







**Universidad del Desarrollo**  
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO  
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Nº 15  
OCTUBRE DE 2019

*Derecho Público Iberoamericano*  
Revista del Centro de Justicia Constitucional  
Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo

DIRECTOR

*Dr. Julio Alvear Téllez*

SUBDIRECTOR

*Dr. Eduardo Andrades*

COORDINADOR GENERAL

*Prof. Sr. José Tomás Herrera*

SECRETARIA DE REDACCIÓN

*Dra. Vanessa Cisterna*

ASISTENTE DE INVESTIGACIÓN

*Gaspar Jenkins*

CONSEJO CIENTÍFICO

*Derecho Público Iberoamericano*

es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.  
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego externo.

Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia)	Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina)
Prof. Dr. Gilles Dumont Université de Nantes (Francia)	Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España)	Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile)
Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España)	Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile)
Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España)	Prof. Dr. José Manuel Díaz de Valdés Universidad del Desarrollo (Chile)
Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)	Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia)	

REPRESENTANTE LEGAL

*Sr. Federico Valdés Lafontaine*

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

Índices y bases de datos internacionales: Latindex (Catálogo) – VLex – Dialnet

Ediciones de la Universidad del Desarrollo  
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Santiago de Chile  
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO  
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL  
AÑO 8 • N° 15 • OCTUBRE DE 2019  
ISSN 0719-2959

---

PRESENTACIÓN

7

---

ESTUDIOS

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMPARADA

*Carlos Hakansson*

Jurisdicción constitucional y control de las leyes  
en la constitución peruana de 1933

13

*Juan Santiago Ylarri*

El control judicial de constitucionalidad en Argentina

45

*Manuel Eduardo Marín Santoyo*

El precedente en el derecho colombiano:  
la estructuración del concepto y su aplicación  
por la jurisprudencia de la Corte Constitucional

87

DERECHOS FUNDAMENTALES

*Raúl Bertelsen Repetto*

Fuerza normativa de la constitución y judicialización  
de los derechos sociales de prestación

115

*Sebastián Soto Velasco - Ana María Muñiz Massouh*

El derecho de propiedad:  
debates en Chile a propósito de la experiencia alemana

153

*César Ravinet Muñoz*

Análisis jurídico-constitucional de la obligación de seguridad laboral  
en el derecho chileno en el marco de la protección social

175

---

ENSAYOS

---

*Iván Aróstica Maldonado*  
La tempestad y el ímpetu legal ante la Carta Fundamental  
199

---

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

*Rodrigo Céspedes*  
Derechos de la mujer a la función pública:  
un caso chileno del siglo XIX  
211

---

RECENSIONES

---

*Julio Alvear Téllez*  
*¿Transhumanismo o posthumanidad?*  
*La política y el derecho después del humanismo*  
de Miguel Ayuso (ed.)  
227

---

SIGLAS Y ABREVIATURAS

233

---

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

237

## PRESENTACIÓN

*Derecho Público Iberoamericano* presenta su décimo quinto número. En esta ocasión hemos reunido importantes colaboraciones de especialistas de Argentina, Colombia, Perú y Chile.

Distribuimos los estudios científicos en dos áreas: jurisdicción constitucional comparada y derechos fundamentales.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional comparada, destacamos tres estudios sobre la materia. El primero ha sido escrito por el profesor peruano Dr. Carlos Hakansson y se denomina “Jurisdicción constitucional y control de las leyes en la constitución peruana de 1933”. En él se revisa el doble sistema de control de las leyes que existe en dicho país, con especial preocupación por el origen del modelo y la armonía o no interferencia que existe entre cada uno de ellos.

El segundo artículo pertenece al profesor argentino Dr. Juan Santiago Ylarri. Se titula “El control judicial de constitucionalidad en Argentina”. Sobre la base de una ingente jurisprudencia, el trabajo aborda los distintos elementos de dicho control, tanto en sus aspectos estructurales como funcionales.

El tercer estudio es de autoría del profesor colombiano Manuel Eduardo Marín Santoyo: “El precedente en el derecho colombiano: la estructuración del concepto y su aplicación por la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En él se problematiza el uso del precedente que ha impuesto la Corte Constitucional colombiana.

En el campo de los derechos fundamentales se dan a conocer tres estudios. El primero sobre la fuerza normativa de la constitución a propósito de la judicialización de los derechos sociales de prestación, escrito por el expresidente del Tribunal Constitucional chileno, profesor Dr. Raúl Bertelsen.

El segundo trabajo es del profesor Dr. Sebastián Soto, quien, junto a la profesora Ana María Muñoz, abordan de qué manera la experiencia alemana puede iluminar el debate sobre el derecho de propiedad en Chile, especialmente en lo relativo a sus fundamentos y límites.

Finalmente, el profesor César Ravinet nos entrega un artículo titulado “Análisis jurídico-constitucional de la obligación laboral en el derecho chileno en el marco de la protección social”, con atención a la normativa constitucional, legal y administrativa.

En la sección “Ensayos”, el expresidente del Tribunal Constitucional chileno y actual ministro, profesor Iván Aróstica, ofrece unas enjundiosas notas sobre el romanticismo legislativo, en un trabajo titulado sintomáticamente “La tempestad y el ímpetu ante la Carta Fundamental”.

En la sección dedicada a “Comentarios de jurisprudencia” incluimos el análisis de una sentencia histórica de la Corte Suprema, del 23 de septiembre de 1893. Se titula “Derecho de la mujer a la función pública: un caso chileno del siglo XIX”, del profesor Dr. Rodrigo Céspedes.

Concluimos con las “Recensiones”, donde se revisa una obra de gran actualidad: *Transhumanismo o posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*, actas del VI Congreso Mundial de Juristas Católicos, editadas por el catedrático hispano Dr. Miguel Ayuso. Incluye la colaboración de doce académicos de América y Europa.

Dr. Julio Alvear Téllez  
Director

# Estudios

---

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 15 | 2019



# Jurisdicción constitucional comparada

---



# JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE LAS LEYES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

## THE JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION IN THE PERUVIAN CONSTITUTION OF 1993

*Carlos Hakansson*<sup>1</sup>

### *Resumen*

Desde 1979, el derecho constitucional peruano cuenta con un doble sistema de control de las leyes. En primer lugar, cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad sobre cualquier ley que contradiga la supremacía constitucional. La segunda vía es por medio de un tribunal constitucional especializado e independiente, que puede dejar sin efectos cualquier ley o tratado internacional. Ambos sistemas hacen posible la revisión judicial de las leyes sin cruzarse porque la última decisión corresponde al Tribunal Constitucional. El presente trabajo explora el origen de este singular tipo de control de constitucionalidad en la región.

Palabras Clave: Control de constitucionalidad, revisión judicial de las leyes, Perú.

### *Abstract*

Since 1979, the Peruvian Constitutional Law has a double system to control legislation. First of all, any judge can declare the unconstitutionality about any norm against the constitution supremacy, and, the second way, with a separate and independent Constitutional Court, can leave without effects any norm or treaty against it. Both systems make possible the judicial review, with no crossings because the last decision is from the Constitutional Court. This paper wants to explore the origin of this special kind of constitutional control in the region.

Keywords: judicial review of legislation, Perú.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho de la Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Constitucional e Integración de la Universidad de Piura. Titular de la cátedra Jean Monnet (Comisión Europea). Artículo recibido el 8 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 2 de septiembre de 2019. Correo electrónico: carlos.hakansson@udep.pe

## I. La influencia anglosajona y europea continental

La importancia de las disposiciones constitucionales en una sociedad democrática, carecen de sentido si no existen mecanismos y garantías dedicados a controlar aquellos actos o normas que vulneran, por la forma o fondo, el contenido del Pacto Constitucional. Nos ocuparemos en especial de los sistemas de jurisdicción constitucional que recoge la Constitución peruana de 1993, gracias a la influencia norteamericana y europea. El primero de ellos, el modelo estadounidense, conocido también como la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*), no fue previsto expresamente por los padres de la Carta de 1787, sino producto de la interpretación judicial. El segundo sistema nació en Europa continental y estuvo marcado por el surgimiento de las jurisdicciones especializadas para conocer y resolver los procesos de control de constitucionalidad<sup>2</sup>. Como mencionamos, el derecho constitucional peruano recoge ambos sistemas desde la Carta de 1979, un modelo que el profesor Domingo García Belaunde reconoce como un modelo dual o paralelo<sup>3</sup>.

El desarrollo teórico de los modelos de jurisdicción constitucional es producto del constitucionalismo moderno, pese a que la revisión judicial de las leyes fue quizá la última producción del constitucionalismo clásico de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, o para ser más exactos en 1803. Con el paso del tiempo, el profesor Cappelletti presentó en 1968 la primera clasificación de los sistemas de jurisdicción constitucional (también conocida como justicia constitucional). Su propuesta consistió en exponer los sistemas vigentes en el mundo, es decir, el modelo estadounidense, el austriaco y el francés, estableciendo las conocidas y más difundidas notas distintivas: control difuso (Estados Unidos) y concentrado (Austria); control incidental (en Estados Unidos, Austria –gracias a la reforma constitucional de 1929 y de 1975–, Alemania e Italia) y control directo (Austria); control con eficacia declarativa (Estados Unidos) y control con eficacia constitutiva (Austria); finalmente, el preventivo, o político, como es el caso francés<sup>4</sup>. En este trabajo explicaremos los rasgos más importantes del sistema de jurisdicción constitucional en la Carta de 1993.

---

<sup>2</sup> Véase Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*

<sup>3</sup> Domingo GARCÍA BELAUNDE, “La jurisdicción constitucional en Perú”, p. 837.

<sup>4</sup> Lucio PEGORARO, *Ensayos sobre Justicia Constitucional, la descentralización y las libertades*, p. 88.

Desde el siglo XIX, las constituciones iberoamericanas recibieron la influencia estadounidense aportando interesantes innovaciones. Tales son los casos de México, Brasil, Colombia, Venezuela y Argentina. El Estado peruano, en cambio, tardó hasta el siglo XX para establecer un sistema de control de jurisdicción constitucional, el cual solo se recogía formalmente en el título preliminar del *Código Civil* de 1936, más cercano al modelo estadounidense; pero en el ámbito constitucional, fue la Constitución de 1979 la que incluyó tanto la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes como el control a cargo de un órgano especializado<sup>5</sup>.

La función de controlar la constitucionalidad en la Carta de 1993 no solo se encuentra a cargo de los magistrados del Poder Judicial, sino también de los magistrados del Tribunal<sup>6</sup>. Los rasgos de este órgano no se diferencian mucho de los modelos europeos, pese a que existen algunos como el modelo alemán, quizá el más exitoso y emblemático del mundo, que no es un tribunal especializado, sino que forma parte de la judicatura.

Durante los debates constituyentes de 1993 se confirmó la necesidad de contar con este modelo, es decir, el establecimiento de un tribunal que conociera, entre otras competencias, un proceso que pueda declarar, con efectos *erga omnes*, la inconstitucionalidad y derogación de las normas con rango de ley<sup>7</sup>. Una garantía relativamente nueva en el derecho constitucional peruano dedicada a la protección de la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico; una institución que apareció por primera vez con la Carta de 1979 y<sup>8</sup> que, aunque sufrió algunos cambios en lo referente

---

<sup>5</sup> Domingo GARCÍA BELAUNDE, "Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)", notas 97 y 98.

<sup>6</sup> El Tribunal Constitucional es "(...) autónomo e independiente y solo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder Constituyente que le encomendó tal tarea". Exp. n.º 00047-2004-AI/TC (Fundamento jurídico 33).

<sup>7</sup> El profesor Edgar Carpio Marcos, citando al profesor Cruz Villalón, nos dice: "en el seno del proceso, en efecto, el Tribunal no juzga cualquier supuesto de validez sino, en concreto, su validez constitucional, es decir, su compatibilidad con la Norma Suprema. La Constitución pues, es la norma de referencia en el enjuiciamiento de la ley, y sobre ello tal vez habría poco que decir"; Edgar CARPIO MARCOS, "El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional", p. 216.

<sup>8</sup> Antes de la Constitución de 1979, el control de constitucionalidad se encontraba formalmente confiado solo en el Poder Judicial, bajo el modelo de la *Judicial Review*. A este respecto, Edgar Carpio nos dice que esta "(...) situación que por cierto no varió cuando se decidió crear el Tribunal de Garantías, pues se permitió que coexistieran ambas instancias en forma simultánea, lo que perdura hasta la actualidad y que ha llevado a caracterizar nuestro modelo de jurisdicción constitucional como 'dual'"; CARPIO, *op. cit.*, p. 215.

a la legitimidad procesal<sup>9</sup>, la composición del órgano competente<sup>10</sup>, las normas sujetas a este control<sup>11</sup> y el quórum para emitir una sentencia<sup>12</sup>, todavía conserva sus rasgos más característicos. Se trata de un proceso de puro derecho conocido en instancia única por el Tribunal Constitucional, la garantía que le dio origen a este órgano, y puede dejar sin efecto, en todo o parte, una ley o norma con rango de ley, que se oponga a la Constitución ya sea por la forma o por el fondo.

## *II. La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes*

Los fundamentos históricos de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes provienen de un planteamiento expuesto en Inglaterra por el juez Edward Coke en el Dr. Bonham's case (1610)<sup>13</sup>, cuando sostuvo: "(...) cuando la ley del Parlamento sea contraria al derecho común y a la razón, o repugne, o sea imposible de ser cumplida, el derecho común controlará y juzgará que dicha ley sea nula"<sup>14</sup>. Los juristas estadounidenses de fines del siglo XVIII, encabezados por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, tuvieron presentes los planteamientos del juez Coke y gracias a ellas concibieron la noción de Constitución como un derecho de naturaleza superior<sup>15</sup>. Precisamente Alexander Hamilton, a través de *El Federalista* nos transmite (capítulo LXXVIII) la idea que:

---

<sup>9</sup> El artículo 299 de la Constitución de 1979 establecía que solo estaban legitimados para interponer una demanda de inconstitucionalidad: el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el fiscal de la nación, sesenta diputados, veinte senadores y cincuenta mil ciudadanos.

<sup>10</sup> El artículo 296 de la Constitución de 1979 establecía un tribunal compuesto por nueve magistrados, tres designados por el Congreso, tres por el gobierno y tres por la Corte Suprema.

<sup>11</sup> El artículo 298 de la Constitución de 1979 establecía que las normas contra las cuales se podía presentar la demanda de inconstitucionalidad eran las leyes, los decretos legislativos, las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales.

<sup>12</sup> El 12 de julio de 2002 se publicó la Ley n.º 27780 modificando el artículo 4 de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>13</sup> Véase Aníbal QUIROGA LEÓN, "Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano", p. 159.

<sup>14</sup> Una declaración que le costó el cargo al tozudo juez Edward Coke por atentar contra el principio de supremacía del Parlamento británico; Dr. Bonham's case de 1610 citado por César LANDA, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, pp. 36-37.

<sup>15</sup> José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*, p. 23.

“no hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben”<sup>16</sup>.

Tiempo más tarde, luego del Dr. Bonham's case y a fines del siglo XVIII, la Convención Constituyente de Filadelfia planteó varias fórmulas para encontrar un modelo de control de constitucionalidad de las leyes que emane del Congreso Federal<sup>17</sup>. Se propuso un modelo preventivo, en concreto un consejo de revisión, integrado por el presidente federal y un número de jueces con un poder de veto al Legislativo. Se consideró, además, la necesidad de remitir las iniciativas legislativas tanto al Poder Ejecutivo (presidente federal) como al Judicial (Corte Suprema), también con facultad de vetarlas. Ninguna de esas propuestas llegó a buen puerto y, al final, la Constitución Federal de 1787 no estableció ningún mecanismo expreso de revisión judicial de las leyes que haga prevalecer el principio de jerarquía constitucional<sup>18</sup>. De esta manera, al no encontrar consenso en la Convención, los padres de la Constitución estadounidense decidieron que fuera el tiempo, así como las concretas circunstancias jurídicas y políticas que se presenten, las encargadas de abrir el camino para la jurisdicción constitucional en Estados Unidos.

Si bien la competencia de los jueces ordinarios para declarar la inconstitucionalidad de una ley, con efectos entre las partes, alcanzó su forma e institucionalización definitiva a partir del caso *Marbury versus Madison*, resuelto por la Suprema Corte Federal en 1803, la doctrina concuerda

---

<sup>16</sup> Alexander HAMILTON, James y John MADISON, JAY, *El Federalista*, p. 332.

<sup>17</sup> Al respecto, Roberto Blanco Valdés explica: “(...) durante los largos meses que duró el proceso de ratificación constitucional por los Estados de la Unión aquella cuestión seguiría coleando y centrando, en buena medida, los debates de las convenciones estatales de ratificación”; Roberto BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, p. 165.

<sup>18</sup> Néstor Pedro SAGÜES, *Teoría de la Constitución*, p. 444. Debemos tener presente que, si bien no estuvo prevista expresamente la revisión judicial, la Constitución estadounidense establece una disposición expresa de su supremacía, cuando el artículo seis, segunda sección, nos dice: “esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán el supremo Derecho del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

en afirmar que sus antecedentes se remontan a la tradición jurídica del *Common Law*. Cabe precisar que antes de 1803, en Estados Unidos de Norteamérica, pueden encontrarse pronunciamientos similares, pero el modelo de la *judicial review* solo alcanzaría a institucionalizarse cuando, en un acto de audacia, y de rigurosa lógica jurídica, el *Chief Justice* John Marshall, al exponer las razones de la Corte Suprema Federal, estableció la doctrina según la cual es deber de los jueces preferir la Constitución cuando la forma o contenido de una ley colisiona con ella. A continuación, ofrecemos un resumen del célebre caso *Marbury versus Madison*.

### A) *EL CASO MARBURY VERSUS MADISON (1803)*

En las primeras décadas de la historia de Estados Unidos había solo dos partidos políticos: el Federalista y el Republicano (este último predecesor del actual Partido Demócrata en Estados Unidos). Los federalistas, que fuera el partido oficialista en 1800 durante la presidencia de John Adams, perdieron las elecciones presidenciales y el 4 de marzo de 1801 tenían que transferir el poder a Thomas Jefferson, convirtiéndose en la futura minoría del Congreso Federal. El 13 de febrero de 1801, como una reacción política ante la derrota electoral y necesidad de dejar el Ejecutivo, el Congreso saliente aprobó el *Circuit Court Act of 1801*, una legislación que estableció dieciséis jueces federales de segunda instancia. La legislación fue un intento de crear rápidamente nuevos cargos en el Poder Judicial que pudieran ser ocupados por federalistas<sup>19</sup>.

El último día del mandato presidencial de John Adams (Partido Federalista), designó a nuevos jueces conocidos por la prensa como “los nombramientos de la media noche” (*midnight appointments*); pero el entonces secretario de Estado, John Marshall<sup>20</sup>, no logró efectuar el envío de los decretos de nombramiento a todos los nuevos magistrados, quedando los decretos restantes sobre la mesa de su sucesor, James Madison, que no continuó con su tramitación, pues, el presidente Thomas Jefferson (Partido Republicano) declaró que no tenía intención de enviarlos. Después de algunos meses, cuatro de los jueces afectados por esa decisión política, entre los que se encontraba William Marbury, presentaron una demanda en una instancia a la Corte Suprema para obligar a James Madison a notificar las

<sup>19</sup> James MACGREGOR BURNS *et al.*, *Government by the People*, pp. 28-31.

<sup>20</sup> John Marshall fue el secretario de Estado del presidente John Adams y continuó en este cargo en forma temporaria durante las últimas semanas del gobierno federalista, aunque ya había sido nombrado como presidente de la Corte Suprema en enero de 1801. Estaba directamente conectado tanto con las nominaciones de los dieciséis nuevos jueces de segunda instancia como con la historia del caso de Marbury.

designaciones que estuvieran arbitrariamente pendientes, amparándose en la sección 13 de la *Judiciary acts* de 1789 que habilitaba a la Corte Suprema a emanar órdenes (*writ of mandamus*) contra la administración.

El problema de fondo se tornaba delicado no solo porque John Marshall (el secretario de Estado inmediato anterior), se había convertido en el nuevo *Chief Justice* de la Corte Suprema, sino porque ambas soluciones posibles habrían terminado por dañar el prestigio de la joven Corte Suprema estadounidense; es decir, si la instancia hubiese sido rechazada habría prevalecido la tesis republicana que negaba todo poder de la Corte sobre la Administración; pero si hubiese sido acogida tampoco habría surtido efecto pues el nuevo secretario de Estado (James Madison) haría notar que no había aceptado el nombramiento de William Marbury.

El caso llega a la Corte y John Marshall, convertido en el *Chief Justice* de la Corte Suprema<sup>21</sup>, luego de haber observado que el nombramiento de William Marbury era válido, censurando la omisión de la administración de Thomas Jefferson, se decidió –para sorpresa de todos– que la Corte Suprema no podía pronunciarse por carecer de competencia, ya que la sección 13 de la *judicial act* (que habilitaba a la Corte Suprema a emanar órdenes a la administración) contenía una disposición contraria al artículo III de la Constitución de 1787, según la cual la Corte puede emanar mandatos y ejercer jurisdicción solo en segunda instancia como juez de apelación. De este modo, negando a sí misma una competencia menor, como la de impartir órdenes a la administración, la Corte Suprema se atribuyó una facultad mucho mayor: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes; como mencionamos, una atribución no prevista expresamente en la Carta de 1787.

Las conclusiones de la sentencia sobre el punto son tan claras y convincentes que merecen ser recordadas, en especial porque el juez John Marshall resume la resolución con tres preguntas básicas:

- (1) ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?
- (2) Si lo tiene, y si ese derecho ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación? Y
- (3) Si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que corresponda a esta Corte emitir?

Si bien en la respuesta a las dos primeras cuestiones, las pretensiones de William Marbury fueron favorecidas por la Corte, la tercera fue concluyente dado que algo más importante se encontraba en juego al momento de decidir este caso y que resumimos a continuación:

---

<sup>21</sup> Debemos precisar que, si este caso se hubiese producido en la actualidad, bajo los principios de debido proceso, el juez John Marshall debería haberse inhibido de emitir una resolución por ser parte y tener conocimiento previo del caso judicial.

1) “Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza”<sup>22</sup>.

2) “Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad”<sup>23</sup>.

3) “Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla a pesar de su invalidez, o, en otras palabras, no siendo una ley es una norma operativa como si fuese válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él”<sup>24</sup>.

Pese a los pergaminos y sólidos fundamentos del célebre fallo, el litigio *Marbury versus Madison* se resolvió como un caso más cercano a la justicia procesal que la sustantiva. En resumen, el juez John Marshall sostuvo que William Marbury tenía derecho a reclamar su nombramiento, que las leyes del país lo amparaban, pero por respeto a la supremacía de la Constitución, la Corte Suprema de Estados Unidos no era competente para conocer su pretensión<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Sentencia *Marbury versus Madison* (1803).

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> El profesor Antonio Pereira Menaut explica que, en la práctica, los jueces a menudo pueden decir poco sobre el fondo del pleito, pues la justicia humana tiene sus límites, no así sobre los procedimientos. En particular, sobre las garantías de la administración de justicia; véase Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Temas de Derecho Constitucional Español*, p. 258.

## B) LAS CARACTERÍSTICAS DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Para comenzar, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes es también conocida con el calificativo de control difuso, atendiendo a una de sus características; como explicamos, se trata de una creación del constitucionalismo estadounidense, en concreto de su judicatura.

Sus otras notas distintivas son las siguientes:

- 1) Por un lado, se trata de un control difuso o disperso, pues la competencia para efectuar el control judicial de constitucionalidad radica en todos los jueces que integran el Poder Judicial, con independencia de la jerarquía que ocupen; por otro, en la práctica, percibimos en el sistema estadounidense que los jueces preferirán un pronunciamiento previo de los magistrados de la Corte Suprema acerca de la constitucionalidad de una norma que inaplicarla directamente mediante una resolución, entendiendo que se trata de una atribución de la máxima instancia judicial, la cual sería respetada por el resto de tribunales gracias al principio o regla del precedente (*stare decises*), como explicaremos más adelante.
- 2) Es de carácter incidental, pues el control de constitucionalidad de una norma se efectúa en el seno de cualquier proceso judicial, y no en uno especialmente diseñado para evaluar la validez de una norma. Este control no constituye el objeto central de la controversia que se tiene que resolver en dicho proceso judicial; por el contrario, se plantea como una cuestión incidental, pues el resultado del enjuiciamiento de la validez de la ley depende si la norma se aplica o no para la solución del caso concreto.
- 3) Se trata de un control concreto, dado que la validez de la norma se analiza a partir de un caso judicial.
- 4) La resolución solo tiene efectos entre las partes, pues los efectos de la declaración de inconstitucionalidad solo alcanzan a los sujetos que participan en el proceso judicial dentro del cual se constató la invalidez de la norma. Con relación a esta consecuencia jurídica debemos advertir que, gracias a la vía jurisprudencial, el llamado control difuso ha evolucionado hacia una eficacia vinculante de las sentencias dictadas por las máximas instancias judiciales. En el derecho estadounidense, por ejemplo, la llamada doctrina del *stare decises* (doctrina del precedente) hace que lo resuelto por su Corte Suprema sea de observancia y cumplimiento obligatorio por el resto de los tribunales del país,

lo cual convierte a este fallo en uno más cercano a los efectos *erga omnes* que inaplicado en la *litis* concreta<sup>26</sup>; por tanto más cercano en la práctica a la función que cumple un tribunal constitucional, como ocurre con el Tribunal Federal alemán.

Las principales consecuencias de la *judicial review* gracias a la sentencia *Marbury versus Madison* son las siguientes<sup>27</sup>:

- 1) Los tribunales deciden sobre importantes conflictos jurídicos de manera pacífica.
- 2) La *judicial review* también constituye un instrumento de equilibrio del sistema político estadounidense, pues limita el poder de las otras instituciones políticas protegiendo a los ciudadanos y las minorías.
- 3) Las decisiones de los tribunales hacen más lento los cambios, hasta que pueda ser asimilado por las mayorías populares.
- 4) Los tribunales también pueden, prudencialmente, acelerar los cambios o imponerlos de inmediato cuando consideran que se han equivocado las otras dependencias del gobierno.
- 5) Los tribunales siempre serán un canal de comunicación entre el pueblo y gobierno, así como un medio de consulta y revisión en el largo plazo para sostener al sistema político.

### C) LA JUDICIAL REVIEW Y LA CORTE SUPREMA ESTADOUNIDENSE

La aplicación de la *judicial review* por los jueces estadounidenses no está exenta de ciertas reglas que también deberían tomarse en cuenta por los operadores judiciales en cualquier ordenamiento constitucional. Podemos citar algunas de ellas que consideramos de especial importancia. Para comenzar, la Corte Suprema estadounidense no admitirá ninguna reclamación sobre la presunta inconstitucionalidad de una norma mientras no considere que tiene los fundamentos necesarios para ser considerada como un caso o controversia judicial, que, además, tenga la debida legitimación procesal, que verse sobre temas jurídicos y no solo de hechos (pues la revisión judicial versará sobre materia legal) y, por último, que no haya sido conocida por los tribunales inferiores.

Con relación al contenido de la demanda, Henry Abraham recuerda algunas pautas para tener en cuenta, por ejemplo, que la parte agraviada debe argumentar que la norma le ocasiona un grave perjuicio a sus derechos, por tanto, no deberá invocar o probarse durante el proceso

<sup>26</sup> SAGÜÉS, *op. cit.*, p. 486.

<sup>27</sup> Karl DEUTSCH, *Política y Gobierno*, pp. 326-327.

que la misma norma lo ha beneficiado o que fueron consentidos por el mismo demandante. El mismo autor destaca que la Corte Suprema estadounidense no se aferra a sus precedentes, es decir, los conserva, pero en ocasiones puede apartarse de ellos según las especiales circunstancias<sup>28</sup>, tampoco se pronuncia sobre cuestiones políticas<sup>29</sup>, tiene la actitud de presumir la constitucionalidad de las normas cuestionadas, no imputa motivos ilegales a los legisladores; además, si considera que debe mantener una ley aparentemente inconstitucional, tratará de restringir el ámbito inconstitucional de dicha ley. Así, Henry Abraham considera que la Corte Suprema estadounidense

“no ha sido creada para servir de control a legisladores ineptos, poco cultos, emotivos y no representativos, pues la incompetencia de los legisladores en temas políticos no es asunto de la Corte; se trata más bien de un problema del electorado”<sup>30</sup>.

#### D) LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DE LA REVISIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO

La aplicación por los jueces de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, conocida comúnmente en el argot jurídico como control difuso, no solo constituye una facultad, sino un deber del juez reconocido en el artículo 138 de la Constitución<sup>31</sup>, el cual tiene la finalidad para preservar el principio de supremacía constitucional y jerarquía de las normas (artículo 51 de la Carta de 1993). El *Código Procesal Constitucional* también recoge esta institución en el artículo VI de su título preliminar<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Si la Corte Suprema tuviera que acatar siempre sus resoluciones anteriores tendría poca flexibilidad. Por eso, al permitirse de manera excepcional la posibilidad de contradecir una resolución anterior o no tener en cuenta un precedente, la Corte establece un espacio de seguridad en el cual puede refugiarse si fuese necesario. En ese sentido, cuando la prudencia aconseja que la Corte cambie de dirección o, por lo menos, que mantenga una mentalidad abierta, este principio colabora con esa finalidad.

<sup>29</sup> A diferencia de los poderes Legislativo y Ejecutivo la judicatura no fue pensada por los fundadores como un instrumento que manifieste la voluntad popular, por lo tanto, carece de un carácter político.

<sup>30</sup> Henry J. ABRAHAM, *The judicial process*, pp. 386-410. Nuestro agradecimiento al profesor Domingo García Belaunde por facilitarnos esta importante cita e información bibliográfica.

<sup>31</sup> El primer antecedente de esta institución lo encontramos en el artículo XXII del título preliminar del *Código Civil* peruano de 1936, pero sin mayor trascendencia en la práctica judicial. La Carta de 1979 fue la primera en incorporarlo en su artículo 236 y darle alcance constitucional.

<sup>32</sup> “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

De esta manera, como reconoce el Tribunal Constitucional, nos encontramos ante un acto complejo que requiere la observancia de los siguientes presupuestos de validez<sup>33</sup>.

- 1) Que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional.
- 2) Que la norma que se considere inaplicar tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, en otras palabras, que sea relevante en la resolución de la controversia.
- 3) Que la norma a inaplicar resulte evidentemente incompatible con la Constitución<sup>34</sup>.

Sobre la aplicación de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, el *Código Procesal Constitucional* establece:

“las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno”<sup>35</sup>.

La elevación a consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de las sentencias que declaran incompatibilidad si no son impugnadas, es un procedimiento de seguridad y garantía de la vigencia del estado de Derecho, y colabora con la idea de un criterio uniforme que sirva de precedente y fomente el principio de unidad. La Sala de la Corte Suprema se supone que dará la unidad de criterio requerida. Sin perjuicio del proceso de acción popular, el artículo ha preferido no exigir lo mismo tratándose de normas

---

(...) Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular”.

<sup>33</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de amparo interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A y FETRATEL; EXP. n.º 1124-2001-AA/TC (Fundamento jurídico n.º 13).

<sup>34</sup> “Los jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”. La segunda disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301). Como explica el profesor Luis Castillo Córdova “(...) las normas se interpretan y muchas veces es posible más de una interpretación. Una ley, por ejemplo, puede admitir más de una interpretación. Debido a la presunción de constitucionalidad de las normas y a lo especialmente grave que resulta la inaplicación de una norma, es que se ha exigido que el juez descubra todas las posibles interpretaciones de la norma, y sólo inaplicarla por inconstitucional cuando ninguna de esas posibles interpretaciones es acorde con la Constitución”; Luis CASTILLO CÓRDOVA, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, p. 85.

<sup>35</sup> Véase el artículo 3 del *Código Procesal Constitucional* peruano.

de inferior rango que la ley, probablemente para no recargar el trabajo de la Sala Constitucional, pero, a la vez, se trata de una disposición polémica, ya que se pueden producir decisiones contradictorias entre diversos órganos<sup>36</sup>.

*E) EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD  
A CARGO DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS*

El Tribunal Constitucional ha venido interpretando algunas disposiciones de la Carta de 1993, como su artículo 38, que dispone que todos debemos respetar, cumplir y defender la Constitución; y el artículo 45 que declara que el poder del Estado emana del pueblo y quienes lo ejercen están sujetos con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución establece. Si a ello añadimos los principios de normatividad directa de la Carta Magna y jerarquía normativa, el máximo intérprete de la Constitución concluye que los órganos administrativos pueden aplicar el control difuso de las normas en defensa del orden constitucional, si dichos tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública imparten justicia administrativa con carácter nacional<sup>37</sup>.

En la doctrina, las opiniones están divididas sobre este tema<sup>38</sup>. Incluso se han presentado las condiciones por las cuales un órgano administrativo

<sup>36</sup> Marcial RUBIO CORREA, *Estudio de La Constitución Política de 1993*, p. 27.

<sup>37</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional nos dice que el "(...) deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución (...); Fundamento jurídico n.º 6. Seguidamente, el máximo intérprete de la Constitución "(...) estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del título preliminar del *Código Procesal Constitucional*). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial". Fundamento jurídico n.º 7; Exp. n.º 3741-2004-AA/TC.

<sup>38</sup> Véanse los argumentos a favor en Alfredo BULLARD GONZÁLEZ y César HIGA SILVA, "Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional", pp. 7-54. Los argumentos en contra en Luis CASTILLO CORDOVA, "Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?", pp. 69-99.

podría aplicar el control difuso-constitucional. En resumen, se sostiene que dicho órgano está facultado para impartir justicia administrativa, con carácter nacional, y la defensa de los derechos fundamentales de los administrados; que el pedido de control constitucional sea solo a instancia de parte; que la finalidad sea la defensa de los derechos fundamentales de los administrados y, para finalizar, que la norma cuestionada debe ser manifiestamente contraria a la Constitución<sup>39</sup>.

Con relación a este tema, atendiendo a una interpretación sistemática y bajo el principio de corrección funcional que restringe las competencias y potestades otorgadas por la Constitución a las instituciones políticas que reconoce, la Carta de 1993 no ha otorgado a los órganos administrativos la competencia para inaplicar una norma de la que se presume, está siendo cuestionada su constitucionalidad por la forma o fondo; en todo caso, será deber de la administración armonizar la norma con la disposición constitucional, pero no declarar su inaplicabilidad, pues carece de competencia y lo contrario llevaría a una suerte de hiperactividad de la administración pública para no acatar las normas que dicte el Parlamento o el gobierno. La judicatura y el Tribunal Constitucional (como máxima instancia de interpretación) serán los encargados de proteger al ciudadano frente a los abusos de la administración mediante los procesos constitucionales, siempre que no existan vías de igual modo satisfactorias<sup>40</sup>.

### III. *Los rasgos del Tribunal Constitucional peruano*

La Constitución de Checoslovaquia de 1920 fue la primera en establecer formalmente un tribunal constitucional, pero la doctrina reconoce a la Carta austriaca como el modelo o molde original, del sistema de jurisdicción concentrado que fue difundido por Europa e Iberoamérica<sup>41</sup>. Como mencionamos en la introducción, la función de controlar la constitucionalidad en la Carta de 1993 no solo corre a cargo de los magistrados del Poder Judicial, sino, también, en los magistrados del Tribunal<sup>42</sup>. Los rasgos

<sup>39</sup> BULLARD e HIGA, *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>40</sup> De acuerdo con el artículo 5, inciso 2, del *Código Procesal Constitucional*, es una causal de improcedencia de las acciones de garantía cuando “existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del Derecho Constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de *habeas corpus*”.

<sup>41</sup> La Constitución austriaca, curiosamente, también es de 1920. Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, p. 60.

<sup>42</sup> El Tribunal Constitucional es “(...) autónomo e independiente y sólo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder

de este órgano no se diferencian mucho de los modelos europeos, pese a que existen algunos como el modelo alemán, con probabilidad el más exitoso y emblemático del mundo, que no es un tribunal especializado, sino que forma parte de la judicatura.

Antes de aproximarnos a los rasgos del Tribunal Constitucional peruano consideramos conveniente ubicarlo dentro de la gama de jurisdicción constitucional especializada existente. Al respecto, gracias al análisis comparativo de Eduardo Ferrer Mac Gregor, encontramos en Iberoamérica hasta cuatro tipos de órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las normas:

- A) Los tribunales o cortes constitucionales ubicados fuera del órgano jurisdiccional ordinario (Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú y Portugal).
- B) Los tribunales o cortes autónomos, pero ubicados dentro de la propia estructura del Poder Judicial (Bolivia y Colombia).
- C) Las salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos de la judicatura (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela).
- D) Las cortes o tribunales supremos ordinarios que realizan las funciones de Tribunal Constitucional, pero no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay)<sup>43</sup>.

Luego de encontrar la ubicación del Tribunal Constitucional peruano en esta clasificación, cabe añadir que se trata del segundo intento de establecer una institución de control concentrado de la constitucionalidad<sup>44</sup>.

#### A) LA ORGANIZACIÓN Y POSICIÓN CONSTITUCIONAL

La ley orgánica del Tribunal Constitucional peruano nos dice que se encuentra sometido solo a la Constitución y su ley orgánica<sup>45</sup>; por esa razón, por tratarse de la norma encargada de establecer el procedimiento de validez de las demás leyes, no fue elaborada por la Asamblea Constituyente ni aprobada en bloque por referéndum, junto con la Carta de

---

Constituyente que le encomendó tal tarea". Exp. n.º 00047-2004-AI/TC. Fundamento jurídico n.º 33.

<sup>43</sup> FERRER MAC.GREGOR, *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>44</sup> En la Constitución peruana de 1979 llevó el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, denominación tomada del anteproyecto de la Constitución española de 1978; Samuel ABAD YUPANQUI, "La jurisdicción constitucional en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balance y perspectivas", p. 192; Jorge DANÓS ORDÓÑEZ, "Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional", pp. 284-285.

<sup>45</sup> Véase el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional peruano (Ley n.º 28301).

1993. Al respecto, estimamos que su elaboración y aprobación debió ser distinta por tratarse de la norma encargada de establecer el procedimiento y mayoría para conocer una demanda de inconstitucionalidad, lo cual es tan importante como la aprobación por parte de los constituyentes de un procedimiento de reforma constitucional<sup>46</sup>.

En cuanto a su organización, el artículo 201 de la Constitución de 1993 establece que el Tribunal Constitucional se compone de siete miembros elegidos por cinco años por el Congreso mediante una mayoría calificada<sup>47</sup>. Un número de parlamentarios que demandará un mayor consenso. La Ley Orgánica del Tribunal establece que el Pleno designa una comisión especial integrada por un mínimo de cinco y máximo de nueve parlamentarios que respeta, en lo posible, la proporción de cada grupo en el Congreso<sup>48</sup>. Por lo tanto, aunque la mayoría requerida para elegir a los miembros del Tribunal Constitucional es elevada<sup>49</sup>, pensamos que subsiste el peligro que un Ejecutivo con mayoría, o por medio de alianzas, pueda controlar su nombramiento en desmedro de la separación de poderes. Como sugerencia para una futura reconsideración y reforma, creemos que sus magistrados deben gozar de un mandato vitalicio como, por ejemplo, el Tribunal Supremo estadounidense.

Los miembros del Tribunal Constitucional nombran su presidente, que será elegido por dos años, que tiene la facultad de convocarlo y goza de voto dirimente en caso de empate para la formación de una resolución, salvo para los procesos de inconstitucionalidad<sup>50</sup>.

Para ser candidato a magistrado del Tribunal Constitucional se requiere cumplir con los siguientes requisitos: ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cuarenta y cinco años, y que haya ocupado el cargo de juez o fiscal supremo o superior durante diez años o, bien, haber ejercido la abogacía o cátedra universitaria durante quince años. De todos ellos, consideramos que el ejercicio de la abogacía promueve la incorporación de

---

<sup>46</sup> Un fenómeno aplicable también a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español. PEREIRA, *Temas de Derecho...*, *op. cit.*, p. 207.

<sup>47</sup> Sobre el sistema de elección, el profesor Jorge Danós nos dice: "(...) la mayor parte de países en los que la elección de los magistrados corre a cargo principalmente del órgano parlamentario suelen exigirse mayorías muy calificadas para obligar a la búsqueda del consenso entre los diferentes grupos políticos representados en el Parlamento. En este aspecto únicamente la opinión pública podría impedir que los partidos con presencia parlamentaria impongan magistrados desprovistos de otra calificación que sus vinculaciones partidarias". DANÓS, *op. cit.*, p. 295.

<sup>48</sup> Véase el artículo 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>49</sup> En el mismo sentido véase los comentarios al artículo 201 de Javier Alva Orlandini, en AA.VV., *La Constitución comentada*, p. 1119.

<sup>50</sup> Véanse los artículos. 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

cualquier letrado como magistrado del Tribunal Constitucional, lo cual afecta la finalidad de los requisitos que se sustentan en el conocimiento académico o la experiencia judicial necesaria para ejercer dicha función; por otro lado, cabe añadir que estos requisitos tampoco constituyen una garantía suficiente para que su labor sea desempeñada por un juez o jurista de reconocida trayectoria, unos criterios que sí se tienen en cuenta en el derecho anglosajón. En lo que respecta al procedimiento de elección, tampoco se ha propuesto que sea una atribución compartida por las principales funciones del Estado (Ejecutiva, Legislativa y Judicial)<sup>51</sup>, ya que el Congreso es el único encargado de nombrar a los siete magistrados del Tribunal para que controlen su propia producción legislativa. En realidad, sea cuales sean los candidatos, deberán estar respaldados por una mayoría parlamentaria, en un Congreso multipartidario, que puede bloquear más de una terna para su elección.

Cabe añadir que los magistrados son irrecusables, pero pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tenga interés directo o indirecto o por causal de decoro. Tampoco pueden dejar de votar, debiendo hacerlo ya sea a favor o en contra en cada oportunidad. Los fundamentos de voto y los votos singulares se emiten con la resolución<sup>52</sup>.

### *B) LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES*

Las competencias del Tribunal Constitucional peruano son más amplias que su antecesor de 1979 y en la actualidad se aproxima al modelo español de la Constitución de 1978. Nos encontramos ante un órgano de control de la constitucionalidad, máximo garante de los derechos y órgano que resuelve los eventuales conflictos de competencia entre los órganos del Estado. Si el Tribunal es el máximo intérprete de la Constitución es evidente que sus funciones no pueden quedar solo circunscritas al control de constitucionalidad de las leyes, sino, más bien, al desarrollo y protección de los derechos y libertades mediante el conocimiento, en última y definitiva instancia nacional, de los procesos constitucionales reconocidos en la Carta de 1993. De igual manera, la atribución de interpretar la norma fundamental lo lleva a poner fin a los posibles conflictos de competencia entre las instituciones estatales reconocidas en la Carta Magna. En el derecho comparado también descubrimos la misma tendencia para dotar a los tribunales constitucionales de unas funciones adicionales y evitar la

---

<sup>51</sup> El Tribunal Constitucional propuesto en el artículo 296 de la Constitución peruana de 1979 (denominado Tribunal de Garantías Constitucionales), estaba compuesto por nueve miembros, elegidos por tercios, y propuestos por el Congreso, el Ejecutivo y la Corte Suprema.

<sup>52</sup> Véase el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

capacidad ociosa de un órgano reconocido como el máximo intérprete constitucional; por ejemplo, los tribunales austriaco y alemán, además de sus clásicas atribuciones, también se ocupan de conocer los procedimientos acusatorios contra las altas magistraturas, la fiscalización electoral y la declaración de inconstitucionalidad de determinados partidos políticos<sup>53</sup>.

Las funciones del Tribunal Constitucional peruano son las siguientes:

- 1) El órgano de control de la constitucionalidad: la Constitución peruana establece que es el órgano de control de la Constitución, una definición desafortunada, pues lo que controla es la constitucionalidad de las leyes o normas con rango de ley, que vayan en contra de las disposiciones constitucionales, dado que, en principio, nada de lo establecido en la Carta Magna debería ser objetable o viciado de inconstitucionalidad<sup>54</sup>; por esa razón, para poder controlar el ejercicio del Poder Legislativo, tendrá que interpretar las leyes o normas con rango de ley. Y si su interpretación es contraria a la del Legislativo, debería resolver tal controversia por ser también un órgano para la solución de conflictos<sup>55</sup>. En la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional descubrimos unas disposiciones que permiten deducir su naturaleza de intérprete constitucional más allá de las competencias tradicionales de un órgano de control:

a) “El efecto vinculante: el artículo VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional establece que la Judicatura deberá aplicar aquellas normas cuya conformidad con la Carta de 1993 haya sido declarada por una sentencia del máximo intérprete de la Constitución”<sup>56</sup>.

b) Un supremo intérprete constitucional reforzado con más competencias: el primer artículo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional declara su calidad de supremo intérprete<sup>57</sup>; una atribución que condiciona el sentido y alcance de la interpreta-

<sup>53</sup> Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones de Teoría Constitucional*, 4ª ed., p. 291.

<sup>54</sup> ABAD YUPANQUI, *op. cit.*, p. 192.

<sup>55</sup> “Este Tribunal tiene dicho que una de las funciones que la Constitución le ha asignado, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad, es su función pacificadora. Para el cumplimiento efectivo de tal cometido, se vale solo de la Norma Fundamental y del modelo de sociedad que ella tiene consagrado detrás del reconocimiento de derechos”. Exp. n.º 01776-2004-AA/TC, Fundamento jurídico n.º 2.

<sup>56</sup> Antes que la nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional (Ley n.º. 28301) estableciera formalmente que es el supremo intérprete de la Carta de 1993, muchas de sus resoluciones anteriores habían declarado esa atribución.

<sup>57</sup> Esta disposición está inspirada en el artículo primero de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.

ción que la judicatura realice a las leyes o normas con rango de ley<sup>58</sup>. Por otra parte, con relación a las competencias del Tribunal Constitucional, el artículo 202 de la Constitución establece que le corresponde conocer en única instancia la acción de inconstitucionalidad, conoce también, en última instancia, las resoluciones denegatorias de las acciones de garantía constitucional y resolver los conflictos de competencia entre órganos del Estado<sup>59</sup>. De todas ellas, solo el control constitucional de las normas es la función que dio origen a los tribunales constitucionales.

Finalmente, para declarar la inconstitucionalidad de una ley, necesitará de cinco votos conformes, de no alcanzarse esa mayoría calificada se declarará infundada la demanda de inconstitucionalidad<sup>60</sup>.

- 2) El Tribunal Constitucional como garante de derechos: de acuerdo con el artículo 202 de la Constitución, está facultado para conocer en última instancia las resoluciones denegatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento. En sentido material, de acuerdo con el número de sentencias expedidas hasta el momento, la función de último garante de los derechos y libertades es la atribución que más ejerce<sup>61</sup>. En efecto, la mayoría de causas vistas por el Tribunal actual corresponden a casos de amparo, en menor medida por *habeas corpus*, acciones de cumplimiento y, por último, las acciones de inconstitucionalidad. Por tanto, en la práctica, cumple las funciones de última instancia para conocer las acciones de garantía denegadas por la judicatura<sup>62</sup>.
- 3) Como tribunal para la solución de conflictos: pese a existir antecedentes formales en la Constitución de 1920<sup>63</sup>, es una nueva

<sup>58</sup> Véase el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional peruano (Ley n.º 28301).

<sup>59</sup> Véase el artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>60</sup> Véase el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>61</sup> De la totalidad de sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional peruano, un 95% de ellas resuelven acciones denegatorias de las acciones de *habeas corpus*, *habeas data*, amparo y cumplimiento.

<sup>62</sup> "(...) conforme lo establece la doctrina universalmente aceptada, no hay zona ni isla exentas de control de la constitucionalidad; y, por lo tanto, este Colegiado no puede dejar de tutelar los derechos fundamentales enumerados por el artículo 2 ni los implícitos aludidos por el artículo 3 de nuestra Ley Fundamental, puesto que así lo dispone tanto el artículo 201 de la Constitución, como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional n.º 28301". Exp. n.º 06292-2006-AA/TC. Fundamento jurídico n.º 8.

<sup>63</sup> En efecto, el artículo 150 de la Constitución peruana de 1920 establecía que corresponde "(...) a la Corte Suprema resolver las competencias que se susciten entre el Poder

atribución en comparación al modelo de la Carta de 1979. Por ejemplo, los conflictos de competencias que pueden suscitarse en un Estado unitario, como el peruano, como son aquellos entre el gobierno central y los gobiernos locales o regionales. El problema surge cuando es el propio Tribunal Constitucional quien tiene un conflicto de competencias con otra institución, como los acontecidos con el Jurado Nacional de Elecciones; en esos casos no está prevista una solución jurídica dado que no se puede ser juez y parte en una misma causa<sup>64</sup>.

### C) *LOS TIPOS DE SENTENCIAS* *Y SU EVOLUCIÓN HACIA UN LEGISLADOR POSITIVO*

Las funciones del Tribunal Constitucional previstas por el constituyente de 1993, concretamente, nos referimos a la defensa de la Constitución de 1993 por medio de sus resoluciones contra las normas que la contravengan por la forma o el fondo, ha dado lugar con el tiempo a una evolución similar a la que viene ocurriendo en los tribunales constitucionales europeos, cuando se atribuyen funciones de legislador positivo gracias a sus nuevos y variados tipos de sentencias. Un trabajo de interpretación más cercano al desempeñado por el Tribunal Supremo estadounidense con su Constitución de 1787. Entre los tipos de resoluciones más conocidos nos encontramos con las llamadas sentencias manipulativas, que buscan conciliar una norma inconstitucional armonizándola por medio de la interpretación (ya sea reduciendo su alcance normativo, declarando la nulidad de una o más palabras, derogando normas que deriven de la disposición legal impugnada, desechando una interpretación contraria al espíritu de la Constitución, etc.). De esta manera, logra salvar la norma y también su debida subordinación a la Constitución, por eso se considera que no solo actúa como intérprete de la Carta Magna, sino, también, de la ley cuando su jurisprudencia da origen a normas de carácter general.

Continuando con los tipos de sentencias del Tribunal Constitucional, también descubrimos aquellas conocidas como interpretativas de desestimación, cuando, en vez de derogar la norma, encuentra una interpretación

---

Ejecutivo y los Concejos Provinciales en el ejercicio de sus funciones autónomas”; también podemos encontrar en la Carta de 1933 la disposición del artículo 154 que establece la competencia del Presidente de la República para “resolver los conflictos que se produzcan entre los Consejos Departamentales”. RUBIO CORREA, *op. cit.*, tomo VI, p. 142.

<sup>64</sup> Sobre los conflictos del Tribunal Constitucional con el Jurado Nacional de Elecciones destacamos las resoluciones n.º 2730-2006-PA/TC, 1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC.

que logre armonizarla con el texto constitucional. Las llamadas sentencias-delegación buscan, en cambio, que se respeten determinados principios con el fin de que la norma tenga coherencia con la Constitución. Otros tipos de sentencias son las llamadas aditivas o acumulativas, cuando el Tribunal determina que la norma tiene un contenido deficiente que afecta la constitucionalidad, por ejemplo, el derecho a la igualdad, salvando dichas omisiones<sup>65</sup>. Las llamadas sentencias aditivas no deben utilizarse cuando sean varias las alternativas normativas viables para completar el vacío legal, ya que de lo contrario estaría ejercitando la elección de una opción política que solo es competencia del Poder Legislativo<sup>66</sup>. Para concluir esta descripción, nos queda comentar las llamadas sentencias desestimatorias con verificación de inconstitucionalidad, en las cuales el Tribunal no deroga la norma por producirse un vacío legal, pero recomienda al Poder Legislativo para que realice los cambios que solicita, advirtiéndole que declarará su derogación en una siguiente oportunidad si dichas recomendaciones no fueron tomadas en cuenta oportunamente.

Como era de esperar, los tipos de resoluciones descritos no han sentado bien a algunas instituciones políticas, en particular al Congreso peruano, lo cual nos lleva a realizar una explicación en torno a la evolución del Tribunal Constitucional en un sistema político en formación. Al respecto, podemos decir que los sistemas constitucionales clásicos, como el estadounidense, no estuvieron exentos de estos problemas a comienzos del siglo XVIII, pues no creemos que al comienzo haya sentado bien al Congreso Federal la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes surgida gracias al caso *Marbury versus Madison* en 1803. De hecho, se trata de una atribución que no fue considerada expresamente por la Convención Constitucional que redactó la histórica Carta de 1787, sino que fue el triunfo de la interpretación judicial. De igual manera, el surgimiento de los tribunales constitucionales especializados europeos dio lugar, en la práctica, a la creación de una nueva instancia, superior, por encima de las cortes supremas en materia de derechos humanos, un modelo de jurisdicción constitucional no exento de recelos por parte de las judicaturas durante sus primeros años de funcionamiento.

---

<sup>65</sup> “El punto de partida para la utilización de esta técnica consiste, al igual que en las sentencias interpretativas, en la distinción entre la disposición legal y la norma que de ella se deriva, de manera tal que las sentencias aditivas, a diferencia de las interpretativas, alteran tanto el significado como el tenor literal de la disposición. Dicha alteración es profunda dado que se elimina una situación restrictiva o negativa”. José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La tipología de las sentencias del órgano de justicia constitucional (especial referencia a las decisiones atípicas)”, p. 703.

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 703.

El Tribunal Constitucional, a semejanza de un organismo vivo, se encuentra en un proceso de evolución, pues a través de los años ha pasado de ser un legislador negativo<sup>67</sup>, previsto por la Carta de 1993, a uno de carácter positivo gracias a la interpretación constitucional<sup>68</sup>. Es una institución todavía nueva en nuestro país y que busca por medio de sus resoluciones ganar espacio en un sistema político joven, un proceso que desea consolidar por medio de sentencias interpretativas que marcan los límites a la literalidad de los conceptos de autonomía, de ciertas resoluciones no susceptibles de impugnación en la vía judicial, y que el Congreso es el principal intérprete de su legislación; pero tampoco debemos olvidar que dichas resoluciones deben ser siempre previsoras para la salud, armonía y estabilidad de todo el sistema jurídico y político.

#### *IV. Una evaluación a la jurisdicción constitucional*

Luego de describir los rasgos y características principales de los dos modelos es tiempo de recordar que la Constitución peruana ha incorporado ambos sin desnaturalizarlos y menos con la pretensión de crear uno nuevo, pero guardan ciertos puntos de contacto que también es necesario precisar, sin contar la necesidad de establecer algunas reformas que sirvan de ajustes y recojan la experiencia acumulada sin olvidar que el nacimiento de la jurisdicción constitucional es fruto del sentido común que nos ayuda a comprender la necesidad de hacer prevalecer los principios del derecho natural como límites al derecho positivo.

---

<sup>67</sup> El carácter de los tribunales constitucionales como legisladores negativos fue atribuido por el mismo Hans Kelsen cuando sostuvo: "(...) un Tribunal que no aplica a un caso concreto una ley en razón de su inconstitucionalidad, o una ordenanza en razón de su ilegalidad, elimina una norma general y opera así también como 'legislador negativo' en sentido material del término 'ley'", Kelsen, *op. cit.*, p. 38.

<sup>68</sup> Se trata de una evolución que no es ajena a los países del primer mundo, como nos explica el profesor Antonio Pereira para el caso del Tribunal Constitucional alemán: "con la pérdida de protagonismo del legislativo –que en Alemania nunca había sido tanto como la Cámara de los Comunes en el siglo XIX–, el incremento del poder del ejecutivo y el papel neutro del Presidente de la República, el Tribunal Constitucional se convirtió en el defensor de la Constitución y garantía de equilibrio entre los diferentes órganos constitucionales. En la práctica es, por tanto, uno de los principales contrapesos al excesivo protagonismo del Canciller (el otro son los *Länder* y el *Bundesrat*)". Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, p. 102.

### A) EL MODELO DUAL O PARALELO EN LA CARTA DE 1993

Los modelos de jurisdicción constitucional son las instituciones que tiene prevista la Carta Magna de una comunidad política para resolver los problemas de una adecuada defensa constitucional, los cuales pueden poseer características y efectos distintos<sup>69</sup>. Como mencionamos al inicio, el profesor Domingo García Belaunde define al modelo de jurisdicción constitucional peruano como dual o paralelo, ya que es aquel que se presenta cuando en el mismo ordenamiento existen en simultáneo tanto el modelo americano y el modelo europeo, pero ambos “sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse”<sup>70</sup>. El modelo europeo fue incorporado a un sistema jurídico que conserva el llamado modelo difuso, sin cruzarse dado que el Poder Judicial conserva el conocimiento y defensa de todos los derechos fundamentales a través del *Habeas corpus*, el Amparo y el *Habeas data* y, al mismo tiempo, la judicatura mantiene el control difuso y de inaplicación de las normas contrarias a la Constitución; por ese motivo no estamos ante un sistema mixto. Por otro lado, la judicatura peruana se mantiene como una institución separada del Tribunal Constitucional, un órgano constitucional autónomo como las funciones legislativa, ejecutiva y judicial. De esta manera, observamos que la jurisdicción constitucional se ejerce en forma paralela por dos instituciones distintas, pero que se vinculan cuando los procesos constitucionales fuesen eventualmente denegados por el Poder Judicial para luego ser conocidos por el Tribunal Constitucional en última instancia del Estado peruano. Por ese motivo, se sostiene que la incorporación del modelo concentrado dentro de un sistema difuso no lo ha contaminado y tampoco adsorbido y por eso debemos reconocer la existencia de un modelo dual o paralelo, cuya primera manifestación se dio con la Constitución de 1979 confirmándose años más tarde con la Carta de 1993<sup>71</sup>.

La teoría y aplicación de la jurisdicción constitucional es una garantía para hacer prevalecer el principio de supremacía constitucional, de lo contrario, sería letra muerta la idea de Constitución como el supremo derecho. Los partidarios de las tesis kelsenianas aplican esta idea a la concepción de norma jurídica fundamental con las mismas consecuencias,

<sup>69</sup> Sobre el concepto de jurisdicción constitucional el profesor Domingo García Belaunde sostiene que son “(...) las formas, usos, estilos o estructuras existentes para analizar, procesar y resolver los problemas que plantea la Constitución y su defensa”. Domingo GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional*, p. 130.

<sup>70</sup> Domingo GARCÍA BELAUNDE, “La Jurisdicción Constitucional y el modelo dual o paralelo”, p. 144.

<sup>71</sup> *Op. cit.*, pp. 144-147.

en específico, para los órganos especializados, encargados de resolver los temas concretos de justicia constitucional. Como se trata de un sistema paralelo o dual, ambos no se mezclan para convertirse en uno nuevo, sino que coexisten y poseen sus propios caminos jurídicos siendo el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, el órgano encargado de determinar la constitucionalidad de una ley, ya que, una vez pronunciada su conformidad con la Carta Magna por medio una sentencia, su decisión será de efecto vinculante a la judicatura y no podría volver a ser inaplicada<sup>72</sup>. Por otra parte, los fallos del Tribunal Constitucional se convierten en un precedente vinculante para ser observados por la judicatura peruana<sup>73</sup>, lo cual se torna en un segundo punto de contacto entre ambos modelos; finalmente, el tercero y definitivo, sería la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declara fundada una acción de garantía denegada por la justicia del Estado peruano y que puso fin a la jurisdicción nacional. Los efectos deberán ser acatados tanto por el Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional<sup>74</sup>.

No debemos olvidar que los jueces pueden controlar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía que la ley. En concreto, nos referimos a los reglamentos, decretos y resoluciones de carácter administrativo que vulneren la ley y la Constitución; para estos casos existe la demanda de acción popular, que tiene, sin embargo, la siguiente reserva: si bien el Tribunal Constitucional puede conocer el última y definitiva instancia las acciones de garantía, podría suscitarse un descontrol si la judicatura declara fundada una resolución inaplicando un reglamento por afectar derechos fundamentales sin que pueda tomar conocimiento y ser confirmado por el máximo garante de los derechos y libertades,

---

<sup>72</sup> En efecto, el artículo 6 del título preliminar el *Código Procesal Constitucional* establece: "(...) los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular".

<sup>73</sup> La primera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que los "jueces y [t]ribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad".

<sup>74</sup> El artículo 115 del *Código Procesal Constitucional* establece: "las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quién a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley N.º 27775 que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales".

solo por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, cuando sube a consulta<sup>75</sup>. En este supuesto, observamos que no existe un punto de contacto entre ambos modelos (difuso y concentrado) que pueda ser detectado a tiempo. Un problema que dejamos planteado por exceder las pretensiones de este trabajo.

### B) *LOS TEMAS PENDIENTES PARA UNA EVENTUAL REFORMA*

El carácter de máximo intérprete de la Constitución ha llevado a ciertos sectores a sostener que la función de control constitucional que ejerce el Tribunal carece irónicamente de un control superior; en otras palabras, que no está previsto en la Constitución quién controla al llamado controlador. En realidad, si bien algunas polémicas resoluciones del Tribunal han motivado este tipo de cuestionamientos, debemos sostener que sí existen instancias superiores, conocidas como supranacionales<sup>76</sup>, para poder revertir una decisión que haya afectado los derechos y libertades de los ciudadanos y que se encuentran amparadas en la Constitución de 1993<sup>77</sup>. Los ciudadanos pueden acceder a la jurisdicción supranacional para que dichos tribunales internacionales, reconocidos por el Estado peruano gracias a los tratados, conozcan los casos de violación a los derechos

---

<sup>75</sup> “Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley”. Artículo 3 del *Código Procesal Constitucional* peruano.

<sup>76</sup> Al respecto, el artículo 113 del *Código Procesal Constitucional* peruano establece: “para los efectos de lo establecido en el artículo 205 de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado peruano, son: el Comité de Derecho Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú”.

<sup>77</sup> El artículo 205 de la Constitución de 1993 establece: “agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

humanos una vez agotada la jurisdicción interna<sup>78</sup>. Dado el caso, cuando un organismo internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, declare fundada la pretensión de un ciudadano no solo se estaría reconociendo una violación a los derechos y libertades, sino, además, se estaría produciendo un efecto corrector para una equivocada decisión del Tribunal Constitucional<sup>79</sup>.

### 1) El llamado Control de Convencionalidad

Una prueba de la creciente influencia de la Corte es la aplicación del llamado Control de Convencionalidad, una consecuencia del deber de los estados signatarios de la Convención Americana en sus compromisos internacionales de respeto, protección y garantía a los derechos y libertades. El reconocimiento de dicho Control se produjo gracias al voto concurrente de la sentencia *Myrna Mack Chang vs Guatemala* (2003), argumentándose:

“no es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de los órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte Interamericana”<sup>80</sup>.

La Corte se pronunció nuevamente sobre este instituto tres años tarde, con la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs Chile* (2006), sosteniendo:

“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 urgentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como

<sup>78</sup> El artículo 24 del *Código Procesal Constitucional* peruano establece que “la resolución del Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre el fondo agota la jurisdicción nacional”.

<sup>79</sup> El artículo 115 del *Código Procesal Constitucional* peruano dispone: “las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quién a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley N.º 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales”.

<sup>80</sup> Véase el párrafo 27 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objetivo 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 esa 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”<sup>81</sup>.

El control de convencionalidad, como institución jurídica internacional, se convierte en una herramienta que permite a la Corte comparar el contenido de los derechos humanos reconocidos en la Convención, con el ordenamiento jurídico nacional presidido por la Constitución; un ejercicio judicial que en el fondo no difiere del control de constitucionalidad que conocemos, pero aplicado desde un órgano supranacional reconocido por el Estado miembro, que conlleva también al deber de los jueces nacionales para inobservar las disposiciones legales cuyo contenido sea contrario a las normas de protección y garantía a los derechos y libertades. En ese sentido, el Estado peruano debe respetar la competencia contenciosa de dicha instancia supranacional, pues se ha comprometido al cumplimiento de sus resoluciones gracias a su efecto vinculante; por eso, no debemos olvidar que los tratados internacionales son ley entre los Estados firmantes y, si versan sobre derechos humanos, son, además, de cumplimiento y observancia obligatoria (normas de *ius cogens*).

## 2) El procedimiento de elección

El procedimiento de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional también debería ser sujeto a una revisión y reforma. Si bien se sostiene que debe ser el Consejo Nacional de la Magistratura el órgano encargado de la selección de candidatos que serán enviados al Congreso para su votación, no debemos olvidar que los constituyentes de 1993 optaron por un procedimiento de elección que contiene una clara carga política. En la práctica, los partidos deberán pactar y repartir sus cuotas de poder por uno o más candidatos hasta ocupar las vacantes libres. La propuesta de participación del Consejo Nacional resolverá el primer problema (la selección de los mejores candidatos), pero al final se impondrá el apoyo político de los partidos con representación en el Congreso. Por eso, si no

<sup>81</sup> La sentencia Almonacid Arellano y otros vs Chile, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006, en concreto párrafo 124.

hubiese acuerdo para modificar este procedimiento proponemos que los candidatos electos como magistrados permanezcan de manera vitalicia en sus cargos mientras “observen buena conducta”<sup>82</sup>, parafraseando a la Constitución estadounidense. La razón es simple, con el paso del tiempo “los políticos pasan, pero los jueces se quedan”; es decir, la independencia de un magistrado electo se fortalecerá en la medida que se distancie en el tiempo de los grupos políticos que apoyaron su candidatura. Es probable que esta propuesta suene poco convincente en un escenario de cultura europea continental, iberoamericana en concreto, pero no así desde un punto de vista anglosajón donde sus ciudadanos son más sensibles a conocer y dar su opinión sobre los magistrados que eventualmente podrán juzgarlos en el futuro; en el mismo sentido, citando los argumentos de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay para la Corte Suprema estadounidense:

“la consideración esencial debe consistir en escoger el sistema de elección que mejor garantice que se logran estos requisitos; (...) porque la tenencia permanente en los cargos (...) debe hacer desaparecer bien pronto toda sensación de dependencia respecto de la autoridad que los confiere”<sup>83</sup>.

Sobre el impacto y finalidad de sus resoluciones, dentro del contexto iberoamericano, debemos tener presente que los tribunales constitucionales nacieron para mantener la institucionalidad jurídica, así como la estabilidad política y económica, respetando el contenido constitucional de los derechos, lo cual debe lograrse por medio de resoluciones que favorezcan una interpretación previsora, es decir, que considere las consecuencias de sus decisiones o la verificación de sus resultados<sup>84</sup>. Para finalizar, solo nos quedaría decir que, si bien el origen del sistema de jurisdicción constitucional no fue previsto expresamente en la Constitución estadounidense, más preciso en la revisión judicial de las leyes, sino producto de una resolución judicial (*Marbury versus Madison*, 1803) debemos tener en cuenta que su nacimiento fue producto de la solución de un caso aplicando los criterios de la justicia procesal, pues no era la libertad la que estaba en juego, sino la jerarquía constitucional; pese a ello, la inaplicación de las leyes procede contra cualquier disposición constitucional, incluyendo las relativas a los derechos humanos, como se aplicaría años más adelante gracias a la práctica judicial.

Pero el fundamento de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, surgida gracias a la sentencia de 1803, no debe hacernos per-

<sup>82</sup> *Constitución de Estados Unidos de América* de 1787, artículo 3, primera sección.

<sup>83</sup> HAMILTON, MADISON, JAY, *op. cit.*, p. 220.

<sup>84</sup> Néstor SAGÜÉS, *La Interpretación Judicial de la Constitución*, p. 122.

der de vista que posee un profundo significado de la Constitución: es la persona humana la que, desde hace siglos, se encuentra haciendo frente a las arbitrariedades de quien ejerce el poder. A modo de ejemplo, en la literatura encontramos un pasaje que explica la primacía de la libertad frente al uso arbitrario del poder. Nos referimos a la libertad que dio el Quijote de la Mancha a unos hombres que iban de manera forzada a trabajar a las galeras. Como se recordará en la novela, luego de escuchar y cuestionar las razones de la detención y la desproporción del castigo, el Quijote resuelve que como una de las partes de la prudencia es que lo que se puede hacer por bien no se haga por mal,

“(...) quiero rogar a estos señores guardianes y comisario sean servidos de desataros y dejaros ir en paz; que no faltarán otros que sirvan al Rey en mejores ocasiones; porque me parece duro caso hacer esclavos a los que Dios y naturaleza hizo libres”<sup>85</sup>.

Si bien la actitud del Caballero de la Triste Figura asumió la función de un juez que conoce un *habeas corpus*<sup>86</sup>, nos damos cuenta de que el problema fue resuelto inaplicando una disposición del Monarca por oponerse a unos valores superiores (la libertad) que hoy encontramos en las disposiciones constitucionales. Es cierto que lo citado corresponde a un pasaje de la literatura universal, pero posee la profundidad suficiente para comprender que las instituciones constitucionales surgen del sentido común y que tienen su fundamento en el derecho natural para resolver un problema concreto, especialmente cuando las libertades se encuentran en juego.

## V Referencias bibliográficas

- AA.VV, *La Constitución comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, tomo II.
- ABAD Y YUPANQUI, Samuel, “La jurisdicción constitucional en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balance y perspectivas”, en ÉL MISMO, *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995.
- ABRAHAM, Henry, *The judicial process*, 7<sup>a</sup> ed., New York, Oxford University Press, 1998.
- BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

<sup>85</sup> Cfr. Miguel de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*, p. 207.

<sup>86</sup> En la actualidad, la acción de Sancho Panza equivaldría a una demanda de *habeas corpus*, interpuesta en forma oral, cuando pone en conocimiento el destino de los galeotes al juez Don Quijote.

- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, César HIGA SILVA, “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en ÉL MISMO, *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional, Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*, n.º 1, Lima, Palestra del Tribunal Constitucional, 2007.
- CARPIO MARCOS, Edgar: “El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional”, en AA.VV: *Introducción a los procesos constitucionales, comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Jurista editores, 2005.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”, en ÉL MISMO, *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional, Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*, n.º 1, Lima, Palestra del Tribunal Constitucional, 2007.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2ª ed., Lima, Palestra Editores, 2006, tomo I.
- CERVANTES, Miguel de, Don Quijote de la Mancha, edición del Centenario, Madrid, Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, Alfaguara, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, “Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional” en ÉL MISMO, *La Constitución de 1993: Análisis y comentarios*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, volumen 2.
- DEUTSCH, Karl, *Política y Gobierno*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002,
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La tipología de las sentencias del órgano de justicia constitucional (especial referencia a las decisiones atípicas)”, en *Revista Jurídica*, n.º 34, Lima, Colegio de Abogados de la Libertad, enero 1996-julio 1999.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco y Domingo GARCÍA BELAUNDE (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Colección Fundap, 2002.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La Jurisdicción Constitucional en Perú” en Francisco FERNÁNDEZ SEGADO y Domingo GARCÍA BELAUNDE (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La Jurisdicción Constitucional y el modelo dual o paralelo” en AA.VV., *La Justicia Constitucional a finales del siglo XX*, Lima, Palestra Editores, 1998.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)”, en *Historia Constitucional*, n.º 4, junio 2003, revista electrónica. Disponible en <http://hc.rediris.es>

- HAMILTON, Alexander, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.
- LANDA, César, Aníbal QUIROGA LEÓN (comp.), *Sobre la Jurisdicción constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990.
- LANDA, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999
- MACGREGOR BURNS, James *et al.*, *Government by the People*, New Jersey, Prentice Hall, 1998.
- PEGORARO, Lucio, *Ensayos sobre Justicia Constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, 2006.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, 3ª ed., Madrid Editorial Colex, 1997. También hemos considerado la cuarta edición, revisada, ampliada y publicada el año 2006 por la misma casa editorial.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, 2003.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Temas de Derecho Constitucional Español*, Santiago de Compostela, Follas Novas, 1996.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal (comp.), *Sobre la Jurisdicción constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal, “Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano” en Aníbal QUIROGA LEÓN (comp.): *Sobre la Jurisdicción constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, p. 159.
- RUBIO, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, tomo v.
- SAGÜES, Néstor, *La Interpretación Judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998,
- SAGÜES, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, sentencia Exp. n.º 00047-2004-AI/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, sentencia Exp. n.º 1124-2001-AA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Sentencia, Exp. n.º 3741-2004-AA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, sentencia Exp. n.º 01776-2004-AA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, sentencia Exp. n.º 06292-2006-AA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, resolución n.º 2730-2006-PA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, resolución n.º 1078-2007-PA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, resolución n.º 3283-2007-PA/TC.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, sentencia *Marbury versus Madison* (1803).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia Almonacid Arellano y otros vs Chile (2006)

*TEXTOS NORMATIVOS*

*Código Civil de Perú* de 1936.

*Constitución de los Estados Unidos de América* de 1787.

*Constitución Política de Perú* de 1979.

*Constitución Política de Perú* de 1993.

*Código Procesal Constitucional* peruano.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional peruano (Ley n.° 28301).

Ley n.° 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

Ley n.° 27780 del 12 de julio de 2002.

# EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA

## THE JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONALITY IN ARGENTINA

*Juan Santiago Ylarri\**

### *Resumen*

Con el objetivo de analizar el control judicial de constitucionalidad en Argentina, se estudiará la organización del Poder Judicial, en particular el modo de designación y remoción de los magistrados de la Corte Suprema y de los tribunales federales inferiores. Además, se desarrollarán las características del sistema de control de constitucionalidad argentino, así como el requisito de “caso”, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio por parte de los tribunales, y el debate respecto de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema. A su vez, se analizará la jurisdicción originaria y por apelación de dicha Corte. Finalmente, se hará referencia a dos mecanismos introducidos recientemente por el máximo tribunal que ayudan a legitimar la actuación del Poder Judicial.

Palabras claves: Control de constitucionalidad, Poder Judicial, Legitimación, Precedente, Jurisdicción

### *Abstract*

The purpose of this paper is to analyze judicial review in Argentina. The organization of the Judicial Power, in particular the procedure of appointment and removal of the judges of the Supreme Court and lower federal courts will be studied. The characteristics of judicial review system in Argentina will be developed, as well as the case or controversy requirement, the declaration of unconstitutionality ex officio by Courts, and the debate on whether precedents of the Supreme Court are mandatory. Also, the Supreme Court's original and appellate jurisdiction will be analyzed. Finally, reference will be made to two mechanisms recently introduced by the Supreme Court that helps legitimize the performance of the Judiciary.

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Artículo recibido el 27 de mayo de 2019 y aceptado para su publicación el 3 de agosto de 2019. Correo electrónico: [juanylarri@derecho.uba.ar](mailto:juanylarri@derecho.uba.ar).

Keywords: Judicial Review, Judicial branch, Standing, Precedent, Jurisdiction

## *1. Introducción*

Este año se cumplen veinticinco años de la última reforma constitucional de Argentina, momento propicio para evaluar la evolución del control judicial de constitucionalidad y los cambios que se han producido desde los orígenes de la Constitución y, en especial, la incidencia de la reforma constitucional en el tema. Son distintas las cuestiones que se abordarán en el trabajo. En primer lugar, se analizará brevemente la organización de los tribunales federales en Argentina, en particular, el modo de designación y remoción de los magistrados de la Corte Suprema y de los tribunales federales inferiores. A su vez, se desarrollarán las características del sistema de control de constitucionalidad de dicho país, prestando particular importancia a los alcances del requisito de “caso judicial”, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio por parte de los tribunales, así como el debate respecto de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema. Asimismo, se referirán las vías de acceso a la mencionada Corte, sea a través de su competencia originaria y exclusiva, o por apelación, la cual puede ser ordinaria o extraordinaria. Finalmente, se hará mención de dos mecanismos introducidos por el máximo tribunal en los últimos tiempos, que ayudan a legitimar la actuación del Poder Judicial.

## *2. El Poder Judicial y el sistema de nombramiento y remoción de jueces*

### *2.1. LA ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL*

La Constitución argentina ha adoptado la clásica división tripartita de poder en el Legislativo, Ejecutivo y Judicial<sup>1</sup>. Mientras que la primera parte del texto constitucional desarrolla las declaraciones, derechos y garantías; la segunda establece las autoridades de la nación, por un lado, el gobierno federal y, por el otro, los gobiernos de provincia. Respecto del primero de

---

<sup>1</sup> Al respecto, cfr. “La división de poderes en la emergencia económica en Argentina”, pp. 235-262. Disponible en [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919316000093?via%3Dihub](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919316000093?via%3Dihub).

ellos, se regula el Legislativo, seguido del Ejecutivo y, por último, la rama Judicial, que abarca los artículos 108 a 119 de la Constitución.

El Poder Judicial se compone de una serie de órganos que forman parte del gobierno federal y que ejercen una función del poder del Estado. Esta es la “administración de justicia”, “jurisdicción” o “función jurisdiccional”. A ello, se añade, a partir de la reforma de 1994, el Consejo de la Magistratura, regulado en el artículo 114, y el jurado de enjuiciamiento, previsto en el artículo 115<sup>2</sup>. De esta forma, la Constitución le encomienda al Poder Judicial, conforme lo establece el preámbulo, afianzar la justicia<sup>3</sup>.

La Constitución establece que el Poder Judicial de la nación:

“será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”<sup>4</sup>.

De aquí, se deriva que la Corte Suprema es el único tribunal que se encuentra expresamente previsto por la Constitución, lo que implica que no podría ser suprimida por una ley del Congreso. Distinto es el caso de los demás tribunales “inferiores”, los cuales se encuentran subordinados a esta Corte y dependen de que el Congreso de la nación los establezca<sup>5</sup>. Sobre la organización de estos tribunales, caben destacar la Ley 27<sup>6</sup>, dictada en 1862, sobre la organización de la justicia nacional; la Ley 48<sup>7</sup>, de 1863, sobre la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales; la Ley 4055<sup>8</sup>, de 1902, sobre reformas de la justicia nacional y la creación de cámaras de apelaciones; la Ley 13998<sup>9</sup>, de 1950, que estableció una nueva organización de la justicia nacional; y el decreto Ley 1285/58<sup>10</sup>, que reorganizó la justicia nacional, el cual tuvo numerosas modificaciones<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 331.

<sup>3</sup> Sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar que en Argentina los gobiernos de provincia ejercen la potestad ejecutiva, legislativa y, también, la judicial, lo que implica que cada provincia puede determinar el sistema de control de constitucionalidad en su jurisdicción. Por el contrario, en otros países, por ejemplo, en España, la función de administrar justicia es una competencia exclusiva del Estado central. Cfr. Juan YLARRI, “El federalismo argentino y el sistema autonómico español: similitudes y diferencias, con especial referencia a los Estatutos de Autonomía”.

<sup>4</sup> Constitución Política de Argentina, artículo 108.

<sup>5</sup> En efecto, el artículo 75, inciso 20 de la CA determina que le corresponde al Congreso: “Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia...”.

<sup>6</sup> Registro Nacional, 1857-1862, tomo IV, p. 496.

<sup>7</sup> Registro Nacional, 1863-1869, p. 49.

<sup>8</sup> Registro Nacional, 1902-I, p. 100.

<sup>9</sup> B.O., 11 de octubre de 1950.

<sup>10</sup> B.O., 7 de febrero de 1958.

<sup>11</sup> En particular, véanse las leyes 15271 (B.O. 9 de febrero de 1960, 21.341 (B.O. 30 de junio de 1976), 21613 (B.O. 11 de agosto de 1977), 2.628 (B.O. 31 de agosto de

A su vez, entre otras cuestiones, la Constitución regula lo atinente a la inamovilidad y remuneración de los jueces<sup>12</sup>, establece los requisitos para ser miembro de la Corte Suprema<sup>13</sup>, y le reconoce la facultad para dictar sus propios reglamentos<sup>14</sup>. Debe destacarse, también, de forma particular el artículo 109 de la Constitución, el cual fija una estricta separación del Poder Judicial con el Poder Ejecutivo<sup>15</sup>. Sin perjuicio de ello, dicha circunstancia no obsta a la existencia de tribunales administrativos, siempre, claro está, que exista un control judicial suficiente, conforme lo ha establecido el máximo tribunal en la causa “Fernández Arias”<sup>16</sup>.

---

1977), 21708 (B.O. 28 de diciembre de 1977), 23498 (B.O. 23 de junio de 1987), 23637 (B.O. 2 de diciembre de 1988), 24050 (B.O. 7 de enero de 1992), 24053 (B.O. 20 de enero de 1992), 24289 (B.O. 29 de diciembre de 1993), 24290 (B.O. 29 de diciembre de 1993), 24463 (B.O. 30 de marzo de 1995), 24655 (B.O. 15 de julio de 1996), 26853 (B.O. 17 de mayo de 2013), 27146 (B.O. 18 de junio de 2015), 27150 (B.O. 18 de junio de 2015), 27308 (B.O. 16 de noviembre de 2016) y 27500 (B.O. 10 de enero de 2019).

Con relación a la organización de la justicia federal, véase el reciente trabajo de Alberto B. BIANCHI, “Un apunte sobre la organización de los tribunales federales”. El autor, también ha estudiado la influencia que las instituciones judiciales estadounidenses han tenido en las de Argentina en su trabajo “La organización de los tribunales federales en los Estados Unidos”.

<sup>12</sup> Artículo 110 de la CA: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

<sup>13</sup> Artículo 111 de la CA: “Ninguno podrá ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, sin ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador”.

<sup>14</sup> Artículo 113 de la CA: “La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados”.

<sup>15</sup> Artículo 109 de la CA: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

<sup>16</sup> CSJN, Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José (Suc), 19/9/1960, Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos) tomo 247, p. 646. Más adelante en el tiempo, la Corte señaló que, si bien el artículo 109 CN prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales, resulta válido otorgar facultades jurisdiccionales a órganos de la administración “siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente” (CSJN, Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Secretaría de Energía y Puertos, 5 de abril de 2005, Fallos: 328:651).

## 2.2. NÚMERO DE MIEMBROS DE LA CORTE SUPREMA

En cuanto al número de magistrados de este organismo, originariamente la Constitución de la Confederación Argentina de 1853 había dispuesto un número concreto de jueces, estableciéndolo en nueve jueces y dos fiscales. La Constitución de 1860 dejó sin efecto esta disposición, dejando librado al Poder Legislativo la determinación de dicho número. La ley 27 estableció cinco jueces y un procurador general. La Ley 15271<sup>17</sup> de 1960 fijó su cantidad en siete miembros, los cuales fueron nuevamente reducidos a cinco por la Ley 16895<sup>18</sup> de 1966. Con posterioridad, en el año 1990, la Ley 23774<sup>19</sup> elevó el número a nueve, tal como es el caso de la Corte estadounidense. Finalmente, mediante la Ley 26183<sup>20</sup> se volvió a cinco miembros<sup>21</sup>. En la actualidad, la Corte Suprema de Justicia de la nación se encuentra compuesta por los ministros: Carlos Rosenkrantz, Elena Highton de Nolasco, Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti.

## 2.3. FORMA DE DESIGNACIÓN DE LOS MINISTROS Y DE LOS JUECES DE LOS TRIBUNALES INFERIORES

Con anterioridad a la reforma de 1994, la Constitución Argentina establecía que los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales inferiores eran designados por el Presidente con acuerdo del Senado<sup>22</sup>. A partir de la reforma, según lo dispone el artículo 99, inciso 4 de la Constitución, los magistrados de la mentada Corte son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. El mismo precepto establece también que:

“nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos”.

Es decir, que para la elección de los ministros del máximo tribunal, a diferencia del nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores existen diversas particularidades: no interviene el Consejo de la Magistra-

<sup>17</sup> B.O. 9 de febrero de 1960.

<sup>18</sup> B.O. 7 de julio de 1966.

<sup>19</sup> B.O. 16 de abril de 1990.

<sup>20</sup> B.O. 18 de diciembre de 2006.

<sup>21</sup> Néstor Pedro SAGÜES, *Manual de Derecho Constitucional*, pp. 396-397.

<sup>22</sup> Artículo 83, inciso 5.

tura, sino que la propuesta es potestad exclusiva del Poder Ejecutivo; se requiere una mayoría agravada –dos tercios de los senadores presentes–; y el acuerdo de la Cámara de Senadores debe tratarse en una sesión específica para el tema, que es pública. Por otro lado, el artículo 111 de la Constitución dispone que para ser miembro de la Corte Suprema se requiere ser abogado de la nación “con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador”<sup>23</sup>.

El ejercicio de la atribución del Poder Ejecutivo fue reglamentada mediante el decreto 222/03<sup>24</sup>, el cual buscó establecer parámetros a tener en cuenta para una mejor selección del candidato propuesto de modo que su designación contribuya fehacientemente en un efectivo mejoramiento del servicio de justicia, cuya garantía debe el Estado proveer a los ciudadanos, al fortalecimiento del sistema republicano y al incremento de la calidad institucional, según se señala en los considerandos de la medida. En la norma mencionada se dispuso que al momento de la consideración de cada propuesta se tenga presente, “en la medida de lo posible”, la composición general de la Corte Suprema para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros permita reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal<sup>25</sup>.

En lo que respecta a la designación de los jueces federales de los tribunales inferiores, es dable destacar que la Ley 24937<sup>26</sup> –con sus modificaciones<sup>27</sup>– reglamenta el funcionamiento del Consejo de la Magistratura. En su artículo 13 se regula la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial, donde se fijan las bases fundamentales del procedimiento de selección. La cuestión fue reglamentada por la resolución 7/2014<sup>28</sup>, dictada por el Consejo de la Magistratura<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> Cabe hacer una breve alusión a los conjueces de la Corte Suprema. El artículo 22 del decreto ley 1285/58 dispone que para los casos de recusación, excusación, vacancia o licencia de los jueces, el tribunal se integra mediante sorteo entre los presidentes de las cámaras nacionales de apelación en lo federal de la ciudad de Buenos Aires, y los de las cámaras federales del resto del país. Si no se integrare de tal modo, la norma estipula que se practicará sorteo entre una lista de conjueces. Estos, que son diez, resultan designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Deben reunir las condiciones constitucionales para acceder a la Corte, y su nombramiento tiene una duración de tres años.

<sup>24</sup> B.O. 20 de junio de 2003.

<sup>25</sup> Artículo 3°.

<sup>26</sup> B.O. 6 de enero de 1998.

<sup>27</sup> Leyes 26080 (B.O. 27 de febrero de 2006) y 26855 (B.O. 27 de mayo de 2013). Con relación al equilibrio en la composición de este órgano, cfr. Juan Ylari “El equilibrio en la composición del Consejo de la Magistratura”.

<sup>28</sup> B.O. 25 de marzo de 2014.

<sup>29</sup> Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde señalar que muchas veces los tribunales inferiores de la nación son integrados de modo transitorio por jueces subrogantes en caso

#### 2.4. DURACIÓN EN EL CARGO DE LOS JUECES Y FORMA DE REMOCIÓN

El artículo 110 de la Constitución dispone que los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, del mismo modo que lo establece la Constitución estadounidense<sup>30</sup>.

En relación con ello, la reforma constitucional de 1994 introdujo una previsión que determina que una vez que, tanto los magistrados de la Suprema como los demás jueces de los tribunales inferiores, cumplan los setenta y cinco años de edad, para mantenerse en el cargo es necesario un nuevo nombramiento del Poder Ejecutivo con la conformidad del Senado, y que esos nombramientos se hacen por cinco años, pudiendo repetirse indefinidamente por el mismo trámite.

Es preciso detenerse en este punto, pues ha suscitado controversias y diversos pronunciamientos, incluso, al interior de dicho organismo. El máximo tribunal se expidió sobre aquella norma en el año 1999, en una acción declarativa de certeza iniciada por el entonces ministro de dicha Corte, Carlos Fayt. En aquel caso, el máximo tribunal consideró que la cláusula citada había sido inválidamente introducida en la reforma constitucional de 1994<sup>31</sup>. Así, la Corte Suprema afirmó que la sanción explícita de nulidad contenida en el artículo 6 de la Ley 24309<sup>32</sup>, declarativa de la necesidad de la reforma, para todo aquello que comportase una modificación, derogación

---

de licencia, suspensión, vacancia, remoción u otro impedimento de sus jueces titulares. El abuso de esta figura ha llevado a la Corte Suprema en los últimos años a dictar tres trascendentes pronunciamientos referidos a la cuestión, en particular, los casos Rosza, Carlos A. y otro s/ recurso de casación, 23 de mayo de 2007, Fallos: 330:2361; Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN -CSJN- Consejo de la Magistratura - art. 110 s/ empleo público, 21 de abril de 2015, Fallos: 338:284 y Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad, 4 de noviembre de 2015, Fallos: 338:1216. En la actualidad, la cuestión se encuentra regida por la Ley 27439 (B.O. 6 de junio de 2018). Al respecto, véase el detallado análisis de Claudio Matías POSDELEY, *El régimen jurídico de los jueces subrogantes en el orden federal*.

<sup>30</sup> En efecto, el artículo III, sección 1° de la Constitución de Estados Unidos establece: "The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour...". Cabe señalar que en el artículo 78 de *El Federalista* Alexander Hamilton señalaba que nada puede contribuir tan eficazmente a la firmeza e independencia del poder judicial "como la estabilidad en el cargo, esta cualidad ha de ser considerada con razón como un elemento indispensable en su constitución y asimismo, en gran parte, como la ciudadela de la justicia y la seguridad públicas".

<sup>31</sup> CSJN, Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, 19 de agosto de 1999, Fallos: 322:1609. Véase al respecto, Antonio María HERNÁNDEZ, "El caso 'Fayt' y sus implicancias constitucionales".

<sup>32</sup> B.O. 31 de diciembre de 1993.

o agregado a la competencia establecida en los artículos 2° y 3° de aquella norma, revelaba el carácter de restricción explícita que el Congreso había atribuido a aquello que alterase o excediese el marco de la habilitación. En este orden de ideas, el máximo tribunal sostuvo que el Congreso, en cumplimiento de su función preconstituyente, no había habilitado una modificación de significativa trascendencia a la garantía de la inamovilidad de los magistrados judiciales federales, a partir del cumplimiento de una edad determinada, ya que una alteración tan sustancial no reconocía habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución de reformar la designación de magistrados federales al incluir el Consejo de la Magistratura.

Sin embargo, años después, este tribunal modificó su postura en el precedente “Schiffirin”<sup>33</sup>. En el caso, rechazó la demanda de un magistrado que pretendía se declarase la nulidad de las previsiones del artículo 99, inciso 4° ya mencionadas. En este sentido, el máximo tribunal consideró que el nivel de escrutinio del control judicial de la actuación de una convención constituyente debía adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador. Por lo tanto, interpretó que la Ley 24309, al habilitar a la Asamblea Reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, había incluido los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país. Afirmó que en la sentencia del caso “Fayt”, la Corte había adoptado un nivel de escrutinio restrictivo sobre el juicio de compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas, lo que limitaba severamente la competencia del órgano reformador. Por lo tanto, estimó que la doctrina utilizada en el caso “Fayt” debía ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo<sup>34</sup>. De este modo, la cláusula constitucional recobró plena operatividad en la actualidad. En virtud de ello, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante la resolución 521/17<sup>35</sup>, reglamentó el procedimiento a seguir en caso de que un magistrado pretenda continuar en el cargo habiendo cumplido los setenta y cinco años de edad<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> CSJN, Schiffirin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa, 28 de marzo de 2017, Fallos: 340:257.

<sup>34</sup> Sobre el caso, véase el excelente análisis de Gonzalo Gabriel CARRANZA, “Repensando la constitucionalidad de la constitución. El valor presente y futuro de la causa ‘Schiffirin c/ Poder Ejecutivo Nacional’”.

<sup>35</sup> B.O. 26 de diciembre de 2017.

<sup>36</sup> Al respecto, véase el trabajo de Gonzalo Gabriel CARRANZA, “Efectos ostensibles del caso Schiffirin. Comentarios a la Resolución 521-E/2017 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación”.

Finalmente, es oportuno precisar que la forma de remoción de los magistrados difiere según se trate de ministros de la Corte Suprema o, bien, de jueces federales de los tribunales inferiores. En relación con el primer supuesto, el artículo 53 de la Constitución establece que la Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar ante el Senado, entre otros funcionarios

“a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes”.

De forma concordante, el artículo 59 de la Constitución determina que le corresponde al Senado

“juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados (...). Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes”.

Por el contrario, respecto de los magistrados de los tribunales inferiores, según lo estipula el artículo 114, inciso 5, de la Constitución, le corresponde al Consejo de la Magistratura “decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente”. Al jurado de enjuiciamiento de magistrados, previsto en el artículo 115 de la Norma Fundamental, le corresponde remover a los jueces de los tribunales inferiores de la nación, por las mismas causales expresadas en el artículo 53 para la remoción de los ministros de la Corte Suprema.

### *3. El control de constitucionalidad*

#### *3.1. EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA*

La crisis de legitimidad de la justicia argentina ha sido puesta de relieve por el actual presidente de la Corte Suprema en su discurso en la apertura del año judicial 2019, lo que permite vislumbrar que el debate sobre la legitimidad del Poder Judicial continúa siendo plenamente actual<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Discurso disponible en [www.cij.gov.ar/nota-33769-Acto-de-apertura-del-a-o-judicial-2019.html](http://www.cij.gov.ar/nota-33769-Acto-de-apertura-del-a-o-judicial-2019.html) [fecha de consulta: 17 de julio de 2019]. El presidente de la Corte indicó que se realizaron tres acciones tendientes a acrecentar la legitimidad del Poder Judicial en el marco de una política de gobierno abierto. La primera de ellas, se refiere a la

Ahora bien, debe resaltarse que es función esencial de la Corte Suprema preservar la supremacía constitucional<sup>38</sup>. Sobre la cuestión de la jerarquía de las normas y la supremacía constitucional, cabe precisar que el artículo 31 de la Constitución Nacional estipula:

“esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”.

Si bien, de la lectura literal del texto no se distingue una primacía entre unas y otras, cabe precisar que el artículo 28 de la Constitución establece que los principios, garantías y derechos reconocidos en la norma fundamental “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, de lo cual se desprende que una ley emanada del Congreso de la nación no puede alterar el contenido del texto constitucional. A su turno, el artículo 27 de la Constitución Nacional estipula que el gobierno federal puede celebrar tratados “que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”<sup>39</sup>. La reforma consti-

---

digitalización de los trámites de los expedientes. Cabe precisar que esta cuestión se realizó en el marco de las leyes 25506 (B.O. 14 de diciembre de 2001) de firma digital; 26685 (B.O. 7 de julio de 2011), que autorizó la utilización de expedientes electrónicos, y la Ley 26856 (B.O. 23 de mayo de 2013), que estableció la obligación de publicar las acordadas y resoluciones que los tribunales adopten. También es dable mencionar las acordadas 31/2011, 3/2012, 8/2012, 29/2012, 14/2013, 15/2013, 24/2013, 35/2013, 36/2013, 38/2013, 43/2013, 21/2014, 6/2014, 11/2014, 3/2015, 26/2015, 34/2017. Finalmente, es dable destacar la reciente acordada 15/2019 que estableció que las ejecuciones fiscales que inicie la Administración Federal de Ingresos Públicos en el marco de la Ley N° 11.683 tramitarán completamente en forma digital. En segundo lugar, Carlos Rosenkrantz se refirió a la creación de una agenda de causas trascendentes. Para finalizar, se destaca la elaboración de un proyecto de reglamento de compras y contrataciones para reemplazar el sistema vigente, que data de 1972.

En la misma línea, recientemente la Corte Suprema ha resaltado la importancia de la debida fundamentación de los fallos judiciales para la credibilidad del Poder Judicial. Así, señaló que es una exigencia arraigada en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de que los fallos de los tribunales de justicia cuenten con fundamentos consistentes y racionalmente sostenible, ya que “al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el poder judicial en el marco de una sociedad democrática” (CSJN, V., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ amparo, 16 de julio de 2019, causa CSJ 210/2014 (50-V)/CS1).

<sup>38</sup> CSJN, Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional -Ministerio de Economía s/ amparo, 30/6/2005, Fallos: 328:2567.

<sup>39</sup> Con referencia a las cuestiones que suscita la interpretación de esta norma, véase el reciente caso de la Corte Suprema, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de febrero de /2017, Fallos: 340:47.

tucional de 1994, en su artículo 75, inciso 22, aclaró que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. A su vez, introdujo una reforma trascendente sobre la cuestión, al establecer que determinados instrumentos internacionales, entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos, así como otros que puedan incorporarse a través de un procedimiento especial, “tienen jerarquía constitucional”. Así las cosas, Néstor Sagüés ha expresado que la Constitución argentina se ha transfigurado en una “constitución convencionalizada”<sup>40</sup>. De este modo, los jueces argentinos deben ejercer no solo el control de constitucionalidad, sino, también, un control de convencionalidad<sup>41</sup>.

El control de constitucionalidad es un poder implícito de los tribunales<sup>42</sup>, que fue reconocido por la Corte de Estados Unidos en el precedente “Marbury v. Madison”<sup>43</sup>. La Corte Suprema siguió esta corriente, señalando en el caso “Caffarena”<sup>44</sup> que

“está en la esencia del orden constitucional, que los Tribunales tengan, no sólo la facultad, sino la obligación, de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional”<sup>45</sup>.

En Argentina, puede decirse que el nacimiento del control judicial de constitucionalidad se dio con dos precedentes: “Sojo”<sup>46</sup>, en el cual ratificó

<sup>40</sup> Néstor Pedro SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada*, p. 356.

<sup>41</sup> Jorge Alejandro AMAYA (dir.), *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*, especialmente el tomo I, capítulo v.

<sup>42</sup> Alberto B. BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, tomo I, pp. 173-197.

<sup>43</sup> Suprema Corte de Estados Unidos, “Marbury v. Madison”, 1803 (5 U.S. [1 Cranch], 137). Puede verse un análisis detallado del caso de Jorge Alejandro AMAYA, *Marbury v. Madison: origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*.

<sup>44</sup> CSJN, Caffarena c/ Banco Argentino del Rosario de Santa Fe, 21 de septiembre de 1871, Fallos: 10:427.

<sup>45</sup> También debe mencionarse el precedente Avegno c/ Provincia de Buenos Aires, 11 de abril de 1874, Fallos: 14:425, en el cual la Corte Suprema expresó que la cuestión allí analizada dependía de investigar si la ley del Congreso debatida en el caso era o no repugnante a la Constitución, para lo cual debía establecerse para ello cuál era la verdadera significación de las cláusulas constitucionales. De este modo, señaló: “al entrar en esa investigación, es necesario tener presente que, para que una ley debidamente sancionada y promulgada sea declarada ineficaz por razón de inconstitucionalidad, se requiere que las disposiciones de una y otra ley sean absolutamente incompatibles; que haya entre ellas una evidente oposición”, y citó el artículo 81 de *El Federalista*. A su vez, indicó: “la incompatibilidad puede ser con la letra de la Constitución, o solamente con su espíritu, es decir, con su verdadero significado cuando la letra es oscura o da lugar a diversas interpretaciones” (considerando 3º). Sin perjuicio de ello, entendió que en el caso la ley allí debatida era constitucional.

<sup>46</sup> CSJN, Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación, 22 de septiembre de 1887, Fallos: 32:120.

los principios sentados en “Marbury” por la Suprema Corte de los Estados Unidos, y “Elortondo”<sup>47</sup>. En este último caso citado, la Corte Suprema caracterizó dicho control del siguiente modo:

“es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”.

A partir de la reforma de 1994, en el artículo 43, que regula la acción de amparo, se reconoció de modo explícito la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Sentado lo expuesto, corresponde adentrarse a analizar las características del control de constitucionalidad en Argentina<sup>48</sup>. En primer lugar, con relación a los órganos a los que le corresponde el control, en Argentina el sistema es de tipo jurisdiccional, como opuesto a un sistema “político”, como el Consejo Constitucional en Francia. Es decir, que la administración de justicia está a cargo del Poder Judicial. A su vez, el sistema es el difuso o “americano”, por lo que el control se distribuye entre varios órganos jurisdiccionales ordinarios. No se ha adoptado un sistema concentrado, en el que la constitucionalidad de las normas es llevada a cabo por un solo órgano especial, como es el caso de España, donde este control es ejercido únicamente por el Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, en referencia a la forma en la que se plantea y se resuelve la cuestión constitucional, en el sistema argentino, en el ámbito federal, se ejerce por vía “incidental”. Estas cuestiones no pueden ser sometidas a la decisión de los órganos judiciales en vía principal, es decir, a través de un proceso constitucional específico y autónomo iniciado *ad*

---

<sup>47</sup> CSJN, Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo, 12 de noviembre de 1886, Fallos: 33:162.

<sup>48</sup> Juan VICENTE SOLA, *Control Judicial de Constitucionalidad*, pp. 155-167.

Por su parte, Jorge Amaya distingue entre “modelos” y “sistemas” de control de constitucionalidad. Los primeros, son aquellos mecanismos de control nacidos originalmente a partir de presupuestos históricos y filosóficos definidos y propios, distinguiendo los modelos “estadounidense o judicial”, “político o francés” y “kelseniano o continental”. Los segundos, son aquellos adoptados por los distintos países en sus sistemas jurídicos, ya sea por disposición constitucional, infraconstitucional o por creación pretoriana, (Jorge Alejandro AMAYA, *Control de constitucionalidad*, pp. 89-147.

*hoc* por medio de una acción especial, sino que solo puede plantearse en vía incidental en ocasión de un proceso de carácter común, cuando la norma cuya constitucionalidad se discute sea pertinente para la decisión del caso concreto. Por el contrario, en un sistema concentrado, dicho control se aplica por vía “principal o directa”. En esos sistemas, la cuestión constitucional es resuelta por una corte constitucional especial a través de un proceso específico. Sin embargo, puede llegarse a dicho tribunal tanto por vía principal como por vía incidental.

En tercer lugar, en cuanto a los efectos que se derivan de la decisión judicial sobre la cuestión constitucional, en el sistema difuso –como es el argentino– la decisión solo tiene carácter declarativo, ya que la norma constitucional sigue vigente y el tribunal no la aplica tan solo al caso juzgado. Es decir, que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es *inter partes*. En un sistema concentrado, la decisión es de carácter constitutivo, con efectos *erga omnes*.

Sobre esta cuestión, es oportuno citar el precedente “Thomas”<sup>49</sup>, en el que a través de un pronunciamiento judicial se había suspendido, mediante una medida cautelar, la vigencia de una ley, en el caso, la Ley 26522 de servicios de comunicación audiovisual. Al respecto, la Corte Suprema señaló que el juez de la anterior instancia debía haber considerado que una medida cautelar que suspendía la vigencia de toda una ley con efectos *erga omnes* tenía una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes y el modelo de control de constitucionalidad:

“En efecto, el derecho constitucional comparado conoce dos modelos puros u originarios de control de constitucionalidad: el difuso o estadounidense y el centralizado o austríaco. Conforme al primer modelo, cualquier juez puede en un proceso declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla. Conforme al segundo modelo, un único tribunal puede juzgar la inconstitucionalidad de la norma, pero en caso de que lo haga, ésta no sólo no se aplica al caso sino que pierde vigencia *erga omnes*.

El derecho comparado conoce también modelos impuros o combinados, que sin perjuicio de la facultad de todos los jueces de declarar la inconstitucionalidad de la norma y no aplicarla en la sentencia, admiten también la existencia de un único tribunal con competencia para conocer de ella y hacerle perder vigencia *erga omnes*.

No existe ningún modelo impuro en el mundo que combine los modelos puros de forma que la competencia –para hacer caer *erga omnes* la vigencia de la norma– se disperse en todos los jueces, simplemente porque

---

<sup>49</sup> CSJN, Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo, 15 de junio de 2010, Fallos: 333:1023, considerando 8°.

la dispersión de una potestad contralegislativa de semejante magnitud es inimaginable, dado que abriría el camino hacia la anarquía poniendo en peligro la vigencia de todas las leyes.

El modelo argentino es claramente el difuso o norteamericano en forma pura. En una acción como la precedente, ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma erga omnes ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853/1860. Si no la tiene en la sentencia que decide el fondo de la cuestión, a fortiori menos aún puede ejercerla cautelarmente”.

Por último, cabe apuntar que al mismo tiempo que se reconoce la facultad de ejercer este control, no hay que olvidar que desde históricos precedentes el máximo tribunal ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la más delicada de las funciones susceptible de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico<sup>50</sup>, por lo que no cabe formularla, sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados<sup>51</sup>. Así, el máximo tribunal ha señalado que para que proceda una declaración de estas características se requiere que tal repugnancia sea “manifiesta, clara e indudable”<sup>52</sup>.

### 3.2. EL REQUISITO DE “CASO”:

#### CONTROVERSIA, LEGITIMACIÓN Y CUESTIÓN JUSTICIABLE

En referencia al marco sobre el cual los jueces actúan, debe recordarse que tanto en el sistema argentino, como en el estadounidense, los jueces solo pueden ejercer el control de constitucionalidad en un caso o controversia. En este sentido, el artículo 116 de la Constitución Argentina dispone:

<sup>50</sup> CSJN, *Asoc. de Socios Argentinos de la O.T.I. c/ D.G.I. s/ repetición D.G.I.*, 3 de abril de 2001, Fallos: 324:920.

<sup>51</sup> CSJN, *Lavandera de Rizzi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda*, 17 de marzo de 1998, Fallos: 321:441; *Gianola, Raúl Alberto y otros c/ Estado Nacional y otros*, 15 de mayo de 2007, Fallos: 330:2255.

<sup>52</sup> CSJN, *Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional-Ministerio de Economía s/ amparo*, 30 de junio de /2005, Fallos: 328:2567, y sus citas de Fallos: 314:424 y 320:1166.

Sobre este aspecto, cabe recordar el clásico trabajo de James B. THAYER, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, quien planteaba que para poder invalidar una ley, los tribunales “sólo pueden desestimar la ley cuando advierten que los legisladores no cometieron un mero error, sino uno muy claro que no puede ser puesto en duda de manera racional”.

“corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, (...) y por los tratados con las naciones extranjeras...”<sup>53</sup>.

Así, como lo ha señalado la doctrina<sup>54</sup>, existen ciertos requisitos bajo los cuales los jueces pueden actuar y, en los casos que corresponda, ejerzan el control judicial correspondiente. En este contexto, puede decirse que se entiende por caso, en un sentido restringido, a la controversia o conflicto de intereses al cual están llamados los jueces a dirimir<sup>55</sup>. Pero en sentido amplio, hay “caso judicial” cuando existe una controversia, planteada por una parte legitimada, sobre una materia susceptible de ser apreciada por un tribunal, es decir, que no se trate de una cuestión política no justiciable.

En primer lugar, en lo que respecta al concepto de “caso” en sentido restringido, una jurisprudencia constante de la Corte Suprema ha definido el concepto de caso como aquellas causas “en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas”<sup>56</sup>. En este sentido, el artículo 2° de la Ley 27 establece que el Poder Judicial “nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”. Sobre el punto, recientemente el máximo tribunal, en el caso “Barrick Exploraciones Argentinas S.A.”<sup>57</sup>, ha recordado que sus pronunciamientos se encuentran condicionados a la presentación de “casos justiciables”. Señaló que esa condición se configura cuando concurren dos recaudos:

“por una parte, debe tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo o inmediato atribuible al litigante; por otra, la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial”.

---

<sup>53</sup> En efecto, la noción de “caso”, causa o controversia deriva de la interpretación del artículo III, sección 2° de la Constitución de Estados Unidos, que determina: “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority...”.

<sup>54</sup> BIANCHI, *Control...*, *op. cit.*, tomo I, pp. 269-468.

<sup>55</sup> María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, “El control judicial: alcances y límites. Jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia”.

<sup>56</sup> CSJN, Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 20 de abril de 2010, Fallos: 333:487, entre muchos otros.

<sup>57</sup> CSJN, Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 4 de junio de 2019, causa CSJ 140/2011 (47-B)/CS1.

En segundo lugar, en lo referente a la legitimación para requerir la inconstitucionalidad de una norma<sup>58</sup>, hace poco la Corte Suprema ha recordado que la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista una causa o controversia. En relación con ello, ha señalado que la existencia de “caso” presupone la de “parte”, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. Es decir, para que exista un caso es imprescindible que quien reclama tenga un interés lo bastante directo, concreto y personal –diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos– en el resultado del pleito que propone, de manera que los agravios que se invocan lo afecten de forma “suficientemente directa” o “substancial”.

Por el contrario, es oportuno precisar que carece de legitimación para plantear esta falta de adecuación de una norma, la persona que invoque su mera condición de “ciudadano”. En efecto, el máximo tribunal ha sostenido que el de ciudadano es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés “especial”, “directo” o “inmediato”, “concreto” o “sustancial”. En el mismo sentido, ha señalado que el demandante no puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes, pues con arreglo a lo exigido por el artículo 116 de la Constitución Nacional y por el artículo 2° de la Ley 27, ya citado, no hay lugar en el orden federal para acciones populares que únicamente promuevan declaraciones abstractas y generales de este tipo<sup>59</sup>.

Tampoco posee legitimación para impugnar la constitucionalidad de una norma, un legislador por su condición de tal. En efecto, en numerosos precedentes la Corte Suprema ha sostenido que no confiere legitimación a una persona irrogarse la “representación del pueblo” con base en la calidad de legislador. Esto es así, pues:

---

<sup>58</sup> Para un mayor análisis sobre la legitimación en el control de constitucionalidad, véase BIANCHI, *Control...*, *op. cit.*, tomo II, pp. 15-148.

<sup>59</sup> CSJN, Monner Sans, Ricardo c/ EN – Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986, 6 de marzo de 2014, Fallos: 337:166. Sobre el citado precedente, véase el comentario Juan S. YLARRI, “La composición del Consejo de la Magistratura según la ley 26.080 y el precedente ‘Monner Sans’”.

Sin perjuicio de lo expuesto, este tribunal ha abierto la puerta a reconocer la legitimación en un caso particular a quien alegue la mera condición de ciudadano, en situaciones excepcionales que se desconozcan los procedimientos constitucionales de reforma y el avasallamiento de las reglas fundamentales de funcionamiento republicano (CSJN, Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/ Inconstitucionalidad, 14 de abril de 2015, Fallos: 338:249).

“el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo para cuya integración en una de sus cámaras fue electo y en el terreno de las atribuciones dadas a ese poder y sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso”<sup>60</sup>.

De este modo, cabe señalar que siempre que se reúnan las condiciones antes enunciadas, cualquier agraviado se encuentra legitimado para plantear la inadecuación de una norma en una controversia concreta, en cualquier tipo de proceso. Antiguamente, se produjo un debate respecto de la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad en la acción de amparo. Esta acción fue creada por precedentes jurisprudenciales en los casos “Siri”<sup>61</sup> y “Kot”<sup>62</sup>, que admitieron dicha acción ante actos de autoridades públicas y de particulares, respectivamente. Tiempo después, se dictó la Ley 16986<sup>63</sup> que reguló esta acción, pero estableció que la acción de amparo no sería admisible cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese “la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas”. En la reforma de 1994 quedó zanjada la cuestión, pues en el artículo 43 que reguló la acción de amparo se estableció expresamente que en el caso, “el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”. Como ya se mencionó, este debate dio lugar a que de forma explícita se reconozca la facultad de los jueces para ejercer el control respectivo.

Sin perjuicio de ello, es oportuno señalar que en materia de legitimación la última reforma constitucional ha ampliado los sujetos legitimados para ciertos supuestos. En efecto, el artículo 43 citado, luego de reconocer en su primer párrafo la acción de amparo “individual”, en el segundo establece el amparo “colectivo”, determinando que:

“podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

<sup>60</sup> CSJN, Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16.986, 6 de septiembre de 2016, Fallos: 339:1223, y sus citas.

<sup>61</sup> CSJN, Siri, Ángel, 27 de diciembre de 1957, Fallos: 239:459.

<sup>62</sup> CSN, Kot, 5 de septiembre de 1958, Fallos: 241:291.

<sup>63</sup> B.O. 20 de octubre de 1966.

Es decir, que la legitimación en estos casos no se limita al afectado, sino que amplía el mismo al defensor del pueblo<sup>64</sup>, y a determinadas asociaciones<sup>65</sup>. A partir de la interpretación de este texto constitucional que creó el amparo colectivo, la Corte Suprema en el precedente “Halabi”<sup>66</sup> estableció los procesos colectivos o acciones de clase. En efecto, Néstor Sagüés señala que en el voto mayoritario del precedente citado, dicho tribunal ha agregado al contenido del art. 43 una nueva acción específica, la “de clase”, no prevista –y menos exigida, aunque tampoco condenada– por el constituyente, “con lo que se produce una mutación aditiva al texto constitucional”<sup>67</sup>. Prueba de esto es que el máximo tribunal ha reconocido que las acciones de clase son extensibles a otro tipo de procesos, como es el *habeas corpus* en el caso “Verbitsky”<sup>68</sup>, o respecto de una acción declarativa en el caso “AGUEERA”<sup>69</sup>. También, este organismo expresó esta cuestión en la acordada 32/2014<sup>70</sup>, donde dispuso que la inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos debía llevarse a cabo “cualquiera que fuese la vía procesal por la cual tramiten –juicio ordinario, amparo, habeas corpus, habeas data, u otros–”<sup>71</sup>. Tiempo después, ante la ausencia de una ley que reglamentase este tipo de procesos<sup>72</sup>, por la

---

<sup>64</sup> La figura del defensor del pueblo se encuentra regulada por el artículo 86 de la Constitución Nacional y por la ley 24.284 y sus modificatorias. Al respecto, véase el trabajo de María Eugenia GAGO y Tristán GÓMEZ ZAVAGLIA, “El Defensor del Pueblo de la Nación: Entre el olvido, la intención y la desidia”.

Recientemente, la Corte Suprema ha señalado que el Defensor del Pueblo de una provincia no está legitimado para cuestionar judicialmente resoluciones adoptadas en materia tarifaria por autoridades de carácter nacional (CSJN, Vallejos Tressens, César A. c/ Estado Nacional Argentino s/ amparo ley 16.986, 25/6/2019, causa FCT 153/2016/CA1-CS1).

<sup>65</sup> Juan YLARRI, “La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios en las acciones de clase: El precedente ‘PADEC’”.

<sup>66</sup> CSJN, Halabi, Ernesto c/ P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo-ley 16.986, 24 de febrero de 2009, Fallos: 332:111.

<sup>67</sup> Néstor Pedro SAGÜÉS, “La creación judicial del ‘amparo-acción de clase’ como proceso constitucional”, p. 627.

<sup>68</sup> CSJN, Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, 3 de mayo de 2005, Fallos 328:1146. Véase también, Rivera Vaca, Marco Antonio y otro s/ Hábeas corpus, 16 de noviembre de 2009, Fallos: 332:2544.

<sup>69</sup> CSJN, Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEERA) c/ Provincia de Buenos Aires, 22 de abril de 1997, Fallos: 320:690.

<sup>70</sup> B.O. 3 de noviembre de 2014.

<sup>71</sup> Punto 2.

<sup>72</sup> Sobre los problemas que suscitaron esta cuestión, véase el trabajo de Adrián R. TIMPANARO, “Acciones de clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente”.

acordada 12/2016<sup>73</sup> el máximo tribunal creó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos<sup>74</sup>.

En tercer lugar, para que se configure el requisito de causa en el sentido amplio ya enunciado, la materia susceptible de revisión no debe constituir una cuestión política no justiciable. La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (“*political questions*”), de origen estadounidense, fue enunciada por John Marshall en el precedente “Marbury”, y es una doctrina equiparable a otras de origen europeo como los “*actes de gouvernement*”, los “*acts of state*” en Inglaterra, y el concepto de “*Justizfreien Hoheitsakte*” de la teoría constitucional alemana<sup>75</sup>.

En la Argentina, la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables ya aparece enunciada en el caso “Cullen c/ Llerena”<sup>76</sup> de 1893. En aquel precedente, se debatía la intervención federal a una provincia. La mayoría de los integrantes de la Corte, sostuvo que aquella intervención era “un acto de naturaleza política, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación”. Sin embargo, la tesis contraria a la existencia de cuestiones políticas, se encuentra también en la célebre disidencia del juez Varela en aquel caso, quien indicó:

“si la Constitución ha empleado los términos ‘todas las causas’, no puede racionalmente hacerse exclusiones de algunas causas para declarar sobre ellas la incompetencia de los tribunales federales. (...) La objeción es perfectamente pertinente y exacta. Las funciones políticas privativas de los departamentos políticos del Estado no son susceptibles de un juicio ante los tribunales, cuando el ejercicio de esas funciones no ha puesto la ley o el acto ejecutado en conflicto con la Constitución misma. Pero cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo estén en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surgirá un caso judicial, que podrá ser llevado ante los tribunales por la parte agraviada”.

Así, con posterioridad, la Corte Suprema argentina ha reconocido la existencia de facultades privativas de otros poderes que están exentas de revisión por parte del Poder Judicial<sup>77</sup>, siendo la misión más delicada que

<sup>73</sup> B.O. 8 de abril de 2016.

<sup>74</sup> Juan YLARRI, “Las acciones de clase y los presupuestos para su admisión formal”.

<sup>75</sup> Karl LOEWENSTEIN, Teoría de la Constitución, p. 313.

<sup>76</sup> CSJN, Cullen, Joaquín M., por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fe c/ Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad, 7 de septiembre de /1893, Fallos: 53:420. Con relación a este precedente, véase Calogero PIZZOLO, “Limitaciones para la judiciabilidad de las cuestiones políticas”.

<sup>77</sup> CSJN, Cichelo, Carlos Raúl Guillermo, 2 de octubre de 1979, Fallos: 301:850.

compete al Poder Judicial la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción<sup>78</sup>.

Ahora bien, los contornos de las cuestiones políticas no justiciables son difusos, por lo que no podría establecerse con precisión las materias que se encontrarían exentas de control judicial. Sin perjuicio de ello, la doctrina las ha agrupado en tres grandes grupos: política exterior, política interior y cuestiones administrativas<sup>79</sup>. Por último, corresponde puntualizar que hace tiempo se da un lento debilitamiento de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables<sup>80</sup>.

### 3.3. ¿PUEDE EJERCERSE DE OFICIO LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS?

Cabe preguntarse si los jueces podrían declarar la inconstitucionalidad de una norma de oficio<sup>81</sup>, es decir, sin que ninguna de las partes, en el marco de un proceso, lo haya requerido.

En los orígenes del control de constitucionalidad en Argentina, la Corte Suprema lo ejerció de oficio. En efecto, en el caso “Municipalidad de la Capital c/ Eleortondo”<sup>82</sup> de 1886, se ejerció dicha facultad sin que haya sido requerido por las partes.

<sup>78</sup> CSJN, Bussi, Antonio D. c/ Cámara de Diputados, 11 de octubre de 2001, Fallos: 324:3358.

<sup>79</sup> BIANCHI, *Control...*, *op. cit.*, tomo II, pp. 158-246. El autor, en las cuestiones de “política exterior”, incluye las cuestiones relativas a las relaciones internacionales y los poderes de guerra.

Al grupo de “política interior”, lo subdivide en tres grupos. En primer lugar, distingue los poderes de gobierno nacional, dentro de los cuales incluye los poderes políticos de emergencia, entre ellos la declaración del estado de sitio y el uso de las fuerzas armadas en el orden interno; la reforma constitucional; el proceso de sanción de las leyes; el juicio político y los procesos de enjuiciamiento nacionales y locales; los conflictos internos de las cámaras legislativas; el veto presidencial; la acefalía presidencial; el indulto y la amnistía; los gobiernos de *facto*, y las previsiones legislativas en el orden presupuestario. En segundo lugar, destaca el régimen federal, que a su vez comprende la garantía federal y la intervención federal; los conflictos entre poderes de una misma provincia; y los límites interprovinciales. En tercer lugar, se refiere a las cuestiones electorales y de partidos políticos.

Finalmente, el grupo de “cuestiones administrativas” abarca diversos supuestos como el de la expropiación; el régimen interno de las universidades; el régimen de la función pública; la calificación de la huelga; el régimen tarifario, y los conflictos interadministrativos.

<sup>80</sup> Entre las distintas razones, se puede señalar su peligrosidad, ilogicidad, contradicción, y modificación del contexto de vida. Néstor P. SAGÜES, *El tercer poder: notas sobre el perfil político del poder judicial*, p. 285 y ss.

<sup>81</sup> BIANCHI, *Control...*, *op. cit.*, tomo I, pp. 320-342.

<sup>82</sup> CSJN, Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo, 12 de noviembre de 1886, Fallos: 33:162.

Sin embargo, en el caso “Ganadera Los Lagos”<sup>83</sup> de 1941, afirmó que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de “poder” la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, es decir, de oficio, los actos legislativos o los decretos de la administración. También señaló que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de “poder” la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio los actos legislativos o los decretos de la administraciones, indispensable en el derecho público argentino que la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos solo pueda pronunciarse a pedido de parte, es decir, por aquellos a quienes perjudique.

A partir de 1984, se empezaron a registrar disidencias admitiendo este tipo de control de oficio. En el caso “Juzgado de Instrucción Militar N° 50”<sup>84</sup>, en el voto de los jueces Fayt y Belluscio, se expresaron tres argumentos admitiendo el control de constitucionalidad de oficio. Se afirmó:

“no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes en favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso”.

Aquella posición de la minoría se convirtió en mayoritaria en el caso “Mill de Pereyra”<sup>85</sup> de 2001, reiterándose los argumentos antes expuestos, aunque en el caso no se declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Posteriormente, sí, pues dicha declaración de oficio tuvo lugar en el caso “Banco Comercial de Finanzas”<sup>86</sup> del año 2004.

---

<sup>83</sup> CSJN, Ganadera Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina, 30 de junio de 1941, Fallos: 190:142.

<sup>84</sup> CSJN, Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar n.º 50 de Rosario, en sumarios n.º 6/84, 24 de abril de 1984, Fallos: 306:303.

<sup>85</sup> CSJN, Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/ Provincia de Corrientes, 27 de septiembre de 2001, Fallos: 324:3219.

<sup>86</sup> CSJN, Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra, 19 de agosto de 2004, Fallos: 327: 3117.

Por último, la Corte Suprema en el precedente “Rodríguez Pereyra”<sup>87</sup> del año 2013, reiteró esta conducta, dando un nuevo argumento a favor del control de constitucionalidad de oficio. En efecto, el máximo tribunal sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”.

Con posterioridad, ha declarado de oficio la inconstitucionalidad de una determinada norma en diversas oportunidades, como en el precedente “Pedraza”<sup>88</sup>, el cual se refirió a la competencia de los tribunales de apelaciones federales con asiento en las provincias para entender en causas en materia de seguridad social.

### 3.4. ¿SON OBLIGATORIOS LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA?

Además de los requisitos antes expuestos para que un tribunal pueda ejercer el control de constitucionalidad, es oportuno recordar la importancia del “precedente”, que se ha definido como:

“la decisión en un caso por un tribunal de justicia al que se considera que provee de ejemplaridad o autoridad para un caso idéntico o similar que apareciera posteriormente”<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> CSJN, Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, 27 de noviembre de 2012, Fallos: 335:2333.

<sup>88</sup> CSJN, Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo, 6 de mayo de 2014, Fallos: 337:530. Respecto de este precedente, véase Juan YLARRI, “Competencia en materia de Seguridad Social, razonabilidad y la garantía de la tutela judicial efectiva para jubilados y pensionados”.

<sup>89</sup> Henry Campbell BLACK, *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, p. 1340. Originalmente publicado en 1891.

Como se señaló, el sistema de control de constitucionalidad en Argentina es judicial, difuso, por vía incidental y, en principio, con efecto entre las partes. Ahora bien, una sentencia del máximo tribunal que declara la falta de adecuación de una norma puede expandirse de dos formas, directa e indirecta. Como ha indicado la doctrina, los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se expanden directamente cuando se permite a ciertos sujetos cuestionar la adecuación de una norma en “representación” de un grupo de personas que posee un interés común como, por ejemplo, los procesos colectivos que se desprenden del artículo 43 de la Constitución. Por el contrario, la expansión indirecta de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se produce a través del principio del *stare decisis* vertical, que consiste en la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose al *holding* de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de jerarquía superior<sup>90</sup>.

Ahora bien, ¿se aplica en Argentina el *stare decisis* vertical? Si bien hay parte de la doctrina que sostiene que la Corte implementa en la práctica el principio del *stare decisis*<sup>91</sup>, lo cierto es que no hay una norma que establezca su aplicación<sup>92</sup>, por lo que no sería una característica propia del sistema argentino<sup>93</sup>. Sin perjuicio de lo expuesto, debe hacerse una breve referencia a la jurisprudencia de este organismo, en la cual se ha señalado que, si bien sus sentencias no son obligatorias para los tribunales inferiores, lo cierto es que deben aplicar los precedentes de la Corte, teniendo en consideración su carácter de suprema y autoridad institucional, el acatamiento moral a sus fallos, y tomando en cuenta razones de economía procesal y seguridad jurídica.

---

En relación con la doctrina del precedente en Argentina, véase Alberto F. Garay, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*.

<sup>90</sup> Santiago LEGARRE, Julio César RIVERA (h.), “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”.

<sup>91</sup> BIANCHI, *Control...*, *op. cit.*, tomo I, p. 368.

<sup>92</sup> No es ocioso mencionar que la Constitución de 1949, establecía la obligación de los tribunales inferiores de seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema. En efecto, el artículo 95 señalaba: “la interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”.

Legislativamente, también se había establecido el *stare decisis* vertical para fallos referidos a la seguridad social. En efecto, el artículo 19 de la Ley 24463 de solidaridad previsional, en su parte pertinente, establecía: “Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas”. El mencionado artículo, que establecía también un recurso ordinario de apelación, fue derogado por la Ley 26025.

<sup>93</sup> Santiago LEGARRE, Julio César RIVERA (h.), “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina”, p. 339.

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que, si bien los pronunciamientos del alto tribunal no resultan obligatorios para los tribunales de las instancias anteriores fuera de los juicios en los que son dictados, en atención a la trascendencia que en el orden judicial revisten las decisiones de la autoridad suprema del Poder Judicial de la nación, corresponde por razones de economía procesal y a fin de evitar un dispendio jurisdiccional, aplicar la doctrina sentada por aquel<sup>94</sup>. En la misma línea, la Suprema Corte ha señalado que no obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean consideradas como es debido y, en consecuencia, seguidas tanto por la misma Corte como por los tribunales inferiores. Además, cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes<sup>95</sup>. En otras ocasiones, ha expuesto que a pesar de las decisiones de la Corte Suprema se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la “fuerza moral” que emana de su carácter supremo sin verter argumentaciones que la contradigan<sup>96</sup>.

De este modo, ¿en qué casos pueden los tribunales inferiores apartarse de los precedentes del Tribunal Supremo? Esta cuestión ha sido puesta de manifiesto por aquel órgano en el precedente “Cerámica San Lorenzo”<sup>97</sup> y reiterada en numerosas ocasiones<sup>98</sup>. Allí, el tribunal de última instancia sostuvo:

---

<sup>94</sup> CSJN, Rolón Zappa, Víctor Francisco s/ queja, 25 de agosto de 1988, Fallos: 311:1644.

<sup>95</sup> CSJN, Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otro c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo Colectivo, 18 de agosto de 2016, Fallos: 339:1077 y sus citas; Viñas, Pablo c/ EN –M Justicia y DDHH s/ indemnizaciones– ley 24043 –art. 3, 22 de mayo de 2018, Fallos: 341:570.

<sup>96</sup> CSJN, *Pla*, José María y otros c/ EN M° de Defensa s/ ordinario, 26 de septiembre de 2012, causa P.436.XLVI, REX; Romero, Carlos Ernesto c/ Andrés Fabián Lema s/ Desalojo-Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, 23 de junio de 2009, Fallos: 332:1488.

<sup>97</sup> CSJN, Cerámica San Lorenzo, 4 de julio de 1985, Fallos: 307:1094.

<sup>98</sup> CSJN, Rolón Zappa, Víctor Francisco s/ queja, 25 de agosto de 1988, Fallos: 311:1644; Losa, Miguel c/ Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires, 2 de marzo de 1993, Fallos: 316:221; Autolatina Argentina S.A. (TF 11.358-I) –Incidente– c/ Dirección General Impositiva y otro s/ Res. Apel TFN, 13 de marzo de 2007, Fallos: 330:704; Casa Casmma S.R.L. s/ Concurso Preventivo, 26 de marzo de 2009, Fallos: 332:616; Espíndola, Juan Gabriel s/ Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley, 9 de abril de 2019, Fallos: 342:584.

“carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes anteriores sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”.

Es decir, que para apartarse de un determinado precedente, los tribunales deben fundamentarlo debidamente.

Distinta es la situación de que un juez resuelva no aplicar un precedente, no porque aporte nuevos argumentos sobre idéntica cuestión, sino porque entienda que las circunstancias fácticas del caso en cuestión son diferentes a las abordadas por dicha Corte y resuelva que determinado precedente no es aplicable. En numerosas ocasiones el máximo tribunal ha fijado pautas para “el buen uso de sus precedentes”<sup>99</sup> y en particular, ha descalificado sentencias que han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en un caso<sup>100</sup>.

La inexistencia formal del *stare decisis* vertical ha llevado a la doctrina a preguntarse si es viable el sistema de control jurisdiccional difuso si no rige el principio de *stare decisis* vertical, y si resulta eficiente un sistema de control de constitucionalidad con efectos *inter partes* sin *stare decisis* vertical. De aquí que este tribunal deba intervenir en numerosísimos casos, dejando sin efecto pronunciamientos de tribunales inferiores, muchas veces por apartarse sin más, de precedentes del máximo tribunal. Solo en 2018, la Corte Suprema dictó 6814 sentencias, y culminó el año con un total de 36584 expedientes en trámite<sup>101</sup>.

Otra de las cuestiones que solo se esbozará, es la obligatoriedad de los precedentes de la Corte, para el propio tribunal. En ocasiones, el supremo

---

<sup>99</sup> La Corte Suprema en el precedente Freire Díaz, Manuel S. y otro s/ defraudación, 19 de marzo de 2019, Fallos: 342:278, ha explicado cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. En esta línea, recordó el citado caso “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo”, en el que se había sostenido que “cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación [a] las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las [expresiones] generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan”.

<sup>100</sup> CSJN, Acosta, Leonel Ignacio, 22 de agosto de 2017, Fallos 340:1084. En igual sentido, Freire Díaz, Manuel S. y otro s/ defraudación, 19 de marzo de 2019, Fallos: 342:278.

<sup>101</sup> Datos estadísticos publicados por el Centro de Información Judicial. Disponible en [www.cij.gov.ar/nota-33616-DATOS-ESTAD-STICOS---En-2018--la-Corte-Suprema-dict--6814-sentencias-y-resolvi--7843-causas.html](http://www.cij.gov.ar/nota-33616-DATOS-ESTAD-STICOS---En-2018--la-Corte-Suprema-dict--6814-sentencias-y-resolvi--7843-causas.html) [fecha de consulta: 17 de julio de 2019].

tribunal pareciera demostrar poco apego a sus propias decisiones. Prueba de esto ha sido, por ejemplo, los precedentes en materia de tenencia de estupefacientes para consumo personal, en los cuales, el órgano, primero consideró la conducta como constitucional<sup>102</sup>; luego como inconstitucional<sup>103</sup> y pocos años después, retomó su postura anterior<sup>104</sup>, señalando que “esta Corte, en su actual composición, decide retomar la doctrina establecida a partir del citado caso ‘Colavini’”. La Corte Suprema modificó tiempo después esta última postura<sup>105</sup>.

Sobre la cuestión, también puede destacarse un debate reciente. En el caso “Schiffrin”<sup>106</sup> ya citado, el tribunal se apartó del precedente “Fayt”, y consideró que la limitación de la duración de la función de los jueces, incorporada en la reforma constitucional de 1994, había sido válidamente introducida por la Convención Constituyente. En su voto, el juez Rosatti indicó:

“si bien es deseable y conveniente que los precedentes de esta Corte sean debidamente considerados y seguidos en casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica, esta regla no es absoluta ni impide la modificación de la jurisprudencia cuando existen causas suficientemente graves o median razones de justicia, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión que no decide seguirse”<sup>107</sup>.

En el caso, consideró que se encontraban demostradas esas graves circunstancias que exigían dejar de lado la doctrina establecida anteriormente por el máximo tribunal. Por el contrario, Carlos Rosenkrantz, en su disidencia, manifestó que en casos donde se juzga la validez de una reforma constitucional:

“debemos ser especialmente sensibles a la necesidad de ser consistentes a lo largo del tiempo, lo que demanda un respeto más riguroso hacia las decisiones que esta Corte ha adoptado en el pasado. En especial es así cuando dichas decisiones han sido uniformemente observadas por los distintos poderes del Estado”<sup>108</sup>.

<sup>102</sup> CSJN, Colavini, Ariel Omar, 28 de marzo de 1978, Fallos: 300:254.

<sup>103</sup> CSJN, Bazterrica, Gustavo Mario, 29 de agosto de 1986, Fallos: 308:1392.

<sup>104</sup> CSJN, Montalvo, Ernesto Alfredo, 11 de diciembre de 1990, Fallos: 313:1333.

<sup>105</sup> CSJN, Arriola Sebastián y otros, 25 de agosto de 2009, Fallos: 332:1963.

<sup>106</sup> CSJN, Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa, 28 de marzo de 2017, Fallos: 340:257.

<sup>107</sup> Voto del juez Rosatti, considerando 22.

<sup>108</sup> Al respecto, el juez Carlos Rosenkrantz resaltó “el muy revelador hecho que desde la reforma constitucional de 1994 han transcurrido más de 20 años, lapso durante el cual ninguna de las autoridades constitucionales que tuvieron la responsabilidad de liderar los destinos del país jamás realizó acción alguna para que los jueces que cumplieron 75 años cesen en sus funciones” (considerando 28).

Más allá de la decisión en el caso concreto, se vislumbra que, incluso, los propios ministros no son coincidentes respecto de la rigurosidad con que deben respetarse los precedentes por ella enunciados, aunque no se coincida con los mismos.

#### *4. Jurisdicción federal y vías de acceso a la Corte Suprema*

La jurisdicción federal y las vías de acceso a este órgano están reguladas por los artículos 116 y 117 de la Constitución. El artículo 116 establece lo siguiente:

“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

Seguidamente, el artículo 117 establece los supuestos en que la Corte va a ejercer su competencia originaria y por apelación:

“En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

De las normas mencionadas se desprenden, entonces, por un lado, una competencia originaria y exclusiva, en la cual el supremo tribunal es la única instancia y, por el otro, una competencia apelada, en la cual el máximo tribunal resuelve causas que llegan a su conocimiento, provenientes de tribunales inferiores. La competencia apelada de la Corte puede ser ordinaria o extraordinaria. Esta última se encauza a través del recurso extraordinario.

Así se destacará de modo muy breve algunas cuestiones trascendentes sobre la materia que hayan suscitado precedentes del máximo tribunal.

En relación con la competencia originaria de la Suprema, la misma se encuentra regulada en el artículo 24, inciso 1°, del decreto ley 1285/58.

Hubo una gran discusión respecto de los alcances del término “causa civil”, que utiliza la norma mencionada, la cual establece que la Corte conocerá originaria y exclusivamente,

“en todos los asuntos que versen entre dos (2) o más provincias y los civiles entre una (1) provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una (1) provincia y un (1) Estado extranjero”.

En la causa “Barreto”<sup>109</sup>, a través de una interpretación estrecha del término “causa civil”, recordó que en su jurisprudencia el máximo tribunal había declinado su competencia originaria para conocer de aquellos asuntos, cuando es parte una provincia, en que pese a estar en tela de juicio de modo predominante una cuestión federal la decisión del caso también imponía el tratamiento de puntos del derecho público local. En el fallo, también señaló que tampoco tomaría intervención en su sede cuando el examen de un caso que se califica como de responsabilidad civil de un Estado provincial se atribuya a la falta de servicio o remita al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso de la nación, sino por las autoridades locales de gobierno, en ejercicio de una atribución no delegada a la nación<sup>110</sup>. Sobre el punto que se analiza, también resulta trascendente el reciente fallo por el cual este tribunal, dejando de lado precedentes anteriores, declaró su competencia originaria en causas en las que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sea parte, teniendo en cuenta el estatus otorgado a la ciudad en el año 1994 por el artículo 129 de la Constitución<sup>111</sup>.

En lo referente a la competencia por apelación, cabe referirse, en primer lugar, al recurso ordinario, el cual se encuentra regulado en el artículo 24, inciso 6° del decreto ley 1285/58. El mencionado artículo, en su apartado a), establece que el recurso ordinario es procedente en causas en que la nación, directa o indirectamente, sea parte, cuando el valor disputado sea superior a un determinado monto dinerario. Esta disposición de la norma fue declarada inconstitucional por dicha institución en el precedente “Anadon”<sup>112</sup>, en el entendimiento que había devenido irrazonable. A su vez, el artículo 19 de la Ley 24463, de solidaridad previsional, establecía un recurso ordinario contra la sentencia definitiva de la

---

<sup>109</sup> CSJN, Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro, 21 de marzo de 2006, Fallos: 329:759.

<sup>110</sup> Alberto B. BIANCHI, “La Corte Suprema reduce su competencia originaria”.

<sup>111</sup> CSJN, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ Ejecución Fiscal, 4 de abril de 2019, Fallos: 342:533.

<sup>112</sup> CSJN, Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido, 20 de agosto de 2015, Fallos: 338:724.

Cámara Federal de la Seguridad Social cualquiera fuere el monto del juicio. La Corte Suprema lo declaró inconstitucional en la causa "Itzcovich"<sup>113</sup>. Posteriormente, dicho artículo fue derogado por la Ley 26025<sup>114</sup>.

Por otro lado, el recurso extraordinario se encuentra regulado en específico por el artículo 14 de la Ley 48<sup>115</sup>. Los requisitos del recurso extraordinario suelen clasificarse en tres grupos: comunes, propios y formales<sup>116</sup>.

Los requisitos comunes que deben cumplimentarse en el recurso extraordinario, al igual que en cualquier tipo de recurso, son los siguientes: la intervención de un tribunal de justicia, en el marco de un juicio, que la cuestión sea justiciable y que exista un gravamen.

Entre los requisitos propios del recurso extraordinario debe destacarse la existencia de una cuestión federal, el cual versa sobre la interpretación de normas federales o actos federales de las autoridades de la nación, o acerca de conflictos entre la Constitución Nacional y otros actos o normas de autoridades nacionales o locales. Para clarificar la cuestión, la doctrina ha propuesto la clasificación de cuestión federal simple y compleja, pudiendo esta última ser directa o indirecta. La cuestión federal simple es la

<sup>113</sup> CSJN, Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios, 29 de marzo de 2005, Fallos: 328:566.

<sup>114</sup> B.O. 22 de abril de 2005.

<sup>115</sup> El artículo establece lo siguiente: "Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio".

Cabe mencionar también el artículo 2° de la ley 27, y el artículo 24, inciso 2° del decreto-ley 1285/58.

<sup>116</sup> Se seguirá los lineamientos del clásico trabajo de Esteban YMAZ, Ricardo E. REY, *El recurso extraordinario*. Véase también Néstor Pedro SAGÜES, *Recurso extraordinario*. Asimismo, puede ser útil al lector diversos suplementos de actualización sobre recurso extraordinario y recurso de queja confeccionados por la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema, con jurisprudencia actualizada de la materia, disponibles en <https://sj.csjn.gov.ar/sj/boletines.jsp> [fecha de consulta: 17 de julio de 2019].

que solo trata sobre la interpretación de la Constitución y de los actos y normas federales, y sobre los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Por el contrario, la cuestión federal compleja es la que se ocupa de la compatibilidad de normas o actos, sean de carácter nacional o local, con la Constitución nacional. Será directa cuando se refiere directamente a un conflicto entre la Constitución y normas inferiores, y será indirecta cuando se dé respecto de normas de inferior jerarquía. A su vez, la competencia extraordinaria de la Corte Suprema se ha ampliado por la creación pretoriana de la arbitrariedad de sentencia y de la gravedad institucional. En relación con la doctrina de la arbitrariedad, el máximo tribunal ha señalado que la misma tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa<sup>117</sup>. En cuanto a la gravedad institucional, la Corte no ha definido de modo preciso el término, aunque ha puesto de relieve que se trata de una doctrina excepcional que no puede invocarse genéricamente, y que no constituye una causa autónoma de procedencia del recurso, sino que solo faculta a la Corte para prescindir de ciertos recaudos formales frustratorios de su jurisdicción extraordinaria<sup>118</sup>. Otros requisitos propios del recurso extraordinario son los siguientes: relación directa, es decir, que de la cuestión federal dependa siempre, en todo o en parte, la decisión del litigio; que la cuestión haya sido resuelta de forma contraria al derecho federal invocado; que el recurso se interponga ante una sentencia definitiva, aunque con excepción se ha admitido que aun no tratándose de una decisión que ponga fin al pleito, cause un agravio irreparable; y que la sentencia apelada haya sido dictada por el tribunal superior de la causa, es decir, el que debe decidir en última instancia, dentro de la respectiva organización procesal la cuestión federal en disputa, o sea, sin recurso alguno ante otro tribunal, fuera de la Corte Suprema.

En lo que respecta a los requisitos formales, se destaca, en primer lugar, el de la introducción oportuna de la cuestión federal, la cual no debe ser planteada de un modo general, sino que se requieren citas concretas que determinen con precisión el derecho federal cuestionado y desconocido. A su vez, la cuestión federal no solo debe ser introducida en la primera

---

<sup>117</sup> CSJN, Universidad Nacional de Rosario c/ Calarota, Luis Raúl s/exclusión de tutela sindical, 15 de febrero de 2018, Fallos: 341:84.

<sup>118</sup> CSJN, Partido Obrero c/ C5N y otro s/ Daños y Perjuicios, 15 de diciembre de 2015, Fallos: 338:1534. Al respecto, véase María Sofía SAGÜES, El recurso extraordinario federal en la ley 48, pp. 145-206.

oportunidad posible, por lo que no podría ser resultado de una reflexión tardía o una mera ocurrencia, sino que también debe ser mantenida a lo largo del proceso. El trámite del recurso extraordinario se encuentra regulado en los artículos 256 a 258 del *Código Procesal Civil y Comercial* de la nación. Sin perjuicio de ello, cabe puntualizar que a través de la acordada 4/07<sup>119</sup> se aprobó el reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquel, estableciendo, entre otras cuestiones, estrictas pautas formales, permitiendo al supremo tribunal desestimar la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva<sup>120</sup>.

A su vez, se debe destacar la facultad que le otorga el artículo 280 del *Código Procesal* al máximo tribunal, de rechazar el recurso extraordinario en supuestos en que el agravio federal sea insuficiente o las cuestiones planteadas resulten insustanciales o intrascendentes, es decir, una suerte de *Writ of certiorari*<sup>121</sup>. En su parte pertinente, la norma señala:

“La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”<sup>122</sup>.

En este punto, la Corte Suprema ha señalado que la finalidad más significativa de la modificación al artículo 280 del *Código Procesal*

“es la de destacar el emplazamiento que esta Corte posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando que –de una manera realista– su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional (...). La reforma tiende, pues, a reforzar el criterio de especialidad que orienta a las funciones de este Tribunal, al hacerle

<sup>119</sup> B.O. 21 de marzo de 2007. A su vez, la acordada 38/11 (B.O. 23 de febrero de 2012) estableció una leve modificación, referida a que las presentaciones ante la Corte Suprema deben hacerse en formato de hoja A4.

<sup>120</sup> Véase Alberto F. GARAY, *Cómo interponer un recurso extraordinario federal y su queja: a partir de la Acordada CSJN 4/2007*.

<sup>121</sup> Véase Eduardo OTEIZA, “El certiorari y el uso de la discrecionalidad por la Corte”.

<sup>122</sup> Esta norma fue incorporada al *Código Procesal* por la Ley 23774 (B.O. 16 de abril de 1990). De modo concordante, el artículo 285 del *Código Procesal Civil y Comercial* estipula: “Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo”.

Excedería el propósito de este trabajo analizar todas las críticas a esta facultad de la Corte Suprema. Al respecto, véase SAGÜES, *Recurso extraordinario, op. cit.*, tomo I.

posible ahondar en los graves problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente ligados a su naturaleza institucional”<sup>123</sup>.

En línea con lo expresado por el máximo tribunal en el párrafo precedente, cabe destacar un fenómeno reciente, el cual se refiere a la intervención del Poder Judicial en el diseño estratégico y la puesta en marcha de políticas públicas en casos de defecto u omisión de los poderes Ejecutivo y Legislativo a través de los llamados litigios estructurales<sup>124</sup>. El caso paradigmático de este tipo de proceso es el del saneamiento de la contaminación ambiental que fue emprendido por la Corte en la causa “Mendoza”<sup>125</sup>.

### 5. Nuevos mecanismos de legitimación de las decisiones judiciales: *Amigos del Tribunal y audiencias públicas*

También, se considera importante tratar brevemente dos mecanismos introducidos por este órgano en los últimos años, que hacen a la legitimación de las decisiones judiciales que se adoptan. Ellos son: la figura de los *amicus curiae* (Amigos del Tribunal) y las audiencias públicas.

Mediante la acordada 28/04<sup>126</sup> se aprobó el reglamento para la intervención de Amigos del Tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. La intervención de los Amigos del Tribunal se encuentra hoy regulada en la acordada 13/13<sup>127</sup>. Así, la actuación de estos tiene por finalidad que hagan saber sus opiniones o sugerencias sobre cuestiones de trascendencia institucional o de interés público y, con ese alcance, ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión de dichas causas<sup>128</sup>.

El régimen de la acordada 13/13 establece que el Amigo del Tribunal debe ser una persona física o jurídica con “reconocida competencia sobre la

<sup>123</sup> CSJN, Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, 26 de octubre de 1993, Fallos: 316:2454.

<sup>124</sup> Pablo S. CARDUCCI, “¿Puede influirse en política pública a través de procesos judiciales? El rol del juez en el litigio de reforma estructural”.

<sup>125</sup> CSJN, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo), 8 de julio de 2008, Fallos: 331:1622.

<sup>126</sup> B.O. 20 de julio de 2004.

<sup>127</sup> B.O. 26 de abril de 2013. La mencionada acordada dejó sin efecto la acordada 28/04 ya citada y la acordada 14/06.

<sup>128</sup> Cfr. considerandos de la acordada 14/06.

cuestión debatida en el pleito”<sup>129</sup>. Asimismo, se determina que la actuación del Amigo del Tribunal tiene por objetivo “enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas”<sup>130</sup>. De este modo, la doctrina ha destacado la figura de los Amigos del Tribunal como una herramienta de la democracia participativa<sup>131</sup>.

Por otro lado, mediante la acordada 30/07, la Corte Suprema estableció las reglas básicas para la celebración de audiencias públicas en las causas que tramiten ante el tribunal. En los considerandos de la medida, se puso de relieve que a fin de “elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República” se comenzaría a llevar a cabo audiencias de carácter público, que serían convocadas en ciertas causas que tramiten ante ella<sup>132</sup>.

En la acordada, se indica que el máximo tribunal puede convocar a audiencias públicas cuando lo dispongan al menos tres jueces<sup>133</sup>, y se establecen tres tipos de audiencias: la informativa, que tiene por objetivo escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso a decidir<sup>134</sup>; la conciliatoria, que tiene por objetivo instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales; y la ordenatoria, que tiene por objetivo tomar

<sup>129</sup> Artículo 2°. Asimismo, allí se establece que en el primer capítulo de su presentación el Amigo del Tribunal debe fundamentar su interés para participar en la causa y deberá expresar a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos, si ha recibido de ellas financiamiento o ayuda económica de cualquier especie, o asesoramiento en cuanto a los fundamentos de la presentación, y si el resultado del proceso le podría representar –directa o mediatamente– beneficios patrimoniales.

<sup>130</sup> Artículo 4°. A su vez, en el citado artículo se establece que el Amigo del Tribunal no puede introducir hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la *litis*, o que de modo oportuno hayan sido admitidos como hechos nuevos, ni versar sobre pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales correspondientes.

<sup>131</sup> Sobre el punto, ver también Pablo D. SANABRIA, “Mecanismos de (re)legitimación social del control de constitucionalidad: ¿hacia un nuevo paradigma de funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación?”.

<sup>132</sup> A su vez, se puso de manifiesto que “la participación ciudadana en actos de esa naturaleza y la difusión pública del modo en que esta Corte conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal”.

<sup>133</sup> Artículo 1°.

<sup>134</sup> A su vez, cabe señalar que sobre las audiencias informativas, la acordada establece que cada parte podrá designar un abogado para que haga un alegato cuya duración no puede exceder de veinte minutos. A su vez, el abogado tiene la obligación de presentar un resumen escrito de su exposición con cuarenta y ocho horas de anticipación. También, se establece que los Amigos del Tribunal pueden ser citados para que presenten alegatos orales (artículo 6°). Finalmente, se determina que los jueces pueden interrogar libremente a los abogados sin que ello implique prejuicio (artículo 9°).

las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa<sup>135</sup>. A su vez, se indica que la finalidad de la audiencia será especificada en el acto de su convocatoria<sup>136</sup>.

En este contexto, la Corte ha establecido la celebración de audiencias públicas en causas sobre el ambiente<sup>137</sup>, medios de comunicación audiovisual<sup>138</sup>, libertad de expresión<sup>139</sup> y libertad religiosa<sup>140</sup>, entre otras<sup>141</sup>.

Se considera como un acierto de esta institución celebrar audiencias públicas así como admitir la intervención de los Amigos del Tribunal, en casos trascendentes y difíciles que se sometan a su decisión. La utilización de estos mecanismos ayuda a legitimar las decisiones del máximo tribunal, al poner en conocimiento de la ciudadanía, los casos sujetos a su decisión y, de este modo, haya una verdadera deliberación pública sobre el asunto. También, permite que el máximo tribunal decida en un marco de información adecuado, con participación de las distintas partes, expertos y posibles implicados en las consecuencias de la decisión.

## 6. Conclusiones

Se han delineado y definido las principales características del Poder Judicial y los contornos del control de constitucionalidad que se ejerce en Argentina, así como las vías de acceso a la Corte Suprema, la cual, en última instancia, decidirá la compatibilidad de una norma de inferior jerarquía con la Constitución Nacional.

Así como existen normas que regulan la jurisdicción constitucional que rigen desde hace más de un siglo y medio, al mismo tiempo, este

---

<sup>135</sup> Artículo 2°.

<sup>136</sup> Artículo 3°.

<sup>137</sup> CSJN, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo), 8 de julio de 2008, Fallos: 331:1622.

<sup>138</sup> CSJN, Grupo Clarín y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa, 29 de octubre de 2013, Fallos: 336:1774.

<sup>139</sup> CSJN, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios, 28 de octubre de 2014, Fallos: 337:1174. Sobre este precedente, ver el precedente de mi autoría “El derecho a la libertad de expresión en Internet: la responsabilidad civil de los motores de búsqueda”.

<sup>140</sup> CSJN, Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta-Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo, 12 de diciembre de 2017, Fallos: 340:1795.

<sup>141</sup> Todas las audiencias públicas realizadas por la Corte Suprema desde 2008 se encuentran disponibles en [www.cij.gov.ar/audiencias.html](http://www.cij.gov.ar/audiencias.html) [fecha de consulta: 17 de julio de 2019].

tribunal, a través de su jurisprudencia y el dictado de acordadas, ha ido estableciendo parámetros sobre la cuestión bajo estudio.

Respecto de la forma de designación, duración y remoción del cargo de los magistrados ha habido cambios significativos. La reforma de 1994 intentó despolitizar la designación de los magistrados de las instancias inferiores al crear el Consejo de la Magistratura y establecer la obligación de celebrar concursos públicos de antecedentes y oposición. La duración del mandato de los jueces también sufrió un cambio en la reforma, limitándolo a los setenta y cinco años con posibilidad de nuevos nombramientos periódicos. Si bien esta modificación había sido virtualmente dejada sin efecto en el caso “Fayt”, a través del precedente “Schiffrin”, de 2017, aquella cláusula recobró plena vigencia.

El control de constitucionalidad también ha mutado a lo largo de las décadas. Esta atribución, puesta de manifiesto por la misma Corte, ya en el año 1871, a partir de la reforma de 1994 tomó nuevos alcances. Por un lado, una cuestión trascendente ha sido la incorporación de diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, lo cual ha llevado a la doctrina a hablar de una “Constitución convencionalizada”. Los jueces no solo se encuentran obligados a ejercer el control de constitucionalidad, sino que, también, deben realizar un control de convencionalidad. La reforma también ha sido trascendente en materia de legitimación, al incorporar a la Constitución un “amparo colectivo”, admitiendo iniciar este proceso en defensa de los derechos de incidencia colectiva no solo al afectado, sino, también, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines. A partir de la existencia de esta acción, el citado órgano tiempo después, creó los llamados procesos colectivos o acciones de clase. Un capítulo abierto lo constituye el tema de la obligatoriedad de los precedentes de dicha Corte. Por un lado, el alto tribunal ha señalado que sus pronunciamientos no resultan obligatorios para los tribunales de las instancias anteriores fuera de los juicios en los que son dictados, pero, al mismo tiempo, afirma que por su autoridad suprema o moral, por razones de economía procesal o a fin de evitar un dispendio jurisdiccional, los tribunales inferiores deben aplicar su doctrina. Se observa, entonces, que en la práctica la Corte Suprema pretende establecer el *stare decisis* vertical, aunque formalmente no esté previsto en Argentina. Este sistema, un control de constitucionalidad difuso sin existencia de *stare decisis* vertical, podría verse muchas veces como caótico. Es así que el máximo tribunal se encuentra obligado a expedirse en miles de causas a fin de hacer prevalecer su doctrina. Esta caracterización muchas veces se profundiza, cuando en ocasiones ni siquiera la Corte pareciera ajustarse a sus propias decisiones anteriores.

En lo que respecta a las vías de acceso a la Suprema Corte, es positiva la jurisprudencia que limita el recurso ordinario de apelación, pues no consideraba el planteamiento de una cuestión constitucional, sino que era admisible únicamente teniendo en cuenta que el Estado era parte y que un determinado monto dinerario estuviese en juego. Por otro lado, se observa una tendencia de la Corte a restringir su competencia, como puede verse del concepto limitado de “causa civil” acuñado en sus últimos precedentes para admitir su competencia originaria, así como de los estrictos requisitos formales establecidos para la interposición del recurso extraordinario. Sin embargo, el máximo tribunal ha decidido embarcarse en otras cuestiones trascendentales, como los llamados litigios estructurales.

Por último, es destacable que el alto tribunal en los últimos tiempos haya establecido mecanismos que legitiman las decisiones que adopta, en particular los Amigos del Tribunal y las audiencias públicas, cuestiones que coadyuvan a otorgar mayor legitimidad a la rama de gobierno más débil, en su difícil tarea de ser guardiana de la Constitución.

### *Bibliografía*

- AMAYA, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2012.
- AMAYA, Jorge Alejandro, *Marbury v. Madison: origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, 5ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017.
- AMAYA, Jorge Alejandro (dir.), *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- BIANCHI, Alberto B., “La Corte Suprema reduce su competencia originaria”, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2006-II.
- BIANCHI, Alberto B., “La organización de los tribunales federales en los Estados Unidos”, en *El Derecho Constitucional*, 13 de diciembre de 2019.
- BIANCHI, Alberto B., “Un apunte sobre la organización de los tribunales federales”, en *El Derecho Constitucional*, 21 de noviembre de 2018.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2000, tomo III.
- BLACK, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 4ª ed., St. Paul Minnesota, West Publishing Co., 1968.
- CARDUCCI, Pablo S., “¿Puede influirse en política pública a través de procesos judiciales? El rol del juez en el litigio de reforma estructural”, en Enrique M. ALONSO REGUEIRA (dir.), *El control de la actividad estatal*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, 2016, vol. II.

- CARRANZA, Gonzalo Gabriel, “Efectos ostensibles del caso Schiffrin. Comentarios a la Resolución 521-E/2017 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación”, en *Erreius on line*, noviembre 2017.
- CARRANZA, Gonzalo Gabriel, “Repensando la constitucionalidad de la constitución. El valor presente y futuro de la causa ‘Schiffrin c/ Poder Ejecutivo Nacional’”, en *Temas de Derecho Administrativo*, junio 2017.
- GAGO, María Eugenia, Tristán GÓMEZ ZAVAGLIA, “El Defensor del Pueblo de la Nación: Entre el olvido, la intención y la desidia”, en Pablo L. MANILI (coord.), *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.
- GARAY, Alberto F., *Cómo interponer un recurso extraordinario federal y su queja: a partir de la Acordada CSJN 4/2007*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- GARAY, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.
- HAMILTON, Alexander, James MADISON, John JAY, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, “El caso ‘Fayt’ y sus implicancias constitucionales”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 5, 2001.
- JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “El control judicial: alcances y límites. Jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia”, en Juan Carlos CASSAGNE (dir.), *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- LEGARRE, Santiago, Julio César RIVERA (h.), “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina”, en *Lecciones y Ensayos*, n.º 86, 2009.
- LEGARRE, Santiago, Julio César RIVERA (h.), “Naturaleza y dimensiones del stare decisis”, en *La Ley*, tomo 2005-F.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.
- MAYER PORTELA, Lucrecia, Juan Martín VOCOS CONESA, “Control de Constitucionalidad”, en José Luis LÓPEZ CASTIÑEIRA (dir.), *La acción de amparo y la acción declarativa*, Buenos Aires, Erreius, 2017.
- OTEIZA, Eduardo, “El certiorari y el uso de la discrecionalidad por la Corte”, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1998-I.
- PIZZOLO, Calogero, “Limitaciones para la judiciabilidad de las cuestiones políticas”, en Daniel A. SABSAY (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- POSDELEY, Claudio Matías, *El régimen jurídico de los jueces subrogantes en el orden federal*, Buenos Aires, Lajouane, 2018.
- SAGÜES, María Sofía, *El recurso extraordinario federal en la ley 48*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *El tercer poder: notas sobre el perfil político del poder judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2017.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Recurso extraordinario*, 4ª ed. Buenos Aires, Astrea, 2002.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La creación judicial del ‘amparo-acción de clase’ como proceso constitucional”, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2009-II.
- SANABRIA, Pablo D., “Mecanismos de (re)legitimación social del control de constitucionalidad: ¿hacia un nuevo paradigma de funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación?”, en *Suplemento Constitucional*, La Ley, febrero 2017, .
- SOLA, Juan Vicente, *Control Judicial de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006.
- THAYER, James B., “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, in *Harvard Law Review*, vol. 7, n.º 3, 1893. “Origen y alcance de la doctrina estadounidense del derecho constitucional”, traducción de Mariano Vitetta, *Contextos*, n.º 6, 2013.
- TIMPANARO, Adrián R., “Acciones de clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente”, en Marcelo A. BRUNO DOS SANTOS (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- YLARRI, Juan Santiago, “Competencia en materia de Seguridad Social, razonabilidad y la garantía de la tutela judicial efectiva para jubilados y pensionados”, en *Erreius on line*, agosto 2014.
- YLARRI, Juan Santiago, “Constitución, democracia y control judicial de constitucionalidad”, en *MicroJuris*, Doctrina, MJ-DOC-6599-AR, 18 de febrero de 2014.
- YLARRI, Juan Santiago, “El derecho a la libertad de expresión en Internet: la responsabilidad civil de los motores de búsqueda”, en *Revista de Derecho Público. Derechos humanos y nuevas tecnologías*, vol. 2018-1.
- YLARRI, Juan Santiago, “El equilibrio en la composición del Consejo de la Magistratura”, en *Debates de Actualidad*, n.º 207, julio-diciembre 2013.
- YLARRI, Juan Santiago, “El federalismo argentino y el sistema autonómico español: similitudes y diferencias, con especial referencia a los Estatutos de Autonomía”, en *Revista de Derecho UNED*, n.º 17, 2º semestre 2015.
- YLARRI, Juan Santiago, “La composición de la Corte Suprema, el control de constitucionalidad y la protección de los derechos fundamentales”, en *Erreius on line*, Errepar, febrero 2015.
- YLARRI, Juan Santiago, “La composición del Consejo de la Magistratura según la ley 26.080 y el precedente ‘Monner Sans’”, en *Doctrina Judicial*, La Ley, 13 de agosto de 2014.
- YLARRI, Juan Santiago, “La Corte Suprema, guardiana de la Constitución: división de poderes, independencia judicial y protección de los derechos constitucionales”, en *El Derecho Constitucional*, 19 de noviembre de 2015.

- YLARRI, Juan Santiago, "La división de poderes en la emergencia económica en Argentina", en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 32, México D.F., enero-junio 2015.
- YLARRI, Juan Santiago, "La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios en las acciones de clase: El precedente 'PADEC'", en *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 92, 2014.
- YLARRI, Juan Santiago, "Las acciones de clase y los presupuestos para su admisión formal", en *Temas de Derecho Administrativo*, n.º 2, febrero 2017.
- YMAZ, Esteban, Ricardo E. REY, *El recurso extraordinario*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

*JURISPRUDENCIA CITADA*  
*DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*

- Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16.986, 6 de septiembre de 2016, Fallos: 339:1223.
- Acosta, Leonel Ignacio, 22 de agosto de 2017, Fallos 340:1084.
- Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 20 de abril de 2010, Fallos: 333:487.
- Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido, 20 de agosto de 2015, Fallos: 338:724.
- Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Secretaría de Energía y Puertos, 5 de abril de 2005, Fallos: 328:651.
- Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN -CSJN- Consejo de la Magistratura - art. 110 s/ empleo público, 21 de abril de 2015, Fallos: 338:284.
- Arriola Sebastián y otros, 25 de agosto de 2009, Fallos: 332:1963.
- Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEE-RA) c/ Provincia de Buenos Aires, 22 de abril de 1997, Fallos: 320:690.
- Asoc. de Socios Argentinos de la O.T.I. c/ D.G.I. s/ repetición D.G.I., 3 de abril de 2001, Fallos: 324:920.
- Autolatina Argentina S.A. (TF 11.358-I) -Incidente- c/ Dirección General Impositiva y otro s/ Res. Apel TFN, 13 de marzo de 2007, Fallos: 330:704.
- Avegno c/ Provincia de Buenos Aires, 11 de abril de 1874, Fallos: 14:425.
- Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra, 19 de agosto de 2004, Fallos: 327: 3117.
- Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro, 21 de marzo de 2006, Fallos: 329:759.
- Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 4 de junio de 2019, causa CSJ 140/2011 (47-B)/CS1.
- Bazterrica, Gustavo Mario, 29 de agosto de 1986, Fallos: 308:1392.
- Bussi, Antonio D. c/ Cámara de Diputados, 11 de octubre de 2001, Fallos: 324:3358.

- Cichelo, Carlos Raúl Guillermo, 2 de octubre de 1979, Fallos: 301:850.
- Caffarena c/ Banco Argentino del Rosario de Santa Fe, 21 de septiembre de 1871, Fallos: 10:427.
- Casa Casmma S.R.L. s/ Concurso Preventivo, 26 de marzo de 2009, Fallos: 332:616.
- Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo, 12 de diciembre de 2017, Fallos: 340:1795.
- Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otro c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo Colectivo, 18 de agosto de 2016, Fallos: 339:1077.
- Cerámica San Lorenzo, 4 de julio de 1985, Fallos: 307:1094.
- Colavini, Ariel Omar, 28 de marzo de 1978, Fallos: 300:254.
- Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/ Inconstitucionalidad, 14 de abril de 2015, Fallos: 338:249.
- Cullen, Joaquín M., por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fe c/ Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad, 7 de septiembre de 1893, Fallos: 53:420.
- Espíndola, Juan Gabriel s/ Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley, 9 de abril de 2019, Fallos: 342:584.
- Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, 19 de agosto de 1999, Fallos: 322:1609.
- Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José (Suc), 19 de septiembre de 1960, Fallos: 247:646.
- Freire Díaz, Manuel S. y otro s/ defraudación, 19 de marzo de 2019, Fallos: 342:278.
- Ganadera Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina, 30 de junio de 1941, Fallos: 190:142.
- Gianola, Raúl Alberto y otros c/ Estado Nacional y otros, 15 de mayo de 2007, Fallos: 330:2255.
- Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ Ejecución Fiscal, 4 de abril de 2019, Fallos: 342:533.
- Grupo Clarín y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa, 29 de octubre de 2013, Fallos: 336:1774.
- Halabi, Ernesto c/ P.E.N.-ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo-ley 16986, 24 de febrero de 2009, Fallos: 332:111.
- Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar n.º 50 de Rosario, en sumarios n.º 6/84, 24 de abril de 1984, Fallos: 306:303.
- Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios, 29 de marzo de 2005, Fallos: 328:566.
- Kot, 5 de septiembre de 1958, Fallos: 241:291.
- Lavandera de Rizzi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda, 17 de marzo de 1998, Fallos: 321:441.

- Losa, Miguel c/ Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires, 2 de marzo de 1993, Fallos: 316:221.
- Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), 8 de julio de 2008, Fallos: 331:1622.
- Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/ Provincia de Corrientes, 27 de septiembre de 2001, Fallos: 324:3219.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de febrero de 2017, Fallos: 340:47.
- Monner Sans, Ricardo c/ EN - Secretaria General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986, 6 de marzo de 2014, Fallos: 337:166.
- Montalvo, Ernesto Alfredo, 11 de diciembre de 1990, Fallos: 313:1333.
- Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo, 12 de noviembre de 1886, Fallos: 33:162.
- Partido Obrero c/ C5N y otro s/ Daños y Perjuicios, 15 de diciembre de 2015, Fallos: 338:1534.
- Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo, 6 de mayo de 2014, Fallos: 337:530.
- Pla, José María y otros c/ EN M° de Defensa s/ ordinario, 26 de septiembre de 2012, causa P.436.XLVI, REX.
- Rivera Vaca, Marco Antonio y otro s/ Hábeas corpus, 16 de noviembre de 2009, Fallos: 332:2544.
- Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios, 28 de octubre de 2014, Fallos: 337:1174.
- Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, 27 de noviembre de 2012, Fallos: 335:2333.
- Rolón Zappa, Víctor Francisco s/ queja, 25 de agosto de 1988, Fallos: 311:1644.
- Romero, Carlos Ernesto c/ Andrés Fabián Lema s/ Desalojo - Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, 23 de junio de 2009, Fallos: 332:1488.
- Rosza, Carlos A. y otro s/ recurso de casación, 23 de mayo de 2007, Fallos: 330:2361.
- Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional -Ministerio de Economía s/ amparo, 30 de junio de 2005, Fallos: 328:2567.
- Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa, 28 de marzo de 2017, Fallos: 340:257.
- Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, 26 de octubre de 1993, Fallos: 316:2454.
- Siri, Ángel, 27 de diciembre de 1957, Fallos: 239:459.
- Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación, 22 de septiembre de 1887, Fallos: 32:120.

- Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo, 15 de junio de 2010, Fallos: 333:1023.
- Universidad Nacional de Rosario c/ Calarota, Luis Raúl s/exclusión de tutela sindical, 15 de febrero de 2018, Fallos: 341:84.
- Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad, 4 de noviembre de 2015, Fallos: 338:1216.
- Vallejos Tressens, César A. c/ Estado Nacional Argentino s/ amparo ley 16.986, 25 de junio de 2019, causa FCT 153/2016/CA1-CS1.
- Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, 3 de mayo de 2005, Fallos 328:1146.
- V., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ amparo, 16 de julio de 2019, causa CSJ 210/2014 (50-V)/CS1.
- Viñas, Pablo c/ EN - M Justicia y DDHH s/ indemnizaciones - ley 24043 - art. 3°, 22 de mayo de 2018, Fallos: 341:570.

EL PRECEDENTE  
EN EL DERECHO COLOMBIANO:  
LA ESTRUCTURACIÓN DEL CONCEPTO  
Y SU APLICACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA  
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

THE PRECEDENT IN COLOMBIAN LAW:  
THE STRUCTURING OF THE CONCEPT  
AND ITS APPLICATION  
BY THE JURISPRUDENCE  
OF THE CONSTITUTIONAL COURT

*Manuel Eduardo Marín Santoyo\**

*Resumen*

El precedente como fuente formal de derecho, plantea un problema al sistema legal dispuesto por la Constitución colombiana de 1991, puesto que el constituyente fiel a la tradición jurídica romanista o continental europea, mantuvo como fuente principal a la ley, estatuyendo a la jurisprudencia como una fuente secundaria. Sin embargo, la Corte Constitucional a través de sus sentencias ha cimentado la obligatoriedad de dicha fuente para los jueces, por lo cual debe realizarse un análisis de la figura, su concepto y valor en el derecho colombiano.

Palabras Clave: precedente, Corte, constitucional.

*Abstract*

The precedent as a formal source of law, poses a problem to the legal system provided by the Colombian Constitution of 1991, since the constituent faithful to the European Roman or continental legal tradition, kept as the main source of the law, statuting the jurisprudence as

---

\* Magister en derechos humanos y derecho internacional humanitario de la Universidad Católica de Colombia. Profesor titular de la cátedra Régimen Político y Organización del Estado de la Universidad del Rosario. Artículo recibido el 2 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 4 de septiembre de 2019. Correo electrónico: manuelmarin@gmail.com

a Secondary source. However, through its judgments the Constitutional Court has cemented the obligatory nature of the precedent for judges, so an analysis of the figure, its concept and value in Colombian law must be carried out.

Key words: Precedent, Court, Constitutional.

### *Introducción*

La figura del precedente como fuente formal de derecho, consiste en la creación del sistema legal a partir de las decisiones que se adoptan por los tribunales en casos concretos, las cuales se constituyen en las reglas aplicables tanto al caso resuelto como a casos futuros. El precedente es una fuente formal propia del *Common Law* o derecho anglosajón, con origen en Inglaterra, desde donde se extendió a las que fuesen sus colonias, por lo que en la actualidad, su aplicación se da principalmente en el Reino Unido –con excepción de Escocia–, en Canadá salvo en Québec, en Australia, Nueva Zelanda, la mayor parte de la India y Estados Unidos –menos en el estado Luisiana, que por su tradición francesa se rige por el sistema continental europeo–.

La institución del precedente como fuente de derecho en el sistema legal anglosajón, se fundamenta en la concepción del derecho medieval inglés en el que los tribunales del reino, por falta de legislación escrita, aplicaban las costumbres comunes del pueblo, las cuales se constituían en reglas jurídicas al ser las más conocidas o aceptadas, por lo que su aplicación se volvía uniforme y obligatoria para quienes residían en Inglaterra.

En dicho sistema, los jueces deben resolver aquellos casos que se someten a su conocimiento teniendo como referencia las decisiones previas adoptadas en casos análogos o similares, por los tribunales superiores, debiendo siempre razonar porqué la decisión previa es aplicable al caso actual o por qué razón debe apartarse de lo decidido previamente por el órgano de cierre.

Desde tiempo pretérito, su aplicación, como fuente principal de derecho, ha sido el rasgo que ha distinguido el *Common Law* del sistema continental europeo o romanista, en el que se funda el derecho francés, del cual los países latinoamericanos han adoptado su sistema de fuentes. En el sistema romanista, la fuente principal de derecho es la ley en sentido estricto, por lo que los jueces deben fundar sus decisiones en esta, constituyéndose la jurisprudencia en un criterio auxiliar que sirve de apoyo para la interpretación de la ley.

Sin embargo, la amplia influencia moderna de los países anglosajones, ha generado que los países de sistema romanista, hayan empezado a introducir el concepto del precedente en sus tradiciones jurídicas, lo cual en el caso colombiano se ha realizado a partir de la Constitución Política de 1991, pero en especial, en virtud de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y posteriormente con el establecimiento de las sentencias de unificación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El presente escrito tiene por finalidad realizar una revisión de la manera cómo en Colombia se ha adoptado esta fuente de derecho. Para ello, se abordará la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha estructurado y aplicado el concepto, así como los problemas que ello ha conllevado, la poca claridad que las altas cortes tienen sobre lo que en realidad lo constituye y cómo, de acuerdo con la especialidad del derecho, se han creado legalmente figuras para afianzar el precedente como fuente formal.

### *1. El sistema de fuentes de derecho instituido en la Constitución Política de 1991*

Si bien, este estudio tiene por finalidad abordar el precedente jurisprudencial en el derecho colombiano; previo a la revisión del tema en concreto, es necesario examinar el sistema de fuentes consagrado en la Constitución Política de 1991, para luego analizar el alcance que se le ha dado a la jurisprudencia y a esta clase de fuentes en Colombia.

Como punto de partida, se debe acudir al artículo 230 de la Carta Política en el que se enuncia:

“los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

De conformidad con el anterior mandato constitucional, en Colombia la jurisprudencia y la doctrina son considerados criterios auxiliares de la actividad judicial, es decir, se trata de fuentes secundarias a las que los jueces pueden acudir para apoyarse en la interpretación de la ley, de lo que se sigue que el constituyente de 1991 no contempló la jurisprudencia o el precedente como fuente formal principal en el derecho colombiano.

De esta manera, el constituyente de 1991 mantuvo la tradición jurídica romanista existente en Colombia, la cual con su origen fundamental en el *Código* napoleónico, entiende como fuente formal principal a la ley,

siendo los jueces intérpretes de la misma, pero no creadores de derecho. No obstante, el claro mandato constitucional, en relación con el valor de la jurisprudencia dentro de las fuentes del derecho colombiano, la Corte Constitucional desde sus inicios empezó a cimentar el concepto de precedente como fuente formal, para lo cual ha referido que la aplicación uniforme del derecho por los jueces corresponde a la protección del derecho a la igualdad, por lo que el juez debe resolver de manera idéntica los casos similares que se presentan ante la jurisdicción.

En relación con la forma como la Corte ha sustentado que este sea fuente formal por virtud del derecho a la igualdad, un sector de la doctrina ha sostenido:

“la Corte olvida que el verdadero sentido político, filosófico y democrático del principio de la igualdad de todos frente a la ley es la abolición de las legislaciones paralelas para beneficiar a determinadas clases sociales, religiosas, políticas y económica”<sup>1</sup>.

De esta manera, en el derecho colombiano, subsiste una tendencia a mantener una lectura estricta del artículo 230 de la Constitución, con base en la cual, doctrinantes como el profesor Javier Tamayo Jaramillo han argumentado que el precedente no debe convertirse en obligatorio, pues con el mismo se contradice la norma constitucional, por lo que consideran que la Corte Constitucional “debe interpretar políticamente los principios constitucionales, pero respetando y aplicando los textos de las normas de la Carta”<sup>2</sup>.

En consecuencia, en el derecho colombiano la conceptualización de aquel como fuente formal de derecho, no tiene asidero directo en la norma constitucional que establece las fuentes formales de derecho para los jueces, su creación se ha dado por vía de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual se ha fundado en el derecho a la igualdad.

## 2. *El precedente y su valor en el derecho colombiano*

Revisado el sistema de fuentes constitucionalmente instituido, en este acápite se analizará la manera cómo en Colombia se ha cimentado el concepto de precedente y su valor dentro de las fuentes formales de derecho, para lo cual se estudiará la doctrina sobre la materia, las figuras jurídicas relacionadas con el precedente y la manera cómo la jurisprudencia de las

<sup>1</sup> Javier TAMAYO, *El precedente judicial en Colombia*, p. 32.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 28.

altas cortes ha conceptualizado sobre este. Para concluir, se ofrecerá una aproximación propia a su definición y su alcance.

### 2.1. EL PRECEDENTE EN LA DOCTRINA.

En el escrito *El derecho de los jueces*<sup>3</sup>, Diego Eduardo Lopez Medina enuncia que en Colombia domina un sistema jurídico *neo-romanista* y positivista, en los cuales se ha asumido tradicionalmente lo siguiente:

- i) los jueces meramente aplican la ley, sin crearla;
- ii) los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas solo cuando estas son ambiguas y
- iii) los jueces están atados a la ley, pero son independientes frente a las sentencias judiciales que se han fallado en casos anteriores.

En este sentido, el autor explica que la jurisprudencia ha sido, desde siempre, entendida como fuente secundaria, por lo cual solo opera en casos de silencio por parte del legislador; en concreto, diferencias interpretativas menores, vacíos ocasionales o contradicciones; que se creen excepcionales.

Como se observa, el derecho colombiano adoptó un sistema de libre de jurisprudencia, sin embargo, en este se presentaban inequidades, pues en casos análogos se dictaban sentencias opuestas. En el sistema de libre jurisprudencia, la violación de la doctrina del tribunal de cierre era causal de casación de las sentencias de instancia y, por lo tanto, la jurisprudencia que sentaran las Cortes solo podía ser integrada por vía de la legislación subsiguiente. Ello tenía como defecto que las cortes no podían ir desarrollando paulatinamente la jurisprudencia con las variaciones que esto implica en el tiempo, y dificultaba la formación de una verdadera doctrina precedente, por lo que el papel de creación del derecho continuaba en cabeza del congreso.

Hasta el año 1995, las cortes respaldaban el sistema libre de jurisprudencia, consistente en que los jueces no estaban obligados a seguir las líneas fijadas por los tribunales de cierre, aceptando con ello el lugar auxiliar de la jurisprudencia en la doctrina jurídica nacional. A fines del año 1995 y principios de 1996, se reformó la visión que se tenía sobre esta figura, esto, ya que la Corte Constitucional en sus sentencias empezó a contradecir el sistema de libre jurisprudencia y a cimentar la obligatoriedad de la aplicación uniforme de la jurisprudencia, ello con fundamento en el derecho a la igualdad.

Por virtud del cambio de postura de la Corte Constitucional en relación con dicha obligatoriedad de los tribunales de cierre, empezó a

---

<sup>3</sup> Diego LÓPEZ, *El derecho de los jueces*, capítulo 1.

considerarse como regla que el juez o funcionario que decida apartarse de las decisiones previas de estas, tiene el deber de justificar de manera suficiente y adecuada su posición.

En el texto *el precedente judicial*<sup>4</sup> de Álvaro Aguilar Angel, el cual expone la teoría de la “doctrina probable”, el autor reseña cómo funcionaba la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, la cual se constituía a partir de tres sentencias de casación sobre un mismo punto de derecho, con base en las cuales la autoridad judicial podría aplicar el mismo proceder en casos análogos.

De esta manera, la doctrina probable era una herramienta que guiaba las acciones de los funcionarios de la rama judicial y que permitía tener un actuar consistente del derecho, visto desde un punto de vista sistemático, analizando las sentencias de las altas cortes como parte de un todo y no como fallos individuales separados entre sí.

Para el autor, con posterioridad a la Constitución de 1991 y a la creación de la Corte Constitucional, se reorganizan los aspectos político-jurídicos que guían el ordenamiento. Al existir una corte cuyo propósito es la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y darse el nacimiento de una nueva jurisdicción que permea todos los ámbitos del derecho, la Corte Constitucional empieza a instituir esta fuente formal y hacer que otras cortes, como la Corte Suprema o el Consejo de Estado, se acojan así a su interpretación y proceder para generar un precedente vertical y horizontal.

En su texto, Álvaro Aguilar indica que por más que Colombia sea heredero del derecho romano-germánico, donde la ley positiva es la fuente principal, no se puede negar la necesidad de incorporar las ideas del derecho anglosajón o *Common Law* para dar seguridad y consistencia al ordenamiento jurídico. Esto se da, pues, la igualdad frente a la ley de la que habla la Constitución, se proyecta, también, a la igualdad frente a las decisiones judiciales. Todo tribunal, además, debe ser consistente con sus decisiones previas para dar seguridad y coherencia al sistema jurídico al brindar significados estables a las normas.

En ese sentido, se entendería que se aplica en Colombia este derecho precedente en las altas cortes. Sin embargo, pueden existir casos en los cuales el juez no siga el actuar o el proceder de una sentencia que sea similar al caso concreto que se busca solucionar. En estos casos, el juez debe estipular de manera clara y precisa el por qué no considera su caso como análogo al establecido en la solución previa. Su argumentación debe variar si el precedente es horizontal o vertical. Concluye el autor argumen-

---

<sup>4</sup> Álvaro AGUILAR, “El precedente judicial”.

tando que un sistema rígido a las leyes de interpretaciones variadas no da seguridad a las personas. Sin embargo, esta fuente permite el desarrollo de un estado social y fomenta la igualdad de trato para los ciudadanos, fomentando el cumplimiento de fines constitucionales.

Manuel Fernando Quinche en su texto, *El precedente judicial y sus reglas*<sup>5</sup>, precisa el término 'precedente' con base en la sentencia T-292 de 2006, entendiéndolo como:

aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que habrá de resolver que, por su pertinencia para la solución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia .

A partir de allí, aclara que lo que en realidad tiene valor en dicho antecedente es la *ratio decidendi* de las sentencias pertinentes. Manuel Quinche menciona que su importancia estriba en garantizar el derecho de igualdad de trato jurídico, para quienes estén en una misma situación fáctica y jurídica. Posteriormente, el autor con base en lo dicho por la Corte Constitucional, plantea que, para establecer si un fallo es un precedente aplicable, se necesita verificar que exista una semejanza entre los hechos del caso anterior y los del que se va a decidir, que la consecuencia jurídica aplicada en el caso anterior sea adecuada para el nuevo caso y, por último, analizar si la regla en el pronunciamiento anterior ha cambiado, evolucionando, o se mantienen como doctrina probable por la Corte.

Otra visión de su valor se puede observar en el texto *El precedente judicial en Colombia*<sup>6</sup> de Javier Tamayo Jaramillo. En la segunda sección de este libro, titulada: "Análisis de la jurisprudencia que vuelve obligatorio el precedente en Colombia", el autor plantea que la jurisprudencia, particularmente la sentencia C-836 de 2001, evidencia la obligatoriedad del mismo, no solo en la Corte Constitucional, sino, también, en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado. A partir de esta idea central, se puede observar que, si bien Javier Tamayo afirma que la decisión de dicha sentencia es opuesta a lo planteado por el artículo 230 de la Constitución, esta logró superponerse y volverlo obligatorio, por las razones que se presentarán a continuación.

En este sentido, se observa que la razón por la cual la Corte volvió el precedente obligatorio, según el autor se basa en que:

---

<sup>5</sup> Manuel Fernando QUINCHE, *El precedente judicial y sus reglas*, capítulo III, sección 3: El precedente judicial. La clasificación del precedente.

<sup>6</sup> TAMAYO, *op. cit.*, sección segunda: análisis de la jurisprudencia que vuelve obligatorio el precedente en Colombia.

“la libre interpretación de la ley por parte de los jueces atenta contra la igualdad de todos frente a la ley, pues esa interpretación puede ser diversa. Lo único que garantiza la igualdad de todos frente al Derecho, es tornar obligatorios los precedentes”<sup>7</sup>.

Es decir, que la Corte se encuentra contradiciendo lo estipulado por un artículo constitucional porque considera que tiene razones para beneficiar a la mayoría. No obstante, Javier Tamayo afirma que la jurisprudencia no debería tener la capacidad de contradecir a la norma máxima que es la Constitución. De esta manera, asegura que, si dentro de la Carta Magna se encuentran estipulados los principios de legalidad y de igualdad para todos, la Corte no puede acudir a pretextos (como el del derecho a la igualdad), para desacatar el principio constitucional mencionado. Así, entonces, el autor sostiene que desatender dicho principio, implica cambiar el sistema de derecho escrito que había sido escogido por el constituyente primario desde el 91, por un sistema de derecho jurisprudencial que atentaría de forma clara y expresa contra el constituyente.

De conformidad con esta postura doctrinal, la jurisprudencia no tiene la capacidad de contradecir lo estipulado por la Constitución, pues esto sería equivalente a contradecir lo estipulado por el pueblo mismo. Por lo tanto, el punto central es que debe ser la norma superior la que decida qué sistema legal es el que debe regir a Colombia y cuáles son los procedimientos para aplicarlo y no que esto sea decidido por la subjetividad de quienes componen la Corte. Para Javier Tamayo, si la Constitución colombiana se basó en un sistema de derecho escrito, esto es evidencia de que le otorgó el papel central a la ley como fuente de derecho y dejó a la jurisprudencia como un criterio auxiliar. En este punto cabe resaltar que los dos tipos de sistemas, fundado en la ley o en el precedente, no pueden ser compatibles como fuentes principales, ello puesto que en un sistema en que es preponderante el imperio de la ley, la aplicación obligatoria del segundo, genera que la juridicidad no se basaría en los textos aprobados por los órganos competentes (la ley misma) sino en lo que los miembros de la Corte, dependiendo del contexto, consideren justo.

En la sentencia C-836 de 2001, la Corte argumenta que el artículo 13 de la Constitución consagra la igualdad como derecho fundamental de toda persona, y que, en este sentido, es el precedente el que logra que las consecuencias jurídicas, propiciadas por las interpretaciones que hacen los jueces acerca de la ley, sean iguales para todos los casos similares o para todos aquellos a quienes se les podría aplicar un trato igualitario.

---

<sup>7</sup> TAMAYO, *op. cit.*, p. 12.

Sin embargo, el entendimiento del derecho consagrado en el artículo 13 constitucional refiere más a una concepción tanto de igualdad ante la ley como a la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades, por lo que sustentar el cambio de fuente formal en el derecho a la igualdad corresponde como lo dice Javier Tamayo a la “toma del poder político por parte de la Corte para establecer su propia ideología política, arrasando así con el Estado de derecho”<sup>8</sup>. De esta forma, las soluciones judiciales previas no deben convertirse en obligatorias por los argumentos dictados por la Corte, que, a su vez, contradicen el artículo 230 constitucional, sino que, por el contrario, deben ser aplicadas en virtud de la idea de que “la Corte debe interpretar políticamente los principios constitucionales, pero respetando y aplicando los textos de las normas de la Carta”<sup>9</sup>.

## 2.2 LAS FIGURAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE DESARROLLAN EL PRECEDENTE

Realizadas las aproximaciones teóricas respectivas y las distintas visiones sobre su obligatoriedad, a continuación se revisarán las figuras jurídicas que existen en el derecho colombiano para asignar valor constitucional y legal al mismo.

La primera figura existente en el ordenamiento jurídico colombiano que puede relacionarse con el precedente es la denominada “Doctrina constitucional”, la cual corresponde a las sentencias que expide la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, las cuales son identificadas con la letra C. En relación con el control abstracto, la Corte Constitucional ha instituido tres formas de resolver la constitucionalidad de las normas: una, en la que declara su constitucionalidad o inconstitucionalidad; otra, en la que ante una posible inconstitucionalidad devuelve la norma al Congreso para que este la adecúe a la interpretación de la Corte<sup>10</sup> y la última, en la que declara condicionadamente la norma estudiada, imponiendo el criterio interpretativo que debe aplicarse sobre la misma<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> TAMAYO, *op. cit.*, p. 26.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 28.

<sup>10</sup> Se puede ver en CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2011), sentencia C-577, donde a propósito de la demanda que buscaba considerar matrimonio las uniones entre personas del mismo sexo resolvió: CUARTO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

<sup>11</sup> Puede revisarse en CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2006), sentencia C-355, en la cual al resolver sobre la constitucionalidad del delito de aborto resolvió: Tercero.

La doctrina constitucional en cualquiera de las formas de decisión se convierte en fuente formal de derecho, pues con ella se define de manera directa sobre la ley, por lo cual, las interpretaciones dadas en las sentencias de constitucionalidad no son en propiedad un precedente, sino, por el contrario, la ley misma, pues en caso de su constitucionalidad o inconstitucionalidad, la mantiene o retira del ordenamiento jurídico, entretanto, cuando se da la constitucionalidad condicionada obliga a que su aplicación sea conforme a la interpretación dada por la Corte, sin que pueda en ningún caso ni el juez, ni ningún funcionario o persona desconocer lo dispuesto en la sentencia, la cual tiene los efectos *erga omnes* predicables de la ley en sentido material.

La segunda de las figuras que puede encontrarse en el derecho colombiano corresponde a la jurisprudencia establecida en el artículo 230 constitucional, que hace referencia al conjunto de sentencias emitidas por órganos judiciales de cierre, los cuales en Colombia corresponden a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional<sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta lo anotado en precedencia, toda sentencia expedida por las altas cortes como órgano de cierre constituye jurisprudencia y de conformidad con el artículo 230 de la Constitución establece un criterio auxiliar para los jueces en sus decisiones. Sin embargo, es necesario precisar que no toda jurisprudencia puede considerarse como precedente,

---

Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

<sup>12</sup> Al respecto cabe advertir que las tres altas Cortes colombianas son órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria, de lo contencioso administrativo y constitucional, pero que la forma como se accede para que tomen decisiones es diferente. En el caso de la Corte Suprema, la misma es tribunal de casación, por lo que la regla general es que se accede a ella solo vía recursos extraordinarios y solo por excepción en instancia, esto cuando se trata de aforados, como es el caso de diplomáticos (en materia civil) o congresistas (en materia penal). Por su parte el Consejo de Estado, si bien es un órgano de cierre, es un tribunal de instancia, al cual se accede por vía de apelación o en procesos de única instancia y, para finalizar, la Corte Constitucional se pronuncia como supremo órgano de la jurisdicción constitucional por vía de dos acciones, la pública de constitucionalidad, en la que no existe, en rigor, instancia, sino una competencia privativa de la Corte para conocer la exequibilidad de las normas con fuerza de ley y la otra por vía de la revisión de tutelas, en el cual no es tribunal de instancia, sino que revisa las sentencias de tutela que han sido conocidas por los demás jueces del país, incluidas las demás altas cortes.

pues se explicará más adelante, para que la decisión del órgano de cierre lo sea debe cumplir con unos requisitos concretos.

Otra figura que ha instituido la Corte Constitucional para darle valor a su jurisprudencia son las denominadas “sentencias de unificación dictadas en el trámite de tutela”, las cuales se identifican como SU. En relación con este tipo de sentencias, las mismas se profieren por la Corte en sede de revisión de las acciones de tutela, competencia que le es otorgada por el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución de 1991.

Las sentencias de unificación son proferidas en casos de tutela, en los cuales conforme lo dispone el artículo 86<sup>13</sup> de la Constitución se resuelve la solicitud que cualquier persona realice para que se le amparen sus derechos fundamentales, por lo que la sentencia que se adopte tiene efectos solo para las partes dentro del trámite, lo que en principio genera que sus efectos sean solo particulares.

En virtud de la naturaleza *inter pares* que tienen las sentencias de tutela (identificadas con la letra T), el alcance de los criterios interpretativos dados por la Corte se circunscriben al caso concreto, por lo que la propia Corte creó las sentencias de unificación en las cuales establece su criterio unificado que se aplicará tanto al caso particular, como a los casos que resulten análogos a este.

La magnitud de las sentencias de unificación tiene una aproximación mayor que la del precedente, pues en las mismas se crean las reglas que la Corte va a aplicar a casos similares, por lo que los jueces con base en ellos conocen cuál es el criterio que se utilizará en la eventual revisión de las acciones de tutela. Vale destacar que en el sistema judicial colombiano la

---

<sup>13</sup> ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

jurisdicción constitucional está conformada por todos los jueces del Estado, sin importar su especialidad, razón por la cual, en materia de tutela todo juez de la república, incluida la Corte Suprema y el Consejo de Estado, se encuentran en jerarquía funcional inferior a la Corte Constitucional, por lo que a todos ellos les resulta vinculante la interpretación que se contenga en las sentencias de unificación.

Por otra parte, el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 estatuyó la denominada doctrina probable que se define de la siguiente manera:

“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

La relevancia de la doctrina probable se circunscribe a la justicia ordinaria, concretamente a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia como producto de su competencia en sede de recurso de casación. Respecto de esta figura es importante indicar que el propio tenor de la norma que la instituye genera la merma a su obligatoriedad, ya que en este se establece que los jueces pueden o no aplicar la interpretación dada por la Corte, lo que de suyo implica la posibilidad de apartarse de las reglas que sean fijadas en la sentencia.

Con la expedición en el año 2011 del *CPACA*, se establecieron las sentencias de unificación del Consejo de Estado, las cuales conforme al artículo 270 de la norma en cita corresponden a las que:

“profera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

El alcance de las sentencias de unificación del Consejo de Estado se encuentra fijado en el artículo 10 del *CPACA* que establece como obligación de las autoridades públicas de tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado para resolver los asuntos de su competencia, al igual que en el artículo 258 de la misma codificación que establece que los tribunales administrativos están obligados a aplicar las sentencias de unificación so pena de que sus sentencias sean susceptibles del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Las sentencias de unificación del Consejo de Estado se instituyen como la primera figura de jurisprudencia con exigibilidad directa. Esto,

teniendo en cuenta que, si bien las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y la doctrina probable de la Corte Suprema tienen un valor, solo las sentencias de unificación cuentan con norma expresa que obliga a su aplicación y con mecanismos propios de exigibilidad, como lo son el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia<sup>14</sup> y la extensión de jurisprudencia<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> ARTÍCULO 256. FINES. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

<sup>15</sup> ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.

3. Copia o al menos la referencia de la *sentencia de unificación* que invoca a su favor. Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la *sentencia de unificación* invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y

La figura de la sentencia de unificación del Consejo de Estado y su vinculatoriedad fue analizada por la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011, en las cuales se declaró la constitucionalidad condicionada de las normas, concretamente definiendo que este tipo de decisiones del Consejo de Estado tienen el alcance vinculante al que se ha hecho referencia, siempre y cuando se apliquen:

“junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”.

De esta manera, la importancia de las sentencias de unificación del Consejo de Estado se ve mermada por la Corte Constitucional, que impone su interpretación sobre las del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

### 2.3. *EL PRECEDENTE Y SU VALOR EN LAS SENTENCIAS DE LAS ALTAS CORTES COLOMBIANAS*

Vistas las consideraciones de la doctrina y las figuras de orden legal que se relacionan con el precedente, a continuación se examinará cómo las altas cortes en su jurisprudencia han cimentado el concepto y su alcance en el derecho colombiano, para lo cual se estudiarán pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia al respecto.

---

podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

### 2.3.1. El precedente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como:

“la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, el que consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores, a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares<sup>16</sup>.

El anterior concepto de la Corte sirve como punto de partida para revisar la manera cómo el alto tribunal entiende este mecanismo y su aplicación. Para ello, se acudirá a las sentencias más recientes sobre la materia.

En la sentencia T-049 de 2007, la Corte estudió el caso de un ciudadano que alegó la vulneración de su derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica, ya que en un proceso de pertenencia de vivienda de interés social se dictó una sentencia, en apariencia, contradictoria con otra pronunciada previamente por la misma Sala del Tribunal Superior de Pamplona. En este caso, la Corte Constitucional reitera que los jueces están obligados a observar y tener en cuenta las consideraciones de las decisiones mediante las cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores, esto es, al precedente judicial horizontal que tiene carácter vinculante. Dicha obligación no solo consiste en resolver casos con identidad de hechos de la misma manera, sino de tener en cuenta de modo expreso dichos casos previos.

Para la Corte, la Sala Única del Tribunal Superior de Pamplona desconoció una decisión tomada con anterioridad e idénticos hechos, material probatorio y partes. Esto quiere decir que dicha Sala se apartó de su propio precedente judicial horizontal sin haber cumplido con los requisitos que la facultan para ello: reconocer expresamente la existencia del caso previo y, si se requiriese apartarse del mismo, justificar con argumentos las razones que llevaron a la autoridad judicial a hacerlo. En la sentencia, se establece que el mecanismo horizontal es obligatorio, pues los jueces deben cumplir con el presupuesto de trato igual a quien acude ante ellos para la resolución de un asunto.

---

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2017), sentencia SU-354, Sala Plena.

Un segundo caso es el mencionado en la sentencia C-816 de 2011 por el magistrado Mauricio González Cuervo. En ella, el accionante Francisco Javier Lara demanda el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 sobre la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades.

El accionante afirma que deberá declararse la inexecutable del aparte subrayado dentro de la norma demandada que enuncia:

“Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos”.

Se afirma una vulneración a los artículos 4 (Constitución como norma fundante) 230 (fuentes del derecho donde la ley es principal y la jurisprudencia es subsidiaria) y 241 (función de la Corte Constitucional de velar por la integridad y la supremacía de la Carta Política) de la Constitución Política de Colombia.

La Corte argumenta:

“la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, en cuanto autoridades constitucionales de unificación jurisprudencial, vincula a los tribunales y jueces (Precedente Vertical) y a sí mismas (Precedente Horizontal), con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica, a partir de una interpretación sistemática de principios y preceptos constitucionales”.

Prosigue analizando el concepto del “apartamento judicial” y lo define como:

“la potestad de los jueces de apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como manifestación de su autonomía judicial constitucional”.

Es importante recalcar que la opción comentada de ninguna forma habilita a las autoridades judiciales para desconocer el precedente (ni vertical ni horizontal) cuando es evidente la identidad de supuestos fácticos y sin cumplir con los requisitos anteriormente enunciados. Por ende, serán inadmisibles las posturas que de modo anticipado desconozcan la fuerza vinculante que este tiene.

En síntesis, así como bajo el pretexto del derecho de igualdad no puede anularse la autonomía del juez, tampoco con fundamento en la unificación de jurisprudencia puede negarse la disposición constitucional que clasifica la jurisprudencia entre los criterios auxiliares de la actividad judicial.

Un tercer caso ocurre con la sentencia SU-053 de 2015. Allí, la Corte profirió sentencia en un conjunto de diez acciones de tutela que se instauraron en contra de providencias judiciales en las que se negó la nulidad de actos administrativos que retiraron del servicio a servidores públicos sin motivación.

Al analizar el caso, la Corte Constitucional precisa que, si bien a jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene una jurisprudencia según la cual es procedente el retiro discrecional y sin motivación, el mismo es contrario al precedente de la Corte, según el cual siempre se requiere motivación, por lo que revoca las sentencias argumentando:

“El precedente se basa en la constante necesidad de proteger el derecho a la igualdad de los ciudadanos que acuden a la administración de la justicia, con el fin de salvaguardar los principios de buena fe y seguridad jurídica”

y, por ende, enuncia:

“cuando no se cumple con el precedente dado por las Altas Cortes, aún cuando se trate constitucionalmente como un criterio auxiliar, es motivo de impugnación al caso por parte del accionante”.

De esta manera, La Corte indica que existiría una regla de derecho en cuanto a la reintegración de los servidores públicos y que en las tutelas recolectadas en esta sentencia de unificación, hay un desconocimiento completo por parte de los jueces de circuito a la hora de proferir fallos.

Un cuarto ejemplo sucede en la sentencia T-460 de 2016. En este caso, la Corte resolvió una acción de tutela contra el Juzgado 15 Laboral del Circuito y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la favorabilidad, la *ratio decidendi* de la jurisprudencia constitucional e imprescriptibilidad en materia pensional. Lo anterior, al considerarlos vulnerados por las autoridades demandadas, por negar el incremento pensional por tener a cargo la cónyuge y un hijo discapacitado, bajo el argumento que se hallaba prescrito.

La Corte Constitucional indicó:

“El precedente tiene fuerza vinculante, no sólo a lo principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica sino al derecho de igualdad que rige a todo el ordenamiento jurídico”,

y, por consiguiente, enuncia que, si bien los funcionarios judiciales gozan de autonomía en la expedición de sus providencias, la misma se encuentra limitada por el principio de igualdad. En efecto, de acuerdo con esa máxima, los jueces tienen la obligación de aplicar a casos similares, las interpretaciones y razonamientos realizados por los órganos límites de la

jurisdicción. En este contexto, la jurisprudencia sostiene que el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional) no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de obligatorio cumplimiento.

De las anteriores sentencias de la Corte se puede concluir que para la misma, el precedente es fuente formal de derecho, la cual es vinculante para todos los jueces, que están obligados a aplicarlo de manera prevalente y que solo pueden apartarse de este de manera razonada.

### 2.3.2. El precedente en la jurisprudencia del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, mediante sentencia 2009-00295/57279 del 4 de septiembre de 2017, define la fuente formal estudiada de la siguiente manera:

“El que se encuentra estrechamente asociado a la concreción del contenido normativo que emana del ordenamiento jurídico y, a partir de esa labor interpretativa, precisa el alcance de las competencias de las autoridades estatales, las posiciones jurídicas y los estándares de protección de los derechos, como de los instrumentos adjetivos que se cuentan para la garantía de los mismos, jugando un rol definitorio en la vigencia del Estado de Derecho, comprendido en términos sustantivos (sentencia 2009-00295/57279, CP. Santofimio Gamboa, 2017)”.

Al resolver un medio de control con pretensión de nulidad y restablecimiento de derecho, en la que se demanda el no incremento salarial a los soldados profesionales, el Consejo de Estado aborda la relación entre el precedente y las sentencias de unificación previstas en el CPACA, respecto de lo cual plantea lo siguiente:

“Examinado nuevamente el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, se tiene que dicho enunciado normativo es claro en otorgar a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las Secciones que la integran, la competencia para proferir sentencias de unificación por razones de importancia jurídica y trascendencia social o económica y, cuando exista la necesidad de sentar jurisprudencia (...)”.

“En ese sentido, la expresión ‘necesidad de sentar jurisprudencia’ contenida en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, como causal que faculta al Consejo de Estado para proferir sentencias de unificación jurisprudencial, alude a la identificación, a partir de los supuestos fácticos del caso estudiado, de escenarios propicios para que la Corporación en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción, desarrolle criterios o

tesis para, por ejemplo, aclarar puntos oscuros o zonas grises de la legislación, doctrinales o jurisprudenciales, perfeccionar o refinar sus propios precedentes y garantice los derechos fundamentales, esto último en pro de asegurar los fines del Estado establecidos por el Constituyente en el artículo 2 superior” (CP. Ibarra Vélez, 2016, pp. 7-8 & 10-11).

La Sala de Consulta y Servicio Civil, se pronunció sobre el deber del Instituto de Seguros Sociales de dar aplicación a esta fuente formal jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en relación con la inclusión de las primas de Navidad, servicios y vacaciones para el cálculo de las pensiones, de la siguiente manera:

“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, (...) tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos” (Ley 1395, 2010, art. 114)

Aplicando esto al caso concreto, el Instituto de Seguros Sociales, extenderá las relaciones de la Universidad de Antioquia con sus docentes en los casos cuya jurisdicción competente sea la Contencioso Administrativa. Además, es importante mencionar que si el precedente cambia, tendrá incidencia en las decisiones futuras, pero no en los casos fallados”.

De conformidad con las anteriores determinaciones, se puede colegir, que el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha acogido el concepto del precedente y ha cimentado el mismo en torno a las sentencias de unificación que se dictan por parte del propio Consejo de Estado.

### 2.3.3. El precedente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia, para la aplicación del precedente, acude a la ya analizada figura de la doctrina probable, la cual refiere a la existencia de tres decisiones en sede de casación como posible fundamento de las decisiones de los jueces.

En la sentencia SC39456 de 2013 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia analiza la posibilidad de que un funcionario público cometa el delito de prevaricato al apartarse irregularmente de la solución anterior de un caso. Al respecto, la Corte Suprema argumenta que sí se puede acusar de prevaricato a un funcionario público que se haya apartado de lo establecido por una alta corte, siempre que no haya una argumentación justificada de las razones por las que procedió con la

decisión de pasar por alto el precedente vigente y fallar de forma contraria a lo resuelto por su superior jerárquico.

De esta manera la Corte Suprema define este mecanismo judicial como una regla jurídica creada o modificada en jurisprudencia de las Altas Cortes, el cual le concede:

“fuerza vinculante a la jurisprudencia, también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues, en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida” (SC39456-2013).

En la sentencia SC10304-2014, la Sala de Casación Civil resuelve un caso en el cual se interpone un recurso de casación para que se modifique los fallos de las anteriores instancias sobre la fecha de iniciación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. En su determinación se refiere a la noción estudiada, de la siguiente manera:

“Conforme a tal noción, el precedente es la primera decisión de un juez o tribunal de mayor jerarquía (precedente vertical), o del propio juez (precedente horizontal o auto precedente), que es acogida en casos ulteriores, sucesivos o posteriores en forma persuasiva o vinculante por el propio juez o por los jueces de menor jerarquía, adquiriendo efectos normativos para casos posteriores”.

Con base en un análisis de esta sentencia, se puede determinar que la doctrina probable es una clase de precedente. Siendo esta una regla que nace “con respecto a tres decisiones uniformes de la Corte Suprema en sede de casación y sobre un mismo punto de derecho”<sup>17</sup>, que deben ser acogidas por los demás funcionarios de la jurisdicción ordinaria para casos ulteriores, sucesivos o posteriores, al tener un carácter vinculante para ellos conforme al principio de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima.

#### 2.4. *EL CONCEPTO DE PRECEDENTE Y SU VALOR EN EL DERECHO COLOMBIANO*

Con fundamento en las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales, el precedente corresponde a una decisión proferida por las altas cortes en la cual se crea una regla de derecho. En relación con lo anterior, es

---

<sup>17</sup> Nicolás LOZADA, “La doctrina probable: ¿criterio auxiliar o legislación judicial?”.

importante resaltar que no toda jurisprudencia o sentencia crea una regla de derecho, pues existen fallos judiciales que exclusivamente se encargan de interpretar la ley, más no crean reglas jurídicas.

De esta manera, para que pueda considerarse la existencia de tal decisión, no basta con que exista una jurisprudencia de alta corte, la cual tiene el valor ya referido en las figuras previas<sup>18</sup>, lo que constituye precedente es aquella jurisprudencia en la que el órgano de cierre crea una regla jurídica ante el vacío o la ambigüedad de una norma, cuando acude a los principios generales del derecho para resolver casos que no tienen una solución dada por la ley o cuando aplica la analogía *juris* o *legis* para regular una figura jurídica que no tiene regulación específica en la ley.

Como se ha advertido, la Corte Constitucional ha asignado un valor vinculante a este tipo de soluciones, corolario de lo cual, los jueces están obligados a atender al mismo, así lo define la sentencia C-461 de 2013:

“En desarrollo de lo previsto en las normas superiores aplicables, particularmente los artículos 228 y 230 de la carta política, a la fecha claro en Colombia el carácter obligatorio de la jurisprudencia de los órganos de cierre, esto es la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, deber que se entiende referido a la necesidad de tomar en cuenta los precedentes existentes y relevantes en relación con el tema de que se trate, en principio para efectos de seguirlos y aplicarlos, quedando en todo caso abierta la posibilidad de decidir en un sentido diferente, siempre que el juez o tribunal que así lo hiciere, o el propio órgano de cierre autor del precedente, justifique debidamente las razones del cambio”.

En cuanto a la forma en que este se aplica en el derecho colombiano, Manuel Quinche<sup>19</sup>, fundado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, identifica cuatro formas de aplicación, las cuales se revisarán explicando en cada caso su alcance.

La primera forma es el denominado precedente aplicable, que hace referencia a aquella sentencia que en su *ratio decidendi* o razón de la decisión genera una regla de prohibición, orden o autorización, la cual es importante y aplicable a la resolución del caso concreto sometido a resolución judicial. Esta modalidad genera que los jueces estén obligados a consultar las decisiones de los órganos de cierre para definir si sobre la

---

<sup>18</sup> Tal cómo se determinó en el acápite 2.2 del presente escrito en el ordenamiento jurídico colombiano existen las figuras de la doctrina constitucional, la jurisprudencia, las sentencias de unificación y la doctrina probable.

<sup>19</sup> QUINCHE, *op. cit.*

materia que debe definir existe una solución previa aplicable, caso en el cual su determinación debe fundarse en ella.

En segundo lugar se identifica el precedente horizontal, el cual obliga a los jueces y tribunales a ser firmes con sus decisiones previas, para que los casos similares sean resueltos de igual manera, generando que las sentencias de reiteración de jurisprudencia, de unificación de jurisprudencia y el mecanismo de revisión de fallo de tutela sirvan para garantizar el derecho a la igualdad de trato jurídico.

En tercer lugar, el precedente vertical implica limitar el ejercicio de la autonomía judicial, ya que dicha fuente constitucional no es una opción debido a que protege los derechos constitucionales, por lo que los jueces inferiores deben acogerse a la postura interpretativa de los órganos judiciales de cierre.

Por último, el precedente uniforme, hace referencia al trato igualitario en la aplicación de la Constitución y la ley en casos iguales, en este sentido es primordial su aplicación uniforme para los mismos casos.

Como se observa, la forma como se ha dado su aplicación en Colombia limita la autonomía de los jueces. Muestra de ello es que la Corte Constitucional, al fijar los requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, ha incluido como una de sus causales el desconocimiento del precedente, lo que refuerza su fuerza vinculante.

En efecto, la Corte Constitucional ha cimentado la denominada teoría de la vía de hecho judicial, en virtud de la cual es posible que se presente acción de tutela contra las decisiones judiciales, cuando las mismas incurran en violaciones constitucionales, dentro de las cuales se encuentra la violación de esta fuentes previas, la cual enmarca de la siguiente manera:

“Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado” (sentencia C-590 de 2005).

Al respecto, es importante indicar que, si bien la propia Corte Constitucional ha determinado que los jueces pueden apartarse del precedente, dicho apartamiento requiere una carga argumentativa superior a la que se realiza normalmente al interpretar la ley y en todo caso cumplir con dicha carga no es suficiente para que no proceda la tutela y que al resolver la misma se imponga al juez aquella solución anterior que sea aplicable.

De esta manera, se puede concluir que la jurisprudencia de la Corte ha elevado a rango constitucional el precedente, a tal punto que su des-

conocimiento constituye vulneración a derechos fundamentales, lo que permite que su exigibilidad se de por vía de la acción de amparo del artículo 86 de la Constitución.

### 3. *Anotaciones finales en relación con el precedente y su valor en el derecho colombiano*

En este artículo se comparte la visión del profesor Javier Tamayo Jaramillo, en el sentido siguiente: la forma como se ha instituido el precedente por la Corte Constitucional constituye un desconocimiento del sistema de fuentes establecido en la Constitución, aunado a lo cual, dichas decisiones previas resultan una fuente formal que no es propia de nuestro sistema jurídico, el cual tiene por cimiento la tradición romanista, en la que la seguridad jurídica proviene de la ley en sentido estricto. Lo anterior no implica que no se atiendan los cambios necesarios en el derecho, sino que los mismos se hacen por la vía legislativa.

En dicho sentido, la certeza del derecho fundado en la ley proviene de la necesidad de que las reglas jurídicas den seguridad al destinatario de las mismas, razón por la cual, este mecanismo, en nuestros sistemas jurídicos crea una inestabilidad innecesaria, pues tal como lo dice Fernando Hinestroza:

“el derecho consuetudinario, el más antiguo, genuino y auténtico, tropieza con el inconveniente de su vaguedad e imprecisión; por ello, el advenimiento del derecho escrito, de ordinario la declaración escrita de la persona o del organismo con ese poder, fue visto y sigue siendo tenido como un medio de certeza (formalidad, publicidad, estabilidad, seguridad, aunadas)”<sup>20</sup>.

Ahora bien, más allá de los planteamientos problemáticos desde lo constitucional y desde el sistema legal aplicable a Colombia, el precedente y la forma como se ha instaurado por la Corte Constitucional plantea problemas a la concepción propia de la *prudentia iuris* (o jurisprudencia), que no es nada distinto que la prudente y recta aplicación del derecho, la cual se echa de menos cuando los jueces adoptan decisiones por sí y para sí, imponiendo por encima de todo posturas ideológicas y políticas que no atienden a la justicia.

---

<sup>20</sup> Fernando HINESTROZA, “Códificación, descodificación y recodificación”.

#### 4. Conclusiones sobre el precedente en el derecho colombiano

El precedente no se encuentra establecido como una fuente de derecho por la Constitución Política de 1991. La instauración del mismo en el derecho colombiano como fuente formal de derecho, se da a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual le ha dado valor propio, al punto de hacerlo parte de los derechos que se pueden hacer exigibles por vía de la acción de tutela. Esto, pues su desconocimiento es una de las causales de vía de hecho que hace procedente la tutela contra providencias judiciales.

Actualmente, en el derecho colombiano coexisten diversas figuras que se relacionan con el precedente y su vinculatoriedad, a saber: la doctrina constitucional, la jurisprudencia, las sentencias de unificación de la Corte Constitucional, la doctrina probable y las sentencias de unificación del Consejo de Estado. No existe claridad en su conceptualización en el derecho colombiano, ya que la Corte Constitucional no lo ha delimitado e incluye en el mismo sentencias en las cuales no se crean reglas jurídicas, sino que se hace una mera interpretación de la ley por parte del juez.

La Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia lo han admitido como fuente formal de derecho en Colombia, dando aplicación al mismo por vía de las figuras de las sentencias de unificación, la doctrina constitucional y la doctrina probable. El concepto de precedente corresponde a aquellas decisiones de las altas cortes en que se crea una regla jurídica ante el vacío o la ambigüedad de una norma, cuando acude a los principios generales del derecho para resolver casos que no tienen una solución dada por la ley o cuando aplica la analogía *juris* o *legis* para regular una figura jurídica que no tiene regulación específica en la ley.

Es una fuente de derecho que resulta ajena a la tradición jurídica colombiana, puesto que el sistema colombiano es análogo al romanista o continental europeo, fundado en el imperio de la ley. Así mismo, la creación de derecho por parte de los operadores judiciales genera inseguridad jurídica y falta de certeza en la decisión judicial.

#### *Bibliografía*

AGUILAR ÁNGEL, Álvaro, "El precedente judicial", 2008. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851207.pdf>

- CONTRERAS CALDERÓN, Jorge, “El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho”, en *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*, vol. 41, n.º 115, ciudad,, 2001.
- HINESTROZA, Fernando, “Codificación, descodificación y recodificación”, 2014. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3881/4325>
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente de derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.
- LOZADA PIMIENTO, Nicolás, “La doctrina probable: ¿criterio auxiliar o legislación judicial?”, 2018. Disponible en [www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/la-doctrina-probable-criterio-auxiliar-o](http://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/la-doctrina-probable-criterio-auxiliar-o)
- QUINCHE, Manuel Fernando, *El precedente judicial y sus reglas*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2016.
- TAMAYO, Javier, *El precedente judicial en Colombia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

#### JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2013), sentencia SC39456-2013. MP Luis Armando Tolosa Villabona.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2014), sentencia SC10304-2014. MP Luis Armando Tolosa Villabona.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2005), sentencia C-590, 8 de junio de 2005. MP Jaime Cordoba Triviño.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2007), sentencia T-049, 1 de febrero de 2007. MP Clara Inés Vargas Hernández.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2011), sentencia C-539. MP Luís Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2011), sentencia C-816, 1 de noviembre de 2011. MP Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2013), sentencia C-270, 9 de mayo de 2013. MP Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2013), sentencia C-461, 17 de julio de 2013. MP Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2015), sentencia SU-053, 12 de febrero de 2015. MP Gloria Stella Ortiz Delgado.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2015), sentencia T-309, 22 de mayo de 2015. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2015), sentencia T-369, 29 de agosto de 2015. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2015), sentencia C-621, 30 de septiembre de 2015. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- CORTE CONSTITUCIONAL (2016), sentencia T-460, 29 de agosto de 2016. MP Jorge Iván Palacio Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2016), sentencia SU-354, 25 de mayo de 2017. MP Iván Humberto Escrucería Mayolo.
- CONSEJO DE ESTADO (2010), sentencia n.º de radicación 250002325000200607509 01 (0112-2009), 4 de agosto de 2010. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
- CONSEJO DE ESTADO (2012), sentencia n.º de radicación 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069), 16 de Febrero de 2012. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina.
- CONSEJO DE ESTADO (2016), sentencia n.º de radicación 85001-33-33-0 02-2013-00060-01(3420-15). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- CONSEJO DE ESTADO (2017), sentencia n.º de radicación 68001-23-31-000-2009-00295-01 (57279) (acumulado con Expediente 2010-00322), 4 de Septiembre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

# Derechos fundamentales

---



# FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DE PRESTACIÓN

## JUDICIAL ENFORCEMENT OF THE CONSTITUTION AND JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS

*Raúl Bertelsen Repetto\**

### *Resumen*

En este artículo se examina críticamente uno de los factores que estaría explicando el activismo judicial, a saber, la fuerza normativa de la Constitución. A través de un análisis comparativo, se cuestiona la premisa de que todas las normas de una Constitución, por el mero hecho de serlas, pueden aplicarse directamente por los tribunales de justicia. Específicamente, el estudio se detiene en el estatuto normativo constitucional de los derechos sociales, y ofrece argumentos dogmáticos y comparados para afirmar la primacía del legislador en la configuración de estos derechos prestacionales y el deber que los jueces tienen de observar la ley.

Palabras clave: Derechos sociales; supremacía constitucional; judicialización de la política.

### *Abstract*

This paper critically examines one of the key factors to judicial activism, namely, the legal character of the Constitution. Throughout a comparative analysis, the author puts under question the premise that all constitutional provisions are judicially enforceable by its own nature. Specifically, this work looks carefully into the legal status of social rights and argues from different perspectives that Congress and not the Judiciary has

---

\* Doctor en derecho. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Expresidente del Tribunal Constitucional de Chile. El presente trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt Regular n.° 1161334. Artículo recibido el 19 de abril de 2019 y aceptado para su publicación el 2 de septiembre de 2019. Correo electrónico: rbert@uandes.cl

the primacy on the configuration of such positive rights. Consequently, judges are bounded by statutory law when it comes to decide what the scope of social right is.

Key words: Social rights; supremacy of the Constitution; judicialization of politics.

### *I. Un ejemplo de judicialización: la sentencia de la Corte Suprema de 6 de noviembre de 2018*

Las sentencias que otorgan prestaciones destinadas a satisfacer derechos sociales, fundamentadas de forma directa en la Constitución y al margen de lo dispuesto en la legislación existente, no son una novedad ni en Chile ni en otros países, ya que son parte de una tendencia jurisprudencial que se ha ido desarrollando paulatinamente. Pero, en ocasiones, una de tales sentencias recibe una atención especial, sea por el monto de la prestación o por las circunstancias del caso. Es lo que sucedió en Chile con la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema de 6 de noviembre de 2018.

En dicha instancia, la Tercera Sala revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado el recurso de protección deducido por Daniela Brigitte Díaz Hernández a favor de su hijo C.A.F.D. y en contra del Fondo Nacional de Salud, del Servicio de Salud de Concepción y del Ministerio de Salud, quienes no habían accedido a proporcionar a su hijo el medicamento llamado Nusinersen (Spinraza) que el menor necesitaba para tratar la enfermedad degenerativa que padece y cuyo costo, en el primer año de aplicación, alcanza a \$500 000 000.

El recurso de protección interpuesto no indicaba, por cierto, como derecho constitucional infringido el derecho a la protección de la salud, el cual, de acuerdo con el art. 20 de la Constitución y tal como ocurre con los otros derechos sociales de prestación, no es susceptible de tutela judicial mediante la acción de protección. En cambio, invocaba el del n.º 1 del art. 20 de la Constitución, esto es, *el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*<sup>1</sup>, derecho que, en el caso del menor a cuyo favor recurría su madre, quedaba en peligro al no proporcionar las autoridades recurridas el medicamento prescrito por el médico tratante.

---

<sup>1</sup> La sentencia de la Corte Suprema menciona que el recurso indicaba también como derecho infringido la igualdad ante la ley (art. 19 n.º 2 de la CP), al haber sufrido el menor enfermo una discriminación arbitraria, pero la sentencia de la Corte Suprema no contiene argumentación alguna sobre el particular.

Se está, pues, ante una prestación que se solicita de un órgano judicial, invocando como fundamento de la acción judicial de protección que se deduce un derecho reconocido en la Constitución —el derecho a la vida e integridad física y psíquica—, y no un derecho personal correlativo a una obligación legalmente establecida y cuyo cumplimiento correspondiera a alguno de los órganos administrativos del sector salud recurridos.

Existe en Chile la Ley n.º 20850, llamada Ley Ricarte Soto, que cubre los diagnósticos y tratamientos de alto costo, a cuyo efecto contempla el procedimiento a seguir para dar cobertura a nuevos fármacos. Esa incorporación no se ha producido aún para el medicamento indicado por el médico tratante del menor, atendido su alto costo que excede los recursos financieros disponibles.

La Corte Suprema, sin embargo, estimó que la negativa de las autoridades administrativas de proporcionar un medicamento invocando la falta de recursos, es constitutiva de una conducta arbitraria. Se lee en el considerando 11º:

“con la negativa de los recurridos a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del hijo de la recurrente, sobre la base de consideraciones de índole económica, éstos han incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la actora no se encuentra en condiciones de adquirirlo”.

La sentencia reconoce:

“las consideraciones de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, pero —añade— no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos” (considerando 8º).

Puede apreciarse, de lo expuesto, que la Tercera Sala de la Corte Suprema considera que la disposición constitucional que reconoce y asegura el derecho a la vida, permite a los tribunales de protección ordenar una prestación —financiar la adquisición de un medicamento— a autoridades administrativas que, conforme a la legislación que les es aplicable, no tienen obligación de hacerlo. Se aprecia aquí, cómo un tribunal encuentra en la Constitución una fuerza normativa que le permite prescindir de disposiciones legales aplicables y que, por cierto, no han sido declaradas contrarias a la Constitución mediante sentencia del Tribunal Constitucional.

La Corte Suprema, al actuar de esta forma, ha recordado lo dispuesto en el art. 20 de la Constitución, que autoriza a los tribunales de protec-

ción a adoptar “las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”, razón por la que justifica su actuación señalando:

“en esa perspectiva, y como resulta evidente, esta magistratura puede disponer, en esta sede cautelar, que la autoridad pública lleve a la práctica ciertas actuaciones específicas y determinadas como puede ser, *verbi gratia*, la adquisición y suministro de cierto fármaco” (considerando 12°)<sup>2</sup>.

Cabe observar, no obstante, que la Tercera Sala no ha ordenado directamente a organismo alguno efectuar la compra del medicamento, sino, como lo dice la sentencia en su parte resolutive, se dispone:

“los recurridos deberán realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministros del fármaco identificado como Spinraza o Nusinersen, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto que se inicie en el más breve tiempo el tratamiento del indicado menor con este medicamento”.

En otros países, como es el caso de Argentina y Colombia, los tribunales han llegado a indicar qué organismo debe proveer el financiamiento pertinente y le han fijado un plazo para hacerlo.

No obstante lo resuelto, en su sentencia, la Tercera Sala advierte que con su decisión no pretende participar en el diseño de política pública alguna.

“Es preciso –dice– dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal” (considerando 13°).

A pesar de esta advertencia de la Corte Suprema, la sentencia de su Tercera Sala de 6 de noviembre de 2018 ha recibido una crítica mayoritaria de juristas y columnistas, que le imputan, precisamente, reemplazar la política pública existente en materia de acciones de salud. Sin ánimo de ser exhaustivo, pueden citarse Carlos Peña, *La Corte Suprema y la Justicia del Cadi*, el comentario de Axel Bucheister, *Democracia judicial*, y una carta de Javier Couso, *Un fallo insostenible en el tiempo*. No faltó, empero

---

<sup>2</sup> Esta amplitud de las atribuciones que la Constitución otorga a los tribunales de protección provoca que, cuando la misma se extiende a los derechos de prestación, sus sentencias deriven fácilmente en fuente de obligaciones.

algún comentario favorable, como el de Álvaro Ortúzar, *Corte Suprema y derecho a la vida*, es uno de ellos<sup>3</sup>. Destaca, sin embargo, en la defensa de la posición de la Corte Suprema, lo dicho por un expresidente de la misma y actual presidente de la Tercera Sala, si bien no integró la Sala en la sentencia que se analiza<sup>4</sup>.

## II. La judicialización y sus causas

La aparición en las constituciones de derechos que requieren una prestación a favor de sus titulares para ser satisfechos ha planteado desde el inicio difíciles problemas. Las causas son variadas. Unas se refieren a su formulación constitucional, pues no es lo mismo un principio que una regla o disposición; otras, a la necesidad de una legislación de desarrollo que en ocasiones falta –lo que hace surgir una omisión legislativa–, es insuficiente o confusa. Y no menor es el desafío de obtener recursos para financiar la adquisición de bienes o el acceso a acciones benéficas necesarias que tales derechos exigen para ser satisfechos, y cuyo costo suele incrementarse por el crecimiento en el número de beneficiados o el mayor valor de las prestaciones.

No es extraño, por consiguiente, que el debate público en torno a los derechos constitucionales de prestación sea intenso y en ocasiones prolongado, de modo que durante años se discuta sobre proyectos de ley sin llegar a un acuerdo que permita su aprobación. Es natural, entonces, que la insatisfacción de las personas a las que la Constitución les reconoce el derecho a la educación, a la protección de la salud o a la vivienda, busque la vía judicial para obtener acceso a las prestaciones que la legislación no les ha otorgado y que la Constitución les promete. Esta vía se ve favorecida por la mayor fuerza normativa que algunas constituciones asignan a sus

---

<sup>3</sup> El análisis de Carlos Peña en *El Mercurio*, Santiago, 9 de noviembre de 2018, C 4; los de Axel Buchheister y Javier Couso en *La Tercera*, Santiago, 11 de noviembre de 2018, pp. 4 y 6, respectivamente. El comentario de Álvaro Ortúzar, en *La Tercera*, Santiago, 13 de noviembre de 2018, p. 6. Hubo, también, editoriales críticos; así “Judicialización de la Salud”, aparecido en *El Mercurio*, Santiago, 9 de noviembre de 2018, p. A-3, y “Controversial Fallo de la Corte Suprema”, en *La Tercera*, Santiago, 17 de noviembre de 2018, p. 11.

<sup>4</sup> El ministro Sergio Muñoz, en entrevista que aparece en el n.º 20 de *El Mercurio Legal*, correspondiente a diciembre de 2018, comenta que la Constitución dice: “dentro de las garantías más importantes –salvo que alguien diga lo contrario– está el derecho a la vida, y nosotros estamos para aplicar las garantías constitucionales. Si no, que deroguen la garantía al derecho a la vida y pongan que lo más importante es el equilibrio de las finanzas públicas”. La cita en p. 20.

preceptos en materia de derechos sociales, por la existencia de acciones constitucionales de tutela para la protección de, al menos, algunos de los derechos reconocidos en las cartas fundamentales, y por la disposición favorable de algunos tribunales para examinar y fallar las causas en que se solicita el otorgamiento de los bienes que las constituciones contemplan para los que se pueden llamar derechos sociales de prestación<sup>5</sup>.

La agrupación de unos y otros derechos sociales –derechos de libertad que interesan en especial a los trabajadores y derechos de prestación– en la categoría de derechos sociales, se produce porque aparecen juntos en el constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial<sup>6</sup>, y también porque las personas o titulares más interesados en su ejercicio coinciden en los sectores sociales en que se encuentran las personas más necesitadas. Son, en conjunto, los que suelen llamarse también derechos de segunda generación para distinguirlos de los derechos civiles y políticos, o derechos de primera generación, que aparecen en el primer constitucionalismo a fines del siglo XVIII y primeras décadas del XIX.

En las últimas décadas, cierta doctrina y también la jurisprudencia en algunos países, defiende y admite que los tribunales, al decidir las causas en que se solicita una prestación destinada a satisfacer un derecho social, están habilitados para fundamentar directamente la decisión que las otorgue en las normas constitucionales, sea porque no exista una legislación de desarrollo o que ella sea insuficiente e, incluso, prescindiendo de la misma. A esta tendencia puede denominarse judicialización de los derechos sociales.

Manifestaciones de judicialización de derechos sociales se encuentran en diversos países y tribunales. Las ha habido en Argentina, también en Chile en fallos de los tribunales de protección, sobre todo en materia de acciones de salud. Especial relieve tienen algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que han acogido acciones de tutela ordenando prestaciones estatales en favor de los solicitantes invocando de plano la Constitución.

---

<sup>5</sup> Cabe advertir que no todos los derechos que se agrupan bajo la denominación escueta de derechos sociales, o la más amplia de derechos económicos, sociales y culturales, requieren de una prestación para ser satisfechos. Es lo que ocurre con un par de ellos, el derecho de sindicación y la libertad de trabajo, que técnicamente son derechos de libertad, lo que explica por qué en Chile el art. 20 de la Constitución permite fundamentar en ellos un recurso de protección, lo que no se admite para el derecho a la protección de la salud, el derecho a la educación y el derecho a la seguridad social, que son los típicos y más extendidos derechos sociales de prestación.

<sup>6</sup> Es el caso de la Constitución de Weimar en Alemania en 1919 y también de la Constitución de México de 1917.

Los derechos sociales que interesan en este estudio, por su índole peculiar, por su configuración jurídica y por los difíciles problemas que plantea su satisfacción son solo los derechos sociales de prestación y a ellos se limitan las páginas que siguen<sup>7</sup>.

Se considera que existen tres factores que contribuyen a explicar el fenómeno de la judicialización de los derechos sociales de prestación: el significado que se da a la fuerza normativa de las constituciones, la imperfección e insuficiencia de la legislación de desarrollo de los derechos sociales de prestación<sup>8</sup> y el activismo judicial como ideología<sup>9</sup>.

En el presente estudio se analizará solo el primer factor, esto es, la influencia que tiene la fuerza normativa de la Constitución, la cual, como se verá, no ha sido ni es idéntica en los distintos países en materias sociales, ni tampoco dentro de cada país es la misma para el conjunto de derechos que la Constitución reconoce. De ahí que en algunas constituciones no existan derechos sociales, aunque sí abundantes deberes del Estado en materia de prestaciones sociales; en otras se considere a los derechos sociales como principios directivos de la política económica y social o, bien, difiere la tutela que se da a los derechos fundamentales, por una parte, de la que gozan los derechos sociales, por otra, siendo en verdad del todo excepcionales las constituciones que, de modo explícito, consideran que las normas sobre derechos sociales de prestación que ellas contemplan son de aplicación directa por los tribunales.

---

<sup>7</sup> La bibliografía sobre los derechos sociales es abundantísima. Se mencionan solo algunos títulos que resultan especialmente pertinentes a este trabajo: José Ramón COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*; Beatriz GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*; Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*; Rodolfo ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*; Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* y dos obras colectivas: Gonzalo AGUILAR CAVALLO (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno* y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (coord.), *Dogmática y aplicación de los de los Derechos Sociales. Doctrina y Jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*.

<sup>8</sup> En Chile, la legislación sobre derechos sociales de prestación es abundante, a menudo casuística e imprecisa, pero faltan estudios sistemáticos satisfactorios como fuente de las obligaciones. No es extraño, entonces, ni su complemento por vía administrativa, ni la conflictividad que suscita el cumplimiento de las obligaciones y que conduce a una intervención creciente de los tribunales.

<sup>9</sup> La literatura sobre el particular es abundante. Una obra general que puede consultarse con provecho es la de Carlo GUARNIERI y Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Resultan de particular interés las consideraciones que hace en el capítulo dedicado a "El sistema político", p. 127 y ss., en que analiza las tensiones inevitables entre poder judicial y democracia, y las raíces del intervencionismo judicial y su expansión en las democracias contemporáneas. Para Chile en especial, el libro de José Francisco GARCÍA G. y Sergio VERDUGO R., *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*

### III. La fuerza normativa de la Constitución

El constitucionalismo actual tiene una de sus notas características más relevantes en la fuerza vinculante de sus disposiciones. No siempre fue así, al menos en aquel de raíz francesa, que es el que mayor influencia tuvo en Europa durante el siglo XIX y también en América Latina hasta la aparición de nuevas constituciones al término de la Segunda Guerra Mundial. Diversa, en cambio, fue desde sus orígenes, la tradición estadounidense, que de modo inequívoco desde *Marbury vs Madison* en 1803 ha afirmado el carácter vinculante de la Constitución<sup>10</sup>.

Al inicio de un estudio que ha devenido en clásico –*La Constitución como norma jurídica*– y que se ha reproducido en diversos lugares, Eduardo García de Enterría recuerda que el modelo tradicional de Constitución le negaba “valor normativo específico fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores”, mientras se consideraba que :

“toda la parte material de la Constitución, contendría sólo principios programáticos, indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los Tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos”<sup>11</sup>.

Este modelo de Constitución, que es el propio del constitucionalismo europeo continental de raíz francesa y que impera hasta el siglo XX, obstaculizaba, si es que no impedía totalmente, el desarrollo de todo control de constitucionalidad de las leyes, por una parte, y de una tutela judicial directa de los derechos sustentada en la sola base normativa de las disposiciones constitucionales que los reconocían y garantizaban. Es el modelo de Constitución que imperó también en Chile hasta bien entrado el siglo XX.

El constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, primero en Europa y después en América Latina y otros lugares, asigna, en cambio, de modo explícito fuerza normativa a las Constituciones. Es el caso, entre otros de la Constitución de España de 1978, que en su art. 9,1 establece: “los ciudadanos y los poderes públicos está sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, y también del art. 6,2 de la Constitución chilena, al decir:

<sup>10</sup> Blanco VALDÉS, en su libro *El valor de la Constitución. Separación de los poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, explica detenidamente la diferencia entre el constitucionalismo francés y el norteamericano.

<sup>11</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*.

“los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de [los órganos del Estado] como a toda persona, institución o grupo”.

Esta fuerza normativa de la Constitución, sin embargo, no es la misma para todas sus disposiciones y esto es algo que no siempre se tiene presente. En sus *Estudios de Derecho Constitucional*<sup>12</sup>, Manuel Aragón Reyes, uno de los catedráticos hispanos más reconocidos de derecho constitucional y que fuera también ministro del Tribunal Constitucional español, incluye un trabajo que lleva por título *Tipología de las normas constitucionales*, en el cual explica con especial claridad el común valor de todas las normas constitucionales y su diferente eficacia.

“Es obvio –afirma al comienzo de dicho trabajo– que la condición normativa de la Constitución auténtica (la Constitución democrática) nadie, solventemente, la pone en duda. Hoy, en frase usual, todos aceptamos que la Constitución es una norma jurídica, pero, en sentido estricto, con esa calificación no basta, pues la Constitución, más que una norma, es un conjunto de normas. Todas con igual valor, pero no todas con la misma eficacia. De ahí la necesidad de distinguir entre las distintas normas que se contienen dentro del texto constitucional”<sup>13</sup>.

Manuel Aragón efectúa, luego, una doble clasificación de las normas constitucionales, una con arreglo a su objeto y otra según su modo de formulación. Por su objeto, las clasifica en dos grandes grupos: NORMAS ESTRUCTURALES Y NORMAS MATERIALES.

“Las primeras –dice– regulan la organización del Estado y el modo de adopción de las decisiones públicas y, por ello, no imponen contenidos concretos de acción, no limitan, pues, el pluralismo político. Las segundas, en cambio, imponen contenidos a las decisiones, ordenando actuaciones, garantizando conductas o prohibiéndolas, por lo que imponen límites al pluralismo político. Dicho en otras palabras, las primeras regulan modos de creación y aplicación del Derecho, y las segundas imponen contenidos a ese mismo Derecho”<sup>14</sup>.

A su vez, y dentro de las normas materiales, el autor distingue las siguientes normas de derecho: normas declarativas de *derechos fundamentales*, normas enunciativas de *garantías institucionales*, normas que contienen *mandatos al legislador*, normas que incorporan *valores y fines*, y normas

---

<sup>12</sup> Manuel ARAGÓN REYES, *Estudios de Derecho Constitucional*. El estudio “Tipología de las normas constitucionales”, se encuentra en las pp. 203-212.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 203.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, pp. 204-205.

que contienen *cláusulas de habilitación*<sup>15</sup>. Esta última clasificación, que el autor ejemplifica con citas de artículos de la Constitución española de 1978, resulta del todo pertinente para determinar qué tipo de normas son las que tratan de los derechos sociales.

El orden propuesto es, en efecto, de especial interés para el tema que aquí se trata. Los derechos sociales en España –salvo el derecho a la educación–, no se incluyen dentro de los derechos fundamentales, los cuales, como se dirá más adelante, tienen mayor fuerza normativa y gozan de una protección constitucional especial, sino que aparecen dentro del capítulo III del título I de la Constitución bajo la rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica”, capítulo este que para Eduardo Aragón Reyes es ejemplo de normas que incorporan valores y fines. Asimismo, aparecen en las normas sobre derechos sociales mandatos al legislador, entre los cuales y a vía de ejemplo, el autor menciona el art. 43.2, que contiene un *mandato al legislador para que la ley establezca los derechos y deberes sobre la protección de la salud*.

Una segunda propuesta organizativa de las normativas constitucionales que formula Eduardo Aragón atiende a su *modo de formulación*, que le lleva a distinguir tres tipos: *reglas, principios y valores*.

“Aquí –señala– el elemento clasificador se sustenta en el modo en que el enunciado normativo está formulado, y de ese modo se desprende un grado diverso de eficacia, es decir, un grado diferente de aplicabilidad de la norma. Esta es [...] la clasificación jurídicamente más relevante, porque la capacidad de operar en la realidad que la norma tiene depende de la formulación de su enunciado”<sup>16</sup>.

Resulta de lo anterior, entonces, que algunas normas constitucionales, sea aisladamente o por remisión a otra norma constitucional, contienen reglas completas por lo cual *son de aplicación inmediata y tienen eficacia directa*, pero ello no ocurre cuando ellas remiten a una ley para ser completadas. Ahora bien –acota Eduardo Aragón–,

“las remisiones de la Constitución a la ley no pueden verse nunca como unas habilitaciones en blanco, ya que de la Constitución, aun en el caso de las reglas incompletas, derivan principios y valores que el legislador ha de respetar”.

Así, en los casos en que una regla constitucional no tenga eficacia directa y su aplicación esté condicionada a la actuación del legislador,

---

<sup>15</sup> ARAGÓN, *op. cit.*, pp. 205-206.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 206.

“no carecen, por ello, de eficacia directa o interpretativa, en cuanto que el legislador no puede regular de cualquier manera la parte de la regla que queda a su voluntad, pues la Constitución le impone determinadas prescripciones que tiene que acatar”<sup>17</sup>.

Un planteamiento similar se encuentra en uno de los más afamados juristas italianos. Luigi Ferrajoli, quien en diversas obras ha reiterado que la Constitución, por una parte, prohíbe ciertas leyes y, por otra, impone a las mismas ciertos contenidos. Se lee en la que es, seguramente, la última de sus obras traducidas al español:

“el derecho expresado por los principios constitucionales ha llegado a configurarse como un proyecto normativo consistente en un sistema de límites y vínculos a todos los poderes, a los que veta la producción de leyes que los contradigan e impone la producción de sus leyes de actuación y de sus técnicas de garantía”<sup>18</sup>.

No existe, pues, como antaño, un poder absoluto del legislador en la configuración de los derechos reconocidos en la Constitución, sino que en la democracia constitucional la ley está sujeta a los límites y contenidos que la Constitución impone<sup>19</sup>.

Existe, pues, una fuerza vinculante mínima que es común a todas las disposiciones constitucionales, sean ellas normas estructurales o materiales o, bien, reglas, principios o valores que exige su respeto universal por todos los órganos del Estado. Para que este respeto sea efectivo es que en un Estado de derecho existen los controles de constitucionalidad de las leyes y reglamentos, los cuales, al ejercitarse –según los países–, por cualquier tribunal, por la Corte Suprema o por el Tribunal Constitucional, permiten que tales órganos de control fundamenten la declaración de inconstitucionalidad de un precepto en la infracción de cualquier norma de la Constitución.

Por su fuerza normativa, una disposición constitucional sobre derechos sociales puede ser utilizada siempre como parámetro para controlar la constitucionalidad de los preceptos legales. Así ha ocurrido en Chile en diversas oportunidades, de las cuales el ejemplo más notable es la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional parte del art. 38 ter de la Ley de Isapres. En esa sentencia, de 6 de agosto de 2010, rol

---

<sup>17</sup> ARAGÓN, *op. cit.*, pp. 207-208.

<sup>18</sup> Luigi FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del estado*, p. 12.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 16, señala que en las democracias existe, entonces, una dimensión formal, asegurada por la representación política, a la que se ha añadido una dimensión sustancial consistente en el respeto del contenido de la Constitución, que incluye a las prestaciones objeto de los derechos sociales.

1.710, el Tribunal consideró, como normas constitucionales infringidas los n.ºs 2, 9 y 18 del art. 19 de la Constitución, los cuales, respectivamente, aseguran la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y al de la seguridad social. El primer precepto es un derecho de garantía que suele incluirse dentro de los derechos fundamentales, pero el derecho a la protección de la salud y el de la seguridad social son derechos sociales de prestación<sup>20</sup>. Las normas que los enuncian, fijan, asimismo, las bases a las que las leyes que los desarrollen han de ajustarse. Si estas leyes no lo hacen, como estimó el Tribunal Constitucional que ocurría con el art. 38 ter de la Ley de Isapres, puede declararse su inconstitucionalidad por infringir la normativa constitucional sobre tales derechos sociales de prestación. Pero ello no significa que los tribunales de tutela o protección de derechos constitucionales puedan invocar tales normas para otorgar las prestaciones que se les soliciten, prescindiendo de las leyes existentes sobre el particular<sup>21</sup>.

Salvo, entonces, aquellas disposiciones constitucionales que resultan de aplicación inmediata o directa, esto es, sin necesidad de desarrollo legislativo, que es lo que ocurre con los derechos que algunas constituciones como España, Portugal y Colombia llaman derechos fundamentales y que coinciden en gran medida con los derechos de libertad del constitucionalismo chileno, siempre existe una eficacia propia de las normas constitucionales, cual es el establecimiento de lo que algún autor ha denominado la SUJECCIÓN JURÍDICA FUNDAMENTAL. En palabras de José Zafra Valverde, lo que en verdad es característico de la Constitución como fenómeno jurídico son las:

“disposiciones con las que se establece la sujeción de una colectividad de hombres a que se les puedan impartir mandatos mediante leyes, y, en consecuencia, a que se les puedan imponer sanciones en el caso de incumplimiento”<sup>22</sup>.

En otras palabras y en lo que interesa a este estudio relativo a los derechos sociales, lo peculiar de una Constitución no es crear ella directamente

---

<sup>20</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol n.º 1.710. Véase su parte tercera “Los derechos constitucionales afectado por el precepto legal bajo examen de constitucionalidad”, en que examina los derechos constitucionales infringidos por el precepto legal que la sentencia declara inconstitucional.

<sup>21</sup> Tal es la razón por la cual en la Constitución chilena de 1980 el derecho a la protección de la salud, a la educación y a la seguridad social no son fundamento de la acción o recurso de protección del art. 20. De ahí que las numerosísimas –centenares de miles– sentencias que acogen la protección de los afiliados a Isapres por las alzas acordadas por estas a sus planes de salud, el que estiman afectado es el derecho de propiedad de los afiliados asegurado en el art. 19 n.º 24 de la CP.

<sup>22</sup> JOSÉ ZAFRA VALVERDE, *El derecho como fuerza social*, p. 123.

obligaciones a ser satisfechas por determinadas personas o instituciones mediante el otorgamiento de las prestaciones correspondientes, sea que consistan en un dar o un hacer, sino fijar los órganos que al actuar dentro de su competencia y conforme a los procedimientos contemplados en ella, y respetando el marco constitucional que para cada caso es aplicable, impongan precisas obligaciones a las personas que señala. Pero, entonces, en tal caso será la ley y no la Constitución, la fuente de tales obligaciones. Nada novedoso, por cierto, para la Teoría General de las Obligaciones que, como ocurre en el art. 1437 del *Código Civil* de Chile señala a la ley como una de las fuentes de las mismas<sup>23</sup>.

#### IV. Las constituciones y los derechos sociales

La mayor parte de las Constituciones contemporáneas incluyen en su listado de derechos los llamados comúnmente derechos sociales, o derechos económicos, sociales o culturales, abreviados a veces como DESC<sup>24</sup>. Estos, en su mayor parte –y este es el caso del derecho a la educación, a la protección de la salud, a la vivienda o a la seguridad social– para su satisfacción exigen una prestación, sea que la misma consista en un dar o en un hacer.

No todas las constituciones, sin embargo, contienen normas sobre derechos sociales. No las contempla, desde luego, la estadounidense de 1787 en su texto original, ni en su *Bill of Rights* ni en las enmiendas posteriores. Tampoco la Constitución francesa de 1958 en su texto, pues, como es sabido, ella en materia de derechos humanos declara en su Preámbulo:

“el pueblo francés proclama solemnemente su vinculación a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como han sido definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Es posible, también, que las obligaciones que satisfacen derechos sociales tengan su fuente en un contrato, como ocurre en Chile con los contratos de salud previsual que los afiliados celebran con sus Isapres. En tal caso, la legislación que regula la celebración, modificación y efectos del contrato tiene como marco las disposiciones constitucionales pertinentes al respectivo derecho social, las cuales, si son infringidas por algún precepto legal pueden conducir a su declaración de inaplicabilidad, o de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, conforme a lo establecido en el art. 96 n.ºs 6 y 7 de la Constitución.

<sup>24</sup> Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos presenta numerosos tratados sobre tales derechos. El más importante por su universalidad es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

<sup>25</sup> En el Preámbulo de la Constitución de 1946, el pueblo francés después de reafirmar solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la

Por su parte, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, en su título I “Derechos fundamentales”, los que incluye son derechos de libertad o de garantía, pero no sociales. Este silencio podría estimarse contradictorio e inconciliable con la proclamación en el art. 20.1 de la República Federal de Alemania como un Estado federal, democrático y social, y con la obligación que impone a los *Länder* el art. 28.1 para que su ordenamiento constitucional responda a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. Ello no es así, sin embargo, porque la satisfacción de las exigencias del Estado social está entregada a la legislación, sea esta la federal o la de cada *Land* según las minuciosas normas sobre distribución de competencias que encontramos en el título VII de la Ley Fundamental<sup>26</sup>.

En Suiza, la Constitución Federal de 1999 se ocupa de tres derechos sociales de prestación: el derecho a condiciones mínimas de existencia (art. 12), a educación básica o primaria (art. 19) y a asistencia jurídica gratuita (art. 29.3), cuya satisfacción se asegura en la Constitución. Aunque esta, contiene un artículo, el 41, consagrado a los que denomina fines sociales, entre los cuales menciona el disfrute de la seguridad social, el cuidado de la salud y la obtención de una vivienda, debiendo la Confederación y los cantones, de acuerdo con sus competencias y medios de que dispongan, comprometerse en favor de tales objetivos y sin que “ningún derecho subjetivo a obtener prestaciones del Estado puede deducirse directamente de las finalidades sociales” (art. 41.4).

Ahora, entre las constituciones que en su texto enumeran derechos sociales, se encuentran algunas que los consideran como un tipo especial de derechos humanos. Es el caso de España y Colombia.

La Constitución española de 1978 contiene, como parte del título I “De los derechos y deberes fundamentales”, un capítulo, el tercero, con la rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica”, en el que incluye, entre otros, el derecho a la protección de la salud (art. 43), el derecho a disfrutar de una vivienda (art. 45) y el régimen público de seguridad social (art. 41). El derecho a la educación, en cambio, junto con la libertad de enseñanza, aparece en el art. 27 en la sección dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Sin perjuicio de

---

Declaración de 1789, proclama, *como particularmente necesarios a nuestro tiempo*, una serie de principios políticos, económicos y sociales, entre los cuales menciona la protección de la salud, el acceso a la educación y diversas prestaciones derivadas de la seguridad social.

<sup>26</sup> El art. 73 establece las materias que son de competencia exclusiva de la Federación y el art. 74 las materias de legislación concurrente entre la Federación y los *Länder*. Corresponde también a estos últimos legislar en el resto de las materias no mencionadas ni en uno ni en otro grupo.

lo que se dirá más adelante; interesa mencionar la diferencia contenida en el capítulo cuarto “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales” del título I, respecto a la fuerza vinculante y a la protección de los diversos grupos de derechos humanos. Así, mientras los derechos fundamentales y las libertades públicas gozan de un procedimiento especial de tutela que puede terminar en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2), conforme al art. 53.3:

“el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Similar es la situación de los derechos sociales en el texto de la Constitución de Colombia de 1991. El título II de dicha Carta Fundamental, tiene por epígrafe “De los derechos, las garantías y los deberes”, agrupando los derechos en tres capítulos diversos: derechos fundamentales; derechos económicos, sociales y culturales, y derechos colectivos y del ambiente. La enunciación de los derechos económicos, sociales y culturales es amplia y detallada, puesto que junto a los más tradicionales, como la seguridad social, la atención a la salud, la vivienda y el derecho a la educación, aparecen otros específicos que tienen como sujetos a los niños y a los adolescentes.

Tales derechos, sin embargo, y a diferencia de los fundamentales, no son de aplicación inmediata (art. 85) y a su respecto no puede utilizarse la acción de tutela del art. 86, en virtud de la cual:

“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”<sup>27</sup>.

El constitucionalismo argentino presenta una evolución peculiar. Como era propio de la época, la Constitución de 1853/1860, de Juan Bautista Alberdi, tuvo una fuerte impronta liberal y de ahí que los derechos que en ella aparecen son los típicos derechos civiles y políticos de primera generación, tales como: la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad. Solo un siglo después, en 1957, se incorporó a

---

<sup>27</sup> Más adelante, se verá cómo la Corte Constitucional de Colombia ha otorgado, sin embargo, tutela constitucional a los derechos sociales por diversas vías que eluden lo dispuesto en el art. 85 de la Constitución.

la Constitución el art. 14 bis, precepto este que reconoció los derechos del trabajador sea considerado individualmente o en forma colectiva. Y en materia de derechos sociales de prestación, el inciso tercero señaló:

“el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable, garantizándose asimismo el acceso a una vivienda digna para vivir”.

En 1994, una nueva reforma amplió el catálogo, incorporando aquellos que suelen clasificarse como derechos de tercera generación –ambiente, protección del consumidor y reconocimiento de pueblos originarios–, pero, lo que es más importante, en el art. 75,22 de la Constitución enumeró los tratados internacionales de derechos humanos que gozarían de JERARQUÍA CONSTITUCIONAL, entre los cuales se menciona el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que menciona en su texto los derechos sociales básicos (derechos al trabajo, a la seguridad social, a la salud y a la educación) y la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>28</sup>.

En síntesis, tal cual señalan dos conocidos constitucionalistas argentinos:

“los Derechos sociales se encuentran reconocidos explícitamente y enumerados en un ‘bloque’ de constitucionalidad integrado por el texto de la Constitución Nacional [...] y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994”.

Y en cuanto a su fuerza normativa, los derechos sociales:

“son considerados derechos subjetivos constitucionales directamente operativos, en igualdad de tratamiento con las restantes categorías de derechos humanos”<sup>29</sup>.

En Chile, la Constitución de 1980 en su listado de derechos humanos reconocidos constitucionalmente no los clasifica en distintas categorías. No obstante, y como es sabido, a efectos de su tutela o protección el art. 20 no incluye a los derechos sociales de prestación entre los que pueden invocarse para fundamentar un recurso de protección<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> El mismo art. 75 de la Constitución argentina contempla un procedimiento para que el Congreso de la nación, al aprobar un nuevo tratado internacional de derechos humanos, le adjudique JERARQUÍA CONSTITUCIONAL, lo que ha ocurrido –entre otros– con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

<sup>29</sup> Alfonso SANTIAGO, y Martín OYHANARTE, “La situación en Argentina”, pp. 3 y 5.

<sup>30</sup> Es significativo, al respecto, que el derecho a la protección de la salud, típico derecho social de prestación, en sus cuatro primeros incisos que presentan esta índole, no son susceptibles de protección, pero sí lo es el inciso quinto que dispone: “cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”. Pero este es un derecho de libertad.

Distinta es, empero, la solución contenida en el Proyecto de Reforma Constitucional enviado por la presidenta Michelle Bachelet al Senado pocos días antes del término de su mandato, en el que proponía aprobar una nueva Constitución Política.

El proyecto, en materia de derechos sociales, mantiene los existentes: protección a la salud, educación y seguridad social (art. 19 n.ºs 13, 14 y 25), aunque confiere mayor protagonismo al Estado para su satisfacción<sup>31</sup>, y añade algún otro, como “el derecho a vivir en una vivienda dotada de las condiciones materiales y del acceso a los servicios básicos” (art. 19 n.º 12).

Mas, la novedad mayor en materia de derechos sociales en el Proyecto Bachelet, es la relativa a la tutela de los derechos constitucionales. El nuevo art. 20, sustitutivo del actual, en lugar de la acción o recurso de protección limitado, como es sabido, a determinados derechos entre los que no se incluye a los derechos sociales de prestación, crea la que llama acción constitucional de tutela de derechos, extensiva a la totalidad de los enumerados en el nuevo art. 19 y, por consiguiente, a los derechos sociales de prestación como la vivienda, protección de la salud, educación y seguridad social, y altera, también, la competencia de los tribunales sobre la materia.

Desaparece, al respecto, la actual competencia de las Cortes de Apelaciones en primera instancia y de la Corte Suprema en segunda, otorgándose, en su lugar, a los tribunales ordinarios de primera instancia y al Tribunal Constitucional en segunda. Es este un sistema similar al existente en Colombia y que, de implantarse, transformaría por completo la fisonomía en Chile del Tribunal Constitucional, el que se convertiría en un tribunal de tutela de derechos constitucionales.

De prosperar el Proyecto Bachelet, la tutela de los derechos sociales en Chile sería semejante a la solución existente en Bolivia. En ella, de acuerdo con la Constitución vigente, los derechos de prestación son directamente aplicables.

En efecto, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, incluye en su texto un amplísimo listado de derechos humanos (arts. 13-107) de todo tipo: civiles y políticos; sociales y colectivos, regulados,

---

<sup>31</sup> Aparece en el art. 2 la declaración que señala: “La República de Chile es un Estado de Derecho democrático y social”, mientras que en el n.º 13 (derecho a la protección de la salud), el Estado debe “garantizar el funcionamiento y la calidad de un sistema público de salud”, en el n.º 14 (derecho a la educación), se especifica que el Estado debe disponer de los establecimientos educacionales necesarios para satisfacerlo, y en el n.º 18 (derecho a la seguridad social), se establece: “el Estado garantiza el acceso de todas las personas al goce de prestaciones necesarias para llevar una vida digna en el caso de jubilación, retiro o pérdida de trabajo, sean aquellas provistas por instituciones públicas o privadas”.

algunos, muy minuciosamente, que es lo que ocurre con el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo y el derecho a la educación. Y en cuanto a su fuerza normativa, conforme al art. 109, todos aquellos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y protegidos por iguales garantías, lo que ha favorecido la judicialización de los derechos sociales en la actuación de la Corte Constitucional Plurinacional de Bolivia.

*V.- Doctrina respecto a la fuerza normativa  
de las disposiciones constitucionales  
sobre derechos sociales de prestación*

La inclusión en una Constitución, como ocurrió en el constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial, de disposiciones sobre prestaciones o beneficios sociales, no podía dejar de plantear el problema de la fuerza vinculante de tales disposiciones que eran en su época toda una novedad.

Uno de esos textos es la Constitución alemana de 1919, la llamada Constitución de Weimar, por la ciudad en que se reunió la asamblea constituyente que la aprobó. Esa Constitución, que tuvo una gran resonancia en el constitucionalismo de entreguerras, si bien se ocupa con abundancia –y esta una de sus notas características, de materias sociales y económicas–, casi siempre lo hace desde la perspectiva de las tareas o cometidos que al Estado o sus organismos se le asignan y no enunciando propiamente derechos de prestación a favor de las personas. No es, entonces, un texto típico en materia de derechos económicos, sociales y culturales, los llamados muchas veces derechos de segunda generación, pero sí pionero en lo que puede llamarse el constitucionalismo social.

Un examen general sobre el libro II de la Constitución *Derechos y deberes fundamentales de los alemanes*, lo demuestra. Es un libro extenso, con más de cincuenta artículos distribuidos en cinco capítulos, de los cuales tres –vida social, educación y vida económica– representaban toda una novedad en el que era contenido habitual de las Constituciones decimonónicas, y que, en el momento de su aparición no pudo, sino llamar fuertemente la atención.

En esos capítulos, sin embargo, apenas si se encuentra enunciado como derecho una aspiración social o económica. Tal ocurre, de modo excepcional, en el art. 163,2, al decir:

“todos los alemanes tendrán la oportunidad de ganar su sustento mediante un trabajo productivo. En tanto no sea posible ofrecerle un trabajo apro-

piado, se deberá atender a su indispensable sustento. Una ley del Reich regulará los pormenores”<sup>32</sup>.

Otra disposición en la Constitución de Weimar que utiliza el término ‘derecho’ para referirse a la obtención de un beneficio es el art. 119 referido al matrimonio y a la familia, en cuyo inciso segundo se dice: “las familias de prole numerosa tienen derecho a ser auxiliadas para aliviar sus cargas”. El mismo Ottmar Bühler comenta que “las disposiciones de este artículo no constituyen derecho directamente aplicable, sino solo principios normativos para el legislador”<sup>33</sup>.

Y, por último, al referirse el art. 161 de la Constitución a los diversos beneficios de la seguridad social, no utilizó el término ‘derecho’, sino que encomendó al Estado su satisfacción.

“Para atender –dijo– a la preservación de la salud y la capacidad para el trabajo, a la protección de la maternidad y la previsión contra las consecuencias económicas de la vejez, la enfermedad y los azares de la vida, el Reich creará un amplio sistema de seguros con la colaboración directa de los asegurados”.

La disposición citada no supuso una novedad para Alemania. Desde la época de Otto von Bismarck, en la segunda mitad del siglo XIX, existía una legislación sobre la materia y se había desarrollado la seguridad social al margen de toda base constitucional. El caso alemán es, entonces, uno de los ejemplos más elocuentes de cómo puede existir una política social sin necesidad de haberse apoyado en un derecho social de prestación reconocido previamente.

Lo que se ha expuesto no significa que se menosprecie la novedad e importancia que tuvo la Constitución de Weimar en materias económicas y sociales, pues de ella surgieron tendencias que tendrían gran arraigo en el constitucionalismo del siglo XX, aunque en su formulación no se recurra a la técnica del reconocimiento de nuevos derechos<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> En uno de los primeros comentarios a la Constitución de Weimar, Ottmar Bühler señalaría que la disposición citada obligaba al Estado a proporcionar trabajo, y si no podía hacerlo, había de apoyar al necesitado, lo que se había convertido en uno de los problemas más graves de la Hacienda alemana. El trabajo de Ottmar Bühler lleva por título “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático de sus preceptos”, p. 327.

<sup>33</sup> Constantino MORTATI, Walter JELLINEK y Ottmar BÜHLER, *La Constitución de Weimar. La Constitución de 11 de agosto de 1919*, p. 283.

<sup>34</sup> Así, en materia de propiedad, el art. 153 formuló un principio que se recuerda a menudo para enunciar su función social: “La propiedad impone obligaciones. Su uso debe constituir al mismo tiempo un servicio para el interés común”. Y en materia de intervención estatal en la vida económica, el art. 156,1 permite tanto la socialización de

Al incluirse en una Constitución, como ocurrió con la alemana de Weimar de 1919, disposiciones que para su satisfacción requerían de prestaciones efectivas, fue natural que se discutiera la fuerza vinculante de las mismas.

La doctrina alemana de la época de Weimar discutiría la materia y, aunque no de forma unánime, prevalecería la posición que veía en los derechos sociales principios políticos no vinculantes.

La consideración de las normas constitucionales sobre prestaciones sociales, como principios que no pueden invocarse directamente ante los tribunales es, después de la Segunda Guerra Mundial, una posición que han mantenido países de particular relevancia en materias sociales.

Uno de ellos es Francia. La Constitución de la V República de 1958 no contiene en su texto, como ya se ha señalado en este trabajo, un listado de derechos, sino que, conforme a su Preámbulo, ha de acudirse en esta materia a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946. Este último texto, que es el que interesa en materia de derechos sociales, forma parte del llamado bloque de constitucionalidad que el Consejo Constitucional utiliza como parámetro para examinar la constitucionalidad de las leyes, por lo que no carece de fuerza normativa, ya que debe ser respetado por el legislador.

Ahora bien, conforme señala Marc Guillaume en su estudio de la jurisprudencia del Consejo Constitucional, “en el campo social,, más que en las otras materias, el Consejo Constitucional reconoce un amplio margen de apreciación al legislador”, y así:

“en materia de protección de los derechos sociales, el Consejo se conforma frecuentemente con verificar que la ley que le es sometida a control no sea ‘manifiestamente inapropiada al objetivo perseguido’”

y si se trata de derechos de prestación invocables contra el Estado, el Consejo ha dicho: “pertenece al legislador, para satisfacer esta exigencia, la posibilidad de escoger las modalidades concretas que le parecen apropiadas”<sup>35</sup>.

En Suiza, la Constitución Federal de 1999 asegura únicamente la satisfacción de tres derechos sociales de prestación: el derecho a condiciones mínimas de existencia (art. 12), el derecho a educación básica o primaria (art. 19) y el derecho a asistencia jurídica gratuita (art. 29.3). Estos tal como ocurre con los otros derechos que la Constitución incluye dentro

---

empresas como la participación del Reich, los *Länder* y los municipios en la administración de empresas. Es una disposición que refleja la fuerte influencia de la Social Democracia Alemana en la génesis de la Constitución de 1919.

<sup>35</sup> GUILLAUME, *op. cit.*, pp. 169-170.

de los fundamentales, son directamente aplicables y pueden ser invocados por sus titulares en instancias administrativas y judiciales.

Sin perjuicio de lo anterior, y como se indicó en su momento, existe otra disposición, el art. 41, que enumera como fines sociales –entre otros– la seguridad social, el cuidado de la salud y la obtención de una vivienda, cuya satisfacción, con carácter subsidiario, esto es, *complementando la responsabilidad individual y la iniciativa privada*, se entrega a la Confederación y a los cantones, sin que “ningún derecho subjetivo a obtener prestaciones del Estado puede deducirse directamente de las finalidades sociales” (art. 41.4). No se trata, pues, de pretensiones justiciables y su satisfacción queda entregada a la política social aprobada mediante la legislación que se dicte, sea por la Confederación o los cantones. El Tribunal Federal, a su vez, se ha ajustado en sus sentencias al criterio constitucional que no reconoce la justiciabilidad de los objetivos o fines sociales<sup>36</sup>.

En la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la cual, aunque no se llamara a sí misma Constitución sería, a todos los efectos, la Constitución de la República Federal de Alemania y lo es hoy de la Alemania unificada; no se incluyeron dentro del listado de derechos fundamentales, los derechos sociales de prestación. Faltó así, por completo, la base que ha permitido en algunos países el otorgamiento, por parte de los tribunales, de bienes o acciones benéficas con el solo mérito de las normas constitucionales y al margen de la legislación que pudiere existir.

La omisión de los derechos sociales en un texto constitucional que tuvo especial cuidado en el respeto y eficacia de los derechos fundamentales, no fue casual sino deliberada. La explica el autor de una de las más conocidas obras de derecho constitucional alemán:

“Considerados en conjunto, los derechos fundamentales de la Ley Fundamental se circunscriben básicamente a los clásicos derechos humanos y civiles. Los constituyentes de 1949 evitaron conscientemente incluir regulaciones de la vida económica, social y cultural que trascendieran tales derechos, como se contenían –aunque sólo como programa no vinculante para el legislador, según la interpretación dominante– en la Constitución del Reich de 1919”<sup>37</sup>.

El modelo adoptado en Alemania no se contradice con su configuración como un Estado social y democrático de derecho. En una de las monografías más completas y ponderadas sobre el Estado social y los derechos sociales, su autora se refiere al modelo alemán:

<sup>36</sup> Sobre el particular puede consultarse Michel HOTTELIER, “La Constitution fédérale suisse et les droits sociaux”, pp. 9-29, y también Remedio SÁNCHEZ FERRIZ, y María Vicenta GARCÍA SORIANO, *Suiza. Sistema político y Constitución*, pp. 53-55.

<sup>37</sup> Conrado HESSE, “Significado de los derechos fundamentales”, p. 87.

“Nadie puede negar que Alemania es un Estado social y democrático de Derecho. Es más, su potencial económico le sitúa a la cabeza de la mayoría de los países en la consecución de objetivos de tipo socio-económico, y responde a los parámetros típicos de un Estado de bienestar. Sin embargo, no aparecen en la Ley Fundamental de Bonn derechos sociales formulados como en la Constitución italiana, la portuguesa o la española, sino, todo lo más, ciertas determinaciones de fines del Estado con un contenido social”<sup>38</sup>.

Contrasta lo dicho hasta el momento respecto a la falta de aplicación directa y la no justiciabilidad de los derechos sociales, con la tendencia, muy fuerte en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, de considerar derecho directamente aplicable por los tribunales las normas constitucionales relativas a los llamados derechos fundamentales, dentro de los cuales se incluye a los derechos de libertad y en algunos países también derechos de garantía como la igualdad ante la ley, aunque excluyendo casi en su totalidad a los derechos sociales de prestación.

Conviene examinar algunos ejemplos relevantes en la materia:

El primero es el de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 1949. En su art. 1.3, proclama:

“los derechos fundamentales que a continuación se proclaman vinculan a los poderes legislativo y ejecutivo y a los tribunales de justicia, como derecho directamente aplicable”,

pero, entre tales derechos, que son los enumerados en los artículos 2 a 17, no incluye a los derechos sociales de prestación, de modo que la cláusula del Estado social (arts. 20,1 y 28,1) se lleva a la práctica por medio de las políticas públicas que la legislación, sea la legislación federal o de los *Länder* apruebe dentro de la competencia que la Ley Fundamental cuidadosamente distribuye<sup>39</sup>.

Similar es el caso de la Constitución de España de 1978, texto en el que la Ley Fundamental de Alemania tuvo notoria influencia. De acuerdo con el art. 53.1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo (Derechos y libertades) del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”, tutelándose en última instancia los más importantes de ellos por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53, 2).

<sup>38</sup> Beatriz GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, p. 118.

<sup>39</sup> HESSE, *op. cit.*, capítulo III “Significado de los derechos fundamentales”, examina la materia.

En cambio, los derechos sociales se enuncian en el capítulo tercero “De los principios rectores de la política social y económica” del mismo título I, pero –según lo señala el art. 53,3–,

“el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

La doctrina española, aunque a veces lamenta la falta de aplicación directa de los derechos sociales por los tribunales, reconoce que ella se desprende de la misma Constitución.

Así, al analizar Eduardo García de Enterría el significado del art. 53.3 de la CE, acota:

“Lo que, con toda claridad, pero con escasa fortuna, intenta decir el artículo es que al formular tales principios la Constitución no ha pretendido configurar verdaderos derechos fundamentales, sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado como fines determinados de su misión; nada más. Cuando dice que esos principios se invocarán ante los Tribunales de acuerdo con las Leyes que los desarrollen, no quiere decir, aunque lo parezca, que el legislador sea absolutamente libre para interpretar y hacer aplicación a su arbitrio de tales principios; una declaración tan grave debería haber figurado para ser efectiva como un límite a la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes de desarrollo de tales principios”<sup>40</sup>.

Asimismo, Blanco Valdés, y las citas en el mismo sentido podrían multiplicarse, reconoce que las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales no los configuran como verdaderos derechos. Refiriéndose a los principios rectores de la política social y económica, señala:

“pese a su inclusión sistemática en el Título regulador de los derechos y deberes fundamentales, tales principios no tienen verdadera naturaleza de derechos, pues no están amparados, en lo que se refiere a su eficacia, por el mismo sistema garantizador que la Constitución ha venido a estable-

---

<sup>40</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 69-70. En un sentido similar Lucas MURILLO DE LA CUEVA, “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, pp. 117-118, que consideraba la solución adoptada en la Constitución de 1978: “como una opción realista del constituyente que, consciente de que el mero reconocimiento de un derecho, por ejemplo, a la vivienda digna, no iba a construir las casas que no existen, prefirió no engañar ni engañarse, con declaraciones hermosas pero ineficaces. En su lugar –acota– prefirió asegurar lo que es posible ahora y encomendar a los gobernantes la adopción de políticas que creen las condiciones materiales que permitirá transformar los principios de hoy en derechos de mañana”.

cer para los distintos derechos y libertades de ese Título [...] concebidos como auténticos derechos y no simples principios”<sup>41</sup>.

Un estudio reciente sobre la aplicación y eficacia de los derechos sociales confirma la doctrina anterior, aunque formula algunas matizaciones. Se trata del análisis a la situación en España de los derechos sociales elaborado por Ángel Gómez Montoro, Asunción de la Iglesia y Fernando Simón Yarza<sup>42</sup>.

Los autores recuerdan que los principios rectores de la política social y económica:

“no otorgan directamente derechos subjetivos a los ciudadanos sino después de su desarrollo legal. No son, pues, derechos directamente invocables”.

Sin embargo,

“desempeñan una triple eficacia frente a los distintos poderes públicos: en primer lugar, frente al *Poder Legislativo*, como mandatos que ha de desarrollar y como títulos de intervención o habilitaciones expresas para limitar otros derechos; frente al *Poder Ejecutivo (Gobierno y Administración)*, como guías de actuación en los distintos ámbitos de su actividad discrecional, libres de vinculación estricta a la ley; y frente al *Poder Judicial*, como criterios interpretativos de toda la legislación positiva”<sup>43</sup>.

Ahora bien, y este es un punto de particular interés en la justiciabilidad de los derechos sociales, los autores, conforme a las diversas categorías de derechos humanos que contiene la Constitución española y a las fórmulas que utiliza su texto al referirse a los mismos, distinguen entre un primer grado de *justiciabilidad subjetiva reforzada*, entre los cuales se encuentra el derecho a la educación, que puede ser invocado ante el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo; un segundo grado de *justiciabilidad subjetiva plena*, en el que están la libertad de trabajo y el derecho de libre sindicación y huelga,

“alegables por los ciudadanos frente a todos los poderes públicos, [pero que] no pueden ser invocados en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”;

---

<sup>41</sup> Blanco VALDÉS, “La democracia en Europa: (Acerca de los principios fundamentales del constitucionalismo europeo)”, p. 67.

<sup>42</sup> Ángel J. GÓMEZ MONTORO, ASUNCIÓN DE LA IGLESIA y FERNANDO SIMÓN YARZA, “La situación en España”.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 2. Los autores resaltan en su texto las palabras que se han puesto en cursiva.

en un tercer grado de justiciabilidad, que llaman *justiciabilidad objetiva plena*, incluyen:

“aquellos principios rectores de la política social y económica que se configuran con precisión y claridad suficiente para ser utilizados como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes”,

tales como el mandato perentorio exigido al legislador para mantener un régimen público de seguridad social y, por último, un cuarto grado de justiciabilidad, el de *justiciabilidad atenuada o mínima*, en el que habría que incluir “aquellos principios rectores que, debido a la vaguedad de su formulación, apenas pueden servir como parámetro de control del legislador”. Sería el caso del derecho a la salud, del acceso a la cultura y del derecho a una vivienda digna<sup>44</sup>.

En América Latina, la Constitución de Colombia de 1991, en su título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, tomó como base la clasificación de los derechos en derechos fundamentales; derechos sociales, económicos y culturales, y derechos colectivos y del ambiente, siendo únicamente los primeros *de aplicación inmediata* (art. 85), y gozando sus titulares conforme al art. 86 de la acción de tutela para reclamar:

“la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Esta acción es conocida en segunda instancia por la Corte Constitucional.

La consideración de los derechos sociales de prestación como aquellos que no son de aplicación inmediata y, por consiguiente, no susceptibles de ser protegidos mediante la acción de protección especial y expedita que la respectiva Constitución contempla, que es en Colombia la acción de tutela, ha sido, sin embargo, alterada por la Corte Constitucional que en su jurisprudencia extendería progresivamente dicha acción a los derechos sociales, económicos y culturales.

En sus primeras sentencias sobre la materia, la Corte, atendido el carácter prestacional de tales derechos, consideraba que su materialización requería la actividad legislativa y ejecutiva, y que los mismos no era permitido invocarlos y ampararlos mediante la acción de tutela<sup>45</sup>.

Luego, sin embargo, cambió la jurisprudencia y utilizando diversos criterios que ella misma creó, extendió la acción de tutela para conocer y

<sup>44</sup> GÓMEZ, DE LA IGLESIA y SIMÓN, *op. cit.*, p. 4.

<sup>45</sup> La sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2007), rol n.º T-016-7, recordó que los derechos sociales, económicos y culturales, “como derechos de orden prestacional, requerían una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento”.

otorgar prestaciones fundamentadas en las normas constitucionales sobre derechos sociales.

Un primer criterio fue el llamado de “conexidad”, pero posteriormente, en casos en que el mismo no resultaba aplicable, la Corte ha utilizado otros criterios, entre los que cabe recordar el que algunas sentencias llaman de la “transmutación”, y por último, la jurisprudencia ha estimado que los derechos económicos, sociales y culturales tienen también carácter de “derecho fundamental”<sup>46</sup>.

Así, en una de las numerosas sentencias de la Corte Constitucional que utilizan la tesis de la CONEXIDAD, dicha entidad admitió:

“que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y el derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental”<sup>47</sup>.

En cuanto a la TRANSMUTACIÓN, una sentencia de 2008 relativa al derecho a una vivienda digna precisa sus contornos:

“Así, respecto de aquellas prestaciones que han sido reconocidas positivamente, por vía legal o reglamentaria, a favor de los individuos, de forma tal que pueden ser definidos como derechos subjetivos, es admitido el carácter fundamental de la vivienda digna, con fundamento en el criterio de la transmutación”<sup>48</sup>.

Asimismo, y como señala otra línea de sentencias, la Corte ha admitido también el CARÁCTER FUNDAMENTAL de los derechos catalogados como sociales, económicos y culturales. Una sentencia de 1993 lo explicaba:

“Es por tanto necesario manifestar [...] que además de los derechos contemplados en el Capítulo de la Constitución, relativo a los Derechos Fundamentales, existen otros que no estando incluidos allí, ostentan tal carácter de fundamentales, tales como el derecho a la educación (art. 67), a la seguridad social (art. 48) y a la salud (art. 49)”<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Véase Nilson PINILLA PINILLA, “La revolución en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, pp. 181-183.

<sup>47</sup> Sentencia CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2007), rol n.º T-016-07. Consideraciones y fundamentos, n. 8. Se trata de una tutela al derecho a la salud.

<sup>48</sup> Sentencia CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008), rol n.º T-585-08. Consideraciones y fundamentos, n 2.1.

<sup>49</sup> Para la Corte, “el carácter de fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un textos constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008), rol n.º T-116-93.

Ahora bien, el carácter de fundamental de un derecho social no le es inherente, sino condicionado a las circunstancias de cada caso. La Corte lo afirmó de modo explícito:

“Según la doctrina constitucional, la fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales”<sup>50</sup>.

Siempre según la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia, de los derechos fundamentales se deriva una doble obligación para el Estado:

“En pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional”<sup>51</sup>.

Conviene señalar, para apreciar el alcance de la tutela que la Corte Constitucional otorga a los derechos sociales de prestación, cómo la propia Corte, en su decisión, especifica las acciones a realizar por las instituciones involucradas en el caso. Así, en la sentencia T-116, de 1993, ordena a la Caja Nacional de Previsión Social que en el plazo de treinta días provea el financiamiento para realizar la intervención quirúrgica solicitada, y a la Clínica Montería, para que la lleve a cabo.

La Constitución chilena de 1980, aunque no clasifica como España y Colombia en distintas categorías los derechos humanos reconocidos en la Constitución, no extiende la acción o recurso de protección del art. 20 a los derechos sociales de prestación. Sin embargo, de modo indirecto se les ha otorgado tutela aceptando que la vulneración de otro derecho, generalmente el de propiedad, impide el otorgamiento de la prestación

---

<sup>50</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008), rol n.º T-116-93. Consideraciones de la Corte Constitucional, n 1 y 2.

<sup>51</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008), rol n.º T-160-11. Se trataba de un caso relativo a la salud y la Corte acogió la acción de tutela ordenando la prestación solicitada.

a que está obligada la institución que ha contratado con el titular del derecho conforme a la legislación vigente<sup>52</sup>.

Ahora bien, en la sentencia de 6 de noviembre de 2018 de la Tercera Sala de la Corte Suprema ya referida al comienzo de este estudio, la jurisprudencia va más allá. En ella, el tribunal prescinde de la legislación aplicable que era la Ley n.º 20850, o Ley Ricarte Soto, que se ocupa de dar protección financiera para el diagnóstico y tratamientos de alto costo, y aplica directamente la garantía constitucional sobre derecho a la vida para admitir la acción de protección interpuesta. De esta forma, queda entregada a la discrecionalidad judicial la determinación del tipo de prestación a otorgarse y de su monto.

En Argentina, en cambio, como el texto constitucional no establece categorías de derechos, la jurisprudencia, apoyada por la doctrina, ha dado operatividad directa a las normas sobre derechos económicos, sociales y culturales.

El documento de trabajo de Alfonso Santiago y Martín Oyhanarte ya citado, se refiere a la amplia justiciabilidad de los derechos constitucionales.

Dicen los autores:

“En la Argentina, desde un punto de vista dogmático, los derechos sociales son derechos de jerarquía constitucional como cualquier otro, y la tutela frente a su violación puede ser amparada jurisdiccionalmente por un recurso sencillo y rápido denominado ‘amparo’ (o ‘habeas corpus’, si es que el derecho violado involucra la libertad física), según lo prescriben el art. 43 Constitución Nacional, y en sentido coincidente art. 25 y 29 CADH. Es decir, los Derechos sociales deben ser tutelados judicialmente de manera inmediata y efectiva aun cuando la legislación procesal nacional o provincial no previese una forma específica de tutela”<sup>53</sup>.

Como es natural, en un país, cual es el caso de Bolivia, que explícitamente reconoce el carácter sin rodeos, aplicable de los derechos sociales por los tribunales, ello proporciona la oportunidad para su judicialización. Simón Yarza en un estudio de derecho constitucional comparado recuerda, entre otras sentencias, una sobre el derecho a un subsidio de lactancia y otra respecto al derecho al agua<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Es la situación, ampliamente conocida no ya de las decenas de miles, sino de centenares de miles de recursos de protección interpuestos y acogidos contra las Isapres cuando alcanzan el precio base de los contratos de salud que tienen con sus afiliados y beneficiarios.

<sup>53</sup> SANTIAGO y OYHANARTE, *op. cit.*, p. 7. En el documento de trabajo, mencionan numerosas materias de interés relacionados con el derecho a la salud, al trabajo, a la vivienda y a la seguridad social.

<sup>54</sup> Fernando SIMÓN YARZA, “Individual Rights”.

## VI. La ley como vía para dar eficacia a los derechos sociales de prestación

La exposición del principio de legalidad, cuya importancia para el derecho público es por todos aceptada, se centra habitualmente en sus aplicaciones más conocidas como son la legalidad de los delitos y de las penas, la legalidad de los tributos y de los procedimientos judiciales. Suele, también, ponerse de relieve el valor que tiene la legalidad administrativa y la del gasto público. Pero rara vez se habla de la legalidad en materia de derechos sociales.

No obstante este desinterés, el principio de legalidad tiene una gran importancia en el desarrollo y en la efectividad de los derechos sociales. La operatividad de estos, es decir, el efectivo goce de las prestaciones a ellos inherentes, exige –previamente– que se configuren las obligaciones de dar o hacer respectivas en todos sus elementos: sujeto obligado, cuantía y modalidad de las obligaciones y, además, forma de pago y cumplimiento forzado si la institución o sujeto obligado las incumple. Y todo ello no es posible si no se dicta la legislación de desarrollo prevista en la Constitución para cada uno de los derechos sociales, pues estos no tienen eficacia directa como sucede con los derechos de libertad.

José Martínez Estay lo ha puesto de manifiesto en su estudio sobre la jurisprudencia en España, y su punto de vista es válido para un país como Chile en que las normas constitucionales sobre derechos sociales no son aplicables de plano por los tribunales. Recuerda, primero, cómo los derechos sociales en su formulación constitucional carecen de un contenido cierto, y acota:

“ello es lógico ya que, como se ha advertido, gran parte de estos derechos suponen prestaciones, cuya determinación corresponde al legislador de acuerdo con los recursos disponibles. De ahí que los jueces puedan hacer poco o nada respecto de un derecho social no desarrollado por el legislador. La pura enunciación constitucional no hace posible su protección jurisdiccional”<sup>55</sup>.

Esta imposibilidad es la que el activismo judicial busca eludir.

El principio de legalidad en materia de derechos sociales, si se aplica de modo coherente, excluye, por una parte, la discrecionalidad del gobierno

---

<sup>55</sup> José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Acerca de las diferencias entre los derechos y libertades clásicos y los derechos sociales”, p. 129. Cabe matizar respecto a la imposibilidad judicial de dar protección a los derechos sociales, puesto que entre ellos se encuentran derechos de libertad como el de sindicación o la libertad de trabajo.

y de la administración<sup>56</sup> para otorgar a su arbitrio prestaciones sociales y, por otra, niega competencia a los tribunales para hacerlo al margen de la legislación existente y que les es obligatorio aplicar. En otros términos, es una materia de políticas públicas cuyo establecimiento corresponde a los órganos colegisladores, la aprobación de la legislación de desarrollo en materias tales como: el derecho a la protección de la salud, a la educación, a la seguridad social, a la vivienda o cualesquiera otro de esos derechos sociales específicos –derechos de minusválidos, de personas de la tercera edad– que algunas constituciones incluyen en su articulado<sup>57</sup>.

El principio de supremacía constitucional exige, naturalmente, que la legislación que se dicte respete el marco que la Constitución le fija. De ahí que se prohíba la existencia de leyes penales retroactivas salvo que sean favorables a los infractores o se prescriba que la leyes tributarias deben repartir los tributos de modo igualitario y no imponer tributos de evidente desproporción o injustos. También la legislación de desarrollo de los derechos sociales tiene exigencias y límites impuestos por la Constitución, y es lo que ocurre en los diversos países de acuerdo con los principios que inspiran su reconocimiento constitucional.

El marco de la legislación complementaria sobre derechos sociales depende, como es obvio, de lo que la Constitución de cada país prescriba para cada derecho de prestación. Pueden variar los responsables de su satisfacción, aunque el Estado y sus instituciones tengan siempre un papel relevante; también habrá diferencias en el ámbito protegido de cada derecho y en las condiciones en que han de proporcionarse los bienes o realizarse las acciones previstas para la satisfacción del derecho<sup>58</sup>.

Resulta, de esta forma, que la legislación sobre derechos sociales no es de libre configuración por el legislador. A diferencia de lo que ocurriera en el constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial en que se estimaba que las normas constitucionales sobre la materia eran meras

---

<sup>56</sup> Es lo que hacen los gobiernos populistas. Es lo que en su momento hizo Eva Perón en Argentina.

<sup>57</sup> No basta, como es evidente, la existencia de una legislación adecuada para la satisfacción de los derechos sociales de prestación, de la cual hayan surgido propiamente obligaciones, sino que es necesarios que estas se cumplan por los obligados. En su aplicación, no puede evitarse el seguimiento de conflictos que habrán de ser resueltos por los tribunales que sean competentes según la materia.

<sup>58</sup> Así en Chile, a la fecha, está garantizada constitucionalmente la gratuidad de la enseñanza en la educación parvularia, básica y media, pero no en la educación superior; para la satisfacción del derecho a la protección de la salud como para el derecho a la seguridad social, se contempla la participación de instituciones públicas o privadas; asimismo en materia de salud, la ley debe garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, y respecto a la seguridad social, el Estado debe garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes.

directrices o principios políticos no vinculantes, el constitucionalismo contemporáneo que se fundamenta en la obligatoriedad de las disposiciones constitucionales, impone su respeto al legislador.

De ahí que las normas constitucionales sobre derechos sociales de prestación sean de obligado cumplimiento por los poderes públicos. No importa, en este punto, que los derechos sociales aparezcan enunciados como principios, cual es el caso de la Constitución francesa de 1958 al remitirse al Preámbulo de la Constitución de 1946 que se considera integrante del bloque de constitucionalidad o, también, de la Constitución española de 1978 que, incluyéndolos dentro de su articulado los considera principio rectores de la política social y económica o, bien, se les mencione como derechos, situación esta en la que se encuentran, entre otras muchas, las constituciones de Argentina, Colombia y Chile. Se está lejos del tiempo en que a las normas sobre derechos sociales se les consideraba meros principios políticos orientativos de la acción estatal, y de ahí que, en la actualidad, su infracción o desconocimiento representa una conducta contraria a la Constitución.

Corolario de lo anterior en un Estado Constitucional de Derecho es la necesidad de verificar el cumplimiento de la legislación que se dicte, máxime de la que tiene el carácter de complementaria de las normas constitucionales. Tal es la tarea de los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes, sea que exista un control de constitucionalidad concentrado o difuso, que el control sea preventivo o reparatorio, abstracto en el que se aprecie solo la conformidad de las normas legales a las constitucionales, o concreto en que se tenga presente los efectos que la aplicación de los preceptos de ley produzcan en cada caso particular.

Ejemplo destacado de control de constitucionalidad de una ley de desarrollo de derechos sociales es el que operó en Chile respecto al art. 38 ter de la Ley de Isapres, ya referido en el apartado III de este estudio. En esa ocasión, como se recordará, el Tribunal Constitucional, que ya había declarado anteriormente en cuatro oportunidades la inaplicabilidad del mencionado precepto<sup>59</sup>, declaró ahora en sentencia recaída en el rol 1.710 su inconstitucionalidad, fundándola en la infracción de dos derechos sociales: el de protección de la salud y el de la seguridad social, y en la vulneración de la garantía de igualdad ante la ley.

---

<sup>59</sup> Esas sentencias eran TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol N° 976, caso Peña Wasaff; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009), rol n.° 1.218, caso Osorio Sagredo; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009), rol n.° 1.287, caso Fernández Bitterlich y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol n.° 1.273, caso *Valenzuela Márquez*. En todas esas sentencias, el Tribunal Constitucional había estimado vulnerado el derecho a la protección de la salud; en dos de ellas, el derecho a la seguridad social, y solo en una, la igualdad ante la ley.

La utilización de estos preceptos constitucionales que reconocen y regulan derechos sociales de prestación no tiene nada de objetable en la sentencia rol 1.710 del Tribunal Constitucional. En ella, el Tribunal, al declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal que sería, a consecuencia de su sentencia, eliminada del ordenamiento jurídico, actúa, como dijera en su momento Kelsen, cual legislador negativo. Pero, el Tribunal no reemplaza el precepto legal declarado contrario a la Constitución, pues no es un legislador supletorio ni siquiera de modo provisional mientras se dicte una ley de reemplazo por los órganos colegisladores, reemplazo que, por lo demás, no ha ocurrido.

Diversa es, en cambio, la utilización directa de normas constitucionales por los tribunales cuando conocen y fallan las acciones en que se solicita una prestación destinada a satisfacer un derecho constitucional, prescindiendo, si acaso existe, de una ley, o actuando en ausencia de ella. Aquí, la Constitución es utilizada como fuente de prestaciones, o más exactamente, como fundamento jurídico de las prestaciones que ordenan los tribunales.

Es lo que ha ocurrido en países como Bolivia, que contempla de modo expreso para todo derecho, la aplicación directa por los tribunales; Argentina, que al no distinguir en la Constitución qué derechos son justiciables, ha llevado a la jurisprudencia a dar operatividad directa a las normas constitucionales sobre derechos económicos, sociales y culturales; Colombia, en el cual su Corte Constitucional, por diversas vías –tesis de la conexidad, de la transmutación o de la adquisición del carácter fundamental de un derecho económico, social o cultural– les ha dado protección a través de la acción de tutela que el texto constitucional les negaba, y también se puede ahora, añadir Chile, cuya Corte Suprema ha comenzado a ordenar prestaciones no contempladas en la legislación de desarrollo de los derechos sociales.

Concurre una doble razón para afirmar el respeto del principio de legalidad en materia de derechos sociales. Por una parte, una razón de seguridad jurídica, que se consigue si la existencia, cuantía y modalidades de las obligaciones de dar o de hacer que tienen en la ley su fuente, pueden ser conocidas con certeza por los órganos estatales o instituciones privadas llamadas a cumplirlas. En cambio, si los tribunales, al margen de la ley, otorgan prestaciones, se impide a los obligados a satisfacerlas, pues ello dependerá de las decisiones que adopten los tribunales de acuerdo con los criterios más o menos discrecionales y fluctuantes que sigan.

La otra razón por la cual ha de rechazarse el activismo judicial en materia de prestaciones sociales es su incompatibilidad con un régimen político democrático. Es inherente a este que las políticas públicas sean aprobadas por los órganos que legislan y no por los tribunales a través de sus decisiones.

En términos fuertes ha expresado su rechazo al activismo judicial Manuel Marfán:

“Mi discrepancia es que ‘el-país-que-debiéramos-ser’ no se debe decidir en el Poder Judicial, sino en las instancias que la Constitución estipula: El Ejecutivo y el Legislativo. La esencia misma de la Política (así, con mayúscula) es construir el país que queremos. Y como hay visiones distintas, la Política debe estar sujeta al control democrático. Y termina su columna con una advertencia: Si la CS se sigue metiendo en política, no podrán quejarse si la política se entromete con ellos”<sup>60</sup>.

No parece, sin embargo, que el activismo judicial en materia de derechos sociales vaya a desaparecer. No se está frente a uno que otro fallo aislado, sino ante una serie de sentencias que reiteran una misma posición que lleva a los tribunales a aplicar directamente la Constitución<sup>61</sup>. Es una tendencia jurisprudencial que cobra cada día más fuerza en Chile.

## VI. Conclusiones

La judicialización de los derechos sociales obedece a diversos factores, entre los cuales se encuentra la imperfección e insuficiencia de la legislación que regula las prestaciones asociadas a los mismos, y también el activismo judicial como ideología. Estos elementos no son examinados en este trabajo.

El otro factor, sobre el cual se centra la atención, es la fuerza normativa de la Constitución en materia de derechos sociales. Estos aparecieron en el constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial, pero es después de la Segunda Guerra Mundial que han tenido una recepción mayor, primero en Europa y después en América Latina.

A pesar de que no todos los países incluyen en su texto disposiciones sobre derechos sociales, menos aún se hallan en el texto original de la Constitución de Estados Unidos ni en las enmiendas a ella introducidas. Tampoco la Ley Fundamental de Alemania Federal de 1949, a pesar de la caracterización del Estado como social, los incluye, entregando a la ley, sea federal o de cada *Land*, la satisfacción de las exigencias del Estado social. Y algo similar se observa en la Constitución de Suiza de 1999.

<sup>60</sup> Manuel MARFÁN, “Medios y fines” (2).

<sup>61</sup> *El Mercurio*, Santiago, 13 de febrero de 2019, C-7, informa que *El Observatorio Judicial* ha analizado trece sentencias dictadas por la Corte Suprema desde 2017 hasta la fecha y que obligan a cubrir diagnósticos no contemplados en la Ley Ricarte Soto. En conjunto, en tales sentencias la Corte Suprema ordenó al Estado costear fármacos por US\$ 9 000 000.

Existen, desde luego, países que enuncian, bien en el Preámbulo de la Constitución, caso de Francia, o en su articulado, como España, derechos sociales. Estos, si bien tienen fuerza normativa como principios constitucionales vinculantes y no como meros principios políticos, cumplen solo la función de parámetros de constitucionalidad para apreciar la conformidad de las leyes a la constitución, pero no pueden ser aplicados directamente por los tribunales, lo que ha sido respetado por estos.

Diversa, en cambio, ha sido la evolución de la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional de Colombia. En este país, la Constitución de 1991 no incluye a los derechos económicos, sociales y culturales entre los que son de aplicación inmediata y protegidos por la acción de tutela, que se reserva a los derechos fundamentales. No obstante, esta exclusión, la Corte, por diversas vías –tesis de la conexidad, de la transmutación y de su caracterización como derechos fundamentales– ha otorgado a los derechos sociales la misma protección.

La judicialización de los derechos sociales se fortalece en países como Argentina, después de la reforma de 1994, momento a partir del cual pasaron a ser de inmediato operativos, y de Bolivia, cuya Constitución de 2009 contiene un amplísimo listado de derechos sociales, todos los cuales son de plano aplicables. Una situación similar es la que presenta el proyecto Bachelet de nueva Constitución para Chile, propuesta esta que ha recibido escasa atención.

A la fecha, sin embargo, y a pesar de que en Chile los derechos sociales de prestación no pueden ser fundamento de una acción de protección, la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema invocando la supremacía normativa de la Constitución que reconoce el derecho a la vida, ha ordenado financiar prestaciones no cubiertas por la Ley Ricarte Soto que financia tratamientos médicos de alto costo. Esta doctrina ha sido, no obstante, fuertemente cuestionada, por considerar que ha entrado a formular una política pública que es de competencia del legislador.

### *Bibliografía*

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004.
- AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Librotecnia, 2012.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2013.
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

- BÜHLER, Ottmar, "Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático de sus preceptos", en Constantino MORTATI, Walter JELLINEK y Ottmar BÜHLER, *La Constitución de Weimar. La Constitución de 11 de agosto de 1919*, Madrid, Tecnos, 2010.
- COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá del estado*, Madrid, Trotta, 2018.
- GARCÍA, José Francisco y Sergio VERDUGO, *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Madrid, Ediciones LYD, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J., Asunción DE LA IGLESIA y Fernando SIMÓN YARZA, "La situación en España", en *VIII Jornada del Aula de Derecho Parlamentario. Seminario internacional sobre Derechos sociales: aplicación y eficacia. Una perspectiva comparada España-Latinoamérica*, Pamplona, Universidad de Navarra-Parlamento de Navarra, 2011.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002.
- GUARNIERI, Carlo y Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999.
- GUILLAUME, Marc, "Los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia del Consejo Constitucional", en Juan Carlos HENAO (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. Corte Constitucional de Colombia. Universidad del Externado. Bogotá 2013, p. 161-173.
- HESSE, Conrado, "Significado de los derechos fundamentales", en Ernesto BENDA, Werner MAIHOFFER, Juan VOGEL, Conrado HESSE y Wolfgang HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996.
- HOTTELLIER, Michel, "La Constitution fédérale suisse et les droits sociaux", en *Cahiers genevois et romandes de sécurité sociale*, n.º 27, Gêneve, 2001.
- MARFÁN, Manuel, "Medios y fines" (2), en *La Tercera*, Santiago, 1 de marzo de 2019.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, "Acerca de las diferencias entre los derechos y libertades clásicos y los derechos sociales", en *Revista de Derecho*, n.º 4, Coquimbo, 1997.
- MORTATI, Constantino, Walter JELLINEK y Ottmar BÜHLER, *La Constitución de Weimar. La Constitución de 11 de agosto de 1919*, Madrid, Tecnos, 2010.
- MURILLO DE LA CUEVA, Lucas, "El amparo judicial de los derechos fundamentales", en Gerardo RICO RUIZ (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la constitución*, Valencia, Universidad de Jaén-Consejo General del Poder Judicial-Tirant lo Blanch, 1997.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Librotecnia, 2010.

- PINILLA PINILLA, Nilson, “La revolución en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en Juan Carlos ENAO (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad de Externado, 2013.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- SANCHEZ FERRIZ, Remedio y María Vicenta GARCÍA SORIANO, *Sistema político y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- SANTIAGO, Alfonso y Martín OYHANARTE, “La situación en Argentina”, en *VIII Jornada del Aula de Derecho Parlamentario. Seminario internacional sobre Derechos sociales: aplicación y eficacia. Una perspectiva comparada España-Latinoamérica*, Pamplona, Universidad de Navarra-Parlamento de Navarra, 2011.
- SIMÓN YARZA, Fernando, “Individual Rights”, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford Constitutional Law, 2017.
- VALDÉS, Blanco, “La democracia en Europa: (Acerca de los principios fundamentales del constitucionalismo europeo)”, en *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, n.º 14, Santiago de Compostela, 2016.
- VALDÉS, Blanco, *El valor de la Constitución. Separación de los poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.
- ZAFRA VALVERDE, José, *El derecho como fuerza social*, 2ª ed., Pamplona, Eunsa, 2001.

#### NORMAS CITADAS

- Constitución de la Nación Argentina.
- Constitución Política de Colombia.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.
- Ley Fundamental Alemana, 1949.
- Constitución de Francia, 1946.
- Constitución de Weimar, 1919.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2007), T-016-7.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008), T-585-08.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1993), T-116-93.
- CORTE SUPREMA (2018), rol n.º 17.043-2018, 6 de noviembre de 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol n.º 127, 20 de abril de 2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol n.º 1.710, 6 de agosto de 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009), rol n.º 1.218, 7 de julio de 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009), rol n.º 1.287, 8 de septiembre de 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol n.º 976, 26 de junio de 2008.

#### OTRAS FUENTES

“Controversial fallo de la Corte Suprema”, en *La Tercera*, Santiago, 17 de noviembre de 2018.

“Corte Suprema y derecho a la vida”, en *La Tercera*, Santiago, 13 de noviembre, 2018, pp. 4-6

*El Mercurio Legal*, n.º 20, Santiago, diciembre de 2018, p. 20.

“Judicialización de la salud”, en *El Mercurio*, Santiago, 9 de noviembre de 2018.

“La Corte Suprema y la Justicia del Cadi”, en *El Mercurio*, Santiago, 9 de noviembre de 2018, p. C4.

“Un fallo insostenible en el tiempo”, en *La Tercera*, Santiago, 11 de noviembre de 2018, p. 6.



## EL DERECHO DE PROPIEDAD: DEBATES EN CHILE A PROPÓSITO DE LA EXPERIENCIA ALEMANA

### PROPERTY RIGHTS: DEBATES IN CHILE REGARDING THE GERMAN EXPERIENCE

*Sebastián Soto Velasco\**

*Ana María Muñoz Massouh\*\**

#### *Resumen*

Se examinan críticamente dos iniciativas de reforma constitucional que se han planteado hace poco y que proponen incorporar a nuestra Constitución una cláusula que, siguiendo la Ley Fundamental alemana, disponga que la propiedad debe servir al bien común. Se analizan los aspectos básicos de la regulación de la propiedad en el constitucionalismo alemán y el alcance de la función social en el constitucionalismo chileno. Ambas perspectivas permiten concluir que la actual consagración de la función social como una fuente legitimadora de limitaciones al derecho de propiedad comparte similar trasfondo con la norma contenida en la Ley Fundamental alemana. Así, un cambio como el propuesto no aporta elementos nuevos a la regulación del derecho de propiedad y, por el contrario, abre preguntas que podrían debilitarlo.

PALABRAS CLAVE: derecho constitucional; derecho de propiedad; Ley Fundamental alemana; función social de la propiedad.

#### *Abstract*

This paper critically examines two recently constitutional amendment bills. Both bills include in the Constitution, following the German Fundamental Law, a provision stating that property must serve the common

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 5 de marzo de 2019 y aceptado para publicación el 3 de septiembre de 2019. Correo electrónico: jssoto@uc.cl.

\*\* Máster en Derecho Público por la Universidad de Chile y por la Humboldt Universität zu Berlin. Correo electrónico: ammunozm@uc.cl

Los autores agradecen a los ayudantes de investigación Nicolás Donoso y Sebastián Salazar.

good. This research studies the foundations of regulation of property in German constitutionalism and the social function provision in Chilean constitutionalism. Both perspectives give us room to conclude that current regulation of the social function, which allow limitations to property rights, is not different to the “common good” provision in the Fundamental Law of Germany. Then, such amendment does not contribute to the Chilean regulation of property right and, on the contrary, it could weak the protection of property.

KEY WORDS: constitutional law; property rights; German Fundamental Law; social function of the property.

## 1. Introducción

En las primeras líneas del prólogo de un reciente libro que recoge diversos trabajos sobre el derecho de propiedad, se anuncia que las siguientes páginas se referirán a “uno de los principales desacuerdos del derecho público nacional”<sup>1</sup>. Y es cierto. El derecho de propiedad se ha transformado ya hace mucho tiempo en un punto de quiebre de la doctrina nacional. Ello se aprecia tanto en la fluctuante jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en la materia, como en la propia doctrina que aborda el tema. Es cierto que las distancias se han ido matizando y hoy están lejos de la intensidad que tenían hace algunas décadas. Pero, aun así, siguen siendo frecuentes los debates en torno a la propiedad y los límites que de manera legítima puede la ley imponerle al titular.

También las páginas que siguen son reflejo de esta tensión. A propósito del debate constitucional de los últimos años se ha insistido en introducir reformas al derecho de propiedad. No por nada la expresidenta Michelle Bachelet sostuvo, respecto a la propiedad, que:

“la diferencia es si tiene un rol más relevante que otros derechos de las personas, o si también otros derechos de las personas son importantes”<sup>2</sup>.

Y esto que parece una simplificación, fue complementado luego por el entonces ministro Nicolás Eyzaguirre cuando afirmó que “muchas veces ciertos derechos sociales se ven objetados, por ejemplo, por el derecho a propiedad”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Luis CORDERO, “Prólogo”, p. v. Otro autor, ya no desde el derecho, sino que, más bien, desde la reflexión política, ha calificado la regulación constitucional de la propiedad como uno de los “nudos ideológicos” de la Constitución. Jorge INSUNZA, *Nudos ideológicos de la Constitución*, *passim*.

<sup>2</sup> TELE13 RADIO, edición del 21 de octubre de 2015

<sup>3</sup> “Reportajes”, en *La Tercera*, Santiago, 25 de octubre de 2015.

Esta visión se expresó luego en el debate constitucional, que llevó adelante el gobierno de la expresidenta Michelle Bachelet<sup>4</sup> y, más específicamente, en dos proyectos de reforma constitucional que son analizados en lo pertinente en estas páginas. Como se verá a continuación, un grupo de diputados y el propio gobierno presentaron sendos proyectos que propusieron modificaciones al derecho de propiedad. En ellas, se repetía una fórmula tomada de la Ley Fundamental alemana en virtud de la cual se afirma que la propiedad debe servir al bien común. Es en torno a esta frase que gira el presente documento; en particular, se hará una reflexión crítica a su inclusión en nuestra Constitución tanto desde la perspectiva del constitucionalismo alemán como del nacional.

Para lo anterior, el siguiente capítulo se detiene en dos proyectos de reforma constitucional que proponen la incorporación de una norma en el sentido señalado. El capítulo tres analiza desde la perspectiva alemana el contenido y la interpretación de tal cláusula en el constitucionalismo alemán. Luego, el capítulo cuatro, hace lo propio con una cláusula de similares efectos en nuestro constitucionalismo: aquella que consagra la función social de la propiedad. Por último, sobre ambos planteamientos, el capítulo cinco hace un análisis crítico de la cláusula propuesta.

## 2. Cambios en la consagración del derecho de propiedad

Dos proyectos de ley ingresados al Congreso Nacional en los últimos años sirven de base a esta sección. El primero es el suscrito por el diputado Marcelo Schilling y por los exdiputados Osvaldo Andrade y Guillermo Ceroni; los dos primeros socialistas, el tercero del PPD. El proyecto fue ingresado el año 2017 y constituyó un esfuerzo valioso por poner en el papel el contenido de lo que podría ser una nueva Constitución desde la izquierda en tiempos en que el debate estaba centrado en el mecanismo para el cambio<sup>5</sup>.

El segundo proyecto es el que envió la presidenta Michelle Bachelet a pocos días de finalizar su mandato presidencial<sup>6</sup>. En su momento, las

---

<sup>4</sup> Pablo Ruiz-Tagle desglosa las discusiones constitucionales en los Encuentros Locales Autoconvocados sobre el derecho de propiedad. En Pablo RUIZ-TAGLE, "La propiedad en Chile y sus dilemas", pp. 201-2014.

<sup>5</sup> "Proyecto de reforma constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental", en CONGRESO NACIONAL, *Boletín* n°10193-07,

<sup>6</sup> "Proyecto de reforma constitucional para modificar la Constitución Política de la República", en CONGRESO NACIONAL, *Boletín* n.° 11617.07.

críticas se enfocaron principalmente en su envío a última hora; en cambio, menos conocido es el contenido de algunas de sus cláusulas vinculadas con derechos. Entre los aspectos positivos, cabe destacar una mejor regulación de la cláusula de debido proceso (n.º 6); el reconocimiento expreso de la objeción de conciencia (n.º 9) y la mantención de la colegiatura voluntaria (n.º 23). Pero hay diversos aspectos negativos en el reconocimiento de los derechos. Entre otros, que han sido destacados ya en la opinión pública: la probable judicialización de derechos; la eliminación de disposiciones incómodas al gobierno de la ex Presidenta; la subvaloración de la libertad de enseñanza; la subordinación de la libertad de culto a la ley; la utilización de cláusulas abiertas en la definición de ciertos derechos sociales<sup>7</sup>; y así otras críticas<sup>8</sup>.

Con todo, lo más relevante para esta investigación es la regulación constitucional del derecho de propiedad que proponen ambos textos.

### 2.1. TEXTO

OSVALDO ANDRADE, GUILLERMO CERONI Y MARCELO SCHILLING

El texto de los diputados tiene diversas modificaciones a la norma actual. Las más relevantes son las siguientes:

- i) Elimina el actual artículo 19 n.º 23, es decir, el reconocimiento del derecho a la propiedad, esto es, del derecho para adquirir el dominio de toda clase de bienes.
- ii) Reconoce el derecho de propiedad, pero acto seguido delega a la ley la determinación del “contenido y límites” de tal derecho.
- iii) Respecto a la función social de la propiedad, a diferencia del texto actual, no especifica lo que esta comprende y solo se limita a agregar, citando como referencia la Constitución peruana, que “la función social debe servir al mismo tiempo al bien común”.
- iv) Reduce las normas constitucionales que regulan la expropiación eliminando la obligación de pago al contado en caso de desacuerdo en la indemnización y la exigencia de pago previo a la toma de posesión material del bien.
- v) Establece un nuevo régimen de propiedad minera señalando que “la nación” tiene la propiedad sobre los recursos naturales

<sup>7</sup> Entre otras, en el derecho a la seguridad social, garantiza el acceso de todas las personas a las “prestaciones necesarias para llevar una vida digna”; reconoce el “derecho a vivir en una vivienda dotada de las condiciones materiales y del acceso a los servicios básicos, según se establezca en la ley”; entrega al Estado la especial protección del derecho a la educación “disponiendo de los establecimientos educacionales necesarios”.

<sup>8</sup> “Proyecto de Reforma Constitucional bajo el escrutinio de siete abogados expertos”, en *El Mercurio*, Santiago, miércoles 7 de marzo de 2018.

no renovables y, en general, sobre “los productos del subsuelo” y sobre “la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro electromagnético”.

- vi) Establece que las aguas “son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la Nación”.
- vii) No hace referencia alguna al reconocimiento a la propiedad intelectual e industrial que hoy se encuentra contenida en el artículo 19 n.º 25.

## 2.2. *TEXTO PROYECTO MICHELLE BACHELET*

El texto enviado por la expresidenta Michelle Bachelet contiene menos modificaciones que el proyecto de los diputados, como se puede ver a continuación:

- i) Mantiene, con cambios menores, la regulación contenida actualmente en el artículo 19 n.º 23 que reconoce la libertad para adquirir la propiedad.
- ii) Mantiene sin modificaciones el enunciado del artículo 19 n.º 24, esto es, “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.
- iii) Incorpora, en el contexto de la función social, una cláusula que dice que “la propiedad debe servir al bien común”.
- iv) No modifica la reglamentación de la expropiación, salvo para eliminar la obligación de pago al contado en caso de desacuerdo en la indemnización.
- v) Mantiene en los mismos términos actuales la regulación de la propiedad minera.
- vi) Dispone que las aguas son bienes nacionales de uso público y delega a la ley, expresamente, el procedimiento de constitución y extinción de derechos y concesiones sobre las aguas.
- vii) Mantiene en los mismos términos actuales la regulación de la propiedad industrial e intelectual.

## 2.3. *COMENTARIOS GENERALES*

### *A LAS MODIFICACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD*

Como puede apreciarse, son diversas las modificaciones que ambos proyectos proponen en la regulación constitucional del derecho de propiedad. A continuación, nos centraremos en una de ellas, que se repite en ambas iniciativas: la propuesta para incorporar a la Constitución la obligación de que la propiedad sirva al bien común.

Si bien las otras reformas no se abordarán, ello no quiere decir que carezcan de importancia. Es evidente que la propuesta de los diputados, de delegar en la ley el contenido y las limitaciones del derecho de propiedad, vacía de contenido constitucional el derecho, transformando a la ley en la fuente sustantiva del mismo. Esta fórmula, que tiene sentido, a nuestro juicio, al momento de regular la faceta positiva de los derechos, carece de fuerza en derechos concebidos como negativos o de abstención, pues en ellos es la Constitución la que, a su modo, debe fijar la frontera de la protección.

También vale la pena discutir la amplitud de la regulación constitucional de la propiedad minera y la expropiación. La densidad que presenta el texto tiene su origen en circunstancias históricas muy precisas. Y, aunque en derecho constitucional nunca deben desatenderse las circunstancias históricas sobre las que se fundan los cambios constitucionales, pareciera razonable dejar que la ley sea la que asuma ciertas regulaciones en estas materias, dejando en la Constitución únicamente los aspectos sustanciales. O, dicho de otra forma, la Constitución debiera contener aquellas materias esenciales para garantizar un régimen de propiedad minera que garantice los derechos de propiedad y un régimen de expropiación que evite abusos como los que originaron la reglamentación.

Así como estas, otras modificaciones deben ser objeto de análisis. Pero en esta ocasión solo se abordará la mencionada más atrás, esto es, la incorporación de una cláusula en el reconocimiento del derecho de propiedad que lo vincula con el bien común.

### *3. El derecho de propiedad y el bien común. El caso alemán*

Los dos proyectos que se han analizado incorporan una mención expresa al bien común.

El proyecto de Michelle Bachelet afirma que la propiedad debe servir al bien común y luego continúa con la fórmula actual, es decir, autorizando limitaciones que se funden en la función social<sup>9</sup>. La propuesta de los diputados es algo más confusa porque afirma que es la función social de la propiedad la que debe servir al bien común. Al hacerlo, el proyecto cita

---

<sup>9</sup> El texto propuesto es el siguiente: “La propiedad debe servir al bien común, pudiendo la ley establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, cuanto así lo exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio y sustentabilidad ambiental”.

como referencia el artículo 70 de la Constitución del Perú. Sin embargo, tal artículo no hace referencia expresa a la función social, sino que solo dice: “Se ejerce [la propiedad] en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”. Esta nota nos permite interpretar que también la propuesta de los diputados, como la de la ex Presidenta, intenta vincular el ejercicio del derecho de propiedad con el bien común. Sobre ese supuesto es que desarrollamos las ideas que siguen a continuación.

La inspiración de ambos proyectos, en este punto, se encuentra en el constitucionalismo alemán. Así lo dice expresamente el mensaje que acompaña el proyecto de los diputados y también otros antecedentes que sirvieron de base al proyecto de la Presidenta<sup>10</sup>. Por esta razón, a continuación, se analizará la norma constitucional contenida en la Ley Fundamental alemana para dilucidar el alcance de una disposición como la que se examina.

### 3.1. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA LEY FUNDAMENTAL ALEMANA

La Ley Fundamental alemana garantiza en su artículo 14 lo siguiente:

- 1) La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes.
- 2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.
- 3) La expropiación está permitida solo por razones de bien común. Podrá ser efectuada solo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios<sup>11</sup>.

Comencemos señalando que la Ley Fundamental alemana le otorga al legislador, en su artículo 14 párrafo 1, segunda frase, la facultad de configurar la garantía y establecer límites a su ejercicio. Sin embargo, la doctrina es clara al señalar que el ámbito de protección de esta garantía no se encuentra a libre disposición del legislador, sino que este deberá respetar las características esenciales de la misma y su condición de garantía

<sup>10</sup> En el caso del proyecto de los diputados, páginas 9 y 10. En el caso del enviado por la ex Presidenta véase FRANCISCO ZÚNIGA, *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, p. 159.

<sup>11</sup> Karl-Peter SOMMERMANN, Ricardo GARCÍA MACHO, *Traducción de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, p. 26.

institucional (*Institutgarantie*)<sup>12</sup>. En este sentido, la propiedad no se trata solo de un derecho subjetivo del individuo, la cual lo faculta para excluir a terceros no autorizados de usar y disponer del bien del cual es titular, sino que debe necesariamente entenderse como una institución esencial en la sociedad moderna<sup>13</sup>.

Dicho de otro modo, la garantía fundamental de la propiedad se manifiesta como un derecho de defensa frente a intervenciones estatales –derecho subjetivo (*Abwehrrecht*)–, lo que es reforzado por el entendimiento que el derecho de propiedad se concibe, a su vez, como un régimen jurídico –derecho objetivo–. Ello significa que la Ley Fundamental alemana obliga al legislador a determinar un marco jurídico que asegure la posición jurídica del titular de un derecho de propiedad y le conceda garantías para poder ejercer, en efecto, el derecho, dentro de dicho marco<sup>14</sup>. En aquella función, deberá observar, además, el mandato contenido en el artículo 19 párrafo 2 de la Ley Fundamental sobre el contenido esencial de los derechos, según el cual “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. Dicha garantía se encuentra en estrecha vinculación con la dimensión objetiva del derecho de propiedad.

Las características esenciales que deberán ser atendidas por el legislador en su labor de configurar la garantía y establecer sus límites tienen relación con los siguientes tres elementos:

- i) la utilidad privada (*Privatnützigkeit*), esto es, la propiedad sirve primero al propietario, y en dicha condición está autorizado a usar y gozar de ella;
- ii) la facultad de disposición (*Verfügungsbefugnis*) y
- iii) la garantía de sucesión legal<sup>15</sup>.

En conformidad a la doctrina alemana, estos elementos constituyen exigencias emanadas directamente de la garantía contenida en el artículo 14 párrafo 1, primera frase, impuestas al legislador en su labor de definición de los límites y contenido del derecho y, al mismo tiempo, caracterizan o identifican situaciones de titularidad (“*Eigentumspositionen*”) en un sentido constitucional<sup>16</sup>.

Ahora bien, en lo que se refiere al objeto de nuestro análisis, el legislador deberá, también, atender en dicha configuración a la obligación

<sup>12</sup> Christoph GRÖPL, Kay WINDTHORST & Christian VON COELLN, *Studienkommentar Grundgesetz*, p. 251.

<sup>13</sup> Rosemarie WILL, *Eigentumstransformation unter dem Grundgesetz*, p. 8.

<sup>14</sup> Lothar MICHAEL & Martin MORLOK, *Grundrechte*, p. 204.

<sup>15</sup> GRÖPL, WINDTHORST & VON COELLN, *op. cit.*, p. 251.

<sup>16</sup> Gabriel GLOS, *Der Schutz obligatorischer Rechte durch die Eigentumsgarantie. Ein Beitrag zur Geschichte und dogmatischer Struktur des Eigentumsgrundrecht*, p. 97.

dispuesta en el artículo 14 párrafo 2, esto es, la vinculación o función social de la propiedad, la cual constituye una limitación de la garantía<sup>17</sup>. Ello significa que el legislador deberá efectuar una justa ponderación entre los derechos del individuo, por una parte, y las exigencias o necesidades de la comunidad, por la otra. Dicho mandato de ponderación requiere diferenciar –en el contexto del derecho de propiedad como garantía constitucional– entre la libertad personal del titular del derecho y su relación social o contenido social<sup>18</sup>.

A este respecto, la doctrina alemana ha señalado que la estipulación contenida en el párrafo 2 del artículo 14 de la Ley Fundamental, comprende una expectativa constitucional (*Grundrechtserwartung*) de un uso social de la propiedad. Se trata, entonces, de una pretensión general, un llamado ético<sup>19</sup>. Al mismo tiempo, el mencionado numeral contiene una cláusula de subsidiariedad asociada al derecho constitucional de propiedad, esto es, en primera línea le incumbe al propietario, a través del aprovechamiento de su propiedad, resguardar los intereses de la comunidad. Ahora bien, aunque el titular del derecho fundamental es por sí mismo, el destinatario de la pretensión constitucional, el artículo 14 párrafo 2 solo realiza un llamado moral o ético, pero no da lugar, en caso alguno, a un vínculo jurídico inmediato u obligatorio. Sin concreción mediante una ley, dicha disposición no es capaz de obligar al propietario a otorgar un uso social a su propiedad, puesto que el contenido del mandato quedaría indeterminado y se vulneraría, por ende, el principio de determinación de las leyes. La norma no contiene, por tanto, ninguna instrucción concreta respecto del comportamiento del propietario y es por ello que, cuando se trate de conocer el contenido y límite de la garantía de la propiedad, el propietario deberá observar el ordenamiento jurídico ordinario, pero no la Ley Fundamental, de cuya estructura se derivan libertad y derechos, pero, en general, no obligaciones<sup>20</sup>. De este modo, tampoco los tribunales tienen un mandato para efectuar o implementar en la práctica la vinculación social de la propiedad<sup>21</sup>.

Por otra parte, el bien común, en el sentido del artículo 14 párrafo 2, constituye el límite absoluto para cualquier restricción de las facultades del propietario, en este sentido, la propiedad es inviolable, salvo por lo dispuesto en dicho numeral. De este modo, cualquier restricción que no

<sup>17</sup> GRÖPL, WINDTHORST & VON COELLN, *op. cit.*, p. 251.

<sup>18</sup> WILL, *op. cit.*, p. 20.

<sup>19</sup> Hermann VON MANGOLDT, Friedrich KLEIN, Christian STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, p. 1393.

<sup>20</sup> VON MANGOLDT, KLEIN & STARCK, *op. cit.*, p. 1393.

<sup>21</sup> Joachim WIELAND, “Art. 14 Rdnr. 91”.

se funde en el cumplimiento de esta función social, no se encuentra justificada<sup>22</sup>. Además, aparte de constituir un límite absoluto, el denominado vínculo social asociado a la garantía de la propiedad presenta también un carácter de exclusividad ante las posibilidades de justificación del legislador. La propiedad privada, por tanto, solo puede ser afectada en virtud de la disposición contenida en el artículo 14 párrafo 2 o, bien, mediante la estricta regulación relativa a la expropiación, contenida en el artículo 14 párrafo 3<sup>23</sup>.

En ese sentido, el aprovechamiento de la propiedad sería, en un sentido primario, legítimamente “egoísta”, y la vinculación social entra en este esquema, mediante la utilización de la expresión “al mismo tiempo”, de modo secundario<sup>24</sup>.

### 3.2. “LA PROPIEDAD OBLIGA”,

#### EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

Como se dijo, del artículo 14 párrafo 2 no se deriva una obligación específica para el propietario, sino que más bien contiene una directiva vinculante dirigida al legislador, la que debe interpretarse y aplicarse, como una ley ordinaria<sup>25</sup>. A este respecto, el Tribunal Constitucional alemán (*das Bundesverfassungsgericht*), en adelante, también el “Tribunal”, se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre la garantía constitucional relativa al derecho de propiedad, tanto en lo que respecta al contenido y límites establecidos por el legislador en su labor de reglamentación legal de la garantía de propiedad como a la función social de la misma y a la institución de la expropiación.

Para el Tribunal, la propiedad constitucionalmente garantizada se caracteriza por la utilidad privada y la facultad de disposición sobre el objeto de la propiedad<sup>26</sup>. En dicho contexto, la garantía de la propiedad es fundamento de la iniciativa privada y le es útil al propietario para responder respecto de sus intereses privados<sup>27</sup>. Con todo, el Tribunal rechaza la afirmación que concede absoluta prioridad a los intereses individuales

<sup>22</sup> En ese sentido, Ansgar GROCHTMANN, *Art. 14 GG-Rechtsfragen der Eigentumsdogmatik*, p. 12.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 13.

<sup>24</sup> VON MANGOLDT, KLEIN & STARCK, *op. cit.*, p. 1393.

<sup>25</sup> Richard BÄUMLIM und Axel AZZOLA, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, p. 1111. En el mismo sentido, Ansgar Grochtmann, al señalar que el párrafo segundo del artículo 14 no produce efectos inmediatos, sino que se dirige al legislador como una directriz vinculante.

<sup>26</sup> Sentencia del BVerfGE 102, 1, del 16 de febrero de 2000.

<sup>27</sup> En ese sentido, sentencia del BVerfGE 100, 226, del 2 de marzo de 1999.

por sobre los intereses de la comunidad<sup>28</sup> y, de esta forma, el legislador no solo deberá cuidar de no restringir la libertad del individuo en forma desproporcionada, sino que, también, deberá tener presente no desatender sobremanera la función social que la propiedad cumple.

Finalmente, tanto en la configuración del contenido del derecho de propiedad como en la determinación de las limitaciones del mismo, el legislador deberá tener presente el principio de compensación. Así, en la ponderación que este efectúe entre la utilidad privada (art. 14 párrafo 1, primera frase) y la función social de la propiedad (art. 14 párrafo 2), deberá tener presente la relación personal o social del objeto de la propiedad<sup>29</sup>. En este sentido, está obligado a lograr un justo equilibrio y una relación ponderada y armoniosa entre los intereses de las partes, encontrándose en especial compelido a respetar el principio constitucional de proporcionalidad y de igualdad, contenido en el artículo 3 párrafo 1 de la Ley Fundamental<sup>30</sup>.

Ahora bien, en lo relacionado con la vinculación social de la propiedad, en conformidad a lo establecido en el artículo 14 párrafo 2 de la Ley Fundamental alemana, el Tribunal Constitucional alemán ha indicado que la norma allí contenida constituye para el legislador una pauta vinculante<sup>31</sup>. El legislador deberá entonces, en la concreción del mandato que le hace el artículo 14 párrafo 1 segunda frase, observar tanto el reconocimiento de la propiedad privada y sus facultades, en conformidad a la primera parte de dicho párrafo, como también el mandato social del artículo 14 párrafo 2<sup>32</sup>.

En este sentido, para el Tribunal, tanto la garantía contenida en la primera frase del párrafo 1 del artículo 14, como el mandato de reglamentación legal contenido en el artículo 14 párrafo 1 segunda frase y la vinculación social establecida en el artículo 14 párrafo 2, dan forma a una relación indisoluble. A este respecto, el Tribunal Constitucional alemán ha establecido la siguiente diferenciación<sup>33</sup>:

- a) En primer término, en cuanto se trata de la propiedad como elemento de seguridad de la libertad personal del individuo, esta disfruta de una especial protección<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Sentencia del BVerfGE 102,1, del 16 de febrero de 2000. En el mismo sentido, sentencia del BVerfGE 21, 73, del 12 de enero de 1997.

<sup>29</sup> Christian BUMKE, Andreas VOSSKUHL, *Casebook Verfassungsrecht*, p. 312.

<sup>30</sup> Sentencia del BVerfGE 102,1 del 16 de febrero de 2000.

<sup>31</sup> Sentencia del BVerfGE 25, 112 del 15 de enero de 1969. En el mismo sentido, sentencia del BVerfGE 21, 73 del 12 de enero de 1997.

<sup>32</sup> Sentencia del BVerfGE 37, 132, del 23 de abril de 1974.

<sup>33</sup> Sentencia del BVerfGE 50, 290 del 1 de marzo de 1979.

<sup>34</sup> En el mismo sentido, sentencia del BVerfGE 14, 288 del 11 de octubre de 1962; sentencia del BVerfGE 42, 64 de 24 de marzo de 1976.

- b) Sin embargo, cuanto más fuerte sea la vinculación social, mayor será el ámbito de actuación del legislador en su labor de configuración del contenido y límites del derecho<sup>35</sup>. A este respecto, hay que tener presente que, conforme con el planteamiento del artículo 14 párrafo 2 de la Ley Fundamental alemana, el uso y disposición del objeto de la propiedad no se queda tan solo en la esfera del propietario en particular, sino que, también, tiene relación con las necesidades de los otros integrantes de la comunidad, las que también dependen de la utilización de dicho objeto.
- c) Por último, el legislador deberá tener en cuenta las peculiaridades o características del bien o derecho respecto del cual un individuo es propietario. En dicha consideración, podrá o no justificarse una intervención en el ámbito de la protección.

Ahora bien, aun cuando la Ley Fundamental alemana establece un especial vínculo u ordenación social de la propiedad, el Tribunal también ha expresado de manera reiterada que la garantía de la propiedad goza de una especial protección en el ámbito constitucional, toda vez que esta asegura la libertad personal del particular en el ámbito patrimonial<sup>36</sup>. Sobre el particular y, en relación con el principio de compensación que ya se mencionó, el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional, en el año 1999, una norma contenida en la ley de monumentos del estado federado de Renania Palatinado (*Rheinland-Pfalz*)<sup>37</sup>, en virtud de la cual no podía suprimirse o modificarse un bien inmueble declarado monumento cultural, sino cuando mediaran razones de interés público. El Tribunal dispuso a este respecto que, tratándose de estos bienes, el propietario debe aceptar, en principio, que se le prohíba un uso rentable de la propiedad. Sin embargo, ocurre algo distinto cuando el monumento protegido deja de tener una posibilidad práctica de uso (privado), en este caso, se restringe toda posibilidad de utilidad privada. Si el propietario acepta el deber legal de conservación, entonces el derecho será una carga que este tendrá que llevar con fundamento en el interés general, sin poder gozar de las ventajas de un uso privado. La inconstitucionalidad del artículo en cuestión se debe a que la norma no excluye la posibilidad de gravar en forma desproporcionada al propietario, y no contempla ningún tipo de disposición que evite esta clase de intervenciones en la propiedad. Si en

---

<sup>35</sup> GRÖPL, WINDTHORST & VON COELLEN, *op. cit.*, p. 258. En el mismo sentido, BVerfG 70, 191; 101, 54.

<sup>36</sup> Jürgen SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwaben*, p. 434.

<sup>37</sup> Sentencia del BVerfGE 100, 226 del 2 de marzo de 1999.

opinión del legislador, el bienestar común requiere de la conservación de un monumento cultural protegido, esto se puede alcanzar solo por la vía de la expropiación<sup>38</sup>.

### 3.3. CONCLUSIÓN

La circunstancia que la propiedad obligue y que su uso sirva al mismo tiempo al bien común, constituye el reconocimiento que la Ley Fundamental alemana hace al vínculo que existe entre el uso de la propiedad (privada) como individuo particular y la ordenación social de la misma. Así también, la aplicación de este mandato constituye el límite absoluto relativo a las restricciones (limitaciones u obligaciones) que pueden establecerse por el legislador, respecto del ejercicio del derecho por su titular.

De lo anterior y según lo expuesto en los párrafos precedentes, la referencia al bien común en el derecho constitucional alemán pareciera calzar con lo que en nuestra Constitución se reconoce como función social de la propiedad, como veremos a continuación.

## 4. *El derecho de propiedad y el bien común. El caso chileno*

La regulación del derecho de propiedad en el constitucionalismo chileno también ha recorrido un camino que lo vincula con el bien común. La Constitución de 1925, junto con reconocer el derecho a la inviolabilidad de todas las propiedades, agregaba en su artículo 10, n.º 10, inciso tercero que

“el ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

La norma nace de la pluma del presidente Arturo Alessandri y su antiguo contendor Luis Barros Borgoño. Como da cuenta Raúl Bertelsen, en la novena sesión de la Subcomisión de Reformas Constitucionales se encargó a ambos comisionados la redacción de un precepto único que recogiera las diversas indicaciones discutidas. A la sesión siguiente, Arturo Alessandri presentó la propuesta conjunta que recibió la adhesión de los comisionados y ninguna modificación sustancial.

---

<sup>38</sup> SCHWABE, *op. cit.*, p. 435.

Previo al acuerdo, se debatieron diversos temas. En lo que aquí interesa, ya en ese momento se planteó la necesidad de reconocer la propiedad como una función social. Así lo hizo el comisionado Hidalgo quien presentó una indicación que explícitamente señalaba que “la propiedad es una función social”. Sin embargo, la inmensa mayoría de la Comisión no dudó en calificar la propiedad como un derecho a pesar de reconocerle a la ley la facultad de limitar y regular el derecho<sup>39</sup>.

Años después, en enero de 1967, se publicó la Ley n.º 16615 que reemplazó el numeral que reconocía el derecho de propiedad. La nueva disposición realizó diversos cambios y, en lo que aquí interesa, incluyó un reconocimiento a la función social de la propiedad en su inciso segundo. Al respecto dispuso:

“La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”.

Varios fueron los puntos discutidos en el debate legislativo. Uno de ellos fue la incorporación de la función social de la propiedad que, para muchos parlamentarios, era un concepto demasiado ambiguo. Es de particular relevancia para esta investigación constatar que la alternativa que, según relata Juan Carlos Gómez, propuso tanto el diputado liberal Gustavo Lorca como *El Mercurio* en una de sus editoriales, fue la fórmula alemana, esto es, “la propiedad obliga. El uso de la propiedad debe contribuir al bien de la colectividad”<sup>40</sup>. Sin embargo, esta fórmula no prosperó y finalmente se aprobó la que, en lo sustancial, rige hasta hoy.

Lo narrado muestra que es el concepto de función social aquel que incorpora en el derecho de propiedad la perspectiva del bien común. La incorporación de la fórmula alemana fue discutida en la reforma del 67 por los parlamentarios, pero fue desechada prefiriendo el reconocimiento a la función social de la propiedad.

En la actualidad, la Constitución vigente consagra en su inciso segundo la cláusula que nos interesa. En ella dice:

---

<sup>39</sup> Raúl BERTELSEN, “El derecho de propiedad en la Constitución de 1925”, pp. 42-54.

<sup>40</sup> Juan Carlos GÓMEZ, *La frontera de la democracia. El derecho de propiedad en Chile. 1925-1973*, pp. 283, 292 y 295.

“Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

Varios son los efectos de esta norma. El primero de ellos es que consagra la reserva legal en la regulación del derecho. El segundo, y más relevante para este trabajo, es que incorpora la función social como concepto habilitante para establecer limitaciones y obligaciones a la propiedad. De esta forma, las limitaciones al ejercicio de la propiedad tienen cabida en nuestro marco constitucional y, al igual que en la Ley Fundamental alemana, ellas no dan lugar a indemnización en la medida en que no constituyan regulaciones expropiatorias.

Como puede apreciarse, la incorporación de la función social en la Constitución sugiere que sus efectos no son distintos a los que se obtiene de la norma alemana contenida en su Ley Fundamental. Ello lleva a que, incluir una norma como la que se propone en nuestra Constitución, reiteraría un concepto ya contemplado en nuestra práctica constitucional, además de otros defectos posibles. Sobre esto profundizaremos a continuación.

### *5. Análisis crítico de las propuestas*

Se ha observado que, el proyecto de reforma constitucional enviado por la expresidenta Michelle Bachelet y, a su modo, la moción de los diputados, incorporan la frase “la propiedad debe servir al bien común”. A continuación, argumentaremos que no hay razón suficiente para incorporar en nuestra Constitución una cláusula como la que se ha transcrito.

#### *5.1. DERECHO DE PROPIEDAD Y BIEN COMÚN*

Podría argumentarse que establecer expresamente el deber que la propiedad sirva al bien común es imprescindible para salvar una omisión de nuestro texto vigente. Pero eso no es así, pues nuestra Carta Fundamental ya reconoce la función social como un límite para autorizar limitaciones al ejercicio del derecho.

La función social no es un concepto escindido del bien común. De hecho, autores como Alan Bronfman, José Ignacio Martínez y Manuel Núñez sostienen:

“la función social viene a ser la razón o la causa eficiente que justifica la imposición gratuita de limitaciones y obligaciones al dominio con el objeto de ajustar su ejercicio al bien común”<sup>41</sup>.

Visto así, el bien común justifica las limitaciones y obligaciones que, bajo el marco conceptual que entrega la función social de la propiedad, pueden imponerse al propietario. José Luis Cea, por su parte, incorpora el bien común al definir el concepto de función social. En efecto, afirma que la función social es el resultado de la correcta aplicación de una “ecuación jurídico-social” que concilia el derecho del propietario con las necesidades y el desarrollo de la comunidad<sup>42</sup>.

En un sentido similar, Juan Carlos Ferrada señala que la “función social” se funda en una nueva concepción del derecho de propiedad que no solo se enfoca en la faceta individual del ejercicio del derecho, sino que, también, “en los intereses públicos que debe respetar y satisfacer (el propietario) por vivir en comunidad”<sup>43</sup>. Tras analizar jurisprudencia reciente tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema, el propio Juan Carlos Ferrada sostiene que diversas sentencias rescatan “la dimensión social” del derecho de propiedad

“que se toma en serio el mandato constitucional de la función social como fuentes de limitaciones y obligaciones del propietario, restringiendo la interpretación amplia de la intangibilidad del derecho de propiedad y de sus atributos y facultades esenciales”<sup>44</sup>.

Finalmente, el mismo sentido le otorga el Tribunal Constitucional alemán al reconocimiento que la Ley Fundamental alemana efectúa del bien común o bienestar general al vincularla con la función social. Al respecto señala:

“La decisión fundamental de la Constitución, en el sentido de una propiedad privada con función social, ordena que, para la reglamentación del contenido de la propiedad, el interés general y los intereses individuales se encuentren en una relación de equilibrio. El bienestar general es el punto de orientación, pero también el límite para imponer restricciones al propietario”<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Alan BRONFMAN, José Ignacio MARTÍNEZ, Manuel NÚÑEZ, *Constitución Política comentada. Parte Dogmática. Doctrina y jurisprudencia*, p. 410.

<sup>42</sup> José Luis CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, tomo II, p. 575. En igual sentido, más adelante sostiene que la función social “es expresión del principio de solidaridad, por su estrecha vinculación con la contribución que el dominio tiene que otorgar a la (...) realización concreta del bien común”, p. 575.

<sup>43</sup> Juan Carlos FERRADA, “El derecho de propiedad privada en la Constitución Política de 1980”, p. 178.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 183.

<sup>45</sup> SCHWABE, *op. cit.*, p. 403.

De esta forma, puede apreciarse que cualquiera sea la aproximación que se prefiera, todas ellas coinciden en que hoy la función social es la vía que tiene la Constitución de incorporar en la propiedad el concepto de bien común.

## 5.2. BIEN COMÚN Y OBLIGACIÓN AL PROPIETARIO

Podría argumentarse que lo escrito más atrás es incorrecto, pues la función social y la obligación de servir al bien común son estructuras normativas diversas. La primera, la función social, es una habilitación a la ley para imponer limitaciones y obligaciones al ejercicio del derecho. La segunda, la obligación de servir al bien común, es una obligación positiva, no sujeta a reserva legal. Si así fuera, es posible sumar nuevos argumentos en contra de la disposición.

La primera crítica es que se trataría de una obligación de aplicación directa que no necesariamente está sometida a la especificación de una ley. Con ello se rompe un antiguo y asentado mandato constitucional (que es también una garantía) en cuanto a que las limitaciones al ejercicio de los derechos están sometidos a una reserva legal intensa. De esta forma, hoy la ley puede fijar las limitaciones y también las obligaciones al ejercicio del dominio; mañana en cambio, una norma como la que se analiza podría operar al margen de la ley sin que esta entonces sea la norma jurídica llamada a especificar el alcance de la obligación. Pero, además, sostener lo anotado más atrás se aleja también de la interpretación que se le ha dado a la Ley Fundamental alemana que inspira la propuesta. En efecto, como se dijo, la doctrina alemana ha entendido que la referencia que la segunda frase del párrafo 2 del artículo 14 efectúa al bien común, no constituye un vínculo jurídico inmediato u obligatorio para su titular. Así, la disposición constitucional por sí sola no es capaz de obligar al propietario a otorgar un uso social a su propiedad.

La segunda crítica a una interpretación que separa la función social de la obligación de servir al bien común es que, con ella, se impone una obligación positiva al propietario en el ejercicio del derecho. Es, en otras palabras, una obligación de hacer, de actuar, de ejercer el derecho sirviendo al bien común. Tradicionalmente, la protección de la propiedad como derecho negativo que es, ha consistido en velar por que no haya interferencia de terceros. Una norma como la que se analiza cambia esa naturaleza al transformarlo en una especie de derecho positivo, esto es, un derecho que obliga al titular a hacer algo: en este caso, a servir al bien común. Visto así, es del todo posible sostener que la nueva norma puede aplicar a cualquier tipo de contratos en los que cláusulas asociadas a bienes o derechos sobre los que se reconoce propiedad “no sirven” al bien

común. Ello, no obstante servir al bien de las partes. En tal caso, ¿por qué no podría alegarse que el contrato vulnera la Constitución?

Por lo demás, y al igual que en el caso anterior, una interpretación como esta también traicionaría la doctrina que inspira la norma. Como anotamos, la garantía constitucional de la propiedad se manifiesta, a su vez, en la Ley Fundamental alemana, como un derecho de defensa frente a intervenciones estatales, y el mandato constitucional que dispone que su uso sirva, al mismo tiempo, al bien común, no constituye un mandato al titular del derecho en orden a actuar en dicho sentido, sino que al legislador en la determinación del contenido y límites de la referida garantía.

En definitiva, aparece una vez más que incorporar una referencia al bien común añadida a la existente mención a la función social no agrega nuevos elementos y, por el contrario, arriesga con incorporar obligaciones que no se encuentran siquiera en la versión alemana.

### 5.3. CONCEPTO INDETERMINADO Y LAXO

Adicionalmente, cabe consignar como crítica adicional que, al incorporar a la Constitución el deber que se analiza, se está incorporando un nuevo concepto indeterminado y laxo que entra en juego al momento de interpretar las limitaciones del dominio.

Arturo Ferandois ha sido quien ha cuestionado con mayor intensidad la ambigüedad de los conceptos que acompañan a la consagración de la función social. El autor sostiene que la función social está asociada de inmediato, con las limitaciones y obligaciones que puede imponerse por ley al derecho del propietario. Visto así tiene como efecto “una visión expansiva de las cargas del dominio” que autorizaría a imponer gravámenes que estén vinculados con alguno de los conceptos jurídicos indeterminados que se incluyen en el texto constitucional. Esta indeterminación, continúa el autor, hace de la función social un concepto “inaceptablemente vago”, “impreciso y elástico”. Por eso, agrega que hay contradicción entre la consagración del derecho de propiedad en los términos que lo hace la Constitución vigente y la consagración ambigua y laxa de la función social; o en otras palabras “que la función social no se aviene en armonía con el resto de los principios de la Carta de 1980”. Por eso es que concluye que en la actualidad:

“la función social es un concepto innecesario, porque la propiedad, así como todos los demás derechos fundamentales, está sometida al natural balance de intereses individuales y colectivos”<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Arturo FERNANDOIS, *Derecho Constitucional Económico. Regulación, tributos y propiedad*, tomo II, pp. 312-316.

No es necesario compartir el cuestionamiento de Arturo Ferrandois para darse cuenta de que incorporar una norma como la que se ha propuesto profundiza en la indeterminación y laxitud a que estaría sometido el propietario al momento de enfrentarse a limitaciones al ejercicio de su derecho. Ya no se trata solo de legitimar limitaciones fundadas en la función social, sino que, también, de una faceta activa del derecho que impone una obligación a su ejercicio. Y esta obligación está sujeta a las ambiguas fronteras de lo que pueda interpretarse como el bien común.

Esta ambigüedad es, incluso, superior a la existente, pues los conceptos incluidos dentro de la función social son más precisos en su contenido y alcance que el concepto de bien común.

Visto así, para evitar profundizar en conceptos indeterminados que ya abundan al referirnos al derecho de propiedad, no es conveniente incorporar la modificación.

## 6. Conclusión

En estas páginas se han analizado dos proyectos de reforma constitucional que proponen modificaciones en la regulación del derecho de propiedad. En particular, se ha profundizado en la idea de incorporar a la Constitución una norma que establezca que la propiedad debe servir al bien común.

Para abordar el tema, se examinó la norma constitucional que inspira las reformas propuestas, esto es, la Ley Fundamental alemana. Como se ha podido apreciar, para el constitucionalismo alemán, el mandato contenido en la Ley Fundamental pretende incorporar la faceta colectiva en el ejercicio del derecho de propiedad sin que ello implique, con todo, olvidar que la protección del derecho de propiedad es también un seguro de la libertad personal.

Luego, se consideró brevemente la relación del derecho de propiedad y el bien común en Chile, en especial, en el concepto de función social incorporado en la reforma constitucional de 1967.

Tras este análisis se concluye que la actual consagración de la función social como una fuente legitimadora de limitaciones al derecho de propiedad comparte similar trasfondo con la norma contenida en la Ley Fundamental alemana que intentan replicar las propuestas que se han analizado. Visto así lo único que se lograría es reiterar un concepto ya incluido en nuestra Carta Fundamental. Con todo, otra lectura sugiere que el objetivo es distinto y se vincula con incluir un deber positivo que se impondría al titular del derecho en todo momento (de servir al bien común) y utilizar criterios indeterminados que justificarían limitaciones

al ejercicio del derecho de propiedad sobre la base de estándares inciertos de juzgamiento y ponderación. Cualquiera sea la lectura, no parece aconsejable avanzar en una reforma como la que se ha propuesto.

## 7. Bibliografía

- BÄUMLIM, Richard und Axel AZZOLA, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2ª ed., München, Hermann Luchterhand Verlag, 1989, volumen I.
- BERTELSEN, Raúl, “El derecho de propiedad en la Constitución de 1925”, en Enrique BRAHM, *Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973*, Santiago, Universidad de Los Andes, Colección Jurídica, 1999.
- BRONFMAN, Alan, José Ignacio MARTÍNEZ, Manuel NÚÑEZ, *Constitución Política comentada. Parte Dogmática. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publishing, 2012.
- BUMKE, Christian, Andreas VOSSKUHLE, *Casebook Verfassungsrecht*, München, C.H. Beck, 2015.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, 2ª ed., Santiago, Ediciones UC, 2012, tomo II.
- CORDERO, Luis, “Prólogo”, en Miriam HENRÍQUEZ y Enrique RAJEVIC, *Derecho de Propiedad. Enfoques de Derecho Público*, Santiago, Ediciones DER y Universidad Alberto Hurtado, 2018.
- FERMANDOIS, Arturo, *Derecho Constitucional Económico. Regulación, tributos y propiedad*, Santiago, Ediciones UC, 2010, tomo II.
- FERRADA, Juan Carlos, “El derecho de propiedad privada en la Constitución Política de 1980”, en Jaime BASSA, Juan Carlos FERRADA, Christian VIERA, *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Santiago, LOM Ediciones, 2015.
- GLOS, Gabriel, *Der Schutz obligatorischer Rechte durch die Eigentumsgarantie. Ein Beitrag zur Geschichte und dogmatischer Struktur des Eigentumsgrundrecht*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1998.
- GÓMEZ, Juan Carlos, *La frontera de la democracia. El derecho de propiedad en Chile. 1925-1973*, Santiago, LOM Ediciones, 2004.
- GROCHTMANN, Ansgar, *Art. 14 GG-Rechtsfragen der Eigentumsdogmatik*, Berlin, Waxmann, 2000.
- GRÖPL, Christoph, Kay WINDTHORST, Christian VON COELLN, *Studienkommentar Grundgesetz*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 2015.
- INSUNZA, Jorge, *Nudos ideológicos de la Constitución*, Santiago, Editorial Universitaria, 2018.
- MICHAEL, Lothar, Martín MORLOK, *Grundrechte*, 4ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2004.

- RUIZ-TAGLE, Pablo, "La propiedad en Chile y sus dilemas", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 51, Valparaíso, 2018.
- SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, traducción Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- SOMMERMANN, Karl-Peter, Ricardo GARCIA MACHO, *Traducción de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Berlin, Bundestag Alemán, Sección de Relaciones Públicas, 2010.
- VON MANGOLDT, Hermann, Friedrich KLEIN, Christian STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, München, C.H.Beck, 2010, volumen I.
- WIELAND, Joachim, "Art. 14 Rdnr. 91", in Horst DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, 2ª ed., Heidelberg, Mohr Siebeck, 2004, volumen I.
- WILL, Rosemarie, *Eigentumstransformation unter dem Grundgesetz*, Berlin, Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, 1995.
- ZUÑIGA, Francisco, *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Santiago, Thomson Reuters, 2014.

#### OTROS DOCUMENTOS

- "Proyecto de reforma constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental", en CONGRESO NACIONAL, *Boletín* n°10193-07.
- "Proyecto de reforma constitucional para modificar la Constitución Política de la República", en CONGRESO NACIONAL, *Boletín* n°11617.07.

#### JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)

- Sentencia BVerfGE 14, 288 del 11 de octubre de 1962.
- Sentencia BVerfGE 21, 73 del 12 de enero de 1967.
- Sentencia BVerfGE 25, 112 del 15 de enero de 1969.
- Sentencia BVerfGE 37, 132 del 23 de abril de 1974.
- Sentencia BVerfGE 42, 64 de 24 de marzo de 1976.
- Sentencia BVerfGE 50, 290 del 1 de marzo de 1979.
- Sentencia BVerfGE 100, 226 del 2 de marzo de 1999.
- Sentencia BVerfGE 102, 1 del 16 de febrero de 2000.



# ANÁLISIS JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD LABORAL EN EL DERECHO CHILENO EN EL MARCO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

## LEGAL AND CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE OBLIGATION TO PROVIDE SAFE WORK ENVIRONMENT IN THE CHILEN LAW WITHIN THE SOCIAL PROTECTION

*César Ravinet Muñoz\**

### *Resumen*

Cada cierto tiempo, las materias legales relativas a la seguridad y salud en el trabajo entran al debate. Después del mundialmente conocido accidente de los treinta y tres mineros atrapados en Chile, la atención se concentró por un tiempo en la obligación de seguridad laboral. Hace poco ha entrado en vigencia una ley que obliga a los trabajadores independientes a afiliarse al seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Esto significa, que más de quinientos mil trabajadores ingresaron al sistema de seguridad social, diseñado para estos efectos. En consecuencia, las materias de seguridad y salud en el trabajo de nuevo están en el debate público. El artículo describe, primero, de manera general, cómo esta obligación se inserta en nuestra normativa y su vinculación con normas constitucionales. Después, se analiza cómo un elemento central de la seguridad social y su especial relación con el seguro social establecido en la Ley n.º 16744. Finalmente, se considera en su dimensión, como deber de seguridad laboral debido al interés público involucrado.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud, seguridad social, accidentes del trabajo.

---

\* Magíster en derecho público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 5 de mayo de 2019 y aceptado para su publicación el 28 de agosto de 2019. Correo electrónico: ceravinet@hotmail.com

## *Abstract*

Every so often, legal issues stemming from health and safety regulations appear, yet these are not always fully addressed. After the widely-known accident of the 33 trapped miners in Chile, this decisive event, for a while switched the focus to the obligation for employers to provide workplace safety. Recently, a new law has come to force, which obliges independent workers to join the Social Security System. This means that more than 500.000 workers will be part of the current system. Therefore, legal health and safety issues are being debated once again. This article describes firstly a general view on how this obligation inserts in our legal system and how it is linked to constitutional rights. Secondly, an analysis as key element of the social security system and its link to the occupational accidents and work-related diseases insurance established by the law number 16.744. Finally, an analysis as duty of care due to the public interest involved in it.

KEY WORDS: Right to health, Social security, Work accident.

### *1. La obligación de seguridad laboral y el derecho*

La norma y principio orientador de la obligación de seguridad laboral se encuentra en lo más alto de la pirámide normativa: el artículo 19 n.º 1 de la Constitución Política de la República<sup>1</sup>, que establece el derecho a la vida e integridad física y psíquica. En un segundo escalón normativo se sitúa el deber general de no causar daño, tratado en nuestro *Código Civil* conforme con las normas de responsabilidad. En una tercera etapa más específica se expresa en el artículo 184 del *Código del Trabajo*<sup>2</sup> que impone al empleador tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores. Con ello, se consolida este espíritu proteccionista en el seguro social contra riesgos de acciden-

---

<sup>1</sup> La Constitución asegura a todas las personas: n.º 1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado. Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

<sup>2</sup> El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales inc. 2: Deberá, asimismo, prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidentes o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica.

tes del trabajo y enfermedades profesionales, cuyo núcleo normativo es la Ley n.º 16744, complementado por una serie de normas de carácter reglamentario<sup>3</sup>. Finaliza la pirámide con normas administrativas como circulares de orden general y oficios destinados a regir situaciones particulares, emanados de distintos órganos administrativos.

Es necesario tener presente que la transgresión a la obligación de seguridad laboral se proyecta en distintos campos del derecho, siendo uno el ámbito de la responsabilidad a la luz de las normas generales, en que la víctima y otros a quienes el daño provocado (material o moral) irroque perjuicio, pueden recurrir a los tribunales de justicia con la pretensión de que se le indemnicen y, por otro, en la esfera del seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales contemplado en la Ley n.º 16744, sin que por el hecho de que se activen las prestaciones de este último, se impida accionar judicialmente.

La normativa sobre el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, regulado ante todo en la Ley n.º 16744 de 1968, no establece un régimen especial de responsabilidad civil. Lo que dispone, en el marco de la seguridad social, es la obligatoriedad de un seguro social para los trabajadores frente a la contingencia de un accidente del trabajo, de trayecto, como también las enfermedades profesionales.

El citado seguro contempla una serie de prestaciones obligatorias, entre las cuales puede darse una indemnización tarifada, que nada tiene que ver con una eventual indemnización por el mismo hecho determinado en sede judicial. En este sentido la responsabilidad civil y el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales son instituciones jurídicas distintas<sup>4</sup>. En la práctica, es evidente la confusión que se da en los operadores cuando ocurre alguna incidencia en materias de seguridad y salud del trabajo, además de los efectos negativos sobre la salud del trabajador afectado, hay una consecuencia para el empleador, que se denominará el “efecto económico administrativo”, que se traduce en un alza en la tasa de cotización, lo que no es menor, pues verá sus costos aumentados no solo en relación con el seguro individual del trabajador

---

<sup>3</sup> Entre los principales:

Decreto supremo n.º 40 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.  
Decreto supremo n.º 101 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.  
Decreto supremo n.º 109 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.  
Decreto supremo n.º 54 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.  
Decreto supremo n.º 67 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.  
Decreto supremo n.º 594 del Ministerio de Salud.

<sup>4</sup> Pedro ZELAYA, “La solidaridad de la empresa principal frente a los daños experimentados por el trabajador contratista”, p. 3.

accidentado o enfermo, sino que el aumento será en función de todos sus trabajadores, dada la estructura de la ecuación para estos efectos, que resulte de la aplicación del DS 67<sup>5</sup>.

Por otro lado, la entidad empleadora puede verse afectada al llamado “efecto judicial indemnizatorio”, que es la posibilidad de ser demandada por indemnización de perjuicios por la víctima como también por cualquier otra persona a quien el daño irroge perjuicio, acción que debe someterse a conocimiento y tramitarse ante los tribunales ordinarios, siendo el juez quien debe determinar si el accidente o la enfermedad profesional, se debe a dolo o culpa del empleador, eventualmente condenándolo a resarcir los perjuicios ocasionados.

En síntesis, el “efecto económico administrativo” no impide que se genere el “efecto judicial indemnizatorio”, por lo que es de suma relevancia que los empleadores estén conscientes de los riesgos a los que están expuestos, para lo cual deben tomar todas las medidas desde el punto de vista técnico, como también los referidos al cumplimiento normativo en materias de seguridad y salud en el trabajo.

## *2. La obligación de seguridad laboral y la Constitución*

Las Constituciones de 1828 y 1833, en términos generales, establecían atribuciones para algunos órganos estatales de velar por aspectos de salubridad, no existiendo protección específica sobre la vida, ni menos a la protección de esta en el ámbito del trabajo, salvo referencias generales al derecho a la “seguridad”, que indican, más bien, un concepto asociado a la seguridad nacional.

La Constitución de 1925, establecía que el ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública. En el artículo 10 numeral 14°, aseguraba la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, con la aspiración de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar. En este sentido, establecía que ninguna clase de trabajo o

---

<sup>5</sup> Decreto supremo n.º 67 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así<sup>6</sup>. Se concluye que es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Si bien en la carta fundamental de 1925 se constatan avances, era evidente su insuficiencia.

La Constitución de 1980, no contiene una protección especial a la vida en el contexto del trabajo, pero sí consagra expresamente el derecho constitucional a la vida e integridad física/psíquica, que conforme a una interpretación sistemática de la normativa, se vincula de modo directo con una norma de aplicación más práctica, como es el artículo 184 del *Código del Trabajo*. Esta conexión materializa una de las principales aspiraciones de una norma de rango *supra* legal, que es irradiar en todos los campos y sin exclusión el debido resguardo al bien jurídico protegido. El precepto constitucional no se refiere a un campo específico ni excluye a otros, es una protección de orden general.

El derecho a la vida es una de las nuevas garantías introducidas al sistema constitucional chileno por la Carta de 1980. Todo ser humano tiene el derecho esencial de conservar su vida y de exigir que el ordenamiento jurídico se la proteja contra atentados de la autoridad o particulares<sup>7</sup>. La importancia y lugar destacado que ocupa en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la vida e integridad física y psíquica, radica en que sin este derecho o con este mermado, no es posible ejercer el catálogo de los otros derechos. En definitiva, es el punto de partida para el desarrollo del ser humano desde toda perspectiva.

Esta conexión entre la norma constitucional del amparo a la vida y otra, acotada al ámbito del trabajo, manifiesta que el legislador laboral se hizo cargo de asegurar la debida protección y a la vez refleja, la importancia que “el trabajo” tiene en la sociedad, ya que este contribuye al desarrollo personal, intelectual y económico de las personas, como también al del país.

Este nexo directo entre una norma constitucional y otra de menor jerarquía no es tan frecuente, situación que durante el último tiempo ha ido evolucionado favorablemente, produciéndose una constitucionalización del derecho, no solo por el creciente aumento en la interposición de acciones de protección ante las respectivas Cortes de Apelaciones, sino que en el proceso de interpretación judicial y administrativa cada vez más se hace en armonía con la Constitución. De este modo hoy se

---

<sup>6</sup> Héctor HUMERES NOGUER, “El derecho a la seguridad social en las constituciones políticas de Chile: una visión panóptica (1833-2012)”, p. 31.

<sup>7</sup> Enrique EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, tomo I, p. 113.

observa un positivo auge del derecho constitucional, el cual empieza a materializarse en todos los campos del derecho, de manera tal que las controversias entre privados no se resolverán, en exclusiva, sobre la base de las reglas del derecho civil o del trabajo, sino que cada vez más harán también en consideración de los principios, valores y derechos consagrados en la carta fundamental.

Un fiel reflejo de esto es la creación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en materia laboral, introducido por la Ley n.° 20087, por el cual los trabajadores cuentan con un vía rápida y eficaz de protección, pretendiendo hacer más efectivo el resguardo a sus derechos constitucionales, presentándose como derechos posibles de exigirse en las relaciones laborales. La misión de materializar los derechos fundamentales no es simple, pero a través del diseño de un marco legislativo coherente, además de una institucionalidad administrativa y judicial *ad hoc*, que a su vez la aplique, es la forma de avanzar en la efectiva protección de los derechos constitucionales.

El vínculo entre el derecho a la vida y la obligación de seguridad laboral, se da en un contexto mayor de protección asociado a otras normas del ámbito constitucional, como es el artículo 19 n.° 18 de la Carta Fundamental, que consagra el derecho a la seguridad social, sobre la base de los siguientes aspectos fundamentales:

- La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas.
- Las leyes que regulen el ejercicio del derecho a la seguridad social, deben ser de quórum calificado.
- La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.
- El Estado deberá supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

Por su parte, el n.° 9 del artículo 19 de la Constitución Política asegura a todas la personas “el derecho a la protección de la salud”, señalando:

“El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”.

Este precepto, dispone, además:

“Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias”,

agregando: “cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, sea éste estatal o privado”<sup>8</sup>.

En este precepto hay un criterio inspirador que debe tenerse presente: el constituyente ha querido que las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, y de rehabilitación, sean brindadas por instituciones públicas y privadas, y que coexistan sistemas de salud estatales y particulares<sup>9</sup>. Cabe destacar que la Constitución Política de Chile de 1980 es particularmente partidaria del principio de subsidiariedad y constituye uno de sus fundamentos, siendo esta característica traspasada a la legislación de seguridad social<sup>10</sup>.

En suma, la sintonía entre una norma de orden constitucional y su correspondiente regulación legal y reglamentaria, hacen que el objetivo pretendido por el constituyente no sea una simple declaración de buenas intenciones o utopía, sino que, al menos en apariencia, sean más aplicables.

### *3. La obligación de seguridad laboral, la seguridad social y el seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Ley n.º 16744*

La seguridad social es un concepto presente en múltiples legislaciones del mundo, no existiendo un concepto único, ni menos un consenso absoluto respecto del mismo. Las aproximaciones están dadas en razón de los objetivos trazados, lo que está íntimamente ligado a la visión que los distintos Estados puedan tener en relación con el estándar que se pretende asegurar a través de este.

Una definición importante respecto a qué debe entenderse por seguridad social, es la que se estableció en la Declaración Universal de Derechos Humanos, del año 1948<sup>11</sup>, la cual en su artículo 22 señala:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables en su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

<sup>8</sup> HUMERES, “El derecho a la seguridad...”, p. 35.

<sup>9</sup> EVANS DE LA CUADRA, *op. cit.*, tomo II, p. 317.

<sup>10</sup> Héctor HUMERES NOGUER, *Derecho del trabajo y la seguridad social*, tomo III, p. 39.

<sup>11</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Un concepto distinto, pero muy ligado, es el de la “previsión social”, la cual engloba los llamados seguros sociales, que tienen relación con aquellas formas de cobertura de los riesgos y contingencias sociales de los trabajadores y sus familias, quienes, por el acontecer de dichos riesgos, se ven impedidos de seguir procurándose los ingresos que le permiten la subsistencia. La seguridad social, además de englobar a los seguros sociales, comprende otras ramas de protección como es la asistencia social, que se encarga de amparar a todos los habitantes de la república, frente a los estados de necesidad producidos por los riesgos sociales<sup>12</sup>.

A la vez, la Organización Internacional del Trabajo, entiende a la seguridad social como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían en la desaparición o de la fuerte de reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte y también la forma de protección en forma asistencial médica y de ayuda a la familia con hijos<sup>13</sup>.

Si bien los conceptos mencionados no son iguales, comparten objetivos esenciales, sobre todo en lo que se refiere a la necesidad de que existan mecanismos destinados a enfrentar de manera digna, distintas situaciones presentes durante la vida de las personas.

Los sistemas de seguridad social forman una estructura mayor de protección, que buscan dar un amparo mínimo a contingencias que se producen a lo largo de la vida. La obligación de seguridad laboral se vincula al desarrollo de una actividad trascendental como es el trabajo, o para ser más precisos, la eventualidad de verse expuesto a un daño o menoscabo físico o psíquico a causa o con ocasión del mismo. Esta protección específica a la integridad del trabajador, hoy es un elemento central del derecho del trabajo, la cual va más allá de una mera obligación contractual fundada en la ley, trascendiendo el derecho del trabajo, situándose más próxima a la seguridad social que al derecho laboral en razón de sus fines y objetivos<sup>14</sup>.

La tradición jurídica del país ha determinado que el contenido de la Constitución sea principalmente a través de reglas de carácter general, delegando el desarrollo específico a otros cuerpos normativos, tales como: leyes, reglamentos, circulares, etc., dando también una importante cabida en la interpretación a la jurisprudencia judicial y administrativa. La razón

---

<sup>12</sup> Gabriela LANATA FUENZALIDA, *Manual de legislación previsional*, p. 9.

<sup>13</sup> HUMERES, “El derecho a la seguridad...” *op. cit.*, p. 30.

<sup>14</sup> Mario ACKERMAN, *Riesgos del trabajo obligación de seguridad accidentes y enfermedades inculpables*, p. 15.

de esto, es que a través de una norma constitucional más flexible, es posible una adaptación e interpretación más dúctil conforme a la evolución de la sociedad, sin necesidad de modificaciones permanente, pero, por otra parte, se presenta el problema de que se genere una sensación de incertidumbre en materias fundamentales, sin que la sociedad pueda tener claridad en los límites y alcances de las normas constitucionales<sup>15</sup>.

En este contexto, el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales consagrado en la Ley n.º 16744 de 1968, se constituye en un pilar esencial para efectos de otorgar una debida protección en el evento que ocurra una contingencia de orden laboral. Su carácter obligatorio revela la intención del legislador de la época de incorporar la seguridad laboral al marco de protección social que regula las relaciones laborales. Es de destacar que, esta actualidad, en el ámbito previsional, este seguro obligatorio es el único que se estructura sobre una base de solidaridad entre los cotizantes, agregando que tiene una cobertura uniforme para los trabajadores, sin diferenciar función, sexo, edad, remuneración u otro.

Esto se convierte en una importante excepción a la regla en materia previsional en Chile, porque en lo que respecta al sistema de pensiones por vejez rige un sistema de capitalización individual, que como su nombre lo indica, cada trabajador enfrentará individualmente la contingencia de la cesación de su vida laboral a través de un reemplazo de su remuneración por una pensión que será el resultado del ahorro y su rentabilidad que obtenga producto de su cotización obligatoria y una eventual cotización adicional voluntaria.

En lo que respecta a salud común (entendido todo lo no laboral) el trabajador puede afiliarse al seguro de salud administrado por el Estado (Fonasa) o, bien, optar por un seguro privado en una Isapre, donde su cobertura será determinada por su capacidad económica, edad, sexo, condición de salud, prestadores en convenio, etc., todo lo que se plasma en el respectivo contrato de salud.

Como se mencionó anteriormente, el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales es un elemento central de la seguridad y salud en el trabajo y a veces, sobre todo en las empresas de menor tamaño, es el único elemento de gestión relacionado con la materia, siendo el empleador, conforme al artículo 209 del *Código del Trabajo*<sup>16</sup>, responsable

---

<sup>15</sup> HUMERES, "El derecho a la seguridad...", *op. cit.*, p. 30.

<sup>16</sup> El empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley n.º 16744.

de las obligaciones de afiliación y cotización. A contar del año 2019, los trabajadores independientes están obligados a cotizar para estos efectos, para quienes también, en gran medida, constituye el único instrumento asociado a seguridad y salud en el trabajo.

Este seguro es administrado, en su mayoría, por entes privados, existiendo un administrador público, el Instituto de Seguridad Laboral creado a través de la Ley n.° 20255<sup>17</sup> (ley de reforma previsional). Dicha entidad es la continuación del Departamento de Accidentes del Trabajo dependiente del ex INP actual IPS, que, a la vez, es continuador del ex Servicio de Seguro Social<sup>18</sup>.

Además, existe la posibilidad de que una misma entidad empleadora pueda gestionar el seguro por sí misma, sin necesidad de cotizar en una mutualidad de empleadores o en el ente estatal, esta vía es denominada “administración delegada”<sup>19</sup>, quienes toman a su cargo las prestaciones del seguro. Para efectos de poder ejercer este tipo de administración, deben cumplir una serie de requisitos, entre los que destacan ocupar habitualmente dos mil o más trabajadores y contar con servicios médicos adecuados<sup>20</sup>. En la actualidad son muy pocos los empleadores que han optado por esta vía.

El número de entidades empleadoras cotizantes a los organismos administradores del seguro, hasta mayo de año 2019, fue de 524039 y el número de trabajadores por los que se cotizó a la misma fecha fue de 6352780<sup>21</sup>.

El mercado en que se desenvuelve la gestión del seguro no es tan competitivo, puesto que no existe una cantidad indeterminada de oferentes, pero sí de demandantes (entidades empleadoras) que interactúen libremente determinando el precio. Esto ocurre al ser solo tres los organismos administradores mutuales más un ente público. Asimismo, el precio no se fija producto de la interacción entre la oferta y la demanda, sino que está determinado por la normativa en función de una cotización básica obligatoria y otra extraordinaria asociada al riesgo de la actividad económica, más otra adicional en virtud del comportamiento efectivo en materias de seguridad laboral de acuerdo con los días perdidos a causa de un accidente del trabajo, o enfermedad profesional, o muerte por falta de

---

<sup>17</sup> Ley n.° 20255.

<sup>18</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, p. 72.

<sup>19</sup> Las divisiones de Codelco: Chuquicamata, Salvador, El Teniente, Andina y la Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>20</sup> Artículo 23, D.S. n.° 101 de 1968 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

<sup>21</sup> Estadísticas mensuales, disponible en [www.suseso.cl](http://www.suseso.cl) [fecha de consulta: agosto 2019].

prevención del empleador. Situación que es analizada periódicamente, en virtud de un proceso de revisión a los empleadores por el cual determina el precio a pagar por el siguiente periodo<sup>22</sup>.

Conceptos centrales en la materia son los de accidente del trabajo y enfermedad profesional, los cuales se encuentran definidos legalmente. Por accidente del trabajo se entiende que es toda lesión que sufra una persona a causa o con ocasión del trabajo que le produzca incapacidad o la muerte<sup>23</sup>. En normativa de la Organización Internacional del Trabajo, con esta denominación se designa a los accidentes sufridos durante las horas de trabajo en el lugar de trabajo o cerca de él, o en cualquier lugar donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera, sea cual fuere la causa del accidente<sup>24</sup>. Tanto la definición local como la del organismo internacional ponen de manifiesto lo relativo a la causalidad que debe existir entre el accidente y el trabajo, siendo esencial para que un accidente sea calificado como laboral, la existencia de un nexo causal entre estos. Nuestra normativa realiza una distinción en el sentido de qué debe entenderse por un accidente “a causa” del trabajo, que es aquel cuando hay una relación directa y uno “con ocasión” del trabajo cuando hay una relación indirecta, pero indubitada.

A mayor abundamiento, y poniendo de manifiesto el carácter protectionista de este seguro, se otorga cobertura a los accidentes que acontecen en el trayecto entre la habitación y el lugar de trabajo, como también entre trabajos. Estos son los denominados accidentes de trayecto. Este tipo de contingencia también tiene su versión en normativa de la OIT<sup>25</sup>. La principal diferencia con los de trabajo, es de orden económico para el empleador, ya que cuando un accidente del trabajo es calificado como de trayecto, no aumenta la tasa de cotización que debe pagar la entidad empleadora, puesto que este ocurre en circunstancias en que al empleador no le es imputable una falta de diligencia o transgresión a su obligación de seguridad, debido a que le es imposible ejercer acciones de prevención.

Por enfermedades profesionales se entiende que son aquellas ocasionadas de manera directa por el trabajo, siendo la norma más exigente, requiriendo el texto de la norma que entre la patología y el trabajo exista

---

<sup>22</sup> D.S. n.º 67 de 2000 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

<sup>23</sup> Artículo 5, Ley n.º 16744.

<sup>24</sup> Artículo 5 a), recomendación OIT n.º 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Adopción: Ginebra, 48ª reunión CIT (8 de julio de 1964).

<sup>25</sup> Artículo 5 c), recomendación OIT n.º 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Adopción: Ginebra, 48ª reunión CIT (8 de julio de 1964).

una causalidad directa, lo que en la práctica hace más difícil su calificación. En el mundo de la seguridad existe la idea de que en Chile y en general en el mundo hay una subcalificación de patologías, lo que se transforma en un gran desafío a afrontar.

#### 4. *El deber de seguridad laboral como interés público*

A principios del siglo XX, las condiciones laborales en Chile eran deplorables<sup>26</sup>, habiendo un amplio predominio de la mano de obra basada en el trabajo manual, con nulas o mínimas regulaciones destinadas a la protección de los trabajadores, con alta presencia de trabajo infantil y en ambientes extremadamente precarios.

Ante la gravedad de los hechos, el Estado, poco a poco, fue asumiendo el papel que le correspondía, desarrollando una actitud más proactiva, lo que se fue reflejado en el ámbito legislativo, destacándose las siguientes normas<sup>27</sup>:

- Ley n.° 1838 del Consejo de Habitaciones Obreras de 1906, regulaba aspectos básicos de los lugares en que vivían los trabajadores<sup>28</sup>.
- Ley n.° 1990 de agosto de 1907, establecía un día de descanso a la semana para las mujeres y niños y uno cada dos semanas para los hombres. Existía preocupación que esto acrecienta el alcoholismo<sup>29</sup>.
- Leyes n.° 2977 de 1915 y n.° 3321 de 1917, perfeccionan la Ley n.° 1990 estableciendo días feriados con la obligación de descanso en esos días<sup>30</sup>.
- Ley n.° 2951 de 1914, conocida como la “ley de sillas” la que obligaba a los empleadores a mantener un número de asientos para sus trabajadores<sup>31</sup>.
- Ley n.° 3170 de 1916, se considera la primera ley de accidentes del trabajo<sup>32</sup>.
- Ley n.° 3186 de 1917, estableció que toda fábrica, taller o establecimiento industrial que ocupara más de cincuenta mujeres de

<sup>26</sup> HUMERES, “El derecho a la seguridad...”, *op. cit.*, p. 31.

<sup>27</sup> César CÁRCAMO QUEZADA, *Historia de la Ley N° 16.744*, pp. 16-21.

<sup>28</sup> Ley n.° 1838.

<sup>29</sup> Ley n.° 1990.

<sup>30</sup> Ley n.° 2977 y Ley n.° 3321.

<sup>31</sup> Ley n.° 2951.

<sup>32</sup> Ley n.° 3170.

más de dieciocho años debía disponer de una sala especialmente para que permanezcan los hijos menores de un año, con una hora para amamantarlos<sup>33</sup>.

- Ley n.º 4053 sobre contrato de trabajo<sup>34</sup>.
- Ley n.º 4054 sobre seguro obligatorio de enfermedades e invalidez. Crea la Caja de Seguro Obligatorio, el cual cubría los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte de los obreros, financiado con fondos del trabajador, empleador y estado<sup>35</sup>.
- Ley n.º 4055 de accidentes del trabajo que deroga la Ley n.º 3170 de 1916<sup>36</sup>.
- Decreto con fuerza de ley n.º 178 de 1931, el primer *Código del Trabajo*<sup>37</sup>.
- Ley n.º 16744 de 1968 establece el seguro social obligatorio contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales<sup>38</sup> y reglamentos complementarios, destacando (D.S. n.ºs 101, 109, 110, 67 todos del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de distintos años y D.S. n.º 594 de 2000 del Ministerio de Salud).
- Ley n.º 19345 incorpora a funcionarios públicos al seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

No es infrecuente la confusión entre el deber de prevención de riesgos del trabajo y la obligación de seguridad. Para quienes realizan esta distinción, no desconocen la cercanía y estrecho vínculo entre una y otra, pero agregan que reconocen especialmente contenidos, fundamentos, sujetos obligados y consecuencias diferentes<sup>39</sup>.

Al respecto, el *Código del Trabajo* en el artículo 184 inciso 1º, prescribe:

“El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales”.

Del tenor de la norma, se desprende el carácter preventivo de esta instrucción para el empleador. Así, basta el potencial daño por mínimo

<sup>33</sup> Ley n.º 3186.

<sup>34</sup> Ley n.º 4053.

<sup>35</sup> Ley n.º 4054.

<sup>36</sup> Ley n.º 4055.

<sup>37</sup> Decreto con fuerza de ley N° 178 del Ministerio de Bienestar Social.

<sup>38</sup> Ley n.º 16744.

<sup>39</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, p. 12.

que este pueda ser para que le sea exigible el cumplimiento al empleador, incluso a través de la Ley n.° 21012 del año 2017<sup>40</sup>, se agregó un artículo 184 bis, que en lo pertinente, su inciso primero, otorga a los trabajadores el derecho a interrumpir sus labores y de ser necesario abandonar el lugar de trabajo cuando exista un riesgo grave e inminente para su vida y salud. A la vez, el artículo 210 del mismo cuerpo legal dispone que las empresas o entidades a que se refiere la Ley n.° 16744, estarán obligadas a adoptar y mantener medidas de higiene y seguridad en la forma, dentro de los términos y con las sanciones que señala dicha ley.

El empleador debe cumplir con el mandato de estas normas y demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo, adoptando de acuerdo con cada tipo de trabajo específico las medidas, que conforme a la técnica y experiencia, conduzcan a velar por la salud de los trabajadores. Es evidente la importancia que la ley laboral le asigna a la obligación del empleador de tomar las medidas necesarias para que las tareas se desarrollen en condiciones óptimas, que en una lógica contractual, se traducen en ejecutar de forma positiva una serie de acciones (obligación de hacer) y, por otra parte, inhibirse de efectuar actos (obligación de no hacer) que atenten contra la integridad de sus trabajadores.

La obligación de seguridad laboral trasciende al puro ámbito contractual, pues no solo involucra una relación particular entre dos partes determinadas, en que los derechos y obligaciones, se mantienen exclusivamente en el ámbito convencional. Esta obligación debe entenderse en una dimensión más amplia, constituyéndose, de igual modo, en un deber de seguridad laboral, pues sus objetivos traspasan la relación entre privados, en razón de que los bienes jurídicos presentes, se vinculan con derechos fundamentales, debiendo el Estado asumir un papel protagónico y no solo uno pasivo.

El hecho de que exista un interés de orden público en el campo laboral, se manifiesta en distintos aspectos que atraviesan el desarrollo de una relación laboral, pues, con error, se tiende a pensar que la protección a los trabajadores en materias de seguridad laboral está dada solo en lo referido a la entrega de elementos de protección personal, limitación de tiempos de exposición frente a agentes específicos que dañen la salud u otras de este tipo.

Los citados ejemplos, en efecto, contribuyen a la protección prescrita, pero en la normativa laboral existe una serie de otras reglamentaciones destinadas a proteger a la persona que se vinculan con el deber de seguridad y que, a veces, no se tienden a asociar al deber, ejemplos de estas:

---

<sup>40</sup> Ley n.° 20120.

- Derecho a una jornada máxima de horas de trabajo.
- Derechos asociados a la protección de la maternidad.
- Horario de colación.
- Derecho a feriado legal.
- Derecho a licencia médica.

El derecho a la vida es el pilar de la normativa de seguridad laboral. Este, doctrinariamente, se cataloga dentro de los derechos de la personalidad del cual son titulares las personas naturales, siendo considerado por la mayoría de las legislaciones como el derecho primordial y central, ya que una vez consolidado es posible ejercer el resto del catálogo de derechos.

Este derecho, por lo general, no constaba con una consagración constitucional expresa en muchos países, ya que se entendía tácitamente como parte integrante de la normativa, sin necesidad de consagración positiva, pero la realidad y distintos acontecimientos generados por los propios seres humanos durante los últimos siglos tales como: las guerras mundiales, genocidios, atentados de lesa humanidad, violaciones de los derechos humanos, etc. llevaron a que la comunidad política y jurídica impulse una fuerte tendencia hacia su amparo, teniendo hoy en día una consagración positiva en la generalidad de los textos constitucionales.

El derecho a la vida se entiende como la facultad jurídica de exigir la conservación y la protección de la vida humana, o sea, ese estado de actividad sustancial propio del hombre que comprende a la integridad física y psíquica. En el mundo se fue desarrollando una prolifera creación de estatutos normativos enfocados en consagrar el derecho a la vida como un derecho esencial, apuntando a un mayor resguardo en el ámbito de regulaciones nacionales como internacionales, destacando entre estas últimas la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto de San José de Costa Rica de 1968.

Nuestra legislación, en línea con esta tendencia, estableció en la Constitución Política de la República de 1980 en el artículo 19 n.º 1<sup>41</sup> el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, existiendo en el seno de la comisión constituyente un amplio consenso en orden a consagrar este derecho “como un derecho humano básico y el más primordial de todos los derechos”<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> La Constitución asegura a todas las personas: mº 1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado. Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

<sup>42</sup> Sesión constituyente n.º 87 de la Constitución Política de la República de 1980.

Una evidente manifestación de que el contenido de la obligación de seguridad laboral es un deber propiamente tal son su fuerte interés público y el hecho de que en algunas legislaciones comparadas, además de establecer una protección genérica al derecho a la vida, han ido más allá, consagrando este derecho específicamente en materia laboral en sus respectivas Cartas Fundamentales, muestra de ello, lo siguiente:

*CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA DE 1978*<sup>43</sup>

Título I. De los derechos y deberes fundamentales, capítulo tercero. De los principios rectores de la política social y económica.

Artículo 40: 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

*CONSTITUCIÓN DEL REINO DE HOLANDA*<sup>44</sup>

Capítulo 1 Derechos fundamentales.

Artículo 19: 2. La ley regulará el estatuto de los trabajadores, su protección en el trabajo, así como los sistemas de cogestión.

*CONSTITUCIÓN ARGENTINA*<sup>45</sup>

Capítulo Primero Declaraciones, Derechos y Garantías.

Artículo 14 bis, inciso primero. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organiza-

---

<sup>43</sup> Constitución española, aprobada por las cortes en sesiones plenarias del Congreso de los diputados y el Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum del 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S.M. el Rey ante las cortes el 27 de diciembre de 1978.

<sup>44</sup> Disponible en [www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008](http://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008) [fecha de consulta: agosto 2019].

<sup>45</sup> Ley 24430, sancionada el 14 de diciembre de 1994 y publicada el 10 de enero de 1995, disponible en [www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804/texto](http://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804/texto) [fecha de consulta: 8 de agosto de 2019].

ción sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Cabe destacar entre los textos constitucionales, la Constitución de Querétaro (México) de 1917, la cual fue pionera en la consagración expresa de la protección a los trabajadores, estableciendo en su artículo 123, entre otras, jornadas máximas de trabajo diario, protección a la maternidad, salario mínimo y la prohibición de labores insalubres o peligrosas<sup>46</sup>.

Así, en virtud de la obligación de seguridad laboral derivada del deber superior de seguridad laboral, al empleador le corresponde velar por la protección de quienes trabajan bajo su dirección, lo que implica de manera general adoptar toda medida que sea necesaria para alcanzar ese objetivo, tales como:

- Incorporar a trabajadores expuestos a determinados agentes a ser incorporados en los respectivos protocolos.
- Aplicar el cuestionario de evaluación de riesgo psicosocial SU-SESO / ISTAS 21.
- Efectuar exámenes preocupacionales en minería de altura.
- Implementación de ambientes laborales propicios atendiendo al contexto de la labor específica.
- Selección adecuada de instrumentos, métodos de trabajo y de producción.
- Revisión de procesos productivos.
- Capacitación a sus empleados.
- Regulación de tiempos de exposición a agentes dañinos.
- Considerar la evolución de la técnica y los nuevos riesgos, sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro.
- Planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre la organización del trabajo, las condiciones laborales, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.
- Gestionar legalmente lo relativo a salud ocupacional y cumplimiento normativos.

---

<sup>46</sup> Según Andrés Garrido del Toral, México revolucionó el derecho social como tutelar y reivindicador, además de consignar en Carta Magna de 1917 derechos y garantías sociales; estas últimas fueron criticadas por los dogmáticos jurídicos que consideraban no técnico el incluir en la ley fundamental, protecciones específicas como el derecho a la huelga, el trabajo de menores y mujeres embarazadas, la justicia agraria y laboral, etc. El artículo 3º reguló la educación laica y gratuita; el 27 los derechos de los campesinos y la propiedad originaria de la nación sobre tierras, aguas, bosques y el subsuelo; el 28 la prohibición de monopolios, y el 123 los derechos de los. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4471/10.pdf>, p. 29 [fecha de consulta: agosto 2019].

Por su parte, las cuestiones de higiene y seguridad en el trabajo figuraron entre las primeras materias abordadas por la OIT. La “protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo” figura, en efecto, en el preámbulo de la Constitución de la OIT como una de las materias específicas de su competencia. No cesando la acción del organismo internacional en esta importante materia, siendo numerosas las reuniones técnicas, estudios e instrumentos sobre el tema de la higiene y seguridad del trabajo<sup>47</sup>.

En consecuencia, la obligación de seguridad laboral es de una trascendencia superior a la de una simple obligación de una de las partes en un negocio jurídico, pues ella mira a la prevención de los riesgos profesionales, lo que importa a sus trabajadores, a sus familias y a la sociedad toda, tanto para proteger la vida y salud de los trabajadores como por razones éticas y sociales<sup>48</sup>.

### *Conclusión*

La obligación de seguridad laboral tiene raíz constitucional, en atención a su directa conexión con derechos fundamentales plasmados en la Carta Fundamental. A la vez, se inserta en la estructura de seguridad social del país, a través de la obligatoriedad del seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, dándose en este aspecto, plena cabida al principio de subsidiariedad pretendido por el constituyente.

Esta obligación, en atención a los bienes jurídicos resguardados, también adquiere la dimensión de un deber de seguridad laboral, considerando el fuerte interés público comprometido.

La obligación de seguridad alcanza a todo el espectro de actividades económicas, tanto de bienes como de servicios, empleadores público o privados y también rige para todos los tamaños de empresas. No obstante, no es conocida por los principales destinatarios de la misma, como en general sucede con los preceptos de seguridad social, esto se debe, en parte, a que los objetivos de estas normas se suelen percibir lejanos o poco probables de ocurrencia, lo que da cuenta de una carencia de cultura previsional en sentido amplio.

Esta falta de comprensión de la obligación de seguridad laboral, se traduce en un obstáculo para su materialización, puesto que al descono-

---

<sup>47</sup> Manuel MONTT BALMACEDA, *Principios de derecho internacional del trabajo de la O.I.T.*, p. 266 y 267.

<sup>48</sup> CORTE SUPREMA, rol N° 4.313-97, 1999.

cimiento hay que agregar que esta no es de realización única ni simple, ya que requiere una actitud diligente y permanente por parte de los obligados, sean particulares o el Estado, para satisfacer íntegramente su contenido.

### Bibliografía

- ACKERMAN, Mario, *Riesgos del trabajo obligación de seguridad accidentes y enfermedades inculpables*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, tomo VI.
- CÁRCAMO QUEZADA, César, *Historia de la ley N° 16.744*, Santiago, Ciedess, 2009.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, tomos I y II.
- HUMERES NOGUER, Héctor, “El derecho a la seguridad social en las constituciones políticas de Chile: una visión panóptica (1833-2012)”, en *Revista Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, n.° 4, 2011.
- HUMERES NOGUER, Héctor, *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 17ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo III.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Manual de legislación previsional*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Limitada, 2001.
- MONTT BALMACEDA, Manuel, *Principios de derecho internacional del trabajo de la O.I.T.*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- SCHICK, Manuel, *Riesgos del trabajo. Temas fundamentales*, Buenos Aires, David Grimberg, 2011.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, “La solidaridad de la empresa principal frente a los daños experimentados por el trabajador contratista”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, 2006.

### TEXTOS NORMATIVOS

*Código Civil.*

*Código del Trabajo*, Decreto con fuerza de ley n.° 1 del 31 de julio de 2001 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del *Código del Trabajo*.

Constitución Política de la República Chile de 1828, promulgada el 8 de agosto de 1928.

Constitución Política de la República de Chile de 1833, promulgada el 25 de mayo de 1833.

Constitución Política de Chile de 1980, promulgada el 18 de septiembre de 1925.

Constitución Política de Chile de 1980, promulgada el 21 de octubre de 1980. Última versión, decreto n.° 100 publicado el 22 de septiembre de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

- Constitución española, aprobada por las cortes en sesiones plenarias del Congreso de los diputados y el Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum del 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S.M. el Rey ante las cortes el 27 de diciembre de 1978.
- Constitución argentina, Ley 24430, sancionada el 14 de diciembre de 1994 y publicada el 10 de enero de 1995.
- Constitución del reino de Holanda.
- Constitución europea firmada en Roma el 29 de octubre de 2004.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su resolución 217 A (III).
- Decreto supremo n.º 101 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de junio de 1968.
- Decreto supremo n.º 109 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de junio de 1968.
- Decreto supremo n.º 40 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de marzo de 1969.
- Decreto supremo n.º 54 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 11 de marzo de 1969.
- Decreto supremo n.º 67 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de marzo del 2000.
- Decreto supremo n.º 594 del Ministerio de Salud, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 29 de abril del 2000.
- Decreto con fuerza de ley n.º 178 del Ministerio de Bienestar Social, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 28 de mayo de 1931.
- Ley n.º 1838 publicada en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 20 de febrero de 1906.
- Ley n.º 1990 publicada en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 29 de agosto de 1907.
- Ley n.º 2977 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 1 de febrero de 1915.
- Ley n.º 3321 publicada el 17 de noviembre de 1917.
- Ley n.º 2951 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de diciembre de 2014
- Ley n.º 3170 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de diciembre de 1916.
- Ley n.º 3186 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 13 de enero de 1917.
- Ley n.º 4053 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 29 de septiembre de 1929.
- Ley n.º 4054 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 26 de septiembre de 1929.

Ley n.º 4055 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 26 de septiembre de 1929.

Ley n.º 16744 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 1 de febrero de 1968.

Ley n.º 20255 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 17 de marzo de 2018.

Ley n.º 21012 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 9 de junio de 2017.

Recomendación OIT N° 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Adopción: Ginebra, 48ª reunión CIT (08).



# Ensayos

---

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 15 | 2019



## LA TEMPESTAD Y EL ÍMPETU LEGAL ANTE LA CARTA FUNDAMENTAL

### UNA NOTA SOBRE EL ROMANTICISMO LEGISLATIVO

*Iván Aróstica Maldonado\**

Rosalía de Castro (1837-1885), *En las orillas del Sar*, condensó como nadie las claves del Romanticismo y de la Posmodernidad:

Adivinase el dulce y perfumado  
calor primaveral;  
los gérmenes se agitan en la tierra  
con inquietud en su amoroso afán,  
y cruzan por los aires, silenciosos,  
átomos que se besan al pasar.  
Hierve la sangre juvenil, se exalta  
lleno de aliento el corazón, y audaz  
el loco pensamiento sueña y cree  
que el hombre es, cual los dioses, inmortal.  
No importa que los sueños sean mentira,  
ya que al cabo es verdad  
que es venturoso el que soñando muere,  
infeliz el que vive sin soñar.

En la penúltima estrofa se halla la miga en cuestión. “No importa que los sueños sean mentira, ya que al cabo es verdad”: los sueños, sean fantasías, quimeras o utopías, se hacen realidad si pasan al campo operatorio del crear<sup>1</sup>. Es decir, cuando cobran vida por la mano de un artista que –“cual los dioses”– se vuelca en un “hacer”, siguiendo su propia imaginación y propósito; sin que su poder numinoso se encuentre constreñido a un simple “obrar” subordinado a las posibilidades reales que ofrece la naturaleza de las cosas<sup>2</sup>. Este, el arquitecto; aquel, el poeta creador.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile. Ministro y expresidente del Tribunal Constitucional de Chile. Correo electrónico: iarostica@vtr.net

<sup>1</sup> Jesús G. MAESTRO, *Rosalía de Castro: Romanticismo y Fanatismo son insensibles al desengaño*.

<sup>2</sup> Gerhart NIEMEYER, *El precio de la verdad en tiempos de ideología*, pp. 54-55.

## I

Poesía eufónica y agradable de leer, *En las orillas del Sar* se inscribe en la corriente del Romanticismo, que proclama la espontaneidad sobre la sabiduría, lo sensible sobre lo inteligible. Es la idea –todos la conocemos– de que la razón reprime y que ha de dársele preeminencia a lo emotivo y a la intuición, tan en boga hacia fines del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, como movimiento artístico, literario y musical. Y donde el artista es un progenitor, dado que ya no descubre o deduce una armonía subyacente dentro de un orden natural cognoscible, preestablecido, sino que se arroja impelido a inventar, a crear su propia obra, que luego imagina para llevarla a cabo. Es el *Sturm und Drang*, la tempestad y el ímpetu, de la década de 1770, acicateadas por los jóvenes poetas alemanes que se rebelan contra las convenciones para explorar sus emociones; para ensalzar la creación como una actividad humana completamente autónoma.

Lo describe así Johann Wolfgang von Goethe por boca del Dr. Fausto:

“largo tiempo ha que estoy hastiado de todo saber. Apaguemos las ardientes pasiones en los abismos de la sensualidad. Bajo impenetrables velos mágicos, apréstese al punto toda maravilla. Lancémonos en el bullicio del tiempo, en el torbellino de los acontecimientos”, etcétera.

El caso es que el movimiento Romántico –se sabe menos– también tiene un desenvolvimiento filosófico y cultural, al oponer contra la ley y la razón, la autonomía y la pasión. Que, infundiendo nuevos aires a Escoto (Juan Duns Scoto) y a Martín Lutero–“la razón es la mayor prostituta que tiene el diablo” (Vernunft... ist die höchste Hur, die der Teufel hat)– intensifica la idea de la ley como un acto creativo de la voluntad. E inversamente proporcional con ello, cuestiona el concepto mismo del hombre como “animal racional”, así como su consecuente: que *lex est aliquid rationis* (la ley es asunto de razones)<sup>3</sup>.

## II

De ahí que Isaiah Berlin haya podido afirmar:

“la importancia del romanticismo se debe a que constituye el mayor movimiento reciente destinado a transformar la vida y el pensamiento del

---

<sup>3</sup> Lo contrario a la razón es el irracionalismo; lo opuesto, el sofismo. Conceptos diferentes –el actuar sin razón y la argumentación falaz– que, en lo que sigue, se entienden hermanados.

mundo occidental. Lo considero el cambio puntual de más envergadura ocurrido en la conciencia de Occidente en el curso de los siglos XIX y XX, y pienso que todos los otros que tuvieron lugar durante ese periodo parecen, en comparación, menos importantes y están de todas maneras, profundamente influenciados por éste”<sup>4</sup>.

Con el romanticismo volcado al campo político y cultural, debutan en la conciencia europea, el rechazo a la concepción de que hay un orden natural de las cosas, con su noción de estructura estable; aventando –en cambio– la materialización de un ideal y el poder remodelar el mundo a voluntad, la sacralización de las minorías y de los marginales, la fuerza y la vitalidad del espíritu, el afán por elevarse por encima de la naturaleza a objeto de poder moldearla libérrimamente; hasta llegar a alentar el poder para crear valores e, incluso, un hombre nuevo, al libre discurrir de la imaginación<sup>5</sup>.

“Esas son –concluye Isaiah Berlin– las bases fundamentales del romanticismo: la voluntad, el hecho de que no hay una estructura de las cosas, de que podemos darle forma a las cosas según nuestra voluntad- es decir, que solamente comienzan a existir a partir de nuestra actividad creadora- y finalmente, la oposición a toda concepción que intente representar la realidad con alguna forma susceptible de ser analizada, registrada, comprendida, comunicada a otros, y tratada, en algún otro respecto, científicamente”<sup>6</sup>.

Se entiende, entonces, porqué en la actualidad desde la esfera política se busca conmover en lugar de persuadir, apelando a las emociones en lugar de las reflexiones, amén de apuntar no a las mentes sino que a los corazones. La falacia *ad hominem* y el argumento *ad misericordiam* han venido a reemplazar la racionalidad con que antaño se justificaba la majestad de la ley. Secuela de lo cual es que no pocas veces se vierten en la ley los idearios más irracionales, el impulso de los instintos ideológicos o impresionistas percepciones personales.

¿Tiene algo que ver esto con la constitucionalidad de la ley?

### III

Si bien la propia *Odisea* ya cantaba al *Logos*, en contraste con el capricho de los dioses y el ideal heroico inspiradores de la *Iliada*, es la obra de

<sup>4</sup> Isaiah BERLIN, *Las raíces del romanticismo*, p. 28. También en su *El sentido de la realidad*, capítulo: “La revolución romántica: una crisis en la historia del pensamiento moderno”, pp. 245-279.

<sup>5</sup> Gonzalo CONTRERAS, “Románticos o ilustrados”, p. 9.

<sup>6</sup> BERLIN, *Las raíces...*, *op. cit.*, p. 178.

Heródoto, *Trabajos y días*, la primera en defender la justicia como elemento básico de la convivencia y la paz. Será en la “fábula del halcón y el ruiseñor” donde se inaugura –para la cultura occidental– la creencia de que aquella norma de la naturaleza del dominio del más fuerte, aunque rige para los animales, no es la propia de los seres humanos, a quienes la divinidad ha dado el conocimiento y la justicia<sup>7</sup>.

Así, fue el ejercicio profundo del pensamiento, desde Anaximandro y Heráclito en adelante, lo que llevaría *a posteriori* a la filosofía griega a concebir la idea de un orden inmanente y una articulación universal del mundo, que se dio en llamar Cosmos<sup>8</sup>. Esto es, una comunidad de cosas sujetas a la justicia y el orden, que opera compensando las desigualdades. Misma idea de cosmos y comunidad que se aplica a la polis.

En este contexto cobra sentido entonces la definición de Aristóteles, de que la ley es la “razón sin apetito”<sup>9</sup>. Agregando el filósofo que, aunque los legisladores deben ser gente sabia, gobernantes competentes y no corruptos, por lo que parecería mejor fiarse de ellos, en todo caso y dado que, incluso, los mejores hombres, en cuanto hombres y no dioses, no están a salvo de pasiones y a la propensión de caer en abusos o discriminaciones, por eso, ha de optarse por la más completa y acabada legislación<sup>10</sup>. Y –resumiendo mucho– será la analogía entre el Logos griego y el Verbo divino (Dios no es un caprichoso ser) lo que permitirá en el siglo XIII a santo Tomás de Aquino definir la ley como aquella “prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”<sup>11</sup>.

Pero no olvidemos que, además, la ley como expresión de la “razón” tiene otra significación muy importante: en cuanto llamada a gobernar hombres libres, que –por eso– no tienen dueño (como los esclavos), la ley no puede disponer “arbitrariamente” de ellos, como si fuesen objetos de propiedad. Bien se separaba en la antigüedad romana lo que era la *potestas* de los gobernantes, de lo que era el *dominus* o *dominium*, que se corresponde con los términos griegos ‘*despotes*’ y ‘*despoteia*’, que hacen referencia al propietario o dueño de los esclavos<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Carlos F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, “La prehistoria de los principios de Derecho Natural. La racionalización del concepto de Derecho en el mundo griego desde Hesíodo a Aristóteles”, pp. 287-297.

<sup>8</sup> Werner Jaeger, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, capítulo IX: “El pensamiento filosófico y el descubrimiento del Cosmos”, pp. 150-180.

<sup>9</sup> ARISTÓTELES, *Política* III; 1287 a. También Platón en *Leyes*, 715 D.

<sup>10</sup> ARISTÓTELES, *Política* III, *op. cit.*, 1289. Igualmente en *Retórica* 1354<sup>a</sup> 32.

<sup>11</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, artículo 4.

<sup>12</sup> Michael OAKESHOTT, *Lecciones de Historia del Pensamiento Político*, volumen I: “Desde Grecia a la Edad Media”, pp. 246-247.

Por algo será:

“de acuerdo a su significado primitivo, [que] no hacía referencia a la autoridad de un príncipe sobre los súbditos o de un comandante sobre sus soldados, sino al poder despótico de un amo sobre sus esclavos domésticos”<sup>13</sup>,

durante el imperio, rechazado el título de *dominius* por Augusto y Tiberio, fue Calígula quien lo aceptó, a pretexto de “que puedo hacer lo que quiera con cualquiera”<sup>14</sup>.

#### IV

Ese imperio generador (y no imperio depredador, según la clarificación de Gustavo Bueno<sup>15</sup>) que fue España, nos traspasó e incorporó a una cultura donde –desde la época visigótica– ya san Isidoro de Sevilla el año 634 venía retransmitiendo:

“La ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara -que no vaya a ser que por su oscuridad, induzca a error-, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos”<sup>16</sup>.

Ideas que perduraron en Chile hasta la época de la codificación, al tenor de aquellos textos castellanos que:

“contenían una definición de ley, en la que se reflejaba la concepción característica de una cultura que se asentaba sobre la idea de la existencia de un orden del mundo trascendente e indisponible, en que la ley, en cuanto que ordenación de la razón a un cierto fin, no podía más que confirmar aquel orden trascendente que, en definitiva, no era más que aquel dispuesto por la razón eterna de Dios”<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Edward GIBBON, *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*, p. 156.

<sup>14</sup> OAKESHOTT, *op. cit.*, p. 247. Dominación y potestad son nombres que provienen del acervo conceptual cristiano, apareciendo mencionados por san Pablo en *Epístola a los Colosenses*, 1, 16. Sobre las dominaciones y las potestades, como respectivamente desfavorables y favorables al desarrollo de la vida: George SANTAYANA, *Dominaciones y Potestades*, 1141 pp.

<sup>15</sup> Gustavo BUENO, *España frente a Europa*, pp. 363-383 y 451-452.

<sup>16</sup> SAN ISIDORO DE SEVILLA *Etimologías* V, 21. Nuestra tradicional modestia nos impide resaltar que parte de estas exigencias, recientemente, ya forman parte del Estado de derecho requerido por el Tribunal Constitucional alemán: Christian Bumke-Andreas Vosskule, *German Constitutional Law*, p. 362.

<sup>17</sup> Javier BARRIENTOS GRANDÓN, *El Código Civil. Su Jurisprudencia e Historia I*, p. 25.

Así en las *Siete Partidas* (1,1,4) se lee:

“Ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento, e castigo que liga e apremia la vida del home, que no faga mal, e muestra, enseña al bien que el home debe facer, e usar: e otrosí es dicha ley, porque todos los mandamientos della deben ser leales, e derechos, e cumplidos según Dios, e según justicia”.

Cierto es que Andrés Bello en nuestro *Código Civil* de 1855 –artículo 1°– definió: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”, dando una mayor preeminencia a la voluntad, al parecer en acuerdo con los teólogos juristas de la escuela española del derecho natural del siglo XVI y los más recientes autores racionalistas del siglo XVIII.

Sin embargo, sabiendo que Andrés Bello, en realidad, nunca quiso incorporar una definición de la ley en el *Código*<sup>18</sup>, acaso refleje mejor su pensamiento de gran jurista cuanto escribió en los *Principios de Derecho Internacional* (1832), al señalar:

“Toda ley supone una autoridad de que emana. Como las naciones no dependen unas de otras, las leyes o reglas a que debe sujetarse su conducta recíproca sólo pueden serles dictadas por la razón, que a la luz de la experiencia, y consultando el bien común, las deduce del encadenamiento de causas y efectos que percibimos en el universo. El Ser Supremo, que ha establecido estas causas y efectos, que ha dado al hombre un irresistible conato al bien o a la felicidad, y no nos permite sacrificar la ajena a la nuestra, es, por consiguiente, el verdadero autor de estas leyes, y la razón no hace más que interpretarlas”<sup>19</sup>.

## V

¿Adjudicaremos, pues sin más la victoria a la proverbial *rule of law and not of men*? Cito al académico español Jesús G. Maestro:

“En nuestro tiempo, los mitos, los irracionalismos y las creencias han cobrado nueva fuerza. No solo dominan la cultura contemporánea, sino también la política, la moral e incluso los límites de la ciencia. Desde la política se pide respeto hacia creencias irracionales, y desde la moral se exige el desarrollo de consignas científicamente inaceptables. El silencio del racionalismo, sea en nombre del falso respeto, de la tolerancia irres-

<sup>18</sup> BARRIENTOS, *op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>19</sup> Andrés BELLO, “Principios de Derecho Internacional” vol. X, pp. 12-13.

ponsable, o de la mítica isovalencia de las culturas, no es nunca un silencio inofensivo. La razón es el más importante protector de la vida y de los derechos humanos. Y lo es por encima de todo tipo de creencias y credos, que solo podrán ser respetables en la medida en que sean respetuosos con el ser humano. Cuando se apagan las luces de la razón, las fuerzas del irracionalismo no conocen límites, y siempre dan lugar a los capítulos más amargos de la historia de la humanidad. Y no será el diálogo entre culturas lo que por sí solo pueda contrarrestar la sinrazón. Entre otras cosas, porque no se puede dialogar con quien no sabe razonar. Lástima que Habermas, al situar la razón en el diálogo, no se haya dado cuenta de esta minúscula y esencial evidencia<sup>20</sup>.

Al avío de las emociones y el aprovechamiento coyuntural de las crispaciones, se articulan discursos maniqueos para aprobar no pocas leyes liberticidas.

## VI

Y si el irracionalismo encuentra en las iridiscentes ideologías una de sus manifestaciones más conocidas, tengamos presente que estas asumen el nombre de totalitarismos cuando acceden al poder, aun democráticamente, *ex profeso* para emplear la ley como instrumento de cambio radical. Hasta el querer, por intermedio de la ley, que la ontología humana sea sustituida por el sentimiento o el sicologismo personal de cada quien.

Esta es la ideología legalizada.

Se entiende que una Constitución formal tenga problemas para enfrentar este género de situaciones, puesto que usualmente bastará constatar que el procedimiento democrático ha sido respetado para dar por aprobada la ley, so capa de que involucrarse en su objeto y finalidad implicaría revisar el mérito o contenido político de la decisión legislativa, cuestión ajena a los tribunales o cortes constitucionales. Fenómeno conjugable con una interpretación dúctil de la Constitución, para dar cabida a nuevos derechos de identidad o estatus de última generación, que al entrar en liza con las libertades y facultades de antigua tradición (consagrados para limitar las posibilidades de acción de las leyes), hace ahora que estos pasen a ser, de derechos inviolables, a algo ponderable.

Una posición conocida, esta última, que trata de identificar (o confundir) el concepto de Estado democrático con el concepto de Estado de derecho. Como decía el filósofo Gustavo Bueno:

---

<sup>20</sup> Jesús G. MAESTRO, *Crítica de la razón literaria*, volumen I, p. 79.

“el concepto de Estado democrático no implica necesariamente, por sí mismo, la condición de un Estado de Derecho. El consenso democrático puede estar restringido a determinadas regiones de la vida política, e incluso el consenso democrático capitativo puede plebiscitariamente, o por otros procedimientos, votar un dictador facultado con poderes de actuación al margen de las normas jurídicas preestablecidas”<sup>21</sup>.

En efecto, distinto es el caso cuando el Estado de derecho es atendido por una Constitución doctrinaria o, mejor dicho, por una Ley Fundamental, en el sentido de poseer principios fundacionales y normas cimentales con contenido axiológico directamente vinculantes y de inmediato operativas. Donde se reconozca la dignidad de la persona humana, que impida enajenarla o considerarla como un simple medio u objeto de dominio. O donde se rechace el mundo babélico del caos, el de las leyes arbitrarias, al recoger la idea de comunidad –el cosmos en la polis– que asegure el diálogo compartido entre sus miembros y la autoridad. Normas constitucionales –todas estas– insolubles, irreductibles e inderogables: que no pueden –por ende– relajarse, a pretexto de ser meros tabúes o de que se trataría de mandatos de optimización, cual simples obligaciones potestativas, a cumplir solo en la medida de lo políticamente posible.

Sea como sea, aquí no hay lugar para jueces de Salem. Más allá de las filias y las fobias, ausente la pasión en los estrados e insuflados de justicia tras serena reflexión, el deber inexcusable de los tribunales constitucionales es decir –al fin y al cabo– que alguien sí *tiene la razón*.

### *Conclusión*

El triunfo del irracionalismo es el fin de la ley y de la libertad humanas. No es posible al Estado de derecho sobrevivir de espaldas a la razón.

### *Bibliografía*

AMUNÁTEGUI Perelló, Carlos F., “La prehistoria de los principios de Derecho Natural. La racionalización del concepto de Derecho en el mundo griego desde Hesíodo a Aristóteles”, en Fernando REINOSO BARBERO (coord.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

---

<sup>21</sup> Gustavo BUENO, “Crítica a la Constitución (sustasis) de una sociedad política como Estado de Derecho”, pp. 249-250.

- AQUINO, Santo Tomás, *Suma Teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2013, tomo VI.
- ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Gredos, 1988.
- ARISTÓTELES, *Retórica*, Madrid, Gredos, 1999.
- BARRIENTOS Grandón, Javier, *El Código Civil. Su Jurisprudencia e Historia I*, Santiago, Thomson Reuters, 2016.
- BELLO, Andrés, "Principios de Derecho Internacional", en *Obras Completas* Santiago, Impreso Pedro G. Ramírez, 1886, vol. x.
- BERLIN, Isaiah, *Las raíces del romanticismo*, Taurus, Buenos Aires, 2015.
- BERLIN, Isaiah, *El sentido de la realidad*, 2ª. ed. Madrid, Taurus, 2000.
- BUENO, Gustavo, "Crítica a la Constitución (sustasis) de una sociedad política como Estado de Derecho", en Sergio VENCES FERNÁNDEZ (ed.), *La Filosofía y sus márgenes. Homenaje al profesor Baliñas Fernández*, Santiago, Universidad Santiago de Compostela, 1997.
- BUENO, Gustavo, *España frente a Europa*, Oviedo, Pentalfa Ediciones, 2019. [1999].
- BUMKE, Christian-Andreas VOSSKULE, *German Constitutional Law*, Oxford University Press, 2019.
- CONTRERAS, Gonzalo, "Románticos o ilustrados", en *El Mercurio*, Santiago, 10 de marzo de 2019, cuerpo E "Artes y Letras".
- GERHART, Niemeyer, *El precio de la verdad en tiempos de ideología*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2016.
- GIBBON, Edward, *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*, 6ª ed. abreviada, Madrid, Alba Editorial, 2008.
- JAEGER, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 25ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- MAESTRO, Jesús G., *Rosalía de Castro: Romanticismo y Fanatismo son insensibles al desengaño*. Disponible en academiaeditorial.com
- MAESTRO, Jesús G., *Crítica de la razón literaria*, Vigo, Editorial Academia del Hispanismo, 2017, volumen I.
- OAKESHOTT, Michael, *Lecciones de Historia del Pensamiento Político*, introducción y traducción Francisco J. López Atanes, Madrid, Unión Editorial, 2006.
- PLATÓN, *Leyes*, Madrid, Gredos, 1999.
- SAN PABLO, *Epístola a los Colosenses*, en *Biblia de Jerusalén*, Barcelona, Desclée de Brouwer, 1992
- SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2018.
- SANTAYANA, George, *Dominaciones y Potestades*, traducción José Antonio Fontanilla Oviedo, KRK Ediciones, 2010.



# Comentarios de jurisprudencia

---

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 15 | 2019



## DERECHO DE LA MUJER A LA FUNCIÓN PÚBLICA: UN CASO CHILENO DEL SIGLO XIX

*Rodrigo Céspedes\**

La Corte Suprema Chilena, en sentencia del año 1893, revocó una sentencia de la Corte de Apelaciones que niega el acceso al empleo público a una mujer por su condición de tal. La Corte Suprema, aceptando la petición de la recurrente, resuelve que el principio de igualdad constitucional se aplica de manera prioritaria y directa, tanto para hombres como para mujeres. Asimismo, reafirma que las mujeres pueden hacer todo lo que no les está prohibido de forma específica; por lo tanto, las limitaciones a los derechos de la mujer deben interpretarse restrictivamente.

*Sentencia 2597, Matilde Throup, 1893*  
*Concurso de opositores a la plaza de secretario judicial*  
*y notario de Ancud*  
Gaceta de los Tribunales, año LIII, n.º 3.735,  
Santiago, 1893, pp. 393-394  
*Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de abril de 1893*  
*Corte Suprema, 23 de septiembre de 1893*

### *I. Texto de la sentencia*<sup>1</sup>

#### *1. SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN*

Concepción, 6 de abril de 1893.-

Vistos: teniendo en consideración:

1. Que el art. 320 de la Ley de Tribunales dispone que la Corte examinará las aptitudes y mérito de los opositores a los concursos

---

\* Investigador, Instituto Max Planck de Antropología Social (Halle), Departamento de Derecho y Antropología, correo electrónico: [cespedes@eth.mpg.de](mailto:cespedes@eth.mpg.de)

<sup>1</sup> Agradezco a mis colegas Alex Murray, Rusbel Ricardo Ortíz Dicelis y Anett Kirchhof por la ayuda prestada en este trabajo. La ortografía de la sentencia está adaptada al castellano actual.

- públicos establecidos para la provisión de los cargos de relator, notario, secretario de Juzgado, etcétera;
2. Que aun cuando el título de abogado supone la competencia y honorabilidad de la persona que lo posee, él por sí solo no basta para presumir a esa persona con las aptitudes requeridas por la ley para desempeñar esta clase de cargos públicos, ya que un abogado ciego o demente, por ejemplo, carecería de ellas;
  3. Que tanto de la incompatibilidad moral proveniente de la diferencia de sexo, como de la imposibilidad en que la mujer, por su propia condición y naturaleza, se encontraría con frecuencia para ejercer aquellos cargos, resulta que ella no tiene las aptitudes o suficiencia que la ley exige para obtener y servir los mismos cargos;
  4. Que la palabra “abogado” que usa el art. 337 de la citada ley, al determinar los requisitos necesarios para poder ser nombrado secretario de Juzgado, etc., se limita manifiestamente por la naturaleza de la disposición y por la historia fidedigna de su establecimiento al sexo masculino;
  5. Que por lo expuesto anteriormente y porque al dictarse la Ley de Tribunales las costumbres sociales y el derecho positivo prohibían a la mujer el acceso a la profesión de abogado, dicha ley no consignó en el caso de que se trata una inhabilitación expresa para la mujer que poseyera el título de abogado; pero esta inhabilitación fluye lógica y forzosamente no sólo de la historia de la ley sino también del artículo últimamente citado, al excluir a la mujer de los antedichos cargos cuando no se presenta a la oposición ningún abogado, puesto que en tal caso exige que el individuo tenga las cualidades necesarias para poder ejercer el derecho de sufragio en las elecciones populares; y la mujer carece de este derecho;
  6. Que, además, prohibiendo la ley que la mujer pueda ser testigo en un testamento solemne con mayor razón le prohíbe que pueda ser el notario o ministro de fe llamado a otorgar tal instrumento; y;
  7. Que el precepto constitucional que

“asegura a todos los habitantes de la República la admisión a todos los empleos y funciones públicas, sin otras condiciones que las que impongan las leyes”,

no se encontraría en el caso contemplado, ya que, según queda establecido, la mujer está inhabilitada por la ley para poder ser nombrada notario o secretario de un Juzgado.

Por estos fundamentos, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal, y conforme a las disposiciones legales recordadas y a lo prescrito en los arts. 1925 y 112 del Código Civil y 10 número 2 de la Constitución Política, se declara sin lugar la petición que en el escrito de f. 15 formula doña Matilde Throup S. a fin de que se le tenga por opuesta al concurso abierto para proveer la notaría y secretaría del Juzgado de Letras de Ancud que deben ser desempeñadas por una misma persona.

Publíquese y reemplácese el papel.—Zenteno B.—Rodríguez C.—Figueroa Lagos.—Puentes R.—Ojeda.—Pronunciada por la Iltima. Corte.—Blaitt, secretario. Santiago, 23 de setiembre de 1893.-

## 2. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Vistos: considerando:

1. Que el núm. 2° del art. 10 de la Constitución asegura a todos los habitantes de la República la admisión a todos los empleos y funciones públicas sin otras condiciones que las que impongan las leyes;
2. Que este derecho, como los demás que, bajo el epígrafe de Derecho Público de Chile, se consignan en el citado art. 10, los otorga la Constitución a todos los habitantes de la República, sean hombres o mujeres;
3. Que si bien las costumbres y el estado social de la mujer en el país la han mantenido constantemente alejada de la generalidad de las funciones públicas, no es ésta, como no lo son tampoco las consideraciones que puedan deducirse de su naturaleza física o de su condición moral, o de la conveniencia del Estado, razones que en caso de controversia que haya de resolverse por los Tribunales de Justicia, con arreglo a las prescripciones de la ley escrita, puedan servir de fundamento para negar un derecho reconocido explícitamente por la Constitución;
4. Que este derecho de la mujer se entiende limitado sólo cuando leyes especiales, teniendo en vista modificaciones operadas en el modo de ser social de aquélla o consultando interés o propósitos de otra especie, restringen de alguna manera su capacidad legal para ejercer determinados empleos o determinadas funciones públicas;
5. Que lo expuesto se comprueba con lo ordenado en el artículo 25 de la Ley de Elecciones de 1890, que al disponer que las mujeres

- no sean inscritas en los registros electorales, les impide adquirir la calidad de ciudadanos activos con el derecho de sufragio y las inhabilita, por consiguiente, para desempeñar los empleos o funciones para cuya admisión sea necesaria esa circunstancia;
6. Que del mismo modo, si bien es verdad que existen algunas disposiciones como la del art. 1012 del Código Civil citado en el auto de primera instancia y otras como la del art. 499, por ejemplo, que declara a la mujer incapaz en general de toda tutela o curaduría, o como la del art. 1413 del Código de Comercio que le prohíbe ser síndico de una quiebra, prohibición esta última que no estableció la ley de 8 de febrero de 1837 al reglamentar los concursos de acreedores, por creerla tal vez innecesaria en aquella época, también es cierto que estas excepciones, como la consignada, en la consideración anterior, manifiestan de modo evidente que la mujer dentro del derecho público como dentro del derecho privado tiene capacidad legal para el ejercicio de los empleos, funciones o cargos que con arreglo a ellos puedan conferirse, y de que no haya sido declarada incapaz o inhabilitada legalmente de otro modo para su desempeño por razón del sexo;
  7. Que establecido el antecedente de que doña Matilde Throup, no obstante su sexo, tiene constitucionalmente derecho como todo habitante de la República para ser admitida al desempeño de los empleos públicos que pretende, falta solo considerar si reúne las condiciones que exige la ley para presentarse como aspirante en el concurso abierto para la provisión de dichos empleos;
  8. Que los arts. 337 y 363 de la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 15 de octubre de 1875, sólo exige como requisito especial para poder ser secretario de un Juzgado de Letras o para poder ser notario, la calidad de abogado, calidad de que la solicitante se halla en posesión desde el 6 de junio de 1892, fecha en que esta Corte le expidió el correspondiente título en conformidad al art. 403 de la citada ley de 15 de octubre de 1875;
  9. Que no hay razón para suponer que la palabra abogado empleada en el citado art. 337 se refiera sólo a un sexo, puesto que la naturaleza de la disposición y su contexto no lo manifiestan claramente, ni existe en la historia del establecimiento de la ley antecedente del cual pueda deducirse que deba entenderse de otro modo que en el sentido general en que está usada y com-

prensiva por tanto de los dos sexos, como lo previene el art. 25 del Código Civil.

Con arreglo a las consideraciones precedentes y disposiciones legales citadas, se revoca la resolución apelada de 6 de abril de 1893, corriente a f. 30 vta., y se declara que doña Matilde Throup tiene derecho a ser admitida en el concurso a que se ha convocado para la provisión de las plazas de secretario del Juzgado de Letras y de notario de Ancud.

Acordada por los señores Presidente Barceló y Ministros Amunátegui, Alfonso, Sanhueza y Urrutia contra el voto de los señores Ministros Risopatron i Flores que opinaron por la confirmación del auto apelado.

Publíquese y devuélvanse.— Barceló.— Amunátegui.— Risopatron.— Alfonso.— Sanhueza.— Flores.— L. Urrutia.— Proveído por la Excma. Corte Suprema.— Montt, secretario.

## *II. Comentario*

El caso que comento, pese a su antigüedad, es paradójicamente actual. Es frecuente escuchar en el debate nacional posturas feministas, más o menos radicales. Se ha instalado en el discurso público referirse a “chilenos y chilenas” como recurso puramente semántico para mostrar corrección política y progresismo, como si las palabras y las formas vacías tuvieran un efecto mágico en la realidad. Este no es el caso, como lo señala nuestra Corte Suprema.

Matilde Throup, que cursó sus estudios de derecho y recibió su habilitación para ejercer, postula a un concurso para ser notario y secretaria en un juzgado. La Corte de Apelaciones de Concepción la rechaza por ser mujer, ya que su sexo la inhabilita para ser parte del Poder Judicial. En palabras del tribunal, su “condición y naturaleza” le impiden acceder a este cargo como “a un abogado ciego o demente”. Así, solo por su sexo, la demandante “no tiene las aptitudes o suficiencia que la ley exige para obtener y servir los mismos cargos” y adolece de “incompatibilidad moral proveniente de la diferencia de sexo”. Según la Corte de Apelaciones, el término ‘abogado’ utilizado en la legislación restringiría los cargos solo a los hombres y, de las múltiples restricciones a los derechos de las mujeres, se colegiría un principio general que les prohíbe acceder a este tipo de concursos, lo que es confirmado por los convencionalismos sociales. Por último, la igualdad prescrita en la Constitución no se aplicaría a este caso. La Corte Suprema revoca este fallo y concede el derecho a la demandante a acceder al cargo, señalando que los principios de igualdad y libertad se aplican de modo prioritario y directo.

Los estudios de las sentencias chilenas del siglo XIX se han centrado más que todo en aspectos relacionados con el control de los actos administrativos y la nulidad de derecho público<sup>2</sup>, aspectos tributarios<sup>3</sup>, la responsabilidad del Estado/derecho de propiedad<sup>4</sup> y sobre el Estado de derecho en general<sup>5</sup>. He visto pocos trabajos sobre aplicación de los que, en terminología estadounidense, se llamarían *civil rights*<sup>6</sup>. La sentencia comentada no solo es un excelente caso de protección, sino que, además, esta decisión tiene varios aspectos relevantes: la igualdad y la libertad como derechos constitucionales, los convencionalismos sociales, la interpretación de las normas y el mérito de esta sentencia como hito histórico en el avance de los derechos de la mujer.

### 1. LA IGUALDAD

#### COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación ilegítima son principios reconocidos por todas las naciones civilizadas; son consideradas como normas de *ius cogens*<sup>7</sup>. Tratados de derechos humanos<sup>8</sup>,

<sup>2</sup> Eduardo SOTO KLOSS, “*Márquez c/Municipalidad de La Serena (1903)*. Un voto en contra muy Especial”, pp 261-265; Gabriel BOCKSANG HOLA, “*Larraín con Intendente de Santiago (1864)*, Separación de funciones estatales/operatividad directa de la Constitución/principio de juridicidad/*nemo iudex in causa sua*”. También, Rodrigo CESPEDES, “*Contra el subdelegado don Medardo Monti (1867)*, por abusos”, pp. 275-279.

<sup>3</sup> Rodrigo CESPEDES & Jaime GARCÍA, “Ley de comuna autónoma (1891), cargas públicas y proporcionalidad”, pp 677-685. También, Rodrigo CESPEDES, “Cargas públicas y enriquecimiento sin causa. un caso del siglo XIX”, pp. 379-383.

<sup>4</sup> Eduardo SOTO KLOSS, “1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones (i)”, pp. 79-99; Eduardo SOTO KLOSS, “1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones (ii)”, pp. 72-84. También, Gabriel BOCKSANG HOLA, “Política jurisdiccional en dispositivos anómalos de sentencias referidas a la administración del Estado (1819-1858)”, pp 277-294.

<sup>5</sup> Gabriel BOCKSANG HOLA, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*. También, Rodrigo CESPEDES, “Administración, heterotutela y cosa juzgada en el siglo XIX”, pp. 259-265.

<sup>6</sup> Los derechos civiles son aquellos que garantizan las libertades por parte del poder y protegen la capacidad del ciudadano para participar en la vida civil y política del Estado en condiciones de igualdad, y sin discriminación.

<sup>7</sup> Anne F. BAYEFISKY, “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, pp. 1-34. También, Andrea BIANCHI, “Human rights and the magic of jus cogens”, pp. 491-508. También, Nick O'BRIEN, “Equality and Human Rights: Foundations of a Common Culture?”, pp. 27-35.

<sup>8</sup> Artículos 1, 2 y 7 UDHR, Arts. 2.1, 4.1, 24.1, 25 y 26 ICCPR; artículos 2.2, 7.a.i, 7.c, y 10.3 ICESCR. Para un análisis de la jurisprudencia relevante en el ámbito internacional y nacional.

declaraciones internacionales específicas<sup>9</sup>, constituciones<sup>10</sup> y la legislación establecen la igualdad como principio fundamental. Como la discriminación es aún una práctica persistente, instituciones internacionales y nacionales (incluyendo ONG) promocionan la igualdad y denuncian las prácticas discriminatorias. La igualdad es un claro ejemplo de un valor superior que inspira todo nuestro ordenamiento contemporáneo occidental, con la consecuente prohibición de la discriminación arbitraria. La sentencia comentada anticipa esta tendencia, convirtiéndose en un hito en la jurisprudencia chilena y, quizá, mundial. Esto, pues la igualdad y la no-discriminación eran valores esenciales del “derecho público de Chile” de esa época como lo señala nuestro Máximo Tribunal.

El Constituyente de 1833 reitera expresamente el principio de igualdad en algunos ámbitos (artículo 12 n.ºs 1 y 4), pero aun así el fallo de la Corte Suprema es revolucionario para esos años. El legislador hizo lo mismo, estableciendo esta garantía en muchos cuerpos legislativos, así como ya lo declaraba el *Código Civil* en esa época<sup>11</sup>. Este valor superior será una especie de pauta a la que se atribuye un contenido de evidente justicia, parte esencial de los cimientos de todo el sistema jurídico.

Igualdad significa tratar a las personas de la misma manera si están situadas en circunstancias similares. Es, por tanto, implícito que individuos que se encuentran en situaciones diferentes serán tratados en forma diversa. Lo que señala la Corte Suprema es, en efecto, eso. Una mujer “abogado”, que hizo los correspondientes estudios (las universidades chilenas estaban abiertas para mujeres desde 1873<sup>12</sup>) y recibió su título de la misma Corte Suprema, no se encuentra en una posición diferente a la de un varón. Por lo tanto, no puede ser equiparable a un “abogado ciego o demente”. El Máximo Tribunal remarca que mujer no es inhábil “por su propia condición y naturaleza”, ni que de esto puede colegirse una “incompatibilidad moral proveniente de la diferencia de sexo” como dice la Corte de Concepción. La Corte de Apelaciones sostiene que la mujer en general no “tiene las aptitudes o suficiencia que la ley exige para obtener y servir los mismos cargos”. Sin embargo, la Corte Suprema señala

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).

<sup>10</sup> Por ejemplo, Austria, artículo 7; Bélgica, artículo 10; Finlandia, sec. 6.1; Alemania, artículo 3; Irlanda, artículo 40; Holanda, artículo 1; Polonia, artículo 32; España, artículo 14; por nombrar a algunos.

<sup>11</sup> Por ejemplo, el artículo 55 del *Código Civil* establece igualdad de todas las personas.

<sup>12</sup> Incluso, antes que muchos países europeos. Francesca Miller, *Latin American Women and the Search for Social Justice*.

que si Matilde Throup obtuvo el título profesional, está perfectamente capacitada para el concurso al que postula.

Las regulaciones segregatorias eran comunes en el pasado, debido al influjo de la mentalidad ilustrada y napoleónica en la legislación del siglo XIX. En esta sentencia me encuentro frente a una discriminación asociada a situaciones de concurrencia y competencia entre individuos por “recursos” escasos (en particular los puestos de trabajo, en este caso un “concurso de opositores a la plaza de secretario judicial y notario de Ancud”). Si algún individuo es preferido o desfavorecido entre un grupo porque tiene (o adolece) de una característica dada (ser mujer, por ejemplo) y sin justificación racional (como la diferencia entre abogados y una *abogada*), estoy en presencia de discriminación ilegítima, como lo constata nuestra Corte Suprema. Antes de la selección, las personas que cumplen con los requisitos son *per se* iguales (solo hay que

“considerar si reúne las condiciones que exige la ley para presentarse como aspirante en el concurso abierto para la provisión de dichos empleos”).

Después que la selección es realizada, la discriminación ilegítima puede ser detectada identificando el factor que inclinó la preferencia por algún individuo en particular. En el caso en comento, es explícito. La Corte de Apelaciones de Concepción excluye a Matilde Throup por el solo hecho de su género. La aparición de criterios ilegítimos (basados en raza, género o religión por ejemplo) era frecuente en esa época. En realidad, una selección es legítima solo si se justifica en el talento, habilidad o conocimiento (o sea, en “las aptitudes y mérito de los opositores a los concursos públicos”). El objetivo de eliminar las discriminaciones ilegítimas es permitir que cada individuo tenga igualdad de oportunidades a acceder a los beneficios que la comunidad les ofrece de manera justa. Por ejemplo, en el ingreso a la función pública como lo remarca nuestro Máximo Tribunal. La Corte deja en claro que, en el acceso a la función pública, en sentido amplio, son todos iguales como los señala la Constitución de 1833:

“la Constitución asegura a todos los habitantes de la República la admisión a todos los empleos y funciones públicas sin otras condiciones que las que impongan las leyes;... [el] Derecho Público de Chile... otorga [este derecho] a todos los habitantes de la República, sean hombres o mujeres”).

Una vez que todos los candidatos han accedido en igualdad de condiciones, viene un proceso de selección que es discrecional, pero que deben ser ejercidos con ciertos límites y siguiendo ciertos principios: imparcialidad, neutralidad, independencia, objetividad, razonabilidad, corrección procedimental y, por cierto, los requisitos que solo la ley puede establecer:

(“[la ley] sólo exige como requisito especial para poder ser secretario de un Juzgado de Letras o para poder ser notario, la calidad de abogado, calidad de que la solicitante se halla en posesión”).

Como acertadamente sostiene la Corte Suprema, no hay ninguna prohibición legal específica que impida a las mujeres ser parte del Poder Judicial (“algunas disposiciones” que establecen “incapacidades” de la mujer, son “excepciones”, entonces:

“la mujer dentro del derecho público como dentro del derecho privado tiene capacidad legal para el ejercicio de los empleos, funciones o cargos [siempre que] no haya sido declarada incapaz o inhabilitada legalmente”).

Por lo tanto, la demandante cumple con los requisitos para el cargo, la ley “sólo exige como requisito especial... la calidad de abogado”.

## 2. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y CONVENCIONES SOCIALES

Los principios generales del derecho también se denominan *principios generales de la legislación* (art. 24 del CC); las expresiones suenan parecidas, pero no sinónimas. La última tiene un cariz más positivista: parece como si estos fueran una *inducción* de la legislación, extraídos después del estudio de todo el ordenamiento jurídico y cada una de sus áreas. Por ejemplo, la noción del “ánimo de lucro”, la intermediación y profesionalidad como parte esencial de la actividad mercantil se derivan de varias disposiciones del *Código de Comercio*. Una generalización propia del legislador es la prohibición de las transferencias (traspaso entre vivos) a título universal, lo que se extrae de los artículos 1407, 1811 y 2056 del *Código Civil*. La Corte de Concepción hace una generalización similar: infiere una incapacidad general de varias disposiciones legales que establecen la incapacidad de la mujer para ejecutar ciertos actos. En efecto, carecía del “derecho de sufragio en las elecciones populares” o no podía “ser testigo en un testamento solemne”. De estas normas particulares, la “inhabilitación fluye lógica y forzosamente”. La Corte Suprema diría exactamente lo contrario.

Un rasgo importante de nuestro ordenamiento jurídico es la supremacía y la aplicación directa de la Carta Fundamental (en esto, hay una solución de continuidad entre las Constituciones de 1833, 1925 y 1980). Ante cualquier principio inductivo que provenga de la legislación, se impone la Carta Fundamental. En esta, la igualdad es un valor superior

que inspira todo nuestro ordenamiento, incluida las normas que regulan el acceso a cargos públicos. Por eso, el derecho a participar en concursos para cargos públicos solo se encuentra limitado por las “condiciones que impongan las leyes”. Como ser mujer no es una limitación prescrita por ley, la litigante “no obstante su sexo, tiene constitucionalmente derecho como *todo* habitante de la República para ser admitida al desempeño de los empleos públicos”. Entonces, la Constitución y “el Derecho Público de Chile, otorga ese derecho a *todos* los habitantes de la República, sean *hombres* o *mujeres*”. La igualdad, es un “derecho reconocido explícitamente por la Constitución”, la norma superior, cúspide del ordenamiento. La Corte de Concepción ignora esta supremacía y la aplicación directa diciendo que la Carta Fundamental no se aplica “al caso contemplado”.

La Corte Suprema no solo se vale de la supremacía constitucional y el derecho a la igualdad, sino, también, del principio general de libertad. En efecto, los ciudadanos pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido, con un vasto campo de acción. Para garantizar este principio general, el poder público solo puede imponer requisitos, restricciones y cargas por la fuente formal autorizada por la Carta Máxima (normalmente la ley). La libertad personal en general, por una parte y la limitación al poder público (por medio de la ley), por la otra, son complementarios. El objetivo de ambas nociones es garantizar la libertad de las personas, para cuya protección el derecho existe. Estos dos criterios no pueden desecharse al momento de interpretar el derecho. En efecto, desconocerlos puede provocar serias distorsiones, como se deduce de la sentencia de la Corte Suprema. La Constitución (como norma superior y directamente aplicable) no puede dejarse de lado y hacer este tipo de meras generalizaciones legales. En este tipo de conflictos, los principios se extraen no solo de la legislación, sino de todo el derecho, incluyendo por cierto la Carta Fundamental. Tratándose de derechos individuales, la interpretación debe ser extensiva (*pro homine*, o *pro femina*, para contentar a la corrección política). Si hay normas particulares que establecen inhabilidades o limitaciones, su interpretación debe ser estricta. Es decir, si hay restricciones puntuales, lo que debe colegirse es que lo que no está prohibido de modo expreso está permitido como principio general. Este es en la práctica un axioma del derecho público que protege la libertad individual. En efecto, como señala la Corte Suprema, solo “existen algunas disposiciones” que establecen incapacidades o prohibiciones a la mujer que son solo “excepciones”, de modo que en “derecho público como dentro del derecho privado [la mujer tiene] tiene capacidad legal” salvo para situaciones puntuales. En consecuencia, la igualdad se limita “sólo cuando leyes especiales... restringen de alguna manera [la] capacidad

legal [de la mujer] para ejercer determinados empleos”. Entonces, no hay “inhabilitación expresa” para acceder al cargo, como, de modo errado, infiere la Corte de Concepción. De esta forma, la generalización que hace la Corte de Apelaciones no resiste mayor análisis si se compara con la supremacía constitucional, la igualdad y el principio general de libertad. En la prelación de elementos hermenéuticos, la interpretación conforme a la Constitución y el derecho público chileno tienen prioridad.

El argumento literal utilizado por la Corte de Concepciones es del todo superficial. La palabra ‘abogado’, según la Corte de Concepción, “limita manifiestamente por la naturaleza de la disposición y por la historia fidedigna de su establecimiento al sexo masculino”. El Máximo Tribunal refuta diciendo:

“no hay razón para suponer que la palabra abogado... se refiera sólo a un sexo, puesto que la naturaleza de la disposición y su contexto no lo manifiestan claramente... deb[e] entenderse... comprensiva por tanto de los dos sexos”.

Para terminar, otro argumento considerado por ambas Cortes es la “época” y también los usos sociales. Todas las categorías protegidas (el género, por ejemplo), son listas abiertas y varían con tiempo<sup>13</sup> o lugar, evolucionan<sup>14</sup>. La Corte de Apelaciones hace un errado juicio sobre la evo-

<sup>13</sup> Un caso interesante en esta materia es “Contra Vallejo Pacheco (Revista Pingüino)”, sec. 4, p. 313 y ss. En este caso, la revista *Pingüino* publica ejemplares con desnudos femeninos parciales, se inicia procedimiento criminal por el delito de “ultraje al pudor y las buenas costumbres”. El juez de primera instancia señala que las fotografías en cuestión son obscenas y contrarias a las buenas costumbres; se trata de pornografía y no persiguen fin artístico. Por lo tanto, encuadra dentro del delito de ultraje al pudor y las buenas costumbres, ya que se trata de conductas de significación sexual a vista del público y que causan escándalo por afectar la moral social. La sentencia es revocada porque no hay, en realidad, “grave escándalo”, y este tipo de vestimenta (o la ausencia de ella) es tolerada. Esto se evidencia en las playas, en los espectáculos y en la prensa (cine, TV, etc.). El juez, entonces, debe interpretar el sentir de la comunidad y sopesar la conciencia moral imperante. El Tribunal Superior señala que la moralidad pública es cambiante, las normas fueron dictadas hace mucho tiempo, para una realidad distinta. El juez debe interpretar las normas según la evolución social y, según la época del fallo, ese tipo de conducta no puede ser penalizada.

<sup>14</sup> Por ejemplo, en Estados Unidos, el caso más importante en materia de discriminación racial es *Dred Scott v Sandford* (1857). En este se declara que no todos los hombres son libres, la esclavitud es constitucional y los esclavos son “propiedad”. Dejada sin efecto por la Enmienda XIII (1865) después de la Guerra de Secesión; sin embargo, los Estados sureños promulgaron regulaciones “para negros” o *black codes*, tendientes a restringir los derechos de los antiguos esclavos. Si bien se eliminó la esclavitud, esto no significó el fin de la discriminación, por lo que se puso en vigor la Enmienda XIV (1870). Aun así, los *black codes* (formalmente eliminados por la *Civil Right Act* de 1866), fueron

lución de las costumbres, ya que Matilde Throup perfectamente, y en esa época, había podido entrar a la universidad y obtener su título profesional. La Corte de Apelaciones señala que las “costumbres sociales y el derecho positivo prohibían a la mujer el acceso a la profesión de abogado”. Pero el Máximo Tribunal agrega: “las costumbres y el estado social de la mujer en el país la han mantenido constantemente alejada de la generalidad de las funciones públicas”, y enseguida añade que esto no puede “servir de fundamento para negar un derecho reconocido explícitamente por la Constitución”. La Corte Suprema parece entender que los tiempos de exclusión de la mujer eran cosa del pasado según las “modificaciones operadas en el modo de ser social”. Y agrega que la prohibición para acceder al cargo era “innecesaria en aquella época”, pero los nuevos tiempos exigen una incapacidad expresa. La supremacía constitucional tiene mayor fuerza y se impone frente a ciertos convencionalismos sociales.

### *3. Hito mundial en la protección de los derechos de la mujer*

Este fallo chileno es, en verdad, un hito en la lucha por la no-discriminación y la igualdad de género. Veinte años antes, la Corte Suprema de Estados Unidos falló el caso *Bradwell v Illinois* 83 US (16 Wall.) 130 (1873). La sentencia tiene una asombrosa similitud con el caso que comento.

Myra Bradwell aprueba los exámenes de derecho y la barra de abogados le niega su incorporación por el solo hecho de ser mujer; si bien el estatuto solo exigía buena conducta y conocimientos adecuados. Los tribunales de Illinois sustentan la misma teoría (“corresponde a los varones crear, aplicar y ejecutar las leyes”). No obstante, el Estatuto de Illinois no prohibía expresamente a las mujeres ejercer la abogacía. Su marido recurre a la Corte Suprema fundado en el error en la interpretación del Estatuto y la consiguiente violación a la igualdad constitucionalmente garantizada.

El problema en esencia, consistía en determinar si atentaba contra la igualdad constitucional la decisión de la barra de abogados y de los tribunales de Illinois al negar a una mujer la licencia para ejercer la abogacía. La Corte Suprema Americana señaló que la decisión de excluir a una mujer de la abogacía no era contraria a la Constitución. Es decir, el

---

reemplazados por regulaciones informales y discriminatorias. El proceso ha sido largo y la efectiva integración en toda la nación solo se logró en la década de 1960.

derecho a ejercer la abogacía no es de aquellos que correspondan a *toda* persona que tenga los requisitos señalados en el Estatuto. Esto, ya que según la Corte, “lo natural y apropiado para la mujer casada es ser excluida de la profesión legal”. A fin de cuentas, “las mujeres tienen una natural delicadeza y timidez que les impide desarrollar apropiadamente ciertas actividades laborales”. Por lo tanto, deben mantenerse las áreas reservadas al varón y la mujer, ya que “la naturaleza misma ha reconocido una gran diferencia en las esferas y destinos en el hombre y la mujer”.

Hay una increíble similitud en los argumentos de la Corte Suprema Americana y la Corte de Apelaciones de Concepción. La sentencia americana asigna papeles muy definidos al género, al igual que la Corte de Apelaciones parece sugerir. Solo bastantes años después se utilizará la Enmienda XIV (1868) para dejar sin efecto regulaciones discriminatorias basadas en el género. De hecho, las mujeres comenzaron a ejercer en general la profesión legal en la década de 1920 en Estados Unidos<sup>15</sup>. Por años los tribunales estadounidenses siguieron la tradición de considerarla como un ser humano de segunda clase, incluso después de la Enmienda XIV. Sin embargo, la Corte Suprema chilena se separa de esta tendencia y contradice todos esos argumentos: una verdadera sentencia revolucionaria. Tanto así que en Francia las mujeres pudieron ejercer la profesión legal solo en 1900<sup>16</sup>; en Sudáfrica en 1912<sup>17</sup>.

Nuestro Máximo Tribunal anticipa la protección de los derechos de la mujer: específicamente el derecho de las mujeres a “jugar” en igualdad de condiciones en un mundo dominado por varones. De hecho, la Corte Suprema chilena supone que hombres y mujeres son, en esencia, iguales, la distinción sexual es accidental y no marca una diferencia para la práctica del derecho. Nuestra Corte prevé todas las posteriores reformas a la legislación, la igualdad de oportunidades y la meritocracia a través de la aplicación de la primacía y aplicación directa de la Constitución de 1833.

---

<sup>15</sup> Hasta el siglo XX, el derecho estadounidense contemplaba una fuerte potestad marital (*system of coverture/femme covert*), definido por Blackstone, quien señalaba que por matrimonio, los cónyuges se transforman en una sola persona para el ordenamiento jurídico; es decir, la existencia legal de la mujer se suspende durante el matrimonio. Las mujeres casadas no fueron definidas legalmente como “personas”, sino hasta 1875 *Minor v Happersett*, 88 US 162 [1875]. Esta sentencia sostiene que las mujeres no tienen derecho a voto y no hay discriminación por restringirla solo a los hombres.

<sup>16</sup> Margaret L. ARNOT, Cornelia USBORNE & Meg ARNOT, *Gender and Crime in Modern Europe*.

<sup>17</sup> *Incorporated Law Society v Wookey*, 1912 AD 623.

## Bibliografía

- ARNOT, Margaret L., Cornelia USBORNE & Meg ARNOT (eds.), *Gender and Crime in Modern Europe*, Psychology Press, 1999.
- BAYEFSKY, Anne F., "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", in *Human Rights Law Journal*, vol. 11, Nr. 1-2, 1990.
- BIANCHI, Andrea, "Human rights and the magic of *jus cogens*", in *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel, "Larraín con Intendente de Santiago (1864), Separación de funciones estatales/operatividad directa de la Constitución/principio de jurisdicción/*nemo iudex in causa sua*), en *Ius Publicum*, n.º 39, Santiago, 2017.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*, Santiago, CUP, 2015.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel, "Política jurisdiccional en dispositivos anómalos de sentencias referidas a la administración del Estado (1819-1858)", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 37, 2015.
- CÉSPEDES, Rodrigo, "Administración, heterotutela y cosa juzgada en el siglo XIX", en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.º 10, Santiago, 2017.
- CÉSPEDES, Rodrigo, "Cargas públicas y enriquecimiento sin causa. Un caso del siglo XIX", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 39, 2017.
- CÉSPEDES, Rodrigo, "Contra el subdelegado don Medardo Monti (1867), por abusos", en *Ius Publicum*, n.º 38, 2017.
- CÉSPEDES, Rodrigo & Jaime GARCÍA, "Ley de comuna autónoma (1891), cargas públicas y proporcionalidad", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 40, 2018.
- MILLER, Francesca, *Latin American Women and the Search for Social Justice*, University Press of New England, 1991.
- O'BRIEN, Nick, "Equality and Human Rights: Foundations of a Common Culture?", in *The Political Quarterly*, vol. 79, n.º 1, January-March, 2008.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "Márquez c/Municipalidad de La Serena (1903). Un voto en contra muy Especial", en *Ius Publicum*, n.º 38, Santiago, 2017.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones (I)", en *Ius Publicum*, n.º 26, Santiago, 2011.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones (II)", en *Ius Publicum*, n.º 27, Santiago, 2011.

## JURISPRUDENCIA

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, "Contra Vallejo Pacheco (Revista Pingüino)", en *RDJ*, tomo 61, n.º 78, Santiago, 1964.

# Recensiones

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N° 15 | 2019



MIGUEL AYUSO (ED.), *¿TRANSHUMANISMO O POSTHUMANIDAD? LA POLÍTICA Y EL DERECHO DESPUÉS DEL HUMANISMO*, MADRID, MARCIAL PONS, 2019, ISBN 978-84-9123-645-0

*Julio Alvear Téllez\**

El catedrático español Miguel Ayuso nos entrega en esta obra una cuidada edición de las actas del VI Congreso Mundial de Juristas Católicos, celebrado los días 7, 8 y 9 de noviembre del pasado año 2018, en la Ciudad de México. El encuentro científico contó con la participación de importantes académicos de América y Europa y fue organizado por la Asociación Mexicana de Juristas Católicos, en colaboración con la Unión Internacional de Juristas Católicos (Ciudad del Vaticano) y el Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II (Madrid).

El libro cuenta con las colaboraciones de los profesores Miguel Ayuso, Michel Bastit (Francia), Ricardo Dip (Brasil), Juan Fernando Segovia (Argentina), Pedro José Izquierdo (México), Alejandro Ordoñez (Colombia), César Félix Sánchez (Perú), Juan Manuel de Prada (España), José Luis Widow (Chile), Janós Frivaldszky (Hungria), John Rao (Estados Unidos) y Danilo Castellano (Italia).

Miguel Ayuso describe la visión general del problema en un artículo introductorio titulado “El telón de fondo del transhumanismo” (pp. 15-29). El jurista hispano repasa con su clarividencia habitual el impacto que el cientismo operativo ha tenido en la ciencia política, mostrando de qué modo las fuerzas más dinámicas de la modernidad se han abocado a la abolición del hombre. Operación encubierta en el caso del derecho, por el uso tramposo del lenguaje de la dignidad humana y de la libertad.

---

\* Doctor en derecho y doctor en filosofía por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

Miguel Bastit aborda “La invocación de la normatividad de la naturaleza en el Derecho” (pp. 31-37). Breve, pero sustancioso texto del filósofo francés, que nos pone en contacto con la noción de naturaleza de los clásicos. Descendiendo al ámbito más particular de la naturaleza humana, connota cómo la ignorancia voluntaria de estas realidades primarias conduce a las negaciones contemporáneas, donde el derecho natural va desapareciendo casi por completo.

Ricardo Dip continúa con la temática en su excelente estudio titulado “La naturaleza humana y su relevancia práctica” (pp. 39-48). El magistrado brasileño destaca de qué manera la naturaleza humana necesita ser perfeccionada a través de los hábitos. Y cómo los tiempos actuales se han empeñado en la triste tarea de negar una y otros. Mediante operaciones de deconstrucción en los más variados ámbitos, juegan a la creación egótica de nuevas identidades (*trans-gender, trans-species, gender fluid, trans-age, trans-ability, trans-kingdom, etcétera*).

Fernando Segovia ofrece un extenso y erudito estudio sobre “La progresiva destrucción de la naturaleza y la naturaleza humana” (pp. 49-81), sometiendo a detallado examen las categorías de “transhumanismo” y de “posthumanismo”. El maestro argentino divide su análisis en una presentación y cuatro partes. En la presentación nos aproxima al cuadro general, a todo el proceso de “desnaturalización” humana, que se conduce, diríase fatalmente, desde el humanismo de la Modernidad al poshumanismo de la posmodernidad. En la primera parte, estudia los diversos conceptos de naturaleza de la filosofía clásica (principio de movimiento u operación, esencia, fin, regla del ser, verdad del ente), y su inserción en el carácter de creatura del ser humano. Se trata de nociones análogas todas, cuya comprensión de conjunto permite penetrar en la honda realidad de la naturaleza del hombre y de su consecuente moralidad y politicidad.

En una segunda parte, analiza el denominado “sujeto trans-posthumano”. El término ‘sujeto’ se dice por convencionalidad. En realidad, el hombre se transforma en un flujo de operación extrínseca, donde lo “trans” lleva a lo “post”, y lo “pos” empuja a una mutación vertiginosa e imparable. El resultado previsible es la constitución informe de una corporeidad mutante y pansexual que, en el fondo, es un acto de rebelión contra la naturaleza creada y un grito de odio contra Dios Padre.

En la tercera parte de su estudio, se aboca a mostrar (de seguir la actual pendiente) las relaciones que se constituirían entre el “polimorfismo posthumano” y el Derecho. Al respecto, se ensayan interesantes perspectivas de la nueva vida del nuevo Adán: el que vive en un naturalismo sin naturaleza, en una ciudad nómada, dentro de un derecho sin sujeto, bajo una aparente democracia que, en verdad, es un horroroso totalitarismo.

Finalmente, en la cuarta parte del artículo, nos muestra la infinita distancia que habita entre lo que el transhumanismo pretende destruir y lo que aspira a levantar. Por un lado, tenemos a la naturaleza, como medida de las cosas, y, tras ella (no lo olvidemos), al Dios Creador y Providente. En el otro, a un proceso de deconstrucción destinado a bestializar y a *na-dificar* al ser humano, por exigencia de una suerte de “idolatría protésica”.

Siguiendo con la línea, Pedro José Izquierdo ofrece un estudio sobre “La autodeterminación personal y sus consecuencias jurídicas” (pp. 83-94). Se trata de un excelente análisis de la autodeterminación moderna –ese mito grotesco y simulador– en el contexto de los tiempos que prepara el transhumanismo.

El trabajo de Alejandro Ordoñez se titula “De la eugenesia al transhumanismo” (pp. 95-105). Brillante análisis de los puntos de conexión que existen entre ambas iniciativas, destinadas a desfigurar la vida humana sobre la tierra, y que evocan, a su modo, los más desastrosos proyectos de exterminio de los totalitarismos del siglo xx.

Por su lado, el texto de César Félix Sánchez Martínez se abre con el siguiente rótulo: “Entre el delirio y el totalitarismo trans: la utopía transhumanista y la ideología de género” (pp. 107-112). Con ello, se expresa bastante bien lo que el profesor peruano quiere indicarnos. Estamos en la época de lo irracional, donde el sueño transhumanista pulsa por hacerse realidad más allá de las categorías utópicas. La ideología de género es una pieza privilegiada del proyecto, que esconde, cada vez menos, su carácter totalitario, vinculándonos a la época del Anticristo.

El escritor Juan Manuel de Prada nos regala sus siempre notables páginas. Bajo el título “Transhumanismo y literatura” (pp. 113-123), entrega una galería de sugerentes imágenes sobre las consecuencias personales del transhumanismo, con una suerte de “cara y sello” de lo que ofrece el Cristianismo. Frente a las “semillas del Logos” y a la “resurrección de la carne”, el transhumanismo no tiene nada que hacer en el orden histórico. En la cima de su desarrollo le esperará no la vitalidad, sino la muerte. Debemos confiar en su derrumbe. Nos habla desde la más pura esperanza cristiana. La de la certeza de la victoria.

El artículo de José Luis Widow es de una necesidad acuciante y su ubicación entre las pp. 125 y 137 se agradece. Se denomina “¿Cuándo es legítima una mejora?”. En efecto, es la interrogante que a estas alturas el lector se plantea, pues el transhumanismo parte precisamente de la base –equivoca o no– de que es posible “mejorar” la especie humana. El filósofo chileno responde de manera magistral al problema, abordando la cuestión de la naturaleza como criterio y la distinción entre mejoras naturales y no naturales.

En prolongación con la materia precedente, János Frivaldszky estudia los criterios de diferenciación entre las mejoras terapéuticas y no terapéuticas, en un artículo titulado “Transhumanismo y dignidad” (pp. 139-155). Es un texto muy bien logrado, que aúna la reflexión filosófica con la evidencia médica y farmacológica.

John Rao escribe sobre “La regulación legal de los ‘perfeccionamientos’ transhumanistas” (pp. 157-167). Un complemento feliz de los dos artículos anteriores, pues precisa los aspectos jurídicos del asunto. Expone, en primer lugar, el debate legal en Estados Unidos, para después derivar a las perspectivas de futuro, con acertadas consideraciones suplementarias de corte filosófico y teológico.

Finalmente, cierra el libro, el análisis de Danilo Castellano denominado “Las consecuencias sociales y políticas de una sociedad con hombres mejorados”. A propósito de dichas consecuencias, el jurista italiano nos ofrece una brillante clarificación conceptual –su *explicatio terminorum*– para comprender el debate sobre el “transhumanismo”. Las nociones de evolución, cambio, mejora, condición humana, autodeterminación, racionalidad, adquieren una nueva y particular carga significativa, funcional a la destrucción de lo que resta de la vida social y política. Desde este ángulo, el transhumanismo condensa y supera los errores del nihilismo puramente negativo, del cientificismo, del liberalismo y del panvitalismo, tras lo cual yace implícito el totalitarismo de la tecnocracia y de la biopolítica.

En síntesis, estamos frente a un texto imprescindible para comprender, en toda su hondura, el debate actual sobre el transhumanismo.

# Siglas y abreviaturas

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N° 15 | 2019



## SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	artículo
AA.VV.	autores varios
B.O.	<i>Boletín Oficial</i>
BVerfGE	Die Entscheidungssammlung Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CA	Constitución Argentina
c/	con
CC	<i>Código Civil</i>
Cfr.	confróntese
Codelco	Corporación Nacional del Cobre de Chile
comp.	compilador
coords.	coordinadores
CPACA	<i>Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo</i>
CSJN	Corte Suprema de Justicia Nacional
dir.	director
D.S.	decreto supremo
dto.	departamento
ed.	edición, <i>a veces</i> editor, editorial
etc.	etcétera
Exp.	expediente
FETRATEL	Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú
Fonasa	Fondo Nacional de Salud
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)

INP	Instituto de Normalización Previsional
inc.	inciso
IPS	Instituto de Previsión Social
Isapres	Instituciones de Salud Previsional
n.° <i>a veces</i> Nr.	número
ONG	Organización No Gubernamental
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
OIT	Organización Internacional del Trabajo
p.	página
pp.	páginas
PPD	Partido por la Democracia
<i>RDJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
S.A.	Sociedad Anónima
sec	sección
S.M.	Su Majestad
ss.	siguientes
TV	televisión
U.S.	United State
US\$	Dólares estadounidenses
<i>vs. a veces</i> v.	versus
vol.	volumen
vols	volúmenes

# Normas editoriales e instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N° 15 | 2019



## NORMAS EDITORIALES E INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

*Derecho Público Iberoamericano* es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea se busca vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

### *I. Materias de interés*

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho tributario, derecho económico, derecho ambiental, derecho eléctrico, derecho de aguas, etcétera.

## *II. Perspectivas de interés*

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes.

## *III. Tipos de colaboración*

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

## *IV. Normas para la redacción de los trabajos*

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.
5. Para el sistema de citas se siguen como pauta las normas MLA (Modern Language Association of America)

## *V. Conflicto de interés*

Se entiende por conflicto de interés aquel que existe entre un autor o la institución a la que este pertenece, el revisor o editor del trabajo, y un tercero con el cual se mantiene una relación que influye o puede influir de manera impropia en las afirmaciones, argumentaciones y conclusiones

contenidas en su trabajo, sea por causa de doble compromiso, conflicto de intereses propiamente tal o deber de lealtad en colisión con otros similares.

El autor (o autores) deberá (n) realizar una declaración al momento de enviar su trabajo al Comité Editorial de *Derecho Público Iberoamericano*, del siguiente tenor:

Autor: nombre y apellido.

Lugar y fecha.

Título del trabajo.

“Declaro que no existe ningún conflicto de intereses real o potencial que se derive de la autoría y publicación de este artículo o trabajo, de acuerdo con lo indicado en el acápite v de las normas editoriales e instrucción para los autores”.

## VI. Normas éticas

Los autores deben ajustarse a las normas éticas reconocidas internacionalmente para la publicación de los trabajos científicos. Son especialmente reprochables todas las formas de autoplagio y de plagio, particularmente el plagio completo, el plagio parcial, y el plagio *verbatim*.

Tanto el Comité Editorial de la revista como los árbitros a quienes se encarga la revisión ciega de los trabajos científicos, tendrán especial diligencia en detectar este tipo de irregularidades.

De ser detectada alguna forma de plagio en cualquiera etapa del proceso editorial, el trabajo será excluido y devuelto inmediatamente al autor, quien no podrá publicar en *Derecho Público Iberoamericano* por un plazo de dos años calendarios, contados desde la notificación de su exclusión por los motivos señalados.

A fin de manifestar el compromiso por el cumplimiento de estas normas, el autor, al momento de enviar su trabajo a *Derecho Público Iberoamericano*, debe realizar una declaración del siguiente tenor:

Autor: nombre y apellido.

Lugar y fecha.

Título del trabajo.

“Declaro cumplir las normas éticas internacionales sobre autoría y publicación de los trabajos científicos, en particular las referentes al autoplagio, al plagio completo, al plagio parcial y al plagio *verbatim*, tal como se señala en el vi de las normas editoriales e instrucción para los autores”.

## VII. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican solo tres elementos: autor –nombre y apellidos (en **VERSALES**)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

- Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal / (año de dictación): Rol /, considerando o párrafo citado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales nacionales, extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo con el uso oficial o común de cada tribunal, reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

2. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

- Si se trata de un libro, se sigue el siguiente orden: Autor (es), sea institución o persona (apellidos (en **VERSALES**), nombre en letra redonda, título de la publicación (*en cursiva*) / (Edición, si no es la primera, lugar de publicación, editorial, año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así: Ejemplo: LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

- Si se trata de un artículo dentro de un libro: Autor (es) del artículo (apellidos (en **VERSALES**), nombre en letra redonda / “título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, indicación de nombre y apellidos (en **VERSALES**) del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ Título de libro

(*en cursiva*) / Número de edición, si no es la primera, lugar de publicación, editorial, año de publicación.

Ejemplo: VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006, pp. 27-58.

- Si se trata de un artículo de revista: Autor (es) del artículo (apellidos (en VERSALES), nombre en letra redonda / “título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, nombre de la revista (en *cursivas*), año, vol. y n.º (cuando corresponda) / ciudad / año / página de inicio y página .

Ejemplo: BERNASCONI RAMÍREZ, Andrés, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, n.º 1, Valdivia, 2007, pp. 57-81.

- En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifica por apellido del autor (en VERSALES), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en *cursivas* si es *libro* o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en VERSALES), *op. cit.*, y página cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ, *El principio...*, *op. cit.*, p. 15.

BERNASCONI, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *Ibid.* si es idéntica la página u *op. cit.* y página, según corresponda.

- Si se trata de un documento en formato electrónico: Autor (es) (nombre en letra redonda, apellidos (en VERSALES) / título (*en cursiva* si es libro y entre “comillas” si es artículo), año de publicación) / Disponible en: Dirección electrónica completa. [fecha de consulta:...]
- Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (año de dictación): Rol / fecha de la sentencia, sede de edición o publicación, si es del caso, y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la cita completa podrá hacerse de acuerdo con el uso oficial o común de cada tribunal, de la manera en que ha sido reconocida por la comunidad científica.

### *VIII. Envío de los trabajos*

Los trabajos deben ser enviados a *Derecho Público Iberoamericano*, correo electrónico [rdpi@udd.cl](mailto:rdpi@udd.cl), a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o del coordinador de redacción, Sr. Gaspar Jenkins Peña y Lillo..

### *IX. Proceso de selección de los trabajos*

Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema, si se trata de un artículo científico. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

Este número, de quinientos ejemplares,  
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2019  
por Versión Producciones Gráficas  
Santiago de Chile

