursivas argumentativas que reivindican principios, valores, criterios, categorías e instancias de legitimación que discursivamente construyen y determinan el desarrollo del saber jurídico y sus instituciones de justicia.

Estas prácticas discursivas, que van desde sentencias, jurisprudencia y criterios de la Corte, pasando por teorías jurídicas, sociales y filosóficas, así como la producción teórica que una comunidad específica produce, tanto para reivindicar sus puntos de vista como para demostrar las inconsistencias y los errores de las otras comunidades teóricas, incluidas sus revistas, editoriales y espacios académicos “ganados” para su discursividad, hasta la percepción social acerca de los hechos sociales contemporáneos y las ideas acerca de la moral que una comunidad tiene respecto de sí, conforman un horizonte sociocultural que permite a los agentes jurídicos la identidad y pertinencia con dichos paradigmas y, fundamentalmente, aplicarlos para resolver los problemas jurídicos de creación y aplicación de la ley.

Las prácticas discursivas jurídicas adscritas a una formación racional determinada deben ser entendidas como un modo de resolver un conjunto de problemas dados por una comunidad determinada. El paradigma iusnaturalista es una discursividad que resuelve los problemas jurídicos desde una perspectiva que es válida para una comunidad determinada, así como el paradigma de las ciencias sociales resuelve los problemas dados desde la creación de categorías desde las cuales se describe el problema, volviendo a la descripción un argumento de validación.

Estas prácticas discursivas que expresan determinados principios, valores, criterios, categorías de legitimación, se presentan siempre como discursos argumentativos y le otorgan

la condición retórica a la racionalidad jurídica. Las prácticas discursivas argumentativas construyen un horizonte de comprensión referencial para los discursos de la disputa judicial y a esas prácticas discursivas las denominamos *racionalidad jurídica*. El intérprete argumenta desde diversos horizontes de comprensión jurídica y cada uno de esos horizontes es su racionalidad jurídica. La preeminencia de un horizonte de comprensión sobre otro horizonte de comprensión depende de la eficacia retórica de uno u otro discurso, donde *eficacia retórica* significa demostrar, persuadir o seducir con el lenguaje a un auditorio judicial determinado y lograr su adhesión a las premisas del discurso de una de las partes en litigio. Entiendo, entonces, el discurso jurídico retórico en dos sentidos: en primer lugar, en la acepción de QUINTILIANO, que lo define como “el arte de bien hablar”.<sup>38</sup> Arte de bien hablar, en el contexto en que lo uso, quiere decir el conjunto de recursos fonológicos, sintácticos y las figuras retóricas. En segundo lugar, y al mismo tiempo, al discurso jurídico retórico lo entiendo en la acepción de ARISTÓTELES como “los medios de persuasión”.<sup>39</sup>

La racionalidad jurídica está determinada por dos condiciones de validez: que la argumentación sea legal y que sea legítima. Las condiciones que hacen posible que un argumento jurídico sea legal son las referencias a las facultades que la ley le otorga al intérprete. Sin embargo, la pregunta que interroga por la legitimidad de la racionalidad de la argumentación jurídica hace referencia a las relaciones de la argumentación con el lenguaje de la vida comunitaria, dado que, como dice Sócrates en el “Gorgias”:

[...] mientras el objeto de tus amores y el pueblo no muden de opinión, tú no dejarías de hablar como hablas.<sup>40</sup>

Sin embargo, las condiciones de existencia de la racionalidad jurídica son aquellos instrumentos retóricos que hacen posible la validez epistémica de la argumentación que propone un conocimiento nuevo y válido que resolverá una disputa. La racionalidad jurídica, desde una descripción interna del derecho, son las condiciones retóricas que hacen posible la validez epistémica de la argumentación. Por lo tanto, proponer una teoría de las condiciones que hacen posible la racionalidad jurídica significa, en primer lugar, construir un concepto de racionalidad jurídica expresada en el discurso retórico y, en segundo lugar, construir un concepto de validez epistémica expresada en las diversas relaciones externas entre la ley y la sociedad.

---

<sup>38</sup> Marco Fabio QUINTILIANO, *Institución oratoria*, México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, p. 124.

<sup>39</sup> ARISTÓTELES, *Arte retórica*, México: Porrúa, 2005, p. 86.

<sup>40</sup> PLATÓN, *Diálogos*, o. cit., p. 170.

La racionalidad jurídica es el discurso retórico que hace posible la validez epistémica de la argumentación. Racionalidad jurídica significa construir el sentido del enunciado legal que se expresa en la construcción retórica del discurso jurídico y encuentra su validez epistemológica en las diversas relaciones que se establecen entre, por un lado, los discursos de la ley y, por otro, los hechos, la moral, el saber hegemónico y el saber disidente, la cultura, pues, de la comunidad, entendida como los símbolos y valores con los que la comunidad se identifica y, fundamentalmente, reproduce en su vida cotidiana.

La argumentación retórica es el único instrumento que hace posible la racionalidad jurídica porque, en primer lugar, la materialidad del derecho es el lenguaje de la ley, el lenguaje de los discursos de la triada procesal y el lenguaje del saber jurídico. Si la materialidad del derecho es el discurso jurídico que tiene como mundo referencial al lenguaje de la ley y el discurso fáctico, entonces solo es posible la racionalidad jurídica desde la retórica, porque la retórica es el único método de trabajo jurídico pertinente al lenguaje.

En segundo lugar, la argumentación retórica es el único instrumento que hace posible la puesta en escena de la racionalidad jurídica porque, al decir de CICERÓN, los hombres, una vez que establecieron las ciudades, “¿cómo pudo finalmente suceder que aprendieran a cultivar la fe y mantener la justicia, y se acostumbraran a obedecer a otros por su propia voluntad, y juzgaran que, por causa de la conveniencia común, no solamente debían arrostrar trabajos sino también perder la vida, si no hubieran podido, con la elocuencia, persuadir a los hombres de aquellas cosas que habían encontrado con la razón?”<sup>41</sup>

La racionalidad jurídica solo es posible por la persuasión retórica, dado que la demostración es incapaz de mover a la acción del auditorio y esta condición es lo que caracteriza a la racionalidad jurídica procesal: mover a la acción del auditorio consiste en mover a la acción del juez, expresada en la sentencia, hacia el reconocimiento de las ideas del hablante.

El diálogo entre el discurso retórico que construye el sentido de la ley y los discursos que resignifican los hechos permite construir, al mismo tiempo, las nuevas interpretaciones y su legitimación social. El discurso jurídico retórico se construye con argumentos para convencer, persuadir y seducir, y este se valida en los discursos comunitarios. La preeminencia de una argumentación sobre otra radica en que un discurso retórico encuentra más puntos de coincidencia con los discursos sociales hegemónicos o con los discursos aceptados como legítima expresión de las ideas y creencias de la comunidad, dado que la retórica, al decir de ARISTÓTELES, es la “facultad de discernir en cada circunstancia lo admisiblemente creíble”.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Marco Tulio CICERÓN, *De la invención retórica*, México: UNAM, 1997, p. 2.

<sup>42</sup> ARISTÓTELES, o. cit., p. 86.

La racionalidad jurídica es retórica y su validación también es retórica porque ella se expresa en la concordancia de lo *creíble* entre los discursos creadores del intérprete y los discursos sociales que se asumen como la identidad de la comunidad.

## IV.

### LA CONSTRUCCIÓN RETÓRICA DE LA RACIONALIDAD JURÍDICA

La racionalidad jurídica se construye desde las prácticas discursivas que se expresan materialmente en los recursos retóricos utilizados en los argumentos. Los textos de la ley son construcciones discursivas que expresan el acuerdo de los legisladores en los ámbitos normativos, fácticos y axiológicos. El texto de la ley es un acuerdo contingente que se construye desde las diferencias de las partes legislativas. De la misma manera el expediente judicial, la realidad procesal, es un conjunto de textos propuestos por los más diversos emisores y contruidos desde sus intereses procesales. Por lo tanto, los productos del proceso jurídico y las prácticas que dan por resultado los productos procesales (demandas, contestaciones, sentencias, apelaciones y otras) no son más que textos contingentes, textos acordados, textos contractuales, textos, pues, contruidos-reconstruidos y significados-resignificados. La producción jurídica procesal se construye discursivamente porque ella es materialmente puro lenguaje narrativo (ya sea oral o escrito), por cuanto la condición narrativa del lenguaje es lo que permite que siempre se esté juzgando un hecho.

Al respecto afirma CALVO:

[...] cuando nos hallamos en presencia de una prueba indiciaria o prueba de presunciones relacionada con la posibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, esto es, frente a lo requerido en tener por satisfecha una *suficiente* actividad probatoria de cargo *razonablemente* capaz de conducir a dar por ciertos hechos determinantes para la incriminación del acusado, el núcleo del problema en la justificación posee allí, en efecto, una clara dimensión narrativa.<sup>43</sup>

Los recursos retóricos permiten construir, a un tiempo, tanto la realidad procesal como el sentido del enunciado normativo dentro de un contexto determinado de principios, valores, criterios, categorías e instancias de legitimación que explícita o implícitamente determinan sus argumentaciones jurídicas (ya sea de creación o de aplicación de la ley). Estos recursos retóricos constituyen, además, un instrumental formal que le permite al intérprete

<sup>43</sup> José CALVO, *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1996, p. 13.

construir su argumentación tanto para resolver el caso concreto desde su horizonte de comprensión (su racionalidad jurídica) como para demostrar, persuadir o seducir acerca de esta solución a su auditorio, ya sea el juez o cualquier otra jerarquía judicial.

Esta construcción de la solución legal, entendida como aplicación de la ley (y también debe aplicarse a la creación de la ley), es posible y debe realizarse por dos razones esenciales, a saber:

La primera, porque la ley es un texto lingüístico abierto en su significación al que hay que construirle un sentido jurídico con relación al caso concreto, es decir, con relación a los hechos que constan y están probados en el expediente judicial. La segunda —y esta es una tesis del pragmatismo reivindicado por Hilary PUTNAM<sup>44</sup> (y no del constructivismo)—, porque “No existe ningún ‘conjunto de hechos observables’ preestablecidos que pueda ser descrito; los que tomemos como tales dependerán en parte de la cultura en que creamos, y eso depende, a su vez, del lenguaje que utilicemos”. El argumento de autoridad empleado por PUTNAM para demostrarnos la anterior afirmación es una cita de William JAMES, quien afirma:

En lo que a mí respecta, no puedo escapar a la consideración, que se me impone a cada paso, de que el sujeto cognoscente no es “el expediente en casi todos los órdenes”, es decir, un simple espejo fluctuante, sin excusa ni razón alguna de ser, que refleja pasivamente un orden en el cual se inserta y que simplemente encuentra ya establecido. El sujeto cognoscente es un actor que, por un lado, codetermina la verdad y por el otro registra esa verdad que ayuda a crear.<sup>45</sup>

El hecho judicial es una construcción de las partes así como el sentido del texto legal es una construcción que las partes realizan “desde la cultura en que creamos” —que en este caso quiere decir desde los principios, valores, criterios, categorías e instancias de legitimación que explícita o implícitamente determinan sus argumentaciones jurídicas y sus ideas acerca de lo que es el derecho—, “y eso depende, a su vez, del lenguaje que utilicemos” —que en este caso significa la utilización de un léxico propio a los principios, valores, criterios, categorías e instancias de legitimación que explícita o implícitamente determinan sus argumentaciones jurídicas, es decir, el empleo de un léxico que “nace” para nombrar ciertas ideas acerca de lo que es el derecho.

No puede haber una nueva teoría del derecho si esta no crea un nuevo léxico para nombrar la realidad, como no puede haber ningún argumento jurídico que sea racional si no

---

<sup>44</sup> Hilary PUTNAM, *El pragmatismo. Un debate abierto*, Barcelona: Gedisa, 1999, p. 32.

<sup>45</sup> *Ibídem*

utiliza de manera coherente y pertinente el léxico al que pertenecen sus ideas acerca de lo que es el derecho: el iusnaturalismo tiene su propio léxico, por lo que sus argumentaciones son racionales si y solo si emplean el léxico que le es propio para nombrar y reivindicar el mundo que le pertenece, así como el positivismo tiene su propio léxico para nombrar y racionalizar su propio mundo. La idea acerca de qué es el derecho para el intérprete se revela en su léxico y en sus principios, valores, criterios, categorías y cualquier otra instancia de legitimación pertinente a su teoría. Cualquier incorporación de un léxico que no le sea propio a la teoría vuelve irracional su argumentación.

La argumentación jurídica construye el sentido normativo de la ley y construye los hechos sujetos a proceso y su valoración desde principios, valores, criterios, categorías expresadas en prácticas discursivas que legitiman su pertenencia a una teoría acerca de lo que es el derecho, conformando esta acción en lo que denominamos *racionalidad jurídica*, que por un lado “codetermina la verdad y por el otro registra esa verdad que ayuda a crear”. Lo anterior significa que es insostenible hablar de *una* racionalidad jurídica, sino que se debe hablar de *diversas* racionalidades jurídicas que expresan, por medio de sus prácticas discursivas, sus ideas acerca de qué es el derecho y sus diferentes formas de resolver los problemas jurídicos puestos a su consideración en los procesos judiciales y que las comunidades discursivas elegirán. Sin embargo, la teoría retórica de la argumentación jurídica es el procedimiento por virtud del cual se expresa y se manifiesta la racionalidad jurídica en sentido amplio.

Las comunidades discursivas, entendidas en este caso como el conjunto de actores jurídicos que se identifican y reproducen en sus discursos procesales ciertos principios, ideas y valores acerca del derecho y que no comparten otros principios, ideas y valores, son las que argumentan su racionalidad (al tiempo que la construyen) con el fin de demostrar, persuadir o seducir a su auditorio judicial.

La racionalidad jurídica retórica se construye desde las prácticas discursivas argumentativas para ofrecer su afirmación y deja de lado el criterio de “evidencia” y de “hecho” porque, al decir de LAKATOS, “los grandes logros, las grandes ‘teorías’, no son hipótesis aisladas o descubrimientos de hechos, sino programas de investigación” —en este caso *programas de investigación* se entiende como el conjunto de principios, valores y criterios con los que una comunidad discursiva determinada, en este caso jurídica, se identifica y, fundamentalmente, reproduce en sus prácticas discursivas profesionales.

Las prácticas discursivas retóricas construyen la racionalidad jurídica no desde la demostración sino desde la justificación. El argumento construido no es demostrado de manera externa sino justificado de manera interna. Esto es, el argumento jurídico no es

racional porque un procedimiento externo lo demuestre, sino que el argumento jurídico es racional porque se lo ha justificado en el contexto narrativo propuesto por el intérprete. Lo que justifica a un argumento es su pertinencia a la narración procesal, de ahí que se pueda afirmar que la justificación jurídica siempre supone una narración procesal (contexto) que aporte principios, ideas y valores a los cuales la justificación se refiere para legitimarse. A este proceso de justificación de los argumentos lo denominamos *verdad procesal* dado que, como dice PUTNAM, “el sujeto cognoscente es un actor que, por un lado, codetermina la verdad y por el otro registra esa verdad que ayuda a crear”,<sup>46</sup> en el entendido de que el intérprete construye la verdad desde prácticas jurídicas determinadas que son reconocidas y aceptadas por la comunidad jurídica epistémica a la que pertenece.

La verdad jurídica, codeterminada y creada por el intérprete, es una verdad retórica que se construye lingüísticamente porque la verdad es una condición de los enunciados y porque la verdad jurídica se valida consensualmente.

La primera condición de existencia de la verdad retórica jurídica que reivindico es su carácter constructivo. La verdad se construye (no se encuentra, no se descubre y no se constata) porque, como dice GADAMER, “El modo de ser de una cosa se nos revela hablando de ella. Lo que queremos expresar con la verdad —apertura, desocultación de las cosas— posee, pues, su propia temporalidad e historicidad”.<sup>47</sup> La verdad de un enunciado legal o de un hecho se encuentra condicionada a su tiempo de creación y a su propia historicidad factual y lexical. La verdad jurídica se construye, pues, desde los intereses procesales de la triada procesal que se expresa en el léxico de su tiempo y la comprensión particular de la historia de su comunidad.

Otra característica de la verdad señalada por GADAMER y que es esencialmente pertinente al proceso judicial es la condición constructiva y dialógica de la verdad; es decir, es una verdad que se construye en comunidad. Al respecto, GADAMER afirma:

Lo que averiguamos con asombro cuando buscamos la verdad es que no podemos decir la verdad sin interpelación, sin respuesta y por tanto sin el elemento común del consenso obtenido. [...] No hay ningún enunciado que no sea fundamentalmente una especie de respuesta. [...] Toda pregunta es a su vez respuesta.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Ibídem.

<sup>47</sup> Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, t. II, “Fundamentos de una hermenéutica filosófica”, Salamanca: Sígueme, 1977, p. 62.

<sup>48</sup> Ibídem

La segunda condición de existencia de la verdad retórica jurídica que reivindico es lingüística, dado que, como afirma RORTY:

[...] decir que la verdad no está ahí afuera es simplemente decir que donde no hay proposiciones no hay verdad, que las proposiciones son elementos de los lenguajes humanos, y que los lenguajes humanos son creaciones humanas. La verdad no puede estar ahí afuera —no puede existir independientemente de la mente humana— porque las proposiciones no pueden tener esa existencia, estar ahí afuera.<sup>49</sup>

RORTY finaliza la idea afirmando:

El mundo está ahí afuera, pero las descripciones del mundo no. Solo las descripciones del mundo pueden ser verdaderas o falsas. El mundo de por sí —sin el auxilio de las actividades descriptivas de los seres humanos— no puede serlo.<sup>50</sup>

La tercera condición de existencia de la verdad retórica jurídica que reivindico es consensual, ya que este enunciado lingüístico (la construcción del sentido) solo es verdadero cuando es aceptado por la comunidad jurídica a la que va dirigido, cuando es aceptado por un auditorio especializado como lo es la Corte. El reconocimiento de la condición de verdad del enunciado se manifiesta en el reconocimiento formal dado en la sentencia. El intérprete construye el sentido del argumento jurídico al atribuir ciertos predicados a ciertos enunciados que la Corte (el auditorio especializado) puede o no aceptar como verdaderos. Este potencial asentimiento a los predicados del intérprete por parte de la Corte es la condición de consenso racional de la verdad.

Respecto de la verdad como consenso, dice Habermas:

[...] solo puedo (con ayuda de oraciones predicativas) atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que *podiera* entrar en discusión conmigo *atribuyese* el mismo predicado al mismo objeto; para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, me refero al juicio de los otros y, por cierto, el juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión (incluyendo contra fácticamente a todos los oponentes que pudiera si mi vida fuera coextensiva con la historia del mundo humano).<sup>51</sup>

Finaliza HABERMAS afirmando:

<sup>49</sup> Richard RORTY, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona: Paidós, 1991, p. 25.

<sup>50</sup> *Ibidem*

<sup>51</sup> Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Madrid: Cátedra, 1989, p. 121.

La condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de todos los demás. Cualquier otro tendría que poder convencerse de que atribuyo justificadamente al objeto el predicado de que se trate, pudiendo darme, por tanto su asentimiento. La verdad de una proposición significa la promesa de alcanzar un consenso racional de lo dicho.

La verdad procesal es, por lo tanto, una construcción lingüística, dialógica y consensual.

La verdad jurídica, entonces, es la construcción retórica de argumentos que son legitimados por una comunidad determinada al aceptarlos como verdad, al aceptarlos como “fe”, al decir de CICERÓN:

Cicerón hijo: ¿Con qué cosas se hace la fe?

Cicerón padre: Con los argumentos, los cuales se deducen de los lugares, o los ínsitos en la cosa misma o los asumidos.

Cicerón hijo: ¿A qué denominas *lugares*?

Cicerón padre: A esos en los cuales se esconden los argumentos.

Cicerón hijo: ¿Qué es un argumento?

Cicerón padre: Lo probable encontrado para hacer fe.<sup>52</sup>

Lo probable, entendido en este caso como lo verosímil, se construye discursivamente “para hacer fe”, para ofrecerlo, pues, como verdad.

De todo lo anterior concluyo:

**1.** La racionalidad jurídica es un conjunto de ideas, valores y principios que una comunidad determinada (a la que llamamos o se autodenomina iusnaturalista, positivista, constructivista, etcétera) reivindica como contexto para legitimar las justificaciones que ellos realizan en sus argumentaciones jurídicas.

**2.** Las prácticas discursivas jurídicas son las estructuras del discurso, léxicos y recursos retóricos particulares utilizados por esas comunidades determinadas que, a un mismo tiempo, le otorgan contenido a su racionalidad jurídica así como identidad ante las otras comunidades.

**3.** Comunidades discursivas jurídicas son el conjunto de personas que justifican sus argumentos a partir de las mismas ideas, valores y principios y construyen sus discursos con las mismas estructuras, utilizan el mismo léxico y los mismos recursos retóricos para construir el contenido de sus justificaciones, lo que les permite presentarse ante otras comunida-

<sup>52</sup> Marco Tulio CICERÓN, De la partición oratoria, México: UNAM, 2000, p. 2.

des discursivas como diferentes. Las comunidades jurídicas discursivas se diferencian entre ellas no solo por lo que dicen, sino también por cómo lo dicen. Las comunidades discursivas jurídicas tienen la función esencial de legitimar como verdad solo a los discursos jurídicos que se presentan con las mismas características que el suyo.

**4.** La verdad judicial siempre es retórica porque se construye lingüísticamente y se valida consensualmente por las comunidades epistémicas, es decir, por el auditorio al que pertenece el hablante.

La racionalidad jurídica, por lo tanto, tiene siempre un carácter lingüístico, retórico, dialógico, argumentativo y constructivo.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Arte retórica*, México: Porrúa, 2005.
- *Tratados de lógica*, México: Porrúa, 1993.
- BACON, Francis, *Instauratio Magna*, México: Porrúa, 1991.
- BOLAÑOS GUERRA, Bernardo, *Argumentación científica y objetividad*, México: UNAM, 2002.
- CALVO, José, *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1996.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De la invención retórica*, México: UNAM, 1997.
- *De la partición oratoria*, México: UNAM, 2000.
- DESCARTES, René, *Reglas para la dirección del espíritu*, México: Porrúa, 1997.
- FEYERABEND, Paul, *Límites de la ciencia*, Barcelona: Paidós Ibérica, 1989.
- *Tratado contra el método*, Madrid: Tecnos, 1997.
- FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, México: Siglo XXI, 1974.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método II. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca: Sígueme, 1977.
- GARGANI, Aldo (comp.) et al., *Crisis de la razón. Nuevos modelos en la relación entre saber y actividad humana*, México: Siglo XXI, 1983.
- GÓMEZ, Ricardo J., “Racionalidad, epistemología y ontología”, en León OLIVÉ (ed.), *Racionalidad epistémica*, Madrid: Trotta, 1995.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, Madrid: Cátedra, 1989.
- KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- *¿Qué son las revoluciones científicas?*, Barcelona: Paidós, 1989.
- LAKATOS, Imre, *Matemáticas, ciencia y epistemología*, Madrid: Alianza, 1987.
- *La metodología de los programas de investigación científica*, Madrid: Alianza, 1998.
- LAUDAN, Larry, *Progress and its problems. Towards a theory of scientific growth*. Berkeley: University of California Press, 1977.
- MOSTERÍN, Jesús, *Racionalidad y acción humana*, Madrid: Alianza, 1987.
- NAGEL, Ernest, *Razón soberana*, Madrid: Tecnos, 1966.
- NOZICK, Robert, *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona: Paidós Ibérica, 1995.

- OLIVÉ, León, *El bien, el mal y la razón. Facetas de la ciencia y de la tecnología*, México: UNAM y Paidós, 2000.
- (ed.), *Racionalidad epistémica*, Madrid: Trotta, 1995.
- PLATÓN, “Menón o de la virtud”, en *Diálogos*, México: Porrúa, 1998.
- POPPER, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, Madrid: Tecnos, 1999.
- *Realismo y el objetivo de la ciencia. Post scriptum a la “Lógica de la investigación científica”*, vol. I. Madrid: Tecnos, 1998.
- PUTNAM, Hilary, *El pragmatismo. Un debate abierto*, Barcelona: Gedisa, 1999.
- QUINTILIANO, Marco Fabio, *Institución Oratoria*, México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999.
- RORTY, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona: Paidós, 1991.
- STOVE, D. C., *Popper y después. Cuatro irracionalistas contemporáneos*, Madrid: Tecnos, 1982.



# Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay\*

Thoughts on the principle of equality in the case law of the Supreme Court of Justice of Uruguay

*Martín Riso Ferrand\*\**

**RESUMEN.** Partiendo de una argumentación repetida históricamente por la Suprema Corte de Justicia referida a los casos de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, se comprueba que las referencias corresponden a un período superado en el derecho comparado y cuyo uso actual compromete el análisis del tema en la jurisprudencia nacional. Constatado el problema, se proclama la necesidad de una urgente actualización de la jurisprudencia en un tema central.

**PALABRAS CLAVE.** Inconstitucionalidad de la leyes. Igualdad. Uruguay. Jurisprudencia.

**ABSTRACT.** It is from a reasoning which has been historically held by the Supreme Court of Justice as regards the cases of unconstitutionality on account of the infringement of the principle of equality that references are proved to correspond to a period in excess of comparative law and whose current use compromises the analysis of the matter within

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Decano y profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

the national case law. Upon the identification of the problem, there arises the need to urgently update case law in such a crucial area.

**KEY WORDS.** Unconstitutionality of laws. Equality. Uruguay. Case Law.

**SUMARIO.** **1.** Objeto. **2.** Precisión. **3.** La posición de la Corte. **4.** Interrogantes que motiva el pronunciamiento de la Corte. **5.** ¿A qué jurisprudencia se refiere la Corte? **6.** La igualdad en la jurisprudencia norteamericana. **7.** El cambio de jurisprudencia en los Estados Unidos. **8.** Continuación. **9.** Conclusiones.

## 1.

---

### OBJETO

En la sentencia n.º 73, de 14 de abril de 2010, la Suprema Corte de Justicia rechazó la inconstitucionalidad de diversos artículos de la ley 18396 (referidos a la Caja Bancaria). Entre los fundamentos de la pretensión de inconstitucionalidad figuraba una infracción al principio constitucional de igualdad en la medida en que a un grupo de sujetos, que se encontraban comprendidos en el régimen general (sistema mixto de jubilaciones de BPS y AFAP), se los excluía del régimen general y se los trasladaba a un sistema particular más perjudicial para sus intereses.

Al rechazar la violación al principio de igualdad, la Corte repitió un fundamento que ya había manejado en casos anteriores. Un nuevo análisis del fundamento de la Corte me lleva a formular algunos comentarios al respecto.

## 2.

---

### PRECISIÓN

Pese a ser obvio corresponde insistir en que no es el propósito de este trabajo analizar la sentencia referida y si las disposiciones legales cuestionadas son o no inconstitucionales. Por el contrario sólo se procurará reflexionar acerca de la argumentación, repetida, en materia de igualdad ante la ley.

### 3.

## LA POSICIÓN DE LA CORTE

Dijo la Corte en el considerando IV de la sentencia mencionada:

Con respecto a la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas (Art. 8 Constitución), se impone la solución desestimatoria del mismo.

Resultando enteramente trasladables al subexamine los conceptos vertidos en la Sentencia N° 79/2009, citando el pronunciamiento N° 122/2007, cuando se indicó que: "... esta Corporación ha señalado que el mismo no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente. A condición de que, tal como lo ha sustentado la justicia norteamericana y lo ha expresado el ilustrado constitucionalista nacional Justino Jiménez de Aréchaga, todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma y de que la determinación efectuada por la misma sea razonable, no injusta, caprichosa o arbitraria, sino fundada en una real distinción (cf. Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, Ed. Cámara de Senadores, T. I, pág. 367; cf. Sentencias de la Corporación N°s 323/94, 720/96 y 28/2006).

Trasladando tales conceptos al subexamine, cabe afirmar que la norma impugnada no establece un tratamiento desigual entre todos los que se encuentran en las mismas condiciones; esto es a los comprendidos en el régimen de la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias identificadas en el art. 3° de la Ley N° 18.396, por lo que la prestación complementaria cuestionada, se aplica a todos los integrantes de la misma categoría, no creando diferencias entre ellos.

No cabe cuestionar los criterios que llevaron al legislador a agrupar las diferentes entidades que aportan a la Caja Bancaria, tal extremo es ajeno al control de regularidad constitucional, no advirtiéndose —por otra parte— que tal regulación resulte irracional o absurda, sino que por el contrario, se aprecia similitud entre la actividad desplegada por las promotoras y las demás instituciones comprendidas en la nómina.

### 4.

## INTERROGANTES QUE MOTIVA EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE

Una nueva lectura de esta argumentación jurisprudencial me lleva a formular algunas cuestiones trascendentes:

1. ¿A qué jurisprudencia norteamericana se refiere la Corte? ¿Se trata de jurisprudencia invocada por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA?

2. ¿El principio general es que el legislador puede establecer grupos particulares a condición de que dentro de ellos el tratamiento sea igualitario? ¿Basta con que la desigualdad se funde en una “real distinción”?
3. Si el análisis de “los criterios que llevaron al legislador a agrupar las diferentes entidades que aportan a la Caja [...] [es] un extremo ajeno al control de regularidad de las leyes”, ¿qué facultades tiene la Corte para revisar estos criterios? O, si se prefiere, ¿hasta dónde puede llegar el análisis de la Corte?

## 5.

### ¿A QUÉ JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA SE REFIERE LA CORTE?

Como suele ocurrir, cuando se vuelve a analizar ciertos temas o argumentos pueden apreciarse elementos que antes habían permanecido ocultos. Y así me ocurrió en este caso.

La Corte hace referencia a jurisprudencia norteamericana y a Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, citando expresamente la página 367 de la edición de la Cámara de Senadores (1992) de su obra *La Constitución nacional* (tomo I). Si se va a la página citada se aprecia que el gran constitucionalista uruguayo incluía un capítulo justamente titulado “Jurisprudencia norteamericana”. Si además se repara en el contenido de las referencias de ARÉCHAGA y lo dicho en la sentencia de la Corte en análisis, se aprecia que condicen plenamente. Esto es: la Corte cita en esta sentencia la opinión de ARÉCHAGA y la jurisprudencia estadounidense citada por este autor.

Pero lo que parecía algo normal y lógico —insisto en que no es la primera vez que la Corte utiliza estos conceptos y realiza las mismas citas— debe ser revisado ahora.

En efecto, la obra de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA parcialmente (hasta el presente) reeditada por la Cámara de Senadores a partir del año 1992, encuentra sus originales en las clases dictadas por el prestigioso jurista en el siglo pasado, más precisamente en la década del cuarenta, cuyas versiones taquigráficas fueron tomadas por el Sr. Ruben Piras Ginella y luego publicadas por la Organización Medina. En las ediciones originales, insólitamente, no figura el año de edición, pero es claro que las clases fueron dictadas en los años cuarenta (hace más de sesenta años) y, por ende, las referencias a la jurisprudencia norteamericana corresponden a jurisprudencia anterior a la década del cuarenta.

Eso ya pone de manifiesto un problema. En materia de derechos humanos, y en especial en un tema como la igualdad (y fundamentalmente en Estados Unidos), es claro que muy poco aportan sentencias de hace sesenta, setenta, ochenta o noventa años. Pero además, y como se verá a continuación, las citas jurisprudenciales responden no solo a sentencias anticuadas, sino a pronunciamientos totalmente superados en Estados Unidos y en el mundo, y que fácilmente pueden ser considerados como absolutamente inaceptables en nuestros días.

Con este anuncio vemos que el argumento de nuestra Corte comienza a tornarse endeble.

## 6.

### LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

La Constitución de Estados Unidos, de 1787, siguiendo seguramente la prevención de HAMILTON, no incluyó ninguna declaración de derechos. Pero rápidamente se advirtió el error que tal enfoque contenía y en 1791 se aprobaron las primeras enmiendas a la Constitución que incorporaron los primeros derechos fundamentales, aunque siempre con la enmienda IX, que, siguiendo la línea de HAMILTON, establecía que la enumeración de derechos no era taxativa sino que había otros.

No deja de llamar la atención que en las enmiendas de 1791 la igualdad no fuera incluida y haya quedado fuera del derecho constitucional estadounidense. Fue recién luego de la guerra civil, y buscando evitar que futuras mayorías en el Congreso dieran un paso atrás en la prohibición de la esclavitud, que se incorporó la enmienda XIII (en 1865)<sup>1</sup> y luego la XIV (1868).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction* (1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto).

<sup>2</sup> *All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* (1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos).

Esta demora en advertir la importancia de la cuestión se manifestaba aún en la primera mitad del siglo XX, cuando el juez HOLMES señaló en 1927 que la referencia a la cláusula de igualdad era el último recurso de las argumentaciones constitucionales.<sup>3</sup>

Incluso antes de las enmiendas XIII y XIV, cuando la Corte fue llamada a pronunciarse en estos casos, tuvo claros problemas. En especial en el más que polémico caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857. En esa ocasión algunos jueces tenían la esperanza de resolver el conflicto sobre la esclavitud y evitar la guerra civil. Pero lo que dijeron es que: a) pese a que la Declaración de Independencia establece que “todos los hombres son creados iguales”, los afroamericanos, descendientes de esclavos, no son ciudadanos, y b) el Congreso no tiene potestades para prohibir la esclavitud en todo el territorio.<sup>4</sup>

La sentencia fue calificada luego como el *antiprecedente*, o, si se prefiere, como el más poderoso ejemplo de lo que una Corte constitucional no debe hacer. Esta crítica (o advertencia que señala la proximidad de un error o peligro) se enuncia brevemente como *Dred Again*, como síntesis de lo que no debe hacerse.<sup>5</sup>

Asimismo, este pronunciamiento, junto con el de *Lochner v. New York* y *Plessy v. Ferguson* (sobre el que volveré inmediately), aparecen como los más denostados casos en la historia de la Suprema Corte de Estados Unidos.<sup>6</sup>

Y este caso *Plessy*, también denostado, es uno de los comprendidos, seguramente en forma involuntaria, en la cita de la Corte uruguaya.

En el siglo XIX era frecuente la segregación racial en los medios de transporte públicos en los Estados Unidos, lo que implicaba la subordinación de una raza respecto a la otra. A veces se dejaban de lado las diferencias raciales cuando la persona tenía mucho dinero, lo que hacía aún más inaceptable la situación. La discriminación aparecía así contra una raza y contra la pobreza.

En Nueva Orleans, a finales del siglo XIX, las compañías de transporte público mantenían el sistema de diferenciación con vagones para una y otra raza. En 1890 se presentó un proyecto de ley en la legislatura de Louisiana con el declarado objetivo de “promover el confort de los pasajeros”, a cuyos efectos preveía “iguales pero separados lugares para los blancos y las razas de color”. La prensa de la época decía que ello respondía a una demanda

---

<sup>3</sup> Kathleen M. SULLIVAN y Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, 15.ª ed., Nueva York: Foundation Press, Thomson West, 2004, p. 641.

<sup>4</sup> Christopher L. EISGRUBER, “The Story of Dred Scott: Originalism’s Forgotten Past”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004 pp. 151 ss.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>6</sup> David E. BERNSTEIN, “The Story of *Lochner v. New York*: Impediment to the Growth of the Regulatory State”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004, pp. 326-327.

de toda la población de Nueva Orleans. En esos momentos apareció el Sr. Homer Plessy (surge de la información relativa al caso que esta persona era siete octavos caucásico y un octavo negro, lo que complicaba determinar cuál era su raza y en qué vagón debía viajar), quien negándose a abandonar un vagón para blancos forzó una serie de acciones policiales y judiciales, sanciones (multas), hasta llegar al pronunciamiento final.<sup>7</sup>

El caso ingresó en distinciones que hoy resultan inaceptables, al discutir si Plessy era blanco o negro y si había sido bien categorizado por el conductor cuando le indicó que debía viajar en el vagón reservado para los de raza negra. Se puede ver el problema y las diferencias entre este caso y los enfoques modernos. En 1896 la cuestión no era tanto diferenciar blancos y negros sino determinar si el individuo era realmente negro y le correspondía el vagón reservado a esta raza.

Es importante ver que cuando los abogados de Plessy invocaron la enmienda XIV en lo que refiere a que los ciudadanos están igualados en derechos y en lo que refiere al goce de todos los privilegios públicos (excluyéndose toda legalización de las castas), la Corte rechazó esta línea de razonamiento diciendo que esa interpretación era incongruente con el objetivo de la Enmienda, la cual “indudablemente busca asegurar la absoluta igualdad de las dos razas ante la ley, pero, según la naturaleza de las cosas, no podría haber tenido la intención de abolir las diferencias basadas en el color, o buscar igualdad social [...]”.<sup>8</sup> Advértase lo anticuado e inaceptable del razonamiento que admite la discriminación dentro de ciertos parámetros.

Y por último, afirmó la Corte:

Consideramos que la falacia que subyace en el argumento del peticionante consiste en la presunción de que la separación forzosa de las dos razas implica estigmatizar a la raza de color con un distintivo que implica inferioridad. Si eso fuera así, no deriva de una razón que pueda encontrarse en el acto en sí mismo, sino únicamente porque la raza de color elige colocarse bajo esa posición. El argumento necesariamente asume que, como ha sido más de una vez el caso, si la raza de color se volviera un poder dominante en la legislatura estadual, y actuara en términos precisamente similares, relegaría entonces a la raza blanca a una posición inferior. Imaginamos que la raza blanca al menos, no estaría de acuerdo con esta presunción. El argumento también asume que los prejuicios sociales pueden ser superados por la legislación [...] [pero] la legislación carece del poder de erradicar los instintos raciales, o de abolir las distinciones basadas en diferencias físicas [...].

---

<sup>7</sup> Cheryl I. HARRIS, “The Story of Plessy v. Ferguson: The Death and Resurrection of Racial Formalism”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004, pp. 181 ss.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p. 212.

Entiende la Corte que la distinción de vagones no implica una inferioridad de la raza negra, sometida a ciertos prejuicios dominantes, sino que es una distinción razonable basada en hechos objetivos (color de piel) y que no degrada a los afroamericanos.<sup>9</sup>

La concepción de *iguales pero separados*, que pretende que no hay discriminación cuando hay un elemento objetivo (por ejemplo, el color) de distinción y cuando todos los miembros de una categoría son tratados en forma igualitaria, resulta en nuestros días absolutamente inaceptable. Si todos los seres humanos son iguales no puede cambiarse el principio para postularse que todos son iguales pero solo dentro de su grupo. Asimismo la afirmación de que existen diferencias entre las razas que no pueden desconocerse por ley es insostenible en nuestros tiempos.<sup>10</sup>

El formalismo de *Plessy* para encarar las cuestiones raciales sobrevivió por cinco décadas, y requirió de duras batallas legales y protestas sociales hasta ser abandonado. Hoy se acepta que la discriminación solo puede ser aceptada en excepcionálísimos casos<sup>11</sup> basados en intereses extraordinariamente importantes.<sup>12</sup>

## 7.

### EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS

El gran cambio de jurisprudencia, obviamente no mencionado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en *La Constitución nacional* y por ende no comprendido en la cita de la sentencia, se produjo a partir de los años cincuenta.

SULLIVAN y GUNTHER<sup>13</sup> señalan que, desde su modesto rol tradicional, la igualdad de trato bajo la ley floreció en la era WARREN, especialmente en los años sesenta del siglo XX. La Corte WARREN no abandonó los ingredientes respetuosos de la vieja igualdad en la protección de la ley (en la mayor parte de la legislación económica y social, las exigencias impuestas por la igualdad de protección permanecieron mínimas),<sup>14</sup> pero generó una revolución de la igual *protección de la ley* al encontrar cantidad de nuevas áreas para el escrutinio riguroso y no

<sup>9</sup> Ibídem, p. 213.

<sup>10</sup> Al respecto, SULLIVAN y GUNTHER, o. cit. (nota 3), p. 671.

<sup>11</sup> Esto lleva por ejemplo al análisis de las llamadas *acciones afirmativas*, tema que excede a este comentario. Al respecto me remito a Martín RISSO FERRAND, *Derecho constitucional*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2.ª ed. actualizada y ampliada, 2006, pp. 511-517.

<sup>12</sup> HARRIS, o. cit. (nota 7), p. 222.

<sup>13</sup> Ibídem, p. 641.

<sup>14</sup> En realidad, la postura de no intervención de la Corte Warren fue incluso más benévola que la de sus predecesores.

solo respetuoso. Aparece así un doble enfoque, con diferencias claras, que evoluciona desde finales de los sesenta:

- a) algunas situaciones evocaban la *nueva* y agresiva igualdad de protección bajo la ley, con un escrutinio que era *riguroso* en teoría y fatal en los hechos, y
- b) en otros contextos, la respetuosa *vieja* igualdad de protección bajo la ley reinaba, con un escrutinio mínimo en la teoría y virtualmente nulo en los hechos.

La ley que calificaba para un escrutinio estricto requería un encastre (*fit between*) mucho mayor entre la clasificación y el propósito de la ley que la tosca y pronta flexibilidad tradicionalmente tolerada por la vieja igualdad de protección: debía demostrarse que los medios que empleaba la ley eran *necesarios* para alcanzar su fin, y no meramente *adecuados*. Más aún, la igualdad de protección se convirtió incluso en una suerte de escrutinio de finalidades: la legislación en las áreas de la nueva igualdad de protección debía estar justificada por *apremiantes* intereses estatales, y no solo por el más amplio espectro de legítimas finalidades estatales.

Desde el enfoque de la Corte WARREN, de la doble distinción entre escrutinio estricto y examen respetuoso en referencia a la igualdad de protección, que aún persiste, han aparecido algunas innovaciones. La Corte BURGER expresó algunas dudas sobre ciertas formas de escrutinio estricto.

Volviendo a WARREN, parecería que uno de los grandes hitos en la evolución de la jurisprudencia estadounidense aparece en 1954 con el pronunciamiento en *Brown v. Board of Education of Topeka*.<sup>15</sup> El caso refería a situaciones de no admisión de niños de raza negra en ciertas escuelas. Al igual que en la concepción de *iguales pero separados*, no se le negaba a nadie el acceso a la educación, sino que se aseguraban escuelas para blancos y para negros con condiciones similares.

Yendo directamente a la cuestión central (omito varios análisis previos de la sentencia), la Corte se preguntó: ¿La segregación de los niños en las escuelas públicas basada solamente en la raza, a pesar de que las facilidades físicas y otros factores *tangibles* sean iguales, priva a los niños del grupo minoritario de igualdad de oportunidades educativas? Y respondió luego:<sup>16</sup>

<sup>15</sup> La Corte se pronunció en dos ocasiones en este caso: en 1954 y 1955.

<sup>16</sup> SULLIVAN y GUNTHER, o. cit. (nota 3), p. 676. Geoffrey R. STONE, Louis Michael SEIDMAN, Cass R., SUNSTEIN, Mark V., TUSHNET, Pamela S., KARLAN, *Constitutional law*, Nueva York: Aspen, 2005, pp. 473-488.

Concluimos que en materia de educación pública la doctrina de “separados pero iguales” no tiene lugar. Las condiciones educacionales separadas son inherentemente desiguales. Por eso, sostenemos que los peticionantes y otros situados de manera similar ante quienes las acciones fueron realizadas son, por causa de la segregación contra la cual se acciona, privados de su derecho a la igualdad de protección ante la ley. Esta disposición torna innecesaria cualquier discusión sobre si esa segregación también viola el debido proceso. Porque estas son acciones de clase, por la vasta aplicabilidad de esta decisión, y por la gran variedad de condiciones locales, la formulación de resoluciones en estos casos presenta problemas de considerable complejidad. Como nuevo argumento, la consideración del remedio apropiado estuvo necesariamente subordinada a la cuestión primaria —la constitucionalidad de la segregación en la educación pública—. Hemos anunciado ahora que dicha segregación constituye una negación del derecho a la igualdad de protección. De manera de poder tener la total colaboración de las partes en la formulación de las resoluciones, los casos serán devueltos a la lista de litigios para el período de sesiones, y las partes deberán formular otros argumentos sobre las preguntas 4 y 5 cuando previamente la Corte les proponga reargumentar. Así se ordena.

## 8.

### CONTINUACIÓN

En definitiva, seguramente sin advertirlo, al citar un trabajo de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA de hace más de sesenta años, la Suprema Corte está utilizando argumentos y conceptos no solo superados en Estados Unidos sino que hoy serían a todas luces inaceptables.

El concepto de *iguales pero separados*, que desplazaba el problema de la igualdad a tratar igualmente a los miembros de cada grupo, permitiría toda suerte de diferenciación que pueda basarse en elementos objetivos de distinción. El tema no es si las escuelas o los vagones para una y otra raza son similares, sino que la distinción es inaceptable. Véase incluso que con ese esquema sería válida la distinción entre blancos y negros, homosexuales y heterosexuales, miembros de un partido político y de otro, quienes profesan una religión y los ateos, hombres y mujeres, etcétera. Todo se arreglaría si se trata igual a los miembros del grupo y si no existe una suerte de subordinación entre ellos.

Por supuesto que no debe ser el enfoque anterior el de los actuales miembros de la Corte uruguaya, pero sí se aprecia que, en razón de las citas realizadas, los fundamentos que utiliza aparecen como conceptos perimidos y no aceptables.

Cabe insistir, por último, en que los problemas centrales de la igualdad ante la ley en nuestros tiempos no son: a) si se trata en forma igualitaria a todos los miembros del grupo

(esto aparece solo luego de que en casos especiales se justifique la pertinencia constitucional de la distinción), ni b) que la protección dada a los distintos grupos no se presente o implique un prejuicio para el grupo o subordinación de un grupo sobre otro. El gran tema es si puede justificarse, conforme los parámetros constitucionales, la pertinencia de la distinción.

**¿EL PRINCIPIO GENERAL ES QUE EL LEGISLADOR PUEDE ESTABLECER GRUPOS PARTICULARES A CONDICIÓN DE QUE DENTRO DE ELLOS EL TRATAMIENTO SEA IGUALITARIO? ¿BASTA CON QUE LA DESIGUALDAD SE FUNDE EN UNA “REAL DIFERENCIA”?**

En nuestro derecho no se duda de que la igualdad aparece como un principio general de nuestro derecho constitucional y como un derecho de los individuos. Claro que la igualdad presenta una diferencia esencial con todos los demás derechos humanos, que consiste en ser un derecho sin contenido propio, sino que asegura que, en el goce y la protección de cada derecho humano, todos tienen derecho a un estatuto similar sin que sean válidas las diferenciaciones.<sup>17</sup> Es lo que FERNÁNDEZ SEGADO, entre otros, denomina *derecho relacional*.<sup>18</sup>

La igualdad presenta diversas facetas y problemáticas y puede analizarse con distintas perspectivas; por ejemplo,<sup>19</sup> la igualdad ante la ley y ante las normas generales, la igualdad en la aplicación o ejecución de la ley, la discriminación (distinta a la desigualdad de trato), la problemática de las acciones afirmativas, la influencia de la igualdad en el valor de los precedentes jurisprudenciales y administrativos, la igualdad en las relaciones privadas, etcétera.

Pero centrando el tema en lo que interesa a este trabajo, la igualdad ante la ley, debe tenerse presente que la formulación histórica decimonónica de la igualdad tuvo consecuencias en la propia caracterización de la ley, ya que esta habría de configurarse como universal (con validez frente a todos los ciudadanos), general (como exclusión de las leyes singulares) y de duración indefinida (vocación de permanencia).

Este tipo de igualdad tiene consagración expresa en nuestra Constitución, cuando en el artículo 8.º prevé que “todas las personas son iguales ante la Ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”. No se puede, en principio, hacer diferencias que no respondan a las virtudes y los talentos de los sujetos. Esta enunciación general se completa con el artículo 9.º, que prohíbe la fundación de mayorazgos y establece

<sup>17</sup> Me remito a lo dicho en RISSO FERRAND, o. cit. (nota 11), tomo I, p. 502.

<sup>18</sup> FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992, p. 194.

<sup>19</sup> Con más detalle me remito a lo dicho en RISSO FERRAND, o. cit. (nota 11), tomo I, pp. 501-525.

que ninguna autoridad de la República podrá conceder título alguno de nobleza ni honores o distinciones hereditarias.

La igualdad ante la ley se materializa, entonces, básicamente en dos aspectos: a) en la prohibición de fueros y leyes especiales (excepto, claro está, las excepciones constitucionales), y b) en una igual protección por las leyes. Este es el principio general: todos los individuos deben recibir el mismo tratamiento y protección en el goce de los derechos. El principio general es la igualdad y toda diferenciación será de excepción y por ende de interpretación estricta, y requerirá una justificación apropiada, como en toda limitación de un derecho humano.

Sin perjuicio de lo anterior, es bien sabido que el principio de igualdad ante la ley no impide, a veces, una legislación para grupos o categorías de personas especiales, sino que esta diferenciación puede ser admitida, por excepción, siempre que se cumpla con algunos requisitos específicos. Esto es básico. Si la ley no cumple con esos requisitos será inconstitucional por violar el principio en análisis. No puede la Corte constitucional ser tolerante con el legislador a la hora de analizar las distinciones que se hayan creado; por el contrario, deberá ser exigente porque se trata de aceptar una excepción a un principio constitucional. Se debe defender primero la Constitución y luego la ley.

Basta con lo dicho para apreciar que toda referencia a la noción de *iguales pero separados* es inadmisibles. Asimismo, lo que importa a los efectos de la igualdad no es que los miembros del grupo diferenciado reciban similar tratamiento, sino que lo relevante es que la ley pueda superar el *test* que valide la diferenciación.

La cuestión, su punto de partida, su enfoque y su objetivo han cambiado dramática y sabiamente en las últimas décadas.

¿Cuáles son los criterios, pautas de análisis o parámetros para aceptar que una ley que legisla para un *grupo* de individuos es ajustada al principio de igualdad? Al respecto señalé anteriormente:<sup>20</sup>

[...] la dificultad radica en determinar cuáles son estos requisitos que habilitan el trato diferenciado para algunas categorías, e incluso una vez determinados cuáles son estos requisitos, también es complejo su análisis en cada caso concreto.

Una primera aproximación a la cuestión pone de manifiesto el famoso criterio de la razonabilidad de la distinción, desarrollado originalmente por la jurisprudencia norteamericana y luego expandido en todo el derecho comparado. Pero este juicio de razonabilidad se encuentra

---

<sup>20</sup> Ibídem, pp. 504-509.

complementado o precisado por otros conceptos tales como el de la finalidad legítima de la distinción y el juicio de racionalidad.

[...] Indudablemente el problema terminológico no tiene otra consecuencia que facilitar o dificultar el análisis de la cuestión, pero desde el punto de vista jurídico, las consecuencias serán las mismas en la medida en que, en términos reales, se analicen los tres aspectos.

A los efectos de intentar dar la máxima claridad al análisis de estos criterios, se utilizará a continuación la terminología que en general (aunque no siempre) es utilizada por la jurisprudencia española contemporánea y por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

#### A) El juicio de razonabilidad

En primer término corresponde mencionar el juicio de razonabilidad, pero entendiendo el mismo como referido a la causa de la distinción, o con mayor precisión a la razonabilidad de la causa de distinción.

En lo que refiere a las causas de distinción podemos plantear el problema al menos en tres niveles diversos:

a) En primer lugar, y como ha desarrollado con precisión KORZENIAK, de la lectura de nuestra Constitución surgen diversas hipótesis en que la propia Carta impone, con variable alcance, la pertinencia de las distinciones.<sup>21</sup> Por ejemplo en lo que refiere a los menores de edad, los artículos 40 y siguientes de la Constitución dan la pauta clara de que la distinción entre mayores y menores de edad no sólo es razonable sino que en la mayoría de los casos, según las hipótesis que se analicen, la distinción resulta imperativa.

En estos casos la causa razonable de la distinción se encontrará en el propio texto constitucional, por lo que el análisis de la razonabilidad de la misma no presentará dificultades de tipo alguno.

b) En un segundo nivel encontramos casos en que si bien la Constitución, en cierta forma, admite la posibilidad de la distinción, la misma por lo general no surge como preceptiva sino que se da una amplia discrecionalidad al legislador para su utilización o no. Esto lo encontramos por ejemplo en el artículo 85 numeral 3.º cuando habla de la competencia de la Asamblea General de expedir leyes para el fomento de la ilustración, agricultura, industria, etc. Con base en esta norma, en forma implícita, se autoriza al legislador a dictar normas particulares por ejemplo para los sujetos comprendidos en la categoría de industriales, pero bien podrá la ley no efectuar distinciones de tipo alguno.

c) Por último, encontramos hipótesis en que no surge de la Constitución, ni en forma explícita ni implícita, la causa de ciertas distinciones. Uno de los casos más interesantes de los últimos años, por la pluralidad de categorías que se establecían, lo encontramos en las leyes de refinanciación del endeudamiento interno, donde se distinguía entre deudores del sistema financiero y de otros acreedores, y a su vez, dentro de los primeros se distinguía según la actividad que desarrollaban (agropecuaria, industrial, comercial,

<sup>21</sup> José KORZENIAK, *Derecho constitucional 2.º*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1985, pp. 82 ss.

prestadores de servicios y quienes no entraban en ninguna de dichas clases), y todavía se efectuaban categorizaciones múltiples entre los deudores amparados por la ley.<sup>22</sup>

La mayoría de las categorizaciones carecían de base constitucional, por lo que en estos casos era necesario analizar la razonabilidad de la causa de distinción, pero no buscando la misma en la Constitución, sino constatando que no resulten arbitrarias o caprichosas, y que no resulten contrarias a lo dispuesto en la Carta.<sup>23</sup>

#### B) Finalidad legítima

El segundo elemento esencial para el análisis de la constitucionalidad de la diferenciación consiste en que exista una finalidad, y que ésta sea legítima. Si el factor diferencial no responde a ningún fin, si es puramente gratuito, deberá tacharse de arbitrario. De la misma forma, cuando existe, la finalidad debe ser legítima.

Nuevamente nos encontramos con que a veces la finalidad de algunas distinciones o categorizaciones está expresamente establecida en la Constitución. En el caso ya citado de los menores de edad sólo será constitucionalmente legítima la finalidad de proteger a los mismos. En otros casos en cambio, el legislador gozará, eventualmente, de una mayor discrecionalidad para seleccionar el fin perseguido.

Al igual que ocurre al estudiar los elementos esenciales o constitutivos del acto administrativo, la distinción entre la causa de la diferenciación y la finalidad de la diferenciación resulta útil, ya que bien podemos encontrar casos en que la causa o motivo de la distinción sea razonable pero la finalidad sea ilegítima, o bien a la inversa. Por ejemplo, una ley que distinga entre mayores y menores de edad tendrá una causa de diferenciación constitucionalmente válida, pero si la finalidad no es la de proteger a los menores el fin será ilegítimo. También podemos imaginar casos inversos, en que la causa sea inconstitucional, aunque la finalidad sea legítima.

#### C) El juicio de racionalidad

Pasando al tercer elemento para el análisis de la constitucionalidad de la diferenciación, debe señalarse que se requiere además que pueda efectuarse un juicio de racionalidad, que se aprecia en la relación medio-fin.

La razonabilidad atiende a la causa justificante de la distinción, a esto se suma la constatación de la legitimidad de la finalidad de la diferenciación, y por último aparece la racionalidad que atiende a algo estructuralmente interno, que es la relación positiva entre medios y fines.

El Tribunal Constitucional español, en sentencia 114/987 decía que un juicio de racionalidad satisfactorio aparece en la ley que condiciona el derecho a jubilación o retiro a requisitos objetivos como haber prestado servicio por cierto tiempo, haber cotizado durante un determinado período, etc. La distinción entre quienes cotizaron por cierto lapso y quienes no lo hicieron es racional respecto al fin perseguido: la jubilación. Pero si la ley condiciona y limita el derecho a la pasividad al hecho de haber tenido buena conducta por ejemplo, desaparece la racional relación de medios y

<sup>22</sup> Véase la sentencia en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 48, pp. 444 ss.

<sup>23</sup> Sentencia n.º 42 de 30 de setiembre de 1993, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n.º 60, pp. 676 ss. También en *La Justicia Uruguaya*, caso 12.777, MARABOTTO LUGARO (redactor), TÖRELLO, ALONSO DE MARCO, MARIÑO CHIARLONE, CAIROLI MARTÍNEZ.

fin, ya que la diferenciación entre quienes cumplen con dicho requisito y quienes no lo cumplen no guarda una relación de racionalidad con el fin perseguido o sea con el derecho a la jubilación.<sup>24</sup>

La Suprema Corte de Justicia ha hecho referencia en algunas ocasiones al problema de la racionalidad, aunque en algunos casos no resulta sencillo determinar si está usando esta expresión como sinónimo de razonabilidad o con un sentido diverso.<sup>25</sup>

Sintetizando lo expresado podría decirse que:

1. En primer lugar, para aceptar las diferenciaciones legales corresponde exigir que la causa de la distinción sea razonable y objetiva, sin implicar un tratamiento desigual a quienes se encuentran en igualdad de situaciones.

2. En segundo lugar debe atenderse especialmente al fin perseguido con la diferenciación, verificando que el mismo sea legítimo.

3. Y por último, deberá atenderse a la racionalidad de la distinción, que se manifiesta en una adecuada relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados.

El no cumplimiento de cualesquiera de estos requisitos (razonabilidad, fin legítimo y racionalidad) aparejará la violación del principio constitucional de igualdad.

En lo que refiere a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia pueden señalarse diversos pronunciamientos: sentencia n.º 80 de 3 de diciembre de 1993,<sup>26</sup> la sentencia n.º 113 de 19 de agosto de 1991,<sup>27</sup> la sentencia n.º 152 de 27 de noviembre de 1991,<sup>28</sup> la sentencia n.º 163 de 16 de diciembre de 1991,<sup>29</sup> la sentencia n.º 173 de 16 de diciembre de 1991,<sup>30</sup> la sentencia n.º 55 de 14 de junio de 1991,<sup>31</sup> la sentencia n.º 56 de 14 de junio de 1991,<sup>32</sup> la sentencia n.º 61 de 17 de

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, o. cit. (nota 18), p. 200.

<sup>25</sup> Sentencia n.º 163, de 16 de diciembre de 1991, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 48, pp. 444 ss., TOMMASINO, GARCÍA OTERO, MARABOTTO LUGARO (redactor), ADDIEGO BRUNO, TORELLO.

<sup>26</sup> En *Revista Tributaria*, tomo XXI, n.º 121, pp. 355 ss. ALONSO DE MARCO (redactor), CAIROLI, MARIÑO CHIARLONE, MARABOTTO LUGARO (discorde) y TORELLO (discorde). Se pedía, en juicio ejecutivo y por la vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 480 a 486 de la ley 16.170 de 28 de diciembre de 1990 (impuesto a las ejecuciones judiciales).

<sup>27</sup> *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 44, pp. 105 ss. ADDIEGO BRUNO (redactor), TOMMASINO, GARCÍA OTERO, MARABOTTO LUGARO y TORELLO (discorde). Vía de acción. Piden declaración de inconstitucionalidad del artículo 276 de la ley 15.809.

<sup>28</sup> *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 44, pp. 129 ss. GARCÍA OTERO (redactor), TOMASSINO, ADDIEGO BRUNO, MARABOTTO LUGARO y TORELLO. Acción de inconstitucionalidad. Se pide declaración de inconstitucionalidad del artículo 134 literal E de la ley 16.170, de 28 de diciembre de 1990.

<sup>29</sup> *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 48, pp. 444 ss. TOMMASINO, GARCÍA OTERO, MARABOTTO LUGARO (redactor), ADDIEGO BRUNO y TORELLO. Por la vía de acción piden la declaración de inconstitucionalidad del inciso 7 del artículo 45 del decreto del Gobierno Departamental de Montevideo n.º 24.754, promulgado el 10 de diciembre de 1990.

<sup>30</sup> *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 48, pp. 451 ss. TOMMASINO, GARCÍA OTERO, ADDIEGO BRUNO (redactor), MARABOTTO LUGARO (discorde) y TORELLO (discorde). Vía de excepción. Se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 36, inciso 3, y 41 del decreto-ley 14.219, que prevén la inapelabilidad de la providencia que acoje la demanda de desalojo.

<sup>31</sup> En *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo IX, n.º 50, pp. 15 ss. TOMMASINO, ADDIEGO BRUNO, MARABOTTO LUGARO (redactor), CAFASSO, PIREZ SÁNCHEZ DE RAMOS. Vía de excepción. Piden declaración de inconstitucionalidad de los artículos 344.2 y 344.4 del CGP.

<sup>32</sup> *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo IX, n.º 50, pp. 159 ss. TOMMASINO, ADDIEGO BRUNO, MARABOTTO LUGARO, CAFASSO (redactor), PIREZ SÁNCHEZ DE RAMOS. Solicitan la declaración de inconstitucionalidad del decreto-ley n.º 14.490, que establece la caducidad de los créditos laborales.

noviembre de 1993,<sup>33</sup> la sentencia 80 de 3 de diciembre de 1993,<sup>34</sup> la sentencia 85 de 6 de diciembre de 1993,<sup>35</sup> la sentencia de 2 de octubre de 1987,<sup>36</sup> la sentencia de 16 de diciembre de 1991,<sup>37</sup> la sentencia de 23 de noviembre de 1992,<sup>38</sup> la sentencia de 3 de junio de 1994,<sup>39</sup> la sentencia de 21 de febrero de 1994,<sup>40</sup> etc.

En definitiva, y contestando las preguntas de este capítulo, parece claro que:

1. El principio de igualdad impide la creación de grupos particulares de individuos salvo cuando se pueda sortear el triple *test* constitucional mencionado. Si no se puede superar uno solo de los pasos, habrá que concluir en la inconstitucionalidad de la distinción.
2. Es insuficiente que haya elementos objetivos de diferenciación. Esto podría conducir a diferenciar entre hombres y mujeres, blancos y negros, etcétera.
3. Es irrelevante a los efectos de justificar la distinción que a todos los miembros del grupo diferenciado se los trate con criterios igualitarios. Esto es algo distinto a la pertinencia constitucional de la distinción.

<sup>33</sup> *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n.º 58, pp. 456 ss. MARABOTTO LUGARO (redactor), TORELLO, ALONSO DE MARCO, MARIÑO CHIARLONE y CAIROLI MARTÍNEZ. Por la vía de excepción, se solicita la declaración de inconstitucionalidad del literal *c* del artículo 6 del decreto ley 15.597, en la redacción dada por el artículo 21 de la ley 16.095.

<sup>34</sup> *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, n.º 61, pp. 23 ss. ALONSO DE MARCO (redactor), MARIÑO CHIARLONE, CAIROLI MARTÍNEZ, MARABOTTO LUGARO y TORELLO (los dos últimos, discordes). Por vía de excepción se pretende la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 480 a 486 de la ley 16.170, de 28 de diciembre de 1990.

<sup>35</sup> *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, n.º 61, pp. 35 ss. MARABOTTO LUGARO, TORELLO, ALONSO DE MARCO (redactor), MARIÑO CHIARLONE y CAIROLI MARTÍNEZ. Por vía de excepción se pide la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2342, 2344 y 2346 del Código Civil, y artículo 377 del CGP, que refiere a los trámites de renuncia a los trámites, términos y beneficios del juicio ejecutivo.

<sup>36</sup> *La Justicia Uruguaya*, caso 11.000. GARCÍA OTERO (redactor), BALBELA DE DELGUE, TOMMASINO, ADDIEGO BRUNO, NICOLIELLO. Se declara la inconstitucionalidad del artículo 2.º del decreto-ley 15.343, que establecía una contribución especial a cargo de las personas públicas no estatales de seguridad social, por existir una delegación al Poder Ejecutivo, pero descarta que se viole el principio de igualdad.

<sup>37</sup> *La Justicia Uruguaya* 12.121. TOMMASINO, GARCÍA OTERO, ADDIEGO BRUNO (redactor), MARABOTTO LUGARO (discorde), TORELLO (discorde). Excepción, piden inconstitucionalidad del artículo 36, incisos 3.º y 4.º, del decreto ley 14.219.

<sup>38</sup> *La Justicia Uruguaya*, caso 12.265. ADDIEGO BRUNO, GARCÍA OTERO (redactor), Gutiérrez, MARABOTTO LUGARO (discorde) y TORELLO (discorde). Por la vía de excepción se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 480 a 487 de la ley 16.170 (tributo a las ejecuciones).

<sup>39</sup> *La Justicia Uruguaya*, caso 12.874. TORELLO, MARABOTTO LUGARO, ALONSO DE MARCO, MARIÑO CHIARLONE (redactor), CAIROLI MARTÍNEZ. Vía de excepción. Se pide la declaración de inconstitucionalidad del artículo 396 del CGP por entender que esta norma limita las excepciones a oponer y niega al ejecutado la posibilidad de oponer defensa alguna. El principal era un juicio de entrega de la cosa.

<sup>40</sup> *La Justicia Uruguaya* caso 12.873. TORELLO, MARABOTTO LUGARO (redactor), ALONSO DE MARCO, MARIÑO CHIARLONE, CAIROLI MARTÍNEZ. Vía de excepción. Se pide la declaración de inconstitucionalidad del artículo 72 del acto institucional n.º 9, que al fijar montos máximos a las pasividades crea desigualdades.

4. Sin perjuicio de lo anterior, cuando previo *test* se concluya en la constitucionalidad de la distinción, recién a partir de ese momento, el principio de igualdad empezará a jugar dentro de la categoría diferenciada exigiendo que dentro del grupo todos reciban idéntico trato.

### **SI EL ANÁLISIS DE “LOS CRITERIOS QUE LLEVARON AL LEGISLADOR A AGRUPAR LAS DIFERENTES ENTIDADES QUE APORTAN A LA CAJA [...] [ES] UN EXTREMO AJENO AL CONTROL DE REGULARIDAD DE LAS LEYES”, ¿QUÉ FACULTADES TIENE LA CORTE PARA REVISAR ESTOS CRITERIOS?**

Queda claro a mi juicio que la invocación a la perimida concepción de *iguales pero separados*, que considera que el principio de igualdad no se viola cuando a los miembros de cada grupo se les da tratamiento igualitario, es incorrecta en nuestros tiempos.

El problema central es si el legislador puede diferenciar entre los individuos creando grupos. O, si se prefiere, la determinación de cuándo una ley que refiere solo a cierta categoría es ajustada al principio de igualdad. Ello implica verificar la razonabilidad de la causa de la distinción, la finalidad legítima y el *test* de racionalidad.

Pasemos entonces al análisis de hasta dónde puede llegar la Corte en estos casos, reparando en lo que dice la propia corporación en la sentencia en análisis:

No cabe cuestionar los criterios que llevaron al legislador a agrupar las diferentes entidades que aportan a la Caja Bancaria, tal extremo es ajeno al control de regularidad constitucional, no advirtiéndose —por otra parte— que tal regulación resulte irracional o absurda.

La transcripción presenta tres problemas: a) ¿No puede la Corte cuestionar (revisar o controlar) los criterios del legislador para formar los distintos grupos? b) ¿Sólo puede intervenir la Corte si la diferenciación es irracional o absurda? c) En general, ¿hasta dónde puede llegar la Corte?

Creo que las dos primeras interrogantes se contestan con razonable facilidad.

A la primera, no cabe duda de que la Corte sí puede controlar cuáles fueron los criterios. No podrá hacerlo con criterios políticos o de conveniencia, pero es incuestionable que sí puede controlar si la diferenciación tiene una causa (o fundamento) razonable, si tiene una finalidad legítima y si puede sortear el juicio de racionalidad. Creo que discutir esto en el siglo XXI, considerando el desarrollo actual de la justicia constitucional en el mundo

democrático occidental, es imposible. Solo puede dudarse de esto recurriendo a conceptos antiguos y absolutamente perimidos, que otorgaban plenos poderes a los poderes políticos. No puede compartirse la expresión de la Corte, propia de otros tiempos y concepciones.<sup>41</sup>

Respecto a la segunda interrogante debe señalarse, en primer término, que aparece como contradictoria con la propia posición de la Corte. En otras palabras, luego de afirmar que el análisis de los criterios del legislador es ajeno a la competencia de la Corte, parecería que esto no sería así; al menos en casos de irracionalidad o cuando la distinción es absurda sí se podrían analizar esos criterios.

Dejando la aparente contradicción de lado: ¿se podría declarar la inconstitucionalidad si la violación del principio fuera absurda o claramente irracional? Véase que no parece que la Corte utilice el adjetivo *irracional* en el sentido técnico, dentro de un esquema de proporcionalidad, sino en un sentido vulgar, en que se equipara lo irracional a lo inaceptable o absurdo (esta es la interpretación que surge del análisis del párrafo transcrito de la sentencia). Ello no debe llamar la atención, ya que muchas veces la Corte, en temas de constitucionalidad, parece adoptar una posición que conduce a que la inconstitucionalidad solo puede declararse en casos evidentes e incuestionables.

Pero en cuanto a la interrogante, parece claro que la Corte sí es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley que establece una distinción absurda o irracional (en el sentido de inaceptable), pero también lo es para declarar la inconstitucionalidad de una ley que, sin ser absurda o inaceptable, no pueda sortear el triple *test* mencionado. El juez debe declarar la nulidad de una disposición contractual cuando verifica la existencia de una nulidad y no solo cuando la nulidad es absurdamente evidente. Lo mismo pasa con la inconstitucionalidad de una ley, ya que de lo contrario no se defenderán los derechos humanos de los habitantes salvo en casos extremos.

En más de una ocasión me he referido a estos problemas que hacen al rol del juez constitucional, hasta dónde puede llegar el Poder Judicial, cómo debe interpretarse el principio de separación de poderes en forma adecuada, a la problemática *presunción de inconstitucionalidad*, etcétera.<sup>42</sup>

Evitando repetir conceptos ya expresados, creo que existen algunos puntos en los que deberían lograrse acuerdos con cierta facilidad:

---

<sup>41</sup> Con el criterio de la Corte uruguaya, las sentencias de la Corte estadounidense en el caso BROWN serían un error inadmisibles.

<sup>42</sup> No voy a repetir lo dicho, sino que me remito a *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008. Y *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2010.

1. La igualdad, además de derecho fundamental de los individuos, es uno de los grandes principios del derecho constitucional uruguayo y del derecho internacional de los derechos humanos. Esto es, encarna uno de los valores principales de la comunidad nacional e internacional, discutido y profundizado por más de dos milenios y medio.<sup>43</sup>
2. La trascendencia de este principio superior es tal, que su defensa y cumplimiento se transforma en uno de los grandes temas de nuestros tiempos.
3. El juez constitucional, en su ineludible función de defensa de la Constitución y de los derechos humanos, tiene un evidente e irrenunciable deber de determinar la compatibilidad de las distinciones legales con el principio constitucional de igualdad y de declarar la inconstitucionalidad de la ley cuando se produzcan violaciones al principio. Y esto no ocurre solo en casos absurdos y evidentes, sino cada vez que una ley no puede cumplir con el triple *test* para determinar la compatibilidad de la distinción con el principio de igualdad.
4. Negar lo anterior implicaría a mi juicio: a) un golpe brutal al Estado de derecho y al principio de separación de poderes (bien entendido, en un sentido dinámico y moderno); b) dejaría a uno de los principios generales de la Constitución (a uno de los más importantes) sin protección apropiada, y c) dejaría a los individuos vulnerados en su derecho a la igualdad sin la adecuada tutela judicial.
5. La utilización del mencionado triple *test* es algo que se hace regularmente en Europa y América, y nadie ha sostenido que el tribunal o la corte competente no pueda incursionar en la materia. Ninguna razón jurídica válida hay para sostener algo distinto.
6. A su vez, conforme las exigencias de motivación que debe presentar toda sentencia, parece claro que no basta con la afirmación de que la distinción es razonable y legítima. Cuando se está analizando la vulneración de algo tan sensible y trascendente como uno de los principales principios constitucionales, la sentencia debe expresar los fundamentos jurídicos por los cuales considera que la ley en estudio presenta una causa razonable de distinción, persigue una finalidad legítima y puede sortear el juicio de racionalidad. Si la ley falla en alguno de los tres puntos será inconstitucional, y si cumple con los tres se deberá expresar por qué. No basta con decir que se cumple con el principio de igualdad, sino que hay que expresar las razones por las que se cumple.

---

<sup>43</sup> Al menos podemos encontrar estudios serios a partir del siglo V a. C.

7. Insisto en que lo anterior no implica incursionar en política sino cumplir con el control jurisdiccional de la regularidad constitucional de las leyes, tal como dispone nuestra Constitución y como se acepta sin dificultades en Europa y América.

## 9.

---

### CONCLUSIONES

Reitero que no atribuyo a ninguno de los actuales ministros de la Corte coincidir con una jurisprudencia anticuada y que presenta conceptos que hoy se recuerdan como ejemplos de lo que una Corte constitucional no debe hacer. Incluso, seguramente, la motivación real de la sentencia no coincide con dichas posiciones históricas, aunque la cita es problemática.

Pero sí parece importante, al advertir este problema con unas citas que se vienen repitiendo desde hace muchos años, que la problemática de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte sea objeto de una actualización. No parece lógico seguir utilizando citas insostenibles y que, de una forma u otra, marcan cierto contexto que orienta al intérprete en una dirección que no puede ser defendida en nuestros días.

Los derechos humanos han sido uno de los temas en que el derecho ha cambiado más en los últimos tiempos. En algunos aspectos la Corte aparece con conceptos modernos y de avanzada —por ejemplo, en la sentencia de 19 de octubre de 2009 adhirió a la concepción del *bloqueo de los derechos humanos*, lo que la coloca entre las cortes constitucionales más avanzadas de América Latina—. Pero otras veces, como ocurre en materia de igualdad, la necesidad de cortar con un pasado erróneo y actualizar las miras, los criterios y valoraciones parece incuestionable e impostergable.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- BERNSTEIN, David E., “The Story of *Lochner v. New York*: Impediment to the Growth of the Regulatory State”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004.
- EISGRUBER, Christopher L., “The Story of *Dred Scott*: Originalism’s Forgotten Past”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992.
- HARRIS, Cheryl I., “The Story of *Plessy v. Ferguson*: The Death and Resurrection of Racial Formalism”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004.
- KORZENIAK, José, *Derecho constitucional* 2.º, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1985.
- RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- *Derecho constitucional*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2.ª ed. actualizada y ampliada, 2006.
- *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2010.
- STONE, Geoffrey R., Louis M. SEIDMAN, Cass R. SUNSTEIN, Mark V. TUSHNET y Pamela S. KARLAN, *Constitutional Law*, Aspen, 2005.
- SULLIVAN, Kathleen M., y Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, Nueva York: Foundation Press y Thomson West, 15.ª ed., 2004.

# Tensiones entre las asignaciones forzosas\*

Conflicts among Forced Shares

*Mabel Rivero de Arhancet\*\**

**RESUMEN.** Se trata de comparar las distintas asignaciones forzosas previstas en nuestro derecho sucesorio. El hecho de que estas sean de tal entidad que limitan la libertad del causante y que todas ellas tengan la calidad de asignaciones forzosas no impide su estudio a los efectos de prever, en caso de tensiones entre ellas, cuál tendrá prioridad sobre las restantes.

**PALABRAS CLAVE.** Derecho civil. Derecho sucesorio. Concubinato. Porción conyugal. Alimentos.

**ABSTRACT.** This work compares the various forced shares contemplated in our Succession Law. The fact that their very extent limits the freedom of the deceased and that all of them are forced in nature does not obstruct their study so that, should there be conflict among them, it is possible to anticipate which one shall prevail over the others.

**KEY WORDS.** Civil Law. Succession Law. Cohabitation. Community property portion. Alimony.

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Profesora titular grado 5 de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, y de Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

**SUMARIO.** **1.** Introducción. **2.** Asignaciones forzosas de alimentos. 2.1. Acreedores alimentarios. 2.2. Cuantía de los alimentos. **3.** Porción conyugal. 3.1. Naturaleza jurídica. 3.2. Porción conyugal y donaciones. **4.** Derecho de habitación. 4.1. Fundamento del derecho de habitación. 4.2. Valor e imputación del derecho de habitación. 4.3. Concubinato y derecho de habitación. **5.** Legítimas. 5.1. Naturaleza de las legítimas. 5.2. Posibles conflictos de derechos.

# 1.

## INTRODUCCIÓN

El artículo 870 del Código Civil (CC) identifica las asignaciones forzosas como aquellas que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aun en perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Del texto mencionado, las asignaciones forzosas pueden verse como una limitación a la libre voluntad del testador, en la medida en que el codificador acepta que tienen prioridad frente a la libre voluntad del causante cuando este dispone de sus bienes por testamento.

Pero no solamente tales asignaciones forzosas significan una limitación a la voluntad testamentaria. Al tratar el tema *donaciones*, en el artículo 1626, el codificador prohíbe donar entre vivos más de lo que pudiera disponerse por última voluntad, y entre paréntesis refiere al artículo 870 del texto codificado.

De los textos mencionados se desprende, pues, que las asignaciones forzosas tienen una especial protección por el codificador, ya que impiden que las personas las afecten, tanto por el testamento como por las donaciones que pudieran hacer en vida.

Ello no obsta, sin embargo, para que tales asignaciones puedan ser estudiadas teniendo en cuenta su diferente naturaleza, y ello con la finalidad de encontrar una respuesta en aquellos casos en que pudiera plantearse una colisión entre ellas.

Como veremos, dentro de nuestro sistema sucesorio algunas asignaciones forzosas —como es el caso de las legítimas, la porción conyugal y los derechos de habitación y uso—

pueden encontrarse limitadas no solamente entre sí, sino también en su contenido patrimonial, por otra asignación forzosa, como es el caso de los alimentos legales.

Podemos entonces preguntarnos si es posible que los alimentos en tanto asignaciones forzosas puedan ser de tal entidad como para no dar lugar a que se haga efectivo el derecho de los legitimarios a su legítima, o el del cónyuge supérstite a su porción conyugal.

O si es posible que el derecho de habitación pueda llegar a impedir que un legitimario pueda obtener su legítima, cuando por ejemplo el cónyuge supérstite tenga fortuna pero, careciendo de un inmueble similar a aquel que fue el asiento del hogar conyugal, se encuentre legitimado para hacer efectivo su derecho de habitación, casos estos en los cuales el legislador le ha conferido el derecho de habitación (artículo 887-1 CC).

Nos referiremos por lo tanto a los alimentos en cuanto asignación forzosa, a la porción conyugal, a las legítimas, derechos que han aparecido explícitamente referidos por el codificador en el mencionado artículo 870, a los derechos de habitación y uso conferidos al cónyuge supérstite por la ley 16081, del 18 de octubre de 1989, y a los derechos conferidos al concubino por la ley 18246, del 18 de diciembre de 2007, de Unión Concubinaria.

La doctrina ha aceptado que cuando la ley 16081 reconoce los derechos de habitación y uso en favor del cónyuge supérstite, lo hace en calidad de asignaciones forzosas, incluso presentándolos en el Código atados a la porción conyugal.

Actualmente podemos ver insertos en el Código Civil los derechos conferidos por la ley 16081 junto a las normas relativas a la porción conyugal, tal como lo dispuso la mencionada ley.

## 2.

### ASIGNACIONES FORZOSAS DE ALIMENTOS

De acuerdo al artículo 871, los alimentos que el difunto debía por la ley a ciertas personas, y que en razón de la indigencia de estas eran exigibles antes de abrirse la sucesión, gravan, por una cuantía que se determinará en unidades reajustables, la masa hereditaria; excepto en caso de que el testador hubiera impuesto ese gravamen a uno o más partícipes de la sucesión.

El texto debe llevarnos en primer lugar a identificar quiénes son esas personas frente a las cuales el causante estaría obligado a servir alimentos.

## 2.1. ACREEDORES ALIMENTARIOS

A tales efectos será necesario recurrir a los textos legales correspondientes, que son los que refieren a alimentos en el propio Código Civil (artículos 116 y siguientes) y también al Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), que ha creado nuevas personas obligadas a servir alimentos cuando estos fueran debidos a menores de edad o a quienes, mayores de edad, tengan menos de 21 años y no puedan solventar sus necesidades (artículo 51).

Entre los nuevos obligados a servir alimentos, el CNA trata el caso del cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto convivan con el beneficiario (artículo 51.2) y el concubino respecto a los hijos exclusivos de su pareja cuando convivan conformando una familia de hecho (artículo 51.3).

También debemos tener en cuenta la ley 18246, que crea la unión concubinaria y confiere derecho alimentario a personas unidas en tal tipo de unión; derecho con características particulares en la medida en que, sin dejar de tener en cuenta la necesidad de quien requiere los alimentos y la posibilidad de su prestación por el obligado a ello, limita tal derecho por un período que no podrá ser superior al de la convivencia habida entre el fallecido y su concubino supérstite.

Al tratar la asignación forzosa de alimentos se ha discutido si el reconocimiento de estos en cuanto asignación forzosa se origina con la demanda de alimentos, con la notificación de dicha demanda o con la sentencia que los declare.

El codificador se refiere a su *exigibilidad previa* a la muerte del causante, como surge del artículo 871 CC, lo que debe llevarnos a tener en cuenta la situación del posible acreedor de alimentos, tema vinculado además a que el causante fuera la persona a la que en vida podía recurrir para solicitarlos.

Entendemos que ello no debe llevarnos a confundir tal requisito con lo dispuesto en el artículo 48 del CNA, que a texto expreso dice lo que ya la doctrina y la jurisprudencia habían aceptado: que los alimentos se deben desde la interposición de la demanda.

Si bien se deben desde la interposición de la demanda, previamente es necesario tener en cuenta su exigibilidad, que estará dada, como decimos, por la necesidad de quien los pide y por la posibilidad de aquel a quien se los piden, debiendo el obligado ser la persona indicada para servirlos.

## 2.2. CUANTÍA DE LOS ALIMENTOS

La cuantía de los alimentos —que, como dice el artículo 871 CC, gravarán la masa hereditaria— deberá calcularse teniendo en cuenta, en cada caso concreto, la proximidad

del vínculo familiar entre quienes demanden los alimentos y la persona obligada, ya que, ciertamente, cuanto más próximo es el grado que une a acreedor y deudor, mayor será el deber alimentario.

Existe la posibilidad, como dice el artículo 872 CC, de que estos puedan ser rebajados si fueran desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo.

En el caso, por ejemplo, de que en vida el causante sirviera alimentos a su ex cónyuge por aplicación del artículo 183 CC, calculados aquellos por la actividad desarrollada por el obligado, a la muerte de este tales alimentos seguramente serán rebajados, al igual que lo habrían sido si en vida del obligado su situación económica se hubiera deteriorado (artículo 123 CC y artículo 155 CNA).

En definitiva, el cálculo de la suma que grave la masa hereditaria dependerá de múltiples factores a tener en cuenta: edad y salud del alimentario, período de vigencia de tales alimentos (como en el caso del concubinato), etcétera.

A la muerte del obligado a los alimentos, puede suceder que sus herederos y el acreedor lleguen a un acuerdo sobre el monto y la forma de servirlos.

Es importante recordar lo que ha enseñado VAZ FERREIRA<sup>1</sup> en cuanto a que la naturaleza de los alimentos varía cuando se trata de ellos como asignación forzosa. Cuando se reclaman los alimentos en vida, y en la medida en que tales alimentos entrañan un derecho a la vida, vinculante entre los integrantes de la familia, aquellos tienen naturaleza extrapatrimonial, lo que impide que el derecho en cuanto tal sea negociable, sin perjuicio de que puedan acordarse el monto, la forma de pago, etcétera (se acepta que en principio se satisfagan mediante dinero, pero sin descartar otras formas de hacerlo; por ejemplo, proporcionando vivienda o surtido de alimentos, según la situación).

También se ha propuesto el ejemplo del acreedor alimentario que asaltado perdiera el dinero recibido por tal concepto, y se ha aceptado que ello no le impedirá reclamar nuevamente el pago al deudor, quien deberá cumplir con la reclamación si está en condiciones de hacerlo.

A la muerte del deudor alimentario el deber alimentario se patrimonializa, y entendemos por lo tanto que no será aceptable igual respuesta que para las situaciones mencionadas.

Cuando muere el familiar que debe alimentos nos encontramos frente una deuda que deben pagar los herederos de aquel, y creemos por lo tanto que si se llegara a un acuerdo por

---

<sup>1</sup> Eduardo VAZ FERREIRA, *Tratado de las sucesiones*, tomo II, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993 (1967).

el cual, haciendo el cálculo adecuado, se conviniera una suma de dinero, la entrega de esta daría lugar a la extinción de la obligación.

En vida de acreedor y deudor, ese acuerdo no ha impedido formular una nueva reclamación si por circunstancias especiales y nuevas necesidades del acreedor la suma recibida fuera insuficiente para cubrir dichas necesidades, tras probar tales extremos.

Esto es así habida cuenta de la naturaleza extrapatrimonial de los alimentos, que, como decimos, entrañan el derecho a la vida, derecho que en el caso de los alimentos legales se fundamenta, según CICU, en un superior interés familiar-público, que al día de hoy mencionamos como *principio de solidaridad familiar*.

Es interesante tener en cuenta lo que al respecto ha dicho HUSSAREK, mencionado por Giorgio Bo,<sup>2</sup> en cuanto a que tanta es la influencia de los elementos morales que presiden el surgimiento de los vínculos alimentarios en el derecho de familia que esta obligación se configura no como una obligación patrimonial, sino como un deber familiar cuyo cumplimiento implica un sacrificio económico.

Cuando el obligado a servir los alimentos fallece, serán sus herederos, que pueden ser personas totalmente ajenas a la familia, quienes deberán cumplir con el deber alimentario reclamable al causante.

La naturaleza extrapatrimonial que tenía la obligación alimentaria desaparece con la muerte del alimentante, y sus sucesores quedan obligados a su vez a cumplir con lo que ahora es una deuda en sí misma, sin las características morales a las que hace mención HUSSAREK.

La peculiaridad de la deuda de alimentos en cuanto asignación forzosa pierde, a nuestro entender, los elementos que la identificaban cuando vivían acreedor y deudor, una de cuyas características especiales era el que pudiera modificarse según variaran las situaciones de acreedor y deudor.

Acá tenemos una norma especial, como es la del artículo 872 CC, que prevé la posibilidad de rebajar los alimentos pero no la posibilidad de aumentarlos, con lo que el codificador quita uno de los elementos identificatorios de la obligación alimentaria que aparece tanto en el artículo 123 del Código Civil como en el 58 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

En definitiva, entendemos que, fijados los alimentos de acuerdo a las circunstancias del caso, ya sea por acuerdo o por sentencia judicial, su cumplimiento significa la extinción de la obligación.

En tal caso, a diferencia de lo que mencionamos para cuando están vivos acreedor y deudor, el cambio de situación no permitiría reclamar nuevamente los alimentos, y ello,

<sup>2</sup> Giorgio Bo: *Il diritto degli alimenti*, Milán: Giuffrè, 1935.

entendemos, debido a la naturaleza patrimonial de la obligación que ahora vincula a los herederos del obligado con los reclamantes de alimentos.

Tal naturaleza patrimonial, a nuestro parecer, debe llevar a entender inaplicables a tales alimentos los caracteres mencionados en los artículos 124 y siguientes del Código Civil, reiterados en el artículo 52 del Código de la Niñez y la Adolescencia, en lo referido a que son imprescriptibles e inembargables.

### 3.

---

## PORCIÓN CONYUGAL

Entre las asignaciones forzosas mencionadas en el artículo 870 CC se encuentra la porción conyugal, regulada a su vez en los artículos 874 y siguientes de dicho cuerpo normativo. Mucho ha discutido la doctrina sobre la naturaleza jurídica de este derecho.

### 3.1. NATURALEZA JURÍDICA

Por nuestra parte entendemos que el codificador definió la porción conyugal en el artículo 874 CC en forma tal que ha dado lugar a las cavilaciones y dudas de la doctrina sobre su naturaleza jurídica.

Ciertamente, si uno tiene en cuenta lo dispuesto en dicha definición y en los dos artículos siguientes, puede pensar razonablemente que la porción conyugal tiene naturaleza alimentaria.

La terminología empleada por el codificador puede llevarnos a asociar la noción de *porción conyugal* con el concepto de *alimentos* a que refieren tanto el Código Civil como el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Dice el artículo 874 CC:

La porción conyugal es aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación.

El artículo 877 a su vez dice:

El cónyuge sobreviviente que, al tiempo de fallecer el otro cónyuge, no tuvo derecho a porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en pobreza.

Estos dos artículos refieren a situaciones claramente vinculadas a los alimentos, como es la referencia del artículo 874 cuando habla de “congrua sustentación” (a semejanza de lo dispuesto en el artículo 183, cuando refiere a la obligación del marido de “contribuir a la congrua y decente sustentación de la mujer no culpable”), mientras que el 877 refiere a la pobreza, elemento tenido en cuenta en materia de alimentos.

Pero si el intérprete prosigue estudiando los restantes artículos referidos a la porción conyugal, especialmente el artículo 881, referido al cálculo de esa parte, y el 883, referido a la responsabilidad del cónyuge porcionero, deberá desechar entonces la teoría que confiere a la porción conyugal naturaleza alimentaria.

Ello es así pues tanto en el caso en que el monto de la porción conyugal tenga el mismo contenido que el de la legítima rigurosa de un hijo, como surge del artículo 881, o ascienda a una cuarta parte de los bienes del causante, evidentemente no estamos frente a un caso de pobreza, sino que la porción conyugal puede ser elevadísima, lo que no armoniza con su definición.

Una objeción importante surge del artículo 883, en cuanto dispone que lo que perciba el viudo o viuda a título de porción conyugal solo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios, pues en principio no puede aceptarse que quien recibe alimentos sea responsable por las deudas del alimentante.

En realidad, lo que el sobreviviente reciba por porción conyugal estará vinculado a las deudas del causante, en la medida en que se calculará en el primer orden de llamamiento sobre el acervo líquido (las deudas del causante son una deducción para llegar a dicho acervo) o fuera del primer orden sobre el acervo semilíquido (también las deudas hereditarias son una deducción previa al cálculo de la porción conyugal y del acervo líquido).

La responsabilidad que refiere el artículo 883 sería, por ejemplo, para el caso de que aparecieran nuevos acreedores con créditos insatisfechos. En ese caso tales acreedores deberán accionar contra los herederos, subsidiariamente contra los legatarios y también contra el porcionero que percibió su porción conyugal, ya que el artículo 883 asimila su responsabilidad a la de los legatarios, y si aceptamos su naturaleza alimentaria no parece adecuado admitir tal responsabilidad.

En sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2.º Turno<sup>3</sup> en 1969 se acepta la naturaleza alimentaria de la porción conyugal, y también en sentencia dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4.º Turno<sup>4</sup> en 1960.

<sup>3</sup> FLEURQUIN, ESPÍNOLA y DUBRA, en *La Justicia Uruguaya*, c. 7086.

<sup>4</sup> Guido BERRO ORIBE, en *La Justicia Uruguaya*, c. 527.

Contra esta interpretación referida a la naturaleza de la porción conyugal encontramos otras, una de las cuales acepta naturaleza hereditaria y otra cuyo principal y actual exponente ha sido VAZ FERREIRA,<sup>5</sup> también aceptada por AREZO,<sup>6</sup> que entiende que se trata de un legado originado en la voluntad del legislador, de un legado legal.

Quienes reclaman naturaleza hereditaria para la porción conyugal se han basado en lo dispuesto en el artículo 874 y en el 881, al vincular el concepto de porción conyugal con el constituir “parte del patrimonio” del cónyuge premuerto o decir que es “la cuarta parte” de los bienes del difunto, conceptos que se asocian a la calidad hereditaria.

Se ha refutado esta posición especialmente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 883 CC, cuando el codificador equipara la responsabilidad del porcionero a la responsabilidad subsidiaria de los legatarios, alegándose que lo que identifica la calidad de heredero es su responsabilidad directa por las deudas hereditarias, mientras que en este artículo se le confiere una responsabilidad que no condice con la naturaleza hereditaria de tal derecho.

En definitiva, aceptando la calidad de legatario legal del cónyuge sobreviviente, su derecho lo adquiere derivado de la ley, que le confiere un derecho de crédito frente a los herederos, como es el caso de los legatarios (salvo el caso especial de legatario de cosa cierta, como dice el artículo 938 CC), pero su derecho debe hacerse efectivo sobre bienes hereditarios.<sup>7</sup>

De aceptarse su naturaleza alimentaria, los herederos deberían satisfacer la porción conyugal, ya fuera con bienes hereditarios o no.

Si se le reconociera tal naturaleza, el porcionero se transformaría en coheredero con los restantes herederos del causante, con todas las consecuencias derivadas de ello, y debería intervenir en la partición como coheredero partiente, y mientras la partición no tuviera lugar debería administrar los bienes hereditarios conjuntamente con los herederos, etcétera.

De las sentencias referidas uno puede apreciar la importancia que ejerce la doctrina sobre la jurisprudencia, pues aquellas que le reconocen naturaleza de legado legal corresponden a una época en la que ya la posición de VAZ FERREIRA, catedrático y profesor emérito de la Facultad de Derecho, se había afianzado fuertemente.

---

<sup>5</sup> VAZ FERREIRA, o. cit. (nota 1).

<sup>6</sup> Enrique AREZO, *Porción conyugal*, AEU, 1978.

<sup>7</sup> VIÑA DE PRIGUE, PIANITZA y TOBIÁS, TAF 2.º, en *La Justicia Uruguaya* c. 13069, 1996.

Así podemos mencionar, además de la ya referida sentencia, la dictada por el Tribunal de Familia de 1.<sup>er</sup> Turno en 1988,<sup>8</sup> que aceptó por mayoría la posición de VAZ FERREIRA luego del año 2006<sup>9</sup> y posteriormente en el año 2007.<sup>10</sup>

En nuestro derecho vemos que al cónyuge supérstite se le confiere la mencionada calidad de asignatario forzoso, sin perjuicio de que en el segundo orden de llamamiento se le confiera también la simple calidad de heredero. La situación del cónyuge con derecho a la porción conyugal en cuanto asignación forzosa ha tenido su origen en el derecho chileno, seguido por el colombiano<sup>11</sup>, pero actualmente ha desaparecido en Chile, como consecuencia de la reforma prevista por la ley 19585.

Sobre ello ha mencionado René RAMOS PAZOS<sup>12</sup> que han sido grandes los problemas originados en el tema *porción conyugal* en Chile, los cuales prácticamente llevaban a que tal derecho no se hiciera efectivo por requerirse que el cónyuge no tuviera bienes, por lo que acepta con beneplácito que se haya suprimido la porción conyugal. En definitiva, según el autor mencionado, ahora también en Chile al cónyuge supérstite se le reconoce la calidad de legitimario.

Si mencionamos otros ordenamientos jurídicos podemos ver que al cónyuge supérstite se le ha reconocido calidad de legitimario, como por ejemplo en Argentina (artículos 3592 y 3570 CC) —incluso en la sucesión de los suegros, se le confiere derecho a la nuera viuda sin hijos por el artículo 3576 *bis*, derecho que ZANNONI<sup>13</sup> entiende que no le confiere la calidad de heredera—, o en Italia, que en el capítulo X del título I del Libro Segundo incluye al cónyuge al tratar a los legitimarios, con una reserva que varía según concorra con hijos o ascendientes del causante.

En realidad creemos poder afirmar que, si bien en nuestro ordenamiento jurídico la porción conyugal es una asignación forzosa, ella está condicionada a la situación económica del cónyuge supérstite, a diferencia, por ejemplo, de las legítimas, que no aparecen condicionadas (sin perjuicio de que el legitimario pueda perder su calidad de tal mediante la desheredación, pero no está condicionado el derecho en cuanto tal).

---

<sup>8</sup> BRITO DEL PINO, FERNÁNDEZ REY y VARELA DE MOTTA, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

<sup>9</sup> MONSERRAT, BACCELLI y MAGGI, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* t. XXXVII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

<sup>10</sup> BACCELLI, MAGGI y MONSERRAT, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXVIII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

<sup>11</sup> Augusto FERRERO, *Tratado de Derecho de sucesiones*, Lima: Grijley, 2002.

<sup>12</sup> René RAMOS PAZOS, en *Revista de Derecho*, vol. X, Valdivia, diciembre de 1999.

<sup>13</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Manual de Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires: Astrea, 1997.

Decimos que el derecho a la porción conyugal está condicionado —o, como se ha dicho en alguna sentencia, el derecho del porcionero es un derecho eventual— pues de los artículos 875 y siguientes se desprende que si el sobreviviente tuviera bienes de cualquier origen, tales bienes se imputarán a la porción conyugal; por lo tanto, si aquellos excedieran el valor de la porción conyugal, este derecho no nacería.

Le quedaría al sobreviviente la opción de abandonar todos sus bienes para poder reclamar la porción conyugal que le correspondiera, pero, como vimos, el nacimiento del derecho en sí está condicionado a la situación económica del cónyuge supérstite.

Esto sin perjuicio de que el cónyuge testador pueda disponer expresamente la acumulación de la porción conyugal a la libre disposición,<sup>14</sup> lo cual se acepta en sentencia que recoge la posición de VAZ FERREIRA al respecto.

Como vemos, nuestro legislador no le ha conferido la calidad de legitimario al cónyuge supérstite; a nuestro entender ha privilegiado los derechos de los legitimarios y nos parece refutable la posición que busca proteger los derechos del cónyuge supérstite de la misma forma que lo ha hecho para proteger los derechos de los legitimarios.

Hemos visto que los derechos de los legitimarios no aparecen supeditados a su situación económica como sucede en el caso de la porción conyugal, que puede dar lugar a que el cónyuge supérstite no pueda reclamar tal derecho cuando sus bienes exceden el monto de esa porción.

Podemos también ver que, en la misma medida en que la porción conyugal no tiene naturaleza hereditaria, tampoco asume como los legitimarios (nos referimos específicamente a estos en calidad de asignatarios forzosos) la responsabilidad por las deudas del causante, ya que su responsabilidad es subsidiaria.

Marcamos específicamente estas diferencias a la hora de aceptar o rechazar que las donaciones que hubiera hecho en vida el causante puedan afectar al cónyuge porcionero en forma igual a como lo afectarían los derechos de los legitimarios.

### 3.2. PORCIÓN CONYUGAL Y DONACIONES

Ciertamente, cuando el codificador en el artículo 1639 previó la posibilidad de que los legitimarios pudieran accionar por reducción de donaciones, lo hizo tomando en cuenta solamente a los *herederos forzosos*, incluso mencionándolos en negrita con la finalidad de limitar los beneficiarios.

<sup>14</sup> PIANITZA Y VIÑA DE PRIGUE, TAF 2.º, en *La Justicia Uruguaya*, c. 12896, 1995.

El hecho de que la porción conyugal, en el primer orden de llamamiento, tuviera un contenido igual al de un hijo (artículo 881 CC) lleva a que en los hechos, calculada la porción legitimaria sobre el acervo imaginario (artículo 889 CC), el cónyuge se vea beneficiado por la conformación de tal acervo imaginario.

De todos modos el codificador ha marcado la diferencia entre el contenido de lo que reciba un hijo y el contenido patrimonial de la porción conyugal, ya que de acuerdo al artículo 883 CC esta no acrece, como sucede con las legítimas, ni tampoco se le confiere la calidad de intangible, como se les reconoce a las legítimas en el artículo 894 CC.

Entendemos que, cuando permitió la conformación del acervo imaginario agregando el valor de las donaciones que en cualquier momento hubiera hecho el causante al acervo líquido, atando así el valor de las legítimas al valor del acervo líquido aumentado por dichas donaciones, el codificador dictó una norma extraordinaria, aplicable solamente a las situaciones previstas a texto expreso.

Ha protegido en una forma inusitada y excesiva los derechos de los legitimarios, limitando la libertad del causante —en definitiva, sancionando su generosidad sin limitación en el tiempo—, con lo que ha creado también una dificultad para el tráfico de los bienes, ya que los donatarios están expuestos a la reducción de las donaciones.

Esto trae como consecuencia que muchas veces el negocio jurídico *donación* se disfraza con un ropaje jurídico diferente. Es decir que, por ejemplo, si una persona soltera, con bienes suficientes como para hacer donaciones actuando generosamente, al cabo de 20 o 25 años tiene hijos, estos a su fallecimiento puedan pretender reducir las donaciones que el causante hubiera hecho.

Entendemos que esto es exorbitante, como surge de los artículos 889 y 1639 CC.

La excepcionalidad del derecho acordado a los legitimarios, a nuestro parecer, no es extensible al caso de la porción conyugal.

El cónyuge porcionero queda beneficiado con dichas donaciones como consecuencia de que *la porción conyugal está atada al cálculo de las legítimas en el primer orden de llamamiento*, pero no como consecuencia de un reconocimiento especial conferido por el codificador.

En realidad, el codificador le permitió accionar solamente a los efectos de obtener la reforma del testamento, como surge del artículo 1010 CC.

En definitiva, cuando comparamos los derechos conferidos por el codificador a los distintos asignatarios forzosos, surge clara la prioridad que el codificador ha dado a las legítimas, criterio este que entendemos deberá tenerse en cuenta cuando en algún caso concreto existan tensiones entre las asignaciones forzosas.

Reiteramos, luego de mucho cavilar sobre el punto, que una especialísima acción como lo es la de reducción de las donaciones no puede extenderse más allá de aquellos a quienes excepcionalmente el codificador ha legitimado para ello.

A nuestro entender, el codificador ya protegió suficientemente al cónyuge supérstite cuando en el primer orden de llamamiento lo igualó en el contenido de la porción conyugal a la legítima rigurosa de un hijo.

También en el segundo orden de llamamiento lo protegió, en desmedro de los derechos de los restantes herederos previstos en el artículo 1026 CC, cuando, de acuerdo al artículo 1043, el contenido de la porción conyugal se calcula antes que el de los herederos forzosos (ascendientes legítimos), con lo que la legítima de estos queda disminuida por el cálculo previo de la porción conyugal.

Y más aún: le confirió al cónyuge supérstite la opción de suceder como heredero o recibir como porcionero.

Parece desmedido pretender que todavía pueda limitar la libre disposición de los bienes que el causante haya hecho en vida a título gratuito, limitación que se les confiere exclusivamente a los herederos forzosos en el mencionado artículo 1639 CC y que, por otra parte, también entendemos excesiva al no tener límite en el tiempo (límite que sí establece el Código argentino en el artículo 1832, que toma en cuenta los herederos forzosos existentes en el momento de hacer la donación para legitimarlos a promover la reducción de las donaciones).

A los derechos expresados, el legislador les ha conferido el derecho de habitación al que nos referiremos a continuación.

## 4.

### DERECHO DE HABITACIÓN

También el derecho de habitación concedido al cónyuge supérstite por la ley 16081 aparece ligado a las asignaciones forzosas, y específicamente a la porción conyugal, como surge de la redacción actual.

El texto mencionado dispone que si luego de pagadas las deudas de la sucesión quedara en el patrimonio de esta un inmueble, urbano o rural, destinado a vivienda o que hubiera constituido el hogar conyugal, ya fuera propiedad del causante, ganancial o común

del matrimonio, y concurrieran otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá el derecho real de habitación en forma vitalicia.

Tal redacción impide, a nuestro juicio, resolver sobre la discusión que refiere FERRERO<sup>15</sup> y también ZANNONI,<sup>16</sup> sobre si el inmueble en sí integraba el acervo sucesorio o solamente lo hacía el valor de la nuda propiedad.

Por esta ley, al cónyuge supérstite se le atribuye un derecho específico que es el derecho de habitación sobre el inmueble que hubiera sido el asiento del hogar conyugal, y atado a este el derecho gratuito de uso de los muebles que equiparan dicho inmueble.

Pero nos parece claro que el bien en su totalidad integra el acervo sucesorio, y que el derecho del cónyuge supérstite está atado al previo pago de las deudas hereditarias, las que afectan el cúmulo hereditario.

#### 4.1. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE HABITACIÓN

A la ley mencionada podemos reprocharle la falta de claridad sobre el fundamento del derecho de habitación, pues, a diferencia de lo establecido en otros ordenamientos jurídicos, como el argentino (excepto en Perú, donde tampoco hay limitación al valor del bien),<sup>17</sup> en el nuestro el inmueble sobre el que recae el derecho de habitación puede tener un valor muy elevado.

En el derecho argentino, del artículo 3573 *bis* del Código Civil surge que el mencionado derecho de habitación está limitado por el valor atribuido al bien de familia, pero en el derecho italiano no encontramos norma referida al valor máximo (redacción actual del artículo 540 del Código Civil).

En el Senado se fundamentó el derecho referido alegando que, cuando fallecía una persona, su cónyuge supérstite, que había vivido junto a ella y contribuido a la obtención de la vivienda, quedaba a expensas de los hijos ingratos, que lo llevaban a una situación de desamparo.

Sin embargo, nada de eso resulta importante para el legislador, según se advierte en la redacción de la ley, que por un lado da lugar a que se interprete que se ha querido proteger el valor afectivo del bien, sin tener en cuenta su valor económico.

Pero por otro lado ese punto pierde relevancia habida cuenta de los exiguos plazos de duración del matrimonio requeridos por la ley (881.5 881.6 CC), y también que si el

<sup>15</sup> FERRERO, o. cit. (nota II).

<sup>16</sup> ZANNONI, o. cit. (nota 13).

<sup>17</sup> FERRERO, o. cit. (nota II).

sobreviviente tiene otro inmueble propio, apto para vivienda, similar al que hubiera sido el hogar conyugal, en tal caso el derecho no nace (artículo 887.7).

Como vemos, si la idea que originó el derecho fue proteger al viudo o la viuda que había colaborado con su cónyuge en obtener los bienes y que corría el riesgo de quedar desprotegido por sus hijos ingratos, ella no fue de ninguna manera reflejada en los ambiguos textos, de los que por otro lado surge que el supérstite puede ser una persona de gran fortuna, pero en la medida en que no tenga otro inmueble similar al que fue el asiento del hogar conyugal puede reclamar el derecho de habitación conferido por la ley 16081.

Llama la atención lo exiguo del plazo de duración del matrimonio, aun cuando se tuviera en cuenta un concubinato previo, lo que en definitiva lleva de todos modos a la necesidad de contemplar tales plazos: dos años en un caso y 30 días en otros, lo que se presta a abusos de quien con el propósito de beneficiarse con tal derecho induzca al matrimonio a alguien de edad avanzada.

(Al respecto es interesante lo dispuesto en el artículo 3573 del Código Civil argentino, que no confiere los derechos sucesorios mencionados en artículos anteriores al caso en que uno de los esposos estuviera enfermo y falleciera de tal enfermedad dentro de los 30 días del matrimonio, salvo que este se hubiera celebrado para regularizar una situación de hecho.)

En síntesis, la ley requiere (artículo 881.1 CC) que si luego de pagadas las deudas de la sucesión quedara en el patrimonio de esta un inmueble urbano o rural destinado a vivienda que hubiera constituido el hogar conyugal, el cónyuge supérstite tendrá el derecho de habitación sobre él, derecho que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 541 es gratuito, lo que hace innecesario que en el artículo 881.1 se establezca su gratuidad.

El derecho referido está acompañado del derecho de uso, vitalicio y gratuito, sobre los muebles que equiparan el inmueble.

El inmueble referido puede ser propio del causante, ganancial o común con el supérstite, y lo mismo en lo referido a los muebles.

#### **4.2. VALOR E IMPUTACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN**

Un tema muy complejo es el referido a la evaluación del derecho de habitación, que de acuerdo con VAZ FERREIRA<sup>18</sup> tendrá como punto de partida el cálculo de la renta que podría producir el precio de los bienes sobre los que recaen los derechos de habitación y

---

<sup>18</sup> VAZ FERREIRA, o. cit. (nota 1).

uso. Luego de ello deberá determinarse el tiempo probable de vida del cónyuge supérstite y finalmente calcular el valor capitalizado de dicha renta.

Entendemos que parece acertado tener en cuenta el alquiler que podría obtenerse por la vivienda, y esa suma anual aplicarla a los posibles años de vida del supérstite (ello supeditado a su edad y salud), sin perjuicio de tener en cuenta también la posible inflación.

Si el inmueble no estuviera afectado por el derecho de habitación los herederos podrían alquilar dicha vivienda, y a nuestro entender ello sería un punto de partida ajustado a cada situación.

La importancia de determinar el valor del derecho de habitación aparece específicamente identificada en el artículo 881 del Código Civil, incisos 4,5 y 6, los cuales determinan el régimen de imputación de tal derecho al acervo sucesorio.

Tal acervo será en definitiva el acervo líquido logrado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1043 CC, o sea, el acervo bruto afectado por las deducciones mencionadas en ese texto legal.

Dicho acervo estará entonces afectado por las asignaciones forzosas mencionadas, o sea, por los alimentos familiares referidos en el artículo 871 CC, y por la porción conyugal, que en definitiva y según el orden de llamamiento tendrá un contenido patrimonial igual al de la legítima rigorosa del hijo (artículo 883 CC), o fuera del primer orden de llamamiento será la cuarta parte del acervo semilíquido (como ha aceptado la doctrina).

La especial vinculación del derecho de habitación a la porción conyugal deriva de que si luego de calculado el valor del derecho de habitación, y debiendo imputárselo a la libre disposición, el derecho de habitación excediera el monto de la libre disposición, por el exceso se hará la imputación a la porción conyugal.

De ello puede derivar que el supérstite mantenga su derecho de habitación pero no pueda hacer efectiva la porción conyugal en su totalidad sino en una parte, y si hecha tal imputación existiera aún un sobrante de valor, la imputación se hará a la porción legitimaria.

Si los legitimarios fueran hijos comunes del causante y del cónyuge supérstite, puede suceder que tales hijos no reciban nada o reciban muy poco, y ello cuando el valor del derecho de habitación fuera extremadamente elevado, como sería el caso de un cónyuge supérstite muy joven y con muy buena salud.

Si los hijos fueran del causante y una tercera persona, o se tratara de legitimarios fuera del primer orden de llamamiento, como es el caso de los ascendientes legítimos (artículo 885), en tal situación la imputación no puede exceder de la mitad de las respectivas legítimas.

Finalmente, es del caso señalar que el propio legislador identificó la naturaleza jurídica de los derechos en estudio, ya que en el artículo 881.9 CC dispuso que el cónyuge supérstite se considerará legatario legal de los derechos reales recibidos, con la responsabilidad que a estos les es propia.

En tal caso debe recordarse, habida cuenta de la terminología empleada por el codificador al tratar los legados (lo que ha llevado a que los legatarios se entiendan acreedores por sus derechos), que cuando se trata de un legado de especie cierta el legatario adquiere la propiedad del bien por el modo sucesión, y será el heredero quien le conferirá la correspondiente posesión (artículos 937 y 938 CC).

Esto creemos que es importante tenerlo en cuenta porque si, por ejemplo, el causante hubiera dispuesto de sus bienes por múltiples legados y no existieran bienes suficientes para satisfacerlos todos, de acuerdo al artículo 940 se sacarán en primer lugar los de especie cierta. En tal caso tendría prelación el derecho referido, pero no solamente por ello, sino porque la propia ley se la ha dado, en la medida en que lo supedita a que queden bienes luego de pagadas las deudas hereditarias, y los legados no constituyen deudas hereditarias sino cargas sucesorias, o sea que nacen luego de la muerte del causante.

Dichas cargas estarán originadas en la voluntad del causante cuando testa haciendo legados, o en la voluntad del legislador que explícitamente en lo referido al derecho de habitación dispone que el cónyuge supérstite se considerará legatario legal de los derechos reales recibidos (habitación y uso de los muebles que hayan equipado el inmueble).

### 4.3. CONCUBINATO Y DERECHO DE HABITACIÓN

Es del caso mencionar que la ley 18246, referida a la unión concubinaria, atribuyó el derecho de habitación al concubino supérstite (reconocida la unión concubinaria de acuerdo a las exigencias de la ley), pero con un sentido mucho más claro y preciso que cuando legisló el derecho de habitación del cónyuge supérstite.

Efectivamente, se lo concedió al concubino que hubiera convivido en concubinato con el causante los últimos diez años, en forma ininterrumpida, que tuviera más de 60 años de edad y que *careciera de medios propios suficientes para asegurarse su vivienda* (artículo 11 de la ley).

El bien debía ser propio del fallecido o común con el concubino supérstite.

También se aceptó que el valor se imputara en primer lugar a la libre disposición (lo que puede dar lugar a no cumplir con las disposiciones testamentarias concernientes a la

libre disposición) y por el remanente a las legítimas de los descendientes comunes del fallecido y el concubino supérstite, sin poder afectarse las legítimas de otros herederos forzosos ni otras asignaciones forzosas.

Es decir que en este caso el propio legislador reguló el tema de las tensiones posibles entre asignatarios forzosos, llevando a alterar las legítimas de los descendientes comunes mencionados, pero no permitiendo que fueran alteradas las legítimas de otros legitimarios u otras asignaciones forzosas, como sería por ejemplo el caso del concubino que falleciera casado, en cuyo caso no podría ser afectada la porción conyugal del cónyuge supérstite por el derecho de habitación conferido al concubino sobreviviente.

También debemos tener en cuenta, como ya se ha mencionado, que el concubino supérstite puede tener derecho a alimentos en tanto asignaciones forzosas en caso de fallecimiento del otro integrante de la pareja.

En esas situaciones entendemos que el concubino supérstite deberá optar entre el derecho de habitación o el derecho a los alimentos, los que a su vez estarán condicionados al tiempo de convivencia. Si la convivencia y la edad le permiten acceder al derecho de habitación, presumiblemente le convendrá optar por tal derecho, pues, a nuestro entender, aunque el tiempo de convivencia fuera elevado, los alimentos no pueden afectar los derechos de los legitimarios, como surge del artículo 872, cuando admite la rebaja de los alimentos que fueran desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo.

En realidad todo dependerá de las fuerzas de la herencia, pues si se tratara de cuantiosos bienes hereditarios se podrían satisfacer los derechos de todos los asignatarios forzosos.

Respecto al cálculo del contenido patrimonial del derecho de habitación, habida cuenta de que el concubino beneficiario del derecho de habitación (y uso de los muebles que equipen el inmueble) se concederá a quien tenga más de 60 años, entendemos que en principio será más fácil el cálculo de tales derechos.

Los alimentos del concubino podrán estar a su vez condicionados a los posibles alimentos que hubiera estado sirviendo el fallecido a su ex esposa, de acuerdo al artículo 183 CC, que exige que sea mujer quien percibe los alimentos especiales referidos en el inciso primero del artículo mencionado.

En tal caso entendemos que se resolverá por acuerdo o por sentencia judicial la determinación del monto de los alimentos que pudieran corresponder al concubino supérstite y a la ex cónyuge.

Ahora bien, dado un bosquejo general de las asignaciones forzosas mencionadas, es del caso tener en cuenta que serán los herederos quienes deberán satisfacer los derechos referidos, y es posible que tales herederos sean a su vez asignatarios forzosos, como sucede en el primer y segundo orden de llamamiento, y pueden ser herederos tanto intestados como testamentarios, ajenos totalmente a la calidad de legitimarios.

## 5. LEGÍTIMAS

Como hemos señalado, si uno compara todas las asignaciones forzosas referidas por el codificador y las acciones específicamente conferidas a tales asignatarios forzosos, creemos que claramente surge la predilección del codificador por los legitimarios y los derechos a ellos conferidos.

VALLET DE GOYTISOLO,<sup>19</sup> al tratar las diferentes posiciones respecto a la libertad de disponer de los bienes, menciona entre varios autores a PUY MUÑOZ, quien partiendo de las tendencias fundamentales del hombre a ser sujeto de memoria, de sucesión, de tradición, de entrega y reentrega, y sujeto de creación, de penetración, de trabajo, de aportación y de invención, deduce que son derechos naturales de la persona humana: a) el derecho a la tradición, a la entrega, al aprovechamiento del pasado, a ser sujeto activo y pasivo de sucesión, y b) el derecho a la creación, al progreso, a la determinación del futuro, a ser sujeto activo y pasivo de trabajo. Agrega que la racionalidad humana es lo que lleva a que el hombre deje a sus herederos una auténtica herencia y un capital acumulado en cultura de hechos adquiridos y de cosas apropiadas.

El derecho a la sucesión lo entiende como derecho a la tradición, a ser beneficiario de la labor de los antepasados en general, que considera consecuencia de la racionalidad del hombre.

Hemos entendido interesante recoger el pensamiento de PUY MUÑOZ por parecernos que refleja el sentir común de las personas.

Claro está que frente a ello debemos recordar la posición de quienes entienden que cuando una persona fallece sus bienes deben retornar al Estado, dado que es de allí de donde han surgido sus derechos, posición que no ha impedido, como señala VAZ FERREIRA, que en un sistema comunista se haya aceptado la trasmisión hereditaria de determinados derechos

---

<sup>19</sup> Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, "Las legítimas", en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, vol. LVIII, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974.

(como el de la vivienda) a determinadas personas, reconociendo en definitiva un derecho hereditario.

Nuestro codificador buscó, frente a posiciones encontradas al respecto, una respuesta equilibrada sobre los derechos enfrentados: o la posibilidad de disponer libremente de sus bienes o la de perder tal libertad, y estableció, como decimos, que el derecho a la libre disposición está atado a la presencia de determinados familiares.

Esto lo vemos en el artículo 1013 CC, cuando dice que para reglar la sucesión intestada la ley solo considera los vínculos de afecto y parentesco, no las prerrogativas de la línea, el sexo, la naturaleza o el origen de los bienes.

Nuestro codificador rechaza expresamente la vinculación de los bienes ya sea al mayorazgo (constitucionalmente rechazado) o a la pretensión que aún podemos encontrar en derecho comparado a que determinados bienes permanezcan en la familia en la cual se originaron.

De todos modos la declaración del artículo 1013 aparece posteriormente desarrollada en los artículos referidos al orden de llamamiento (1025 y siguientes), que identifican los herederos llamados por la ley, todos ellos parientes del difunto, salvo lo dispuesto por la ley 18246, que ingresa al concubino, quien como tal no es pariente, como posible heredero del concubino fallecido.

De tales herederos, el artículo 1085 menciona a los que les ha conferido la calidad de herederos legitimarios o herederos forzosos.

Del entramado de las distintas normas surge que los herederos forzosos tienen derecho a una parte de los bienes del causante, derecho del que solamente pueden verse privados por desheredación, como dispone el artículo 884 CC al decir que las legítimas son aquella parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos independientemente de la voluntad del testador, de la que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación.

### **5.1. NATURALEZA DE LAS LEGÍTIMAS**

La interrogante planteada por la doctrina respecto a la naturaleza de las legítimas, es decir, si la misma está atada a la calidad de heredero de sus beneficiarios o si su contenido está limitado a recibir bienes, independientemente de tal calidad de herederos de los legitimarios.

Que las legítimas están vinculadas a la calidad de heredero del legitimario, surge del artículo 1103 CC, que al tratar de la colación dispone que la donación hecha a título de legítima al que era entonces heredero forzoso se rescinde si este posteriormente dejó de serlo.

Aceptando, con la doctrina, que cuando un legitimario es beneficiado por una donación de su causante tal beneficio significa un adelanto de la herencia (salvo que el donante expresamente diga lo contrario), de ello surge que cuando pierde la calidad de heredero pierde también el anticipo de la herencia. Quiere decir que la legítima está atada a la calidad de heredero de quien tiene derecho a ella.

No sería entonces aceptable quitarle al heredero forzoso su calidad de tal contra su voluntad y concederle como contrapartida bienes en calidad de legatario.

Por otro lado, debemos reconocer que las legítimas son una parte de la herencia cuyo contenido patrimonial no puede ser vulnerado por voluntad del causante, y si así lo fuera, el codificador confirió a los herederos forzosos, a texto explícito, las acciones correspondientes, como lo son la acción de reforma del testamento (artículo 1007 CC) y la acción de reducción de las donaciones (artículo 1630 CC), así como la posibilidad de recurrir —al igual que a los herederos no legitimarios— a la acción de petición de herencia (artículo 677 CC) contra quien le desconozca su derecho hereditario.

Estas consideraciones generales las hacemos para buscar una respuesta a ciertas situaciones.

Cuando una persona fallece, sus herederos adquieren la propiedad y posesión de sus bienes, como dispone el artículo 1039 CC, que luego agrega algo fundamental: que estos deben soportar las deudas y cargas hereditarias.

Para conocer cuál es el contenido real del patrimonio hereditario que podrá beneficiar al heredero, o sea, para llegar a lo que el codificador denomina *acervo líquido*, deberá tenerse en cuenta a cuánto asciende este luego de cumplir con las deducciones mencionadas en el artículo 1043 CC.

Entre esas deducciones encontramos las derivadas de ciertas asignaciones forzosas, como los alimentos legales, la porción conyugal (esta última fuera del primer orden de llamamiento) y los derechos de habitación y uso conferidos por la ley 16081 al cónyuge supérstite.

## 5.2. POSIBLES CONFLICTOS DE DERECHOS

Si el heredero fuera un heredero forzoso podemos preguntarnos si es posible que las asignaciones forzosas sean de tal magnitud como para que el heredero forzoso no reciba bienes, sino que en definitiva se transforme en quien paga los alimentos y en quien paga la porción conyugal, aceptando que esta última tiene la naturaleza de un legado legal como actualmente lo admiten doctrina y jurisprudencia.

Esta primera pregunta la hacemos partiendo de la base de que no estamos en un primer orden de llamamiento, pues en tal caso la porción conyugal tendrá un contenido de igual valor a la legítima rigorosa de un hijo.

De todos modos, cualquiera fuera el orden de llamamiento, el acervo líquido estará condicionado por la asignación forzosa de alimentos.

No mencionamos las deudas hereditarias ni los gastos derivados del proceso judicial porque son inevitables.

En lo referido a la deuda de alimentos legales, creemos que ya el propio codificador, al admitir que aquellos puedan ser rebajados cuando sean desmesurados frente a las fuerzas de la herencia, como surge del artículo 872 CC, acepta que deben fijarse en suma tal que no afecte a las restantes asignaciones forzosas.

No parece razonable sacrificar especialmente las legítimas cuando, como decimos, ellas son las asignaciones forzosas que han merecido una especial protección del codificador.

Incluso cuando el legislador ha debido resolver la imputación del derecho de habitación (conferido muchas veces injustificadamente al cónyuge supérstite), ha llegado a sacrificar las legítimas en último caso.

Reiteramos que el derecho de habitación ha sido conferido muchas veces injustificadamente al supérstite, pues este puede ser una persona de gran solvencia económica, pero si entre sus bienes no tiene un inmueble similar al que fue asiento del hogar conyugal, puede reclamar el derecho de habitación.

Las breves referencias a las asignaciones forzosas claramente no constituyen un estudio en profundidad, sino que tienen por finalidad compararlas entre sí, como elemento que sirva de guía cuando aparezcan tensiones entre ellas.

Reiteramos entonces que, en la medida en que el codificador en el artículo 872 previó la reducción de los alimentos, ello a nuestro entender significa que, pese a tratarse de una asignación forzosa, debe calcularse en medida tal que no afecte las restantes.

Creemos también que si el derecho de habitación del cónyuge supérstite fuera muy elevado en su contenido patrimonial —por tratarse, por ejemplo, de una persona joven y saludable—, tal asignación forzosa no puede afectar el derecho de los legitimarios.

Tal vez los legitimarios sean hijos sin bienes, y el cónyuge supérstite tenga bienes pero no un inmueble propio apto para vivienda similar al que fue asiento del hogar conyugal, situación que, como hemos señalado, le permite reclamar el derecho real mencionado (artículo 881.7 CC).

Si suponemos, por ejemplo, que el causante ha dejado un bien y el cónyuge supérstite es joven y saludable, lo que llevará a que el derecho de habitación sea elevado, los posibles hijos necesitados del fallecido no pueden quedar relegados a lo que resulte de las imputaciones referidas en la ley 16081.

La interpretación piedeletrista del texto legal no lleva a un resultado razonable y equitativo de la ley, sino que arremete contra los derechos fundamentales de los herederos forzosos supérstites, que lo serán sus descendientes si nos encontramos en el primer orden de llamamiento, o sus ascendientes legítimos en el segundo orden de llamamiento, asignatarios forzosos preferidos por el codificador, como hemos mencionado.

Junto con lo expuesto en cuanto a los legitimarios, asignatarios forzosos preferidos, creemos que lo más importante es tener en cuenta que la situación expresada puede llevar a cercenar derechos fundamentales de tales herederos forzosos: puede dificultar el derecho a la educación si se trata de descendientes menores de edad o impedirles una vida digna, o puede llevar a cercenar derechos también fundamentales de los ascendientes herederos forzosos de avanzada edad del causante.

Hacemos esta interpretación siguiendo la posición de la doctrina actual en cuanto a que los textos deben interpretarse desde la Constitución, que reconoce tales derechos, y de acuerdo también a su artículo 72, que nos permite remitirnos a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Convención Americana de los Derechos Humanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al respecto mencionamos a KRUGER, citado por RISSO FERRAND:

Antes los derechos humanos solían valer en el ámbito de la ley, pero hoy las leyes solo valen en el ámbito de los derechos humanos.<sup>20</sup>

Entendemos, por lo tanto, que será necesario estudiar cada caso a los efectos de dar una respuesta equitativa que contemple los derechos de los distintos asignatarios forzosos, y que podrá llegar a denegarse el derecho de habitación, en hipótesis similares a la planteada, si este atentara contra los derechos fundamentales de los descendientes y de los ascendientes legitimarios.

Es también necesario recordar que el principio de solidaridad familiar no se compadece con una aplicación de la ley que llevaría en definitiva a cercenar derechos fundamentales de aquellos familiares *parientes* más cercanos del causante.

<sup>20</sup> Martín RISSO FERRAND, *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

Es del caso señalar que, tratándose de la unión concubinaria regulada por la ley 18246, el legislador ha reconocido el derecho de habitación al concubino que tenga más de 60 años de edad y que haya convivido en forma ininterrumpida con el fallecido durante los últimos 10 años, pero que carezca de medios propios suficientes para asegurarse la vivienda (artículo 11 de la ley 18246).

En tales casos, de acuerdo a la ley mencionada, el derecho de habitación conferido al concubino supérstite no puede afectar las legítimas de los hijos no comunes del fallecido, ni la porción conyugal del concubino que falleció siendo casado.

La situación planteada cuando nos referíamos al caso del derecho de habitación del cónyuge supérstite no se planteará en el caso del concubinato.

No será un concubino joven y saludable, y tal vez con bienes, pues los derechos reales menores mencionados están condicionados a la edad del concubino supérstite que carece de medios propios suficientes para asegurarse su vivienda.

Como vemos, en el caso del concubinato, el legislador optó por la intangibilidad de la legítima de los hijos no comunes del supérstite y el fallecido, y también por la protección de la porción conyugal del esposo supérstite del causante.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- AREZO, Enrique, *Porción conyugal*, AEU, 1978.
- BO, Giorgio, *Il diritto degli alimenti*, Milán: Giuffré, 1935.
- FERRERO, Augusto, *Tratado de derecho de sucesiones*, Lima: Grijley, 6.ª ed., 2002.
- IRURETA GOYENA, José (h), *Curso de Sucesiones. Asignaciones forzosas*, Montevideo: Medina, 1966
- RISSE FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, y Beatriz RAMOS, *Unión concubinaria*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 3.ª ed., 2008.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer”, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, tomo I, “Las legítimas”, vol. LVII, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974.
- VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las Sucesiones*, tomo II, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993 (1967).
- ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires: Astrea, 1997.

## JURISPRUDENCIA

- BERRO ORIBE, Guido, en *La Justicia Uruguaya* C.527.
- FLEURQUIN, ESPÍNOLA y DUBRA, en *La Justicia Uruguaya* C.7086.
- BACCELLI, MAGGI y MONSERRAT, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXVIII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- MONSERRAT, BACCELLI y MAGGI, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXVII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- BRITO DEL PINO, FERNÁNDEZ REY y VARELA DE MOTTA, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- PIANITZA y VIÑA DE PRIGUE, TAF 2.º, en *La Justicia Uruguaya* C.12896, 1995.
- VIÑA DE PRIGUE, PIANITZA y TOBÍAS, TAF 2.º, en *La Justicia Uruguaya* C.13069, 1996.

# INFORMACIÓN

---





# **Reglamento de la Revista de Derecho**

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY



1. **Objetivo.** La *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay es una publicación arbitrada anual, sin perjuicio de los números especiales que resuelva editar el Consejo de Redacción.
2. **Estructura.** Esta *Revista* se compone de tres secciones: a) una permanente de trabajos doctrinales inéditos arbitrados; b) otra de recensiones, y c) una tercera no permanente y variable en la que el Consejo de Redacción podrá disponer la inclusión de jurisprudencia o documentos de interés académico.
3. **Recepción de artículos.** Los artículos serán recibidos dentro de los plazos que establezca anualmente el Consejo de Redacción por la Secretaría de Redacción de la *Revista*, y deberán atenerse a las siguientes pautas:
  - 3.1. Serán entregados en medio magnético y una copia impresa. La copia impresa debe estar a doble espacio, en papel formato A4 y letra cuerpo 12. En caso de nota de jurisprudencia, junto con el artículo deberá presentarse la sentencia comentada.
  - 3.2. Las notas de jurisprudencia no podrán exceder en su extensión las treinta (30) páginas.
  - 3.3. Los artículos en su presentación deben incluir: a) un resumen (*abstract*) en el idioma original del trabajo, con una extensión máxima de 20 líneas y mínima de 8; b) un sumario del trabajo, y c) en la parte final del artículo, referencias de las obras consultadas en orden alfabético, según el primer apellido del autor, teniendo en cuenta los datos para la presentación de citas bibliográficas.

- 3.4. Al pie de la primera página (con asterisco) se deben indicar la institución a la cual pertenece el autor y sus grados académicos.
- 3.5. Las citas deben presentarse de la manera siguiente:
  - Apellidos del autor en letras versalitas (“versales”).
  - Título de la obra en cursiva.
  - Volumen o tomo.
  - Editorial
  - Lugar y fecha de publicación.
  - Número de página de la cita o de la primera y última página del trabajo consultado.

Si se trata de un artículo de una publicación periódica o colectiva, el título irá entre comillas y el título de la revista o publicación periódica o colectiva en cursiva.

Ejemplos:

RODRÍGUEZ PEÑA, María, *El Pacto de San José de Costa Rica*, Editorial...,  
Montevideo, 2002, p. ...

RODRÍGUEZ PEÑA, María, “El Pacto de San José de Costa Rica”, en  
*Revista...*, año ..., n.º ..., Editorial ..., Montevideo, 2002, p. ...

- 3.6. Las referencias de las citas se consignan a pie de página y su enumeración debe ser continua.
4. **Evaluación de los artículos.** Conforme a la resolución del Consejo de Facultad de marzo 2005, se establece un régimen objetivo de evaluación de trabajos como requisito imprescindible para la publicación de todo artículo académico.
5. **Calidad de evaluador.** Solo podrán ser evaluadores aquellos docentes que tengan el grado de Profesor Titular en las materias que correspondan, y los especialistas notorios que designe a tales efectos el Consejo de Redacción.
6. **Lista de evaluadores.** El Consejo de Redacción elaborará y actualizará regularmente una lista de evaluadores, que se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>).
7. **Proceso de evaluación.** Una vez recibido el artículo, el Consejo de Redacción designará al menos dos evaluadores de la lista, considerando el objeto del trabajo a evaluar y la especialidad de los evaluadores. Cada evaluador contará con un plazo de treinta días para presentar por escrito su evaluación, en la que deberá manifestar si el trabajo reviste la calidad suficiente como para ser objeto de publicación en esta *Revista*. Si el

evaluador formula observaciones, se le podrá otorgar al autor un plazo para subsanarlas. En casos excepcionales, en que el Consejo de Redacción lo juzgue conveniente, podrá solicitar una tercera evaluación de un mismo artículo.

El Consejo de Redacción podrá, en casos especiales, recurrir a un evaluador no incluido en la lista, pero que presente una notoria idoneidad en su materia.

8. **Principio de reserva.** El proceso de evaluación de los artículos se llevará a cabo bajo la más absoluta reserva y confidencialidad, amparándose en un proceso de revisión anónimo.

En este sentido el Consejo de Redacción procurará eliminar del trabajo que se remite al evaluador la información que permita identificar al autor. De la misma forma, si el evaluado solicita ver la evaluación, no se le comunicará quién la ha realizado.

9. **Publicación.** La incorporación a la *Revista* de cualquier trabajo académico será resuelta por el Consejo de Redacción con base en las evaluaciones realizadas por los especialistas en cada materia. El Consejo de Redacción decidirá en qué número se publicarán los trabajos evaluados positivamente.
10. **Responsabilidad.** Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejarán necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo será responsabilidad exclusiva de su autor.
11. **Publicación on-line.** Los autores autorizan que, luego de la edición de la revista, los trabajos sean incluidos en la sección publicaciones de la página web de la Universidad Católica del Uruguay o en bases de datos nacionales o extranjeras de acceso gratuito o pago, a juicio del Consejo de Redacción.
12. **Ejemplares.** Publicada la revista, cada uno de los autores tiene derecho a recibir veinte (20) separatas de su artículo por su participación en la edición. Esta será la única retribución que corresponderá al autor por cada trabajo publicado o incluido en bases de datos.
13. **Aceptación del presente reglamento.** Cuando los autores remitan trabajos a la revista deberán acompañarlos con una carta firmada en la que manifiesten la aceptación de todos los términos contenidos en el presente reglamento.
14. **Consejos.** La Revista contará con dos Consejos Asesores, uno integrado por destacados profesores y juristas nacionales y otro por profesores extranjeros. Ambos Consejos serán designados por el Consejo de Redacción de la *Revista de Derecho*.

El Consejo Asesor Nacional será convocado a una reunión anual en la que se analizará(n) y evaluará(n) el(los) número(s) de la *Revista* aparecido(s) en el año anterior a la reunión.

Los miembros del Consejo Asesor Internacional recibirán un ejemplar de cada número de la *Revista* que se edite, y se les solicitará una evaluación por escrito anual.

15. **Publicación.** El presente reglamento se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>).

Montevideo, 6 de setiembre 2010.



# **Regulations of Revista de Derecho (Law Journal)**

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY



1. **Objective.** The Law Journal of Universidad Católica del Uruguay is an annual publication, regardless of the special editions the Editorial Board may decide to publish.
2. **Structure.** The Journal consists of three sections: (a) a permanent section containing arbitrated unpublished doctrinal works; (b) a section containing reviews; and (c) a third section which varies, where the Editorial Board may decide to include jurisprudence or documents of academic interest.
3. **Reception of articles.** Articles shall be received within the deadlines annually established by the Editorial Board through the Journal's Editorial Department, and they shall observe the following guidelines:
  - 3.1. Authors shall submit a hard copy of their articles as well as an electronic version. Written copies shall be printed double space, on A4 paper, in font size 12. Jurisprudence articles shall be accompanied by comments on the ruling.
  - 3.2. Jurisprudence articles shall not exceed thirty (30) pages.
  - 3.3. Articles shall include the following in their introduction: a) an abstract no longer than 20 lines and no shorter than 8 lines written in the same language as the article; b) a summary of the work and c) at the end of the article there shall be a reference of the bibliography in alphabetical order, according to the author's first last name, observing the regulations for the presentation of bibliographic quotes.
  - 3.4. The institution the author belongs to, as well as his/her academic rank shall appear in the footnote of the first page (marked with an asterisk).
  - 3.5. Quotes shall appear as follows:
    - Author's last name in capital letters.

- Title of the work in italics. Volume or book. Publishing house.
- Place and date of publication.
- Page number of the quote or numbers of the first and last pages of the bibliography.

Should the article belong to a regular or collective publication, its title shall appear in italics and the name of the journal or regular or collective publication shall appear in between quotation marks.

Example:

- A) RODRÍGUEZ PEÑA, María, *El Pacto de San José de Costa Rica*, Publishing House..., Montevideo, 2002, page ...
- B) RODRÍGUEZ PEÑA, María, “El Pacto de San José de Costa Rica”, in ... *Journal*, Year..., Nr..., Publishing House..., Montevideo, 2002, page ...

- 3.6. References to quotes shall appear in footnotes, and they shall bear continuous numbers.
4. **Articles’ Assessment.** A decision of the School’s Board dated March 2005 establishes an objective system in order to assess works as an essential requirement for the publication of any academic article.
  5. **Assessors’ Capacity.** Only Head Professors in the corresponding fields and well known experts appointed by the Editorial Board for such purposes shall be entitled to act as assessors.
  6. **Assessor’s List.** The Editorial Board shall create and regularly update a list of assessors, which shall be published on the web page of Universidad Católica del Uruguay. (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>)
  7. **Assessment Process.** Once the article is received the Editorial Board shall appoint at least two assessors from the list, considering the object of the work to be assessed and the assessor’s expertise. Assessors shall present their assessment report in writing within a period of thirty days, declaring if the quality of the work merits its publication in this Journal. If the assessor makes observations, the author may be granted some time in order to remedy them. Under special circumstances, when the Editorial Board deems fit, it may request a third assessment of the same article.  
In certain special cases, the Editorial Board may refer to an assessor not included on the list, provided he is a proved expert on the field.
  8. **Confidentiality Principle.** The assessment process shall be carried out under strict confidentiality, backed up by an anonymous revision process.

For this purpose, the Editorial Board will try to withdraw the data that may help identify the article's author from the article submitted to the assessor. Likewise, in the event the article's author requests to see the assessment, the author will not be notified of the name of the assessor.

9. **Publication.** The Editorial Board shall decide the inclusion of any academic work based on the assessments carried out by the experts on the different fields. Likewise, the Editorial Board shall decide the numbers where those works which were positively assessed shall be published.
10. **Responsibility.** Opinions brought up by authors in their articles shall not necessarily reflect the opinion of the School of Law of Universidad Católica del Uruguay. The content of each article will be the exclusive responsibility of the author.
11. **On-line Publication.** After the edition of the journal is made, authors authorize their articles to be included in the publication's section of Universidad Católica del Uruguay's web page or in national or foreign data bases which have either free or restricted access, at the Editorial Board's discretion.
12. **Issues.** Once the journal is published, each one of the authors shall have the right to receive twenty (20) offprints of his/her article. This shall be the only kind of payment authors shall receive on account of their published articles or included in data bases.
13. **Approval of the present regulations.** The articles submitted by authors for their publication in the Journal shall be accompanied by a letter signed by them, where they declare their acceptance of the present regulations.
14. **Boards.** The Journal shall have two Assessing Boards, one of them formed by outstanding professors and legal experts, and the other one formed by foreign professors. Both Boards shall be appointed by the Journal's Editorial Board.  
The National Assessing Board shall be summoned to an annual meeting in order to study and assess the Journal's issue/s published in the year before the meeting.  
Members of the International Assessing Board shall receive an issue of each one of the publications and they shall be asked for an annual written assessment.
15. **Publication.** The present regulations shall be published on the web page of Universidad Católica del Uruguay. <http://revistadederecho.ucu.edu.uy>)

Montevideo, September 6 2010.

