

# Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya (1996)\*

Juan Pablo Cajarville-Peluffo\*\*

- Sumario: I. Mi homenaje a Alberto Ramón Real, decano y profesor eminente. /  
II. Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya. /  
III. Cuáles son los principios generales de derecho a que refiere la Constitución uruguaya. /  
IV. Ubicación de los principios generales de derecho en la escala jerárquica de nuestro derecho positivo. /  
V. Categorización de los principios generales de derecho en el derecho positivo uruguayo, según su ubicación en la escala jerárquica normativa. /  
VI. Operatividad de los principios generales de derecho: su fuerza pasiva o de resistencia. /  
VII. Operatividad de los principios generales de derecho: su fuerza activa de innovación o derogatoria. /  
VIII. Conclusión.

*f. Mi homenaje a Alberto Ramón Real, decano y profesor eminente.* Al rendir homenaje a Alberto Ramón Real, vuelven a mi memoria las últimas clases que dictó en un curso curricular del viejo y añorado *Derecho Administrativo* I<sup>o</sup>, cuando la dictadura (1968-1985) por medios indirectos y retorcidos, lo obligaba a retirarse de la docencia. Asistí a ellas como Aspirante a Profesor Adscrito, acompañando al Prof. Dr. Daniel H. Martins que era por entonces su Agregado. En esas pocas clases, Real expuso a aquellos estudiantes, que por primera vez se enfrentaban con la disciplina, las distintas escuelas que se han sucedido en su breve pero rica historia, haciendo gala de un deslumbrante dominio de autores y tendencias, explicándoles sus características, diferencias e influencias recíprocas, con el brillo y al mismo tiempo con la claridad y sencillez que sólo alcanzan los grandes maestros.

Entre los muchos aportes de aquel gran maestro al Derecho Público, Constitucional y Administrativo, se destacan, sin duda, sus estudios sobre los principios

generales de derecho.<sup>1</sup> Real puso de relieve la suprema importancia de esos principios en la configuración de la situación jurídica del individuo frente al Estado, basada en la concepción del hombre como "un valor en sí, de principio, acogido por el derecho, pero que no encuentra en el derecho la fuente de su existencia y actividad ni el impulso motor, sino el límite de su esfera reservada". Al reproducirlos en 1974, en el volumen que tituló *Estado de Derecho y humanismo personalista*,<sup>2</sup> verdadero

\* Colaboración del autor al volumen de *Estudios en homenaje al Prof. Dr. Alberto Ramón Real*, dispuesto por el Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, ed. Fundación de Cultura Universitaria Montevideo.

\*\* Profesor Titular de Derecho Público II (Administrativo) Facultad de Derecho - Universidad de la República (Montevideo, Uruguay).

1. REAL, Alberto Ramón, "Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Rev. de Der. Púb. y Priv.*, 1958, t. 40, pp. 195 a 247; se publicó en apartado una versión actualizada y con un apéndice: *Los principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya - Principio de igualdad de remuneración por igual trabajo*, Montevideo, 1965; reproducido en *Estado de Derecho y Humanismo Personalista*, ed. FCU, Montevideo, 1974, pp. 5 a 93. Las citas siguientes corresponden a la edición de 1965. REAL, Alberto Ramón, "Los principios generales de derecho en el Derecho Administrativo", en *Estado de Derecho y Humanismo Personalista*, cit., pp. 173 a 223.  
REAL, Alberto Ramón, "Los Principios del procedimiento administrativo en el Uruguay", en *Rev. de la Facc. de Der. y C. Soc.*, Año XXIII, núms. 3-4, Montevideo, 1975, pp. 347 a 374; y en *Nuevos estudios de Derecho Administrativo*, ed. Acali, Montevideo, 1976, pp. 5 a 40.
2. REAL, Alberto R., *Estado de Derecho y humanismo personalista*, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974.

manifiesto contra la situación política entonces imperante que honró tanto al autor como a la editorial, Real dedicó esos estudios y los demás incluidos en el volumen, entre ellos *El "Estado de Derecho"*, "en ferviente homenaje al ideal perdurable e inextinguible, de libertad bajo el derecho, que dignifica la vida humana".

Las siguientes reflexiones que hilvano en su homenaje y se apoyan en sus enseñanzas se refieren al acogimiento de los principios como "reglas de derecho" en nuestro Derecho público. Como el de Real es este un estudio de derecho positivo que no pretende incursionar en los dominios de la filosofía ni de la teoría general del derecho, aunque deba rozarlos en la medida necesaria para interpretar las normas en cuestión,

*11. Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya.* 1. La Carta actualmente (1996) vigente {*Constitución de 1967*} alude a los principios generales de derecho, implícita pero necesariamente, en el art. 72, y expresamente en el art. 332. En el primer caso,<sup>3</sup> para considerar incluidos en ella, además de los enumerados, los derechos, deberes y garantías "que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno"; en el segundo,<sup>4</sup> para aplicar, a falta de la reglamentación respectiva, sus preceptos "que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas".

2. El art. 72 afirma la existencia de "derechos, deberes y garantías" que no han sido enumerados en la Constitución, y que esa disposición incorpora a nuestro derecho positivo. En cuanto se trata de ver

daderas situaciones jurídicas,<sup>5</sup> no pueden sino resultar de normas jurídicas o de "reglas de derecho",<sup>6</sup> que a la vez, atento a la tipología admitida generalmente por la doctrina y recogida por nuestro derecho positivo, no pueden ser sino "principios generales de derecho".

"Inherentes a la personalidad humana" son los que corresponden a todo ser humano por el hecho de serlo; son necesariamente idénticos para todos, porque derivan de lo que todos los hombres tienen en común, de aquello que los hace pertenecientes a la misma especie. No dependen de lo que hayan hecho o dejado de hacer ni de la situación jurídica en que se encuentren, sino de su propia naturaleza, de lo que todos los hombres tienen de igual.<sup>7</sup> Por ende, no puede basarse en el art. 72 ningún derecho, deber o garantía en favor o a cargo de una persona que no pueda afirmarse por igual y en la misma medida de todas las demás personas humanas, con prescindencia de todas las características fácticas y jurídicas que las individualicen y las distinguen de todos los demás individuos del género humano; aunque ciertamente puede ocurrir que uno de tales derechos o deberes se haga especialmente manifiesto o adquiera particular relevancia cuando un individuo se encuentre en determinada situación jurídica o de hecho (por ejemplo, en la de trabajador subordinado).

La "forma republicana de gobierno", de la cual según el art. 72 se derivan otros derechos, deberes y garantías no enumerados en la Constitución, es la adoptada por la nación en la propia Carta vigente.

3. "Art. 72, La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno." Este artículo -sin la palabra "deberes"- se incorporó en la Constitución de 1918, y adquirió su redacción actual en la de 1934.
4. "Art. 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas." Este artículo, con la misma redacción actual, se incorporó en la reforma constitucional de 1942.

5. AGUIRRE RAMÍREZ, Fernando, encarando la naturaleza de los "derechos humanos", desde un punto de vista filosófico, ha dicho que "cuando se dice 'derechos humanos' y se quiere significar con ello: derechos naturales inalienables e imprescriptibles y superiores al Estado, no se está usando la palabra 'Derecho' en el sentido que 'Derecho subjetivo' tiene en la Teoría General. ... sino que se trata de un requerimiento de tipo axiológico dirigido al legislador y fundado en un juicio estimativo de valor". (*Introducción a la axiología jurídica*, Montevideo, 1995, p. 290). Pero desde el punto de vista de nuestro derecho positivo y en virtud del art. 72, los derechos, deberes y garantías a que refiere (entre ellos, los llamados "Derechos Humanos") constituyen situaciones jurídicas positivas perfectas.
6. Utilizo esta última locución en el sentido del Decreto-ley núm. 15.524, art. 23 ap. a): "regla de derecho, considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual". Idéntica disposición contuvo antes el art. 345 de la ley núm. 13.318 de 28 de diciembre de 1964. En este estudio, utilizaré como equivalentes las palabras "regla" y "norma", que también pueden mentar conceptos distintos; y la referencia a "leyes" se considerará comprensiva de "los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción" (Constitución, art. 260).
7. "Si la dignidad de la persona es un atributo de todo hombre y son inherentes a ella los derechos inviolables, no es concebible que algunos de estos derechos sólo se reconozcan a hombres en que concurren determinadas condiciones": GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, p. 98.

La previsión del art. 72, que admite la incorporación a la Constitución de nuevos contenidos no expresados en su texto, no menoscaba la taxatividad de los procedimientos de reforma total o parcial, previstos en el art. 331 de la propia Carta. Por lo tanto, procurando entre ambas disposiciones la debida correspondencia y armonía, debe concluirse que los derechos, deberes y garantías que se incorporen a la Constitución a través del art. 72 no pueden contrariar ninguna disposición constitucional expresa y deben ser coherentes con todas ellas.<sup>8</sup>

3. El art. 332 alude a principios generales relativos a otras materias, adjudicándoles otra función. Se trata de los principios cuyo contenido se refiere a derechos de los individuos o a facultades o deberes de las autoridades públicas, reconocidos o impuestos por los preceptos de la Constitución.

La materia de los principios aludidos en los arts. 72 y 332 aparece, en principio, como perfectamente deslindada: los del art. 72 tienen que ver con derechos, deberes y garantías que no han sido enumerados en los preceptos constitucionales, mientras los del art. 332 atañen a los derechos (no a deberes y garantías) que sí están reconocidos en un precepto constitucional, y además a facultades y deberes de las autoridades públicas (no mentadas en el art. 72). Estos principios ajenos a los del art. 72 y comprendidos en el art. 332 no se aplican directa sino supletoriamente, por falta de reglamentación de los preceptos constitucionales que reconocen derechos a los individuos y atribuyen facultades ó imponen deberes de las autoridades públicas, haciendo así posible la aplicación de esos preceptos.

Pero debe tenerse presente que, en virtud del art. 72, los derechos inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno deben considerarse reconocidos en la Carta, aunque no estén enumerados; en cuanto a ellos, entonces, se produce una superposición o coincidencia entre la materia propia de los principios comprendidos en los dos artículos en cuestión: los principios que reconocen derechos a los individuos incorporados a la Constitución por el art. 72 no dejarán de aplacarse por falta de la reglamentación respectiva, y para suplirla se acudirá a esos mismos principios (conjuntamente con los fundamentos de leyes análogas y las doctrinas generalmente admitidas).<sup>9</sup>

8. Conf. ROTONDO TORNARÍA, Felipe, *Manual de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1993, p. 53.

9. CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, vol. I, Montevideo, 1987, p. 57.

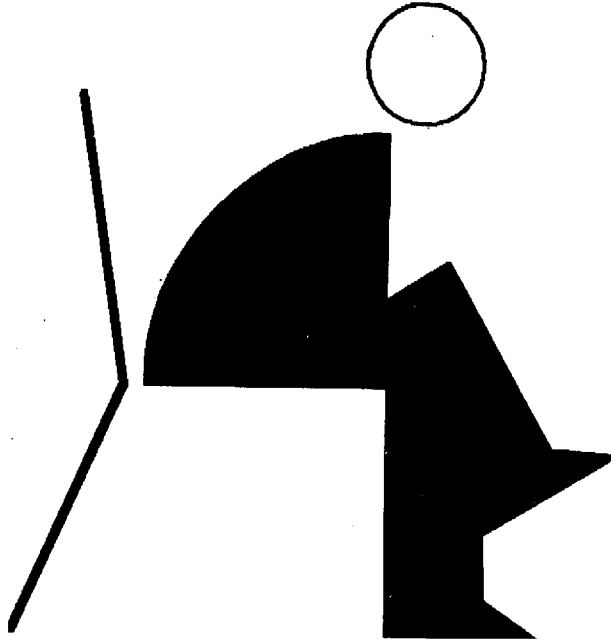
Korzeniak ha sostenido que debe admitirse una solución amplia en cuanto a los preceptos constitucionales a los cuales debe aplicarse el art. 332, porque ésta "es una solución obvia que el intérprete debiera seguir como principio aun cuando no existiera este artículo 332"; agrega "que todas las normas de la Constitución, si existen, si fueron aprobadas por el poder Constituyente, tienen que ser aplicadas".<sup>10</sup> Se trata, en definitiva, del principio hermenéutico según el cual no pueden interpretarse *a contrario* las disposiciones que consagran, para el caso a que refieren, la misma solución que impone un principio general.<sup>11</sup> Pero el propio Korzeniak ha señalado que hay casos en que la interpretación *a contrario* de las normas que no hacen excepción a un principio general es necesaria: aquéllos en que la norma no tiene otra interpretación posible sino la interpretación *a contrario*. Este parece ser el caso del art. 332: sería una disposición totalmente inútil si se limitara a afirmar, para ciertos preceptos, la misma solución que debiera aplicarse a todos los preceptos de la Carta. Por lo tanto, es verdad, como dice Korzeniak, que todas las normas constitucionales tienen que ser aplicadas por el solo hecho de estar vigentes, y lo serán en tanto hayan sido reglamentadas o sean directamente aplicables aun sin reglamentación;<sup>12</sup> pero si la aplicación no es posible sin reglamentación, esa carencia no podrá suplirse si el precepto no está comprendido en el art. 332.<sup>13</sup> En particular los preceptos de la Carta que imponen deberes a los individuos (*v.gr.*, el de cuidar la salud y asistirse en caso de enfermedad, o el de aplicar las energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad), o aquellos principios que impongan deberes que puedan considerarse inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno, no podrán aplicarse supliendo la falta de reglamentación necesaria para ello en la forma prevista por el art. 332.

10. KORZENIAK, José, *Curso de Derecho Constitucional 2°* Montevideo, 1971, pp. 70/71.

11. CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Contencioso administrativo de reparación patrimonial", en *Rev. U. de Der. Procesal*, No. 1, Montevideo, 1989, p. 17, con cita de doctrina conforme: CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 126; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, "La apelación para ante la Asamblea General según el art. 303 de la Constitución", en *Rev. D.J.A.*, t. 55, p. 126; KALINOWSKI, Georges, *Introducción a la lógica Jurídica*, Buenos Aires, 1973, pp. 176/179.

12. CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Supremacía constitucional e interpretación", en *Rev. de Der. Público*, Montevideo, 1992, núm. 1, pp. 56/57, y bibliografía allí citada.

13. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Justino, *La Constitución Nacional*, t. X, Montevideo, 1949, p. 264.



**4. Toda apelación positiva a los principios generales de derecho enfrenta al intérprete de inmediato a dos cuestiones teóricas de indudable relevancia práctica: la pregunta sobre cuáles son esos principios y dónde debe buscárselos, y la consiguiente sobre cuál es su ubicación en la "escala jerárquica" de las reglas de derecho y cuál es su "eficacia formal". La primera cuestión eleva el problema al ámbito superior de la Teoría General o aun de la Filosofía del derecho; la segunda depende de soluciones de derecho positivo.**

*III. Cuáles son los principios generales de derecho a que refiere la Constitución uruguaya.* I. La cuestión sobre cuáles son y dónde encontrar los principios generales de derecho, en sus implicancias de Filosofía o-aun de Teoría General del derecho, excede ampliamente las pretensiones de este estudio. A mero título de presentación esquemática y en cuanto es necesario para interpretar nuestras normas positivas, se dirá que las concepciones al respecto pueden clasificarse en *apriorísticas* e *inductivas*. Las primeras son propias de las corrientes jusnaturalistas, sean teológicas o racionalistas; los principios generales derivarían para ellas de un pre-

tendido "Derecho Natural", diversamente concebido<sup>14</sup>, que constituiría para el derecho positivo un *a priori* diferente y para algunos superior.<sup>15</sup> Las segundas quieren inducir los principios del propio derecho positivo,<sup>16</sup> o en las concepciones que acuden a factores de tipo sociológico o historicista, de la cultura de la sociedad en cuestión,<sup>17</sup> de las convic-

14. Una sucinta exposición de las diversas posiciones jusnaturalistas y de sus distintos conceptos de "naturaleza", puede verse en: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, México, 1977, pp. 125 a 160; otra más extensa, detallada y profunda en: WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1977.
15. Dice, por ejemplo, DEL VECCHIO, Giorgio, que "la fuente inagotable del Derecho está constituida por la naturaleza misma de las cosas, la cual puede ser aprehendida por nuestra razón. Precisamente a esta fuente, que una tradición varias veces milenaria ha llamado Derecho Natural, es a la que el legislador intenta referirse, cuando señala los principios generales del Derecho como el medio para superar las inevitables deficiencias de sus prescripciones positivas" (*Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953, p. 358; también en *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, 1979). GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, alude al Derecho Natural como "Ordenamiento superior revelado por la razón": *La dignidad de la persona*, cit., p. 84.
16. Es ineludible invocar, en este sentido, la clásica definición de COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, México, 1938, p. 96, según la cual los principios generales del derecho son "los fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse" (cit. por GARCÍA MÁYNEZ, E., *Introducción al estudio del derecho*, México, 1980, p. 370, nota 4). La Suprema Corte de Justicia ha recogido ese concepto; así, en sentencia de 4.6.961. en *La justicia uruguaya*, t. 23, caso 3434, p. 226. A una definición similar de JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo. REAL observó con razón que "el método jurídico, se vale primero de la *inducción* para determinar los principios y luego los aplica mediante *deducción* a los casos concretos" (*Los Principios Generales de Derecho*, cit., p. 12, nota 2). Tampoco puede eludirse, como ilustrativa de esta posición, la cita de CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1944, t. 1, p. 132: "Los principios generales no son, pues, algo que exista fuera del Derecho escrito, sino dentro del mismo, ya que se extraen sólo de las normas constituidas. Están dentro del Derecho escrito, como el alcohol está dentro del vino: representan el espíritu o la esencia de la ley. Por ello, son principios de derecho positivo, no de Derecho natural o de Derecho histórico." Finalmente, no puedo omitir la opinión del maestro JIMÉNEZ DE ARECHAGA. Justino: "Los fines de un sistema jurídico son los principios generales sobre los cuales ese sistema jurídico se construye. Pero recordemos otra vez, con Carnelutti, que los principios generales del Derecho deben buscarse en el Derecho positivo mismo, y no en los sueños o en las doctrinas de los juristas": *La Constitución Nacional*, Montevideo, la. ed, 1946-49. t. I p. 107/108: 2ª. ed.. 1992. p. 137. En el mismo sentido. GRAU, Eros Roberto. *A orden económica la Constituida de 1988*, San Pablo. 1991, pp. 129 a 132.
17. VILLEGAS BASAVILBASO (*Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 370) entiende "como principios generales de derecho, los juicios axiológicos de justicia, no en abstracto, sino en relación con la conciencia nacional, entendida ésta como Lina realidad concreta en un momento determinado de su evolución, vale decir, en relación con la cultura nacional". José KORZENIAK, *Curso de Derecho Constitucional*, cit., p. 77, los define como "el conjunto de reglas que en determinada etapa de la cultura jurídica de un país, se consideran fundamentalmente inspiradoras del Derecho Positivo".

ciones o espíritu de la comunidad<sup>18</sup> o de la conciencia jurídica colectiva.<sup>19</sup>

Haba formula una clasificación que tiene cierta coincidencia no exacta con la precedente, de la cual en algún aspecto puede considerarse una apertura, distingue cuatro conceptos diferentes, según los cuales los "principios generales" serían: ciertos principios de Derecho Natural a los que se supone sometido el Derecho positivo; los principios básicos del Derecho romano o los reconocidos en general por la Doctrina jurídica; los principios fundamentales unversal mente incorporados a todo sistema de Derecho positivo en virtud de una necesidad lógica inherente al mismo; y los principios fundamentales que en particular informan a cierto sistema de Derecho positivo vigente.<sup>20</sup>

González Pérez habla de tres clases de principios: los de Derecho Natural; los tradicionales resultantes de la evolución de la comunidad, y los políticos, propios de la concepción política adoptada en un momento dado por el pueblo y reflejada en su Constitución;<sup>21</sup> cabe señalar cierta correspondencia de esta clasificación con la contenida en el art. 72 de nuestra Carta.

2. No todas las categorías de principios generales que se incluyen en las distintas concepciones tienen para el intérprete de un derecho positivo el mismo grado de inoperatividad.

18. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, p. 32, dice: "El otorgamiento jurídico cuenta con esos principios de justicia material, que son los llamados principios generales del derecho, módulos de condensación de valores ético-sociales y también centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento ... los principios generales del Derecho expresan los valores básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad". MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1947, p. 148: "La comunidad tiene sus leyes, sus tradiciones, sus costumbres. Su espíritu inspira los principios generales de su derecho, y en todo este vasto material reside la base de la juridicidad de un pueblo, que es de donde habrá que extraer la determinación de los intereses sociales que en cada caso deben prevalecer".
19. REAL alude a "normas de pura racionalidad, de valor intrínseco, adecuadas a la relación a regir y a las tendencias más profundas y permanentes de la conciencia jurídica colectiva": *Los Principios Generales de Derecho ...*, cit., p. 17.
20. HABA, Enrique P., *Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito*, Caracas, 1972, p. 43. MARIENHOFF, Miguel S., sostiene que los principios generales de derecho "proviene simultáneamente de los preceptos básicos y esenciales del derecho romano, del derecho natural, del derecho de gentes, de la moral y del ordenamiento jurídico general del país de que se trate": *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I., Buenos Aires, 1965, p. 273.
21. *La dignidad de la persona*, cit., p. 84.

Cualquiera sea la concepción filosófica que se sustente y más allá del juicio ético que merezcan, los *principios fundamentales que informan el derecho positivo* objeto de interpretación se imponen con la inoperatividad propia de las normas de las que se inducen. Entre ellos estarán incluidos necesariamente los principios universalmente incorporados por necesidad lógica a todo derecho positivo, si es que pueden identificarse principios con semejante alcance.<sup>22</sup>

La *doctrina jurídica generalmente admitida* suele enunciarse separadamente de los principios generales del derecho como método de interpretación o integración, y así lo hacen en derecho uruguayo nuestro art. 332 de la Carta y el art. 16 del Código Civil; aunque sin duda esa doctrina será una de las fuentes primarias de conocimiento de los principios generales, cualquiera sea la concepción que sobre éstos se sustente.

Queda finalmente librada a la discusión definitivamente filosófica la existencia o inexistencia de principios derivados de un supuesto "Derecho Natural", salvo que el derecho positivo expresamente se remita a alguna de esas concepciones.

Esto es precisamente, según Real, lo que ha ocurrido en nuestro derecho positivo. En su erudito estudio sobre el art. 72 de nuestra Constitución, el maestro concluye que esa disposición ha consagrado positivamente el jusriaturalismo personalista, humanista, clásico, del siglo XVIII:<sup>23</sup>

"Nuestra Constitución incorpora, genéricamente, al ordenamiento jurídico positivo, la esencia ideológica del jusnaturalismo clásico, es decir, la idea de **derechos**, deberes y garantías que derivan de la **personalidad humana** y de la forma republicana de gobierno y, por ende, **positivista** las soluciones generalmente admitidas por la doctrina jusnaturalista."<sup>24</sup>

Y agrega en nota, citando su también memorable estudio sobre el Estado de Derecho:

"Este acogimiento, expreso en los textos, de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades (si no sus fundamentos, teóricamente discutibles o superados) en **principios generales del derecho positivo**, de trascendencia práctica,

22. HABA, E.P., *Esquemas metodológicos...*, cit., p. 44.

23. *Los principios generales de derecho ...*, cit., pp. 22/23.

24. REAL, A.R., *Los principios generales de derecho ...*, cit., p. 18; subr. en original.

**de los que no pueden prescindir la sistematización técnico-jurídica. En una palabra, en tales condiciones, ya no puede decirse que se trate de un elemento meta-jurídico.**"<sup>25</sup>

3. No es necesario, para reconocer el valor del estudio de Real y su carácter innovador y removedor,<sup>26</sup> acordar con su conclusión de que el art. 72 positiviza la concepción jusnaturalistas en una de sus versiones históricas.

Indudablemente, tiene razón Real cuando proclama que el "tecnicismo positivista" no puede conducir a negar positividad a esos principios generales de derecho aludidos en el art. 72;<sup>27</sup> por el contrario, ese mismo "tecnicismo" impone afirmarla, desde que han sido incorporados, expresamente, como contenido implícito en un precepto constitucional positivo.

Pero cuando se trata de determinar concretamente cuáles sean esos principios generales de derecho positivizados por el art. 72, nada obliga a considerar que sean los que derivan de la personalidad humana o de cierta forma de gobierno tal como fueron concebidas por determinada corriente de

pensamiento en cierto momento histórico.<sup>28</sup> El art. 72 entraña, sin duda, la admisión de una concepción jusnaturalista,<sup>29</sup> en cuanto admite que existen derechos inherentes a la personalidad humana, vale decir, que corresponden al ser humano por naturaleza.<sup>30</sup> Pero toda apelación a la "naturaleza de las cosas" debe tener presente que "esa naturaleza, como la *naturalis ratio* a la que se remitían los juristas romanos, no es una entidad que opere directamente, por una especie de mágico automatismo (la naturaleza de las cosas *per se* es muda e indiferente) sino que opera siempre por el trámite de una representación que se hace de ella la conciencia social históricamente determinada, y, por ello, a través de una visión y una valoración históricamente condicionada"; de ahí que "es precisamente cierto que cada sociedad históricamente determinada ve aquello que tiene en el corazón, es decir, aquello que más le oprime en la conciencia, e igualmente cada época histórica ve las mismas 'cosas' con ojos diversos".<sup>31-32</sup>

25. REAL, A.R., *Los Principios Generales de Derecho ...*, cit., p. 18 nota 18; subr. en el original. La cita corresponde a "El Estado de Derecho", en *Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1957, p. 604.
26. Los dos grandes conformadores de la ciencia del Derecho Público, Constitucional y Administrativo, en nuestro país, sólo habían incluido breves referencias a los principios generales del derecho en sus obras maestras: JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Justino, *La Constitución Nacional*, cit.; y SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, vs. eds., T. 1., pp. 147/148. Contemporáneamente con REAL, otro destacado profesor de nuestra Facultad, el Dr. Héctor BARBÉ PÉREZ, publicó otro importante estudio sobre los principios generales del derecho en nuestro derecho positivo: "Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo", en *Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amézaga*, Montevideo, 1958, pp. 35 a 55.- Precursoramente, respecto de todas estas contribuciones uruguayas conectadas con la doctrina francesa { B. Jeanneau, *infra* } y realizando la originalidad de la aportación de REAL, V. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Entes Autónomos de Enseñanza en el Uruguay", Madrid: *Rev. de Administración Pública*, núm. 40, 1963, pp. 465-503 esp. núm. 11, p. 473 y n. 25; el mismo trabajo, con el aval de SAYAGUÉS-LASSO, Enrique, apareció en Montevideo: *La Justicia Uruguaya*, 1963, pp. 85-115, esp. p. 89, n. 23.
27. Para dejar claramente establecido en este punto cuál fue la concepción teórica y filosófica de REAL, debe recordarse que afirmó en el mencionado trabajo, con particular énfasis: "Aclaremos, por única vez, que éste es un estudio de derecho positivo, y que, por tanto, nuestras consideraciones y conclusiones no importan, de ninguna manera, atribuir normatividad jurídica intrínseca a los valores éticos y metafísicos exaltados por el jusnaturalismo. Después de los concluyentes estudios de KELSEN, RADBRUCH, y tantos otros filósofos-juristas, no podemos incurrir en la confusión de la ética o los ideales políticos con el derecho". (*Los Principios Generales del Derecho ...*, cit., p. 14).

28. FERNÁNDEZ, Eusebio, distingue dos tipos de fundamentación iusnaturalista de los derechos fundamentales del hombre, que responden a la distinción generalmente admitida entre "Derecho natural ontológico" y "Derecho natural deontológico". El primero corresponde a las teorías iusnaturalistas tradicionales (iusnaturalismo grecorromano, escolástico, racionalista, neotomista). El segundo concibe el "Derecho natural", más que como un orden jurídico distinto al positivo, como principios jurídicos suprapositivos y objetivamente válidos, juicios de valor de validez general y postulados que parecen tener un fundamento suficiente en la naturaleza humana: "El problema del fundamento de los derechos humanos", en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, 1984, pp. 85 a 95.
29. Lo cual, obviamente, sólo le atribuye positividad en derecho uruguayo, pero no verdad filosófica o científica.
30. Confs.: JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Justino, *La Constitución Nacional*, cit., la ed., 1.1, p. 108; 2ª ed., T. I, p. 137/138; CAGNONI, José A., *El Derecho Constitucional uruguayo*, Montevideo., 1992, p. 71; KORZENIAK, J., *op. cit.*, p. 78; VALDÉS COSTA, Ramón, *Instituciones de Derecho Tributario*, Buenos Aires, 1992, p. 117. Frente al art. 10.1 de la Constitución de 1978, que alude a "la dignidad de la persona, (y) los derechos inviolables que le son inherentes", también la doctrina española afirma la vinculación a una concepción jusnaturalista: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, cit., p. 81. JEANNEAU, Benoît, señala el perfecto acuerdo de la explicación basada en el Derecho natural con la "atmósfera ideológica" que anima la teoría de los principios generales del derecho: *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, pp. 249/255; en cambio VEDEL, Georges, entiende que toda la jurisprudencia administrativa excluye la idea de un recurso al derecho natural (*Droit administratif*, París, 1976, p. 283).
31. BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975, pp. 290 y 291. AGUIRRE RAMÍREZ, Fernando, señala que "el enunciado y el contenido de estos derechos (humanos) ha ido variando a medida que cambió la realidad histórica en la que se iban a manifestar": *Introducción a la axiología jurídica*, cit., p. 289.
32. Sobre el recurso a la "naturaleza de las cosas" como criterio de interpretación teleológica del derecho, fuera de toda concepción jusnaturalista; BOBBIO, Norberto, "La naturaleza de las cosas", en *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, 1980, pp. 143 a 154; LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1980, pp. 414 a 418.

Por ello, en cuanto se incorpora positivamente como instrumento de interpretación e integración del derecho positivo, que es lo que hace el art. 72, el jusnaturalismo opera en forma similar a aquellas concepciones que inducen los principios generales de derecho de la cultura o de las convicciones ético-jurídicas predominantes en una sociedad en un momento determinado. Esto no significa afirmar que ambas concepciones sean filosófica o teóricamente equiparables, sino que como instrumento de interpretación e integración, como "fuentes" de principios generales positivizados en un ordenamiento, ambas concepciones coinciden en sus resultados.<sup>33</sup>

Por supuesto, esa realidad no escapó a la percepción de Real, eminente jurista y también destacado politólogo, fundador de la cátedra de Ciencia Política en nuestra Facultad; por eso señaló:

"Se han criticado y cambiado los supuestos metafísicos y sociales de los derechos individuales corregido el absolutismo con que se concebían en el siglo XVIII, en mérito a las nuevas exigencias de una sociabilidad más densa y solidarista: han sido complementados con nuevos derechos (a la instrucción, a la asistencia, a los seguros sociales, a las garantías laborales, etc.) que, en el fondo, vienen a hacer posible la efectividad de su goce por el mayor número (libertad real en vez de libertad teórica: tránsito de la democracia gobernada a la democracia gobernante)"<sup>34</sup>

Es claro entonces que los principios generales admitidos en un ordenamiento dependen de las convicciones socialmente predominantes en un momento histórico determinado. Serán pues aquéllos que, por socialmente dominantes, se han incorporado al derecho positivo por cualquier vía y de él puedan inferirse; serán además los que los administradores y en definitiva los jueces,<sup>35</sup> sometidos a los controles

33. Benoit JEANNEAU admite la posibilidad de fundar la teoría de los principios generales del derecho tanto en el Derecho natural, como en las ideas de Duguit, para quien la regla de derecho resulta de la profunda creencia en la masa de los hombres, en una época y en un país dado, de que tal regla es imperativa; y concluye que la opción por una u otra explicación compromete mucho más que la inteligencia, recayendo en el dominio de la creencia, de la fe: *Les principes généraux du droit...*, cit., p. 251/255.
34. *Los Principios Generales de Derecho ...*, cit., p. 28.
35. Sobre el papel de la jurisprudencia en la identificación de los principios generales de derecho admisibles en un ordenamiento jurídico determinado, es elocuente la obra toda de Benoit JEANNEAU, *Les principes généraux du droit ...*, cit., y en especial pp. 245 a 249; también: BETTI, E., *op. cit.*, pp. 288 a 299; GARCÍA DE ENTERRIA E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo, I*, Madrid, 1980, pp. 70/73; LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 418 a 425; KORZENIAK, J., *op. cit.*, p. 77.

que el ordenamiento jurídico establezca, e inmersos -controlantes y controlados- en la cultura jurídica dominante, formados en y condicionados por ella,<sup>36</sup> entiendan que integran nuestro ordenamiento jurídico, por ingresar a través del art. 72, del art. 332, o por la vía residual del art. 16 del Código Civil. El propio Real afirmó en otra oportunidad que los principios generales de derecho son expresión del "poder normativo de la jurisprudencia".'

Esa posibilidad de fundar soluciones jurisdiccionales y administrativas en "principios generales de derecho" no puede despertar en nuestro ordenamiento la perplejidad que ha suscitado en otros países:<sup>40</sup> es la propia Constitución positiva quien remite a ellos e impone su aplicación. Pero es al mismo tiempo el ordenamiento positivo quien marca sus límites, determinando su eficacia formal y por ende su relación con las reglas de derecho positivas, y reservando a veces la potestad de reconocer la existencia de principios generales y de hacerlos prevalecer frente a las reglas de derecho formales - en particular, frente a la ley formal- a los máximos órganos jurisdiccionales; por eso, tampoco se justificaría en nuestro derecho la alarma y el encendido

36. Sobre la valoración judicial como "actualización y especificación de un sentido vigente en la comunidad" y la "intersubjetividad" como condición de su "objetividad". AFTALION, Enrique R. GARCÍA OLA- NO, Fernando y VILA NOVA, José, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1975, pp. 490/496; sobre la influencia de la comunidad en la valoración y el carácter "estructural" y "situacional" de los valores y su jerarquización: FRONDIZI, Risieri, *¿Qué son los valores?*, México, 1968, pp. 147/168.
37. "Art. 16. cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso".
38. "El poder normativo de la jurisprudencia sobre todo de la administrativa, se disimula a veces con la invocación de principios generales de derecho, descubiertos o explicitados por la jurisprudencia para suplir la omisión del legislador": REAL, A.R., "La fundamentación del acto administrativo", *La Justicia Uruguayana*, T. 80, Montevideo, 1979/1980, doct. p. 6.
39. JEANNEAU analiza notablemente la elaboración de principios generales por el juez, a partir de la generalización de textos positivos, del espíritu de un texto o conjunto de textos, de la esencia de una institución o de la "naturaleza de las cosas", o de las aspiraciones latentes, bajo las formas más diversas, en la conciencia nacional (*op. cit.*, pp. 123 a 141).
40. Véase JEANNEAU, B., *op. cit.* pp. 249 y ss. René CHAPUS (*Droit administratif général*, t. 1, París, 1988, págs 62/65) y VEDEL (*op. cit.*, pp. 282 a 290) no reconocen a los principios generales de derecho otra fuerza o valor jurídico que el propio de los actos jurisdiccionales que los recogen; se trataría, en definitiva, de un caso particular de puesta en obra del "poder normativo de la jurisprudencia", poder que VEDEL considera "misterioso", "opuesto en gran medida a nuestro sistema de derecho oficial y por otra parte bastante difícil de explicar en el plano de los principios" (*op. cit.*, pp. 287/288)

rechazo que la "teoría de los principios generales de derecho" ha suscitado en autores extranjeros.<sup>41</sup>

*I V . Ubicación de los principios generales de derecho en la escala jerárquica de nuestro derecho positivo.* I. Nuestro régimen jurídico configura un ordenamiento sistemático, en que todas las normas están estructuradas jerárquicamente de manera tal que las superiores determinan tanto el procedimiento de perfeccionamiento como, en cierta medida y con márgenes variables, el contenido de las inferiores. En esa estructura deben ubicarse los principios generales que la Constitución y la ley incorporan a ese ordenamiento.<sup>42</sup>

La ubicación jerárquica de una norma está íntimamente vinculada con su eficacia formal, que se traducirá en una fuerza pasiva o de resistencia y una fuerza activa, de innovación o derogatoria.<sup>43</sup> Tan íntima es la vinculación, que ubicación jerárquica y eficacia formal aparentan estar recíprocamente determinadas. La eficacia formal depende de la ubicación en la escala jerárquica: cada norma debe acatamiento a las superiores, a las que no puede de rogar, y no debe acatamiento a las iguales o inferiores, que sí puede derogar. Pero recíprocamente, la ubicación en la escala jerárquica responde a la efi-

cazia formal: cada norma se coloca por debajo de las que no puede derogar, en el escalón más alto de los ocupados por aquéllas que sí puede derogar. Ese aparente círculo vicioso de mutua determinación debe romperlo el derecho positivo, orientando la determinación en uno u otro sentido. Puede ubicar expresamente una norma en la escala, resultando de ahí su eficacia formal, aunque puede modificar expresamente para ella -en más o en menos- alguno de los efectos propios de las otras reglas que ocupan el mismo escalón; cabe señalar que algunas de las pautas que suele utilizar el derecho positivo para ubicar normas en determinados escalones jerárquicos -v.gr., el órgano del que emanan, o el procedimiento de perfeccionamiento- no son aplicables a los principios generales de derecho. A la inversa, el derecho positivo puede asignar expresamente cierta eficacia formal a un tipo de normas, determinando a cuáles debe acatamiento y cuáles puede derogar, resultando como consecuencia su ubicación en la escala jerárquica.

Los dos sentidos de determinación ha empleado nuestro Derecho positivo con los principios generales de derecho. Según su contenido, ubica a algunos en cierto nivel al incorporarlos en reglas positivas de esa jerarquía; e impone a ciertas reglas de derecho escritas el acatamiento a los principios generales de derecho, colocando a éstos en un escalón superior al de aquéllas.

Esa utilización alternada de los dos sentidos de determinación hace metodológicamente conveniente examinar separadamente la ubicación jerárquica y la eficacia formal de los principios generales de derecho conforme a nuestro Derecho positivo, aunque ello haga necesario tal vez reiterar alguno de los razonamientos en uno y otro tema.

2. La ubicación en la escala normativa de los principios generales admitidos en nuestro derecho positivo, cualesquiera ellos sean, obliga a distinguirlos en primer lugar por su origen y luego por la materia a que refieran.

a) (Principios inducidos de normas positivas). Aquéllos extraídos de normas positivas mediante un procedimiento lógico de inferencia por abstracción e inducción, se ubicarán en principio en el nivel de esas normas de las que se infieren: constitucional, legal o reglamentario. Sin embargo, esta última ubicación deberá revisarse a la luz de lo que se dirá en los apartados siguientes.

No debe confundirse la inducción de un principio de normas positivas, con el acogimiento por ellas de un principio preexistente. Las normas legales o reglamentarias pueden atribuir determinados derechos en los casos a que refieren, precisamente por-

41. SOMERHAUSEN, Marc, Catedrático de Derecho Administrativo y Presidente del Consejo de Estado del Reino de Bélgica, dice "de manera brutal que los principios generales del derecho son a veces invocados para hacer triunfar las concepciones políticas del juez contra la voluntad del legislador", y que "desde que el juez no está de acuerdo con una disposición de derecho positivo, le es suficiente inventar un principio general para negar la aplicación de la ley": *Les principes généraux du droit administratif, en "Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX - Homenaje a Enrique Sayagués Laso (Uruguay)*, t. IV, Madrid, 1969, pp. 488 y 489.
42. Sobre el criterio jerárquico de ordenamiento de las normas, como criterio estructural y de solución de antinomias: BOBBIO, N., "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la teoría del derecho, cit.*, pp. 352 a 361; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Fuentes del derecho I. Principios del ordenamiento constitucional*. Madrid, 1991, pp. 142 a 148.
43. Héctor FRUGONE SCHIAVONE explicó que la eficacia formal de un acto jurídico se traduce en una fuerza activa, de innovación o derogatoria, y en una fuerza pasiva o de resistencia. "La primera, refiere a su potencialidad de innovar en el orden jurídico preexistente venciendo toda resistencia opuesta por cualquier otra manifestación de voluntad del Estado, de grado semejante o inferior con ella contrastante. La segunda es la capacidad de resistencia que el acto jurídico tiene en el sentido de que nQ puede ser derogado, abrogado o desaplicado si no es por un acto de fuerza igual o superior" ("De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral", en *Rev. D.JA*, t. 74, p. 10).



que se admite la existencia de un principio general que los reconoce. En tal caso, en verdad el principio no se induce de aquellas normas legales o reglamentarias, sino que la existencia del derecho resulta de la convicción socialmente dominante o de la conciencia jurídica colectiva, o si se prefiere, de la forma en que se concibe el "Derecho natural". Es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho a defenderse en vía administrativa: está consagrado con la mayor amplitud en los arts. 5o., 75, 76, 171 y concordantes del Decreto núm. 500/991 de 27 de septiembre de 1991, que recogió a su vez en buena medida soluciones reglamentarias anteriores. De esa consagración reglamentaria para los casos en que el Decreto es aplicable no puede inferirse que el derecho a defenderse en vía administrativa emane en nuestro derecho de un principio de jerarquía reglamentaria, descartable como tal por ley, en verdad, esas disposiciones reglamentarias no hacen sino recoger un principio general que reconoce el derecho a defenderse en cualquier procedimiento del cual pueda resultar una lesión a un derecho o interés;<sup>44</sup> y en cuanto se admita que ese derecho en cuestión es de los inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno, el principio tendrá la jerarquía normativa propia de los de ese contenido, b) (Principios incluidos en el art. 72 Const.). Los principios generales que consagren derechos, deberes y garantías "que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno" tienen jerarquía constitucional, por constituir el contenido implícito del art. 72 de la Carta. Como enseñó Real, los principios con ese contenido "tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario"<sup>45</sup>

Especial consideración merecen en este punto, por la importancia que han adquirido contemporáneamente, las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos.<sup>46</sup> Doctrina y jurisprudencia admiten en nuestro país que los tratados aprobados y ratificados son de aplicación inmediata y directa a los individuos por la Administración y por los jueces, con un rango equivalente al de la ley ordinaria. Por lo tanto, se admite que en caso de conflicto entre una disposición de un tratado y otra de una ley, habrá de prevalecer la regla adoptada con posterioridad, sea internacional o interna; si lo fuera el tratado, derogará las normas legales inconciliables con él; si lo fuera la ley, aunque el tratado como tal no quedaría derogado, tanto las autoridades administrativas como las judiciales deberán aplicarla descartando el tratado, configurándose desde el punto de vista internacional un hecho equivalente a cualquier otra violación del Derecho internacional, que origina responsabilidad internacional del Estado.<sup>47</sup>

Sin embargo, cuando esas convenciones o tratados refieren a Derechos Humanos, su contenido debe analizarse a la luz de lo dispuesto por el art. 72 de nuestra Constitución. El perfeccionamiento internacional del tratado o convención y su aprobación y ratificación por el país comprueban la convicción socialmente dominante en el ámbito nacional e incluso en el internacional comprendido por el tratado, sobre la existencia de los derechos en él - reconocidos,<sup>48</sup> o si se prefiere, su consagración por el "Derecho Natural"; y en cuanto esos derechos puedan predicarse de todo individuo por igual y en la misma medida, con prescindencia de todas las características fácticas y jurídicas que lo distinguan

44. REAL, A.R., *Los principios Generales de Derecho...i cit.*, pp. 39 a 46; "Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay", 1976, *cit.*, pp. 23 a 36. Confs.: FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, "Principios fundamentales del procedimiento administrativo", en *Procedimiento administrativo*, ed. Acali, Montevideo., 1977, pp. 35 a 39; CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Procedimiento administrativo*, Montevideo, 1992, pp. 20/21.
45. REAL, Alberto R., *Los Principios Generales de Derecho...*, *cit.*, p. 15. Conf. BARBÉ PÉREZ, H., *op. cit.*, p. 49 y 51; KORZENIAK, J., *op. cit.*, p. 79.

46. Véase *Normas vigentes en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, ed. F.C.U. Montevideo, 1988, con una "Introducción" a cargo de Héctor GROS ESPIELL y un estudio sobre "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno" de Eduardo JIMÉNEZ DE ARECHAGA. Similar consideración pueden merecer, en muchos casos, los Convenios de la OIT.
47. GROS ESPIELL, Héctor, "Introducción" a *Normas vigentes en materia de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 22/23, y *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos -Análisis comparativo*, Santiago de Chile, 1991, pp. 207 a 210; JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno",-en *Normas vigentes...*, *cit.*, pp. 27 a 33. Una posición revisionista, conforme a las corrientes doctrinales actuales, en ARBUET VIGNALI, Heber y ARRIGHI, Jean M., "Los vínculos entre el Derecho Internacional Público y los sistemas internos", en *Rev. 11. de Der. Const. y Pol.*, núm. 37, Montevideo, 1990, pp. 76 a 85.
48. GROS ESPIELL, Héctor, "Una reflexión sobre el Sistema Regional Americano de Protección de los Derechos Humanos", en *Rev. Jurídica del Centro de Est. de Derechos* No. 10, Montevideo, 1995, p. 10.

de todos los demás del género humano, en cuanto no dependan de lo que haya hecho o dejado de hacer ni de la situación jurídica en que se encuentre, sino de su propia naturaleza, de lo que tiene en común con todos los hombres, deberá considerarse un derecho "inherente a la personalidad humana", contenido en un principio general de jerarquía constitucional en virtud del art. 72 de la Carta. Por lo tanto, una ley nacional que desconozca ese derecho será inconstitucional y pasible de desaplicación previa declaración por la Suprema Corte, no por contrariar el tratado o convención internacional, sino por contraria al principio general de jerarquía constitucional; y desaplicada la ley, corresponderá aplicar el tratado o convención internacional, que ha seguido vigente como tal pese a la ley contraria y que constituirá la reglamentación de aquel principio constitucional.

c) (Principios comprendidos en el art. 332 const.). Los principios generales de derecho relativos a derechos de los individuos reconocidos por preceptos de la Constitución o a facultades atribuidas o deberes impuestos a las autoridades públicas por preceptos de la Constitución, suplen la falta de reglamentación de esos preceptos para posibilitar su aplicación, en virtud de lo dispuesto por el art. 332. No cabe naturalmente decir que esos principios puedan ser derogados, sino que se descartan por las reglas de derecho que conformen "la reglamentación respectiva" de los preceptos constitucionales en cuestión. Pero debe esclarecerse cuál es el nivel jerárquico de las reglas de derecho que pueden constituir la "reglamentación respectiva" que descarta la aplicación de estos principios. El empleo de la palabra "reglamentación" no significa que la existencia de un reglamento (acto emanado de la Administración) en la materia sea suficiente para descartar esos principios, porque si bien la Constitución utiliza esa expresión para aludir a reglamentos en sentido estricto, también en muchas oportunidades refiere con ella a la regulación de algún tema por ley.<sup>49</sup>

Para analizar la cuestión, deben distinguirse tres ámbitos, según la materia de que se trate: un ámbito de *reserva de la ley*, otro de *materia compartida*

*entre ley y reglamento, y finalmente la reserva del reglamento.*<sup>50</sup>

En el *ámbito reservado a la ley*, en el cual se incluye, entre otras materias, la limitación de derechos y garantías de los habitantes expresamente enumerados en la Carta o incluidos en el art. 72, y la imposición a ellos de deberes, el reglamento está excluido como normación inicial. La "reglamentación respectiva" excluyente de los principios generales sólo podrá estar contenida en una ley formal. Pueden dictarse en esas materias, naturalmente, reglamentos de ejecución de ley, que podrán aportarse de los principios generales de derecho únicamente en la medida en que la ley reglamentada lo haya hecho. A falta de reglamentación legal, siendo materias reservadas a la ley comprendidas en el art. 332 (*supra*, II, núm. 3), por imperio de esta disposición constitucional se aplicarán los principios generales de derecho (conjuntamente con los fundamentos de leyes análogas y las doctrinas generalmente admitidas), de manera que los principios generales no pueden ser descartados por norma infralegal.

El art. 332 produce aquí una ampliación de la potestad reglamentaria: podrán dictarse, aun en este ámbito de reserva de la ley, reglamentos que suplan la falta de regulación legal, necesarios para hacer posible la aplicación de los preceptos constitucionales que reconocen derechos a los individuos o atribuyen facultades o imponen deberes a las autoridades públicas.<sup>51</sup> Estos reglamentos deberán ajustarse a los principios generales de derecho, sean los de aplicación directa del art. 72 como los supletorios del art. 332, de los cuales constituirán verdaderos "reglamentos de ejecución". Los principios generales de derecho pueden imponer limitaciones a los derechos de los individuos y a las facultades o deberes de las autoridades públicas, derivados de "la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos",<sup>52</sup> los regla-

49. La Constitución utiliza las palabras "reglamento", "reglamentar" o derivados para aludir a regulación por ley, en los arts. 37, 55, 68, 77 inc. 2o. núm. 2o., 79 inc. 2o, 85 núm. 6o. y 15, 126, 188, 210, 261 y 304; el mismo significado debe asignárseles en los arts. 54 inc. 2o. y 57. Las mismas palabras refieren a reglamento en sentido estricto en los arts. 65, 105, 107, 111, 117, 166, 168 núm. 4o., 182 y 275 núm. 2o.

50. Véase CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Límites de la actividad reglamentaria", en *Actividad reglamentaria de la Administración*, las Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Montevideo, 1989, pp. 51/52.

51. CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, Vol. 1, Montevideo, 1987, p. 57; BIASCO, Emilio, "Relevancia del reglamento autónomo en la Constitución uruguaya", en *Actividad reglamentaria de la Administración*, cit., pp. 29/30 y 32.

52. Son palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional español 2/82, de 29/1/82, citadas por González Pérez, *La dignidad de la persona*, cit., p. 91. Confs.: DEL VECCHIO, G., *Los principios generales ...*, cit., pp. 85/93; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 91/94; LARENZ, K., *Metodología ...*, cit., pp. 423/425.

méritos dictados en virtud del art. 332 deberán recoger esas limitaciones, procurando una composición de los derechos y bienes en cuestión que permita su subsistencia con el máximo contenido posible, "de modo que ninguno tenga que retroceder más de lo que sea necesario para no recortar el del otro de un modo que sea no exigible"<sup>53</sup>. Estos reglamentos fundados en el art. 332 dictados en materia reservada a la ley no podrán en cambio limitar derechos de los individuos recogiendo principios relativos a deberes que les estén impuestos constitucionalmente, porque la falta de reglamentación de estos últimos no puede suplirse aplicando el art. 332 (*supra*, II núm.3); en tal caso, la conciliación deberá ocurrir necesariamente por vía legal.

Tratándose de *materia compartida entre la ley y el reglamento*, la "reglamentación respectiva" mentada por el art. 332 podrá emanar de uno u otro tipo de normas. La ley podrá naturalmente descartar la aplicación de estos principios generales de derecho del art. 332. Aparentemente, también podría hacerlo un reglamento, en cuanto constituyera la "reglamentación respectiva" de un precepto constitucional alcanzado por el art. 332 relativo a materia compartida, por ejemplo, la conservación del orden interior (Constitución, art. 85 núm. 3o. y 168 núm. lo.). Pero el Decreto-ley núm. 15.524 de 9 de enero de 1984, Orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al incluir a "todo principio de derecho" entre las "reglas de derecho" a las que deben ajustarse los actos administrativos (art. 23 apartado a), entre los cuales se comprenden los "actos generales que dictare la Administración" (art. 25), somete a los reglamentos a todos los principios generales de derecho. La legitimidad de la ley al someter los reglamentos que se dicten en materia compartida a los principios generales de derecho es incuestionable. Por lo tanto, en materias comprendidas en ese recinto compartido, los reglamentos no pueden apartar la aplicación de los principios, a los que deben acatamiento.

Finalmente, en *materia reservada al reglamento*, la "reglamentación respectiva" sólo podrá estar contenida en normas reglamentarias; pero éstas no podrán apartarse de los principios generales, porque también aquí es aplicable el sometimiento del re-

glamento a "todo principio de derecho" impuesto por el art. 23 del Decreto-ley núm. 15.524. Podrá cuestionarse la constitucionalidad de esa solución legal, en cuanto impone principios al reglamento en materias que le están constitucionalmente reservadas, pero en tanto esa inconstitucionalidad y la consiguiente inaplicabilidad del art. 23 apartado a) no sea dispuesta por la Suprema Corte de Justicia, el reglamento que se dicte en materia que le esté reservada deberá ajustarse a los principios generales de derecho.<sup>54</sup>

En conclusión, los principios generales de derecho que refieran a derechos de los individuos reconocidos por preceptos constitucionales, o a facultades atribuidas o deberes impuestos a las autoridades públicas por preceptos de esa jerarquía, no se ubican en el nivel de la Constitución, puesto que la reglamentación legal puede sin duda alguna legitimamente descartarlos;<sup>55</sup> pero no pueden ser descartados por los reglamentos, que les deben acatamiento. Su ubicación en la escala normativa aparece asimilada entonces a la de la ley. Si bien la "reglamentación respectiva" excluyente de la aplicación de tales principios no puede ser un reglamento, la Administración puede dictarlos en las materias comprendidas en el art. 332 de la Constitución; puede por supuesto dictar reglamentos de ejecución de la ley en la materia, y puede dictarlos aun a falta de ley reglamentaria, pero todos esos reglamentos deberán ajustarse a los principios generales de derecho; serán, en cierta forma, reglamentos de ejecución de los principios.

d) (Principios no incluidos en las categorías anteriores). Los demás principios generales no incluidos en las categorías anteriores,<sup>56</sup> servirán para

53. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 93. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español, afirmando que los límites de los derechos fundamentales, cuando falta el desarrollo legal ordinario, deben ser inducidos desde la Constitución y aplicados por la Administración: SANTAMARÍA PASTOR, Juan A. y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo - La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1992, p. 29.

54. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Límites de la actividad reglamentaria", *cit.*, p. 47.

55. Conf. BARBÉ PÉREZ, H., *op. cit.* pp. 50, 51 y 53. En p. 50, dice que "la aparente primacía de la ley con respecto al p.g.d. que establecen el art. 332 de la Constitución y el art. 16 del Código Civil, sólo indica primacía de la norma especial sobre la norma general". El razonamiento del autor que lo conduce a esa conclusión, así como el análisis que realiza en p. 52 sobre la actuación del juez que enfrenta un texto legal que contradice un p.g.d., refieren en realidad a la interpretación de las normas positivas, y no a la eficacia formal del principio frente a la ley.

56. Quedarían comprendidos en este rubro residual ciertos principios generalmente admitidos, como por ejemplo, el de enriquecimiento sin causa, los que refieren a los poderes propios de la jerarquía, los relativos al procedimiento administrativo (salvo el de debida defensa), el de paralelismo de las formas, etc. También estaría en este rubro el principio de no retroactividad de los actos jurídicos, salvo que se considerara derivado del principio de seguridad jurídica y como tal inherente a la personalidad humana; la jurisprudencia constante de la Suprema Corte de Justicia afirma que el principio de irretroactividad no tiene amparo constitucional. Véase en *Rev. U. de Der. Const. y Pol.*, núm. 33-34, pp. 202/205, sent. núm. 94 de 18/8/989, y *Rev.* núm. 36, pp. 401/406, sent. núm. 10 de 2/5/990.

resolver cuando no sea posible hacerlo por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia ni por los fundamentos de las leyes análogas (Código Civil, art. 16),<sup>57</sup> y la Administración deberá adecuar su actuación a ellos, ya proceda por actos reglamentarios, subjetivos o por hechos, en virtud de su sometimiento genérico a todos los principios de derecho impuesto por el art. 23 del Decreto-ley núm. 15.524. Descartables por ley y superiores a los reglamentos, su ubicación en el sistema parece también como similar a la de la ley.

*II. Categorización de los principios generales de derecho en el derecho positivo uruguayo, según su ubicación en la escala jerárquica normativa.* En resumen, pueden distinguirse en nuestro derecho las siguientes categorías de principios generales, atendiendo a su ubicación en la escala de reglas de derecho;

- a) Los principios que informan nuestro sistema constitucional y que se inducen de las soluciones contenidas expresamente en la Carta, se ubican en el nivel de las normas constitucionales de las que se infieren.
- b) Los principios relativos a derechos, deberes y garantías "que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno", también se ubican en el nivel de las normas constitucionales, porque están implícitamente contenidos en el art. 72 de la Constitución.
- c) Los demás principios generales de derecho no comprendidos en los apartados anteriores se ubican en nivel similar al de la ley, y por ende su aplicación puede ser descartada por una norma legal, pero se imponen a la Administración cualquiera sea la forma de su actuación.

57. Además del art. 16 del Código Civil, transcripto en nota 37, otros Códigos incluyen a los principios generales de derecho como medio de integración, en todos los casos como fuentes subsidiarias de la ley, y planteando problemas particulares que no pueden abordarse ahora: Código General del Proceso, art. 15.; Código Tributario, art. 5o.; Código Aeronáutico, art. 3o.

*Vt. Operatividad de los principios generales de derecho: su fuerza pasiva o de resistencia.* Por su propia índole, en general y considerados aisladamente, los principios generales de derecho no se presentan con la estructura típica de una regla de derecho. No definen, o lo hacen muy genéricamente, una hipótesis de hecho o supuesto normativo; muchas veces se limitan a afirmar valores o jerarquizaciones de valores<sup>58</sup> de origen meta jurídico, que a través del principio adquieren relevancia jurídica. Sobre todo, aun cuando pueda extraerse de ellos la identificación de un supuesto jurídico, no surgirá del principio la imputación a ese supuesto de una consecuencia jurídica determinada.

Sin embargo, el apartamiento del principio o el desconocimiento del valor o jerarquización de valores en que él consiste configura de por sí una hipótesis de hecho o supuesto normativo; y entonces la integración del principio al ordenamiento permite imputar a esa hipótesis o supuesto la consecuencia que corresponde a la violación de las reglas de derecho a las cuales el principio en cuestión se incorpora o asimila.<sup>59</sup>

Así, si una ley es incompatible con un principio de aquellos inducidos de normas constitucionales o incluidos implícitamente en ellas, será pasible de declaración de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, cumpliendo los requisitos formales y sustanciales y con las consecuencias que nuestro régimen prevé para el control de constitucionalidad de las leyes.<sup>60</sup> Si un órgano jurisdiccional concluye en la incompatibilidad de una ley con un principio de tal jerarquía normativa, deberá solicitar de oficio a la Suprema Corte de Justicia la declaración e inconstitucionalidad y la inaplicabilidad de la ley en el caso concreto, de conformidad con el art. 258 de la Carta; si se trata de un órgano de la Administración, deberá sin embargo aplicar la ley mientras no haya una sentencia de la Corte que dis-

58. "... los principios generales del Derecho hay que concebirlos ... como sumas valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que constituyendo el fundamento del orden jurídico tienen una función genética respecto a las normas singulares": BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley ...*, cit., p. 288.

59. CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo", en *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, 1995, p. 4; GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica ...*, cit., pp. 122 a 129, y "Principios y reglas jurídicas - Conflictos entre principios y eficacia de las reglas jurídicas", *Rev. De Derecho Público*, núm. 3-4 Montevideo, 1993, p. 23/25.

60. REAL, A.R., *Los Principios Generales de Derecho...*, cit., p. 15.

ponga su desaplicación, y si puede invocar la lesión de un interés directo, personal y legítimo, deberá promover la declaración de inconstitucionalidad por la Corte para remover, en el caso, la ley que le impide aplicar el principio general.<sup>61</sup>

Naturalmente, si la ley se aparta de un principio de los que no tienen jerarquía constitucional, no incurrirá en ilegitimidad alguna, y las hipótesis de hecho adecuadas al supuesto previsto en la ley se regirán por ella, sin perjuicio de que el principio siga rigiendo todas las demás hipótesis.

Si un acto administrativo de cualquier naturaleza (reglamento, resolución, reglamento singular o disposición general) se aparta de un principio general sin contar con respaldo legal, será ilegítimo y su invalidez dará lugar a su revocación en vía administrativa y a su desaplicación en el caso concreto por los jueces o aun por los órganos de la Administración no sometidos a jerarquía del órgano que lo dictó; pero la anulación por contrariedad con el principio queda reservada al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.<sup>62</sup>

En todo caso, la ilegitimidad del comportamiento estatal producida por la fuerza pasiva o de resistencia del principio general contrariado hará responsable al Estado por los daños y perjuicios causados.

En fin, si cualquier acto, hecho u omisión de cualquier autoridad administrativa lesiona, restringe, altera o amenaza, en forma actual o inminente y con ilegitimidad manifiesta, un derecho o libertad inherente a la personalidad humana o derivado de la forma republicana de gobierno, cabrá la promoción de una acción de amparo, reglamentada por la Ley núm. 16.011 de 19 de diciembre de 1988.<sup>63</sup>

VII . *Operatividad de los principios generales de derecho: su fuerza activa de innovación o derogatoria.* La particularidad de la estructura de los principios generales señalada en el párrafo precedente, que se aparta de la típica de las normas, no impide que en ocasiones puedan crear situaciones jurídicas o imponer su creación por otros actos jurídicos. Por ejemplo: el principio de la debida defensa en vía administrativa impone a la Administración el deber de conferir vista al interesado y de diligenciar la prueba que proponga; el principio de enriquecimiento sin causa puede imponer la obligación de pagar una suma de dinero; el principio de relevancia de la conducta anterior (conocido como "teoría de los actos propios")<sup>64</sup> puede imponer determinados comportamientos. Mayores dificultades y perplejidades suscita la consideración de la eventual fuerza derogatoria de los principios generales de derecho. Salvo aquellas que postulen la existencia de un "Derecho Natural" eterno e inmutable, todas las concepciones de los principios generales del derecho admiten su existencia en el espacio y en el tiempo. Por lo tanto, y en cuanto se admite, por la teoría<sup>65</sup> y por nuestras normas positivas que a ellos refieren, que los principios generales de derecho existen con independencia de los actos jurídicos formales que los reconocen y en ellos se fundan, queda planteada la cuestión de su relación temporal con las demás reglas de derecho, en particular los efectos sobre éstas de la admisión, como propio del ordenamiento, de un principio general antes no considerado.<sup>66</sup>

61. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Supremacía constitucional e interpretación", *cit.*, p. 58. Sobre la cuestión de la aplicación de la ley inconstitucional por la Administración, además de la bibliografía citada en *loe. cit.* nota 37: RISSO FERRAND, Martín, "Aplicación de la Constitución frente a leyes inconstitucionales", en *Rev. de Der. Público*, núm. 5, Montevideo, 1994, pp. 37 a 47, adhiriendo a la nueva posición de CASSINELLI MUÑOZ.
62. CAJARVILLE PELUFFO, J.P. "Supremacía constitucional ...", *cit.*, p. 61; e "Invalidez de los actos administrativos", en *Dos estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2<sup>a</sup>. ed., 1995, pp. 75/77.
63. BRITO, Mariano, "Acción de amparo", en "El poder y su control", *Rev. U. de Der. Const. y Pol.*, Serie Congresos y Conferencias, núm. 1, Montevideo, 1990, pp. 144 a 154; VIERA, Luis A., *Ley de Amparo*, Montevideo, 1993, p. 11.

64. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1983, pp. 117 a 140; MAIRAL, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Buenos Aires, 1988; en nuestro país. BERRO, Federico, *La relevancia jurídica de la conducta anterior*, Montevideo, 1989.
65. BARBÉ PÉREZ, H., *OP. CIT.*, pp. 48/51; CASAGNE, J.C., *OP. CIT.*, p. 8; GONZÁLEZ PÉREZ, J., LA DIGNIDAD DE LA PERSONA, *CIT.*, pp. 84/85; GRAU, E.R., A ORDEM ECONÓMICA ..., *CIT.*, pp. 129 A 132; JEANNEAU, B., *OP. CIT.*, pp. 234 A 249.
66. René CHAPUS señala que desde 1945, en que por primera vez aparece su mención explícita en fallos del Consejo de Estado, la categoría de los "principios generales de derecho aplicables aun en ausencia de texto" no ha cesado de enriquecerse (*Droit Administrativo General*, *cit.*, pp. 55/56). Véase en JEANNEAU, *op. cit.* pp. 112, 139/140, 187 y 254/255, cambios en la jurisprudencia acerca de la aceptación de principios generales y de sus relaciones recíprocas, en el caso, la aceptación como principio del derecho de huelga de los funcionarios públicos y su relación con el principio de continuidad de los servicios públicos.

La relación en el tiempo entre las distintas reglas de derecho se rige por el principio de prevalencia de la norma posterior de igual o superior jerarquía.<sup>67</sup> Pero el efecto derogatorio tácito de la norma posterior difiere en nuestro derecho según la anterior sea de la misma o de inferior jerarquía.<sup>68</sup> La derogación entre normas de la misma jerarquía se decide aplicando el criterio de conciliabilidad entre las dos normas (Código Civil, art. 10), de manera que la posterior deroga a la anterior sólo en cuanto no puedan conciliarse; de ahí que la norma general posterior no derogue a la especial anterior, y que la anterior pueda mantener su vigencia considerándosela como norma especial para los casos a que refiere, frente a la general posterior. En cambio, la relación entre normas de distinta jerarquía se rige por el criterio de compatibilidad lógico-jurídica de ambas normas, de manera que la norma posterior de superior jerarquía deroga a las anteriores inferiores con las cuales será incompatible, que no pueden subsistir ni siquiera a título de excepción.<sup>69</sup>

Conforme a esos criterios, y teniendo en cuenta que sólo podrá admitirse la incorporación a nuestro derecho de un principio que afirme la existencia de un derecho, deber o garantía inherente a la personalidad humana o derivado de la forma republicana de gobierno siempre que no contrarie ninguna disposición constitucional expresa y sea coherente con todas ellas {*supra*, II núm. 2), no podrá plantearse la derogación de una norma constitucional por un principio general de admisión posterior. El examen de compatibilidad del derecho, deber o garantía a que refiere el principio ahora admitido con todas las disposiciones constitucionales, puede requerir conciliario con los otros derechos individuales y con las potestades públicas consagrados por la Carta. En verdad, no es ésta una necesidad que plantee sólo la admisión de nuevos principios generales; sin perjuicio de contener una estructura institución

nal más o menos rígida, la Constitución es en sí misma, además, expresión de principios, expresa o implícitamente incorporados, y desde este punto de vista Bobbio ha señalado que "nuestros ordenamientos no son sistemas éticos unitarios, es decir, inspirados en un único postulado ético fundamental o en un grupo de postulados coherentes entre sí, sino que son sistemas de varios valores y que estos valores a menudo son antinómicos entre sí, como los de la libertad negativa y la igualdad positiva o los de la libertad individual y la justicia social".<sup>70</sup> La necesidad de conciliar principios simultáneamente vigente es entonces inherente a la estructura y contenido del sistema, y debe realizarse atendiendo a la dimensión de eso o importancia que es propia de los principios<sup>71</sup> y respetando las jerarquizaciones contenidas en la propia Constitución o en las leyes.<sup>72</sup>

La admisión de un principio de jerarquía legal no importará la derogación de leyes anteriores que establezcan soluciones contrarias, las que permanecerán como normas de excepción. La imposibilidad de conciliación sólo ocurriría cuando la solución legal expresa anterior estuviera consagrada como regla general; pero en tal caso, simplemente el principio contrario no sería admisible en nuestro derecho positivo, porque los comprendidos en el art. 332 sólo se aplican en los casos previstos a falta de reglamentación, y los que caen residualmente en el art. 16 del Código Civil también rigen en subsidio de la ley.

Resta analizar los efectos de la admisión de un principio antes no considerado respecto a las reglas anteriores de inferior jerarquía a la que quepa atribuir a ese principio. Si el nuevo principio reconoce un deber o garantía, no podrá suplirse su falta de reglamentación legal recurriendo al art. 332 (*supra*, II núm. 3), de manera que permanecería como una directiva para el legislador que no derogaría la legislación anterior ni la haría inconstitucional.<sup>73</sup> Si el principio reconoce derechos a los individuos, será

67. SUPERVIELLE, Bernardo, "De la derogación de las leyes y demás normas jurídicas, en *Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amézaga*, Montevideo, 1958, pp. 385 y ss.

68. CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, "Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?", *Rev. D.J.A.*, Montevideo, T. 55, p. 191; SUPERVIELLE, B., "De la derogación ...", *cit.*, pp. 485 y ss.

69. Sin embargo, BOBBIO señala que la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana en sus primeros años permite constatar "la tendencia a reconocer la validez de una ley ordinaria -y por tanto jerárquicamente inferior-, no importa si precedente o sucesiva, cuando existen buenas razones para demostrar que deroga principios constitucionales generalísimos para satisfacer exigencias particulares, regulando casos limitados en el tiempo y en la extensión": "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la teoría del derecho*, *cit.*, p. 363/364.

70. "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la teoría del derecho*, *cit.*, p. 351.

71. CASSAGNE, J.C., "Los principios generales ..." en *Estudios de Derecho Público*, *cit.*, p. 16. GRAU, E.R., "Principios y reglas jurídicas ...", *cit.*, pp. 27 a 32; el artículo de GRAU es un estudio del conflicto entre los principios constitucionales atinentes a la vinculación de la Administración a las decisiones del Poder Judicial y la legalidad de la ejecución presupuestal.

72. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Supremacía constitucional ...", *cit.*, p. 60/61.

73. Si no se admitiera esta solución, habría que asimilar este caso al de un principio que reconociera derechos a los individuos, que se analiza seguidamente.

de aplicación inmediata, y aparecería la posibilidad de derogación de la legislación anterior por el principio ahora admitido. Lo mismo ocurriría si se tratara de la admisión de un principio de jerarquía constitucional o legal, respecto a los reglamentos anteriores incompatibles con él.

Delimitado así el campo en que cabría conjeturar sobre la derogación de una norma positiva por un principio de admisión posterior, corresponde proceder al examen de la primera hipótesis; efecto de la admisión de un principio de jerarquía constitucional sobre las leyes anteriores incompatibles con él. Una primera dificultad para admitir el efecto derogatorio deriva de que, por su propia índole, los principios generales de derecho carecen de un comienzo de vigencia identificado en el tiempo que permita ubicar aquel efecto; pero el conflicto podría plantearse en un momento en que la incorporación del principio al derecho positivo resulte ya incuestionable, y entonces el juez o el administrador deberán plantearse la alternativa de considerar derogada la ley anterior incompatible o solicitar la declaración de su inconstitucionalidad a la Suprema Corte de Justicia. Es claro que el principio ahora admitido no puede considerarse comprendido en el contenido de la Constitución que produjo el efecto modificativo, adaptador y derogatorio sobre la legislación anterior dispuesto por el art. 329 de la Carta;<sup>74</sup> ese efecto sólo lo produce el contenido de la Constitución en el momento de su entrada en vigencia. Pero tampoco podría considerarse que la ley fuera inconstitucional, si se entiende por tal la contrariedad por razón de forma o de fondo con la Constitución bajo la cual ha sido promulgada.<sup>75</sup> Resulta entonces que la hipótesis planteada queda fuera de las dos vías por las cuales nuestro régimen resuelve los conflictos entre disposiciones constitucionales y legales.<sup>76</sup>

Siendo así, el fundamento por el cual la Constitución ha establecido un régimen especial concentrado para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes<sup>77</sup> induce a concluir que no debe admitirse la derogación de una ley por un principio general de jerarquía constitucional de admisión posterior a su promulgación, y que la incompatibilidad entre ambos deberá resolverse por la vía de la declaración de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia.

Por último, pese a la dificultad señalada para ubicar en el tiempo el comienzo de la vigencia de un principio general, y atento a la posibilidad de que el conflicto se plantee cuando la vigencia del principio es indiscutible, puede aceptarse el efecto derogatorio de un principio ahora incorporado al ordenamiento sobre los reglamentos anteriores incompatibles con él. Pero aunque no se admitiera ese efecto, la inexistencia de un sistema de control de legitimidad concentrado respecto a los reglamentos y el poder-deber de los órganos jurisdiccionales y administrativos (salvo los sometidos a jerarquía del autor) de desaplicar los reglamentos ilegítimos conduciría a resultados prácticamente iguales.

*VIII . Conclusión.* Los "principios generales de derecho" son el medio por el cual el ordenamiento jurídico formal del Estado uruguayo admite, incorpora y atribuye eficacia jurídica formal a los valores, jerarquizaciones de valores y concepciones sociales sobre los fenómenos jurídicos, predominantes en la

74. CASSINELLI MUÑOZ, H., "Oposición superviviente ...", *cit.*, p. 164.

75. CASSINELLI MUÑOZ, H., "Oposición superviviente ...", *cit.*, p. 202.

76. En la tesis, que admito, de que la Constitución posterior deroga a la ley anterior incompatible con ella (confs.: CASSINELLI MUÑOZ, H., "Oposición superviviente ...", *cit.*; ESTEVA, Eduardo, "Declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos", en *El poder y su control*, *cit.*, pp. 97 y ss.; PÉREZ PÉREZ, Alberto, "Derogación de normas legales por una Constitución posterior", *Rev. D.J.A.*, T. 67, p. 291; SUPERVIELLE, B., "De la derogación...", *cit.*, pp. 431 a482). Si conforme con la tesis contraria, no se admitiera el efecto derogatorio de la Constitución posterior sobre las leyes anteriores incompatibles, o si aun admitiéndolo se sostuviera la competencia exclusiva de la Suprema Corte para declarar esa derogación, todo el problema planteado en el texto no existiría. Modificando su jurisprudencia constante anterior, la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, en sent. núm. 22 de 27/8/993, declaró que carece de jurisdicción para conocer sobre la oposición entre una norma legal y una disposición constitucional superveniente: autos "R. Ch., J.A. c/ Ministerio del Interior - Inconstitucionalidad", Fa. núm. 3395/92.

77. CASSINELLI MUÑOZ ha demostrado, en su notable estudio sobre el tema, que "el procedimiento especial previo a la desaplicación de las leyes inconstitucionales es una garantía establecida en defensa del Poder Legislativo y de las Juntas Departamentales, en homenaje al equilibrio entre los órganos legislativos y los órganos jurisdiccionales ... Este fundamento político es el de evitar que la función legislativa, que no dispone de la fuerza pública ni de la cosa juzgada, se vea menoscabada por cualquier juez": "Oposición superveniente ...", *cit.*, p. 206. El Tribunal Constitucional español ha invocado un fundamento que conduce también a la conclusión del texto: "La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la ley con la simple inaplicación de ésta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica. El constituyente ha preferido, para evitarlo\* sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal, que, en cierto sentido, es así, no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley" (sent. 17/1981, de 1/6/981, en BA- LAGUER CALLEJÓN, F., *op. cit.*, p. 147).

colectividad asentada en su territorio no incluidos en una regla de derecho escrita.

Desde el punto de vista orgánico-formal, la incorporación puede ocurrir naturalmente mediante su acogimiento expreso por el propio constituyente, por el legislador en cuanto no contravenga una disposición constitucional expresa, o por el administrador mediante reglamento o resolución en tanto no contravenga una disposición constitucional o legal; pero su incorporación directa al ordenamiento en cuanto principio general como tal, no recogido previamente en una regla de derecho formal integrante del ordenamiento, que permitirá incluso descartar la aplicación de esas reglas formales, será reconocida en definitiva a través de la jurisprudencia. El ordenamiento jurídico formal del Estado reserva esa potestad de reconocer la incorporación al ordenamiento de aquellas valoraciones y concepciones sociales a dos de sus órganos máximos, la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sólo cuando se trate de desaplicar una ley o de anular un acto de la Administración por contravenir aquellas valoraciones y concepciones sociales predominantes. Pero todos los órganos jurisdiccionales pueden aplicarlas para juzgar la le

gitimidad de la actividad del Estado a efectos reparatorios y aun para desaplicar los actos del Estado en el caso sometido a su decisión, respetando la eficacia formal con que el ordenamiento estatal incorpora esas valoraciones y concepciones sociales, elevando el asunto a la Suprema Corte si se trata de desaplicar una ley, o desaplicándolos por sí mismos si son actos de la Administración.

En nuestro país, estamos lejos de los riesgos de una aplicación indiscriminada y generalizada de los principios generales de derecho por los jueces, que ha suscitado alarma y rechazo de algún autor europeo. En todo caso, nuestro régimen constitucional y legal previene aquellos riesgos, encausando adecuadamente la utilización de ese instrumento imprescindible para conformar el ordenamiento formal con la evolución de las concepciones sociales sobre los derechos, deberes y garantías de los individuos, y para hacer posible su efectiva aplicación.

Dirección postal del autor: Dr. J.P. Cajarville- Peluffo Baldomir 2438 Montevideo-Uruguay Telefax: (..598 2) 91 09 38