

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

DIRECTOR

LUIS ELGUERA

SECRETARIO (e)

AÑO 7, N° 13

JULIO - DICIEMBRE 2006

13 / 2006

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

Elementos de una teoría de la jurisdicción constitucional en el derecho positivo francés

por MARCEL WALINE

La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia

por PEDRO DE VEGA GARCÍA

Semblanza de Eduardo García de Enterría

por FERNANDO SÁINZ MORENO

Algunas reflexiones sobre la nulidad e inexistencia del acto administrativo en la ley peruana

por JUAN FELIPE ISASI CAYO

El Tribunal Constitucional «*non nato*» de Tucumán. Una curiosidad argentina

por SERGIO M. DÍAZ RICCI

Del fuero personal al fuero institucional: la Justicia Militar en el Perú

por JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ

GRILEY

**Revista Peruana de
Derecho Público**

E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y

Revista Peruana de Derecho Público

Año 7, Número 13 • Julio-diciembre de 2006

Director
Domingo García Belaunde

Comité de Redacción
Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren
Praeli, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich y José F. Palomino Manchego

Secretario de Redacción (e)
Luis Elguera

Comité Asesor Internacional

- Alemania : Peter Häberle
Argentina : Germán J. Bidart Campos (†), Agustín Gordillo, Néstor P. Sagüés,
Alejandro Pérez Hualde
Brasil : Luiz Pinto Ferreira, José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides
Chile : Humberto Nogueira Alcalá
Colombia : Carlos Restrepo Piedrahita, Jaime Vidal Perdomo, Vladimiro
Naranjo Mesa (†), Eduardo Cifuentes Muñoz
Costa Rica : Rubén Hernández Valle
EE.UU. : Robert S. Barker
España : Pablo Lucas Verdú, Francisco Fernández Segado, Eduardo García de
Enterría, Luciano Parejo Alfonso
Francia : Louis Favoreu (†), Franck Moderne
Italia : Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro
México : Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés
Panamá : César Quintero (†)
Portugal : Jorge Miranda
Venezuela : Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional
Alberto Ruiz-Eldredge
Alfredo Quispe Correa
Gustavo Bacacorzo

GRILEY

AGRADECIMIENTO



ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Solicitamos canje
Tauschverkehr erwünscht
Sollecitiamo scambio
We would like exchange
On prie de bien vouloir établir l'échange

Correspondencia editorial:
Av. José Gálvez 200 (Corpac)
Lima 27 - PERU
E-mail: lelguera@correo.dnet.com.pe

Suscripciones, avisaje y distribución:
Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
Jr. Lampa 1221 - Lima 1, Perú
T.: 427 3147 / TF: 427 6038
info@grijley.com
grijley@terra.com.pe
Jr. Azángaro 1077 - Lima 1, Perú
T.: 321-0258

SUMARIO

Editorial	7
-----------------	---

ESTUDIOS

Elementos de una teoría de la jurisdicción constitucional en el derecho positivo francés MARCEL WALINE	11
--	----

La reforma constitucional como defensa de la constitución y de la democracia PEDRO DE VEGA GARCIA	31
---	----

Semblanza de Eduardo García de Enterría FERNANDO SÁINZ MORENO	51
--	----

Algunas reflexiones sobre la nulidad e inexistencia del acto administrativo en la ley peruana JUAN FELIPE ISASI CAYO	75
--	----

El Tribunal Constitucional «non nato» de Tucumán. Una curiosidad argentina SERGIO M. DÍAZ RICCI	87
---	----

Del fuero personal al fuero institucional: La Justicia Militar en el Perú JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ	111
--	-----

DOCUMENTOS

En el décimo aniversario del Tribunal Constitucional VÍCTOR GARCÍA TOMA	141
--	-----

NECROLÓGICA

Valentín Paniagua Corazao (1936-2006)	
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	155

BIBLIOGRÁFICA

Obras generales de Derecho Administrativo cubano	
ANDRY MATILLA	159

ÍNDICES

Revista Peruana de Derecho Público	
Índices N° 1-12 (2000-2006)	165

EDITORIAL

Diversos sucesos han signado el segundo semestre de este año que finaliza. Por un lado, se ha producido por la vía legislativa dos reformas importantes en nuestro ordenamiento constitucional, con lo que han quedado modificadas tradiciones institucionales de larga data.

Primeramente, en el ámbito del sistema electoral, se ha promulgado una ley que suprime las restricciones a la capacidad jurídica de las personas naturales y reduce sustancialmente el monto de las multas, en caso de omisión al sufragio. Esto significa en la práctica un alejamiento de la obligatoriedad del sufragio, hacia un régimen en que dicha obligatoriedad sea eminentemente nominal, debido a esta reducción de sanciones. Y que en el futuro probablemente quede como un voto voluntario, que es como entendemos que debería ser.

En lo que atañe a la estructura del Estado en el marco de la política constitucional de descentralización, por ley expresa han quedado suprimidas las prefecturas y subprefecturas de la República, transfiriéndose sus funciones a Direcciones Regionales Sectoriales, cuyas atribuciones y responsabilidades han sido precisadas por una modificación de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Esta supresión de prefecturas acaba con una fórmula administrativa política del régimen interior de la República que se remonta a nuestra primera Constitución de 1823, que estableció que *el gobierno político superior de los departamentos reside en un ciudadano denominado Prefecto* (art. 122^o), institución pública de control central que desde entonces ha sufrido sendas reformas y que hoy, en una resuelta apuesta por la descentralización, desaparece del todo. Esperemos que esta innovación dé sus frutos y los funcionarios que remplacen la vieja institución hagan lo que les corresponde hacer.

De otro lado, nuestro Código Procesal Constitucional ha sufrido este semestre una reforma legislativa importante. Se introdujo la necesidad de consultar a la Corte Suprema (Sala Constitucional y Social) en todo caso y sin excepción en que se pretenda inaplicar alguna ley en el ejercicio del llamado «control difuso». Se modificaron también las medidas cautelares en los procesos de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Cumplimiento, de modo que el recurso de apelación se realice en estos procesos sin efecto suspensivo. Se ha introducido el Auto de Saneamiento Procesal, en el cual se resuelven las excepciones que sean deducidas y se podrá sanear aquello que el juez considere posible y necesario en la relación procesal. Estas reformas apuntan a restar poder a los jueces y se motivan en el consabido exceso en que algunos juzgados han venido incurriendo en los últimos tiempos, como es de conocimiento público. Pero no sabemos si realmente sus efectos serán positivos, pues ello podría terminar de enervar los efectos de los procesos constitucionales.

En el presente número se presentan algunas novedades, como es la traducción de un texto desconocido entre nosotros de Marcel Waline, que fuera publicado en la misma revista y época en donde apareció el ensayo fundacional de Kelsen de 1928, sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución.

Se presenta asimismo una semblanza del eminente administrativista español Eduardo García de Enterría, coincidiendo con la edición latinoamericana —y peruana— de su largamente conocido tratado de Derecho Administrativo, escrito conjuntamente con Tomás-Ramón Fernández, y que ha gozado de sucesivas ediciones.

Se da cuenta igualmente de otros acontecimientos, entre ellos el sensible fallecimiento, luego de una corta enfermedad, de nuestro dilecto colega y amigo Valentín Paniagua.

Se incluye finalmente el índice general de nuestra «Revista...» de los números 1 a 12, inclusive.

Lima, diciembre de 2006

El Director

ELEMENTOS DE UNA TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO POSITIVO FRANCÉS ^(*)^(**)

Marcel Waline

Que actualmente existe en el Derecho positivo francés una jurisdicción constitucional, o en otros términos, que el ejercicio de la función jurisdiccional esté, en ciertos casos al menos, confiado por razones extraídas de la Ciencia Política a órganos constitucionales, resulta con evidencia de la Ley Constitucional de 16 de julio de 1875 (art. 12), que instituyó y organizó el Alto Tribunal de Justicia. Este Alto Tribunal, en efecto, es ciertamente una jurisdicción: tiene, dice Duguit, todos los poderes y no tiene

(*) Traducción del francés de Percy Castillo.

(**) El presente ensayo de Marcel Waline fue originalmente publicado en la «Revue du Droit Public et de la Science Politique» bajo el siguiente título: «Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français» y apareció en el mismo tomo (45) y año (1928) en que se publica el famoso ensayo fundacional de Kelsen sobre el control constitucional, y acompañado por ensayos de temas afines de B.Mirkine-Guetzevich y Ch.Eisemann (la revista la dirigía G. Jèze). Esto demuestra como en aquel momento el debate en la comunidad jurídica francesa en torno al tema de la jurisdicción constitucional era muy activo, como lo confirman otras publicaciones de la época (en especial el «Mélanges M. Hauriou» de 1929). Pero lo interesante es que Waline, quien más tarde destacaría como administrativista, no tenía una idea clara de lo que era el tema de fondo, a tal extremo que su tesis no tuvo mayor predicamento. Con todo, lo publicamos como un testimonio del momento y por tratarse de un escrito juvenil de un importante jurista francés, que en ese entonces era encargado de cursos en la Facultad de Derecho de Poitiers (Domingo García Belaunde).

más que los poderes⁽¹⁾. Por otra parte, no es una jurisdicción de orden judicial ni una jurisdicción de orden administrativo y así se explica que sus fallos no sean susceptibles de ningún recurso: no es que se rechacen por su naturaleza, sino que nuestra organización jurídica ha puesto en realidad, esta jurisdicción fuera de las dos clases de tribunales cuyos fallos habrían podido, sin ella, encontrar un control. Es lo que se expresa llamándola «jurisdicción constitucional»: jurisdicción confiada, excepcionalmente, a un órgano constitucional, por razones tomadas de la Ciencia Política.

Pero, en general, allí se detiene el estudio de la jurisdicción constitucional en el Derecho francés. Es necesario subrayar, no obstante, una observación de Hauriou⁽²⁾ quien dice: «es muy interesante, en nuestra opinión, señalar el carácter constitucional del contencioso de conflictos, porque sería un hito colocado en la vía de las jurisdicciones constitucionales». Es el deseo así expresado por el eminente Decano que querríamos tratar de realizar, al menos parcialmente, colocando tales hitos. Agruparemos un cierto número de casos donde el Derecho positivo francés confía o ha confiado en cierta época, funciones indiscutiblemente jurisdiccionales a órganos constitucionales de los que la mayor parte no eran tribunales, es decir, el Parlamento, o una de sus Cámaras, o el Presidente de ésta, el Presidente de la República, y finalmente el Tribunal de Conflictos.

Pero este bosquejo de una teoría de la jurisdicción constitucional se basa en un triple postulado: a) una determinada definición de la función jurisdiccional; b) el reconocimiento de la existencia de una jurisdicción objetiva; c) la distinción entre la jurisdicción y lo contencioso. Los casos de jurisdicción constitucional que vamos a ver tienen, en efecto, este carácter común, de no resolver ninguna cuestión de derecho subjetivo, o si se prefiere esta terminología, de situación jurídica subjetiva; y, por otra parte, de no incluir ningún debate contencioso. Conviene entonces en primer lugar, recordar estos tres principios fundamentales:

A) *¿Cómo reconocemos un acto jurisdiccional?* Se sabe que, sobre este punto, una divergencia de opinión separa a Duguit y Jèze; el primero exige para que exista un acto jurisdiccional, la reunión de tres condiciones: 1) Cuestión de derecho a resolver en Derecho, por motivos exclusivamente jurídicos, 2) fuerza de verdad legal de la decisión tomada sobre esta cuestión, y 3) acto jurídico por el cual el juez extrae por sí mismo «la conse-

(1) Duguit, *Traite de Droit constit.*, 2^a ed., t. IV, p. 491 y ss., y principalmente, pp. 494 y 496.

(2) Hauriou, *Précis de Dr. admin.*, 11^a edic., p. 948, n. 1.

cuencia lógicamente necesaria de esta decisión»⁽³⁾. Jèze, por el contrario, no exige más que los dos primeros elementos y rechaza el tercero⁽⁴⁾.

Nosotros no tomaremos partido en esta controversia, porque resulta que la teoría que intentamos desarrollar concuerda igualmente con estos dos puntos de vista; los tres elementos del acto jurisdiccional según Duguit se vuelven a encontrar en los actos considerados, y *a fortiori*, en los dos elementos exigidos por Jèze.

Por el contrario, creemos útil insistir sobre los caracteres formales del acto jurisdiccional: toda comprobación de la norma de Derecho y de su contenido aplicado a un caso o a una serie de casos precisos, no es, en efecto, un acto jurisdiccional: un abogado consultado sobre una cuestión de Derecho, un profesor que expone durante su enseñanza las soluciones precisas del Derecho objetivo sobre determinado punto, un administrador que resuelve un punto de derecho accesoriamente a una decisión administrativa⁽⁵⁾, un arbitro, finalmente, que resuelve preguntas jurídicas con la ayuda de argumentos exclusivamente jurídicos; ellos no realizan sin embargo un acto de jurisdicción. Es necesario algo más para que haya acto jurisdiccional: es necesario que la decisión pueda considerarse como legalmente verdadera (fuerza de verdad legal), lo que supone que su autor tiene autoridad suficiente para comprobar oficialmente el Derecho en nombre del Estado, que es lo que Hauriou llama un «juez público». Es *para eso* que se organizan procesos destinados a conseguir lo más cerca posible la verdad: independencia del órgano, procedimiento; es *a causa de eso*, por otra parte, que la comprobación oficial emitida por el órgano jurisdiccional tendrá fuerza de cosa juzgada, sea *inter partes*, sea *erga omnes*, y que ella tendrá fuerza ejecutoria.

Aplicando esta concepción del acto jurisdiccional a la jurisdicción constitucional, exigiremos entonces: 1º que el órgano jurisdiccional *pronuncie* el Derecho, *sin añadirle ninguna regla nueva*; por que sino haría un acto de legislador. Debe limitarse a la comprobación del derecho objetivo preexistente a su decisión. Así, la elaboración de un reglamento de la Administración Pública no es un acto jurisdiccional, pues, sin duda, el Presiden-

(3) *Dr. constit.*, 2ª ed., t. II, p. 320.

(4) *Principes généraux du Droit administratif*, 3ª ed., p. 35 ss.

(5) ¿Tal candidato a un concurso administrativo tiene los años y los diplomas requeridos por la ley para entrar a la carrera a la cual da acceso este concurso? Cuestiones a resolver antes de admitirlo a concursar.

te de la República, haciéndolo, extrae las consecuencias jurídicas de la ley; pero al mismo tiempo, las desarrolla y añade ciertamente reglas nuevas; añade al menos disposiciones constructivas a las disposiciones normativas de la ley. Sin duda, estas disposiciones permanecen en el marco de la ley. Sin embargo después de la publicación del reglamento de la Administración Pública, los particulares son menos libres que antes y están sujetos, por ejemplo, a la observación de nuevas formalidades.

2º El órgano constitucional sólo hace un acto jurisdiccional si resuelve en Derecho, determinándose por motivos jurídicos, con exclusión de toda consideración de oportunidad política o administrativa. Por ejemplo, el levantamiento de la inviolabilidad parlamentaria no es, en el estado actual de la práctica de las asambleas, un acto jurisdiccional, porque los diputados o senadores se determinan, de hecho, por consideraciones políticas. Es de notar sin embargo, que este acto tiende a devenir, y devendrá quizá algún día jurisdiccional, gracias a la formación de un Derecho consuetudinario; por ejemplo, «es por principio» que el levantamiento de la inviolabilidad jamás es concedido para la persecución de infracciones cometidas por medio de la prensa⁽⁶⁾ Se habla a este respecto, a veces, de «jurisprudencia parlamentaria»; la frase es característica; será quizá jurídicamente exacta un día; actualmente no es más que una frase.

Asimismo, el Presidente de la República, al ratificar los tratados hace una apreciación jurídica: aquella de sus propios poderes: ¿está en uno de los casos del artículo 8 de la Ley Constitucional de 16 de julio de 1875 que exige una autorización previa de las Cámaras? ¿Y, llegado el caso, se ha obtenido esta autorización? Pero esta apreciación no determina nunca, por sí sola, la ratificación: el Presidente de la República aprecia igualmente las ventajas *políticas* del tratado; y es, en último análisis, esta valoración extra-jurídica, la que determina su acto: éste, por lo tanto, no es jurisdiccional. El Presidente de la República, en otros términos, no tiene «competencia vinculante» por la autorización hecha por las Cámaras.

3º El órgano constitucional sólo hace un acto de jurisdicción si no puede retornar sobre su decisión, que tiene así fuerza de verdad legal, incluso para él. Él no se puede retractar más que un tribunal.

B) El segundo postulado, en la base de la teoría de la jurisdicción constitucional, es la *existencia de una jurisdicción objetiva*. No tenemos que insistir sobre este punto, ya que no parece cuestionable hoy en día: preci-

⁽⁶⁾ V. Pierre, *Traite de Droit politique, électoral et parlementaire*.

sar el contenido de las normas de Derecho vigentes en un Estado en un momento dado y aplicarlas a soluciones precisas, constituye el ejercicio de una función jurisdiccional, sin que sea necesario que la decisión establezca o niegue la existencia de derechos subjetivos a favor de alguna persona determinada. La jurisdicción penal, el recurso por abuso de poder, el contencioso de la responsabilidad cuasi-penal, son indiscutiblemente casos de jurisdicción objetiva. Sólo tenemos pues que remitir, sobre este punto, a los autores que trataron esta cuestión en su conjunto⁽⁷⁾.

C) Pero tememos que nuestro último postulado, es decir, la *existencia de una jurisdicción no contenciosa*, o, si se quiere, de una función jurisdiccional ejerciéndose fuera de todo contencioso, sea cuestionada más vivamente. Sin embargo, nos parece cierto que los dos conceptos de «jurisdicción» y de «contencioso» no se mezclan. Sin duda, la jurisdicción supone, como lo observa Duguit, «la existencia de una pretensión, lo que los italianos llaman la *pretesa*, los alemanes el *Anspruch*»⁽⁸⁾. Está claro que si no hay una pretensión, una interpretación de la norma de Derecho a discutir, no puede haber acto jurisdiccional. Pero basta —este punto es fundamental— una sola pretensión, con tal que esté o pueda ponerse en duda; y ella puede ser tal sin debate contencioso. Para que haya no solamente jurisdicción, sino contencioso, es necesario algo más: es necesaria una segunda pretensión que viene a oponerse a la primera: la oposición de pretensiones es el elemento necesario de la formación, o, si se quiere, el nexo necesario de lo contencioso⁽⁹⁾.

Esta distinción entre la jurisdicción y lo contencioso está encaminada, parece, a disipar un malentendido. Hauriou había escrito⁽¹⁰⁾: «un conflicto llama a un juez, cualquiera que sea su objeto anterior, solo por aquello que alcanza un cierto grado de agudeza y que es susceptible de degenerar en vía de hecho». Duguit realza esta frase añadiendo: «No habría entonces lugar a juzgar sino donde hay conflicto, cualquiera que sea además el objeto del conflicto», y parece reprochar a Hauriou por no ver, «jurisdicción sino donde hay conflicto»⁽¹¹⁾. En realidad, no hay ninguna contradicción

⁽⁷⁾ V. Duguit, *Dr. constit.*, 2ª ed., t. II, p.357 y ss.; Jèze, *Principes*, p. 54 y ss; Hauriou, *Dr. adm.* 11ª ed., 386.

⁽⁸⁾ Duguit, *ibid.*, p. 313.

⁽⁹⁾ V. sobre este punto: Hauriou, *Les éléments du contentieux*, *Recueil de législation de Toulouse*, 1905-1907, cfr. Duguit, *Dr. Constit.*, 2ª ed., t. II, p. 313.

⁽¹⁰⁾ *Op. cit.*, p. 41.

⁽¹¹⁾ *D. Constit.*, t. II, p. 330.

entre los dos autores: uno busca la definición del acto jurisdiccional; otro, la del contencioso. Si se admite que estos dos conceptos son claramente distintos, no debe asombrar que sus dos definiciones no concuerden; cada una desde su punto de vista, ambas tienen razón.

El derecho positivo francés nos muestra ejemplos de jurisdicción no contenciosa. Están en primer lugar algunos casos en los que un tribunal procede a una homologación de un acto. No hay ningún contradictor; nadie impugna la regularidad del acto; no obstante, el juez debe examinar la conformidad de este acto con la regla de Derecho. En algunos casos, hay ejercicio de una función administrativa y no jurisdiccional: el juez o el tribunal aprecia la oportunidad del acto: juez de tutelas según la ley local de Alsacia-Lorena; homologación de las cesiones de derecho a indemnización por daños de guerra, ley del 17 de abril de 1919, art. 49. Pero, en otros casos, la decisión del juez resulta automáticamente de su opinión sobre la conformidad o la no conformidad del acto con la ley; hace entonces verdaderamente un acto jurisdiccional. Y, sin embargo, no hay ningún debate contencioso ante él.

El Derecho Administrativo nos presenta casos aún más claros de jurisdicción no contenciosa: está el juicio de cuentas de los contadores por el Tribunal de Cuentas o el Consejo de prefectura, que no supone ningún recurso para recurrir a la jurisdicción; está, por otra parte, la interpretación de un acto administrativo o de un contrato, a petición del Ministro, fuera de todo litigio preexistente⁽¹²⁾.

Se puede comparar estos ejemplos, tomados del derecho positivo francés, con la práctica de las opiniones consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en Derecho Internacional Público.

Al contrario, hay en el Derecho francés un contencioso no jurisdiccional, es decir, un caso en el que una cuestión de derecho es resuelta en derecho, entre las partes, pero por una autoridad no calificada para decir solemnemente, oficialmente, el Derecho. Es el arbitraje: la sentencia arbitral no tiene fuerza ejecutoria sino hasta después de un *exequatur* que emana de un «juez público» (art. 1020 del Código de Procedimientos Civiles).

Lo contencioso, a diferencia de la jurisdicción, supone pues una oposición de pretensiones: sea que dos personas sostengan tesis contradictorias (*contencioso de personas*, por ejemplo, proceso civil ante un Tribunal

⁽¹²⁾ Laferrière, *Jurid. admin.*, 2ª ed., t. II, p. 609 y ss.

Civil, contencioso de la reparación ante los tribunales administrativos), sea que haya en presencia, ya no de dos personas, sino de una persona y un acto (*contencioso del acto*, por ejemplo, recurso por abuso de poder).

Así se comprueba la existencia de una jurisdicción no contenciosa.

Nos queda por ver ahora si existe, en el derecho positivo francés, *casos de jurisdicción constitucional no contenciosa* (quedando entendido que esta jurisdicción puede ser, y es, en realidad, objetiva).

¿En qué se distinguen algunos actos jurisdiccionales al punto de ser «constitucionales»?

Su carácter constitucional se reconoce *exteriormente, prácticamente*, porque ellos emanan de órganos cuya función normal no es juzgar, sino hacer la ley o procurar su ejecución. Pero no es necesario engañarse; sólo hay allí una señal, y no la razón lógica de su carácter constitucional: no es *porque* estos órganos son constitucionales que sus actos de jurisdicción son constitucionales; es, por el contrario, porque los intereses en juego de la cuestión a resolver tienen una importancia constitucional, es que se ha confiado su juzgamiento a órganos constitucionales. Se trata, en efecto, siempre de cuestiones referentes ya sea a la composición, o al funcionamiento de los órganos constitucionales del Estado, aquellos a los que las leyes de 1875 llaman los «poderes públicos», o a la organización jurídica del país en puntos esenciales, o juzgados como tales.

I. La jurisdicción constitucional puede en principio consistir en actos que tienen una repercusión directa sobre la *composición misma del Parlamento*: nosotros queremos hablar de la *verificación de los poderes de los miembros de las asambleas legislativas*. Hay allí el ejercicio de una función jurisdiccional: ninguna norma nueva es creada, la cuestión de la validez de los poderes del parlamentario es resuelta o mejor dicho, sólo puede ser resuelta en Derecho, sin intervención de ninguna consideración política; ella puede ir precedida de investigación, de instrucción, etc.; crea una situación irrevocable: la validación (o la anulación) no puede ser revocada. Por último, la comprobación de la regularidad de la elección culmina en una decisión ejecutoria: la admisión de un nuevo miembro en la Asamblea⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ El movimiento de opinión que se ha manifestado al principio de la 14ª legislatura a favor de una «jurisdiccionalización» más pronunciada de la verificación de los poderes, es muy característica a este punto de vista. Ha parecido a los ojos de todos que hacer intervenir consideraciones políticas en esta operación, era un grave abuso de poder.

Es, además, un acto jurisdiccional *no contencioso*: todo candidato elegido es automáticamente sometido a la verificación de sus poderes, incluso si la elección no es impugnada, ni se interponga alguna denuncia.

Se entendería entonces bastante bien que esta función fuera confiada a un tribunal, como ella lo es, de otra parte, por los concejos generales de los distritos y municipalidades. ¿Por qué las Asambleas legislativas están encargadas cuando se trata de los poderes de sus miembros? Todas las razones que se han dado retornan en último análisis a esto: la composición de uno de los principales órganos del Estado —el Parlamento— depende de eso y esta función toma de este hecho, una importancia que le da un carácter constitucional.

II. La jurisdicción constitucional puede, en segundo lugar, ser de interés para el *funcionamiento del Parlamento*: es el caso de *algunos votos sobre la cuestión previa* y de *algunas decisiones del presidente de la Asamblea*, que rechazan poner en discusión una proposición o una enmienda inconstitucional.

Interponer una cuestión previa, ante una Cámara legislativa, es demandarle si hay lugar a discutir una enmienda o una proposición; es, en suma, una cuestión de admisibilidad. Ella puede no tener ningún carácter jurisdiccional: la Cámara, votando la cuestión previa, puede manifestar simplemente la opinión de que la proposición no presenta ningún interés, que no tiene ninguna posibilidad de reunir numerosos votos, y que de este modo no desea perder su tiempo en discutir una proposición sin futuro: cuestión política.

Pero la cuestión previa puede servir igualmente para descartar una proposición contraria, sea a la Constitución o a una ley de gestión presupuestaria⁽¹⁴⁾. Es entonces una cuestión de Derecho la que se propone.

Es igual que cuando el Presidente de la Asamblea rechaza poner en discusión una proposición o una enmienda declarándola «inadmisible por inconstitucionalidad».

Hay también allí actos de *jurisdicción* sin creación de ninguna regla jurídica nueva: el Presidente, la Asamblea determinan y deben determinarse exclusivamente por consideraciones jurídicas. El Presidente que tomara como pretexto su poder para descartar el debate de los textos que le

⁽¹⁴⁾ Sea en el reglamento de la Asamblea; hipótesis que nosotros dejamos de lado, porque ella sólo sería una jurisdicción disciplinaria, o de repente corporativa, y no constitucional.

desagradan por razones políticas, cometería un gravísimo exceso de poder. El acto, en fin, es sancionado por el abandono de la proposición.

Este acto jurisdiccional no es *contencioso*: el Presidente actúa espontáneamente, la cuestión previa, naturalmente, debe ser propuesta, pero no hay aquí, es evidente, ningún recurso contencioso. El reglamento del Senado, es cierto, da al senador que la propuso el «derecho» de intervenir para sostenerla, pero nada parecido existe en el reglamento de la Cámara de Diputados.

Este acto jurisdiccional es confiado a un órgano *constitucional* y no a un tribunal, por razones evidentes: es inútil llegar a molestar a un tribunal para demandarle si la proposición interpuesta es admisible, y, sobretodo, porque la intervención de un tribunal en las deliberaciones parlamentarias sería molesta: el funcionamiento del Parlamento no comporta injerencia alguna de un órgano exterior. Entonces, también acá, es por razones políticas que este acto jurisdiccional es constitucional.

III. Razones semejantes deben hacer admitir los casos de jurisdicción constitucional en los que *la organización jurídica del país* está interesada, *sobre puntos esenciales* o considerados como tales.

Esto se produce, en primer lugar, en el caso del control de *constitucionalidad de las leyes por el Senado o por una Corte especial*. Se sabe que el Derecho francés ha conocido dos periodos de tal control: del año VIII hasta 1814 y de 1852 hasta 1870. La idea habría sido dada por Sieyès en su proyecto de Constitución, presentado a la Convención en el 2 Thermidor del año III. El preconizó la creación de un «jurado constitucional», cuya misión habría sido juzgar las reclamaciones contra todo ataque contra la Constitución. Bonaparte pone en práctica esta idea previendo en la Constitución del año VIII, un Senado conservador, encargado de mantener o anular los actos que le fueran denunciados como inconstitucionales por el Tribunal o el Gobierno (Constit. año 8, art. 21). Además, en virtud del *Sénatus-Consulte* del 16 termidor, año X, podía «explicar los artículos de la Constitución que daban lugar a distintas interpretaciones». Este Senado, es necesario compararlo con el Senado de 1852 y las cortes constitucionales investidas de una función análoga en diversos Estados extranjeros (Alta Corte de Justicia alemana, Tribunal Federal suizo, Corte Constitucional austriaca, etc.).

Hay, indiscutiblemente, el ejercicio de una *función jurisdiccional*. Naturalmente, no pretendernos que el Senado Conservador sólo haya tenido funciones jurisdiccionales: tenía también, ciertamente, funciones legislati-

vas e incluso constituyentes. Pero cuando examinaba la constitucionalidad de las leyes, hacía un acto puramente jurisdiccional. Solo podía resolver en base al Derecho, aplicar una regla de derecho preexistente (la Constitución) sin pronunciarse sobre la oportunidad de la medida de la cual se trataba. Ya no era una cámara legislativa. Es característico destacar, a este respecto, que en el momento preciso en que el Senado, en 1870, se convirtió en segunda cámara legislativa, dejó al mismo tiempo de ser «Senado Conservador».

No pretendemos tampoco sostener que el Senado Conservador, ya sea bajo Napoleón I o bajo Napoleón III, haya tenido conciencia de su papel jurisdiccional y que lo haya ejercido correctamente. Se ha establecido que al contrario, abusó de esta función para servir a la política imperial. Eso prueba simplemente que cometió excesos de poder, pero ello no altera el carácter jurisdiccional de su función que tuvo la culpa de no apreciar en su valor.

El control del Senado Conservador no era, por otra parte, *contencioso*; el Senado no era recurrido por un recurso contra el acto, o por lo menos no lo era necesariamente. Eso es cierto, al menos, para el Senado del Segundo Imperio, que verificaba la constitucionalidad de todas las leyes sin excepción.

¿Porque esta función, jurisdiccional, no era dejada a un tribunal ordinario, sino confiada al contrario, a un órgano *constitucional*? Por razones políticas extraídas, también aquí, de la importancia de las cuestiones en juego: el respeto a la Constitución, y, por otra parte, la autoridad de la ley, que interesan a la organización jurídica del país en sus bases más fundamentales. Hacemos por otra parte todas las reservas sobre el valor real de este razonamiento; pero, verdadero o falso, el ha determinado la solución adoptada.

El Senado Conservador ha desaparecido. Se trató tímidamente de resucitarlo bajo una forma modernizada (proposición Jules Roche, proyecto Colrat), pero sin éxito. No quiere decir, no obstante, que no tengamos más, hoy día, control, al menos parcial, de la constitucionalidad de las leyes por un órgano constitucional: ya que este control es aún realizado, en forma incompleta es cierto, para la promulgación de las leyes.

IV. La *promulgación de las leyes* por el Presidente de la República tiene un doble alcance: a) por una parte, el Presidente de la República renuncia a su derecho de solicitar una segunda deliberación. Esto no tiene nada de jurisdiccional; la apreciación dada por el Presidente sobre el texto

que le es sometido es puramente política. Pero todo el mundo sabe que el Presidente no ha usado jamás el derecho que le otorga el art. 7 inc. 12, de la ley de 16 de julio de 1875, y que no la utilizará probablemente jamás. La renuncia al derecho de pedir una nueva deliberación no es entonces, políticamente al menos, la parte esencial de la promulgación, b) De otra parte, en efecto, cuando renuncia a pedir una segunda deliberación, el Presidente, antes de promulgar, tiene aún alguna cosa por hacer, y es esta segunda operación la que es jurisdiccional: él examina la regularidad en la votación de la ley, para poder certificarla al pueblo, y darle en consecuencia su fuerza ejecutoria⁽¹⁵⁾ poniendo bajo el texto la fórmula ejecutoria. Pero no hace otra cosa que verificar esta constitucionalidad externa, certificarla, y extraer las consecuencias lógicas estampando la fórmula ejecutoria.

Ahora bien, está ahí el ejercicio de una función jurisdiccional: el Presidente de la República no añade nada al *contenido* de la ley⁽¹⁶⁾, no crea entonces ninguna regla jurídica nueva, y por lo tanto, no hace un acto legislativo.

El juicio efectuado por el Presidente de la República sobre la regularidad del procedimiento seguido, es estrictamente jurídico: el Presidente aplica las leyes constitucionales, que exigen para que haya ley, el concurso de voluntades de las dos cámaras sobre un mismo texto. Y hace, finalmente, una comprobación oficial, calificada, que se impondrá a todo el país e incluso a las cámaras; es más, ella se le impondrá a éstas, antes de toda publicación: v. sobre este punto el muy interesante artículo de Lefas (*Revue du Droit Public*, 1927, p. 672). Ella se impondrá a todas las autoridades ejecutivas, comenzando por el mismo Presidente de la República. Varios autores, seriamente afectados por las incorrecciones de la promulgación y de la práctica de las *erratas*, han criticado estos hábitos. Pero ellos tropiezan con esta objeción: ¿El decreto de promulgación no puede, según la regla de *contrarius actus*, ser retirado por un segundo decreto? Si se reconoce el carácter jurisdiccional de la promulgación, la objeción cae y se ve

(15) Tenía ya fuerza ejecutoria pero limitada a un efecto preciso: «la deliberación del Senado tendrá por efecto ejecutorio hacer transmitir el texto al Presidente de la República y este efecto ejecutorio sería agotado por la transmisión» (Hauriou, *Principes de Droit public*, p. 151).

(16) Duguit afirma y Jèze niega que la promulgación aporte algún elemento nuevo a la ley. ¿Sus opiniones no podrían armonizarse gracias a esta distinción del contenido de la ley y de su fuerza? El Presidente no añade nada al contenido, pero determina la posibilidad de aplicar la ley a título de decisión ejecutoria.

claramente porqué la promulgación es irrevocable: porque ninguna autoridad jurisdiccional puede retornar sobre su decisión, excepto en casos estrictamente determinados (vías de retractación previstas por los Códigos de procedimiento, para los tribunales).

Resulta igualmente de este carácter jurisdiccional, que la comprobación de regularidad y la ley misma, se imponen a los mismos tribunales. Esta solución es muy discutida hoy en día; ella puede sin embargo justificarse: es el Presidente quien es competente, según los términos de la Constitución, para verificar la identidad de los textos votados por las Cámaras («El promulga las leyes *cuando son votadas por las dos Cámaras*»)⁽¹⁷⁾. Esta competencia es exclusiva sobre cualquier otra; desde el momento que la decisión del Presidente fue adoptada en el ejercicio de su competencia, ella se impone, con tal que no haya en otra parte algún vicio de forma *en el acto de la promulgación*. Pero los vicios de forma de la ley son cubiertos; a decir verdad, ellos no son igualmente cubiertos: deben ser tomados por verdad legal que existe. Si esta solución ha sido criticada, es porque concluye que el Presidente no siempre ha notado vicios de forma que sin embargo son graves. Esto prueba simplemente que habría ejercido mal su función; pero es lo propio de los actos de toda autoridad soberana, es decir, resolviendo sus recursos, de deber ser mantenidos incluso si ellos reposan sobre un grave error: la promulgación no debe ser revisada aquí, sino con un fallo de la Corte de Apelación sobre el hecho o de la Corte de Casación sobre el Derecho.

No es necesario insistir sobre el carácter *no contencioso* de la promulgación: todas las leyes, sin recurso especial se sujetan a ella.

Se concebiría que este examen de la constitucionalidad externa de la ley fuera confiado a un tribunal, la Corte de Casación, por ejemplo: ¿por qué no se lo dio, en realidad? Siempre por la misma razón: el ejercicio de esta función es demasiado importante, roza el procedimiento legislativo, es decir, a una de las bases del ordenamiento jurídico del Estado.

V. Reconocemos igualmente el carácter jurisdiccional, aunque no ocultamos que esta afirmación podría parecer paradójica, a las *leyes interpretativas*.

Ninguna nueva regla, en efecto, se crea por *hipótesis*, por definición, ya que la ley no sería ya interpretativa: el legislador explica lo que él ha-

(17) L. const., 25 feb. de 1875, art. 3.

bría querido hacer en una primera ley, cuyo sentido había parecido oscuro. Este carácter jurisdiccional explica la «retroactividad» de estas leyes, sobre todo si se considera que hay un caso de jurisdicción objetiva, que tiene por lo tanto, normalmente, efecto *erga omnes*. No hay, a decir verdad, más retroactividad aquí, que en el caso, por ejemplo, de la anulación por exceso de poder de un reglamento administrativo, que hace caer los trámites por contravención a este reglamento. No hay creación de ninguna regla nueva retroactiva: hay comprobación, explicación, del derecho preexistente.

Es cierto que se criticó muy fuertemente esta distinción entre leyes nuevas y leyes interpretativas, y la aplicación aparentemente «retroactiva» de éstas. Pero los casos prácticos sobre los cuales se razonó para mostrar la iniquidad verdadera de algunas leyes supuestamente interpretativas, son precisamente casos donde la ley no era interpretativa mas que de nombre (Ej.: L. de 13 abril de 1908); la cuestión que se plantea es entonces, en el fondo, saber si le basta al Parlamento bautizar como «interpretativa» la ley que hace para modificar la verdadera naturaleza jurídica de su acto. La negativa es evidente. Los tribunales, en nuestra opinión, tendrían el derecho y el deber de buscar si la ley es en realidad interpretativa, es decir, si el legislador ha «dicho» realmente el Derecho o si él, en realidad, hace acto de jurisdicción. Para que haya acto jurisdiccional, es necesario que el Parlamento haya determinado votar el texto de la interpretación que él pretende dar, por consideraciones exclusivamente jurídicas, por métodos de exégesis análogos a los de un Tribunal, con exclusión de toda consideración de oportunidad política. ¡Si no aprueba las consideraciones que habían determinado la votación de la ley precedente, que la abroge o la modifique, pero abiertamente, por una nueva ley, que tenga este carácter de nuevo!

El carácter *no contencioso* de esta interpretación es evidente. Ésta es provocada por peticiones, demandas, pero oficiosas; no hay ningún recurso; sería lo mismo que bajo el imperio de la ley de 16-24 de agosto de 1790, título 1º, art. 12; la demanda de interpretación de los tribunales, prevista por este artículo, no era un recurso propiamente dicho. De otro lado, no había ni adversario ni acto impugnado.

¿Porqué las Cámaras intervienen para sustituir, una vez más, su «*jurisdicción constitucional*» a la de los tribunales? Porque, en un caso determinado, la experiencia ha demostrado que éstos eran impulsados a interpretar correctamente la ley de la cual se trataba, dándole una interpretación que el Parlamento juzga falsa. Pero eso no basta: si el legislador debía

rectificar todas las interpretaciones discutibles hechas de la ley por la jurisprudencia, ¡habría mucho por hacer! Es necesario algo más que una interpretación falsa, para que el legislador se tome el trabajo de votar una ley interpretativa: es preciso, además, que la interpretación falsa sea *intolerable*, a tal punto perniciosa en sus efectos, que el Parlamento estime que no puede dejar subsistir tal jurisprudencia.

Por tanto, allí, la razón esencial de la intervención de un órgano que no es *normalmente* jurisdiccional, en el ejercicio de una función jurisdiccional, es la importancia particularmente grave (o considerada como tal, *con razón o sin ella*), de la cuestión que está en juego.

VI. El último caso de jurisdicción constitucional —el más interesante a nuestros ojos— es el *juicio de conflictos de atribuciones*.

Hay allí, ciertamente, el ejercicio de una función *jurisdiccional*: el Tribunal de Conflictos resuelve en derecho, aplica los textos: las leyes que establecen la separación de poderes. Motiva sus decisiones, aunque estén sin recurso, y no tenga, por lo tanto, que permitir el control de ninguna autoridad superior; y no puede motivarlas más que en Derecho. Su decisión tendrá fuerza de verdad legal: para eso, se eligen a los miembros de este Tribunal entre los magistrados (independientes en consecuencia) y se prevé la aplicación de normas de procedimiento (el Tribunal no funciona de oficio, procede a la instrucción del asunto, escucha un informe, las conclusiones del comisario gubernativo, etc.); y a causa de esto, su decisión tendrá fuerza de cosa juzgada, en las condiciones previstas por el art. 1351, y fuerza ejecutoria: en caso de conflicto positivo, el efecto ejecutorio será la confirmación o la anulación del fallo en conflicto; en caso de conflicto negativo, la obligación, por el orden de las jurisdicciones designadas, de declararse competente si es invocado. Más precisamente, es un caso de jurisdicción objetiva: aplicación directa de la ley, para apreciar los límites de una competencia, es decir, de un poder objetivo⁽¹⁸⁾.

El juicio de conflictos es, además, un caso de jurisdicción *no contencioso*: no es ni un contencioso de personas, ni tampoco (lo cual es discutible) un contencioso del acto.

No es, en primer lugar, un contencioso de personas: ¿quiénes serían, en efecto, las partes? ¿Los que demandan, en el fondo, ante el tribunal civil cuándo el conflicto ha sido elevado? Pero no son ellos los que han recurrido ante el Tribunal de conflictos, y pueden no tener ningún interés en ha-

⁽¹⁸⁾ *sic*, Duguít, *Dr. Constit.* 2^a ed., t. II, p. 393.

cer declarar la incompetencia de tal Tribunal. El demandante, en el fondo, no tiene ciertamente interés, puesto que, si el conflicto se confirma, y el Tribunal civil es declarado incompetente, se encontrará comprometido en una instancia frustrante. Su adversario sobre el fondo puede no tener, tampoco él, ningún interés en hacer declarar la competencia administrativa: por ejemplo, la jurisprudencia de los tribunales administrativos, sobre la cuestión que es objeto del proceso, le es desfavorable. Y, en todo caso, las partes tenían a su disposición otro procedimiento: deponer sus conclusiones de incompetencia, y, eventualmente, apelar. El conflicto no está a su disposición.

En caso de conflicto negativo, es la parte rechazada sucesivamente por dos tribunales quien recurrirá al Tribunal de Conflicto. Pero él no ataca a su adversario ante esta jurisdicción. De otro lado, este adversario no tiene ningún interés en la instancia: será necesario que el Tribunal de Conflictos designe a un juez cualquiera; el adversario no puede impugnar esto y pretender librarse de todo tipo de jurisdicción. Su único interés sería intentar hacer designar un Tribunal en lugar de otro. Pero el demandante pide simplemente al Tribunal de Conflictos que le designe un juez, sin especificarle cual. No hay nada en sus conclusiones, que pueda oponerse el adversario.

El juicio de conflictos no es por tanto un proceso entre dos «*litigantes sobre el fondo*».

¿Quién, entonces, sería parte en este proceso? ¿El Poder Judicial y el orden administrativo, este representado por el Prefecto que elevó el conflicto? Pero, 1º, el Poder Judicial y el orden administrativo no pueden demandar, no siendo personas; el Prefecto que eleva el conflicto no es aquí el representante del Estado —del Estado en su conjunto y no del orden administrativo; 2º, ningún agente —con excepción de los agentes descentralizados— tiene derecho de acción para defender su competencia, o la del cuerpo al cual pertenece; 3º, esta solución no explicaría nada del conflicto negativo; 4º, no habría más que una parte en la causa: el Prefecto; ¿donde estaría la parte contraria?

El juicio de conflictos no nos parece tampoco —después de muchas vacilaciones— un contencioso del acto. El conflicto, sin duda, termina siempre en una anulación del acto (este acto no es, de otro lado, siempre el mismo, según se trate de conflicto positivo o negativo)⁽¹⁹⁾. Pero, hay un

(19) Duguit, *Droit constit.*, 2ª ed., t. II, p. 393.

efecto del conflicto, no el *objeto* de la solicitud por la cual el Tribunal de conflicto es recurrido.

Esto se comprueba en primer lugar en caso de conflicto positivo: el procedimiento terminará, sea en la anulación del fallo del conflicto, sea en la del juicio por el cual el Tribunal Judicial se declara competente. Tal es, sin duda, el resultado del conflicto, pero eso no quiere decir que este procedimiento se analiza en un recurso contra un acto; porque sería llevar a verdaderas incongruencias, en algunos casos.

¿Como admitir, en principio, que la elevación del conflicto sea un recurso que tiende a la anulación del fallo del conflicto, que es, precisamente, el acto introductorio a la instancia! El Prefecto, que emitió el fallo, obviamente no lo emitió para hacerlo anular; por otra parte, una instancia contenciosa no puede tener por objeto más que anular un acto *anterior* a la instancia; por último, nadie ataca el fallo del conflicto; sería necesario suponer que es el mismo Prefecto quien lo somete al Tribunal de Conflictos.

¿El acto atacado es, entonces, el criterio del Tribunal que se niega a declararse incompetente? La cuestión es bastante delicada. Nos inclinamos, después de muchas cavilaciones, por la negativa, por la siguiente razón: si comparamos el juicio de conflicto con el del recurso por exceso de poder, tipo clásico de recurso contra un acto, encontramos una diferencia importante entre ellos: en el recurso por exceso de poder, no hay, sin duda, demandado, puesto que es un acto, independientemente de la personalidad de su autor, el que es cuestionado. Sin embargo, la Administración defiende su acto: el recurso es comunicado al Ministro, quien presenta sus observaciones, es decir, prácticamente, defiende el acto. El expediente es igualmente comunicado a la autoridad que realizó el acto; si ella es descentralizada, ella también, hace una defensa oficiosa.

Nada de esto sucede en el caso de un conflicto positivo; ni el Poder Judicial, ni, en particular, el Tribunal que emitió el fallo rechazando declararse incompetente, defienden este acto. Nada le es comunicado, no presentan ninguna observación. ¿Quién asumiría el papel que desempeña el Ministro en los casos de recursos de exceso de poder?⁽²⁰⁾ ¿Los miembros de la Corte de Casación que forman parte del Tribunal de Conflictos? Ellos son jueces y no «defensores». ¿El Comisario del Gobierno? Este puede ser

⁽²⁰⁾ Se objetará que un Tribunal no defienda tampoco su juzgamiento en caso de recurso (apelación o casación). Pero hay en tal caso contencioso de las personas, salvo en caso de recurso en interés de la ley.

un miembro del Consejo de Estado, y de otro lado, debe pronunciarse con toda imparcialidad. No se puede entonces asimilar este caso con el contencioso del acto.

¿En caso de conflicto negativo, cuál sería el acto atacado? El acto anulado será «la decisión del Tribunal que se declaró incompetente». ¿Pero, el litigante había atacado un juzgamiento? No los había atacado a ambos pues, si él obtenía una doble anulación, habría entonces dos jueces competentes. ¿No había atacado más que a uno sólo? Pero este puede ser precisamente el del juez que era, en efecto, incompetente. Sería preciso suponer que el litigante solicitaría dos actos al Tribunal, pidiéndole no cancelar más que uno, lo que es contradictorio en los términos.

Hay, al contrario, fuertes razones para suponer que el *objeto* (no decimos: el *efecto*) de la demanda no es la anulación de uno de los juicios de incompetencia: a) el juicio puede tener fuerza de cosa juzgada, el conflicto negativo no está encerrado en ningún plazo; b) la parte quiere un juez para el *futuro*, y no una apreciación sobre un acto *pasado*; c) si el Tribunal de Conflictos se limitaba a anular un juicio de incompetencia, el Tribunal escogido por el demandante podría declararse de nuevo incompetente, y sería necesario volver de nuevo ante el Tribunal de Conflictos, y esto podría no tener ningún final⁽²¹⁾; d) en realidad, el Tribunal de conflictos designa formalmente el orden de jurisdicción competente.

La verdad, es que se trata de precisar competencias sin un debate contencioso.

Esta jurisdicción, no contenciosa, es finalmente *constitucional*: afecta al funcionamiento y al rendimiento de los «poderes públicos», y a las bases de nuestro Derecho Público; está confiada a un órgano verdaderamente constitucional.

A) El juicio de conflictos regula el *funcionamiento* del orden de las jurisdicciones judiciales y el orden de las jurisdicciones administrativas por completo, es decir, de dos clases de órganos que son de hecho fundamentales en nuestra organización jurídica.

Regula los *rendimientos respectivos* de estos dos órdenes de jurisdicción, sobre los cuales reposa, y entre los cuales se reparte el peso de la

(21) El Tribunal imitaría ciertas prácticas administrativas que han devenido posibles precisamente porque el Consejo de Estado, en caso de exceso de poder, se limita a una anulación: comuna de Cotignac.

función jurisdiccional, la más esencial ciertamente, y la más antigua históricamente, del Estado.

Se asegura así la observación de un *principio fundamental de nuestro Derecho Público*: la separación de las autoridades administrativa y judicial. Es apenas necesario subrayar la importancia de algunas decisiones dictadas sobre conflictos: los fallos *Blanco*, *Pelletier*, *Feutry* han transformado partes enteras de nuestro Derecho y tienen un alcance sino incalculable, al menos imprevisible al momento en que ellas fueron emitidas.

B) El Tribunal de Conflictos, a quien está confiada esta función constitucional, es sin duda un órgano constitucional:

- a) No está comprendido en ninguno de los dos órdenes de jurisdicción, pero les es superior.
- b) Su carácter constitucional se manifiesta desde su composición, por la presencia posible del Ministro de Justicia.
- c) Es tan constitucional, que es a él a quien se recurre para encauzar la lista de los actos de gobierno; operación de la cual no se podría negar la importancia política: pone en juego la defensa de las prerrogativas gubernamentales contra todo control contencioso; y por lo demás, plantea lo más frecuentemente cuestiones de constitucionalidad: prerrogativas constitucionales del Presidente de la República, negociación y ratificación de los tratados, derecho de gracia, etc.; relaciones con las Cámaras. Ducrocq y Le Courtois pensaban incluso que los actos de gobierno eran precisamente los actos de ejecución de disposiciones constitucionales, lo que era por otra parte inexacto.
- d) Históricamente, los conflictos siempre fueron juzgados por un órgano constitucional: el Rey en su Consejo, bajo el Antiguo Régimen; el Rey «jefe de la Administración General del Reino», en 1790⁽²²⁾; el jefe de Estado en Consejo de Estado, del año 8 a 1848, y de 1852 a 1872.
- e) Se ha comprendido tan bien este carácter constitucional, en el extranjero, que allá donde existen Cortes Constitucionales, no se ha dudado en confiarles el juzgamiento de los conflictos.
- f) Finalmente la decisión del Tribunal de Conflictos tiene un carácter imperativo: si el fallo de conflicto es anulado, el Tribunal judicial *debe*

⁽²²⁾ Exactamente se trata de un procedimiento «simétrico» a aquel del conflicto: L. 7-14 de octubre de 1790.

reanudar el procedimiento; si se convalida, este Tribunal *debe* inhibirse. En el caso de conflicto negativo, el orden de jurisdicción designado *debe* declararse competente cuando lo conozca.

Se puede entonces decir con corrección que el juicio de conflictos tiene un carácter constitucional.

VII. ¿Hay otros casos de jurisdicción constitucional? Es necesario descartar, sin vacilación, las medidas disciplinarias sobre los miembros de las asambleas legislativas, que son el ejercicio de una jurisdicción disciplinaria, corporativa: el Derecho aplicado es el derecho del grupo, no el del Estado entero.

La cuestión es más delicada en lo que se refiere a: 1º, el juicio de presas que La Ferrière juzgaba como «gubernamental» y 2º, el recurso del Procurador General en la anulación de actos judiciales por exceso de poder (L. 27 *ventôse*, año VIII, art. 80), que hemos por otra parte⁽²³⁾ calificado de «constitucional»; la razón de dudar es, aquí, que esta jurisdicción es ejercida por la Corte de Casación.

VIII. ¿Cuál es el interés de esta teoría? De una parte, señalar el carácter jurisdiccional de ciertos actos; es por haber desconocido este carácter que sus autores han cometido a veces abusos (Senado Conservador; leyes interpretativas, invalidaciones, etc.). Y este carácter, una vez reconocido, ayuda a encontrar las soluciones de ciertas dificultades (alcance de las leyes interpretativas, de la promulgación, etc.). Por otra parte, señalar el carácter constitucional de algunos otros (conflictos de atribuciones), lo que explica el rol secundario jugado ante el Tribunal de Conflictos por las personas que demandaban sobre el fondo, cuando el procedimiento del conflicto ha sido entablado.

⁽²³⁾ La noción judicial del exceso de poder.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA DEMOCRACIA

Pedro de Vega García (*)

El Estado constitucional cimenta su estructura en dos pilares fundamentales: por un lado, en el principio político democrático; por otro, en el principio jurídico de la supremacía constitucional. Conforme al principio político democrático se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del poder constituyente. Según el principio de supremacía, se considera que la Constitución es *lex superior*, que obliga por igual a gobernantes y gobernados.

Confluyen de esta suerte en la organización estatal que históricamente surge como consecuencia de los procesos revolucionarios burgueses, dos líneas de pensamiento perfectamente diferenciables. La primera sería la que, intentando proporcionar una justificación racional del poder, arranca de las incipientes formulaciones medievales de la doctrina pactista (Nicolás de Cusa, Marsilio de Padua, etc.), para terminar en la formidable construcción del iusnaturalismo contractualista (Althusius, Locke, Rousseau, Kant, etc.).

La segunda, preocupada no tanto en justificar el poder como en propiciar su limitación, y que podría situar su génesis en la teoría medieval de la supeditación del gobernante a la ley (Bracton, Fortescue, etc.) llegaría, a

(*) Intervención en el Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, febrero de 2006.

través de las versiones y matices más dispares (entre las que no resultaría ocioso recordar la literatura política monarcómica del derecho de resistencia), a la más completa y acabada formulación en la obra de Montesquieu, en los umbrales mismos del triunfo y la institucionalización de la revolución burguesa.

Entre ambas líneas de pensamiento, que responden a objetivos diversos y cumplen finalidades distintas, subyace, sin embargo, una contraposición indudable, de la que es necesario dejar constancia, en la medida en que anticipa históricamente en el plano teórico la problemática desde la que, por extraño que pueda resultar, sólo se hace posible comprender el significado, el fundamento y el alcance de la reforma constitucional.

Como es de sobra conocido, fue Rousseau quien, al llevar hasta sus últimas consecuencias la doctrina del pacto social, estableció la contraposición más rotunda entre el principio político democrático y la teoría limitadora del poder sobre la que se asentarían luego los fundamentos más sólidos para poder proclamar la concepción de la Constitución como ley suprema. El razonamiento de Rousseau es contundente y claro: porque el pueblo es soberano, y porque la soberanía es inalienable, el pueblo solo debe obedecerse a sí mismo, ejercitando directa e inmediatamente el poder político. Lo que significa que la única democracia concorde con las exigencias del contrato social, es la democracia directa o de la identidad, de la que derivarán, a su vez, dos importantes corolarios. En primer lugar, que al actuar el pueblo permanentemente dentro de ella en su condición de sujeto soberano, una teoría coherente de la limitación del poder resulta imposible, pues un poder soberano es por definición un poder ilimitado. En segundo lugar, que si la idea de Constitución, en cuanto mecanismo limitador del poder, carece de fundamento en el ámbito de la democracia de la identidad, igualmente se hará inadmisibles su entendimiento como aparato a través del cual se organiza la vida del Estado. La comunidad política surge por mediación del *pactum societatis*, en el cual el acuerdo de todos los consociados da lugar al tránsito de *la societas naturae* a la *societas civile sive política*. La única Constitución imaginable sería la que se identificara con el mismo contrato social.

Ahora bien, cuando el concepto de Constitución se hace equiparable al contrato social, y se entiende que la firma del pacto social, por cuya mediación surge la *societas civilis sive política*, es el mismo acto constitucional, nada tiene de extraño que las condiciones establecidas para modificar el contrato sean las exigidas para cambiar la Constitución. Esta es la postura, por ejemplo, mantenida por Rousseau en sus *Considérations sur*

le gouvernement de la Pologne, donde, en el capítulo IX afirma: «Conforme al derecho natural de las sociedades, la unanimidad es requerida para la formación del cuerpo político y de las leyes fundamentales vinculadas a él [...]. Ahora bien, la unanimidad exigida para su establecimiento, debe ser la misma requerida para su abrogación». En idéntico sentido Vattel (cuyo pensamiento sería, con el de Rousseau, sin duda alguna, el más influyente en las elites ilustradas del siglo XVIII), al identificar la noción de contrato con la de *loi fondamentale*, entendería que, de igual manera que el pacto social requiere la unanimidad para su modificación, la *loi fondamentale* la exige también. En los comentarios al *Jus naturae* de su maestro Wolf, lo especificaría con claridad: «*Populus ipse cum rege quacumque in republica leges fundamentales mutare non potest sine consensu unanimitatis totius nationis*».

No se necesita demasiada perspicacia para darse cuenta de que, al exigirse la unanimidad para la modificación de la Constitución, lo que en realidad se estaba proclamando, como con acierto observa Esmein, era su inmutabilidad. Y ello, porque la unanimidad suponía una condición y «un dato quimérico, imposible de conseguir».

Para paliar las nocivas consecuencias que, en el orden práctico derivarían de la exigencia de la unanimidad, pues si hacía imposible la modificación de la Constitución, también hacía inviable su aprobación, los procesos revolucionarios burgueses se verían obligados a proceder con urgente necesidad a la separación entre contrato social y acto constitucional. La distinción, planteada con precisión en América, en la obra del pastor John Wyse (*A vindication of New England Churches*), uno de los mentores ideológicos más conspicuos de la revolución, como le llamó Adams, sería desarrollada en Francia en la época de la Convención, justamente en el momento en que la influencia de Rousseau era más notoria. Los discursos pronunciados ante la *Convención*, en Abril de 1793, por Valdruche, Romme, Isnard van todos encaminados a distinguir categorial y cronológicamente tres supuestos distintos: Declaración de Derechos, que es lo primero; en segundo término, el pacto social, por el que se crea el cuerpo político; y, por último, el acto constitucional por el que se organiza el Estado y se controlan sus poderes. Valgan como testimonio las siguientes palabras de Isnard pronunciadas en la sesión del 10 de Mayo de 1793 (*Archives parlementaires*, vol. LXIV): «Debe reconocerse en primer lugar cuáles son los derechos naturales de todos y proclamarlos [...]. Inmediatamente después de la declaración de derechos, proceder a redactar la Constitución decretándola por mayoría de votos supondría la violación de todos los derechos de los asociados. Para seguir el orden natural de la organización

social hay que proceder, antes de toda ley constitucional, a la redacción de un pacto social. Este acto debe ser intermedio entre la declaración de derechos, que le sirve de base, y la Constitución, a la que sirve de barrera y regulador. Si el pacto social difiere de una simple declaración de derechos, difiere más aún de un acto constitucional. Hacer un pacto social es redactar el instrumento por el que ciertas personas consienten formar una asociación con tales o cuales condiciones previas. Hacer una Constitución, por el contrario, es únicamente determinar la forma de gobierno [...]. En un caso se crea la sociedad, en el otro se organiza». Con lo cual, el acto constitucional (la Constitución), siendo «una magnífica y espléndida creación del espíritu humano» (como dijera el propio Isnard), no por ello se convierte en su definición conceptual en un supuesto que, por requerir la unanimidad, se transforma en inmodificable. La unanimidad, que se sigue considerando necesaria para la firma y modificación del pacto social, ya no se exigiría para el acto constitucional que, de esta suerte, podría aprobarse o cambiarse por mayoría.

La exclusión del requisito de la unanimidad resultaba tanto más obligada cuanto que los propios requerimientos de la realidad ponían de manifiesto las contradicciones y compromisos a que, inexorablemente, se veía sometida la obra revolucionaria, y que impedían su consideración como algo perfecto y definitivo. La idea de que la Constitución podía ser susceptible de cambios y mejoras es una constante que se repite por todas las figuras más significativas de los procesos constituyentes americano y francés.

Al mismo tiempo, derivada de la propia noción de poder constituyente, se compartiría igualmente la creencia de que «el poder constituyente de un día no podía condicionar al poder constituyente del mañana». Lo que, traducido en otros términos, significa que la Constitución no podía ni debía tampoco entenderse como una ley eterna. Jefferson en sus escritos denuncia en varias ocasiones como tremendo absurdo que los muertos puedan, a través de la Constitución, imponer su voluntad contra los vivos. En similar sentido, escribe Paine estas impresionantes palabras: «Sólo los vivos tienen derechos en este mundo. Aquello que en determinada época puede considerarse acertado y parecer conveniente, puede, en otra, resultar inconveniente y erróneo. En tales casos, ¿quién ha de decidir?, ¿los vivos o los muertos?». La respuesta a tan gráfico interrogante la ofrece la propia Constitución francesa de 1793 que, en el artículo 28, establece: «Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras».

En la medida en que el constitucionalismo adquiere una proyección histórica cada vez más amplia, y que en la práctica se comprueba que las leyes fundamentales, sometidas a la dinámica de la realidad y al *panta rei* heraclitiano de todo lo viviente, sufren transformaciones inevitables, se generalizará la conciencia de que bajo ningún concepto puede entenderse las como leyes permanentes y eternas. Frente a la idea de inmutabilidad se contraponen entonces la idea de cambio. Porque las Constituciones necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentra en constante evolución, porque su normativa envejece con el paso del tiempo y porque la existencia de lagunas es un fenómeno inevitable, que deriva de la compleja e inabarcable realidad que con ellas se pretende regular, su modificación resulta inexorable. Con profunda intuición Sieyès mantuvo en 1789, en la presentación del proyecto de Declaración de Derechos, no sólo que la Constitución podría reformarse, sino «que además es conveniente determinar épocas fijas en que tendrá lugar dicha revisión». La pregunta a contestar sería: ¿cómo organizar dentro de la lógica del Estado constitucional sus propios procesos de transformación? Obvio es indicar que es éste el interrogante al que pretende dar respuesta la técnica de la reforma constitucional.

Ni qué decir tiene que se trata de un interrogante que, por carecer de sentido en los planteamientos de Rousseau y en la lógica de la democracia de la identidad, el pensador ginebrino había dado por resuelto con la identificación conceptual y cronológica del pacto social y el Acto Constitucional. Para hacer viable la idea de Constitución como instrumento limitador y organizador de los poderes del Estado, se requería, por lo tanto, partir de unas premisas contrarias a las que llevaba como conclusión inexorable la doctrina del pacto social. Frente a la democracia de la identidad, como exigencia del racionalismo contractualista, se coloca entonces la democracia representativa, como imperativo impuesto por la realidad y por la historia. Y es de esta impresionante y obligada claudicación de la lógica de la razón del iusnaturalismo pactista ante la lógica de la historia, y que el propio Rousseau no pudo por menos de reconocer, de donde habrá siempre que partir en el entendimiento de la Constitución como una ley suprema capaz de controlar y limitar el poder.

Al producirse, en el marco de la democracia representativa, la escisión entre gobernantes y gobernados, se establecerán las premisas para consagrar la Constitución como una ley suprema que, surgida de la voluntad soberana del pueblo, puede domeñar la voluntad no soberana del gobernante. Por otro lado, paralela a la distinción entre gobernantes y gobernados, la democracia representativa implica, frente a la democracia de

la identidad, una distinción, una distribución y una organización de los diversos poderes del Estado. Cuando el gobernante es soberano, bien se trate del monarca absoluto, bien de la *volonté générale* rousseauiana, la organización del Estado depende única y exclusivamente de su voluntad. Cuando, por el contrario, se considera que el gobernante no es soberano, sus competencias y atribuciones tendrán previamente que venir configuradas por la ley. Lo que equivale a indicar que la Constitución pasará a entenderse como mecanismo de control del poder y como ley suprema, en la medida en que es, a su vez, el mecanismo de organización de las competencias y atribuciones de los diferentes órganos estatales. Mientras la democracia de la identidad expresa la espontaneidad política, la esencia de la democracia representativa radicará precisamente en cómo proceder a su organización.

No es, por supuesto, el momento de discutir ahora en sus pormenores la confrontación entre Rousseau y Montesquieu, entre la democracia de la identidad y la democracia representativa. Lo que importa tan sólo señalar es que el evidente triunfo en la praxis histórica y política de la democracia representativa frente a la democracia de la identidad, y la consiguiente aparición de la teoría constitucional, más que obedecer al desarrollo efectivo del principio político democrático, a lo que en realidad responde es a la amputación y a la negación más rotunda de ese principio en el terreno de la práctica. Porque se renuncia previamente a la democracia de la identidad como posibilidad histórica, es por lo que se hace posible plantear una teoría de la limitación del poder y, en definitiva, una teoría de la Constitución como ley suprema, en el marco de la democracia representativa.

Como es bien sabido, la contraposición y la distancia entre el principio legitimador democrático de la soberanía popular y la teoría de la limitación del poder, expresada en el entendimiento de la Constitución como ley suprema, adquirieron su dimensión más significativa y, a la vez, más conflictiva, con la aparición histórica de la bautizada por Benjamín Constant con el nombre de Democracia Constitucional. El problema comenzó planteándose con el establecimiento de la misma noción de poder constituyente, del que a todas luces se desprende una ambigüedad y una contradicción manifiestas. Ciertamente, al asignarse al pueblo, como titular único de la soberanía, la titularidad del poder constituyente con la facultad de dictar y aprobar la Constitución, se intentaba salvar el principio democrático. Pero, no es menos cierto que se trataba de una salvación efímera, ya que una vez realizada su obra y aprobada la Constitución, el poder constituyente quedaba reducido a una pura abstracción conceptual, y el dogma de la soberanía popular abandonaba con él la realidad de la historia para

pasar igualmente a los cielos de la metafísica. En su lugar aparecía entonces, con la aprobación de la Constitución, concebida como norma obligatoria y suprema, aplicable por igual a gobernantes y gobernados, la idea de supremacía constitucional como único principio verdaderamente operante en el Estado Constitucional. En un ejercicio prodigioso de taumaturgia jurídico-política, la soberanía política del pueblo podía transformarse así en una soberanía del Derecho con Krabbe, o directamente en una soberanía de la Constitución con Kelsen.

No obstante, la anulación, la negación o el olvido del principio democrático, en aras del reconocimiento del principio de supremacía constitucional, en vano pudo justificarse desde la consideración milagrera del texto constitucional como expresión viviente del poder soberano del pueblo y como manifestación de la presencia efectiva de éste en la vida del Estado. El conflicto entre la soberanía popular y la soberanía de la Constitución tenía que estallar por necesidad como un fenómeno inevitable en todos los momentos en los que, respondiendo a exigencias y requerimientos de la realidad y de la historia, se hacía necesario introducir modificaciones en la legalidad constitucional.

El dilema a resolver en esas circunstancias, y al que la racionalización jurídica de la Democracia Constitucional no podía dejar sin respuesta, cabe formularlo en los siguientes términos: o se considera que la Constitución como ley suprema puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y de cambio, en cuyo caso el principio democrático inexorablemente queda aniquilado, o se estima que, para salvar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, en cuyo supuesto la que se verá corrosivamente afectada será la propia idea de supremacía constitucional. Difícilmente cabe otorgar a la Constitución el calificativo de ley suprema, si sus obligadas y más elementales adaptaciones al cambio histórico no pueden ser previstas ni reguladas por ella misma, y tiene que dar entrada en su seno al soberano, a quien precisamente se trata de controlar.

Como solución a este dilema y, en definitiva, como punto de confluencia y lugar de encuentro de toda la problemática que suscita el antagonismo entre un poder soberano y un poder limitado por el Derecho, que está en la base del Estado Constitucional moderno, aparece la temática de la reforma constitucional, cuyo fundamento descansa en un doble postulado: en primer lugar, en la afirmación indubitable del poder constituyente. «De igual forma —decía Sieyès en su *Exposition raisonnée* ante el Comité

de Constitución de la Asamblea Nacional el 20 de Julio de 1789— que los poderes constituidos no pueden cambiar la Constitución, el poder constituyente todo lo puede en este orden». En segundo término, en el reconocimiento del hecho en virtud del cual se considera que el poder constituyente, en el ejercicio de sus facultades soberanas, del mismo modo que organiza y establece las atribuciones y competencias de los poderes constituidos, puede crear también un procedimiento y un poder especial (el poder de revisión), capaz de ordenar y regular las transformaciones futuras del ordenamiento fundamental.

Fueron estas dos ideas, inicial y paradójicamente formuladas por Vattel y Rousseau, las que alentarían la discusión del proceso constituyente francés de 1791, y que de una forma explícita se recogerían luego en el artículo 1 del título VII de la Constitución, que reza así: «La Asamblea Nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescindible de cambiar su Constitución, sin embargo, considerando que es más conforme al interés nacional, usar únicamente por los medios expresados en la propia Constitución del derecho de reformar los artículos que, según la experiencia, se estime deben ser cambiados, establece que se procederá a ello por medio de una Asamblea de revisión».

No se niegan de este modo las facultades soberanas del poder constituyente, que, como poder previo, ilimitado y sin control, en cualquier momento tiene la posibilidad, en el ejercicio de su propia fuerza, de reformar y cambiar la Constitución. Lo que en realidad se consagra en este artículo es una separación fundamental —aunque no siempre bien comprendida— en el ejercicio de la facultad constituyente. Puede, en efecto, concebirse la actividad constituyente como una actividad libre y soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimientos jurídicos. Pero puede también entenderse como una actividad reglada por la propia Constitución. El poder constituyente que es libre y soberano, decide, en este caso, como en pleno momento revolucionario proclamó Frochot, estatuir su propia limitación. «Es precisamente como consecuencia de su omnimoda potestad —dijo Frochot— por lo que la Nación, consagrando su derecho, se prescribe a sí misma un medio pacífico y legal de ejercerlo. Lejos de ver en este acto una alienación de la soberanía nacional, yo lo entiendo, al contrario, como una de las más hermosas manifestaciones de su fuerza y de su independencia».

No vamos a discutir ahora el gran interrogante sobre cómo y en qué condiciones cabe admitir esa autolimitación del poder constituyente, y que, con razón, Burckhardt, colocó como la pregunta fundamental y al mismo

tiempo más corrosiva para el impresionante intento de racionalización jurídica del Estado constitucional. A ella me referiré luego. Lo que por el momento me interesa dejar bien sentado, y sin equívoco alguno, es el hecho de que, cuando se admite la posibilidad de autolimitación del poder constituyente, y frente al ejercicio de unas facultades soberanas y sin control jurídico, se reconoce la existencia de un poder de reforma, reglado y ordenado en la propia Constitución, lo que ya no cabe bajo ningún concepto es entremezclar y confundir las nociones de poder constituyente y poder de revisión. El poder constituyente, como poder soberano, previo y total, podrá en todo momento, claro es, modificar, transformar, y destruir incluso, el ordenamiento constitucional. Pero será en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como *res facti, non juris*. Lo que significa que, por la misma razón que se le considera y cataloga como poder político y de hecho, no se le puede encuadrar ni definir como poder jurídico y limitado. A la inversa, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre. Se concretaría de esta forma la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución.

Por no haber sabido o por no haber querido comprender la diferencia en el ejercicio de las facultades constituyentes (bien como actividad soberana y, a la postre, revolucionaria, bien como actividad legal y, en consecuencia, limitada), y por la inexorable confusión que de esa circunstancia deriva entre el poder constituyente y el poder de reforma, no han sido pocos los disparates, los errores y las incongruencias en el tratamiento teórico y en la regulación legal de la problemática de la reforma constitucional.

No deja de ser significativo que, dando por válido el argumento de Frochot, y la solución brindada en el artículo 1º, título VII de la Constitución francesa de 1791, para fundamentar la reforma constitucional, en lugar de definir el poder de reforma como un poder constituido y limitado, se haya desarrollado, sin embargo, tanto en la doctrina como en la práctica legislativa más generalizadas, su consideración como un auténtico poder constituyente soberano. Con lo cual, la conclusión a la que habría que llegar sería a la de que el poder de reforma, que se justifica en un acto de autolimitación del poder soberano, terminaría siendo un poder ilimitado y sin control. Para que esto no suceda, la única interpretación correcta del poder de reforma, no puede ser otra que la de entenderlo como un poder limitado (*pouvoir constituant institué*, lo llamaban los franceses). A fin de cuentas, sólo así podrán comprenderse debidamente el significado y las funciones de la reforma constitucional.

Cuatro son las perspectivas desde las que cabe analizar la problemática y las funciones de la reforma en la moderna organización constitucional democrática. Primero, como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. En tercer lugar, como la institución básica de garantía en la Democracia Constitucional. Y, por último, como solución al problema que, en la dialéctica entre el principio democrático y el principio de soberanía constitucional, presenta el hecho de la temporalidad del poder constituyente.

Es incuestionable, en primer lugar, que la realidad política que la Constitución debe regular es una realidad en permanente devenir. También es evidente que la normativa constitucional, como cualquier otro complejo normativo, aparece como una estructura en la que cristalizan en imperativos atemporales, fijos y permanentes, una serie de relaciones que, en su dimensión histórica y práctica, son esencialmente cambiantes y variables. La necesidad de adecuar la realidad política a la realidad jurídica se presentará de este modo como la primera exigencia del sistema constitucional. Es a esta exigencia a la que responde la reforma constitucional. No apelar a la revisión, cuando los requerimientos y urgencias de la realidad lo imponen, significaría establecer un distanciamiento suicida entre la normativa constitucional, que iría por un lado, y la vida política efectiva, que caminaría por otro. Por eso, con razón, ha podido afirmarse que en la medida en que, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la Constitución con su propia realidad, y se impide que la normativa fundamental quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y sin relevancia práctica, la revisión de la Constitución, lejos de interpretarse como un instrumento de deterioro del ordenamiento fundamental, debe entenderse como su primera y más significativa defensa.

Ahora bien, en segundo término, hay que advertir inmediatamente, que esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma, se produce sin quebrantamiento de la continuidad jurídica. Porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento, la operación de reforma es una operación esencialmente jurídica. Lo que no sucedería si al poder de revisión se le configurara como un poder constituyente y soberano. Llevando el razonamiento a sus últimos extremos, se podría sostener que el poder constituyente que, como poder absoluto, soberano y total, puede realizar la revolución, lo que, sin embargo, por paradójico que parezca, no puede llevar a cabo es la reforma constitucional. O, dicho con más rigor, el poder constituyente no podría hacer una reforma sin convertirla en un acto re-

volucionario. Por la misma razón, y a la inversa, cabe igualmente afirmar que el poder de revisión, que tiene competencia para efectuar la reforma, para lo que en ningún caso puede tenerla es para hacer la revolución. Esto quiere decir que la reforma está por necesidad sometida a límites. Incluso, cuando, disparatada y absurdamente, en la propia normativa legal, se reconoce, como sucede en algunos ordenamientos, la posibilidad de reformas totales. Reformar la Constitución no significa destruirla, sino simplemente acoplarla a la realidad histórica, sin que pierda su identidad como estructura conformadora del Estado. La destrucción de la Constitución es tarea que no corresponde al poder de revisión, sino al poder constituyente.

En tercer lugar, hay que indicar que, si frente al poder constituyente y soberano el poder de reforma aparece como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, frente al resto de los poderes constituidos se presenta como la institución básica de garantía. Al establecerse un procedimiento más agravado y difícil para reformar la Constitución que el que se sigue para modificar las leyes ordinarias, se opera formalmente la separación entre ley constitucional y ley ordinaria. Es, pues, a través del procedimiento de reforma como la Constitución se transforma y se consagra como *lex superior*. De ello derivarán dos consecuencias importantes.

La primera sería que, desde el punto de vista jurídico-formal, es a través de la rigidez constitucional, como se invierte el criterio clásico de interpretación de las normas. Las fórmulas contenidas en los aforismos: *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, aparecen así sustituidas por esta otra: *lex superior derogat legi inferiori*. Lo que significa que las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, sólo pueden ser las que, por atenerse a los procedimientos de reforma, se presenten como revisiones constitucionales. Y lo que significa, además, que la gran institución de garantía del constitucionalismo moderno (la Justicia Constitucional) sólo adquiere sentido sobre la premisa de la rigidez. En un sistema constitucional flexible, un Tribunal Constitucional representaría un cómico esperpento.

Por otro lado, y desde un punto de vista político, al establecerse claramente la distinción entre el poder de reforma y el poder legislativo ordinario, por la naturaleza más compleja de las formas y procedimientos del primero, lo que se pretende es evitar que los poderes constituidos (concretamente el Parlamento) puedan transformarse en efectivos poderes constituyentes; de tal suerte que, en lugar de estar las Asambleas sometidas a la Constitución, sería la Constitución la que se vería a merced de los avatares parlamentarios, de los vaivenes electorales y de los caprichos de ma-

yorías más o menos coyunturales. Con lo cual, la Constitución perdería el carácter de institución protectora de las minorías, donde, en definitiva, y al margen de su significado etimológico original, reside la esencia de la democracia representativa moderna.

Por último, no se puede olvidar la perspectiva que la reforma ofrece en la tensión entre democracia y libertad para dilucidar el problema de la temporalidad inevitable que en la Democracia Constitucional se asigna al poder constituyente. Hemos dicho que la configuración del poder de reforma como un poder jurídico descansaba, para los revolucionarios franceses, en un acto de autolimitación del poder constituyente, por cuya virtud, en el ejercicio de sus omnímodas y supremas atribuciones, se conferiría a un órgano constituido la actuación de sus facultades soberanas. De este modo, al igual que en la Constitución se regulan y ordenan los distintos poderes del Estado, aparecería también, establecido y regulado por ella, el poder de revisión, cuya misión no sería otra que la de operar jurídicamente, cuando las circunstancias lo requirieran, el cambio constitucional.

El interrogante que, no obstante, pesaba sobre este planteamiento, era el que con toda nitidez formuló mucho después Burckhardt, y que reza así: «¿Puede una Constitución prescribir, obligando en derecho, cómo debe ser cambiada?». O, expresado en otros términos, ¿puede el poder constituyente proceder a su propia limitación? Ya Rousseau había aludido en *El Contrato social* a la imposibilidad de la autolimitación del soberano. «El soberano —escribe Rousseau— puede perfectamente afirmar *«yo quiero actualmente lo que quiere tal persona o al menos lo que dice querer»*; sin embargo, lo que no puede afirmar es: *«yo querré también lo que esa persona quiera en el futuro»*, ya que es absurdo que su voluntad se encadene cara al porvenir, y se ponga a depender de otra voluntad ajena a la suya».

A esta afirmación formulada por Rousseau, habría que añadir todavía una segunda dificultad, que será la que permita comprender la verdadera dimensión del problema. Aun admitiendo, como pretendía Frochot, que el poder constituyente actual, en el ejercicio de su soberanía, puede conferir al poder de revisión la facultad de realizar los cambios que la realidad imponga en la normativa constitucional, la cuestión estriba en determinar hasta qué punto esa concesión de competencias soberanas puede tener un carácter vinculante para los posibles poderes constituyentes futuros. Porque el problema no consiste tanto en la autolimitación que derivaría para el poder constituyente, como consecuencia del establecimiento de un poder de reforma, sino en la negación de posibles actuaciones y en la limitación que ese poder de reforma implica para los poderes constituyentes del porvenir.

Como antes hemos dicho, representó un axioma en la forja del constitucionalismo moderno el postulado según el cual «el poder constituyente de un día no puede condicionar al poder constituyente del mañana». Y qué duda cabe que, cuando un poder constituyente soberano crea un procedimiento de revisión constitucional y establece un poder de reforma, lo que está condicionando y limitando realmente —y en esto tenía razón Frochot— no son sus propia facultades soberanas, sino las posibilidades de actuación de los poderes constituyentes futuros. Por eso, entendería Burckhardt, y no sin falta de fundamento, que toda operación de reforma ofrece un doble planteamiento: o bien considerar que se trata de una actividad jurídica, en cuyo caso hay que prescindir de la legitimidad política que pudiera otorgarle el poder soberano del presente, ya que el único poder soberano sería el que promulgó la Constitución originaria, o bien estimar que se trata de una actividad democráticamente legitimada por el poder soberano del presente, en cuyo supuesto, al prescindir del poder constituyente del pasado, las normas sobre la revisión de la Constitución no deberían considerarse como normas jurídicamente vinculantes. La conclusión de Burckhardt es contundente: porque el poder constituyente actual no puede verse controlado, limitado y negado por el poder constituyente del pretérito, y porque las normas de reforma en quien actúan realmente es sobre él, la revisión constitucional, para no convertirse en una mera ficción de fantasmales operadores jurídicos, sin legitimidad política alguna, sólo podrá ser concebida como obra del poder soberano del momento en que ha de llevarse a cabo. Lo que equivale a indicar que, en cuanto acto de soberanía, la reforma no es una actividad jurídica y, por ende, explicable jurídicamente, sino una pura y simple actividad política que, al romper la continuidad del ordenamiento, bien puede calificarse como revolucionaria.

Para salvar las objeciones desarrolladas por Burckhardt, y ante la necesidad de reconstruir una teoría jurídica del Estado basada en la hipótesis del mantenimiento del orden regular vigente, la única posibilidad que se presenta es la de reconocer, como ya vio con agudeza Schmitt, la continuidad política del poder constituyente. Expresado en otros términos, la reforma constitucional sólo podrá presentarse como una operación jurídica, que no rompe con la idea de la continuidad estatal, en la medida en que se estime que el poder soberano y constituyente permanece. De esta forma, su autolimitación inicial, en el momento de aprobar la ley fundamental, seguiría siendo perfectamente legítima y válida en el plano político en el momento posterior en que se procediera a realizar cualquier reforma. Por ello, toda la problemática de la reforma y, en definitiva, de la teoría de

la Constitución, tendrá que centrarse por fuerza en la pregunta: ¿cómo explicar la permanencia y la continuidad del poder constituyente?.

Hasta ahora nos hemos referido al poder constituyente y a la Constitución como puras categorías formales, producto de las abstracciones de la lógica. Sucede, en cambio, que tanto el uno como la otra, se encarnan siempre en determinadas realidades históricas. Cuando el pueblo americano, por ejemplo, aprobó, en el ejercicio de su soberanía, la primera y probablemente la más significativa Constitución moderna, lo hizo ciertamente actuando como poder absoluto y total, pero, al mismo tiempo, desde el sistema de limitaciones que le venían impuestas por el *ethos* colectivo de creencias políticas, convicciones jurídicas e intereses históricos que conformaban la estructura y la organización social en la que operaba como poder constituyente. Fueron aquel *ethos* colectivo y aquella realidad social, que definían en la práctica histórica al poder constituyente, los que, de una u otra forma, quedaron reflejados en la normativa fundamental. La Constitución real, la Constitución material, como forma efectiva de la vida política del Estado (Mortati), pasaron de esta suerte a constituir el presupuesto sobre el que se forjó sin duda la Constitución formal. El poder constituyente, entendido en estos términos, no sería más que el instrumento a través del cual la Constitución real obtuvo su traducción jurídica legal.

Al hablar, por lo tanto, de la continuidad del poder constituyente, a lo que en términos prácticos se está aludiendo es a la continuidad de la Constitución material, que es el supuesto sobre el que se vertebra la permanencia histórica de cualquier colectividad humana. De ahí el significado profundo del viejo aforismo *forma regiminis mutata, non mutatur ipso civitas*.

En este contexto, es evidente, continuando con el ejemplo histórico americano, que, cuando pocos años más tarde de proclamada la Constitución, se aprobaron por el procedimiento de reforma las primeras enmiendas, aunque los autores directos fueran distintos, la Constitución real del país, en donde se definía socialmente el auténtico poder constituyente, seguía siendo la misma. En términos generales, cabría sostener que el poder constituyente permanece, y la reforma, en cuanto operación jurídica, se verá legitimada siempre políticamente mientras no se produzca el divorcio y la separación radical entre la Constitución formal y la Constitución real. Se invierten así los términos del problema tal y como Burckhardt lo planteara. No se trata de que, a través de la reforma se vulnere la voluntad política del poder constituyente del presente, al cumplir las exigencias del poder soberano del pasado, sino que, justamente al contrario, de lo que se trata es de producir por su actuación la integración de la voluntad

constituyente (de la Constitución material) en la Constitución formal elaborada en el pretérito. Lo que explica que sea en la técnica de la reforma donde terminan por confluír los supuestos políticos y los imperativos jurídicos de los que, forzosamente, ha de dar cuenta el Derecho Constitucional que, consciente de su propio contenido, abarque y considere tanto la realidad política como la realidad jurídico-normativa.

Es desde esta perspectiva desde la que únicamente, a mi juicio, cabe dilucidar el enorme embrollo que, derivado de los planteamientos de Sieyès, se sigue cerniendo sobre la doctrina de la reforma constitucional, y que ya fue denunciado por Laboulaye, con palabras cargadas de desprecio para el teórico francés del poder constituyente, cuando afirmaba: «Sieyès lo confundió todo, lo embarulló todo y lo enredó todo». Sólo cuando se hace descender al poder constituyente de los cielos metafísicos a la realidad de la historia, es cuando comienzan a comprenderse las limitaciones y carencias del pensamiento revolucionario francés.

Para empezar, la polémica entre Sieyès y Lafayette deja de tener sentido y aparece como una pura banalidad teórica. Sostuvo Sieyès, en la sesión del 2º Termidor del año III, que la noción de poder constituyente era «una conquista definitiva de la ciencia debida al genio francés». En contra, La Fayette mantuvo, en el Tomo IV de sus *Memorias*, que no fue en Francia, sino en América, donde el concepto de poder constituyente adquirió una configuración más precisa. No se necesita demasiado talento, sin embargo, para percatarse —como con toda agudeza advirtió Bryce— de que no se puede hablar de una creación americana o francesa de la doctrina del poder constituyente, sino que, en cuanto respuesta a las exigencias de la realidad y de la historia, dicha doctrina surge simplemente como resultado obligado de las condiciones sociales y políticas que determinaron la aparición de la democracia representativa en el momento de las revoluciones burguesas. De esta suerte, dijimos ya, que fue, por un lado, la forzosa separación entre gobernantes y gobernados, propia de la democracia representativa, y, por otro lado, la necesidad de someter a la ley la voluntad del gobernante, lo que condujo a consagrar la noción de poder constituyente para, en nombre de la voluntad soberana del pueblo, estatuir una Ley Suprema que obligara por igual a gobernantes y gobernados. Con lo cual, en nombre del principio democrático, el poder constituyente del pueblo estatúa el principio jurídico de la supremacía constitucional y con ello terminaba su misión, retirándose a las comodidades del Olimpo. Pero se trataba de una superioridad normativa puramente formal en la que, por quedar sin definir los contenidos materiales de la misma, cualquier

disquisición sobre la reforma tenía que quedar reducida igualmente al análisis formalista y avalorativo en el que se situaba la propia normativa constitucional.

Cuando desde la abstracción y el formalismo se desciende a la realidad, esto es, cuando el Derecho Constitucional, como dice el profesor Häberle, se hace un derecho que opera en el tiempo y en el espacio, y cuando la idea del poder constituyente se coloca en la propia sociedad en donde la normativa constitucional ha de operar, es cuando el problema de la reforma constitucional adquiere su verdadera importancia y mayor complejidad. Porque es entonces cuando la temática de la reforma no podrá desligarse ya del hecho más grave y patético que afecta al principio democrático y a la propia noción del poder constituyente. Ya que, si bien pueden presentarse como sintagmas indiscutibles en cuanto criterios racionales de justificación del poder, no por ello dejan de mostrar sus peligros como elementos distorsionantes cuando aspiran a ser operativos en el marco de la democracia representativa. Constituye una evidencia que democracia y libertad, democracia y derechos fundamentales, democracia y constitución garantista, cuando los dos términos de estos binomios se llevan a sus últimas consecuencias, acaban siendo siempre términos incompatibles. Lo que obliga a recordar dos axiomas que la democracia constitucional no puede ignorar.

En primer lugar, que para la debida defensa de la libertad no basta con el concepto racional normativo puramente formalista propio del mundo liberal burgués, sino que será necesario operar con un concepto material de constitución en el que determinados ámbitos del texto constitucional resulten inmodificables.

En segundo término, y como consecuencia, que la reforma constitucional tiene que verse sometida al reconocimiento de ciertos límites que, en ningún caso, se podrán sobrepasar, pues si eso sucediera estaríamos en presencia no de operaciones de reforma que otorgan continuidad al ordenamiento, sino ante otros fenómenos distintos que los franceses han designado, por ejemplo, como falseamiento de la constitución (*faussement de la constitution*), fraude de la constitución (*fraude á la constitution*), o sencillamente actos revolucionarios encubiertos. Todos ellos letales en la óptica garantista de una constitución protectora de la libertad.

No es mi intención realizar en esta conferencia una exposición exhaustiva sobre los límites de la reforma constitucional. Me ceñiré solamente a hacer un breve comentario sobre las llamadas cláusulas de intangibilidad, esto es, los límites establecidos en los propios textos constitucionales como

cláusulas inaccesibles al poder de reforma. No obstante, antes de entrar en este asunto acaso resulte conveniente una mínima referencia a las afirmaciones que acabo de realizar y sobre las cuales se asentará mi última argumentación.

Corresponde a Aristóteles el indiscutible mérito de haber sido el primero en plantear y resolver con acierto, sobre la experiencia democrática ateniense, la tensión inevitable entre democracia y libertad. Dándose cuenta de que los tiempos gloriosos de la democracia de Pericles, que llevaron a Tucídides a componer su famosa *Oración Fúnebre*, comenzaban a periclitarse, y a diferencia de su maestro Platón, que buscó refugio en la grandiosa utopía de *La República*, para hacer desde ella la gran crítica de la democracia ateniense, Aristóteles abordará con realismo en la *Política* (IV, 1291a, hasta 1292b) la confrontación inexorable entre libertad y democracia. Su punto de partida es claro: «puesto que la democracia se funda en la igualdad» y puesto que «la libertad, —escribe Aristóteles— también forma parte integradora de la democracia» (*Política*, IV, 1291,b, 30), libertad y democracia terminan siendo expresiones equivalentes. Ahora bien, Aristóteles no ignora que el dogma del respeto y de la obediencia a la ley, también formaba parte de las creencias políticas colectivas del mundo griego, desde los tiempos de Solón, con cuya legislación inició su andadura la democracia ateniense. Nada tiene de extraño, por lo tanto, que fuera el propio Aristóteles quien, en *La Constitución de Atenas*, comenzara la historia de la democracia ateniense enjuiciando la obra de Solón desde la trilogía: libertad, igualdad y respeto a la ley. De ahí su juicio positivo de la legislación soloniana, porque no sólo mejoraba con criterios igualitarios la condición de los pobres, y «liberaba al pueblo para el presente y el futuro con la prohibición de los préstamos sobre la persona» y con la supresión de la esclavitud por deudas (*Constitución de Atenas*, 6,1), sino que además consagraba el respeto a la ley como único mecanismo capaz de suprimir la *stasis* (el desgobierno), y mantener la *eunomía* (el buen gobierno) para que la democracia pudiera funcionar. Hacía suya de esta forma el Estagirita la tradición creada por los poetas yámbicos desde los tiempos de Alceo, y que llevaron a Píndaro (frag. 169) a hablar del *nomos basileus*, esto es, de la ley como único rey.

Con estos precedentes, nada tiene de particular que, cuando Aristóteles realiza en la *Política* la abigarrada clasificación de las posibles formas que la democracia puede revestir, otorgue particular relevancia a la distinción entre la democracia «legal, en la que el soberano es la ley» y «la democracia en la que la soberanía no corresponde a la ley, sino al pueblo» (IV 1292, a 1 y sigs.). Como cabe suponer, para Aristóteles la única democracia so-

bre la que merece la pena discutir es la democracia legal pues, «cuando la ley deja de ser soberana, y su lugar lo ocupa el pueblo, es cuando aparecen los demagogos [...] que, convertidos en monarcas, se transforman automáticamente en tiranos» (*Polit.* IV, 1292 a, 5).

Planteadas las cosas de este modo, la cuestión a resolver no puede ser otra que la que se encierra en el interrogante que ha recorrido toda la historia del pensamiento político occidental, y que cabe formular así: Si la democracia es el gobierno que otorga al pueblo la titularidad de la soberanía, y por lo tanto es al pueblo a quien corresponde dar las leyes, ¿cómo se puede garantizar que el pueblo soberano respete las leyes cuando es él mismo quien las otorga y quien, en consecuencia, también las puede derogar?. Para responder a esta pregunta procedió Aristóteles a la separación contundente, primero en la *Ética a Nicómaco* (V,1138, a), y después en la *Política* (IV, 1292,a), entre las leyes (*nomoi*) y los decretos (*psephismata*), dando a entender que si bien los decretos pueden ser creados y derogados por el pueblo, las leyes están por encima de la voluntad popular y, en consecuencia, no pueden ser abolidas por ella. Lo que no realiza, sin embargo, Aristóteles es una definición precisa en la que se establezca la auténtica naturaleza de unos y otros. Hasta donde a mí se me alcanza, se limitó a escribir en la *Política* vaguedades de este tenor: «que cuando el soberano es el pueblo y no la ley, los decretos de la Asamblea sustituyen a las leyes», o «que cuando esto ocurre es por causa de los demagogos, porque en la democracia donde se gobierna de acuerdo con la ley, no hay demagogos».

A diferencia, no obstante, de otros teóricos de la política más o menos coetáneos suyos, como es el caso de Jenofonte, en las *Memoriabilias* (I, 2, 42-43) o de su propio discípulo Teofrasto, de cuyos 24 Libros sobre *Las Leyes*, sólo se conservan fragmentos, para quienes las resoluciones del pueblo (*psephismata*) se acababan equiparando siempre a los *nomoi*, para Aristóteles, la separación entre ambos implica una distinción de la que no se puede prescindir. Es el gran reproche que, en el Libro 2 de la *Política*, realiza a su maestro cuando, al comentar la obra de Platón sobre *Las Leyes*, le acusa «precisamente de eso, de haber escrito de leyes equiparándolas a los *psephismata*, y olvidándose de que los *nomoi* son los que afectan verdaderamente a la estructura de la *Politeia*» (*Pol.* II, 3, 1265 a 2). Con lo cual, cabe interpretar que las leyes (*nomoi*) que Aristóteles sitúa siempre por encima de la voluntad popular y que, por consiguiente, el pueblo no puede cambiar a través de los decretos (*psephismata*), son las reglas que se fueron conformando a lo largo de la historia como elementos estructuradores de la propia lógica de la *politeia* entendida como constitu-

ción de la organización democrática ateniense. No en vano, al realizar la clasificación de los distintos regímenes políticos, aunque nos hayamos acostumbrado a repetir que Aristóteles distingue entre gobierno de uno (Monarquía), gobierno de pocos (Aristocracia), y gobierno de todos (Democracia), a los que opone como formas impuras la tiranía, la oligarquía y la demagogia, lo cierto es que, de lo que realmente habla como formas puras, es de «Monarquía, Aristocracia y *Politeia* (República)» (*Pol.*, IV,1289,2), contraponiendo como forma impura de la *politeia* precisamente a la democracia «por ser en ella donde los demagogos confunden y equiparan *nomoi* y *psephismata*».

La imbricación aristotélica de los *nomoi* con las reglas configuradoras de la propia estructura de la *politeia* (República), forzosamente tendría que haberle llevado a concluir en la proclamación de la inmutabilidad de los mismos. Sin embargo, no fue así. En lugar de pronunciarse abiertamente sobre la inmutabilidad de los *nomoi*, adoptó Aristóteles una posición evasiva y cargada de ambigüedad. En el libro II de la *Política*, después de advertir «que no conviene cambiar las leyes», porque «los cambios pueden romper la costumbre de obedecer a la ley», y porque «las leyes que adquieren su fuerza con el uso, la pierden con las modificaciones continuas de las mismas», termina preguntándose: «Pero aunque se puedan cambiar las leyes ¿podrán cambiarse todas y en todos los regímenes, o no? ¿podrá cambiarlas cualquiera o sólo algunos? Son estas cuestiones —escribe Aristóteles— que tienen una gran importancia. Pero ahora no es el momento de hablar de ellas» (*Política*, II, 1269, b).

Hasta donde yo sé, esas importantes cuestiones dejadas sin respuesta en la *Política* y a las que Aristóteles confiere una evidente trascendencia, no aparecen contestadas en ninguna otra parte del enorme *corpus* científico aristotélico.

No deja, sin embargo, de ser significativo que el interrogante formulado por Aristóteles y dejado sin responder, sea el mismo que, como recordaba hace un momento, ha recorrido toda la historia del pensamiento político, y al que la propia experiencia histórica de ese pensamiento no ha encontrado todavía una solución definitiva. Hablaron los griegos de la constitución ancestral (*patrios politeia*), que teorizó Isócrates en *El Areopagítico* (7, 15-16), hablaron los romanos de los *mores maiorum*, se habló en la Edad Media de las *Leges Terrae* y de las tradiciones antiguas, se habló en los albores de la modernidad de las leyes fundamentales (de las que con ironía Hobbes —que no era precisamente un demócrata— decía que nadie le había explicado dónde estaban ni en qué consistían), y

hablamos nosotros ahora de una Ley Suprema, desde el entendimiento de que, todas esas expresiones, concebidas a lo largo de la historia como los grandes referentes para ordenar la convivencia política de los hombres no podían ser alteradas, ni modificadas, ni mucho menos destruidas.

Ahora bien, habida cuenta de que el cambio histórico es inevitable, como ya los antiguos no pudieron dejar de reconocer, la transformación de algunas leyes se hacía también inexorable. El problema de determinar el cómo y el por quién debían de realizarse esos cambios, y a los que ni los antiguos ni los modernos lograron otorgar una respuesta definitiva, pone de manifiesto el significado, el alcance y la importancia de la revisión constitucional, que si bien puede aparecer como un peligro amenazante de los supuestos vertebradores de la *politeia* aristotélica, cabe entenderla, a la inversa, como el mecanismo más efectivo para la defensa de la Constitución, y con ella, de la libertad, de la democracia y del propio Estado.

Más allá, por lo tanto, de las disquisiciones propias del normativismo formalista, en cuyo ámbito se planteó en las revoluciones burguesas, y se sigue planteando a veces en la actualidad, la problemática del poder constituyente y del poder de revisión, nos enfrentamos ahora a un horizonte más amplio y complejo en el que no se puede desconocer el conglomerado de valores que conforman las propias ideas de Constitución, libertad, democracia y Estado, a la hora de establecer las fronteras que el poder de reforma no puede sobrepasar con sus actuaciones.

Acuñó felizmente M. Hauriou, uno de los mayores juristas del siglo XX, la expresión «superlegalidad constitucional» para designar aquellos preceptos de los textos constitucionales en los que se condensaban los principios y valores legitimadores de toda la legalidad constitucional, y que lógicamente no podían ser objeto de reforma constitucional. De suerte que los *nomoi* que Aristóteles dejó sin definir, ha sido el gran jurista francés, quien ha intentado encerrarlos en esa superlegalidad constitucional, que no podrá ser lesionada nunca y deberá quedar inmune a la acción de la reforma. Es desde ella, desde donde habría que explicar el significado jurídico y, sobre todo, político de las llamadas en los modernos ordenamientos constitucionales, cláusulas de intangibilidad. Pero este es otro tema que sobrepasa ahora los límites de mi conferencia y, sospecho que también, la paciencia de todos ustedes, que han tenido la amabilidad de escucharla.

SEMBLANZA DE EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Fernando Sáinz Moreno ^(*)

I

La vida y la obra de Eduardo García de Enterría, son las de un jurista total, profesor y abogado, comprometido a fondo con los valores democráticos y liberales en los que cree, y con el estilo de vida, y con el método de trabajo que han surgido auténticamente de su manera de ser y de su inquebrantable fe en la «*grande, aunque oscura, historia del continuo sometimiento del Estado al Derecho*».

Desde un profundo amor a España, tan dolorida cuando empezó a escribir en los años 50, hasta el día de hoy, ha contribuido decisivamente a hacer posible una transición en paz y una consolidación del estado de derecho actual. No ha sido uno de los siete diputados «padres de la Constitución», pero ha sido algo más importante, ha sido uno de los padres de nuestro «estado social de derecho» que han hecho posible la Constitución. En todos y en cada uno de los momentos de su vida ha estado y está en la primera línea de la lucha jurídica por el estado de derecho, con una inteligente tenacidad y una inquebrantable fe en el valor fundamental de la ley para la libertad de los hombres.

(*) Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

A la construcción del actual estado de derecho español han contribuido muchos hombres con acciones de todas clases y, entre ellas, no han sido menores las de aquellos juristas que, día a día, se han esforzado en crear un ordenamiento jurídico basado en los principios comunes del derecho europeo. Ese trabajo constante puso los pilares que permitieron, en el momento de iniciarse la transición (1975), pasar sin traumas de un Estado autoritario y centralista, a un Estado profundamente democrático y totalmente descentralizado, casi como se deslizan los vagones del ferrocarril por un cambio de agujas bien ajustado. Y lo mismo ha sucedido cuando, pocos años después (1986), España se incorporó a la Comunidad Económica Europea, sin apenas dificultad, gracias a quienes, como el profesor García de Enterría, trabajaban desde hacía años en la incorporación a nuestro derecho de las reglas y de los principios del derecho común europeo. Esto sin desconocer que la desasosegada naturaleza de nuestra sociedad no permite estimar que hayan logrado la estabilidad necesaria para el Estado, al continuar viva o avivada, en algunos, la memoria disolvente de nuestro pasado (sirva de ejemplo la recientemente aprobada ley 24/2006, de 7 de julio, sobre declaración del año 2006 como Año de la Memoria Histórica) y la incertidumbre, más o menos artificial, sobre nuestro porvenir como nación.

En este contexto histórico, su vida y su obra se desarrollan con una fuerte vinculación a la cultura jurídica europea, en su sentido más amplio, tanto por la vía de la enseñanza como, sobre todo, por la vía de su intervención activa en la cultura jurídica española. Por esa razón, ha recibido tantos reconocimientos de Universidades e Instituciones Europeas: Doctor «honoris causa» por las Universidades de París —Sorbona— y de Bolonia; Premio Alexis de Tocqueville del Instituto Europeo de Administración Pública de Maastricht por unanimidad de los representantes de los quince estados de la Unión Europea, Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «doctor honoris causa» por otras veinte Universidades, declaración de «protagonista de la cultura jurídica europea» por el Comité Científico de la Universidad de Florencia, etc.

Su vida y su obra forman un compacto, de manera que no puede distinguirse entre la obra publicada y la obra no publicada, el trabajo de profesor y el trabajo de abogado o de académico. Una vida auténtica de jurista. La autenticidad, es uno de los valores que más aprecia y que invoca con más frecuencia cuando quiere destacar la calidad humana de una persona («*igual a con la vida el pensamiento*») citando la Epístola moral a Fabio).

A este criterio de autenticidad, ha querido, pues, someter su propia vida. Por ello, una semblanza de su obra no puede quedar limitada al es-

tudio de sus escritos académicos. En su caso, su fortísima, incansable y luchadora personalidad los supera con mucho. Animador constante del mundo jurídico que le rodea, es, realmente, un «protagonista de la cultura jurídica», un singular personaje con enormes virtudes y, naturalmente, con los defectos propios de los hombres apasionados en grado extremo, que si destaca de manera tan excepcional en nuestra cultura jurídica ello no se debe a un trabajo pacificador y sistematizador, sino a su lucha incisiva, constante, incluso terca, contra dogmas e interpretaciones que, a su juicio, deben ser, desde el criterio de la libertad y de la razón, eliminados o sustituidos por otros.

En los años 50, cuando empezó a escribir y a trabajar profesionalmente, había que reconstruir el estado de derecho de acuerdo con los valores que en la parte libre de Europa se estaban también recuperando. Las nuevas constituciones de Francia, de Italia y de Alemania, y la doctrina y la jurisprudencia surgidas en torno a ellas, ofrecían un ejemplo. Y en España ¿qué vía seguir? El examen de su obra muestra que, consciente o inconscientemente utilizo la estrategia que nuestros antepasados utilizaron durante los ocho siglos de Reconquista: Con acciones puntuales, con alianzas o con pactos tácitos de todo género, santos y no tan santos, fueron conquistando plazas y ocupando tierras sin perder la memoria de su objetivo final, reincorporar todas las tierras de España a los reinos cristianos regidos por la cultura cristiana europea. Esa era la única estrategia posible en aquellas circunstancias. Algo así sucedió en España cuando, terminada la Guerra Civil, decidió junto con otros muchos juristas españoles luchar por su incorporación a la renovada cultura jurídica del continente europeo siguiendo el ejemplo de otras naciones que, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, tuvieron que reconstruir sus Estados: Lo hicieron, cada uno en su circunstancia, mediante acciones realistas actuando en varios frentes, al ritmo que entonces se podía seguir, consolidando lo conseguido. Así fueron estableciendo las bases del actual estado de derecho. Con ese fin, actuando como juristas, fueron utilizando todos los medios posibles, entre ellos, la colaboración con el legislador para la aprobación de leyes que han sido y siguen siendo muy importantes para nuestro Derecho Público, cuya buena factura y principios han hecho posible su pervivencia muchos años después del restablecimiento pleno de la democracia con la aprobación de la Constitución de 1978. Por ejemplo, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, hoy vigente; la Ley de Régimen Local de 1955 vigente parcialmente hasta 1985; la Ley del Suelo de 1956 con su texto refundido de 1976, vigente hasta 1992; la admirable Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, vigente hasta 1998; la Ley de

Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, vigente hasta 1997; la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, vigente hasta 1992; la Ley General Tributaria de 1963, vigente hasta 2005; etc. Estas leyes han estado vigentes años después de aprobada la Constitución de 1978 y es notorio que cuando han sido sustituidas por otras, las nuevas leyes se han inspirado e, incluso, han reproducido gran parte de las leyes derogadas.

II

De un jurista de las características esbozadas no puede esperarse que su obra sea el producto de una teoría elaborada en el silencio de la Biblioteca o en la pausada deliberación de un Seminario. Es cierto que hay en ella cientos y cientos de horas de meditación y de silencio, sin las que no podría haber hecho ni estar haciendo todo lo que, en breve síntesis, se va a exponer ahora. Pero su cualidad esencial es la de ser una obra de reflexión y de respuesta a los problemas vivos, con los que el autor está comprometido en su trabajo profesional y en su apertura al mundo que le rodea. Aunque parezca increíble, una gran parte de los cientos de artículos, «laudatios», libros, conferencias, prólogos, los ha escrito sobre la mesa de su despacho de abogado, uno de los más importantes de España, atendiendo, simultáneamente, a colaboradores, visitas, doctorandos, y profesores; cumpliendo también con sus obligaciones de asistir a las dos Academias de las que es miembro, y a tantos tribunales de tesis, y dando tantas conferencias como da por todas partes. Pues bien, una obra así realizada está llena de vida, «*es una respuesta a la aventura de todos los días*» pero no es, en modo alguno, ligera ni superficial. Al contrario es, en su conjunto, una obra erudita, transida de un rigor extremo, tanto en las citas bibliográficas y jurisprudenciales como en su estilo apretado, denso y muy articulado, a veces, quizá, demasiado: Su lectura exige del lector atención y esfuerzo.

Es una obra del tiempo y para el tiempo que vive, aunque fundada en principios y valores que lo trascienden. Es una obra escrita «*para remover los obstáculos que se oponen a la libertad y al progreso*», según expresión clásica de nuestros administrativistas hoy recogida en la Constitución de 1978 (artículo 9.2). Y el tiempo que le ha tocado vivir ha sido duro y lo sigue siendo pese a las apariencias, aunque lo sea de otra manera.

Oriundo de Liébana (Cantabria, 1923), a la que ha dedicado una preciosa obra literaria, «*Liébana, tierra para volver*», 3ª ed., Santander. Tenía 13 años cuando empezó la Guerra Civil. En 1947 ganó la oposición de letrado del Consejo de Estado y en 1950 fundó, con otros juristas, la Revis-

ta de Administración Pública. En 1957 ganó la cátedra de Derecho administrativo de la Universidad de Valladolid y en 1962 la de la Universidad Complutense de Madrid. Ha vivido, pues, una parte importante de su vida, más de cincuenta años, bajo el régimen del General Franco, durante los cuales ha sabido realizar una obra admirable de asentamiento de los principios fundamentales del estado de derecho. Los títulos y el contenido de sus obras lo atestiguan. Su liberal seminario y los profesores que en él se han formado han creado una Escuela de profesores de derecho público que ha introducido un «derecho administrativo-constitucional» de corte europeo cuando todavía no existía una constitución democrática.

En aquella época no existía una vía política para controlar y transformar el poder público, pero sí se estaba abriendo una vía que resultó fundamental para el establecimiento del estado democrático: La vía judicial y, especialmente, la vía contencioso-administrativa que García de Enterría exploró con el máximo entusiasmo para sacar de ella todas las posibilidades que ofrecía el fortalecimiento del poder de los jueces. Sobre esto hay que destacar la importancia que entonces tuvo el libro de Otto Bachof, «Grundgesetz und Richtermacht», discurso rectoral leído en la Universidad de Tubinga en 1959 y del cual, ese mismo año, hizo una reseña en el número 105 de la Revista de Estudios Políticos. En esa reseña reflejó su propio pensamiento y la tarea que para sí había asumido. Dice: *«Este discurso, en efecto, es una expresión excepcional de la concepción jurídica y política que el pueblo alemán ha inaugurado tras su gran catástrofe, concepción que expresada en cuanto a sus principios en la Ley Fundamental de Bonn ha tenido la fortuna de encontrar a su servicio la asistencia fervorosa y lúcida de un grupo de teóricos, tal como el autor de este librito, a quienes la trágica experiencia de la «perversión» de los ordenamientos jurídicos —usando el título del libro de von Hippel— en la época nazi, y su propia inquietud y autenticidad de juristas, han impulsado a la búsqueda de una concepción material de la justicia, con el abandono del positivismo legalista que constituyó la filosofía oficial del constitucionalismo weimeriano; y al correlativo intento de articular técnicamente un sistema positivo que lo haga posible»*. Y, más adelante, se pregunta por qué ha tenido en España muy escasa resonancia esta importante inflexión del pensamiento jurídico-político germánico. Responde: *«... quizá por pesar aquí demasiado todavía el eco de la crítica schmittiana al sistema de Weimar y por haberse calificado con demasiada rapidez y sobre de simplismo, al sistema de Bonn como mero continuador directo del anterior, tras el sangriento y arbitrario paréntesis nazi»*. En España no existía entonces una Constitución similar a la Ley Fundamental de Bonn, ni era

posible pensar siquiera en su próximo establecimiento. Tuvieron que pasar veinte años hasta lograrlo. Pero quienes como él pensaban, no quisieron perder esos años importantes para España e importantes para ellos mismos, y, día a día, fueron introduciendo los elementos que después harían posible la Constitución, con la ilusión de ser similares a esos juristas europeos que tanto admiraban.

Y después de proclamada la Constitución de 1978 su lucha por el derecho no ha terminado. Al contrario, ha continuado con más vigor, si cabe, para fortalecer los valores, libertades y reglas enunciadas en la Constitución, y hacer posible una organización descentralizada del Estado que, sin romper la unidad de España, alcance las cotas más altas y para incorporar, a partir de 1986, el derecho positivo y la jurisprudencia europea. En todos estos frentes ha estado, y está, en primera línea con una obra publicada y otra no publicada, pero tan importante como la primera, cuyo bosquejo se expone a continuación.

III

La obra jurídica publicada en libros, en artículos de revista, en discursos de investidura y «laudatios», en colaboraciones en libros colectivos, en prólogos a obras de otros autores y en sus recopilaciones legislativas, recensiones, etc., tiene una dimensión —más de 400 títulos— y un interés histórico capital para comprender el derecho público español. Su influencia ha sido determinante, no sólo en la lucha contra las inmunidades del poder y en la construcción de una Administración pública sujeta a derecho y controlada por los jueces, sino en la implantación de la Constitución como norma jurídica, en la construcción de un sistema articulado de relaciones entre las Comunidades Autónomas dentro del Estado, y en la asimilación del Derecho Europeo.

Estos grandes temas, el restablecimiento de un estado de derecho europeo en España, el valor de la ley, la plenitud del poder judicial, la Constitución de 1978 y la nueva organización territorial del Estado, la asimilación del Derecho Europeo, marcan etapas y fechas en la obra de García de Enterría. Quizá, una de las cuestiones que más ha tratado ha sido la del «poder de los jueces». A ella ha dedicado un gran número de estudios y, naturalmente, a ella ha contribuido, también, silenciosa pero muy eficazmente, con su labor de abogado ejerciente.

Al llegar a este punto puede exponerse una síntesis de su obra escrita siguiendo la pista de cada uno de los temas sobre los que ha escrito (actos,

contratos, sanciones, responsabilidad, dominio público, urbanismo, universidad, etc.), pero con ello daría la impresión de que se ha centrado en escribir las piezas de un tratado de Derecho Administrativo por temas, ya que, en efecto, los ha tratado todos, y siempre con espíritu innovador. Sin embargo, esa interpretación, con ser formalmente cierta, resulta materialmente incompleta: Deja a un lado lo más importante, el nexo que existe entre la obra y su destino histórico, el fin al que sirve, éste no ha sido elaborar un tratado sistemático de derecho administrativo. Más bien, por el contrario, siempre ha querido responder al estímulo de las cuestiones más vitales que en cada momento se han ido planteando en un espacio mayor, en el ámbito del derecho público. Su propósito lo ha explicado, muy claramente en el prólogo a la traducción que Luis Díez-Picazo hizo del libro de Theodor Viehweg, «Tópica y jurisprudencia», 1964: «*La ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una ciencia de problemas singulares, jamás reductible —frente a ingenuos intentos, siempre fallidos— al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemáticas*», Los problemas y los principios generales del derecho «*configurados en orden a círculos problemáticos concretos, obedientes a una estructura tópica y no axiomática son el objeto de sus estudios*». Ciertamente, el «Curso de Derecho Administrativo» que ha escrito junto con Tomás Ramón Fernández, es una obra sistemática, pero lo es de un modo peculiar. Es un Curso que podríamos calificar de combativo. Los temas no se tratan pacíficamente y no se tratan todos por igual, sino con desigual extensión e intensidad, según lo que los autores juzgan más necesario e importante para la Administración pública en un estado de derecho. No es un Curso de divulgación, plano y fácil, exige esfuerzo, un esfuerzo que merece la pena: imprime carácter. Así es, también, toda su obra escrita: Tiene un objetivo que trasciende las cuestiones técnicas que trata. Por ello su interpretación exige valorar cuándo y para qué se escribe. Con ese criterio pueden señalarse estas etapas.

a) La transición hacia la democracia desde el derecho y la lucha contra las inmunidades del poder han sido temas capitales en su pensamiento (1950-1978), y lo siguen siendo. Alejandro Nieto lo ha explicado admirablemente cuando en 1983 hizo una selección de 34 artículos de la Revista de Administración Pública y, entre ellos, incluyó dos de Eduardo García de Enterría: «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)», del año 1962, y «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales en el Derecho Administrativo», del año 1963. ¿Por qué? Los títulos de ambos trabajos lo dicen todo, y los años en que se publicaron, 1962 y

1963, también. Alejandro Nieto ha demostrado que en España el camino hacia la democracia comienza desde el Derecho y aquí la obra de Eduardo García de Enterría es capital. Dice: *«El Derecho Administrativo que hoy corre en España en todos los niveles es el de García de Enterría: un derecho administrativo que podría denominarse de la transición democrática, puesto que surgió durante el franquismo y desembocó en la Constitución de 1978 y en algunas de sus leyes de desarrollo, que llevan su impronta inequívoca. En la Universidad de Madrid adquiere García de Enterría su identidad científica completa, perfilando con absoluta claridad lo que es, y lo que debe ser, el Derecho Administrativo: a falta de Constitución formal, este derecho asume la responsabilidad de dotar de garantías a los ciudadanos. Y lo que hasta entonces había aparecido como piezas sueltas, y un tanto inexplicables dentro de un sistema contradictorio (como en «Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa») adquiere ahora la coherencia de un bloque teórico de singular consistencia. La historia del derecho que forja García de Enterría, es la de una lucha permanente contra las inmunidades del Poder. En este sentido, el artículo que a continuación se transcribe es un verdadero manifiesto constitucional. Desde el Derecho empieza así España su largo camino hacia la Democracia».*

La historia a la que Alejandro Nieto se refiere comenzó cuando, a partir de 1950, época en la que García de Enterría publicó sus primeros estudios en los que de modo inequívoco, fue introduciendo un nuevo estilo, un nuevo método (los recensionistas de los estudios de aquella época citan a Triepel, a Wieacker, y el propio autor deja constancia de su admiración por Viehweg) y, sobre todo, los principios de legalidad y de control judicial del Estado hasta el límite de lo entonces posible.

En el período comprendido entre la fundación de la Revista de Administración Pública, en 1950 y la promulgación de la Constitución en 1978, dio a luz una larga serie de estudios sobre temas importantes para el derecho administrativo —contratación, servicios públicos, urbanismo, deslinde de bienes, etc.— pero, sobre todo, publicó algunos que son hitos en la historia del derecho público español, cuya huella perdura viva, quedando claramente marcada en el texto de la Constitución —interdicción de la arbitrariedad, sometimiento pleno a la ley y al derecho, servicio con objetividad de los intereses generales, control judicial de la potestad reglamentaria y de la legalidad administrativa, así como del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, indemnización por lesión, etc.—. Sobre ello, cabe hacer esta breve exposición cronológica:

En 1954 promovió y prologó una edición de la obra de Alejandro de Oliván iniciando, con ella, una serie de estudios sobre la formación histórica del derecho administrativo español: En 1958, «Los problemas actuales del régimen local» y en 1960, «Turgot y los orígenes del municipalismo moderno». Poco después, en 1961, «La administración española» cuya 6ª edición publicada cuarenta años después, en 1999, no es un retrato de estructuras y de normas sino la visión de un cuerpo histórico, formado, sin discontinuidades, desde la recepción a comienzos del siglo pasado del modelo napoleónico, como dijo Onorato Sepe en la recensión que publicó en la Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (1963), un libro vivo que afronta los problemas contemporáneos de la Administración pública, «ricco di spunti polemici».

En 1955, la aparición de «Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo» produjo un impacto por el tratamiento tan innovador y, al mismo tiempo necesario, de dos dogmas, el de la reversión de las concesiones y el de la imprescriptibilidad del dominio público. La importancia de este libro fue advertida entonces por el gran civilista Federico de Castro y por Jesús Fueyo quien escribió «*Lo verdaderamente importante en estos trabajos de García de Enterría, está en el intento felizmente logrado, de poner en ejecución, al hilo de una exégesis técnicamente impecable sobre problemas concretos, un modo de construir inscrito en categorías de realidad y sistemáticamente preocupado por poner en evidencia el desquiciamiento de algunos conceptos jurídicos administrativos que perviven en el vacío lógico de la pura dogmática, pero que no responden ya a la base real de fines con actualidad y vigencia*». Veinte años después, Rafael Gómez Ferrer ha resaltado el valor vivo de esta obra.

También, en 1955 apareció «Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa», libro en el que justifica los fundamentos revolucionarios de esa ley de 1954, hoy todavía vigente, en la que tuvo una participación determinante. Treinta años después, en 1986, se ha publicado una edición facsímil de esta monografía, una de las más importantes del derecho público español. A ella se debió la ampliación legal del objeto de la expropiación y la introducción del más progresivo sistema aún conocido de la responsabilidad administrativa. El catedrático de la Universidad de Oviedo, Leopoldo Tolivar Alas ha escrito con ocasión de la citada edición facsímil: «*El reconocimiento a la labor del profesor García de Enterría en la confección y exégesis de la ley expropiatoria no debe ceñirse al mero elogio técnico. Baste para comprender tal afirmación, la siguiente interrogante: ¿cuál*

es la deuda social que en más de treinta años ha supuesto la aplicación de la magnífica cobertura derivada de la responsabilidad objetiva de la Administración? Es evidente que, gracias a tan imaginativa y tuitiva construcción, se han protegido muchas situaciones justas que no habrían tenido cabida en cualquier otra regulación o que, de tenerla, se someterían a mecanismos tortuosos de pruebas de imputación culposa». «En resumen —concluye Leopoldo Tolivar— nos hallamos ante una obra maestra del derecho, y, por otra parte, ante una interpretación auténtica de los puntos cardinales de una de nuestras mejores normas positivas».

En 1959 publica la primera versión de la «Revolución Francesa y la Administración contemporánea», objeto de varias ediciones posteriores, traducida al francés por Franck Moderne, en 1993, una obra clásica en la que, desde el punto de vista de la historia de las ideas, investiga la emergencia en la sociedad francesa del fenómeno administrativo y de su derecho, a través del impacto de la Revolución de 1789 seguida de la «disidencia revolucionaria» de Napoleón, todo lo cual fue determinante para el nacimiento del derecho administrativo español.

La concepción estatutaria del derecho administrativo, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Administración pública pero no del Estado expuesta en varios estudios sobre la personalidad en el derecho público, por ejemplo, en la Rivista Trimestrale di Diritto Publico, 1960, «Verso un concetto di diritto amministrativo como diritto statutario», y luego en el «Curso» es, no sólo un hallazgo de técnica jurídica asumido después por el legislador español con carácter general, sino también, una respuesta a la situación política del momento en que se publicó, una forma más de reconducir el poder a los cauces del estado de derecho.

Con ese mismo propósito, sin duda, publicó en los años 1962 y 1963 dos trabajos fundamentales «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos) y «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho Administrativo» cuya fuerza irradiante sobre la doctrina y la jurisprudencia ha explicado Alejandro Nieto, en el texto transcrito más atrás.

El discurso de su ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre «Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial», de 1970, es otra pieza clave en la cadena de impulsos sincronizados hacia el Estado de Derecho. La construcción técnica, original e impecable de su argumentación, la elaboración tan cuidada de la delegación y de la remisión normativa, y de las consecuencias del vicio de «ultra vires» forman

parte esencial de la teoría de las fuentes del derecho, pero hay algo más: En el momento en que este Discurso se pronunció, y luego se publicó, su intención era muy clara. Mediante él se configuraba otro instrumento fundamental para el control judicial del gobierno y de la administración.

Finalmente, en 1974, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández publicaron la 1ª edición de su «Curso de Derecho Administrativo» obra básica, ya clásica, para esta rama del derecho a la que se incorporaron las aportaciones producidas durante veinticinco años de lucha jurídica por la democracia. Es un libro singular, cuyo criterio de fondo —como dijo Máximo Severo Giannini en la crítica que publicó en la «Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico» (julio-septiembre 1979)— consiste «*in una sorta di sintesi dalla dialettica privilegio-garanzia*», nada común en los manuales europeos. La larga extensión que dedica a las fuentes del derecho, la idea fundamental de que la libertad del hombre es, también en el derecho administrativo, la fuerza motriz de sus instituciones, el cuidado con el que trata la posición del ciudadano y sus derechos son sus características fundamentales. Pocos años después, en 1978, se promulgó la Constitución y la adaptación del «Curso» a la misma resultó extremadamente fácil: El «Curso» había adelantado sus principios más importantes, salvo claro es, la justicia constitucional, la nueva organización territorial del Estado y, más adelante, la asunción del derecho europeo. Este libro ha sido traducido, parcialmente, al italiano («Principi di Diritto Amministrativo», 1983) por L. Vandelli y G. Cassani, con un prólogo de F. Roversi-Monaco) y al portugués («Curso de Direito Administrativo», 1991) por A. Setti, y se han publicado ediciones del mismo en Argentina (con notas de Derecho argentino de Agustín Gordillo), y en Perú-Colombia, este mismo año de 2006. Ningún otro manual español ha alcanzado tamaño éxito.

Aquí termina esta primera etapa (1978).

A partir de entonces la Constitución de 1978 va a dar un nuevo impulso y a abrir nuevos temas en a su investigación.

b) El libro «La Constitución de 1978 como pacto social y como norma jurídica» ⁽¹⁾ es una de sus aportaciones fundamentales al derecho público español. La promulgación de la Constitución, en los últimos días de 1978, cierra un período y abre otro en la historia de España, pero, no rompe la evolución del derecho público español que se había iniciado con anteriori-

⁽¹⁾ Edición no venal en 2003, publicado en la «Revista Peruana de Derecho Público» núm. 7, julio – diciembre de 2003 (N. del E).

dad. Al contrario, la sabiduría de la mayoría del pueblo español en aquel momento fue evitar una dramática ruptura que algunos, pocos, querían, y hacer prevalecer el espíritu de concordia impulsado por la ilusión en el futuro. ¿Qué valor tenía, entonces, una nueva constitución? En ese momento García de Enterría tuvo la intuición y el enorme acierto de defender una interpretación pionera de la Constitución, inmediatamente tenida en cuenta por todos. En pocas páginas supo ofrecer el fundamento filosófico y político de la Constitución como pacto de libertad, pacto social y norma jurídica. Pocas veces en la historia del derecho público español una obra tan breve y tan lúcida ha producido un impacto mayor, en un momento crucial, una obra de referencia capital, tantas veces citada, cuya actualidad es, si cabe, cada día mayor: *«Al desaparecer el régimen franquista, el panorama de una reapertura del conflicto interminable no sedujo, felizmente, a nadie y todos se mostraron dispuestos a ceder en sus posiciones de base, para buscar, entre todos también un consenso esencial. Así se abrió entre nosotros finalmente, un verdadero pacto social lockeano, nunca dado hasta ahora en la época contemporánea, pacto del que todos fuimos protagonistas y que desembocó en el milagro de la Constitución de 1978. Como todos saben, ésta fue elaborada desde la base por la totalidad de las fuerzas políticas y no por un proyecto del gobierno (...), fue votada por la virtual totalidad de los diputados y senadores, ente los cuales se encontraban los supervivientes de los dos bandos en la guerra civil, y, finalmente, refrendada por más del 87 por ciento de los votantes en referéndum universal. El «poder constituyente» del pueblo entero dejó de ser en esta ocasión una hipótesis teórica y se hizo visible y manifiesto, así, de una manera plástica, como pocas veces en cualquier país (ninguna por supuesto, en el nuestro).*

Este origen explica, *«que la propia Constitución se configurase y se definiese ella misma como una norma jurídica. Se trataba de asegurar que el consenso básico en la ordenación de la sociedad, logrado alrededor del status básico de la libertad y de los derechos fundamentales, y alrededor de unos cuantos principios de la política social y económica, y de una determinada descentralización territorial sustancial, pudiera mantenerse de forma estable, por encima de los cambios políticos de las mayorías parlamentarias, titulares del poder legislativo. Había, pues, que vincular a ese pacto social al mismo poder legislativo, así como a los jueces que aplican sus productos».*

El reconocimiento, por lo tanto, de la Constitución como pacto social en el que se sustenta el valor normativo de la misma tiene, como es obvio, una trascendencia que supera su interpretación como norma superior, di-

rectamente vinculante. Ello explica que recientemente haya reaccionado de modo tajante frente a una reforma impuesta por las minorías. (Entrevista publicada en ABC, 8 de febrero de 2005).

c) A partir de la entrada en vigor de la Constitución en 1978 y de la incorporación de España a la Comunidad Europea en 1986 su obra es asombrosa por la cantidad y vivacidad de sus estudios, por la erudición y el vigor con que son tratados. Un caudal de sugerencias, una presencia constante e infatigable en el análisis de las más importantes decisiones de los Tribunales españoles y europeos. Resulta difícil reducirla a unos cuantos temas para dar cuenta de ellos en esta semblanza. No obstante, agrupándolos por problemas, pueden enunciarse los siguientes:

- Sobre las fuentes del derecho ha estudiado la posición de la ley, la mala técnica normativa («leyes desbocadas»), la vinculación del reglamento a la ley, el control de los reglamentos y las consecuencias de la declaración de su nulidad, así como, la integración del derecho de las Comunidades Autónomas, del derecho europeo y de la jurisprudencia de los dos grandes tribunales europeos, el TEDH y el TJCE.
- Sobre la responsabilidad del estado legislador ha mantenido una posición crítica frente a una jurisprudencia española y, también, francesa («la Fleurette» y el «arrête Societé coopérative ax'ion») de mayor alcance constitucional. El catedrático francés Jean-Bernard Auby ha postulado desde la revista *Droit Administratif* (nº 2 febrero 2006) la traducción de su libro «La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español» (2005) al francés. Esta traducción está en curso.
- Sobre la organización territorial del Estado ha hecho, sin duda, el mayor esfuerzo por racionalizar y encauzar un proceso que, de llevarse mal, podría desintegrar el país. Un esfuerzo personal no limitado a la publicación de estudios sino extendido a la participación en la preparación muy activa de los pactos que hicieron posible el avance ordenado del proceso autonómico (p. ej. presidente de las Comisiones de Expertos sobre las Autonomías —19 de mayo de 1981— y sobre la financiación de las Comunidades Autónomas —7 de julio de 1981—, y aunque la sentencia, muy discutible, del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1982 desarticuló el proceso de armonización diseñado por la LOPA, ello no le apartó de la lucha por la racionalización e integración del estado autonómico. A sus trabajos iniciales, recogidos en «Estudios sobre las Autonomías territoriales» de 1985, han seguido otros trabajos sobre la Constitución y el sistema autonómico.

Pero cuando ese proceso de organización territorial del Estado parecía terminado, sin perjuicio, claro es, de las reformas naturales propias de su funcionamiento, se ha abierto, ahora, un nuevo proceso que puede afectar directamente al orden constitucional. El detonante ha sido el debate sobre la elaboración de un nuevo Estatuto de Autonomía para Cataluña. En el debate nacional que este ha suscitado, la presencia del jurista García de Enterría se ha hecho notar inmediatamente. Así ha publicado un libro de interés palpitante: «Manuel Azaña. Sobre la autonomía política de Cataluña. Selección de textos y estudio preliminar» (2005), y durante la larga tramitación del proyecto de Estatuto ha dejado clara su posición (p. ej. entrevista en ABC 18 de diciembre de 2005 bajo el titular «*No veo otra salida que la rectificación del PSOE en la reforma del Estatuto Catalán*»). El nuevo Estatuto de Cataluña acaba de promulgarse (LO 6/2006 de 19 de julio – BOE 20 de julio) y a éste le van a seguir otros estatutos en tramitación y elaboración cuyo resultado en conjunto parece alejarse bastante de la concepción nacional más integradora, que se deduce de sus estudios antes citados. Es previsible que el problema de estos Estatutos será, finalmente, resuelto por el Tribunal Constitucional, con sentencias que contarán entre las más relevantes de su historia.

- La expansión de la justicia administrativa es una constante en su obra. Más de sesenta estudios tratan de temas como, «la batalla por las medidas cautelares» o el, ya citado, de la «responsabilidad del Estado legislador». De la lectura de estos trabajos pueden obtenerse dos conclusiones: que lo importante no es tanto la renovación procedimental como la renovación material de la justicia administrativa y que la nueva justicia puede alcanzarse ya, sin necesidad de esperar a reformas legales; sólo hace falta que el derecho se interprete y aplique conforme a la Constitución y al derecho europeo.
- Al lenguaje de la libertad, tema recurrente en su pensamiento, ha dedicado su discurso de ingreso en la Real Academia de la Lengua Española, en 1994: «La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa». Sobre este libro se han transcrito antes las palabras de Luis Martín Rebollo. Es un libro apasionante, «*fascinante*» dice Santiago Muñoz Machado, en el que se cuenta «*la historia de la entronización de la ley como principio y fin del deber de los ciudadanos de someter sus derechos a los mandatos del poder*».
- Tan interesante como el contenido de su monografía «Democracia, jueces y control de la Administración» —de la que se han hecho varias

ediciones a partir de 1995—, es el prólogo que precede a la 4ª edición de 1998, en el que proclama *«La superioridad de rendimiento de una sociedad gobernada por leyes generales, leyes generales amparadas por los jueces —¿por quién si no?— y en las que los ciudadanos iguales pueden apoyar y garantizar su libertad. La superioridad de una sociedad de esa estructura respecto de otra en que la sociedad resulte entregada al arbitrio casuístico de un poder soberano e incontrolable, no responsable más que por la vía de elecciones políticas cada cuatro o cinco años, resulta absolutamente incuestionable a estas alturas de nuestra civilización»*. Lo contrario, ignora *«un concepto clave sobre el que está construido todo el sistema de estado de Derecho occidental, y por supuesto, nuestra Constitución, el concepto de libertad individual»*.

IV

Para no prolongar más allá de los límites editoriales previstos, esta semblanza, hay que dejar a un lado sus clases en la Universidad, primero en Valladolid y luego en Madrid, que dieron origen a unos famosos «apuntes de cátedra» y, después, al «Curso» escrito junto con Tomás Ramón Fernández, y dejar a un lado, también, su labor de juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de abril de 1978 a febrero de 1986. En cambio, se van a tratar ahora dos actividades relevantes en su vida: Primero su seminario, cauce de tantas vocaciones universitarias, fundamento de su Escuela de Derecho Público, la más variada y extensa que en España ha existido y, después, su despacho de abogado sin el cual no sería posible entender su figura, un despacho singular por su prestigio y por su peculiar organización. Seminario y despacho, ambos vividos con total entrega, distintos, ciertamente, pero, al mismo tiempo, integrados.

a) El Seminario del profesor Eduardo García de Enterría, creado en su época de catedrático en la Universidad de Valladolid (a partir de 1957) y continuado luego en Madrid (a partir de 1962), es una obra admirable de constancia y de libertad de pensamiento jurídico. Lo primero resulta asombroso en un país en el que tantas cosas se comienzan y tantas se truncan o abandonan poco tiempo después. La longevidad de este Seminario se debe a la presencia perseverante de su maestro, y, últimamente, a la asunción por Lorenzo Martín Retortillo de la labor de dirección y organización del mismo. Lo segundo, la libertad de pensamiento con el que los asistentes expresan sus ideas, tuvo un mérito extraordinario cuando comenzó, en 1957, pero también lo tiene hoy porque no siempre es fácil la convivencia dentro de la libertad académica.

Es un Seminario de «puertas abiertas». Cualquier profesor o jurista interesado puede asistir sin inscribirse en ningún censo, lista o registro. Los temas que cada miércoles se van a tratar se anuncian en el tablón del departamento y se difunden vía Internet; por ello, más que de «miembros del Seminario», hay que hablar de «asistentes al Seminario»: por lo general, alumnos de doctorado, profesores de derecho administrativo o de derecho constitucional, abogados y funcionarios. Es un Seminario de juristas de todas las ideologías, pero juristas. No hay debates de política en sentido estricto, salvo, claro es, de la política que forma parte inescindible de la crítica jurídica.

En realidad, la única exigencia para asistir al Seminario es, y lo ha sido siempre —incluso cuando se celebraba en la Sección de Administración Pública del Instituto de Estudios Políticos—, la de la libertad de pensamiento. Por ello, de una forma u otra, se autoexcluyen aquellos que formalmente han adoptado una ideología o un compromiso personal que les impide tratar y discutir los temas de acuerdo con su libre pensamiento, sin seguir directrices ajenas. Esta es una regla no escrita —el Seminario carece de normas—, pero que se respira en el ambiente. La cordialidad entre los asistentes no elimina la crítica, al contrario, la presupone. Ante el Seminario se exponen las tesis y los estudios que se están realizando con el propósito de oír esas críticas y cuantas mejoras o información aporten los asistentes. El Seminario carece de ideología oficial, aunque, de hecho, prevalece el pensamiento liberal. No impone una determinada concepción del derecho administrativo, aunque sí estimula el método jurídico que centra en los problemas, más que en los sistemas, en el tratamiento de las cuestiones que se debaten. Un método jurídico que induce a tener muy en cuenta la jurisprudencia de los tribunales españoles y europeos, la experiencia de otros países y, finalmente, la doctrina de los juristas.

No hay un Seminario equiparable en la Universidad española, ni por su antigüedad (iniciado en 1957), ni por su constancia, ni por la cantidad y variedad de temas que en él se han examinado en un debate abierto, en una especie de «academia del libre pensamiento jurídico», cortés y respetuoso con las opiniones de los demás. Nada tiene que ver con el debate en el hemiciclo del Parlamento. Su prestigio procede, también, de sus orígenes, del momento en que se creó cuando por las circunstancias históricas, este método de trabajo era insólito al menos en el ámbito del derecho público. Primero fue muy flexible, en el sentido de que los temas que se discutían daban lugar a exposiciones incidentales o transversales, de modo que la cuestión central debatida podía prolongarse durante varias semanas en las cuales se iban tratando, simultáneamente, otros temas más o

menos conexos. Ahora la organización del Seminario la ha asumido Lorenzo Martín Retortillo, algo más estricto en cuanto al cumplimiento de los programas y al desarrollo de los temas, con la presencia de Eduardo García de Enterría todos los miércoles (los profesores Eloisa Carbonell y Tomás Cano le han dedicado su libro sobre «Los transportes urbanos» (2006): «*Al Seminario de los Miércoles*»).

b) Con sus raíces en este Seminario se ha ido creando la Escuela de Derecho Administrativo del profesor García de Enterría, hoy formada por más de sesenta catedráticos de Universidad y un número superior de profesores titulares y asociados.

Sus primeros años se sitúan en Valladolid. De allí proceden los más antiguos miembros. Fueron tiempos fundacionales, rompedores, ilusionantes en extremo, según cuentan quienes los vivieron: Sebastián Martín Retortillo (hace poco fallecido, desgraciadamente), Alejandro Nieto, Lorenzo Martín Retortillo, Ramón Martín Mateo, José Ramón Parada Vázquez, Tomás Ramón Fernández Rodríguez. Luego fueron incorporándose todos los demás, cuya relación aquí puede parecer excesiva, pero cuyos nombres aparecen —aunque no de forma excluyente— en algunos libros homenaje que le han sido dedicados, por ejemplo, en los «Estudios sobre la Constitución Española», de 1991, que Benigno Pendás calificó de auténtico «libro de escuela».

¿Qué clase de escuela? En sus primeros años fue una escuela de juristas en el sentido estricto con la que la definen los franceses, o muy próxima a esa definición: «*Ensemble des auteurs contribuant ou ayant contribué a l'élaboration d'une même doctrine juridique*». (Definición de Gérard Cornu, «Vocabulaire juridique»). La doctrina inicial aglutinante fue la defensa de la vía jurídica hacia la democracia y el combate contra las inmunidades del poder. Esos valores continúan vigentes pero los temas han cambiado a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y de la incorporación de España a la Comunidad Europea en 1986. ¿Qué es lo que vincula hoy a la Escuela? En primer lugar la personalidad de su fundador, transmitida a sus discípulos y a los discípulos de sus discípulos, de modo que ya se pueden contar varias generaciones entre las que existe un tejido de relaciones personales asumidas con gusto por sus miembros. Pero hay algo más. La evolución de los tiempos no ha hecho que los valores que dieron origen a esta Escuela se hayan difuminado. Los grandes temas siguen vivos y necesitados de una vigilante defensa. Luí Martín Rebollo los ha sintetizado en la recensión que publicó del discurso de ingreso de Eduardo García de Enterría en la Real Academia Española de la Lengua el día 24

de octubre de 1994 (RAP 137, de 1995). Dice lo siguiente: «Aquí están, como digo, casi todos sus temas. Al menos sus grandes temas, los que configuran el sistema conceptual de referencias que han hecho de García de Enterría el fundador del moderno Derecho Administrativo español, como lo calificaba la Universidad de Bolonia al otorgarle en 1992 el grado de doctor honoris causa. Los grandes temas en torno a los que ha aglutinado y creado una Escuela de discípulos que, por encima y sin perjuicio de la libertad intelectual de cada uno de sus miembros, tiene en común la fidelidad a su magisterio, que se manifiesta, como él ha dicho refiriéndose a otros maestros (el autor cita el trabajo de García de Enterría «Cuatro maestros de París, una época del Derecho Administrativo», dedicado a Laubadere, Mathiot, Rivero y Vedel), no en la manera de resolver los problemas sino, precisamente, en la metodología, en la forma de enfrentarse a ellos.

«En este libro se condensa, pues, buena parte de su pensamiento, sus grandes obsesiones, el pulso de una actitud intelectual que busca en la Historia las primeras respuestas al problema de las relaciones con el Poder que, a la postre, es la clave de todo el Derecho Administrativo. En él rescata el origen del principio de legalidad, el carácter relacional del Derecho y el significado de los derechos reaccionales. Aquí está en efecto, la base de su concepción subjetiva del Derecho Administrativo y la idea de la personificación de la Administración: el tema central de los derechos reaccionales; la concepción institucional del Derecho; el papel de los principios, empezando por el principio de legalidad; la gran cuestión del control del Poder en su forma más técnica que se encuentra en sus numerosos trabajos sobre el contencioso-administrativo su plasmación y donde se ha volcado con una insistencia tan sólo equiparable a la que ha desplegado en relación con los derechos fundamentales, aunque en el fondo quizá ambas cosas vengán a ser lo mismo».

V

No es posible hacer una semblanza de la vida y de la obra de Eduardo García de Enterría sin dedicar una atención especial a su actividad profesional de abogado y al espacio físico en el que, sobre la misma mesa y al mismo tiempo, moldea sus escritos forenses y sus estudios académicos, un lugar en el que recibe visitas, colaboradores, profesores, doctorandos. Es un despacho-taller. Sus características físicas, el espacio que ocupa, la vida de los que allí trabajan, reflejan la personalidad del maestro y, a su

vez, allí se crea esa personalidad. No es exagerado decir que es un abogado de cuerpo entero, apasionado, entregado a su profesión hasta tal punto que su obra académica es, cuantitativamente, sólo la parte menor de su obra total. No es un profesor que completa su actividad académica llevando algunos asuntos, ni un abogado que se consuela dando clases. Nada de eso. Su obra académica y su obra profesional alcanzan cada una su plenitud total y están fundidas. Sin embargo, son los asuntos profesionales los que parecen elevar su tono vital y encender su entusiasmo. El trabajo de abogado artesanal, casi manual, quintuplica, en volumen el trabajo académico. No es posible contar la historia de ese despacho. Y, sin embargo, esa historia tendría un enorme interés, también académico. En él se han formado y se han experimentado muchas de las tesis que, después de depuradas y reforzadas doctrinalmente, han sido defendidas en la Administración y ante los tribunales. El trabajo en un despacho, como también en algunos puestos de la función pública y en la judicatura, da experiencia y sabiduría de la vida, tan necesarias para una buena formación jurídica. Pero la historia de este despacho quizá nunca se escriba. Sólo quienes en algún momento de su vida han formado parte del mismo, son testigos de esa singular experiencia, como por ejemplo, —citando sin orden alguno, sólo según el dictado de la memoria: Juan Antonio Ortega Díaz Ambrona, Rafael Gómez Ferrer, Tomás Ramón Fernández, Juan Alfonso Santamaría Pastor, Alfonso Sabán, Pedro Sanz Boixareu, Antonio Alonso Lasheras, Luciano Parejo, Eduardo Coca, Jesús Alba, Joaquín Albi, José Luis Daroca, Nicolás Pérez Serrano, Miguel Capó, Enrique Rodríguez Mira, y el autor de esta semblanza. Otros muchos han colaborado también con el despacho en el que es esencial el impulso de Amparo, su mujer, a la que García de Enterría debe, en todo, sin la menor duda, su impulso vital.

Se trata de un «despacho-taller», organizado al modo de los talleres de algunos pintores o de los estudios de algunos arquitectos en los que un reducido grupo de artistas o de profesionales trabajan codo con codo con su maestro, siempre presente desde el trazado inicial hasta el cuidado final de la obra. Algo radicalmente distinto del modelo del gran despacho gestor en masa de asuntos. Su despacho es un despacho de casos, de asuntos concretos que se tratan singularmente, sobre los que se emiten dictámenes o «se llevan» por la vía administrativa o por la vía judicial.

¿Es un Seminario? Podría parecerlo por la magnífica biblioteca, por el tipo humano de los colaboradores, por el rigor y la precisión de los trabajos. También por el silencio, a veces monacal, en el que cada uno estudia los casos en su austera celda, tapizada de libros, con consultas cruzadas a media voz entre los compañeros. No es sin embargo un Seminario como el

descrito páginas atrás. Tiene, en parte, el carácter de un taller en otro sentido: Es un «taller mecánico». Allí no sólo entran clientes, también, con mucha frecuencia, quienes están preparando tesis doctorales o están realizando estudios para su publicación en artículos o en libros, sobre todo cuando dudan de lo que están haciendo o del interés que pueda tener su trabajo. Pues bien, cuando salen del taller, el carburador está limpio y el motor acelerado. Y no sólo eso. Hay otras ideas, hay otros libros que leer sobre el tema, y esos libros los coge de un estante de su biblioteca y los presta en el acto para que quien le consulta se los lleve bajo el brazo. Una generosidad intelectual, la más rara y escasa de todas, asombrosa. No oculta para sí sus ideas ni las fuentes de su conocimiento. Al contrario, las entrega alegremente a quien le pida ayuda para aprovecharlas en su trabajo. Esa es, sin duda, una de las razones de su éxito personal. Pero lo importante no son los libros, lo importante es que el problema, la duda paralizante, se ha despejado: «*¡Esto es muy sencillo, está muy claro! La idea fundamental es ésta...*»

VI

Según palabras del Comité Científico de la Universidad de Florencia, El profesor Eduardo García de Enterría es «*un punto de referencia cultural, en particular para los juristas europeos, de las viejas y de las nuevas generaciones*». ¿Por qué? No sólo por la labor reflejada en un «currículum». Hay algo más y, en cierto sentido, más importante. Ese «currículum», de brillantez inigualable, podría haber creado un personaje engraido, aislado. No ha sido así. Por el contrario, ha producido un tipo de sencillez extrema, realmente sorprendente, que tiene su raíz en una clara y quizá dolorida conciencia del valor de las cosas, del paso del tiempo, de la búsqueda íntima de un sentido más trascendente para la vida. También en la forma de sentirse comprometido con el mundo en el que vive.

Un buen europeo, un hombre civilizado, culto, libre y cosmopolita. Produce la sensación de que ya sabía quién era desde que comenzó a escribir. Claro que todo pensamiento evoluciona y que el tiempo cambia y que nosotros cambiamos con él. Eso es cierto. Pero hay personas que han encontrado desde muy jóvenes un estilo de vida y de pensamiento propios, valores en los que creer, principios que permanecen aunque se apliquen a casos y a tiempos diferentes. Algo de eso debe significar su «Ex Libris»: «*Ande la rueda alrededor que las columnas firmes son*». Fiel a sí mismo, no ha aceptado nunca cargos que, en ocasiones, le han ofrecido fuera de

los límites que él se ha trazado para su vida: «Yo, para eso, no sirvo», ha contestado, posiblemente con razón.

a) La amistad es un valor supremo. El calor humano, la comprensión, la simpatía que siente hacía sus amigos y la que éstos sienten hacía él, impide un juicio objetivo. Esa simpatía, la cordialidad, la alegría de vivir, son títulos seguros que abren la puerta del muy extenso círculo de sus amigos.

Cuando en abril de 1991 pronunció unas palabras de agradecimiento a quienes habían participado en un libro escrito en su homenaje «*Estudios sobre la Constitución española*», concluyó: «*La amistad es lo más necesario de la vida, decía Aristóteles y le gustaba repetir a Xavier Zubiri. También yo lo pienso y ésta es la experiencia que se obtiene al final del camino. Lo repetiré, para terminar, con el verso de Fray Luis de León, cuyo centenario celebramos este año:*

«Amigos, a quien amo
sobre todo tesoro».

A algunos de estos amigos ha dedicado escritos, ahora recogidos en «*De montañas y hombres*» (Espasa Calpe, colección Austral, 1998), Otros muchos aparecen mencionados en dedicatorias e innumerables citas que dejan constancia de su cordial forma de entender la vida.

También muchos autores le han dedicado sus estudios. El autor de esta semblanza hace ya treinta años, le dedicó su libro sobre «Conceptos jurídicos indeterminados»: «*A mi maestro Eduardo García de Enterría, amigo al que debo la idea de escribir este libro y el estímulo incesante para realizarlo*».

Salvador de Madariaga le dedicó sus «*Memorias*» (1921-1936). Amanecer sin mediodía, publicadas en 1974 por Espasa Calpe.

Pero si de algo alardea es de su condición de montañero, de sus marchas por los montes de Suiza, por la Sierra de Gredos, por la Ruta del Emperador Carlos hacia Yuste, cuando éste «*acude sereno y resuelto a la cita última de su vida, a preparar su muerte, ya anunciada*», o bien entre los hayedos y robledales de los altos bosques de la caldera lebaniega cuando, en el otoño, «*el siena comienza a aparecer entre los verdes apagados*» («*De montañas y hombres*», 1988).

b) El profesor Benigno Pendás, en un artículo publicado en la Revista de Administración Pública (nº 133, de 1994) con el título «Una confianza

audaz en el derecho», explica por qué estos estudios tienen el poder de «despertar resonancias emocionales». Dice: «Ahí reside, creo, el significado profundo de la obra de García de Enterría; decía Pericles en su célebre «oración fúnebre», pronunciada el año primero de la guerra del Peloponeso (413 a.C.), que los atenienses eran éticamente mejores que sus enemigos por razón de su confianza audaz en la libertad; pues bien, en las páginas brillantes de García de Enterría sobre la Constitución como norma, la lucha contra las inmunidades del poder, la sujeción plena de la Administración a la ley y al Derecho o la prohibición de la arbitrariedad, se percibe, ante todo y sobre todo, una confianza audaz en el Derecho. De este modo, muchas generaciones de juristas, armados del arsenal técnico forjado por la «generación de la RAP», han contribuido a satisfacer en parte la vieja deuda que los españoles tenemos contraída con el Estado de derecho, demasiadas veces maltratado a lo largo de nuestra agitada historia política».

Esa confianza en que el derecho es siempre, a corto o a largo plazo, mucho más eficaz que el poder y que la violencia para «remover los obstáculos» que impiden la libertad de los hombres ha sido, creo, el fundamento de todos sus estudios y actuaciones vitales. Una confianza audaz porque es cierto que en todos sus escritos propone soluciones jurídicas que van más allá de lo que resulta del derecho positivo estrictamente vigente e, incluso, de lo que la temerosa prudencia pudiera aconsejar. En la defensa judicial de los derechos y de las libertades de los ciudadanos también se atreve a postular algo más de lo que resulta de la literalidad de las normas o de los precedentes cuando ello es justo, en la confianza de que la racionalidad del debate abierto dentro de las reglas del derecho y el amparo de los jueces, es bueno para la sociedad y bueno para la justicia.

c) Su fervor por Borges, especialmente por su poesía, es conocido. Le ha dedicado una serie de ensayos, recogidos luego en un libro que lleva por título «Fervor de Borges», en cuyo prólogo nos dice que con el término «fervor» pretende algo más que un juego con el título con el que Borges encabezó su primer libro. Ante Borges siente «la admiración más rendida», «Borges me ha procurado —escribe—, y creo que seguirá haciéndolo mientras viva, felicidad y alegría». Quizá también le ha procurado imágenes de una posible actitud ante el final de la vida, cuestión a la que pocas, pero muy significativas páginas, ha dedicado don Eduardo —así, en «La Ruta del Emperador», «La lucha por la luz», ¿Cristo de nuevo resucitado— y sobre todo en su ensayo «¿Dios o tal vez o nadie, en Borges», que concluye con esta cita:

*«Seré un soldado mercenario que muere
sin temor y sin fe»*

Nada definitivo dice sobre su fe, pero sí sobre su actitud resuelta ante la muerte.

Una actitud resuelta ante cualquier problema es una constante en su pensamiento.

En cambio, no ha manifestado, al menos por escrito, una admiración similar por Gregorio Marañón. Y, sin embargo, su vida y su figura humana están mucho más próximas a las de Marañón que a las de Borges. La poesía de Borges, algunas de sus poesías, tocan el alma («*El remordimiento*», «*Cristo en la Cruz*», ...) y, sin duda, emocionan profundamente. Pero visto desde fuera se aproxima más a lo que Pedro Laín escribió de Gregorio Marañón: «*Con reposo clásico unas veces, con romántico arrebató otras, en todo momento amó el presente y prefirió ser en él animoso y optimista, a la imaginada perspectiva de vivir reposado y complacido en el futuro*». No se lamenta, al menos por escrito, de no haber sido feliz, como lo hizo Borges en sus inmortales versos. Al contrario, por escrito, ha dicho: «*Mirando hacia atrás en este momento (1991) yo no me reconozco en absoluto en la concepción del sabio heroico que sacrifica su vida a un fin excelso. Más bien retengo una impresión bastante distinta a la del sacrificio: Me he divertido mucho. Pienso que la ciencia es el más apasionante de los juegos del hombre; es, en efecto, un juego mental, pero para que apasione ha de ser responsable, esto es, jugarse manejando algún valor serio y objetivo y no con bonos de papel o pompas de jabón*». Y, más adelante, después de citar a su tío y maestro Ramón Carande quien le decía que la ciencia por él practicada le había divertido, concluye: «*Compruebo con alegría que al final de mi vida académica vengo a coincidir con ese juicio autorizado ¿Hay gente más feliz en este mundo que los científicos? Quizá los santos.*»

Algo así escribió Gregorio Marañón en julio de 1950: «*Yo solamente deseo/ser siempre el que ahora soy./Mi día mejor es hoy./Mi mejor mundo, el que veo./Amo a todo en lo que creo,/a lo humano y a lo divino./Y adoro cada camino/sin saber a dónde van/ y llamar al pan, el pan/y llamar al vino, el vino.*»

Claro que las diferencias entre ambos son, en muchos puntos, importantes, pero las coincidencias vitales parecen mayores: Su gran amor a España, a pesar de todo, y a la cultura europea; su vida vocacional tan autén-

tica e irradiante, la conjunción de un conocimiento muy técnico de su ciencia —experimentado en el hospital y en la consulta privada, o en el despacho profesional—, con una visión humanista y trascendente de la vida humana; su arraigo a un pedazo de tierra al que se retiran casi semanalmente a leer y a escribir —Marañón al «Cigarral de Menores» en Toledo, García de Enterría al «Berrocal» en Arenas de San Pedro junto a la Sierra de Gredos—, y la vital presencia constitutiva de sus mujeres en sus vidas.

d) No quedaría completa esta semblanza sin una mención a una nota definidora de su personalidad: El carácter siempre combativo de su pensamiento, su gusto por el enfrentamiento dialéctico con las tesis a las que combate, a veces con gran disgusto por parte de aquellos que las sostienen y reciben el ataque. Sus escritos se configuran con frecuencia al modo de la preparación de una batalla (p. ej. la «batalla por las medidas cautelares»).

Para concluir, nada mejor que reproducir aquí las palabras con las que Jean Bernard Auby da cuenta de cómo se ha enfrentado a una jurisprudencia que entiende equivocada sobre la responsabilidad patrimonial del estado legislador: «*Eduardo García de Enterría est farouchement hostile à ces jurisprudences*». «*Le profeseur García de Enterría a choisi, lui, de l'attaquer sabre au clair*».

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA NULIDAD E INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY PERUANA

Juan Felipe Isasi Cayo

1. INTRODUCCIÓN

Puede afirmarse que el acto administrativo se ha **perfeccionado** cuando ha cumplido las condiciones para su existencia, es decir, ha reunido los elementos esenciales y constitutivos propios del acto administrativo en general y los singulares que corresponden al acto administrativo típico de que se trate. El acto es válido cuando se encuentra arreglado a derecho, es decir, se encuentra desprovisto de vicios que acarrearán su nulidad. Aquí habremos de distanciarnos de la doctrina aparentemente mayoritaria, para establecer una precisión: Como el ser humano es falible resulta previsible que virtualmente ningún acto administrativo se encuentre exento de algún defecto, pero los imperativos de eficacia de la administración y seguridad jurídica para los administrados descartan la posibilidad de invalidar todo acto viciado, razón por la cual debemos reservar la calificación de **acto inválido** únicamente para aquel cuyos vicios revistan una trascendencia tal que determine su nulidad, conforme al ordenamiento jurídico. Los actos administrativos que acusan vicios no trascendentes son **actos defectuosos o irregulares**, pero «válidos», porque en la medida que el sistema legal no los considera nulos, sino subsanables, los vicios que le aquejan son jurídicamente tolerados, debiendo operar y prevalecer la presunción de validez propia de todo acto administrativo.

En todo caso, en nuestro sistema legal, la invalidez del acto administrativo constituye la causa de su **nulidad**, a diferencia del derecho común en el que la invalidez puede ser causal de **nulidad (Nulidad Absoluta) o anulabilidad (Nulidad Relativa)** del acto jurídico, dicotomía que no se presenta en nuestro régimen administrativo, aunque sí en otras realidades.

2. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA EN EL DERECHO COMÚN

Como señala CASSAGNE⁽¹⁾, se puede afirmar de modo general que la **nulidad relativa o anulabilidad** se presenta cuando en el vicio que afecta al acto jurídico está en juego un interés privado cuya disponibilidad corresponde a las partes legitimadas y no al juez ni al Ministerio Público. El particular afectado por el vicio puede, en consecuencia, sanear el acto anulable. En cambio, la **nulidad absoluta** implica un vicio que afecta el interés general que coincide —continúa CASSAGNE— con el orden público, vicio insanable, nulidad imprescriptible.

En efecto, la **anulabilidad** del acto o negocio jurídico del derecho privado tiene este carácter relativo porque, frente a cierta clase de vicios, los sistemas jurídicos protegen el libre arbitrio de la persona y la seguridad jurídica, permitiendo que sólo la parte interesada solicite la declaración de nulidad o, por el contrario, confirme expresamente el acto viciado o lo convalide expresamente mediante la ejecución de actos materiales orientados a su ejecución o tácitamente dejando transcurrir el tiempo. A diferencia de aquélla, la **nulidad absoluta** opera de pleno derecho porque representa una **ineficacia intrínseca** del acto que presenta vicios que interesan al orden público, razón por la que el acto no puede ser convalidado por las partes ni estar sujeto a confirmación. El acto carece de efectos jurídicos *ab initio* sin necesidad de declaración judicial, aunque ésta puede producirse a solicitud de parte o de oficio por razones de seguridad jurídica. Esta nulidad opera *erga omnes*.⁽²⁾

En efecto, según el artículo 219 del Código Civil peruano de 1984, el acto jurídico es **nulo (nulidad absoluta)** cuando falta la manifestación de

(1) CASSAGNE, Juan Carlos; «Sobre el sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo (a propósito de la doctrina que pretende borrar la distinción entre nulidad y anulabilidad»); Editorial El Derecho-Universidad Católica Argentina; Buenos Aires, 2005; pág. 6

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón; op. cit., T. I, págs. 564 y 565.

voluntad del agente; cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz⁽³⁾, salvo lo dispuesto en el artículo 1358⁽⁴⁾; cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable; cuando su fin sea ilícito; cuando adolezca de simulación absoluta; cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad; cuando la ley lo declara nulo; y en el caso del artículo V del Título Preliminar de dicho código, salvo que la ley establezca sanción diversa⁽⁵⁾. Todas estas causales están referidas a la carencia de un requisito esencial o a la afectación del orden público, las buenas costumbres o una norma de carácter imperativo⁽⁶⁾, lo que justifica plenamente su **nulidad de pleno derecho**, la cual puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público y puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. El acto que adolece de nulidad absoluta no puede subsanarse por la confirmación (artículo 220 del Código Civil).

De otra parte, conforme al Artículo 221 del Código Civil, el acto jurídico es **anulable**, por incapacidad relativa del agente⁽⁷⁾; por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación; por simulación, cuando el acto

(3) Código Civil de 1984: «Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:

- 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. (*)
- 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
- 3.- Los sordomudos, los ciegos sordos y los ciegos mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.»

(4) Código Civil de 1984: «Artículo 1358. - Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.»

(5) Código Civil de 1984, Título Preliminar: «Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.»

(6) STOLFI, Giuseppe, citado por RUBIO, Marcial; Nulidad y Anulabilidad – La Invalidez del Acto Jurídico; Ed. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica, 3ra. edición, Lima, 1992, pág. 19.

(7) Código Civil de 1984: «Artículo 44. - Son relativamente incapaces:

1. - Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. - Los retardados mentales.
3. - Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. - Los pródigos.
5. - Los que incurren en mala gestión.
6. - Los ebrios habituales.
7. - Los toxicómanos.
8. - Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.»

real que lo contiene perjudica el derecho de tercero; y cuando la ley lo declara anulable. En estos casos, el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración por efecto de la sentencia que así lo declare a petición de parte; pero la nulidad no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

3. LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La dicotomía entre **nulidad** y **anulabilidad** también puede advertirse en algunos sistemas administrativos comparados (España, Argentina, por ejemplo), pero **la diferencia entre una y otra no estará determinada por el tipo de interés puesto en juego sino por el grado o intensidad del vicio**. Nuestro régimen legal, como veremos, toma distancia de estos patrones al regular la nulidad del acto administrativo. La Ley peruana no sólo no distingue entre **anulabilidad** y **nulidad**, como lo hace el Código Civil y otros sistemas administrativos, sino que los supuestos de invalidez también son absolutamente diversos.

En efecto, el Artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General sanciona con **nulidad «de pleno derecho»**, los actos administrativos que contravengan la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias; los que presenten defecto u omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14⁽⁸⁾; los actos expresos o los que resul-

(8) Ley 27444: «Artículo 14. - Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.»

ten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición; y los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

Si utilizáramos las categorías propias de la teoría de las nulidades del acto jurídico en el común, podríamos colegir que la Ley N° 27444, ha incorporado sólo la **nulidad absoluta**, porque sanciona con la nulidad de «pleno derecho» las diversas hipótesis de hecho del artículo 10 antes citado. Empero, en nuestra opinión ello es sólo apariencia, puesto que, en rigor, dentro de la sistemática de nuestra ley ni siquiera puede hablarse efectivamente de una nulidad de «pleno derecho». Ello hubiera implicado que la ley dispusiera la ineficacia *ab initio* del acto administrativo nulo, sin necesidad de declaración judicial o administrativa, bajo la consideración de una destrucción de la presunción legitimidad del acto que ciertamente es *iuris tantum*. Sin embargo, no ha sido así. Conforme a su texto expreso, la ley peruana no permite el descatamiento del acto administrativo nulo mientras que la pretendida nulidad no sea declarada por la autoridad administrativa o judicial, conforme aparece de una atenta lectura del artículo 12.2⁽⁹⁾. En consecuencia, debemos suponer que la frase «de pleno derecho» contenida en el artículo 10 de la Ley 27444 no pasa de constituir un «lapsus» del legislador originado en el deseo de tratar de conciliar la tradición normativa peruana inspirada en la derogada ley española de 1958 y de reagrupar como causales de **nulidad**, algunos supuestos de nulidad y anulabilidad contenidos en la ley española de 1992. En efecto, el artículo 62 de la Ley española N° 30/1992, de 26 de noviembre de 1992⁽¹⁰⁾ (Régi-

⁽⁹⁾ Interpretación contrario sensu del Artículo 12.2 de la Ley 27444 conforme al cual:

«12.2 Respecto del acto declarado nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento y los servidores públicos deberán oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando su negativa.»

⁽¹⁰⁾ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

«(...) Artículo 62. Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

A) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

B) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

men Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) sanciona con la nulidad de «**pleno derecho**» virtualmente los mismos casos que la ley peruana, pero el artículo 63 regula como causas de **anulabilidad** las demás infracciones del ordenamiento jurídico (que en nuestra ley se sancionan con la **nulidad**), la desviación de poder; la carencia de los requisitos formales indispensables para alcanzar la finalidad del acto administrativo o el vicio formal que dé lugar a la indefensión de los interesados; y la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas, cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo. En estas circunstancias, el artículo 12.2 de la Ley peruana que resulta apropiado y consistente para situaciones como las descritas en el artículo 63 de la Ley española, no resulta idóneo para las previstas en el artículo 62. Empero, como el artículo 10 de nuestra ley no ha establecido diferencia alguna entre nulidad y anulabilidad, el artículo 12.2 termina aplicándose en forma general a todas las hipótesis de nulidad, **deviniendo en inoperante la supuesta declaración de nulidad de «pleno derecho» contenida en el artículo 10 de nuestra ley.**

Así lo han reconocido informalmente algunos autores del proyecto. Empero, si esto es así, la ley peruana se revelaría ineficaz para tutelar adecuadamente los derechos fundamentales, puesto que no basta con sancionar con nulidad los actos contrarios a la Constitución, las leyes y las normas reglamentarias, si esta nulidad se encuentra condicionada a una declaración previa de la autoridad administrativa o judicial. Resulta evidente que, por lo menos, los actos administrativos provenientes de autoridad manifiestamente incompetente y los directamente violatorios de cier-

C) Los que tengan un contenido imposible.

D) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

E) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

F) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

G) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la

Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (...)

tos derechos fundamentales nucleares debieron ser sancionados expresamente con la ineficacia ab initio propia de la **nulidad absoluta**, como lo hace la legislación española, entre otras, porque aquellos actos no pueden gozar de la presunción de legitimidad sin comprometer seriamente el estado de derecho. Se encuentran fuera del ordenamiento jurídico (*non avenus*) por lo que, a falta de regla expresa en la ley, el descatamiento del acto antes de su declaración de nulidad, tendría que justificarse en la doctrina de los actos inexistentes que tampoco incorpora expresamente nuestro régimen legal.

Todo indica pues que el legislador quiso huir de la dicotomía nulidad **absoluta** / **nulidad relativa** del derecho común peruano, para tratar el tema de las nulidades bajo categorías estrictamente administrativas, como si la distinción fuera necesariamente ajena al régimen administrativo. Hay algunas voces que se vienen pronunciando en este sentido, abogando por su eliminación de la legislación argentina. El profesor JORGE DANÓS ORDÓÑEZ ⁽¹¹⁾, un ilustre jurista que tiene a su cargo la cátedra de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú y que fuera miembro de la comisión que elaboró el anteproyecto de la Ley 27444 ha sostenido que, en efecto, en nuestro ordenamiento sólo cabría hablar de nulidad a secas, ni absoluta ni relativa. Claro está que existen fundamentos de cierta solidez para este tratamiento diferenciado del tema de la nulidad del acto administrativo, respecto del derecho común. Estos fundamentos yacen en la propia naturaleza del acto administrativo diversa de la que ostenta el acto jurídico de derecho privado: Los efectos jurídicos del acto jurídico tienen su fuente en la voluntad de los particulares a quienes el ordenamiento jurídico reconoce capacidad para generar obligaciones. En consecuencia, en la teoría de las nulidades del derecho común cabe distinguir entre la **anulabilidad** que busca proteger esencialmente la autonomía de la voluntad, enervando los actos jurídicos que revelen que la declaración de voluntad no ha sido auténticamente libre y la **nulidad** que tutela el interés general y la legalidad. En cambio la regla general en la teoría del acto administrativo es que el órgano expresa la voluntad de la administración erigida en ley, siendo que el funcionario no expresa el producto de su propio proceso volitivo, el cual, la mayoría

⁽¹¹⁾ «Por tanto los citados conceptos de «validez» y «eficacia» ostentan en la LPAG una caracterización que no necesariamente coincide con la consagrada por el Código Civil por lo que el estudio y análisis dogmático de su régimen jurídico, así como del acto administrativo en general, debe realizarse exclusivamente desde la perspectiva de la regulación del Derecho Administrativo».

de las veces resulta irrelevante para la producción del efecto jurídico. En consecuencia, lo que debe cuidar la teoría de las nulidades del derecho administrativo es la «legalidad» de la voluntad expresada por el funcionario. En este sentido, de ordinario deberíamos pensar que cuando se produce una violación del ordenamiento jurídico, el acto será nulo, sin contemplar la voluntad del funcionario y sin dar lugar a la posibilidad de confirmación alguna del acto por parte del funcionario, puesto que éste carece de potestad para convalidar la ilegalidad. ¿Entonces colegiremos que la nulidad del acto administrativo es la nulidad absoluta del derecho común? En nuestra ley no es así, porque en el acto administrativo la nulidad requiere de declaración expresa en sede administrativa o judicial, en virtud del principio de presunción de legitimidad y porque la invalidez de un acto administrativo puede excepcionalmente ser subsanada en virtud de la regla «*favor acti*» cuando el vicio no tiene carácter trascendente. ¿Quiere decir que en los actos administrativos con vicios leves, estamos frente a la nulidad relativa del derecho común? Tampoco es correcta esta conclusión. En otros países como Argentina y España se ha previsto la anulabilidad para vicios leves pero los supuestos de hecho no son coincidentes con los del derecho común. La anulabilidad existe en el derecho común para proteger la autonomía de la voluntad y, por ello, el propio afectado y sólo el propio afectado puede solicitar la declaración de nulidad u optar por la confirmación del acto, cosa que no ocurre en el acto administrativo en el que la conservación no produce la ratificación de la voluntad ilegalmente emitida, sino una subsanación del vicio que afecta al acto. Por ello es que los supuestos de nulidad relativa del derecho común no coinciden con las hipótesis de vicios no trascendentes que permiten la conservación del acto administrativo. En el primer caso, estamos frente a situaciones de incapacidad relativa, error, dolo, violencia o intimidación. En el segundo caso, estamos frente a vicios en los elementos de validez del acto administrativo (competencia, objeto etc.) pero que, por ser leves, pueden ser materia de enmienda.

Sin embargo, nada de lo hasta aquí expuesto hubiera impedido que, no bajo los patrones del derecho común sino bajo la perspectiva del régimen administrativo, se regulara en forma diversa los casos de nulidad absoluta de pleno derecho y las hipótesis de nulidad relativa, reservando la primera para los casos más graves y evidentes en los que no resulte razonable presumir la legitimidad del acto. Acompaña nuestro razonamiento los aportes de la doctrina alemana recepcionados en España, bajo las tesis de la especial gravedad, la evidencia (*Evidenztheorie*) y la

antijuridicidad absoluta⁽¹²⁾. No existiendo tal diferencia en nuestro derecho positivo, la resistencia al cumplimiento de los actos cuya nulidad revista una especial gravedad y cuyos vicios sean manifiestos deberán sustentarse —reiteramos— en la doctrina de los actos inexistentes bajo el prisma de los principios constitucionales. Claro está que estaremos hablando de casos excepcionales y, como ya se ha adelantado, bajo el propio riesgo del administrado, riesgo que será relativo en la medida que existen actos que, como ha sostenido un autor, llevan su antijuridicidad absoluta «escrita en la frente» y respecto de los cuales nadie puede oponer la presunción de validez en aras de la seguridad jurídica o la confianza, como por ejemplo, una orden de torturar o un acto de privación de la nacionalidad o el proveniente de autoridad usurpada que nuestra Constitución ordena (no sólo permite) desobedecer.

Es cierto que nuestro derecho positivo no reconoce en forma explícita la teoría de los actos administrativos inexistentes, pero ello no exime de un esfuerzo doctrinario y exegético para su aplicación residual, como en los hechos ha ocurrido en más de un caso. La utilidad práctica de esta teoría resulta manifiesta porque, como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, responde a una razón y a una necesidad muy concreta: La ley podría no consignar como requisito de validez del acto algún elemento que resulte obvio. Si tal requisito llegara a faltar en algún caso, «(...) el intento de sancionar su ausencia tropezaría con la vieja regla *pas de nullité sans texte* (no hay nulidad sin norma que expresamente la establezca). Justamente para superar este obstáculo, que impediría eliminar actos o negocios rigurosamente inadmisibles, se dice que el acto al que faltan alguno de estos requisitos, más que un acto nulo, es inexistente (...) ya que ni siquiera puede decirse que tenga la apariencia de un acto administrativo (...)»⁽¹³⁾

Pensamos que una negativa tan contundente y virtualmente unánime de la teoría de los actos inexistentes como la que ostenta la doctrina nacional, es digna de un mayor esfuerzo, de modo que se encuentre alineada con la moderna doctrina del Estado Constitucional garantista que permite

(12) Ver al respecto GARCÍA LUENGO, Javier; *La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*; Ed. Civitas; Madrid, 2002.

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; op. cit., Tomo I, pág. 565: «Por lo demás, el acto inexistente puede ser pura y simplemente desconocido, sin que sea necesario acudir al juez, como puede serlo en ciertos casos cuando se trata de actos nulos de pleno derecho, ya que en estos últimos hay, al menos, una apariencia de acto que puede ser conveniente destruir.»

la objeción de conciencia frente a una orden administrativa impartida a un funcionario que implique violación de los derechos humanos (caso de las esterilizaciones forzadas de la década pasada) o, inclusive, frente a los actos dirigidos contra administrados en violación grave de sus derechos constitucionales como la privación de la nacionalidad (nótese que, frente a la presión social, el señor Baruch Ivcher obtuvo pasaporte peruano, pese a la Resolución Directoral que le privaba de la nacionalidad, lo que indica que en los hechos se aplicó la doctrina de los actos inexistentes).

De otro lado, no debe perderse de vista que la propia realidad muestra situaciones de inexistencia material que revelan la utilidad de nuestra teoría: En efecto, aunque la Ley 27444⁽¹⁴⁾ los declara nulos, en nuestra opinión resulta evidente que la mejor caracterización es la de «inexistencia» jurídica y material de aquellos actos por los que un administrado «adquiere» vía el procedimiento de aprobación automática o por aplicación del silencio administrativo positivo facultades o derechos que no son susceptibles de ser obtenidos a través de un acto administrativo expreso. En estos casos no existe propiamente acto administrativo. No hay una declaración de voluntad expresa. En los casos de aprobación automática o de silencio administrativo, la ley presume o atribuye una declaración con un efecto jurídico determinado dando lugar a los actos administrativos tácitos o presuntos. Pero la ley no puede presumir o atribuir a la ausencia de declaración un efecto contrario a derecho, por lo cual en este caso debe reconocerse que estamos frente a actos inexistentes, a tal punto que, según tenemos noticia, los registradores se vienen negando sistemáticamente a inscribir derechos nacidos del silencio administrativo positivo por falta de evidencia material del acto generador.

En el ánimo de dar una solución práctica a la cuestión planteada, planteamos en la Comisión encargada de la revisión de la Ley 27444, algunas propuestas alternativas que no fueron aceptadas, pero que creemos útil ventilar aquí, no como fórmulas acabadas, sino como borradores de traba-

⁽¹⁴⁾ Ley 27444: «Artículo 10. - Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición (...).

jo que sirvan para una mejor reflexión sobre la materia. La primera consistía en agregar en el 9 de la Ley 27444, como excepción al principio de presunción de validez del acto administrativo, la declaración de «inexistencia» de los actos que provengan de autoridad manifiestamente usurpada o que contengan un mandato jurídica o físicamente imposible o una violación de los derechos a la vida, a la identidad e integridad de la persona, a la prohibición de la esclavitud y servidumbre, a la libertad de conciencia y religión y a la nacionalidad. La segunda pretendía alternativamente sancionar los mismos actos como «(...) nulos de pleno derecho y, por ende, absolutamente ineficaces sin necesidad de declaración judicial o administrativa (...)». La enumeración podría ser mejorada, pero se inspiró en el artículo 46 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL «NON NATO» DE TUCUMAN Una curiosidad argentina

Sergio M. Díaz Ricci (*)

Una provincia del Norte argentino, Tucumán, al reformar en 1990 su Constitución provincial, incorporó un Tribunal Constitucional como órgano extrapoder a cuyo cargo estaría un control de constitucionalidad abstracto y *erga omnes* de las leyes (conjuntamente con los jueces del poder judicial para el caso concreto y efecto *inter partes*) y la resolución de los conflictos entre poderes. Tengamos presente que Argentina es un estado federal clásico en que los estado miembros (denominados «provincias») deben organizar autónomamente las autoridades estatales a través del dictado de una constitución provincial dentro de los parámetros generales de la Constitución federal (art. 5 y 123).

Así la reforma de 1990 de la Constitución de la provincia de Tucumán introdujo un órgano prácticamente desconocido en el panorama constitucional argentino: un Tribunal Constitucional provincial⁽¹⁾. Fue ubicado en

(*) Profesor de Derecho Constitucional. Univ. Nacional de Tucumán

(1) «Capítulo Segundo: Tribunal Constitucional.

Artículo 133.- La obediencia de la Constitución y el equilibrio de los poderes que ella establece, quedarán especialmente garantizados por el Tribunal Constitucional, compuesto de cinco miembros. Para ser magistrado del Tribunal, se requiere ciudadanía, domicilio en la Provincia, título universitario de abogado, cuarenta años de edad, y veinte de ejercicio en la profesión o en la judicatura, dentro de la Provincia. Para su designación, un órgano com-

la última parte del texto constitucional. En la Sección IX⁽²⁾, junto con el capítulo dedicado a la Reforma Constitucional, se agrega un último Capi-

puesto por los jueces de la Corte Suprema, y los de la Cámaras de Apelaciones, seleccionará, en votación secreta, de entre la lista de profesionales en condiciones de ser magistrados del Tribunal, un número no menor de tres ni mayor de diez, de entre los cuales el Poder Ejecutivo designará uno que prestará juramento ante el propio Tribunal. Cuando los cargos a llenar fueren más de uno, se procederá sucesivamente, con listas así confeccionadas, de modo que la segunda, tercera, o más listas, sólo sean confeccionadas, una vez que el Poder Ejecutivo haya elegido dentro de la primera, o segunda o tercera, en su caso. Los miembros del Tribunal serán designados por diez años. Serán removibles por enjuiciamiento, ante el órgano compuesto por los jueces de la Corte Suprema y los jueces de Cámara.

Artículo 134.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1º.- Declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, con el alcance general previsto en el artículo 22 última parte.

2º.- Entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquellos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se tratare.

3º.- Conocer, por vía de recurso, del rechazo de los diplomas de los electos como miembros de la Legislatura y Concejos Deliberantes, y de las sanciones que estos órganos impusieren a personas de fuera de su seno.

4º.- Entender en las causas del art. 5.

5º.- Decidir los conflictos de jurisdicción que se plantearan entre la Legislatura y el Ejecutivo de la Provincia, o entre uno de dichos poderes y un juez o tribunal de la Provincia, o entre los órganos de un Municipio, o entre la Provincia y un Municipio, o entre municipios.

Artículo 141 (Disp. Transitoria): Dentro del año de haberse sancionado esta reforma, la Legislatura deberá haber dictado la ley de organización y procedimiento del Tribunal Constitucional dictando todas las demás normas que fueren necesarias para su instalación. El Poder Ejecutivo, al remitir el presupuesto, deberá incluir las partidas necesarias para proveer a su desenvolvimiento. El órgano encargado de formar la lista que será presentada al Poder Ejecutivo deberá estar formado por magistrados con la inamovilidad prevista por las disposiciones permanentes de esta Constitución reformada. En consecuencia, su formación quedará diferida hasta que haya por los menos diez magistrados en tales condiciones. Hasta tanto se instaura el Tribunal Constitucional quedarán en suspenso las nuevas vías de los incisos 1 y 2 del artículo que enuncia las potestades del Tribunal Constitucional, correspondiendo las de los incisos 3, 4 y 5 a la Corte Suprema.»

(2) A imitación de la Constitución italiana de 1947 que en el último título del texto constitucional (*Titolo VI: Garanzie costituzionali*) recoge la Corte Constitucional (*Sezione I*) y la Revisión de la Constitución (*Sezione II*). Análogamente, la Constitución española de 1978 dedica sus dos últimos títulos al Tribunal Constitucional (Tit. IX) y a la reforma constitucional (Tit. X). Ello, porque ambas instituciones (reforma y tribunal constitucional) están concebidas como garantías constitucionales.

tulo, de sólo dos artículos (arts.133 y 134), estableciendo un Tribunal Constitucional entre los poderes del Estado provinciales. Esto en 1990 constituyó una total novedad en el derecho constitucional argentino. Empero, este Tribunal Constitucional nunca llegó a constituirse y una reciente reforma de la Constitución tucumana que tuvo lugar el 6 de junio de 2006, lo eliminó.

La omisión de constituir este Tribunal Constitucional durante dieciséis años⁽³⁾ no puede explicarse simplemente en que el partido político impulsor de la norma (Fuerza Republicana) no haya sido su inmediato beneficiario pues perdió la subsiguiente elección, porque, además, en el ínterin hubo cuatro gobiernos (tres de otro signo político y uno del mismo signo político de su mentor, el partido Fuerza Republicana) y ninguno impulsó su constitución ni siquiera la propia FR lo hizo cuando accedió por un período al gobierno de la provincia (1995/1999). En suma, no hubo voluntad política de concretar esta institución⁽⁴⁾. Por ello la explicación hay que buscarla en otro orden de consideraciones, creo que, por un lado, pesaron más las dudas y prevenciones del propio poder político sobre este órgano-árbitro, desconocido en la *praxis* del control de constitucionalidad argentino, y, por el otro, las deficiencias en el diseño constitucional del Tribunal Constitucional que estaban a la vista. Como desde el punto de vista teórico estas últimas son las más interesantes en un estudio que analice las virtudes o defectos de este curioso precedente en el derecho constitucional latinoamericano.

Podemos reunir en tres grupos las diversas críticas hechas a este TC: (a) relativas al modelo de control en sí, (b) a la forma constitución del órgano, y (c) a las competencias atribuidas al mismo.

(3) Durante todo este tiempo jamás se presentó en la Legislatura provincial un proyecto de ley destinado a la constitución y organización del Tribunal Constitucional, ni siquiera uno por iniciativa del Poder Ejecutivo, principal beneficiario del mismo.

(4) Durante el gobierno de 1991/95, a falta de ley, el gobernador Ortega dictó un Decreto convocando la reunión del órgano *ad hoc* encargado de la elección de miembros del TC y estableciendo el procedimiento de selección (Decreto Acuerdo 56/14 del 23/05/1994). Sin embargo, esto tampoco llegó a concretarse. Para mayor ilustración vid. DIAZ RICCI, Sergio: «La Constitución tucumana de 1990: una reforma mal nacida», en ESTUDIOS SOBRE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE TUCUMÁN, Tucumán, Fac. de Derecho, Univ. Nac. de Tucumán, 2004, pp.135-168.

A. OBJECIONES RELATIVAS AL MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. **Crítica al diseño constitucional en general por cuanto instrumenta un sistema de control mixto «paralelo» que no se articula adecuadamente con el tradicional sistema de control difuso existente a nivel local y nacional**

Tengamos presente, que Argentina es el país latinoamericano que imita de manera más fiel el sistema norteamericano de control de constitucionalidad, a cargo de todos y de cualquier juez del poder judicial, federal o provincial.

Si bien, en principio, en abstracto no habría objeción para que dentro de un Estado Federal pueda existir un Tribunal Constitucional provincial como ocurre en Alemania que casi todos los *länder* tienen un *Verfassungsgerichtshöfe* o *Staatsgerichtshöfe* (con excepción de Schleswig-Holstein y Berlín), donde además del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtshoff*) existen en los *länder* Tribunales Constitucionales estaduais. Sin embargo, existe una diferencia con Argentina porque en Alemania, en ambos niveles, esto es, federal y estadual, se sigue el mismo modelo de control de constitucionalidad «europeo» o kelseniano, es decir, un control concentrado y con efecto *erga omnes*, donde a los jueces del poder judicial les está impedido pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas.

Por ello, la cuestión más bien se desplaza a ver si en un sistema federal pueden combinarse ambos sistemas de control de constitucionalidad, lo que depende del modelo definido por cada ordenamiento constitucional.

La República Argentina adoptó con su Constitución de 1853 el modelo de control *judicial* de constitucionalidad, es decir, el denominado sistema «norteamericano» o, mal llamado, «difuso»⁽⁵⁾. Esta modalidad se aplica tanto dentro del Estado Federal como de los Estados federados, la justicia federal en relación a la Constitución nacional y los tribunales de las 24 jurisdicciones locales en relación a la Constitución local e, inclusive, la fe-

(5) Siempre hemos criticado la calificación de «difuso» por la connotación de impreciso que conlleva. En realidad habría que denominarlo «difuminado» porque se encuentra distribuido en cualquier juez de cualquier fuero de todas las instancias y jurisdicción, o sea, que puede cualquier magistrado del Poder Judicial tiene a su cargo el control de constitucionalidad en las causas que se sometan a su decisión.

deral⁽⁶⁾. En esto, la Argentina sigue el modelo implantado en Norteamérica desde el caso *Marbury vs. Madison*.

En dos estados federales (Alemania y Estados Unidos de Norteamérica) coexiste el control de constitucionalidad a nivel federal y a nivel de los Estados miembros, pero en ambos ámbitos se mantiene la homogeneidad de un mismo sistema de control de constitucionalidad.

En cambio, la Constitución tucumana de 1990, no sólo introduce un elemento del sistema de control europeo a nivel provincial, sino que lo hace de manera parcial ya que deja subsistente el sistema de control judicial. De este modo, consagra a nivel provincial un sistema de control mixto, a cargo de los jueces en causas concretas, por un lado, y a cargo de un Tribunal Constitucional en casos abstractos, por el otro.

En efecto, mantuvo el control de constitucionalidad por un juez de cualquier fuero (art. 22, sistema difuminado o norteamericano) y, simultáneamente, de manera expresa incorporó un sistema concentrado o europeo a cargo de un Tribunal Constitucional. Pero aquí puede señalarse un primer problema pues si bien se instituye un sistema mixto⁽⁷⁾, cada ámbito opera de modo independiente, como compartimientos estancos. De allí que haya sido calificado como «paralelo» absoluto pues está diseñado de una forma que establece un paralelismo total entre ambas jurisdicciones, porque lo resuelto por una de éstas no tiene influencia sobre la otra. Y esto fue establecido expresamente por el art. 22 que dispone: «*La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los jueces tendrá efectos específicos para la causa en que entendieren. Quien tenga suficiente interés jurídico podrá demandar ante el Tribunal Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales de derogación de la norma impugnada. La impugnación será hecha pública, y el trámite se entenderá dando intervención a cualquier persona que sostenga la constitucionalidad, y al Poder Ejecutivo. Las costas que sean a cargo de cada interviniente, no*

(6) Vid. DIAZ RICCI, Sergio: «Algunos problemas de la jurisdicción constitucional argentina. Un Código procesal constitucional», en ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, N° 9, 2005, Madrid, CEPC, 2005.

(7) Algunos países latinoamericanos (v.g. Perú, Ecuador) han establecido un sistema mixto, pero debemos advertir que no se trata de Estados federales, y esta modalidad está establecida por sus Constituciones Nacionales y en relación a un poder judicial único, distribuido en todo el territorio nacional. Vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo» en Revista Jurídica LA LEY, t. 1998, Secc. Doctrina, pp. 1175-1182, Bs.As.

podrán exceder la retribución mensual de un miembro del Tribunal. Si el Tribunal no hiciere lugar a la declaración de inconstitucionalidad, la cuestión no podrá ser reeditada, quedando a salvo de los interesados la impugnación ante los jueces, con efectos específicos.» Así quedó consagrada, por una expresa disposición constitucional, un auténtico sistema mixto «paralelo» puesto que nada impide que ante un fallo adverso del TC pueda intentarse una acción ante un juez y viceversa.

Esto pone en relieve un grave defecto de diseño que no puede ser subsanado por ninguna ley reglamentaria posterior porque ésta no puede desconocer lo que expresamente una norma constitucional autoriza. El error radica en no haberse establecido en la Constitución la unidad de jurisdicción, a través de una cláusula que de manera expresa establezca la superioridad del fallo del TC y su obligatoriedad para los jueces del poder judicial⁽⁸⁾. Este punto es central allí donde se establecen sistemas de control mixto. En Tucumán la falta de una cláusula constitucional que determine la preeminencia interpretativa del TC no puede ser subsanada por una disposición legal porque ésta colisionaría con la Constitución y en consecuencia podría ser cuestionada con éxito su constitucionalidad por cualquier afectado ante un juez que, legítimamente, no dudará en defender su competencia constitucional en la materia...

No vamos a discutir aquí las conveniencias e inconveniencias de un sistema o de otro, porque como lo afirma acertadamente FERNANDEZ SEGADO se está dando una progresiva aproximación entre ambos sistemas⁽⁹⁾. La elección de uno u otro modelo está condicionada a cada tradición jurídica y a la experiencia constitucional de cada país. No desconocemos que el derecho constitucional provincial argentino más reciente nos muestra ca-

(8) Así, por ejemplo, el Código Procesal Constitucional del Perú, con acierto, consagra este principio de unidad de la jurisdicción constitucional consagrando de la supremacía interpretativa del TC, disponiendo la obligación de los jueces de sujetarse a la interpretación hecha por el TC (Título Preliminar, art. VI, segundo párrafo: «*Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad...*» y último párrafo: «*Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional*», y en especial el art. VII: «*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo*»).

(9) Cf. FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO: *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004.

esos en que se inviste al Tribunal Superior de Justicia provincial —cabeza de la organización judicial local— de ciertas atribuciones propias de un Tribunal Constitucional europeo: efecto abrogatorio de la norma una vez declarada su inconstitucionalidad por el Tribunal Superior (Chaco, art. 9; Neuquén, art. 30), o luego de dos declaraciones consecutivas o tres alternadas (Chubut, art. 175) o tres veces por unanimidad (Tierra del Fuego, art. 159), o pasados tres meses de ella sin ratificación legislativa (CABA, art. 113) o de tres declaraciones de inconstitucionalidad más seis meses de silencio legislativo (Río Negro, art. 208), obligatoriedad de la interpretación constitucional (La Rioja, art. 143; Formosa, art. 174; San Juan, art. 209); prohibición de aplicar una norma declarada inconstitucional (Jujuy, Ley 4346, art. 7 inc. 3º).

En el caso Tucumano, esta dualidad, consagrada y aceptada constitucionalmente, de emplear sucesivamente dos vías para plantear la cuestión de constitucionalidad (Tribunal Constitucional o juez, y viceversa) puede conducir a fallos contradictorios, y esto lesiona el principio de unidad jurisdiccional con todos los inconvenientes de seguridad jurídica que ello acarrea. Este asunto nos conduce al siguiente punto porque pone en entredicho al sistema republicano.

2. Colisiona con el rol asignado al Poder Judicial por el principio republicano clásico de la división tripartita de poderes

La Constitución federal argentina establece como principio de organización política la «forma republicana (de gobierno)... según lo establece la presente Constitución» (art. 1º CA). La Constitución, seguidamente, en la Segunda Parte, al conformar las «Autoridades de la Nación», distingue el «Gobierno federal» (Título Primero: arts. 44/120), por un lado, y los «Gobiernos de provincias» (Título Segundo: arts. 121/129), por el otro. Por su parte, el gobierno federal se compone de tres poderes: Poder Legislativo (Sección Primera: arts. 44 a 86), Poder Ejecutivo (Sección Segunda: arts. 87 a 107) y Poder Judicial (Sección Tercera: arts. 108 a 119)⁽¹⁰⁾. A éste último poder le otorga el control de constitucionalidad (Art. 116: *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...»).*

⁽¹⁰⁾ La reforma de 1994 agregó una Sección Cuarta, de un solo artículo (art. 120), al Ministerio Público.

La Constitución define, así pues, el principio republicano de gobierno en términos de división tripartita clásica del poder. El modo en que la Constitución federal define al principio republicano restringe las posibilidades de conformación republicana por las provincias que se encuentran constreñidas a no innovar sobre la cuestión pues por imperativo de los art. 5, pues éstas deben dictar sus Constituciones «*bajo el sistema... republicano, de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional*». Por tanto, el modelo republicano es el definido por la Constitución federal, así lo aclara el artículo 1º al expresar que la forma republicana adoptada por la Nación es aquella «*según lo establece la presente Constitución*».

De este esquema surge la pregunta si una provincia puede introducir cambios en el sistema de control de constitucionalidad, otorgando el mismo a un Tribunal Constitucional en exclusividad o en concurrencia con los jueces del poder judicial. De hecho la Constitución tucumana de 1990 no incluyó a este TC dentro del Poder Judicial, sino lo ubico fuera del Poder Judicial, en una sección diferente y apartada.

En suma, desde los principios generales que rigen los sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad, un Tribunal Constitucional ofrece serios reparos dentro de sistema constitucional argentino por rozar el principio republicano de gobierno (art. 1 y 5 CN), concebido sobre el formato de la clásica división tripartita de poderes, dentro de la cual se otorga de manera exclusiva el control de constitucionalidad a los jueces del Poder Judicial.

3. Genera graves dificultades de articulación con el sistema federal de control judicial de constitucionalidad

La cuestión no es baladí según se interprete que las decisiones pronunciadas por Tribunal Constitucional puedan o no ser tenidas como *sentencias definitivas* según lo exige la normativa para habilitar el Recurso Extraordinario por ante la Corte Suprema de la Nación (art. 14 y 15 de la Ley 48) o como «causas» (art. 1, 2, 3 y 4 de la Ley 27).

Una situación de estas características no ha dado lugar a la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pues no existe aún un Tribunal Constitucional provincial, sin embargo, la CSJN en repetidas oportunidades se ha manifestado que no interviene en cuestiones abstractas o que signifiquen asuntos meramente interpretativos como tampoco acepta la acción popular como vía que habilite su intervención (Caso «Baeza v. Estado Nacional» en Fallos 306:1125, idem Caso «Constantino Lorenzo v.

Nación argentina» en Fallos 307:2384: la CSJN y los tribunales ejercen sus funciones jurisdiccionales sólo en las causas de carácter contenciosos, lo que excluye la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas de otros poderes; y tampoco son admisibles declaraciones de carácter consultivo o que importen indagaciones meramente especulativas Caso «Pcia. de Santiago del Estero v. Estado Nacional y/o Y.P.F.» en Fallos 307:1379).

Como vemos existe un obstáculo para sostener que aquellas decisiones del Tribunal Constitucional originadas en la impugnación de constitucionalidad hecha por «cualquier persona que sostenga la inconstitucionalidad» y que provoque la «declaración de inconstitucionalidad con efectos generales de derogación de la norma impugnada» por el Tribunal Constitucional (art. 22 de Const. tucumana de 1990), puedan ser tenidas como «sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia» en un «juicio», pleito o causa (art. 14 y 16 Ley 48, conc. ley 27) a efectos de un Recurso Extraordinario ante la CSJN.

Este conflicto se plantea, precisamente, por la falta de homogeneidad entre principios que se da entre el orden provincial y el nacional en materia de control de constitucionalidad.

Si el Tribunal Constitucional llega a pronunciarse (en abstracto) en un asunto que constituya también una cuestión de constitucionalidad federal ¿qué pasaría con el Recurso Extraordinario Federal por ante la CSJN? El primer problema será determinar si el Tribunal Constitucional reviste la calidad de «tribunal superior de la causa», condición esencial exigida por el sistema recursivo federal. Entendemos que, a efectos del Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad previsto por el art. 14 de la Ley 48, el Tribunal Constitucional no habría podido ser considerado como el «último tribunal de la causa» por tres razones: primero, su declaración de inconstitucionalidad lo es con carácter general, segundo, no proviene de una «causa» entre partes, de un conflicto concreto y real que habilita el Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, tercero, queda siempre abierta la posibilidad accionar ante un juez ordinario en un caso concreto (art. 22 in fine) cuando la inconstitucionalidad no hubiere sido aceptada por el TC.

Por otro lado, hilando más fino, también habría que recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo abre el Recurso Extraordinario en causas donde la decisión de un tribunal inferior haya sido en contra (no a favor) de la norma nacional, por tanto, una decisión del TC que favo-

rezca la constitucionalidad de una disposición provincial puede significar un pronunciamiento contra constitucionalidad de una norma federal, sin que por ello quede habilitado el Recurso Extraordinario por no constituir una causa real. Un verdadero dislate jurídico. Desde otro ángulo, también sería cuestionable que el Tribunal Constitucional pudiese pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley, decreto o autoridad provincial respecto de la Constitución Nacional (inc. 2º del art. 14 de la Ley 48) ya que éste no es un magistrado judicial, no forma parte integrante del Poder Judicial local, y esta atribución sólo está reconocida, en exclusividad, a los jueces del Poder Judicial.

Pasando revista a las objeciones jurídicas arriba expuestas, surgen una serie de problemas para la viabilidad del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- a. Dado que no queda expedita la vía para ocurrir directamente con Recurso Extraordinario por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la parte afectada está obligada a llevar nuevamente la causa ante un juez ordinario para configurar la «causa judicial» que exige el art. 116 de la Constitución Nacional y la Ley 48, Y esto, además de un dispendio jurisdiccional, conlleva la posibilidad que un juez pueda apartarse de la interpretación de inconstitucionalidad hecha (con carácter general) por el Tribunal Constitucional para un supuesto análogo en el caso concreto.
- b. En consecuencia, tampoco resulta viable el Recurso Extraordinario en virtud de la doctrina del caso Strada, que exige el pronunciamiento de los Tribunales Superiores de provincia, ya que el Tribunal Constitucional no reviste la condición de último tribunal en una causa judicial.
- c. Finalmente, ¿qué pasaría si una parte beneficiada por la declaración de invalidez en sede judicial lleva ésta a conocimiento de la CSJN por vía de Recurso Extraordinario en un caso que previamente había obtenido una decisión con carácter general del TC disponiendo la validez de la norma impugnada? Un auténtico escándalo jurídico que afecta el principio de seguridad jurídica que, precisamente, el sistema jurisdiccional está llamado a resguardar.

Como vemos, la coexistencia de un doble sistema de control de constitucionalidad genera un verdadero galimatías jurídico de imposible resolución que, en definitiva, afecta la adecuada defensa de las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional. La Convención de 1990 consagra un sistema de control de constitucionalidad mixto, pero en lugar

de tener un punto de convergencia dado por la preeminencia de la sentencia del Tribunal Constitucional⁽¹¹⁾ permite expresamente decisiones contradictorias en una misma causa. Estimo que, en definitiva, la garantía constitucional de la «tutela judicial efectiva» quedaba seriamente comprometida con el injerto de un TC en un tejido jurisdiccional que no se adapta al mismo, abriendo fundados interrogantes sobre su constitucionalidad originado, sobre todo, en un grave error de *ingeniería constitucional*.

B. OBJECIONES A LA FORMA DE CONSTITUCIÓN DEL ÓRGANO

1. Cuestionamientos a designación y de remoción de los miembros del TC

a) La forma de elección de los cinco miembros del TC también fue motivo de crítica y suspicacias. De algún modo es revelador de la finalidad que se perseguía con la introducción de este órgano central en el equilibrio de poderes. A contrapelo del rol que les cupo a los Tribunales Constitucionales europeos como garantes de la Democracia constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, aquí serviría para resguardar el modelo político de la reforma constitucional tucumana de 1990 diseñado para consagrar la hegemonía del Poder Ejecutivo, en desmedro de misión propia del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Sobre el primero, otorgándole facultades de verdadero legislador positivo y sobre el segundo, sustrayéndole una porción importante del control de constitucionalidad, en particular, lo relativo a los conflictos de poderes. En suma, un instrumento garante del desequilibrio de poderes a favor del Gobernador. En efecto, al atribuirse al TC facultades que se despojan al Parlamento y a la Justicia, se lo coloca como una instancia superior encargada de dirimir los conflictos entre poderes (incs. 2º, 3º, 4º y 5º del art. 134) y de interpretar con carácter general la Constitución (inc. 1º art. 134), generando un desequilibrio político que favorece al Poder Ejecutivo, en consonancia al designio de consagrar la hegemonía del Gobernador electo en 1991. Esto fue así, porque en virtud de una Disposición Transitoria (art. 141), sólo el gobernador que resultase electo un año y medio después de sancionada la Constitución podría disponer de la potestad de designar a los integrantes de este nuevo

(11) Como por ejemplo la Constitución peruana en los arts. 202 y 204. La Ley Orgánica del TC Español proclama a éste como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1º) y los jueces aplicarán la Constitución y las leyes «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos» (art. 5.1º).

órgano. Por ello el nombramiento de los miembros de este órgano suprapoder quedaba en manos del futuro gobernador, una vez que éste haya hecho la elección de los vocales de Cámaras de segunda instancia que integrarían un órgano *ad hoc*, carente de toda vinculación parlamentaria, a cuyo cargo estaba la conformación de una lista de propuestos como miembros del TC, que sería en definitiva elegidos por el Poder Ejecutivo. Un evidente desbalanceo a favor el Gobierno.

La designación de los miembros por cooptación y por exclusiva decisión del Gobernador —en contraste con el origen parlamentario propio de los Tribunales Constitucionales europeos— provocó, como es lógico, serias objeciones en relación a la independencia de este superpoder. En efecto, todos los Tribunales Constitucionales existentes tienen, total o parcialmente, algún ingrediente un origen parlamentario, total o parcial, (España, Italia, Chile, Perú, Alemania, Austria, Portugal, etc.) en razón de su función de intérprete final y general de la Constitución. En el caso tucumano la Legislatura no tiene ninguna injerencia en la elección de sus integrantes sino, por el contrario, es el Poder Ejecutivo a quien corresponde designar a la totalidad de los miembros de este Tribunal Constitucional. Para salvar las apariencias el gobernador debe elegir (art. 133)⁽¹²⁾ de entre una lista confeccionada por un cuerpo «*sui generis*» integrado por magistrados (los que, a su vez, habían sido elegidos y designados por el mismo Gobernador).

Nos detengamos en este cuerpo judicial «*sui generis*» encargado de confeccionar un listado para la selección de uno los miembros del TC (art. 133): Este cuerpo es una completa novedad dentro del Derecho Constitucional Comparado. Se integra con los vocales de la Corte Suprema y de los Tribunales de segunda instancia. Es extraordinario porque se constituye con el sólo y único objeto de elaborar una lista de 3 a 10 nombres candidatos para un cargo de miembro del TC que es presentada al Poder Ejecutivo quien elige —sin intervención del parlamento— a uno de ellos para designarlo miembro del TC y así sucesivamente, se repite del procedimiento a la medida que el Gobernador vaya tomando a uno de los incluidos en

(12) El art. 133 establece que «*para su designación, un órgano compuesto por los jueces de la Corte Suprema y los de las Cámaras de Apelaciones, seleccionará, en votación secreta, de entre la lista de profesionales en condiciones de ser magistrados del Tribunal, un número no menos de tres ni mayor de diez, de entre los cuales el Poder Ejecutivo designará uno que prestará juramento ante el propio Tribunal. Cuando los cargos a llenar fueren más de uno, se procederá sucesivamente, con listas así confeccionadas, de modo que la segunda, tercera, o más listas, sólo sean confeccionadas, una vez que el Poder Ejecutivo haya elegido dentro de la primera o segunda o tercera, en su caso.*».

cada lista, hasta completar los cinco cargos. Esta mecánica amañada en realidad constituye un artificio para consagrar la preeminencia del Ejecutivo. Veamos por qué. Este artificioso cuerpo de magistrados judiciales, en realidad, por obra de una Disposición Transitoria (art. 141), sólo podía constituirse después que haya asumido el gobernador electo de 1991, en consecuencia, este colegio sólo podía estar integrado por aquellos magistrados que a su vez, habían sido elegidos y nombrados por el nuevo gobernador⁽¹³⁾.

En verdad, la intervención de este cuerpo *sui generis* revela la tendencia «judicialista» y antiparlamentaria de la reforma de 1990, que sustrajo a los miembros del TC del pluralismo político y del amplio consenso que representa contar con el acuerdo parlamentario. Por supuesto, no se quiso que los miembros del Tribunal Constitucional —encargado de la Custodia de la Constitución— pudiesen recibir acuerdo de la Legislatura. Esta omisión deliberada le restó sustento democrático nada menos que un órgano central de un Estado Constitucional. En contraste, debemos señalar que mientras se establece la necesidad de acuerdo legislativo para la designación de todos los jueces del poder judicial, se negó la participación del cuerpo parlamentario en la designación de los integrantes del Tribunal Constitucional, lo que no es una cuestión menor.

En realidad un artificio para consagrar la posición hegemónica del Ejecutivo pues recordemos que en caso de conflicto entre la Legislatura y el Gobernador, por ejemplo, por un juicio político o por la falta de aprobación de un proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo, será el TC a quien corresponde intervenir.

(13) Esto resultaba del juego de dos Disposiciones Transitorias, los arts. 141, 138 y 135. Veamos: «...El órgano encargado de formar la lista que será presentada al Poder Ejecutivo deberá estar formado por magistrados con la inamovilidad prevista por las disposiciones permanentes de esta Constitución reformada. En consecuencia, su formación quedará diferida hasta que haya por lo menos diez magistrados en tales condiciones...» (art. 141), pero estos nuevos magistrados con inamovilidad absoluta sólo podían ser designados una vez constituida la nueva legislatura unicameral en 1991 («Al constituirse la nueva Legislatura, surgida en elecciones posteriores a esta reforma de la Constitución, la totalidad de los jueces ... quedarán en comisión, teniéndose por vencidos sus acuerdos respectivos. Dentro de los 60 días a contar desde la primera reunión de la nueva Legislatura, el Poder Ejecutivo deberá presentar ante ella, los nombres de las personas para las que solicite acuerdo según esta Constitución reformada, para integrar en lo sucesivo el Poder Judicial», art. 137), pero la constitución de nueva Legislatura estaba suspendida por un año medio pues sólo podía ser integrada en la próxima renovación electoral en 1991 (art. 131: «La próxima renovación de la Legislatura será total y con ajuste al sistema unicameral de esta Constitución reformada»).

De esta manera aquel Tribunal Constitucional clásico concebido por la más depurada técnica constitucional moderna como un factor equilibrante entre los poderes, equidistante de ellos y sustentado en la representación popular, aquí se transforma en un cuerpo dirigido a consolidar la posición de preeminente del Poder Ejecutivo.

b) Crítica a la mecánica de remoción de los integrantes del TC. No menos extraña es la forma de remoción del TC, exclusivamente en manos de ese mismo cuerpo «sui generis-ad hoc» (art. 133, *in fine*). En realidad, se quiso evitar el procedimiento de juicio político para la destitución de los miembros del TC —mientras que es aceptada para todos los integrantes del Poder Judicial— como una forma de revestir de cierta inmunidad política al Tribunal Constitucional ya que sólo pueden ser removidos por este órgano judicial «sui generis» compuesto por aquellos nuevos magistrados de la Corte Suprema y de las Cámaras de Apelaciones.

De esta manera se los resguarda de cualquier situación que pudiese generar responsabilidad política susceptible de Juicio Político a cargo del Poder Legislativo como lo es para el resto de los funcionarios públicos. Ello guarda coherencia con la ausencia de origen parlamentario de este órgano, enderezado más bien a servir de resorte legitimador de la actuación del Poder Ejecutivo.

2. Requisitos para ser miembro del Tribunal Constitucional

También las condiciones impuestas para poder ser integrante del TC levantaron suspicacias. El art. 133 establece un perfil muy parecido al exigido para los miembros de la Corte Suprema: 40 años de edad y 20 años de antigüedad en la profesión o en la judicatura dentro de la provincia. En este último recaudo se avenía con el perfil propio de aquellos abogados que formaron parte de la administración de justicia durante las dictaduras militares precedentes con su compromiso ideológico. En particular, el requisito de 20 años de judicatura, para ese entonces —recordemos, año 1990— necesariamente nos remitía a aquéllos que habían formado parte del órgano judicial durante los períodos autoritarios anteriores (1966-1973 o 1976-1983) lo que habla a las claras del perfil ideológico del grupo de abogados con mayores posibilidades de ser miembros del Tribunal Constitucional.

Estas coordenadas vitales (más de 40 años de edad y más de 20 años de antigüedad profesional) supone, cuanto menos, una persona mayor de 45 años de edad. En efecto, para que una persona llegue a reunir 20 años de ejercicio de la judicatura en 1990, debemos inferir que se había gradua-

do de licenciado en derecho con anterioridad a 1968-69. En tal caso se trataría, al menos de alguien que se recibió de abogado en la Universidad Nacional de Tucumán⁽¹⁴⁾, cuando mucho, en 1968 o 1969. Si tenemos en cuenta que la media de graduación es de 25/27 años, únicamente los abogados mayores de 45/47 años estaban en condiciones de ser candidatos a magistrado del Tribunal Constitucional, en consecuencia, nadie con 40 años podría serlo⁽¹⁵⁾. En suma, estamos haciendo referencia a personas nacidas, cuanto menos, con anterioridad a 1945, graduadas de abogado al menos en 1968 y con un ejercicio continuado de 20 años en la judicatura. Precisamente estos 20 años anteriores a 1990 se corresponde con aquellos períodos de integración de la administración judicial por voluntad de los dictadores nacionales o locales, pues desde 1966 a 1990 sólo habían transcurrido 10 años de democracia (1973/76 y 1983/90) contra 13 años de dictadura (1966/73y 1976/83). En consecuencia, sólo quienes que hayan formado parte de la administración de justicia durante aquellos períodos se hallaban en condiciones de ser miembros del TC, y que por lo tanto habían estado comprometidos con la ideología autoritaria que gobernó el país durante tantos años⁽¹⁶⁾. Esto define claramente el perfil ideológico del grupo de abogados que en 1990 tenían posibilidades de ser miembros del Tribunal Constitucional.

C. EXTRALIMITACIÓN DE ATRIBUCIONES OTORGADAS AL TC

1. *Gravísima sustracción de potestades legislativas.* Quizás lo más grave en el diseño de este TC es la atribución de auténticas funciones legislativas. Esto es, que más allá de la función de legislador «negativo» que se reconoce como típica de los TC aquí se le añade una potestad de legislador «positivo» por cuanto se faculta al TC para autorizar la promulgación de proyectos de ley propuestos por el Poder Ejecutivo no tratados por el Parlamento (art. 134 inc. 2º).

(14) No podemos incluir a la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino pues comenzó a dictar la carrera de derecho en 1970 (vid. DIAZ, Rodolfo: *Dos estudios sobre la abogacía y su enseñanza*, Mendoza, Univ. del Congreso, 2005).

(15) Para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia provincial se exigía 40 años de edad y mas de 15 años de profesión o magistratura (art. 103 inc. a).

(16) Ideología que hacía expresa adhesión el partido Fuerza Republicana cuyo líder era un general retirado que había encabezado en Tucumán el sangriento golpe militar de 1976, asumiendo el gobierno de la provincia de Tucumán durante los dolorosos años de 1976/77. Este partido había logrado la mayoría en la Convención constituyente de 1990 que reformó la Constitución e introdujo, en su resguardo, al Tribunal Constitucional.

Esta es la más gravísima anomalía institucional porque crea una fuente de producción legislativa sin legitimación de origen popular, rompiendo con el principio republicano que toda ley es expresión de la voluntad popular, dogma fundamental que proviene de la Revolución Francesa (vid. art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: «*La loi est l'expression de la volonté générale*»).

Como ya señaláramos más arriba la reforma de 1990 está inspirada en un «antiparlamentarismo» visceral. Dentro de este contexto debe entenderse el cercenamiento de potestades legislativas a favor del Tribunal Constitucional dispuesto por el art. 135 inc. 2º en estos términos: «*Son atribuciones del TC: Entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo... por demora en pronunciarse sobre proyectos de ley y ordenanzas que aquéllos hubieran presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma que se tratare*».

Se confiere así al Tribunal Constitucional una auténtica potestad legislativa, por cuanto está facultado para «autorizar la directa promulgación» de un proyecto de ley presentado por el Ejecutivo pero, además, para fijar la extensión, total o parcial, de la promulgación de la normativa. Esto equivale a asumir la atribución de «sancionar» las leyes que es propia, exclusiva y excluyente del Poder Legislativo en razón de tratarse de un cuerpo de naturaleza representativa. Esto excede de las funciones normalmente reconocidas a los Tribunales Constitucionales, trastocando el principio republicano de separación de poderes consagrado por el art. 5 de la Constitución Nacional que las Constituciones provinciales se encuentran obligadas a respetar (conc. art. 123 CN).

Esta atribución se halla a contrapelo del modelo de Tribunal Constitucional europeo. A éste sólo se le reconoce atribuciones de «legislador negativo», es decir, sólo puede derogar la norma inconstitucional con carácter excepcional. En cambio, esta versión tucumana, lo convierte en un verdadero «legislador positivo» eliminando, así, el fundamento democrático-representativo propio del concepto de ley. Se podrá argumentar en su defensa que el Tribunal Constitucional previamente debe fijarle un plazo para el pronunciamiento del poder legislativo, pero cualquiera que conozca la características propias del órgano parlamentario sabe que los tiempos legislativos no pueden ceñirse a plazos porque la construcción del consenso no puede forzarse o ser sometidas a términos perentorios. Éstos son inútiles o en el mejor de los casos operan a favor de las minorías. Es que debe-

mos aceptar que los parlamentos también legislan cuando no legislan, es decir, si no se expiden es porque se quiere mantener la situación jurídica preexistente. No existe una obligación parlamentaria de pronunciarse. Recordemos «*la sage lenteur*», la sabia lentitud que M. Hauriou alababa de las Asambleas Deliberativas. Son muy raros los casos de proyectos que van al recinto para ser rechazados. Lo habitual es que estos proyectos sin consenso no lleguen a ser tratados. Por ello, invertir los términos de esta ecuación constituye una grave alteración del orden natural de las cosas.

Así queda en evidencia con nitidez el menosprecio del reformador tucumano de 1990 por la función parlamentaria dentro del Estado Democrático, al punto de llegar a concebir que un órgano que, sin ninguna legitimación representativa, llega a estar investido de facultades para sancionar derecho positivo, normas con carácter de Ley formal. Con esto se ha sobrepasado por lejos las funciones habitualmente reconocidas a los Tribunales Constitucionales.

Esta potestad vulnera lo dispuesto por el art. 122 de la Constitución Nacional que impone a las Provincias el carácter electivo de sus legisladores de conformidad a la Cláusula de Garantía Federal (art. 5 CN), recaudo que de ningún modo inviste el Tribunal Constitucional cuya designación carece de todo sustento representativo-parlamentario. Por ello, esta atribución es francamente inconstitucional.

2. *Colisión de sistemas de impugnación constitucional.* Si bien más arriba hemos abordado la cuestión de la descoordinación entre el modelo judicial y el modelo concentrado, aquí veremos que se produce una desarticulación entre los pronunciamientos constitucionales del TC, por un lado, y de la justicia, por el otro, y que la Constitución lejos de resolver el conflicto, muy por el contrario, lo consagra.

La potestad de ejercitar el control jurisdiccional de constitucionalidad provincial, los jueces ahora la compartirían con el Tribunal Constitucional quien puede declarar la inconstitucionalidad (provincial) de leyes, decretos y ordenanzas con alcance general (art. 134 inc. 1º: «*Declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas con el alcance general previsto en el artículo 22 última parte*»). De este modo el Poder Judicial ve reducidas sus facultades al compartir su función de intérprete normativo y de árbitro en los conflictos de competencia, con el Tribunal Constitucional.

La coexistencia simultánea de un sistema de contralor de constitucionalidad mixto, esto es, por un lado, difuso a cargo de cualquier

tribunal ordinario (con efecto particular) y por otro lado, concentrado (efecto *erga omnes*) a cargo del Tribunal Constitucional, constituye una potencial fuente de conflictos. Veamos:

- a) Por un lado, si el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad de una norma ésta queda eliminada del Ordenamiento jurídico, entonces, el magistrado judicial se encontraría constreñido a no aplicarlo por haber operado su «derogación» por voluntad del Tribunal Constitucional. De este modo, se consagra la prevalencia del Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial en materia de control de constitucionalidad negativo. Esto obliga a los jueces y a todos los operadores jurídicos estar muy atentos a las decisiones del TC, que deberían, por ello, ser publicadas al menos en el Boletín Oficial.
- b) Pero, por otro lado, la inversa no lleva al mismo resultado, por el contrario, nos conduce a un callejón sin salida, con graves consecuencias institucionales. En efecto, qué pasaría si el Tribunal Constitucional considera que la norma cuestionada es constitucionalmente válida y, luego, la parte afectada realiza una impugnación por ante un juez ordinario, quien luego la invalida por inconstitucional. Esta hipótesis no es imposible porque la propia Constitución lo permite expresamente en el art. 22 *in fine*: «Si el Tribunal (constitucional) no hiciera lugar a la declaración de inconstitucionalidad, la cuestión no podrá ser reeditada, quedando a salvo de los interesados la impugnación ante los jueces, con efectos específicos».

Es decir, una vez rechazada la acción de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, el asunto pueda ser llevado ante los tribunales ordinarios, quienes a su vez podrían tener una interpretación opuesta a aquélla y declarar inconstitucional la disposición cuestionada. Incluso más, esa causa podría por sucesivas apelaciones llegar a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la provincia y ésta pronunciarse ratificando la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Esto acarrearía inevitablemente un conflicto entre la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional. Las partes de la controversia se encontrarían frente a decisiones contradictorias, generando así una gran inseguridad jurídica, lo que constituye un verdadero «escándalo jurídico» por ruptura de la unidad jurisdiccional, un problema de gravedad institucional que supondría una lesión al deber federal de «asegurar la administración de justicia», por lo que el conflicto podría habilitar a la intervención federal (art. 5, 6 y 123 CN) de, al menos, el poder judicial y del tribunal constitucional. Este conflicto reviste gra-

vedad institucional suficiente en perjuicio del particular que se ve envuelto en decisiones jurisdiccionales contrapuestas.

Esta confrontación entre el Tribunal Supremo y la Corte Constitucional no es algo hipotético porque ocurrió en Italia en la década del '60, incidente conocido como la «*guerra fra due corti*».

Esta no es una hipótesis de laboratorio, porque lo más habitual es que por vía de una acción de amparo un juez declare la inconstitucionalidad de una norma, mientras que no puede interponerse ante el TC un amparo.

- c) Tampoco puede descartarse otra hipótesis. Si una parte entabla una acción de inconstitucionalidad de una norma (vía amparo o acción directa) ante un juez ordinario y éste se pronuncia por la inconstitucionalidad de la norma. Y luego alguna de estas mismas partes reedita la cuestión ante el Tribunal Constitucional y éste declara la constitucionalidad de la misma y con efectos generales. ¿qué incidencia tendrá pues este pronunciamiento sobre la cuestión resuelta por el juez en sentido contrario con efectos específicos?

Estos problemas evidencian que el constituyente de 1990 incurrió en graves errores de técnica constitucional, como lo señalamos más arriba, porque omitió de establecer la supremacía de las decisiones del Tribunal Constitucional como lo hacen todos los ordenamientos constitucionales que cuentan con un Tribunal Constitucional⁽¹⁷⁾. Error que como dijimos más arriba es insubsanable por vía legal por expresa disposición del art. 22.

3. *Atropello de la Autonomía del Parlamento* (art. 134 inc. 3º). Este precepto al aceptar la intervención del Tribunal Constitucional en las cuestiones relativas al rechazo por la Legislatura de los diplomas de los electos como miembros del cuerpo al resolver ésta la validez de las elecciones y títulos de los que aspiran a integrarse al cuerpo (art. 50), consagra una verdadera intromisión a la autonomía del Parlamento, fundamento de su independencia como poder del Estado.

Asimismo, interfiere sobre la potestad sancionatoria del Parlamento reconocida por el art. 61 en defensa de sus prerrogativas. Un principio

(17) Vid. art. 164.1 de la Constitución española; art. 136 de la Const. Italiana; art. 93 y 94 BGG. La Constitución peruana consagra un sistema mixto sin embargo resuelve la preeminencia del Tribunal Constitucional en arts. 202 y 204, lo que es recogido por el reciente Código Procesal Constitucional del Perú.

inconmovible del sistema constitucional es el respeto a la independencia del Poder Legislativo, lo cual se expresa en el respeto del principio de *interna corporis acta*. Principio éste que queda abolido por la transferencia que se hace al Tribunal Constitucional. En realidad este conflicto entre el Parlamento y el derecho desconocido a un parlamentario electo, corresponde, en última instancia, sea llevado al conocimiento de la justicia porque la cuestión se concreta sobre un sujeto determinado afectado que, por la índole de la materia, es más conducente que proceda a concurrir ante un juez en amparo de su derecho conculcado, que recurra al TC.

Recortar los medios que la tradición parlamentaria democrática otorga a los Parlamentos para defender sus prerrogativas abre el camino a la arbitrariedad frente a la cual el Parlamento se levanta como el defensor de las libertades públicas.

4. *Interferencia de la autonomía municipal* (art. 134 inc. 2° y 3°). El Tribunal Constitucional además sirve para sustraer competencias al Municipio. Esta interferencia en el nivel municipal constituye otro agravio constitucional pues se inmiscuye en la actividad y en la organización del ente local autónomo:

- a) entiende en la acción que deduzca un Intendente contra el Concejo Deliberante por demora en pronunciarse sobre proyectos de ordenanzas que aquéllos hubieren presentado y —a imagen y semejanza de lo que estatuido para el poder ejecutivo provincial en relación a la Legislatura— el TC puede fijarle a ésta un plazo para que se expida, vencido el cual sin que ello se hubiere producido, podrá autorizar al Intendente la directa promulgación, total o parcial, de la norma que se trate (art. 134 inc. 2°). Aquí caben *mutatis mutandis* las mismas consideraciones desarrolladas al referirnos al cercenamiento de la potestad legislativa;
- b) También, interviene en los conflictos por rechazo de los diplomas de los miembros electos como miembros de un Concejo Deliberante (art. 134 inc. 3°), con lo que se consagra su directa intervención en la formación del propio Concejo Deliberante de origen popular.

Por estas vías queda restringido el espacio de libertad en que se desenvuelve el gobierno local. A este esquema de concentración de poder no le basta intervenir en el nivel superior (Constitución y Parlamento) sino también lo hace en el nivel más inferior de organización estatal cual es el municipio, como consecuencia de la fuerza expansiva de un sistema de dominación que no tolera ningún resquicio de autonomía que pueda ser-

vir de sustento a la oposición. Lo que debería ser objeto de una revisión judicial, si fuere procedente, queda absorbido, en manos del TC.

5. *Control sobre funcionarios no sujetos a juicio político* (art. 134 inc. 4°). Para completar esta posición dominante, se atribuyó al Tribunal Constitucional una potestad que antes estaba atribuida a la Corte Suprema de Justicia por el art. 5 de la Constitución de 1907 (aunque nunca había tenido aplicación en la práctica). Este antecedente sirvió de perfecta excusa para repetirlo en el nuevo texto pero dándole un nuevo sentido, pues atribuye al Tribunal Constitucional la facultad de enjuiciar directamente a aquellos funcionarios no sujetos a juicio político que violen las «garantías de esta Constitución», ampliando así el campo de imputabilidad a diferencia del texto de 1907 que limitaba las violaciones a «las garantías de este capítulo» (de Declaraciones y Derechos). Es decir, se extienden las causales que hacen pasible de sanción a un funcionario pues no basta con que viole la parte «dogmática» de la Constitución sino también la parte «orgánica» del texto de 1990 para que sea sometido a juicio ante el Tribunal Constitucional. Esta medida puede llegar a constituir otro mecanismo de sometimiento al sistema de dominación consagrado por la Convención de 1990⁽¹⁸⁾.

6. *Árbitro supremo de los conflictos entre poderes* (art. 134 inc. 5°). Esta constituye la potestad de mayor voltaje político conferida al Tribunal Constitucional porque lo coloca en la cúspide de la estructura estatal al convertirse en árbitro final de los conflictos de jurisdicción (?) que se planteen entre: 1. la Legislatura y el Ejecutivo; 2. la Legislatura y un juez o tribunal; 3. el Ejecutivo y un juez o tribunal; 4. un Intendente y su Concejo Deliberante; 5. la Provincia y un Municipio; 6. los Municipios entre sí.

Aquí se manifiesta el rol político superlativo asignado a este órgano que, además, del control de constitucionalidad, se le encomienda la preeminente función de intervenir en los conflictos entre poderes tanto a nivel provincial como municipal. Esta atribución lo coloca en el centro del sistema institucional como árbitro del sistema político. Pero si tenemos presente su origen y funciones advertiremos que carece de la *terzietà*, es decir, de la investidura de imparcialidad que presupone dicha posición institucional.

(18) En el año 1993 se dictó la ley 6.377 que regulaba el procedimiento de este tipo de enjuiciamiento, pero otorgando esta función, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria, art. 141 in fine, a la Corte Suprema de Justicia, sin hacer mención alguna a la intervención del Tribunal Constitucional.

Cualquier intento de controlar o limitar al Gobernador electo en 1991, que ha designado a los magistrados del Tribunal Constitucional (y a los magistrados superiores que ha seleccionado la lista respectiva) va a encontrar seguramente en este Tribunal Constitucional un defensor de la posición hegemónica del Ejecutivo que diseñó el texto de 1990 siendo, en este sentido, un «fiel intérprete de esa Constitución».

Suspensión por un año y medio de la constitución del Tribunal Constitucional para después de la elección del nuevo gobernador (art. 141). Este ardid queda al descubierto en el art. 141 de las Disposiciones Transitorias, cuando dispone que sólo los magistrados con inamovilidad pueden confeccionar la lista que será remitida al Ejecutivo. Pero resulta que estos nuevos magistrados judiciales inamovibles sólo podían ser designados por el Ejecutivo electo con posterioridad a la elección de 1991 (art. 133). Ergo, puede desde ya suponerse la influencia de éste sobre el cuerpo «sui generis-ad hoc» —cuyos miembros fueron elegidos y nombrados por el gobernador, previo acuerdo de la legislatura por mayoría simple— que conformará las listas enviada a su decisión.

Y así, con total desparpajo, y sin sonrojarse, el art. 141, segundo párrafo, establece: «*El órgano encargado de formar la lista que será presentada al Poder Ejecutivo deberá estar formado por magistrados con la inamovilidad prevista por las disposiciones permanentes de esta Constitución reformada (art. 98). En consecuencia, —finaliza diciendo para que no quede lugar a dudas— su formación quedará diferida hasta que haya por lo menos diez magistrados en tales condiciones.*»

CONCLUSIONES

Este caso de la Constitución tucumana de 1990 constituye un buen precedente para ser tenido en cuenta porque nos advierte las dificultades que existen para articular a nivel provincial y a nivel federal (enmarcado en el modelo norteamericano), estos dos sistemas de control de constitucionalidad.

No debemos olvidar el marco político que rodeó el nacimiento de los Tribunales Constitucionales en Europa. Éstos surgieron como garantes de las nuevas constituciones republicanas (Weimar 1918; Checoslovaquia 1919; Austria 1919, España 1931). Por un lado, no había tradición de intervención de los tribunales judiciales en cuestiones de constitucionalidad porque la Administración de justicia europea estaba organizada sobre el mo-

delo burocrático o europeo continental; y, por el otro, existía una gran desconfianza en la corporación judicial (conocida como el «antijudicialismo francés») a quien se visualizaba como solidaria del *establishment* monárquico-conservador que había sido desplazado por las recientes revoluciones republicanas. Idénticas motivaciones habían tenido las nuevas constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial (Italia 1947, Alemania 1949, Portugal 1976, España 1978). El Tribunal Constitucional se concebía como el garante del cumplimiento de las nuevas Constituciones, de ahí que se le exija una solidaridad ideológica con el sistema democrático, es decir, un *idem sentire republica*.

Fue este mismo propósito —aunque con un sentido opuesto— el que llevó al constituyente tucumano de 1990 a incorporar un Tribunal Constitucional, aunque con un sentido opuesto al que alentaba el movimiento democrático europeo de posguerra. Aquí sólo se vio su utilidad como instrumento para custodiar una Constitución que consagraba el hegemonismo del Ejecutivo en detrimento del poder legislativo y judicial.

Esta experiencia nos sirve de lección para saber qué cuidados deben tenerse en cuenta a la hora de introducir un modelo de control concentrado junto a un modelo de control judicial, pero, sobre todo, evidencia cual debe ser el espíritu que anima la función de un Tribunal Constitucional dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Precisamente, todos estos cuestionamientos fueron la causa por la que los sucesivos gobiernos tucumanos no impulsaron la constitución de este Tribunal Constitucional pues, haciendo primar la prudencia política, su integración se fue demorando por más de dieciséis años sin llegar a su concreción. Pero como tampoco es bueno que mandatos constitucionales queden incumplidos, la reciente reforma de 2006 de la Constitución de Tucumán eliminó a este singular órgano que no llegó a nacer. Qué habría pasado si este *non nato* Tribunal Constitucional hubiera empezado a operar, esto podría ser materia del análisis científico de los constitucionalistas, para extraer las enseñanzas necesarias, porque como se sabe en los experimentos en Derecho Constitucional provocan consecuencias que sufren los pueblos. Queda flotando la pregunta de en qué medida la presencia amenazante de un Tribunal Constitucional no alentó el dictado de este código de garantías constitucionales puesto en manos de los jueces del poder judicial.

Con la aparición de un TC una Constitución provincial, Tucumán volvió a estar a la vanguardia del derecho constitucional argentino (que no había recogido hasta entonces un órgano de esta naturaleza), del mismo

modo como lo hizo con la sanción en 1995 del primer Código Procesal Constitucional del mundo⁽¹⁹⁾.

Este Tribunal Constitucional *non nato* de Tucumán nos arroja algunas lecciones que merecen ser reflexionadas sobre todo cuando se habla cada vez más insistencia de introducir un Tribunal Constitucional dentro del sistema de control de constitucionalidad argentino.

Finalmente, la combinación de modelos de control de constitucionalidad habrá de tener muy en cuenta cuando ello tiene lugar en un Estado Federal donde el control constitucional se desarrolla en un doble orden normativo, el federal y el local.

⁽¹⁹⁾ Vid. DÍAZ RICCI, Sergio: «Breve historia constitucional de Tucumán (con la reciente reforma constitucional del 2006)» en EL DERECHO, Serie Constitucional, N° 11.614, 13/10/2006, pp. 13-20.

DEL FUERO PERSONAL AL FUERO INSTITUCIONAL: LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ

SUMARIO: Introducción. I. Las ordenanzas castrenses en el Derecho Indiano. II. El Derecho Legalista y la pervivencia de las ordenanzas hispanas. III. Propuestas para sistematizar el Derecho Militar. IV. El primer Código de Justicia Militar. V. Innovaciones en los Códigos posteriores. VI. Conclusiones.

José Francisco Gálvez⁽¹⁾

INTRODUCCIÓN

El nacimiento del Estado peruano nos muestra no sólo la sustitución de un modelo político por otro sino además la percepción de cambios que se efectuaron de manera progresiva al interior de sus instituciones y entre las que se encuentra la Justicia Militar. El presente artículo plantea una somera revisión acerca del fundamento y funcionamiento de esta como jurisdicción desarrollada paralelamente a la del fuero común, con la cual estuvo parcialmente vinculada —dependiendo de los lineamientos de la época— y donde era innegable su estrecha relación con el Poder Ejecutivo a través de los institutos castrenses. Poder que de acuerdo a su praxis le

⁽¹⁾ Abogado y Doctor en Historia por la Universidad Complutense (Madrid), especialidad en Historia del Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú e investigador del Instituto Riva-Agüero.

otorgaba autonomía o de lo contrario remarcaba su dependencia con el régimen de turno correspondiente. En lo relativo al derecho material, el proceso foral también comprendió modificaciones en el ámbito reglamentario, disciplinario y punitivo que gradualmente se establecerían pero que quedaban condicionadas a la existencia de gobiernos representativos. Con el liberalismo, el Estado-Nación asignó un rol importante a las Fuerzas Armadas para la conservación del orden público y la defensa de fronteras, argumento esgrimido por los caudillos militares como justificación de los frecuentes Golpes de Estado gestados y que influenciaron en la institucionalidad de la época. Como parte de la sociedad estamental los militares y clérigos continuaron gozando de un conjunto de derechos que podían ser extendidos a otros, bajo la concepción del fuero personal lo que en adelante colisionaba con el discurso de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que postulaba la universalidad de la igualdad en el ejercicio de los derechos, trastocando los lineamientos hasta entonces conservados por la percepción del derecho como privilegio. Sustitución que se aplicaría gradualmente en dicha sociedad y que afectaría parcialmente a los militares en el siglo XIX, donde el juez que se abocaba a las causas del individuo tenía que distinguir en el juzgamiento del delito de acuerdo a la persona (militar), al hecho en sí (acto de servicio) y el lugar donde se habían producido las circunstancias (instalaciones y campamentos militares o naves). A ello debemos agregar que la adecuación de la jurisdicción militar con la protección de derechos para los individuos se hallaría sujeta a los regímenes de turno y vaivenes políticos, donde frente a la inestabilidad del país ocasionada por los fenómenos sociales la autoridad primero pondría bajo su discrecionalidad, no siempre ajustándose a las normas preestablecidas. Desde 1898 observaremos una organización más sistematizada bajo la figura del Consejo Supremo de Guerra y Marina, cuya composición ha ido variando con el tiempo al sustituir a los Vocales Supremos civiles por militares asimilados o miembros del Cuerpo Jurídico, como titulares de la jurisdicción militar, singular y especializada, que declara Derecho.

I. LAS ORDENANZAS CASTRENSES EN EL DERECHO INDIANO

Desde el arribo de los españoles a Indias se establecieron autoridades transitorias entre las que destacaron los Adelantados y Gobernadores durante el período de las capitulaciones. Más adelante conforme se fueron trasladando las instituciones hispanas llegaron los virreyes, quienes además de representar al monarca, contaron con funciones militares al

habérseles concedido el cargo de Capitán General. Óscar Cruz Barney⁽²⁾ recogiendo informaciones de época diferencia en este fuero el ámbito militar del político. Del primero gozarían los uniformados tanto del ejército como de la marina y aquellos que por mandato del monarca gozaban de preeminencias. En el segundo se hallaban comprendidos los titulares de cargos políticos y castrenses del mando supremo: intendentes, comisarios, tesoreros, contadores así como aquellos que laboraban en hospitales militares, incluyendo personal auxiliar. El interés del reino sobre este grupo en dar seguridad a los dominios llevó a dotarlos de una serie de privilegios como del uso de armas en todo momento, salvo cuando estuviesen en las dependencias del monarca y a no poder ser embargados salvo por la Real Hacienda, preferencia última extensible a viudas, hijos y criados. Los jueces ordinarios o del fuero común sólo podían formar el sumario de la causa, dado que no eran considerados jueces naturales de los procesados, negándoles el conocimiento a las causas civiles y criminales. Los magistrados militares investigaban acompañados de letrados o Auditores de Guerra, quienes si podían, en principio, tener conocimiento de todas las causas, debiendo sólo inhibirse cuando se trataba de mayorazgos y particiones de herencia. Las Ordenanzas españolas de 1728, reformadas en 1768⁽³⁾ señalaban reglas de carácter técnico sobre el arte de la guerra, el gobierno y la disciplina, que incluían disposiciones relacionadas con justicia. Situaciones políticas, jurídicas y sociales de la época influyeron en los conceptos de dignidad y honor de la carrera de armas, haciendo relativas y defectuosas dichas disposiciones e incompatibles con las necesidades de una buena administración de justicia. Un caso suscitado en 1811 donde se despojó a Miguel Bravo de Rivero del cargo de Auditor de Guerra⁽⁴⁾, dio lugar a un proceso donde se planteó si el nombramiento, una vez efectuado, ya quedaba perfeccionado o se hallaba condicionado a confirmación posterior por parte de autoridades del mismo rango⁽⁵⁾. Dado que la estructura

(2) CRUZ BARNEY, Óscar: *Historia del Derecho en México*. México. Oxford Press. 2002, p. 340.

(3) Las Ordenanzas de S. M. para el gobierno, disciplina, subordinación y servicio del Ejército del 22 de octubre de 1768 se promulgaron durante el reinado Fernando VI. Por Real Cédula de 4 de noviembre de 1773, se amplió su contenido y estableciéndose además el Consejo Supremo de la Guerra.

(4) La ordenanza de 1728, del 10 de enero del mismo año así como la del 7 de abril de 1745 regularon las facultades de Auditor de Guerra.

(5) Exposición que D. Diego Miguel Bravo de Rivero hace al Supremo Consejo de Guerra y Marina sobre el recurso de restitución de la Auditoría Militar del Virreinato [sic] de Lima, que le confirió el señor de Carlos IV, se la confirmó el señor D. Fernando VII, y de que

castrense diferenciaba a los oficiales, en sus diferentes rangos, como al personal que le era subordinado, el tratamiento para las faltas y delitos dispuso la creación de Consejos de Guerra, acorde con la jerarquía: De Oficiales Generales, para el juzgamiento de Jefes y Oficiales y Ordinarios para la tropa. Más adelante le correspondía al Capitán General o Virrey fallar y en última instancia lo hacía la Junta de Guerra de Indias.

Las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz reunidas en 1812 además de proponer cambios acorde con la teoría francesa de la Trilogía del Poder, abordaron a través de los Diarios de Debates el tema la jurisdicción militar. Agustín de Argüelles, diputado por el Principado de Asturias y presidente de la Comisión de Constitución, decidió que los militares permanecieran en su fuero por ser indispensable para la disciplina y organización, derivando su regulación a la norma respectiva donde se concilie: «...el objeto de la institución militar y el respeto debido a las leyes y a las autoridades. El soldado es un ciudadano armado solamente para la defensa de su patria; un ciudadano que, suspendiendo la tranquila e inocente ocupación de la vida civil, va a proteger y conservar con las armas, cuando es llamado por la ley, el orden público en lo interior y hacer respetar la nación⁽⁶⁾...» Postura que se afirmaría en el texto final de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, promulgada para todos los dominios del Imperio español que en su artículo 250º indicaba: «Los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere⁽⁷⁾» Así, la jurisdicción de guerra conservaba no sólo el juzgamiento de los delitos o faltas militares sino que como fuero personal, incluía todo litigio como incumplimiento de contratos y otros actos civiles de los militares de mero trámite⁽⁸⁾, lo cual no era de extrañar por la organización estamental de la sociedad. A ello se complementaron las ordenanzas españolas impartidas por la Corona hasta 1819 y que siguieron vigentes mientras no se efectuara su derogación.

La potestad militar en Indias tuvo como instancia suprema a la del Virrey del Perú, Gobernador y Capitán General siendo asistido por un Oidor en calidad de letrado. Durante la época de la venalidad de los ofi-

se le ha despojado en fuerza de una real orden de la regencia pasada. Cádiz: Impr. de Manuel Ximenez Carreño, 1811. Colección Félix Denegri Luna. Instituto Riva-Agüero

(6) ARGUELLES, Agustín de: Discurso preliminar a la Constitución de 1812. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, p. 100.

(7) ESPAÑA: Constitución Política de la Monarquía Española. Artículo 250º.

(8) Diario *El Comercio*, 1839. Sucesión testamentaria del general Domingo Orué.

cios o venta de cargos públicos el criollo Juan de Sosaya adquirió el cargo de presidente de la Audiencia de Quito consiguiendo añadir a éste el de Capitán General⁽⁹⁾. Hecho que le permitió gozar de prestigio ya que brindaba licencia para vestir uniforme y ventajas para un reducido número de individuos de la esfera civil: «Ostentando, entre otras cosas, el grado de capitán general de la provincia de Quito, otorgaba títulos militares a sus aliados y, de esta manera y en virtud del fuero militar, les exime intencionalmente de la jurisdicción de los fueros locales⁽¹⁰⁾»

Dentro de las luchas pre independentistas advertimos la presencia de la Rebelión de 1814 de los Hermanos Angulo, el cura Ildefonso Muñecas y del brigadier Mateo Pumacahua. Protesta que articuló los territorios de Cusco y Arequipa, localidad última donde contó con la adhesión del joven abogado Mariano Melgar y Valdivieso, flamante Auditor de Guerra del Ejército Libertador, quien combatió en la Batalla de Umachiri. Derrotados los insurgentes y capturados, fueron juzgados con la pena capital o fusilamiento, siendo Melgar uno de los líderes en terminar ante el patíbulo. Su presencia fue reconocida décadas más adelante en la Historia Nacional por la autoridad política al otorgarle además el título de Patrono del Cuerpo Jurídico Militar, declarando su natalicio (12 de agosto) como Día del Cuerpo Jurídico Militar⁽¹¹⁾.

II. EL DERECHO LEGALISTA Y LA PERVIVENCIA DE LAS ORDENANZAS HISPANAS

Con la finalidad de responder ante las arbitrariedades del ejercicio del poder se fueron sentando los límites de su ejercicio a través de la Constitución y la ley. Este criterio abrió la posibilidad de sistematizar al Derecho de manera más objetivo, imparcial y abstracto, complementado con la dación de códigos, cuya vigencia estuvo condicionada a la estabilidad política. La publicidad y la seguridad se convirtieron en los baluartes del nuevo Derecho: Las comunicaciones oficiales de esos años insistían que los jefes de la

⁽⁹⁾ Vid. GÁLVEZ, José Francisco: «Burocratas y Militares en el siglo XVIII». En: O'PHELAN GODDY, Scarlett: *El Perú en el siglo XVIII: La Era Borbónica*. Lima. Pontificia Universidad Católica - Instituto Riva-Agüero. 1999; p. 258.

⁽¹⁰⁾ HERZOG, Tamar: «Sobre justicia, honores y grado militar en la Audiencia de Quito durante el siglo XVIII». En: *Procesos* (Revista Ecuatoriana de Historia). Quito, N° 6, 1994; p. 55.

⁽¹¹⁾ Resolución Suprema 116 - OG del 2 de junio de 1964.

administración deberían colocar en sus informes las disposiciones que los amparaban. El período entre la Recopilación y la dación del primer código civil (1852) nos ilustra sobre la expedición de leyes sueltas de naturaleza pública como muestra del Derecho nacional y de la organización estatal. Durante la gestión de José de San Martín y en medio de la guerra de la Independencia, el Reglamento Provisional del 12 de febrero de 1821, en su artículo 15^o estipuló que la Capitanía General tendría privativamente conocimiento de las causas de infidencia, traición, atentado contra el orden y las autoridades constituidas. El Estatuto Provisorio en su sección última, artículo 1 indicó: «Quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la independencia del país, con las formas adoptadas por este estatuto, y con los decretos ó declaraciones que se expidan por el actual gobierno⁽¹²⁾», tenor que continuaría luego en el ámbito constitucional⁽¹³⁾. De los diferentes fueros existentes durante el virreinato y reconocidos por el Derecho Indiano el Estado peruano sólo conservó en adelante el común, el militar y el eclesiástico, éste último abolido más adelante con la Constitución de 1856; manteniéndose las ordenanzas hispanas aún⁽¹⁴⁾. Era el Poder Ejecutivo en coordinación con el Consejo de Estado el órgano que señalaba la contienda de competencia⁽¹⁵⁾, designando el fuero o tribunal correspondiente para tomar conocimiento de la causa, facultad que más adelante y por ley del 17 de diciembre de 1832 se traladaba a las Cortes Superiores.

En este nuevo orden donde se imponía el constitucionalismo con la organización estatal no debemos pasar por alto elementos y relaciones políticas provenientes del esquema anterior y vigente. En ese sentido, Fernández Segado nos presenta una visión muy peculiar del modelo jurídico francés donde la administración de justicia por un lado era comprendida dentro de la administración en general y que a su vez era dependiente del Ejecutivo, siendo además sometida a los lineamientos del Poder Le-

(12) PERÚ: Estatuto Provisorio del 8 de octubre de 1821.

(13) Constitución de la República Peruana de 1823, artículo 121^o.

(14) En la República el coronel Juan Espinosa se preocupó por reunir las ordenanzas hispanas en materia militar. Vid. ESPINOSA, Juan: *Prontuario de Ordenanzas para el ejército*. Lima. 1857, 2da. Edición.

Con ello, en opinión de Jorge Basadre G. se pretendía suplir las Ordenanzas que deben ser redactadas para el Perú en el futuro. BASADRE GROHMAN, Jorge: *Introducción a las Bases Documentales para la Historia de la República del Perú*. Lima: Ediciones P.L.V. 1971; p. 336.

(15) CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Archivo Digital de la Legislación Peruana. Reglamento de Tribunales, 10 de marzo de 1822, artículos 9^o y 10^o.

gislativo, cuyos mandatos eran de carácter obligatorio en tanto encarnación de la voluntad general. Así percibimos la dependencia del Poder Judicial frente a sus pares de carácter político⁽¹⁶⁾. En Perú este hecho se vería reforzado con la aparición de un colegiado ad hoc, a iniciativa del Legislativo, denominado Tribunal de Seguridad Pública para contemplar los casos de delitos por infidencia, sedición y traición. Más adelante, la Constitución peruana de 1823 señaló la necesidad de crear comisiones para la redacción de los códigos civil y criminal. Labor basada en recopilar normas de derecho especializado: civil, procesal y criminal, para luego proceder a la dación de los textos nacionales. Ello indicaba un proceso de organización normativa, primero de carácter provisorio donde convivieron nuevas medidas políticas con prácticas legales producidas durante el virreinato. Algunos litigantes manifestaban que las compilaciones de leyes del Derecho Indiano representaban un medio insuficiente por carecer de unidad, faltarle método de principios generales, deducción a materias singulares, componerse de decisiones hechas en distintos tiempos y circunstancias, referirse a casos particulares y contar con una difusión restringida. Críticas que sólo revelaban las características propias de la modalidad jurídica de entonces: Derecho Casuístico; más adelante sustituido por el legalista o sistemático que proponía el principio de legalidad de acuerdo al artículo 3º de la Constitución francesa de 1791: «no hay en Francia autoridad superior a la de la ley», con lo cual se iba construyendo la noción de Estado de Derecho⁽¹⁷⁾.

Las primeras décadas de la República nos permiten observar el establecimiento de un orden de prelación de normas resultado de la adecuación de normas republicanas con las hispanas: «Por auto expedido por la Excm. Corte Suprema de Justicia en 13 del que se rige se ha ordenado que debiendo proveerse las plazas de relator con arreglo a la atribución 16 del art. 114 de la constitución y á las leyes 1ª y 2ª tit. 20 lib. 4º de la Novísima Recopilación se fijen los correspondientes edictos con noticia del señor Fiscal⁽¹⁸⁾» Mientras no se produjera el proceso de codificación existió la intención de mantener, perfeccionar y aplicar las normas existentes, como respuesta al discurso del liberalismo, lo que implicaba la continuación de la

⁽¹⁶⁾ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «Nacimiento y evolución inicial de la Jurisdicción Constitucional». En: *Scribas Revista de Derecho (Arequipa)*, Año 1, núm. 1, 1996, p. 87.

⁽¹⁷⁾ Véase la reflexión de Tomás y Valiente. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 421.

⁽¹⁸⁾ Diario *El Comercio*, 7 de mayo de 1839.

normatividad hispana y la transformación de legislación existente a la literatura jurídica⁽¹⁹⁾.

Como señala Rómulo Lanatta, las facultades de nombramiento para jueces y fiscales como del personal de los Consejos de Guerra, antes ejercidas por el Virrey se trasladaron al Presidente de la República: «Un oficio, que el Congreso de 1827 pasó, absolviendo una consulta, nos permite conocer que también correspondía al Presidente aprobar o desaprobar las sentencias dictadas por los consejos de guerra encontrándose así la justicia militar por entero en manos del poder ejecutivo⁽²⁰⁾» Facultad que contaba con una restricción consistente en no poder agravar la pena impuesta por aquellos consejos, ni condenar si el acusado éste había sido absuelto. Más adelante, la Constitución de 1834 optó por crear el Consejo Supremo de la Guerra, máximo organismo de su par virreinal en Lima y con lo cual se planteaba además el fin del vínculo con España: la Junta de Guerra de Indias, proporcionando de este modo autonomía al fuero militar. De acuerdo a la ley del 26 de junio de 1834 dicho Consejo estuvo integrado por tres Generales o Coroneles, un alto jefe de la Armada, tres Vocales de la Corte Suprema y un Fiscal letrado; asumió las atribuciones del Presidente de la República en lo referente al nombramiento del personal de los Consejos de Guerra y la revisión de sus fallos, ratificando la independencia a la administración de justicia castrense. Dicho organismo debía declarar a los beneficiarios de los indultos, otorgados en determinados casos; concedía o denegaba licencias para contraer matrimonio a los jefes y oficiales, asimismo solicitaba al Ministerio de Hacienda informes relacionados con la contabilidad militar, aspectos últimos que se entendían como rezago del fuero privativo hispano y que podían distorsionar la misión de impartir justicia. Excepcionalmente encontramos, por Decreto del 11 de mayo de 1826, el establecimiento del tribunal militar especial denominado «Consejo Militar permanente» con el objeto de juzgar en forma sumaria a los malhechores —lejano precedente del artículo 11° del Código de 1898—, sometiendo los a la jurisdicción de guerra por «el salteamiento, aunque fuere en poblado». En lo referente a la denominación de los delitos militares en general, éstos se mantuvieron casi con las características jurídicas hispanas.

⁽¹⁹⁾ Por ejemplo, ciertos principios de la Recopilación de Indias (1838) fueron modificados por el contexto republicano o se dejaba a la doctrina que estableciera lo más conveniente como en el caso del nuevo reglamento del Tribunal de Cuentas (1839) cuya referencia próxima eran Las Partidas.

⁽²⁰⁾ LANATTA, Rómulo: *Curso de Justicia Militar*. Lima, 1935; p. 15.

Caso aparte fue el referido a las situaciones de emergencia ocasionadas por el incremento de bandoleros a las afueras y al interior de las ciudades. El Congreso Constituyente desde 1823 retomó la figura del Tribunal o Comisión de la Acordada, con características sumarísimas, tomando conocimiento de causas de cualquier fuero y comprendiendo tanto a soldados como a montoneros. Causas que en tiempos de estabilidad eran de competencia del juez de primera instancia. Debía administrar justicia de manera breve y sumaria para los casos de hurto, robo, homicidio y fuerza dentro de los límites de este Tribunal en el departamento de Lima⁽²¹⁾. Tribunal que se retrotrae a las condiciones de inseguridad en Península Hispánica hacia el año 1100 cuando las Hermandades se encargaron del control interno en los caminos y a las afueras de los poblados, trasladándose más tarde a Indias y reapareciendo en el siglo XVIII⁽²²⁾. En la República, las circunstancias de inestabilidad política junto a las de desorden generaron intermitentemente su aparición como respuesta de quien ejercía autoridad. Aunque se le suele asociar con el fuero militar, en realidad era autónomo, pero dependiente del gobierno. El Golpe de Estado del general Felipe Santiago Salaverry marcó una recomposición de las funciones estatales, entre ellas las relacionadas a la administración de justicia, restableciendo la llamada «Comisión de la Acordada» en la ciudad de Lima y que buscaba reprimir la ola delictiva producida por la carencia de autoridad. Compuesta por tres personas tenía conocimiento acerca de las causas de homicidio, heridas y hurto en el departamento. Ante el ineficaz control jurisdiccional de la época se le asignaron las causas concernientes a tumulto, sedición, traición así como de contrabando. En forma sumarísima el proceso corría traslado como última instancia a la Corte Superior, la que confirmaba o reformaba o denegaba la acusación dentro del segundo día. El coronel Juan Ángel Bujanda, encargado del mando debido a la incursión al sur del presidente Felipe Salaverry agravó el mecanismo represor estableciendo que los fallos de la Acordada fuesen inapelables, pudiendo excepcionalmente el propio caudillo modificarlos. Sin embargo, ante la gravedad de la situación, Salaverry redujo los plazos: Veinticuatro horas para el juzgamiento de las causas por crímenes de tumulto, sedición y traición,

(21) Este fue el contexto de la tradición recogida por Ricardo Palma cuyo protagonista fue el llamado Negro Escobar Bujanda, quien ocupó el sillón presidencial, ofreciéndose una gratificación por su captura vivo o muerto.

(22) CRUZ BARNEY, Óscar: *Historia del Derecho en México*. México: Oxford University Press. 2002, p. 332.

con pena de muerte para los culpables y si éstos eran descubiertos en los destacamentos militares se abreviaba el juzgamiento en dos horas.

Durante la Confederación Perú Boliviana, el Código Penal del Estado Nor-peruano de 1836 incorporó en los delitos militares las figuras de sedición o levantamiento tumultuario de un cuerpo de tropas así como la violación de la tregua o armisticio celebrado con el enemigo. Más adelante, con el retorno del gobierno nacional, el presidente provisorio Agustín Gamarra decretó por Ley del 2 de noviembre de 1838 que la Corte Suprema vería sólo en recurso de nulidad los interpuestos ante el fuero militar, lo cual implicaba que en los niveles inferiores se continuase con el fuero común y el militar por separado. En la Constitución de 1839 al no indicarse expresamente la existencia del Consejo Supremo de la Guerra se entendió que nuevamente las funciones retornaban al Jefe del Ejecutivo, dejando a su discrecionalidad la política de los nombramientos o designaciones en los tribunales castrenses, lo que no significó la desaparición de las instancias inferiores como la de los Consejos de Guerra de Oficiales Generales y los Ordinarios para la tropa. Para los recursos de nulidad se conformaría una sala con participación mixta de los Vocales Supremos y de dos generales designados por el Ejecutivo en calidad de cojuces; medida que rescataba la competencia de fueros señalada décadas atrás. La legislación española rigió nuevamente sin la limitación impuesta por Santa Cruz, llegándose además a dictar disposiciones para el mejor funcionamiento de los Consejos de Guerra, reincorporándose el cargo de Auditor, durante la administración del general Francisco Vidal. A mediados del siglo XIX con el retorno de la estabilidad política se trató de ir derivando el tratamiento de los delitos comunes al fuero pertinente aunque el inculpado fuera militar, aunque pudiesen surgir excepciones como «...la circular del 3 de abril de 1846 destinada a impedir la aplicación del fuero de guerra a los miembros de las Fuerzas Armadas involucrados en indebidos manejos de fondos de la hacienda pública⁽²³⁾».

El Reglamento de Tribunales y Jueces de Paz, en vigencia desde el 14 de febrero de 1855 y acorde con la Constitución de 1839, estipuló las instancias del Fuero castrense colocando en primer lugar a los jueces militares que tenían conocimiento de las causas en primera instancia, nombrados por el Gobierno en las capitales de Departamento. A continuación, las Cortes Marciales integradas por Vocales Superiores y conjuces militares,

⁽²³⁾ DONAYRE MONTESINOS; Christian: *La Reforma de la Justicia Militar*. Lima: Jurista Editores, 2004; p. 54.

se pronunciaban en segunda y tercera instancia. Para garantizar dicho nivel de apelación los jueces civiles podían convocar a un militar con grado de coronel. En última instancia, la Corte Suprema de la República se pronunciaba sobre los recursos de nulidad de toda causa vista en los fueros privativos, entre ellos el militar. Reglamento que contó con una sección adicional, el cual dispuso en el Título V:

Art. 93° Los delitos comunes cometidos por militares serán juzgados como los otros cualesquiera ciudadanos por el juez ordinario; sin otro requisito que el aviso que debe impartir el juez de la causa á la autoridad militar del departamento.

Art. 94° Los delitos cometidos en servicio militar, y los que se cometieron en cuartel, fortaleza, á bordo de los guerra ó en campamento, aún cuando fueran delitos comunes por su naturaleza serán juzgados conforme á las ordenanzas y demás leyes del ejército, y por los jueces y consejos establecidos por ellas⁽²⁴⁾.

Ello nos muestra la pretensión del Ejecutivo por un lado en vincular a los magistrados de ambos fueros, lo cual irradió a los niveles inferiores y órganos auxiliares como los escribanos: «...los jueces de primera instancia y los escribanos públicos del fuero común que desempeñaban funciones de Auditores de Guerra, gozarían del fuero de guerra por el tiempo que sirvieron en tales cargos⁽²⁵⁾». Aunque aparentemente existía un predominio del fuero común en el conocimiento de todo tipo de causa, notamos que también los supuestos de lugar como naves y campamentos militares generaban un espacio de territorialidad, lo cual daba lugar a una aparente inmunidad pero que sería subsanada con la integración mixta de civiles y militares en los tribunales que se abocaban causas de los militares, lo que no siempre se respetó.

El artículo 139° de la Carta de 1856 reafirmó la condición de fuero privativo a la Justicia Militar mientras no se promulgaran los códigos respectivos, aspecto resaltado por Christian Donayre, quien sostuvo que el espíritu de la norma fue recogido por la Constitución de 1867. Mientras tanto la Carta de 1860 estableció un hito en la historia del Derecho peruano al declarar en el artículo 116° que la obediencia militar se encontraba

(24) DE LA LAMA, Miguel Antonio: *Reglamento de Tribunales, anotado y concordado*. Lima. Librería e Imprenta Gil. 1905, p. 112 y ss.

(25) Decreto del 6 de agosto de 1846 en referencia a la Real Orden del 25 de septiembre de 1764.

regulada por las leyes y ordenanzas militares. Ello se entendió como un orden aparte, desvinculado de los preceptos constitucionales y las normas del fuero común. Aquello era inexacto pues: «...el expresado artículo de la Constitución de 1860 que la vigente Carta política [1933] ha reproducido, no tiene ya indudablemente aquel sentido⁽²⁶⁾». Por otro lado, la vigencia de las ordenanzas españolas no necesariamente significó la aplicación total de las mismas, como se desprende de la Memoria presentada en 1902 por el Jefe de la Zona Militar de Lima General César Canevaro al Consejo Supremo de Guerra y Marina: «Muy rara vez se sustanciaba un juicio militar con arreglo a las Ordenanzas y mientras muchos delitos quedaban impunes, otros tal vez eran castigados con excesivo rigor⁽²⁷⁾». Observación que no tomó en cuenta la aprobación del Código Militar del Perú de 1865 ni de las Ordenanzas Generales para el Régimen, disciplina y servicio del Ejército del Perú de 1878, cuya autoría correspondió al General Manuel de Mendiburu.

III. PROPUESTAS PARA SISTEMATIZAR EL DERECHO MILITAR LA CODIFICACIÓN DE 1865: EL CÓDIGO MILITAR DEL PERÚ

Durante el Gobierno del general Juan Antonio Pezet, en 1863, se nombró una comisión bicameral integrada por siete representantes del Poder Legislativo: Manuel de la Encarnación Chacaltana, Manuel Arizola, J. Bazo Basombrío, Mariano E. Vega, José María Pérez, Germán Astete y Jerónimo Lama, con el objeto de adecuar las leyes y ordenanzas militares al tenor de la Constitución de 1860 y del Código penal de 1861. Comisión que concluyó su labor, siendo sancionado el proyecto por ley de 10 de enero de 1865 y disponiéndose la promulgación del Código Militar del Perú para el 1º de mayo de dicho año. El gobierno de la Restauración o Dictadura de Mariano Ignacio Prado al deponer al general Pezet la impidió, quedando sin efecto su vigencia⁽²⁸⁾. Dicho cuerpo legal poseía cuatro partes siendo la tercera la relacionada con los delitos y las penas, la organización judicial militar y el procedimiento. Es de resaltar que su producción se basó en el respeto a los

(26) LANAITA, Rómulo: op. cit., p. 16.

(27) «Memoria presentada por el Jefe de la Zona Militar de Lima al Consejo Supremo de Guerra y Marina en 1902». En: *Anales de Justicia Militar*. Tomo 1, Lima, 1902.

(28) La ley de 10 de enero de 1865 publicada en *El Peruano* señaló que la siguiente etapa era la promulgación del Código Militar del Perú, pero que luego por ser obra del régimen anterior se entendió como nulo por la Dictadura.

derechos ciudadanos, aboliendo la pena de muerte y comprendiendo en la jurisdicción de guerra a los miembros del instituto armado, prisioneros de guerra y excepcionalmente a civiles por espionaje.

Se mantuvieron los Consejos de Guerra de Oficiales Generales y los Ordinarios para Tropa y por encima de éstos se estableció el Tribunal Supremo de Guerra, formado por militares y Vocales de la Corte Superior de Lima, el cual conocería en revisión las sentencias de los expresados Consejos. Al colegiado se integraba el Inspector General de la Guardia Nacional con lo cual la policía quedaba sometida al fuero de guerra. El procedimiento judicial penal militar era similar al de la legislación común de entonces, quedando la corrección de las faltas a cargo de los oficiales superiores con carácter más administrativo que judicial, aspecto retomado más adelante por la Misión Militar Francesa. Sin embargo, pese a estos avances todavía permanecían aún otras disposiciones que Lanatta cuestionaba: «... como aquella que considera que es atenuante del delito la circunstancia de no estar, el militar pagado con el día o carecer del apropiado vestuario⁽²⁹⁾».

Las Ordenanzas de 1878⁽³⁰⁾

Otro intento realizado en el siglo XIX se produjo con la propuesta de reformar y codificar las ordenanzas hispanas a cargo de la comisión presidida por el general Manuel Mendiburu, lo cual dio lugar a las Ordenanzas Generales para el Régimen, Disciplina y Servicio del Ejército del Perú, publicadas en dos tomos en 1878 y que constaron de cinco tratados: La organización del Ejército; los deberes de los jefes y oficiales y el de la tropa en los diversos cuerpos; la contabilidad militar; las disposiciones para el servicio de guarnición y el quinto: la Justicia militar.

Se mantuvieron los Consejos de Guerra de Oficiales Generales y los Ordinarios. Los primeros estarían formados por siete generales elegidos mediante sorteo ante la Corte Suprema, de acuerdo a una lista confeccionada por el Ministerio de Guerra; los segundos presididos por el Jefe del Cuerpo a que pertenecía el reo e integrados por seis oficiales del mismo rango a partir de la clase de Capitán. Había una sola instancia militar y ante la desaparición de los tribunales de revisión en el fuero privativo se consideró que en los casos más graves las Cortes Suprema y Superiores

⁽²⁹⁾ LANATTA, Rómulo: *op. cit.*, p. 18.

⁽³⁰⁾ Ordenanzas Generales para el Régimen, Disciplina y Servicio del Ejército del Perú. Lima, 1878, 2 tomos.

podían intervenir. La Suprema lo hacía cuando las sentencias eran dictadas por los Consejos de Oficiales Generales, mientras que si el fallo provenía de los Consejos Ordinarios actuaban las Cortes Superiores; en ambos casos se contaría con cojueces militares como asesores.

Respecto a lo punitivo, las normas aún mostraban colisión en la tipificación al conjugar la persona, el hecho así como las circunstancias, haciendo variar la responsabilidad del culpable, con lo cual se afectaba lo dispuesto en el Código Penal. La organización de la justicia militar y el ámbito de la jurisdicción de guerra sólo comprendían a los militares y miembros de la guardia nacional mientras estuviesen acuartelados. Excepcionalmente la justicia militar se extendía a los civiles en caso de espionaje. Aunque en los hechos las ordenanzas fueron cumplidas en parte, su contenido sirvió de referencia para el proceso de codificación.

IV. EL PRIMER CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Con la reorganización del Ejército a cargo de la misión militar francesa, Nicolás de Piérola en 1897 solicitó al coronel Paul Clement, un informe sobre la organización de la justicia penal de guerra. Posteriormente se nombraron tres comisiones de estudios militares, considerándose en la primera el ante proyecto de Código de Justicia Militar, la cual fue integrada por los doctores Miguel Antonio de la Lama y Alfredo Gastón, el teniente coronel Eduardo Dogny y el mayor Enrique González, siendo presidida por el coronel Julio A. Jiménez. Comisión que elevó al Supremo Gobierno el proyecto del código el 19 de julio del año siguiente. El Congreso sólo sustituyó la pena de muerte por la de veinte años de penitenciaría y en la ley de promulgación del 20 de diciembre de 1898, se dejó indicada la entrada en vigencia un mes después. En lo concerniente a la jurisdicción militar, se mantuvo el delito en función de la materia, circunstancia y lugar; otorgaron facultades amplias a los jueces militares, descritas en los artículos 145º y 146º que incluyeron a supuestos como: Salteamiento, destrucción de hilos telegráficos, ataques a los conductores de valijas postales, levantamiento de rieles o vías férreas, destrucción de puentes, incendio y secuestro de personal.

El Código de Justicia Militar y los posteriores confirmaron una jurisdicción que no era nueva, que como última instancia en la organización castrense retomaba la figura del organismo de 1834 denominado ahora Consejo Supremo de Guerra y Marina, el mismo que se vinculaba con el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de la República, reconocida

como su superior jerárquico. Su composición fue de naturaleza mixta para lo cual se contó con 6 Militares (4 Generales y 2 Almirantes, de Armas y en actividad⁽³¹⁾) y 3 Vocales menos antiguos de la Corte Suprema, siendo los designados: Ricardo Ortiz de Zevallos, Manuel L. Castellanos y Simón Gregorio Paredes, quien llegó a ocupar el cargo de Presidente del Consejo, cuyo juramento fue tomado por el propio Presidente de la República. A ellos se sumó el académico Miguel A. de La Lama⁽³²⁾ en calidad de Fiscal Supremo. Entidad que de acuerdo al Código de Justicia Militar funcionaba en una de las salas de la Corte Suprema o en otro local del Palacio de Justicia y tomaba conocimiento de: sentencias provenientes de los Consejos de Guerra, causas de Oficiales Generales, aprobaba o desaprobaba resoluciones judiciales, quejas contra tribunales o autoridades de guerra, dirimía las competencias de jurisdicción, entre otros. Para lo cual su funcionamiento se dividía en: Sala Suprema de Guerra y Sala Suprema Revisora. Circunstancia que nos demuestra la articulación del fuero militar con la Corte Suprema de Justicia, no existiendo dificultad en la integración jurisdiccional del Estado peruano, donde el sistema jurídico de entonces sólo admitía expresamente el fuero común y el militar. Durante el gobierno de José Pardo las Leyes 272 y 273⁽³³⁾ (ambas del 27 de octubre de 1906) señalaron nuevas pautas para la organización militar castrense. En primer lugar, se mantenía la jurisdicción privativa pero modificando la relación con la común aunque la Ley 272 otorgase prioridad a los tribunales ordinarios en la contienda de competencia, dictaminada por la Corte Superior y en última instancia por la Corte Suprema. Expresamente se recalca que esta Corte conocería los recursos de nulidad proveniente de cualquier fuero. Sin embargo, la Ley 273 modificó tanto la composición de la máxi-

(31) A los cuales se incorporaría más adelante por la Marina de Guerra el Contralmirante Lizardo Montero en calidad de vocal de dicho Consejo Supremo. Véase: LÓPEZ MARTÍNEZ, Héctor: «El patriota: Lizardo Montero, a 100 años de su muerte». En: *El Dominical* (Lima), 20 de marzo de 2005; p. 7.

(32) Impulsor del Derecho positivo, divulgador de códigos, leyes y reglamentos. «No hay un abogado en el Perú, no hay una sola que se interese por los estudios jurídicos, que no conozca la personalidad del doctor Lama; así como no existe tampoco un solo hombre de negocios que no deba más o menos directamente la seguridad de sus derechos a las inspiraciones del viejo y simpático maestro». Véase: *El Derecho*, órgano del Ilustre Colegio de Abogados, año XIX, n° 365, enero a abril de 1909, p. 1. Citado en: RAMOS NÚÑEZ, Carlos: *Historia del Derecho Civil Peruano*. Tomo IV. Legislación, abogados y exegetas. Lima. Fondo Editorial de la Universidad Católica. 2003, p. 409.

(33) MINISTERIO DE GUERRA: *Código de Justicia Militar, autorizado por Resolución Suprema del 1° de febrero de 1934*. Lima. Librería e Imprenta del Gabinete Militar. 1934: p. 241-244.

ma instancia del fuero militar y de las instancias inferiores con lo cual percibimos el retiro de los magistrados civiles en el conocimiento de las causas. Sólo se conservaron los cargos de Fiscal y relator del antes Consejo Supremo de Guerra y Marina, que en adelante se denominaría Consejo de Oficiales Generales. En razón de la persona, la ley 2442 del 3 de septiembre de 1917, señaló que la justicia militar sólo comprendería militares en actos de servicio, sin embargo subsistía aún la tipificación en razón del lugar llámese de campamentos o naves de guerra con lo que podía ser cualquier persona la involucrada.

V. INNOVACIONES EN CÓDIGOS POSTERIORES

La Constitución de 1920 en su artículo 156° señaló que la competencia respecto a los civiles en tiempos de paz, por ningún motivo podía derivarse a la justicia militar, salvo en caso de guerra nacional. Por otro lado, en relación a la estructura de la jurisdicción militar el artículo 229° de la Carta de 1933 dispuso que la ley determinase la organización y las atribuciones de los tribunales militares así como de los juzgados especiales que se establecieran por la naturaleza de las cosas.

Durante el régimen del general Luis M. Sánchez Cerro se dictaron los Decretos Leyes 6881 y 6929 concernientes a la Seguridad del Estado sometiendo a los civiles ante los Consejos de Guerra, sin apelación ni revisión de sentencias. Ello mostraba el apresuramiento del gobierno de turno por reprimir los denominados delitos políticos sociales vinculados a los miembros y simpatizantes del Partido Aprista Peruano, a cargo de los militares. En 1939, el régimen de Oscar R. Benavides promulgó el segundo Código de Justicia Militar ratificando a la Corte Suprema de la República como instancia última para el conocimiento de los recursos de nulidad provenientes del fuero castrense. Por debajo de ésta la organización quedaba establecida con el Consejo de Oficiales Generales integrado por nueve vocales: Seis generales y tres contralmirantes, a los que acompañaban dos letrados: El auditor general y el fiscal. En segundo lugar, el jefe de zona a cargo de un coronel o capitán de navío contando con personal permanente. A continuación: cuatro tipos de Consejos de Guerra (coroneles, demás jefes, oficiales subalternos y tropas). A ello se integraba además personal letrado contratado: auditor, relator, secretario y defensor; y excepcionalmente se mantenía la jurisdicción sobre los civiles. En 1950 por Decreto Ley 11380, ratificado por Ley 11490 se dictó el tercer Código de Justicia Militar que mantuvo la injerencia de la Corte Suprema en los casos de pena de muerte, pena mayor a 5 años y en sentencias absolutorias. El Con-

sejo de Oficiales Generales estuvo conformado por siete vocales, para lo cual disminuyó el número de generales de ejército a tres, los contralmirantes a dos y se incorporaban dos generales: Uno por la Fuerza Aérea y otro por la Guardia Civil. A ellos se sumaban el Fiscal General, que debía ser letrado y el Auditor de Guerra, todos ellos nombrados por el Poder Ejecutivo.

En segundo lugar, permanecieron los Consejos de Guerra permanentes, eliminándose los cuatro tipos de consejos. Surgieron los Consejos Especiales para coroneles y capitanes de navío. Aporte importante fue la presencia constante de letrados u Oficiales Jurídicos y en calidad de titulares de la administración de justicia y fiscalía, provenientes del naciente Cuerpo Jurídico Militar. Sin embargo, aunque la ley dispuso la necesidad de dichos Oficiales, los respectivos Comandantes Generales sobre todo en el Ejército no siempre les otorgaron prioridad en la colocación para las magistraturas, poniendo en su lugar a Oficiales de Armas. En 1963, el legislador optó separar los temas de la organización jurídico-castrense para lo cual se dictó el cuarto Código de Justicia Militar, referido a las faltas y delitos y por otro lado, la Ley Orgánica de Justicia Militar, que reunía las normas sobre organización y atribuciones de los tribunales de Justicia Militar. Durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada el fuero militar asumió un rol activo recurriéndose a él por cuestión de celeridad y la aplicación severa de ciertas conductas. Para ello, se expidieron normas con el objeto de controlar toda posible actitud en contra de las medidas llevadas por el régimen catalogadas como insurgentes, fuese con fines políticos o no. El Decreto Ley N° 17716 del 24 de junio de 1969 establecía los delitos de sabotaje a la Reforma Agraria. El Decreto Ley N° 19049 del 30 de noviembre de 1971 tuvo como objetivo sancionar el uso de explosivos o bombas utilizados con el propósito de intimidar, alarmar o alterar la paz interna o el orden público. Por otro lado, el Decreto Ley N° 20828 del 3 diciembre de 1974 sancionaba los atentados contra las personas con fines políticos. La convocatoria a la Asamblea Constituyente en 1978 para redactar una nueva Constitución creó el marco propicio para plantear reformas, también en el ámbito de la justicia militar. En lo concerniente al debate sobre la función jurisdiccional se abordaron los asuntos relacionados con el terrorismo, para ello se presentaron diferentes propuestas respecto al control de dicho fenómeno social. El Partido Popular Cristiano planteó un proyecto en el capítulo sobre Poder Judicial precisado en lo siguiente: «son garantías de la administración de justicia la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no puede haber jurisdicción independiente con excepción del arbitral en los casos que la ley no la prohíbe y la jurisdicción militar»⁽³⁴⁾. Lo cual ya determinaba una jurisdicción de carácter exclusiva

y especializada dentro de un esquema más complejo vinculado al sistema nacional de justicia, que incluía tanto al Poder Judicial como al Ministerio Público, el que iba apareciendo en forma autónoma. En esta misma línea el artículo cuarto de dicho proyecto sostenía que: «La justicia militar es competencia de los jueces y tribunales militares y disciplinarios de acuerdo a ley. La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y a los casos de guerra y de estado de sitio. Ningún civil podrá ser procesado en tiempo de paz, por los tribunales y jueces militares salvo los jefes y cabecillas que comandan acciones de armas contra el poder público y los autores, coautores y cómplices de actos de terrorismo⁽³⁵⁾». De esta manera no sólo se diferenciaba entre los sujetos involucrados sino que se introducía el terrorismo como supuesto de agravamiento. Propuesta que la época mostraba un parecer del control estatal frente a los fenómenos sociales y que pudo haber sido parte del texto final de la Constitución de 1979, en la parte pertinente. El énfasis en la extensión de la jurisdicción militar a los jefes y cabecillas que comandan acciones de armas contra el poder público, autores o coautores y cómplices de actos de terrorismo nos hacen pensar en el tenor de los artículos de los Decretos Legislativos referidos al Terrorismo Agravado a finales de la década de los noventa. La Carta de 1979 en su artículo 233° admitió que eran: «...garantías de la administración de justicia, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no existen ni pueden establecerse jurisdicción alguna independiente con la excepción de la arbitral y la militar, quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación». Complementario a ello, su artículo 282° postulaba que: «...los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, en los casos de delito de función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235°: No hay pena de muerte sino por traición a la patria, en caso de guerra exterior». Ello nos ilustra la alusión al delito de función como prerrogativa de dichas fuerzas y que iba reemplazando al concepto de acto de servicio. El cambio a nivel constitucional motivó la dación de nuevos textos legales en julio de 1980: La Ley Orgánica de la Justicia Militar por Decreto Ley 23201 y el quinto Código de Justicia Militar por Decreto Ley 23214. Con la Constitución de 1979 se rompía en el fuero común el esquema que desde el virreinato había integrado en una

(34) ASAMBLEA CONSTITUYENTE: Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente. Lima: Congreso de la República. Tomo III, 1978; p. 175.

(35) ASAMBLEA CONSTITUYENTE: op. cit., Tomo III, 1978, p.178.

sola institución a jueces y fiscales, ello a partir del nacimiento del Ministerio Público, conformado por estos últimos. Sin embargo, la jurisdicción militar conservaba el esquema a la antigua usanza, aspecto que fue ratificado por el Decreto Legislativo 052 —Ley Orgánica del Ministerio Público— al no hacer mayor innovación en el caso militar. Sin embargo, el legislador al otorgar mayor autonomía a la función fiscal no se percató y ésta sólo podía reposar en dicho Ministerio y que a diferencia del aspecto jurisdiccional ésta resultaba ser indelegable, aspecto resaltado años más adelante por el Tribunal Constitucional.

La Constitución de 1993 en sus artículos 173° y 141° estipuló que en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sean sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, exceptuándose a los civiles salvo en el caso de traición a la patria y de terrorismo, de acuerdo a lo que determine la ley. Respecto al fuero militar, el recurso de casación era conocido por la Corte Suprema pero sólo era aplicable cuando de pena de muerte se tratase con lo cual se había recortado la injerencia de dicho colegiado ya que anteriormente tenía conocimiento de diferentes causas por casación. Por otro lado a los civiles se les aplicaba el Código de Justicia Militar en tanto realizaran el Servicio Militar Obligatorio, siendo afectos en la tipificación de los delitos como persona y de acuerdo al lugar donde permanecían. Este cotejo legislativo y constitucional nos sirve para apreciar como la normativa existente servía de respuesta para resolver las acciones desarrolladas por el flagelo terrorista en los años siguientes. La revista Oiga⁽³⁶⁾, sostenía «estamos como ustedes bien saben en pleno proceso de la manifestación del terrorismo, los analistas piensan que medidas tales como el estado de emergencia, si bien pueden contribuir a lograr avances en la lucha antisubversiva, tienen que ser complementadas con otras tales como el traslado de los juicios de senderistas al Fuero Militar. Esto debido a que el Poder Judicial intimidado y carente de medios se ha mostrado hasta la fecha inoperante como lo prueba el hecho que aún no ha sido juzgado ni uno solo de los más de dos mil terroristas encarcelados». A finales del segundo régimen de Belaúnde, el diario El Comercio⁽³⁷⁾ expresaba en su página editorial la postura de derivar el conocimiento de los procesos subversivos al fuero castrense:

(36) OIGA, número 128, 27 de agosto de 1983.

(37) El Comercio, 10 de julio de 1984. Vid. ETO CRUZ, Gerardo, LANDA ARROYO, César y PALOMINO MANCHEGO, José: «La Jurisdicción Militar en el Perú». En: BIDARI CAMPOS, Germán y PALOMINO MANCHEGO, José: *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1997, p. 375.

«Reiteramos que es necesario revisar y ampliar la ley anti terrorista para tipificar a los senderistas como traidores a la patria. En el estado técnico actual de la guerra interna y para conferir atribuciones especiales en este campo a los tribunales militares». Artículo que iba introduciendo en la figura de conductas ilícitas como guerra interna, con la cual hacía posible ampliar el espectro sancionador. En el Mensaje a la Nación⁽³⁸⁾, el presidente Alan García argüía la posibilidad de hacer o no extensible los casos de terrorismo hacia la jurisdicción militar, lo que revelaba el deterioro de la autoridad en un momento en el cual su credibilidad comenzaba a entrar en cuestionamiento. En base al pedido presidencial fueron presentados dos nuevos proyectos en el Congreso de 1989. El senador Andrés Quintana-Gurt Sara (Partido Aprista Peruano PAP) propuso la modificación de la aplicación penal en referencia a las personas, rompiéndose el principio del juez natural que sólo creaba diferencias en relación a la función desempeñada. Con ello se buscaba ampliar la calificación de quien era militar lo que determinaría la modificación del artículo 321° del Código de Justicia Militar en los términos siguientes: «son militares para efectos de este código los ciudadanos que encontrándose en edad militar y formando parte de la reserva sin prestar servicio atenten contra la vida o la salud del personal militar, de la Policía Nacional en actividad o contra los bienes que estos custodian». Por su parte, el entonces senador Enrique Chirinos Soto (Convergencia Democrática – CODE) formulaba la modificación del artículo 282° de la Constitución de 1979 en los términos siguientes: «quienes infringen el servicio militar están sometidos al fuero castrense y al Código de Justicia Militar. También lo están quienes atacan a las fuerzas o a la Policía Nacional⁽³⁹⁾». Cambios que no sólo eran resultado de modificaciones constitucionales y legales sino que partían del parecer de un gran sector de la sociedad que reclamaba que el juzgamiento de dichas figuras fuera derivado a la jurisdicción castrense, asunto que no fue ajeno al Mensaje a la Nación⁽⁴⁰⁾ del Presidente de la República Alberto Fujimori: «Mi gobierno ha adoptado una clara y definida posición acerca de la necesidad de un ordenamiento social más justo y solidario, como también de la necesidad de derrotar en forma definitiva a los grupos alzados en armas».

Todas estas inquietudes terminarían años más tarde en sobrecargar

(38) *El Peruano*, 29 de julio y 16 de agosto de 1989.

(39) *Diario El Comercio*, 2 de agosto de 1989

(40) *El Peruano*, 29 de julio de 1991.

las atribuciones de los tribunales castrenses respecto a la manera cómo se reguló y aplicó el Derecho con el riesgo de desnaturalizarse con misiones compatibles o no con su perfil institucional, generándose así una hipertrofia. Situación originada por los propios poderes de carácter político: el Ejecutivo y el Congreso que trataron de solucionar la inacción del Estado frente al descontrol originado por el terrorismo, a través de la vía legislativa o mediante facultad delegada. Modificaciones que más adelante los propios poderes políticos debieron haber subsanado y que al no hacerlo originaron el cuestionamiento de la existencia de los tribunales castrenses.

Medidas que llevaron más adelante buscar precisiones en torno al tema de la jurisdicción, facultad única que reposa en el Estado y por cuestión de especialización puede ser distribuida de acuerdo a las funciones ejercidas. Aunque la teoría decimonónica postulaba que el poder no se dividía, la marcha propia del Estado demostró la necesidad de asignar un número de competencias a las instancias estatales pertinentes. De ahí que, el ámbito militar por sus atribuciones gozara de una jurisdicción exclusiva y especial lo que no implicaba impunidad alguna, la que más bien se suele gestar en momentos críticos donde el Estado atraviesa por un nivel de precariedad o por una institucionalidad incipiente, incapaz de responder a las demandas sociales. La falta de gobernabilidad sumada al débil manejo de control social agravó las sanciones de manera errónea, a lo cual contribuyó tipificación ambigua en el contexto de los años 80 cuando el despliegue del terrorismo alcanzaba ribetes insospechados. Las instituciones de la Fuerza Armada y de la Policía Nacional (Guardia Civil, Guardia Republicana y Policía de Investigaciones) no se hallaban capacitadas para enfrentar al terrorismo viéndose relegadas frente a lo más mínimo que podía ofrecer el Estado peruano: Orden interno y seguridad. Aunque el uso de la fuerza se encontraba amparada por el mandato constitucional, el tratamiento de la lucha contra el terrorismo no tuvo criterios uniformes durante las administraciones de los períodos 1980 hacia el año 2000, no sólo por los diferentes partidos oficiales sino a la falta de coherencia al interior de cada régimen⁽⁴¹⁾. Si bien la Carta de 1979 concedió el uso legal de armas de fuego y de guerra a un cuerpo especializado, llamado Fuerza Armada y Policía, los partidos oficiales se desentendieron a nivel gubernamental y legislativo del deber de fiscalizar a las fuerzas de seguridad que recibieron

(41) Vid. GORRITI ELLENBOGEN. Gustavo: *Sendero. Historia de la guerra milenaria en el Perú*. Lima: Editorial APOYO. 1991; p. 245.

el mandato de reprimir, creándose anomalías en la preservación y defensa de los Derechos Humanos, como lo ha manifestado en su informe la Comisión de la Verdad y Reconciliación⁽⁴²⁾.

El régimen de Alberto Fujimori Fujimori luego del autogolpe del 5 de abril de 1992 dio inicio a una abundante legislación antiterrorista como respuesta para neutralizar y vencer al terrorismo, siendo el Decreto Ley N° 25659 el que sentara el precedente al tipificar el delito de traición a la patria y variar sustancialmente el principio de juez natural: «A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, los delitos de Traición a la Patria será competencia del Fuero Privativo Militar tanto en su investigación como en su juzgamiento⁽⁴³⁾» Norma que sería complementada en adelante con otras que castigaban todo aquello que favoreciera la difusión del terrorismo: Condición de docente, apología del terrorismo (Decreto Ley N° 25880), ratificando los juzgamientos de civiles en la esfera militar: Ley de contienda de competencia sobre jurisdicción civil o militar (Ley N° 26291). Tendencia que se mantuvo en la redacción de la Constitución de 1993 y que se estableció en el artículo 173°: «En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141° sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar». La dación de los Decretos Legislativos N° 895 y 987 cierran este período de política represiva, desvirtuándose la política estatal conforme transcurría el fenómeno social que le había dado origen y que por el contrario serviría más adelante como mecanismo de control del régimen de Fujimori para beneficio del gobierno. No podemos dejar de mencionar que estas desviaciones de poder realizadas también por regímenes anteriores con el desplazamiento del juzgamiento de civiles a tribunales castrenses ha sido una constante en el manejo gubernamental, apartando su verdadera jurisdicción. Pero por otro lado, la falta de presencia de letrados en la presidencia de los colegiados castrenses, como magistrados o fiscales pusieron en cuestionamiento el sustento de los fallos emitidos, debido a que el Pacto de San José y la doctrina procesal constitucional habían impuesto en las últimas décadas la

(42) COMISIÓN DE ENTREGA DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN: Hatun Willakuy. Lima: Corporación Gráfica Navarrete, 2004, p. 207 y ss.

(43) Decreto Ley N° 25659, artículo 4°.

vigencia de garantías jurisdiccionales y la protección de derechos como sustento del Debido Proceso, lo que ponía en ciernes la legitimidad de los actos de los tribunales militares. Hecho que se percibe incluso en la propuesta y designación al cargo de Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar en favor de un Oficial de Armas y no de uno del Cuerpo Jurídico como lo ocurrido con el Teniente General FAP Óscar Granthon Stagnaro o del General de Brigada EP Guido Guevara Guerra, aunque éste último fuese abogado.

Debido proceso que gozaba ya de una trayectoria desde el proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1969, dando lugar al texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) aprobado y ratificado por el gobierno del general Francisco Morales Bermúdez mediante Decreto Ley 22231 en 1978 e incorporada en la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979. Precepto que no contó con la fuerza vinculante necesaria pese a que ya se encontraba articulada en la legislación nacional, siendo su inobservancia muy recurrente. Más aún, la Carta de 1993 se encargaría de relativizar los principios y derechos de dicho Pacto al colocar en su artículo 55° a los Tratados al rango legal, cualquiera que sea su materia. Situación superada por la STC / 1277-99-AC/TC, del 13 de julio de 2000 promovida por Ana Elena Townsend Díez Canseco y otros, solicitando el cumplimiento a lo señalado en el artículo 14° del inciso 6) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que buscaba iniciar el proceso de indemnización a las personas inocentes condenadas por delitos de terrorismo y traición a la patria.

El cambio de régimen político con el Doctor Valentín Paniagua C. creó el marco propicio para reencausar el manejo de la política estatal dentro de la vigencia del Estado Democrático Constitucional. El Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 27401 de fecha 12 de enero de 2001, derogó la resolución anterior, encargando al poder Ejecutivo realizar todas las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados generados y restablecer a plenitud la Competencia Contenciosa Interamericana de Derechos Humanos. Más adelante, otra sentencia del Tribunal Constitucional, impulsada por Tineo Silva y cinco mil ciudadanos, acogería la acción de inconstitucionalidad interpuesta además por la Defensoría del Pueblo contra los Decretos Legislativos N° 895, 897 y la Ley N° 27337 con lo cual se iniciaba el proceso de adecuación de los juzgamientos efectuados al amparo de la legislación hasta entonces vigente pero contraria a los principios de los Derechos Humanos, cuestionamiento que también fue contemplado a nivel de la Comisión Interamericana de los Derechos Humana-

nos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Circunstancia que generó hasta posturas extremas que reclamaban desde la desaparición de la Justicia Militar hasta aquellas que creían conveniente delinear su organización como las causas que tomaría a su cargo, las que se insertan en las de índole penal, asociadas con el mantenimiento a la disciplina. Sanciones que deben considerar el bien jurídico a cautelar, la función desempeñada así como la proporcionalidad punitiva que se encuentra asociada por el rasgo de ejemplaridad de la estructura castrense y que excluye el carácter resocializador de la pena aplicada en el fuero común, basado en el derecho del individuo a reinsertarse a la sociedad después de cumplido el castigo. El modelo jurídico castrense se sustenta como excepción y cuenta con las garantías jurisdiccionales necesarias para una administración de justicia transparente, descartándose el mal llamado espíritu de cuerpo que termina por socavar a la institución.

VI. CONCLUSIONES

La existencia de la jurisdicción siempre ha estado vinculada a la esfera del poder, pues resulta inherente declarar derecho frente al conflicto de intereses. Es facultad del Estado, de acuerdo a su ordenamiento jurídico, establecer las entidades que lo representan, derivándoles dicha atribución como sucede en la Constitución vigente. De ahí, que no se puede pretender sostener la restricción de facultades al Poder Judicial, pues ante todo pertenecen al ordenamiento jurídico en sí, por lo que el tema de la Justicia Militar o Jurisdicción Especializada en materia penal militar-policial deba ser examinado en función del bien jurídico cautelado, la función desempeñada y a la luz de las tendencias jurídicas actuales: Doctrina, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y donde el grado de especialización este acorde con esta administración de justicia en nombre del Estado.

El breve repaso legislativo nos muestra circunstancias parecidas que en el pasado combinaron la parte sustantiva con la procedimental. Desde 1863 y en tiempos de democracia nuevos vientos buscaban la adecuación de dicha administración judicial a los derechos individuales con el primer código de Justicia Militar. Por otro lado podemos constatar que siempre se reconoció a la Corte Suprema de la República la máxima instancia como casación en el conocimiento de diferentes causas, recortándoles por momentos dicho conocimiento. La presencia letrada aunque indicada taxativamente en reglamentos y leyes tuvo una presencia parcial y aún cuando desde 1950 se hiciera énfasis en la obligatoriedad de los Oficiales del Cuerpo Jurídico en las magistraturas y fiscalías como titulares, termi-

naron desplazados por los de Armas incluso en los ascensos. En el actual escenario la revisión de la jurisdicción militar policial y la de sus miembros requiere de la experiencia y conocimiento que coadyuven a desarrollar una administración de justicia en materia penal militar policial, compatible con los nuevos retos sociales y jurídicos, para lo cual cursos de capacitación y vivenciales proporcionarán las herramientas para los futuros magistrados y fiscales militares.

Su correcto funcionamiento erradicará las críticas provenientes de la esfera política no siempre ponderadas y sistematizadas: La corrupción, el abuso de poder, «la exclusividad de la unidad jurisdiccional», el flagelo del caudillismo, imputaciones que más han obedecido a otros intereses. Podemos sostener que los legisladores, procedentes tanto de gobiernos de facto o representativos, no siempre han presentado una propuesta coherente en el diseño de esta jurisdicción especializada vertebrada con la máxima entidad a nivel del Poder Judicial: La Corte Suprema. Y del mismo modo, señalamos que frente al surgimiento de fenómenos sociales el Estado no actuó cumpliendo la ley y lo que es peor, una vez lograda la estabilidad política no subsanó las irregularidades cometidas, produciendo la falta de legitimidad en sus actos. Hoy en día la jurisdicción Especializada Militar Policial requiere una reforma definitiva que logre otorgarle autonomía e independencia, interrelacionada con el actual Sistema Nacional de Justicia y fortalecida en el Estado Democrático de Derecho del cual gozamos.

VII. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

Archivo Digital de la Legislación peruana.

Diario El Comercio.

Diario Oficial El Peruano.

ARGÜELLES, Agustín de (1989) Discurso preliminar a la Constitución de 1812. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978) Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente. Lima: Congreso de la República.

BASADRE GROHMAN, Jorge (1971) Introducción a las Bases Documentales para la Historia de la República del Perú. Lima: Ediciones P.L.V.

- BIDART CAMPOS, Germán y PALOMINO MANCHEGO, José (1997) *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- COMISIÓN DE ENTREGA DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (2004) *Hatun Willakuy*. Lima: Corporación Gráfica Navarrete.
- CRUZ BARNEY, Óscar (2002) *Historia del Derecho en México*. México: Oxford University Press.
- DE LA LAMA, Miguel Antonio (1905) *Reglamento de Tribunales*, anotado y concordado. Lima. Librería e Imprenta Gil.
- Donayre Montesinos; Christian (2003) *La Reforma de la Justicia Militar*. Lima: Jurista Editores.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1996) «Nacimiento y evolución inicial de la Jurisdicción Constitucional». *Scribas Revista de Derecho (Arequipa)*, Año 1, núm. 1.
- GÁLVEZ, José Francisco (1999) «Burócratas y Militares en el siglo XVIII». En: O'PHELAN GODOY, Scarlett: *El Perú en el siglo XVIII: La Era Borbónica*. Lima: Pontificia Universidad Católica – Instituto Riva-Agüero.
- GORRITI ELLENBOGEN, Gustavo (1991) *Sendero, Historia de la guerra milenaria en el Perú*. Lima: Editorial Apoyo.
- GRUPO DE INVESTIGACIÓN Ius et Veritas (1999) *La justicia militar para civiles: Análisis e implicancias*. Ius et Veritas (Lima) Año IX, núm. 19. Diciembre
- HERZOG, Tamar (1994) «Sobre justicia, honores y grado militar en la Audiencia de Quito durante el siglo XVIII». *PROCESOS (Revista Ecuatoriana de Historia)*. Quito. N° 6.
- HURTADO POZO, José y DOIG DIAZ, Yolanda (2002) *La Reforma del Derecho Penal Militar*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LANATTA, Rómulo E. (1935) *Curso de Justicia Militar*. Lima: Talleres Gráficos de la Guardia Civil y Policía.

- LÓPEZ MARTÍNEZ, Héctor (2005) «El patriota: Lizardo Montero, a 100 años de su muerte». *El Dominical* (Lima).
- MENDIBURU, Manuel de (1878) Ordenanzas Generales para el Régimen. Disciplina Servicio del Ejército del Perú. Lima, 2 tomos.
- MINISTERIO DE GUERRA (1934) Código de Justicia Militar. Lima. Librería e Imprenta del Gabinete Militar.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos (2003) Historia del Derecho Civil Peruano. Tomo IV. Legislación, abogados y exegetas. Lima. Fondo Editorial de la Universidad Católica.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1997) Manual de Historia del Derecho Español. Madrid. Tecnos.

DOCUMENTOS

EN EL DÉCIMO ANIVERSARIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Víctor García Toma ^(*)

Hago uso de la palabra con ocasión de celebrarse el Décimo Aniversario de nuestro organismo, oportunidad propicia para dar cuenta de la labor realizada durante este año; así como para hacer entrega del cargo de Presidente del Tribunal Constitucional, adelantándome algunas semanas al vencimiento del período legal para el cual fui elegido. Ello con el propósito de generar a tiempo y en las mejores condiciones el segundo relevo generacional que toda institución de raigambre democrática debe tener como regla preceptiva. Entrega de posta que se lleva a cabo con previa aprobación por parte del Pleno, de Los Nuevos Lineamientos de Política Institucional, lo que a mi entender contribuirá a salvaguardar el orden administrativo, un coherente manejo presupuestal y el inicio de la ejecución de planes con resultados de mediano y largo plazo.

Para el Tribunal Constitucional representa un honor la presencia física o espiritual de personalidades e instituciones de la talla de Alfonso Barrantes Lingán, Luis Bedoya Reyes, Gastón Garatea León, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Valentín Paniagua Corazao, Henry Pease García y Armando Villanueva del Campo.

A ustedes debo decirles que los reconocimientos serán siempre insuficientes cuando nos referimos a quienes han dado toda su vida al servicio

(*) Discurso memoria del Presidente del Tribunal Constitucional (diciembre de 2006).

de ideales excelsos como la libertad, la justicia, la democracia y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona; pero aún así el agradecimiento será expresión de una virtud y una obligación mayor cuando se trata de homenajear a quienes han recorrido los caminos del civismo militante y el desprendimiento personal en favor de las causas más sentidas en el corazón de los peruanos.

El Tribunal tiene por mandato constitucional dos tareas altamente significativas: El resguardo de la constitucionalidad y la defensa de la dignidad de la persona humana.

En relación a lo primero cabe señalar que la Constitución implica en sí misma un proyecto de vida en común, manifestado en un conjunto de ideas, creencias y convicciones socialmente compartidas que apuntan a la construcción de una forma política de convivencia.

Asimismo, expone un estatuto racionalizador del poder que formaliza la legitimación de su ejercicio y, que, por ende, establece una relación de mando y obediencia en donde el pueblo decide quién gobierna, por cuánto tiempo gobierna, cómo gobierna y para qué gobierna.

Igualmente, representa el orden supremo que predetermina el sistema jurídico, el cual impone una regulación normativa que encauza la vigencia y validez de todo el andamiaje legal del país. De allí que, como bien dijera Manuel García Pelayo, «todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución».

La existencia de un Tribunal Constitucional sólo cobra sentido en el Estado del Derecho, ya que este último tiene como objetivos verificar la consagración de la seguridad jurídica entre los gobernantes y gobernados, eliminar cualquier rasgo de arbitrariedad en el funcionamiento del Estado, y asegurar el sometimiento del Estado al derecho. Para tal efecto, como sucede desde hace cinco años y como estoy seguro seguirá sucediendo en el futuro, el Tribunal Constitucional es autónomo, independiente e imparcial. Estos tres conceptos celosamente cuidados por este organismo son la clave de bóveda para que en el ejercicio de sus actividades jurisdiccionales se resguarden los valores y principios democráticos que como dogmas ciudadanos auxilian al Perú en su brega por ser un país desarrollado y con justicia.

Nuestra Constitución impone que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

La dignidad alude a una calidad inherente a todos y cada uno de los miembros de la especie humana que no admite sustituto ni equivalente alguno.

Consiste en que la persona como ente ético-espiritual puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, y actuar sobre el mundo que la rodea.

En ese contexto, el ser humano es *per se* portador de estima, custodia, atención decorosa y apoyo heterónimo para su realización existencial y coexistencial.

Partiendo, en cierto modo, de las consideraciones expuestas por Joaquín Ruiz-Jiménez Cortés, cabe establecer, en torno a dicha noción, las cuatro dimensiones siguientes:

DIMENSIÓN TEOLÓGICA

Esta se sustenta en un ser que es «criatura de Dios». El hombre, por ello, se presenta como una creación «socializada».

Como consecuencia de ello «a nadie le está permitido violar impunemente la dignidad humana, de la que Dios mismo dispone con gran reverencia».

Más aún, ni siquiera por voluntad propia el hombre puede ser tratado de una manera inconveniente o someterse a una esclavitud del alma, pues no se trata de algo sobre lo que este tiene pleno dominio.

DIMENSIÓN ONTOLÓGICA

Esta se sustenta en la condición de un ser dotado de inteligencia, libertad y conciencia de sí mismo.

DIMENSIÓN ÉTICA

Esta se sustenta en la condición de un ser dotado de autonomía moral, la cual se manifiesta en el autootorgamiento de sentido a su existencia y acción convivencial.

DIMENSIÓN SOCIAL

Esta se sustenta en la condición de un ser inevitablemente vinculado con sus semejantes para alcanzar su plena realización.

La dignidad incita a todo ser humano y, dado que es exclusiva de él, se traduce en lo siguiente:

- a) Capacidad de decidir libre y racionalmente.
- b) Isonomía y homología intrínseca con todos los miembros de la especie humana.
- c) Capacidad para determinar una identidad propia y forjar su personal proyecto de vida.
- d) Organización y funcionamiento de la sociedad y el Estado en pro de la plena realización de sus miembros.

Como principio rector de la actividad del Estado y la sociedad, la dignidad guía y encauza todos los procesos coexistentiales.

En ese sentido, dichos procesos se materializan en aspectos tales como la legitimación y la realización:

- *La legitimación* implica que el resguardo y promoción de la dignidad deviene en la razón de ser de la actividad del Estado y la sociedad. Por ende, es supeditante para calificar las acciones de ambos.
- *La realización* impone que el Estado y la sociedad traten a cada ser humano como tal, y que, en ese contexto, puedan cumplir a cabalidad sus propias aspiraciones y sueños; vale decir, que puedan diseñar, construir y alcanzar su proyecto de vida.

La defensa y promoción de la dignidad plantea que tanto en el marco de las relaciones estaduales como en el de las meramente sociales se acredite la existencia de reglas de protección y fomento.

A través de ellas se encauzan todas las actividades convivenciales a efectos de precisar, prever, impedir, evitar y eludir actos y hechos que puedan ponerla en peligro; así como de guiar el accionar del cuerpo político en pro de la adopción de medidas destinadas a rectificar, subsanar o sancionar actos y hechos que afecten la defensa o promoción de esta.

En el cumplimiento de ambas tareas, el Tribunal ha desplegado este año una intensa y enriquecedora actividad jurisprudencial que, a diferencia de otras experiencias institucionales, ha combatido y erradicado viejos vicios y malas prácticas jurisdiccionales.

Así, en nuestra jurisprudencia no se encontrará rezago alguno de aquella manida deformación profesional de reducir el derecho a la textualidad de la ley; no se hallará laxitud alguna en la tarea de cavilación jurídica, ni aparecerán las fauces del pavor a la innovación jurisprudencial. Tampoco se hallará indeterminación e imprecisión resolutive. Pero, más aún, en modo alguno se encubrirá en la clásica disculpa de la sobrecarga procesal, ni

exhibirá una conducta funcional voluble para resolver en contra de la necesaria coherencia y seguridad jurídica a la que tiene derecho la sociedad en su conjunto y los justiciables en particular.

Entre las sentencias dictadas durante mi gestión, quisiera destacar las siguientes:

1. La defensa de los derechos de los vecinos en cuanto al régimen tributario municipal de arbitrios de limpieza pública, parques, jardines y serenazgo.
2. La libertad de comercio y el cumplimiento de las buenas prácticas de almacenamiento de productos farmacéuticos. El caso de las «medicinas» de la calle Capón.
3. El derecho a la vida privada como límite a la libertad de información. El caso de Magaly Medina.
4. El límite a los excesos cometidos por los gobiernos locales en cuanto a la forma y manera de ejecutar las cobranzas coactivas.
5. El derecho de toda persona a la motivación de las resoluciones judiciales y la necesaria individualización de los cargos imputados en el auto que abre instrucción penal. El caso de los Ejecutivos de General Electric Company.
6. Las libertades de comunicación internacional y la defensa irrestricta de la soberana potestad tributaria del Estado. El caso del cable submarino tendido desde Chile a Lima.
7. La protección de los derechos a la vida e integridad física de los usuarios del servicio público de transporte. El caso de los buses camión.
8. La ratificación de constitucionalidad del impuesto a la explotación de los juegos de azar.
9. La ratificación de constitucionalidad de la ley que exonera del pago de pasaje urbano para bomberos y policías y el beneficio de medio pasaje otorgado a escolares y universitarios.
10. La ratificación de la institución del arbitraje como fuero con independencia jurisdiccional sujeto a la Constitución y los derechos fundamentales de las personas.
11. La prevalencia de las competencias y funciones específicas de las municipalidades provinciales sobre las distritales en materia urbanística.

12. El Ministerio Público como órgano constitucional titular de la acción penal. El caso Interbank.
13. La inconstitucionalidad parcial de la ley que estructuraba la jurisdicción penal militar, por no garantizar el debido proceso y la tutela procesal efectiva.
14. La jornada laboral de ocho horas y la especial situación de los trabajadores mineros.
15. El sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico peruano. Las categorías y grados en la estructuración del ordenamiento jurídico nacional; así como las reglas para solución de los vacíos legislativos y los conflictos de jerarquía normativa o de competencia entre los distintos órganos del Estado.
16. El derecho fundamental a la educación universitaria y la garantía institucional de la autonomía universitaria.
17. La protección de los niños y mujeres gestantes contaminados con plomo en la ciudad de La Oroya.
18. La determinación de irregularidad en la concesión de medidas cautelares y otorgamiento de licencias de funcionamiento a través del amparo, en favor de las empresas de casinos, máquinas tragamonedas, bares, prostíbulos y billares.
19. El contenido constitucional del derecho ciudadano a la rectificación de información en los medios de comunicación social.
20. Las funciones del Ministerio de Salud en materia de planificación familiar. El caso de la «píldora del día siguiente».
21. El ejercicio del derecho a la libertad de opinión y expresión no condicionado a acto de colegiación alguno.
22. La ratificación de la constitucionalidad de la legislación antiterrorista dictada dentro del Estado de Derecho, que ha permitido el reprocesamiento de los acusados de tan vil delito dentro de las reglas del debido proceso y la tutela procesal efectiva.

AUDIENCIAS DESCENTRALIZADAS

Con el propósito de acercar cada vez más la justicia constitucional al pueblo, el Tribunal ha realizado este año 19 audiencias públicas con el

conocimiento de 1651 causas vinculadas a los derechos humanos, en lugares como Piura, Paramonga, Tacna, Iquitos, Ica, Chimbote, Chiclayo, Arequipa y Ayacucho.

Estas audiencias, como muchas otras celebradas en la ciudad de Lima, se han llevado a cabo en universidades, municipalidades, y cámaras de comercio.

RESOLUCIÓN DE LAS CAUSAS

Desde 1996 a la fecha, el Tribunal ha resuelto 33,277 procesos constitucionales.

Al respecto, considero importante consignar la data siguiente:

Resumen de causas resueltas entre los años 1996-2006

AÑO	TOTAL
1996	100
1997	605
1998	1,196
1999	1,398
2000	1,810
2001	703
2002	1,171
2003	4,596
2004	4,165
(Dejo constancia que en dicho período se produjeron los lamentables decesos de los doctores Guillermo Rey Terry y Manuel Aguirre Roca).	
2005	7,033
2006	10,500

En función a las 33,277 causas resueltas, la data estadística señala que durante el período 1996-2001 se cubrió solo el 17.47% de dicho total.

Entre el período 2002 y el 2005 —tras la recomposición del Tribunal— se cubrió el 50.98 % de dicho total.

Pero este año —en el que repito hemos resuelto 10,500 procesos— se ha cubierto el 31.55% del total antes referido.

No obstante lo expuesto, estimo que el principal reto del próximo Presidente consistirá en seguir reduciendo hasta acabar con la carga procesal pendiente; la misma que, a mi criterio, tiene su origen en los factores siguientes:

- a) La lenidad y pereza laboral del Tribunal cautivo. (Período 1996-2001)
- b) La restauración del Estado de Derecho con el correspondiente desembalse de expectativas ciudadanas en relación a la defensa de sus derechos fundamentales.
- c) La legitimación y adquisición de confianza ciudadana en el reestructurado Tribunal Constitucional, (Período 2002-2006)
- d) Las malas prácticas administrativas en los gobiernos locales y en la ONP, en lo que concierne a la tramitación y reconocimiento de los derechos previsionales. De dichos sectores proviene el 60% de los procesos que anualmente recibe el Tribunal.
- e) La incompetencia y la mala fe abogadil para tramitar juicios a todas luces marcados por el sello de lo improcedente o infundado.

DIVULGACIÓN DOCTRINARIA

Por un esfuerzo concurrente de la Presidencia del Tribunal Constitucional y del Centro de Estudios Constitucionales, que hasta hoy dirigió con toda diligencia el doctor César Landa Arroyo, se ha promovido la difusión masiva de la jurisprudencia de la institución. Así, se han publicado los textos siguientes:

- La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (interpretación de los 206 artículos de nuestro texto supra).
- El Informe al Congreso de la República (el caso Arturo Castillo Chirinos).
- Temas de Derecho Penal.
- Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria.
- Jurisprudencia y Doctrina Laboral.
- Tribunal Constitucional y Control de Poderes.

- Cartilla Informativa sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional (10,000 ejemplares).

Salvo en el último caso, todos los textos mencionados no han generado desembolso económico.

EL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Bajo la acertada dirección del doctor César Landa Arroyo, dicho órgano ha dado muestras fehacientes de haber fomentado el debate y el conocimiento de temas constitucionales y la difusión de nuestra actividad jurisdiccional.

Así, ha realizado el Primer Encuentro de Docentes de Derecho Constitucional y el Diplomado en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

Igualmente, ha llevado a cabo conferencias, coloquios y presentación de libros de la especialidad. En dichas actividades han participado juristas nacionales y extranjeros. Así como magistrados de cortes europeas.

Con particular acierto ha puesto a consideración de los ciudadanos la Gaceta del Tribunal Constitucional, la misma que, a través del uso de medios informáticos, se ha constituido en la mejor herramienta para el acceso masivo a la información y análisis crítico de nuestras sentencias.

Las tres ediciones de la Gaceta marcan un hito no solo en la historia de nuestra institución; sino en general entre los entes vinculados con la impartición de justicia.

CAPACITACIÓN DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL

Con el propósito de alcanzar la excelencia en materia de eficiencia y eficacia administrativa, el Tribunal ha auspiciado la capacitación de 68 trabajadores administrativos mediante 14 procesos; sea por la vía de diplomados o seminarios.

En lo relativo al personal jurisdiccional, se ha apoyado la participación de 12 asesores en Congresos y Seminarios y se ha logrado que el próximo año otros 12 realicen pasantías en los Tribunales Constitucionales de España, Italia, Alemania, Costa Rica, Argentina, México y Colombia. Esto último sin que represente costo alguno a la institución.

SERVICIO PERSONALIZADO DE REMISIÓN DE SENTENCIAS

A efectos de mejorar la aplicación e interpretación de la jurisprudencia vinculante del Tribunal se ha establecido un servicio personalizado de remisión de sentencias, por la vía de Internet. A la fecha, esta prestación gratuita ha alcanzado a más de 1,500 beneficiarios, el 95% de las cuales ejerce la condición de juez o fiscal de la república.

TRANSPARENCIA Y ÉTICA

En el marco de una política de transparencia iniciada por el doctor Javier Alva Orlandini, la cual ha sido continuada y renovada por esta presidencia, cualquier usuario de nuestra página Web encontrará en ella información sobre la hoja de vida de los magistrados, estadísticas, informes sobre las licitaciones y concursos para la adquisición de bienes y servicios, relación del personal con contratos de trabajo y asignaciones presupuestales.

Asimismo, diariamente se consigna el registro de las personas que ingresan a la sede institucional, el objeto de su presencia y el nombre del magistrado o funcionario al que visitan; amén del tiempo de permanencia.

Anualmente una sociedad de auditoría designada por la Contraloría General de la República evalúa la gestión administrativa y audita los estados financieros. Cabe señalar que, a la fecha, todos los informes han concluido con opinión favorable respecto a la eficiencia, eficacia, legalidad y moralidad institucional.

Dice un viejo refrán español que ningún hombre honrado se hace perro por un hueso. Al respecto, la opinión pública pueda dar fe de que, desde el año 2002 a la fecha, en nuestra institución no se ha producido ningún acto de corrupción funcional. Por ello, puedo repetir lo que dije en mi discurso de recepción del cargo de Presidente:

«Este recinto otrora exhibiente de gente con blasones nobiliarios, expone hoy los únicos títulos de válido reconocimiento en tiempos republicanos: Casa de Señores y Ciudadanos».

LAS CRÍTICAS A LA INSTITUCIÓN

Con desinformación y, peor aún, con mala intención, se ha acusado al Tribunal de carecer de control y autolimitación.

En cuanto a lo primero, juzgo imperativo recalcar que la Contraloría General evalúa y audita a plenitud la gestión administrativa, presupuestal y financiera de la institución.

La Defensoría del Pueblo ejerce con nuestra mayor atención y beneplácito su magistratura persuasiva en lo referente al cumplimiento de los deberes de la administración y a la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

El Congreso de la República ejerce el rol de contralor de la conducta funcional de los magistrados del Tribunal. En los registros de dicho poder del Estado puede encontrarse que en los últimos 5 años éste ha recepcionado, estudiado y mandado al archivo 29 denuncias constitucionales; prueba indubitable, de un lado, de la acción fiscalizadora del Parlamento y, del otro, de la conducta sin mácula de los miembros del Tribunal.

Cabe señalar además que las decisiones del Tribunal, conforme al artículo 205 de la Constitución, están sujetas a su impugnación en la jurisdicción supranacional; vale decir, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No obstante, consideramos que el mayor y mejor censor de las actividades del Tribunal ha sido y será siempre la opinión pública, la cual, con objetividad o con apasionamiento, ha seguido con atención todas nuestras decisiones.

Enfatizo además que tanto durante la presidencia de Javier Alva Orlandini como en la mía, se han dictado una pluralidad de sentencias en las que el Tribunal ha fijado y limitado sus ámbitos de actuación jurisdiccional. A guisa de ejemplo señalo las siguientes:

1. Caso Julia Benavides García. (Autolimitación en asuntos de carácter municipal)
2. Caso Manuel Anicama Hernández. (Autolimitación en asuntos de materia pensionaria).
3. Caso Maximiliano Villanueva Valverde. (Autolimitación en materia de ejecución de normas legales y actos administrativos).
4. Caso Himno Nacional. (Autolimitación en la denominada «cuestión política»).
5. Caso César Baylón Flores. (Autolimitación en materia laboral).
6. Casos Impuesto a los Espectáculos Taurinos; Compañía Minera La Poderosa; Industrial Andahuasi; y Engelhard. (Autolimitación en materia tributaria).

7. Caso Pedro Lizana Puelles. (Autolimitación en materia constitucional electoral).
8. Caso Ley de Barrera Electoral. (Autolimitación en el uso de las sentencias interpretativas: aditivas, reductoras, exhortativas, etc.).

SALUDO A LOS TRABAJADORES

Quiero expresar como un recado del corazón mi agradecimiento a todos los trabajadores del Tribunal. Su esforzada labor y su infatigable entusiasmo ha sido la argamasa para la conquista del prestigio institucional.

Para la presidencia los trabajadores representaron siempre una preocupación y un motivo de orgullo. En relación a lo primero para asegurar el adecuado trato y la satisfacción de sus legítimas expectativas laborales. En lo relativo a lo segundo por su eficiencia y honestidad.

En busca de un párrafo final para culminar el presente discurso, un asesor muy cercano me sugirió que, dadas las muestras de apego institucional a la ética, el uso de herramientas modernas como la informática y el empeño demostrado en el ejercicio de la función, yo debería concluir diciendo: este organismo ha dado fiel cumplimiento al lema de «Honestidad, Tecnología y Trabajo».

En sujeción a las pautas establecidas por este Colegiado en relación al despido incausado, este asesor seguirá prestando su colaboración en esta institución, pero como es obvio desoyendo su consejo, creo conveniente culminar afirmando que los magistrados que estamos próximos a cesar en nuestras funciones dejamos un Tribunal Constitucional investido de legitimidad social, con expresión plenaria de vocación y conducta democrática y convertido en una instancia dignificadora de la labor del juez.

NECROLÓGICA

VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO (1936-2006)

Luego de una breve enfermedad, nuestro querido amigo y colega Valentín Paniagua falleció en una clínica local, el 16 de octubre de 2006. Se le tributaron los honores que su alta investidura requería. En ese momento no ostentaba ningún cargo público, si bien había sido todo o casi todo. Fue dirigente universitario, ministro de Estado en más de una oportunidad (primero de Justicia en el primer gobierno de Belaunde y luego en el segundo, en la cartera de Educación). Fue además parlamentario de larga data. Se inició en los predios de la Democracia Cristiana —luego de seguir exitosos estudios en la Universidad San Antonio Abad del Cusco— y tras el declinar de dicho partido, se afilió a las filas de Acción Popular, en donde descolló de manera sobresaliente, llegando a ser Presidente de la Cámara de Diputados (1982-1983).

Por esas raras circunstancias de nuestra vida política, el aparentemente sólido gobierno de Fujimori sufrió un fenómeno de implosión que llevó a la renuncia del Presidente de la República desde el extranjero, primero, y de los vicepresidentes, luego. En ese momento, como Presidente por consenso del Congreso de la República, ascendió Paniagua a la más alta magistratura. Las mezquindades de los mismos que lo apoyaron—tardofujimoristas o fujimoristas blancos o arrepentidos—hicieron todo lo posible para hacerlo figurar únicamente como Presidente del Congreso encargado de la Presidencia de la República, no obstante que juró, actuó y firmó como Presidente los actos que le tocó desarrollar durante los meses de su breve período de transición.

Es muy difícil decir que de bueno se hizo o no se hizo en tan breve lapso (22 de noviembre de 2000- 28 de julio de 2001). En realidad, era muy

breve y además Paniagua gobernó sin apoyo alguno —en la Cámara existían solo dos representantes de su partido de un total de 120 congresistas— y él mismo no era persona de confrontaciones ni de gestos audaces, cuando el encargo recibido era preciso y sobre todo muy corto. Pero dejó un espacio de esperanza y de transparencia que todos recordamos.

Tratando de delinear lo que era Paniagua en sustancia, diría que fue básicamente un político abierto al diálogo, ferviente demócrata e intransigente con las dictaduras. Fue también hombre de lecturas, amante de la enseñanza y de la tertulia, del estudio de nuestras instituciones y de nuestro pasado, a lo cual lo vinculaban sus labores presentes. Y fue además hombre bueno, buen amigo de sus amigos y generoso en todos los actos de su vida.

Terminado su periodo gubernamental, dedicó los pocos tiempos libres que tenía a la vida académica a la que nunca renunció. Y se dio tiempo para publicar tres libros, que son los únicos que publicó y lo hizo prácticamente al final de su vida. El primero *Los orígenes del gobierno representativo en el Perú* (Fondo Editorial de la Universidad Católica, 2003) es una obra que venía trabajando desde mucho tiempo atrás, y que cubre la etapa previa a nuestra independencia hasta 1826, y de la que hizo algunos avances que han quedado inéditos; la segunda es *Libertad y verdad electorales* (Corte Superior de Justicia de Ica, 2004) y la tercera y última *Constitución, democracia y autocracia* (México, 2004) que yo mismo patrociné para su publicación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Los dos últimos compilan trabajos sueltos que reúne para cada ocasión, y que estaban unidos por una afinidad temática.

Los temas académicos que más atrajeron a Paniagua, aparte de la historia y de la política, fueron el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, que llegó a enseñar durante largos años. Fue el caso inusual de un político con una sólida formación académica, que sin embargo no hacia alarde de sus conocimientos.

Los amigos que lo tratamos durante largos años, sobre todo en la época de la autocracia fujimorista, lo recordaremos siempre como un batallador incansable en defensa de la democracia, como un hombre de vida ejemplar y sobre todo como un gran amigo.

BIBLIOGRÁFICA

OBRAS GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO CUBANO (*)

Andry Matilla (**)

- 1) MORILLA, José María, *Breve tratado de Derecho Administrativo español general del Reino y especial de la Isla de Cuba*, Tipográfica de Don Vicente de Torres, La Habana, 1847.
- 2) MORILLA, José María, *Tratado de Derecho Administrativo español*, Tomo I y Tomo II, *Sobre la Administración de la Isla de Cuba*, 2^{da} edición aumentada con arreglo a las últimas disposiciones, Imprenta de la Viuda de Barcina y Comp., La Habana, 1865.
- 3) GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, 3 Tomos, La Habana, 1882 (Tomo I) y 1883 (Tomos II y III) (hay una reimpresión de la obra completa en 1954).
- 4) GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, *Primera parte* y Tomo II, *Segunda parte*, 1^{era} edición, Avisador Comercial, La Habana, 1903 (hay una segunda edición de 1910).

(*) Las obras así señaladas no constituyen propiamente, por el plan al que respondieron, por sus objetivos o por su alcance temático, textos generales de Derecho Administrativo. Sin embargo, creemos conveniente incorporarlos a la referencia bibliográfica por el saldo final que tuvieron en ese sentido o por la importancia del autor para el Derecho Administrativo cubano; además, en algunos casos resultaron la principal obra de composición genérica sobre la rama jurídica administrativa de quien la suscribió.

(**) Profesor de la Universidad de La Habana.

- 5) NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, Con arreglo al Programa del Profesor de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique Hernández Cartaya, 2 Tomos, 3^{era} edición, Imprenta «Casa Girón», La Habana, 1920 (la primera edición de esta obra, publicada en el año 1918, apareció como una coautoría de José A. MESTRE y Eduardo R. NÚÑEZ Y NÚÑEZ y a partir de la segunda edición el texto se editó sólo bajo la autoría de NÚÑEZ Y NÚÑEZ; hay otras ediciones después de la tercera que es la que referimos en este dato bibliográfico).
- 6) LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio y MARTÍNEZ SAENZ, Joaquín, *Ensayos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y C[^], La Habana, 1922.
- 7) LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Sumarios de las Lecciones de Derecho Administrativo*, Recopilados por Juan A. Mendoza, La Habana, 1923.
- 8) DACOSTA, Arístides M. y SMITH, Carlos J., *Apuntes de Derecho Administrativo* (Adaptados a las explicaciones de clase), Ipm. y Papelería «La Universal», La Habana, 1927.
- 9) LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Notas de Derecho Administrativo*, 2^o Curso, Versión taquigráfica de Aurelio Espinosa, La Habana, 1928.
- 10) RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Principios Generales de Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública*, 1^{era} edición, Cultural S.A., Habana, 1935.*
- 11) LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Conferencias de Derecho Administrativo*, 2^o Curso, Versión mimeográfica de Aurelio Espinosa, La Habana, 1939.
- 12) LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo, Segundo Curso*, Primera Parte, Nueva Edición (Curso 1941-1942), Universidad de La Habana, La Habana, 1941.
- 13) VIVANCO HERNÁNDEZ, José Clemente, *El Juicio Contencioso-Administrativo*, 2^{da} edición revisada, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1944.*
- 14) LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo. La actividad administrativa y sus manifestaciones*, 3^{era} edición, Cultural, S.A., La Habana, 1952 (las dos ediciones anteriores son de 1942 y 1945).
- 15) HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Derecho Administrativo para oposiciones a Registros de la Propiedad*, Versión mimeográfica, La Habana, 1943.
- 16) RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Derecho Administrativo*, Primer curso, Conferencias mimeografiadas, Facultad de Derecho, Departamento

- de Publicaciones, La Habana, s/a. (este formato respondía a las reproducciones mimeográficas que se hacían de las conferencias dictadas por el autor al impartir la asignatura durante el curso académico; hay varias reproducciones que corresponden a cursos académicos diferentes).
- 17) RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Derecho Administrativo (Primer curso)*, Copias de clases, Universidad de La Habana, Facultades de Derecho y Ciencias Sociales y Derecho Público, Departamento de Publicaciones, Editado por el Centro de Estudios Profesionales Universitarios, La Habana, s/a.
 - 18) RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Elementos de Administración Pública*, Universidad de La Habana, Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público, Instituto de Administración Pública, La Habana, s/a.
 - 19) JIMÉNEZ, Rafael Santos, *Derecho Administrativo (Segundo curso)*, Facultades de Derecho, Ciencias Sociales y Derecho Público, Universidad de La Habana, La Habana, s/a. (este formato respondía a las reproducciones mimeográficas que se hacían de las conferencias dictadas por el autor al impartir la asignatura durante el curso académico; hay varias reproducciones que corresponden a cursos académicos diferentes).
 - 20) CARMONA ROMAY, Adriano G., *Mis dictámenes en el Ministerio de Estado*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1953.*
 - 21) ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *El Proceso Contencioso-Administrativo (Doctrina, Legislación, Jurisprudencia)*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1954.
 - 22) GARCINI, Héctor y REYES, Miguel, *Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General*, Escuela de Ciencias Jurídicas, Facultad de Humanidades, Universidad de La Habana, La Habana, 1963.
 - 23) GARCINI, Héctor/ REYES, Miguel y CABRERA, Marta, *Derecho Administrativo I, Fascículo I, Principios Generales (primera parte)*, 1^{era} edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1976.
 - 24) GARCINI, Héctor, *Derecho Administrativo*, Segunda parte, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1978.
 - 25) GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, 2^{da} edición corregida y ampliada, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986. (la primera edición es de 1981, con una reimpresión en 1984).

- 26) GARCINI GUERRA, Héctor, *Elementos del Derecho Administrativo*, Primera y Segunda partes, Selección de los aspectos básicos del texto destinado al curso dirigido de la enseñanza superior, Elaboración y revisión a cargo de Pío Arnoldo Parada A. y Lidia Paredes V., Curso para técnicos medios en Derecho Laboral, Dirección de Capacitación, CETSS, Ciudad de La Habana, 1983
- 27) RODRÍGUEZ PÉREZ, Homero, *Derecho Administrativo*, Texto único, Edición Provisional, Dirección de Capacitación, MINJUS-CETSS, La Habana, 1989.
- 28) VALDIVIA ONEGA, Marisabel/VIZOSO GARCÍA, María de los Ángeles y CASTANEDO ABAY, Armando, *Separata de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1989.
- 29) VV. AA., *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, Editorial «Félix Varela», Ciudad de La Habana, 2002.
- 30) VV. AA., *Temas de Derecho Administrativo cubano*, 2 Tomos, Editorial «Félix Varela», Ciudad de La Habana, 2004.

ÍNDICES

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO PÚBLICO**
ÍNDICES Nº 1-12 (2000-2006) (*)

A. ÍNDICES POR NÚMEROS

Nº 1 – julio-diciembre de 2000

Presentación.....	7
Editorial	11

RETIRO DEL PERU DE LA CIDH

HÉCTOR GROS ESPIELL <i>Retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	15
CÉSAR LANDA ARROYO <i>Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	27

(*) Preparado por Luis Elguera

FRANCISCO J. EGUIGUREN PRAEL <i>El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus problemas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte</i>	53
--	----

ESTUDIOS

PETER HÄBERLE <i>La revisión «total» de la Constitución Federal Suiza de 1999 / 2000</i>	73
JUAN CARLOS CASSAGNE <i>La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa</i>	97
HUMBERTO UCHUYA CARRASCO <i>El sistema y la justicia electoral en la Constitución peruana</i>	123
MIGUEL CARBONELL <i>Nuevos paradigmas de la división de poderes (con especial referencia al ordenamiento jurídico mexicano)</i>	151
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>Sobre las competencias del Jurado Nacional de Elecciones (A propósito de la Resolución Num. 2191-99-JNE)</i>	185
HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ <i>El derecho a la libertad de información sin censura previa en el contexto del ordenamiento jurídico interamericano y chileno</i>	225

NOTAS

FRANCISCO J. DEL SOLAR ROJAS <i>Ley Orgánica de la Policía «sin orden público»</i>	259
RAMIRO DE VALDIVIA CANO <i>El Derecho Administrativo según Humberto Núñez Borja</i>	263
SERGIO DÍAZ RICCI <i>El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica</i>	269

Nº 2 – enero-junio de 2001

Editorial	7
-----------------	---

ACTUALIDAD

ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS <i>Crónica del gobierno de transición</i>	11
FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI <i>El «retorno» del Perú al Sistema Interamericano de Derechos Humanos ..</i>	27

ESTUDIOS

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ <i>La revisión de los actos en vía administrativa en la Ley del Procedimiento Administrativo General</i>	35
SUSANA CASTAÑEDA OTSU <i>La interpretación conforme a los tratados de derechos humanos en la Constitución peruana de 1993</i>	53
LUIS R. SÁENZ DÁVALOS <i>El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso</i>	73
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ <i>Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia</i>	81
JOSÉ ANTONIO TIRADO BARRERA <i>El sistema de relaciones entre el Poder Judicial y la Administración Pública a propósito del procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos</i>	99
DOMINGO GARCÍA-BELAUNDE SALDÍAS <i>Acreedores del Estado, patrimonio público y presupuesto</i>	125
VÍCTOR GARCÍA TOMA <i>Los derechos fundamentales de la persona como ser espiritual</i>	139

NOTAS

EDGAR CARPIO MARCOS <i>Las «Lecciones de Derecho Público Constitucional» de Ramón de Salas ...</i>	169
---	-----

DOCUMENTOS

<i>Discurso del Dr. José Pareja Paz-Soldán, en el acto de incorporación del Dr. Walter Montenegro a la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano del Derecho Constitucional (Lima, 6 de diciembre de 1978)</i>	175
<i>Informe de la sub-comisión de la Comisión Permanente encargada de informar sobre la denuncia constitucional contra el Presidente de la República y otros de fecha 20 de mayo de 1999</i>	179
<i>Resumen ejecutivo y conclusiones del Informe emitido por la Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 5 de abril de 1992 ..</i>	187
<i>Habeas Corpus (Caso Alberto Borea)</i>	199

SEMBLANZA

EDGAR CARPIO MARCOS <i>In Memoriam. Darío Herrera Paulsen (1910-2001)</i>	205
--	-----

Nº 3 – julio-diciembre de 2001

Editorial	7
-----------------	---

ACTUALIDAD
SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Presentación	11
SAMUEL B. ABAD YUPANQUI <i>Reforma Constitucional y Derechos Humanos. Primeros pasos, grandes desafíos</i>	13

ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS <i>Una Constitución estable para institucionalizar el Perú</i>	27
EDGAR CARPIO MARCOS <i>El derecho a un proceso que dure un plazo razonable en el Anteproyecto de Reforma Constitucional</i>	37
FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI <i>El Congreso, el Gobierno y sus relaciones políticas, en la propuesta de reforma constitucional</i>	43
CÉSAR LANDA <i>Reforma de la Constitución económica</i>	53
VÍCTOR JULIO ORTECHO V. <i>En el camino de una reforma o de una nueva Constitución</i>	65
HUMBERTO UCHUYA CARRASCO <i>La reforma constitucional y el órgano jurisdiccional</i>	73

ESTUDIOS

LUCIO PEGORARO <i>El debate sobre federalismo en Italia y la revisión constitucional de 2001</i> .	87
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO <i>El federalismo en América Latina</i>	115
ANDRY MATILLA CORREA <i>El sistema concesional cubano</i>	149

DOCUMENTOS

<i>Habeas Corpus (Caso Abimael Guzmán R.)</i>	185
<i>Amparo (Caso Telefónica con Osiptel)</i>	189

SEMBLANZA

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE <i>In Memoriam. Pedro Planas Silva (1961-2001)</i>	203
---	-----

Nº 4 – enero-junio de 2002

Editorial	7
-----------------	---

ACTUALIDAD
SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Presentación	11
JORGE DANÓS ORDÓÑEZ <i>La constitucionalización de la administración pública</i>	13
SAMUEL B. ABAD YUPANQUI <i>El acceso a la información pública: hacia una cultura de la transparencia ..</i>	25
CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ <i>Los entes reguladores en la Constitución</i>	37
JUAN CARLOS MORÓN URBINA <i>El derecho de acceso igualitario a los cargos públicos en el proyecto de ley de Reforma de la Constitución</i>	49
HEBERT TASSANO VELAOCHAGA <i>La Administración Pública en el debate constitucional</i>	61
RAMÓN HUAPAYA TAPIA <i>El proyecto de ley de reforma de la Constitución, la Constitución económica y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo</i>	69

ESTUDIOS

GEORGES BURDEAU <i>Una supervivencia: la noción de Constitución</i>	91
ALEJANDRO PÉREZ HUALDE <i>Servicios públicos y reforma constitucional</i>	105
CÉSAR OCHOA CARDICH <i>Los principios del procedimiento administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo General</i>	127

NOTAS

VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO <i>Reconstruir desde sus bases el régimen democrático</i>	167
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE <i>Cincuenta años de una gran revista (La «Revista de Administración Pública» en el contexto iberoamericano)</i>	171
FRANCISCO MIRÓ-QUESADA RADA <i>Las constituciones en Iberoamérica</i>	179
AUGUSTO FERRERO C. <i>Homenaje a Andrés Aramburú Menchaca (1909-1996)</i>	181

Nº 5 – julio-diciembre de 2002

EDITORIAL	7
-----------------	---

ACTUALIDAD

PETER HÄBERLE <i>Las ciencias (del Derecho) como forma de vida</i>	11
GIUSEPPE DE VERGOTTINI <i>Nuevos aspectos de la guerra y relaciones entre el Parlamento y el Gobierno</i>	27
FRANCK MODERNE <i>Los avatares del presidencialismo en América Latina</i>	45
ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA <i>Teorización actual de la separación de poderes</i>	73
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>Debido proceso en procedimientos administrativos. Su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular</i>	87
JORGE M. PANDO VÍLCHEZ <i>La administración frente a la norma inconstitucional: ¿Control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa?</i>	107

DOCUMENTOS

MARIO ALZAMORA VALDEZ <i>Defensores de una causa difícil</i>	117
LUCIANO BENJAMÍN CISNEROS <i>Derecho Público Filosófico. Curso dictado por Luciano Benjamín Cisneros en el Convictorio de San Carlos (1862)</i>	121

SEMBLANZA

LUCIO PEGORARO Y ANTONIO REPOSO <i>In Memoriam: Livio Paladín (1933-2000)</i>	169
--	-----

Nº 6 – enero-junio de 2003

Editorial	7
-----------------	---

ESTUDIOS

GUSTAVO ZAGREBELSKY <i>Interpretaciones políticas de Pilatos</i>	11
VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO <i>La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano</i>	37
GERMÁN J. BIDART CAMPOS <i>Derecho Constitucional y cultura</i>	91
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR <i>La nueva Sala Constitucional en el Estado de Veracruz</i>	97
SERGIO DÍAZ RICCI <i>El abuso del derecho en materia constitucional: una categoría peligrosa ..</i>	111
LUIS GARCÍA-CORROCHANO MOYANO <i>Bartolomé Herrera y su Proyecto de Reforma Constitucional de 1860</i>	125

NOTAS

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO <i>La primera sentencia de Amparo en México</i>	135
--	-----

DOCUMENTOS

<i>Carta Democrática Interamericana</i>	147
---	-----

Nº 7 – julio-diciembre de 2003

Editorial	7
-----------------	---

ESTUDIOS

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA <i>La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica</i>	11
---	----

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS <i>Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática: El «minipremier» en el Perú y Argentina. Experiencias y perspectivas</i>	37
--	----

FERNANDO REY MARTÍNEZ <i>Derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular en España. ¿Metecos o ciudadanos?</i>	65
--	----

JASONE ASTOLA MADARIAGA <i>Algunos aspectos del sistema constitucional finlandés</i>	77
---	----

NOTAS

VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA <i>El VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional</i>	107
--	-----

JESÚS CABALLERO ORTIZ, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ <i>Presentación del libro «El Derecho Público a comienzos del siglo XXI». Homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías</i>	111
---	-----

DOCUMENTOS

Datos parlamentarios: <i>La renuncia del ex-Presidente Alberto Fujimori</i>	135
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL <i>Homenaje a Germán J. Bidart Campos</i>	147
BARTOLOMÉ HERRERA <i>Proyecto de Reforma Constitucional</i>	149

N° 8 – enero-junio de 2004

Editorial	7
-----------------	---

ENSAYOS

HERBERT SCHAMBECK <i>La importancia del federalismo y el regionalismo para el desarrollo de la Unión Europea</i>	11
JORGE CARPIZO <i>El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo</i>	31
JORGE MIRANDA <i>Sobre el proyecto de tratado «que instituye una Constitución para Europa» ..</i>	77
FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI <i>El nuevo Código Procesal Constitucional peruano</i>	91
JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR <i>¿Y ahora, quién podrá reformarnos? En torno al proceso de planeamiento de la reforma judicial peruana</i>	117
CÉSAR OCHOA CARDICH <i>Rol de la administración pública en la economía. Notas sobre la reforma constitucional</i>	159
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>Proceso contencioso administrativo, Amparo alternativo y algunas previsiones a la espera de un Amparo residual</i>	167

NOTAS

I. Homenaje a Peter Häberle

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE <i>Peter Häberle en Lima</i>	185
GERARDO ETO CRUZ <i>Un jurista del siglo XXI visita el Perú: Peter Häberle</i>	189
FRANCISCO JOSÉ DEL SOLAR <i>Peter Häberle</i>	197
HELDER DOMÍNGUEZ HARO <i>Los gigantes de Weimar y Peter Häberle</i>	199

II. Crónica

VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA <i>Conceptos antiguos, mundos nuevos</i>	203
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>El Primer Congreso Peruano de Derecho Administrativo. (Los nuevos alcances de esta disciplina en nuestro país)</i>	207

III. In Memoriam

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE <i>César A. Quintero (1916-2003)</i>	213
NINO OLIVETTI RASON <i>Recuerdo de un maestro: Guido Lucatello</i>	215

DOCUMENTOS

<i>Aprueban plan de trabajo de la Biblioteca Constitucional Peruana. Resolución Ministerial N° 278-2004-JUS</i>	221
---	-----

Nº 9 – julio-diciembre de 2004

Editorial	9
-----------------	---

ENSAYOS

GERMÁN J. BIDART CAMPOS <i>El «adentro» y el «afuera» de la positividad constitucional</i>	13
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO <i>El juez nacional como juez comunitario europeo. Sus consecuencias constitucionales</i>	19
EDUARDO PABLO JIMÉNEZ <i>Nuevas formas de interpretación constitucional luego de operada la reforma constitucional argentina de 1994</i>	53
JORGE BASADRE AYULO <i>Las ideas jurídicas en el inicio de la república peruana: Siglo XIX. El real convictorio de San Carlos y monseñor Bartolomé Herrera</i>	75

NECROLÓGICA

RICARDO HARO <i>En sentido recuerdo de Germán J. Bidart Campos</i>	89
FRANCISCO JOSÉ DEL SOLAR <i>Bidart Campos</i>	93
JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ <i>Louis Favoreu. In Memoriam</i>	95

CRÓNICA

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO <i>Crónica del II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional</i>	99
---	----

DOCUMENTOS

<i>Discurso de Don Nicolás de Piérola en el banquete que le ofrecieron sus correligionarios el 5 de enero de 1908, día de su cumpleaños, en el Hotel «Maury»</i>	115
--	-----

Nº 10 – enero-junio de 2005

Editorial	7
-----------------	---

ESTUDIOS

GEORGE LIET-VEAUX <i>El «Fraude a la Constitución». Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia</i>	11
--	----

ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN <i>Respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra</i>	43
--	----

JAIME VIDAL PERDOMO <i>El control de la administración, la influencia constitucional y la teoría del «Ombudsman» en Colombia</i>	67
---	----

LUCA MEZZETTI <i>Sobre los sistemas políticos latinoamericanos (Instituciones, partidos y gobernabilidad)</i>	89
--	----

JAVIER TAJADURA TEJADA <i>Estado Constitucional y Unión Europea: un estudio sobre la naturaleza jurídica de la llamada «Constitución Europea»</i>	111
--	-----

NOTAS

JUAN MIGUEL BAKULA <i>La Convención del Mar</i>	145
--	-----

FRANCISCO JOSÉ DEL SOLAR <i>Derecho Público</i>	153
--	-----

CRÓNICA

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO <i>I Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Constitucional: «La descentralización política y administrativa»</i>	157
ENRIQUE PESTANA URIBE <i>Crónica de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional</i>	163

NECROLÓGICA

JAIME VIDAL PERDOMO <i>Vladimiro Naranjo Mesa (1943-2004)</i>	171
ALFREDO QUISPE CORREA <i>Aníbal Ísmodes Cairo (1920-2005)</i>	173

Nº 11 – julio-diciembre de 2005

Editorial	9
-----------------	---

ESPECIAL SOBRE
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

ARELÍ VALENCIA VARGAS <i>Los principios constitucionales tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	13
HUMBERTO UCHUYA CARRASCO <i>Tribunal Constitucional, debido proceso y tercero registral</i>	35
LUIS R. SÁENZ DÁVALOS <i>La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos. (Supuestos teóricos, avances jurisprudenciales y perspectivas dentro del modelo implementado por el Código Procesal Constitucional)</i>	53
LENY PALMA ENCALADA <i>Tribunal Constitucional: ¿Legislador positivo? (Comentarios a través de la jurisprudencia)</i>	87

MIGUEL PEDRO VILCAPOMA IGNACIO <i>Tribunal Constitucional: De la no ratificación de los magistrados al desamparo</i>	97
IVÁN MEINI <i>Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	111
LUIS CASTILLO CÓRDOVA <i>El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano</i>	127
PERCY GARCÍA CAVERO <i>La proporcionalidad de las penas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano</i>	153
JUAN MANUEL SOSA SACIO <i>El derecho-principio de igualdad en la Carta de 1993, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	165
EDGAR CARPIO MARCOS <i>Los derechos no enumerados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	185
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO <i>El control constitucional de las decisiones electorales. ¿Discusión zanjada o controversia latente?</i>	205

NOTAS

ALLAN R. BREWER-CARIAS <i>Nota sobre Arequipa en la historia del Perú</i>	227
ANA NEYRA ZEGARRA <i>Una mirada al VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional</i>	233

NECROLOGÍA

PETER HÄBERLE <i>Konrad Hesse (1919-2005)</i>	237
SERGIO DÍAZ RICCI <i>Werner Kāgi (1909-2005)</i>	243

ENTREVISTA

PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO <i>Un jurista del tiempo de los Derechos (Entrevista al profesor Eduardo García de Enterría)</i>	249
---	-----

DOCUMENTO

ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO <i>La posición de la Administración Pública frente al control de constitucionalidad de leyes y normas reglamentarias</i>	269
--	-----

Nº 12 – enero-junio de 2006

Editorial	9
-----------------	---

ESTUDIOS

JORGE CARPIZO <i>Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina</i>	13
SILVIO GAMBINO <i>El derecho constitucional europeo común entre teoría constitucional y praxis</i>	47
HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ <i>Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del Derecho: doctrina y jurisprudencia</i>	67
OSCAR R. PUCCINELLI <i>Los datos de afiliación partidaria son datos sensibles y no deben ser puestos a disposición del público en general (A propósito de su inclusión en padrones electorales y en bases de datos disponibles en la Internet)</i>	105
FRANCISCO ZÚNIGA URBINA <i>Refundación del Tribunal Constitucional chileno</i>	151

NOTAS

ROBERT S. BARKER <i>La independencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos</i>	169
ANTONIO CARLOS KLEIN <i>Paulo Bonavides: un pensador</i>	177
JORGE SILVERO SALGUEIRO <i>Aspectos constitucionales de la descentralización en el Paraguay</i>	185
VÍCTOR J. ORTECHO VILLENA <i>El no al bicameralismo, un golpe a la democracia</i>	193
CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ <i>La participación de los administrados en las actividades administrativas en la Ley 27444</i>	197

CRÓNICA

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA DIEGO ZEGARRA VALDIVIA <i>El Segundo Congreso Peruano de Derecho Administrativo y los avances de esta disciplina en nuestro país</i>	207
--	-----

DOCUMENTO

JAVIER ALVA ORLANDINI <i>Discurso memoria del Presidente del Tribunal Constitucional durante la ceremonia del VI aniversario institucional del Tribunal Constitucional (12/12/05)</i>	215
--	-----

NECROLÓGICA

ALFONSO HERRERA GARCÍA <i>Ignacio Burgoa Orihuela (1918-2005)</i>	231
MANUEL BECERRA RAMÍREZ <i>Marcos Kaplan, un científico social</i>	235

B. ÍNDICE POR AUTORES

- ABAD YUPANQUI, Samuel B. *Reforma Constitucional y Derechos Humanos. Primeros pasos, grandes desafíos*. N° 3.
- *El acceso a la información pública: hacia una cultura de la transparencia*. N° 4.
- ALVA ORLANDINI, Javier. *Discurso memoria del Presidente del Tribunal Constitucional durante la ceremonia del VI aniversario institucional del Tribunal Constitucional (12/12/05)*. N° 12.
- ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto. *Teorización actual de la separación de poderes*. N° 5.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Defensores de una causa difícil*. N° 5.
- ASTOLA MADARIAGA, Jasone. *Algunos aspectos del sistema constitucional finlandés*. N° 7.
- BÁKULA, Juan Miguel. *La Convención del Mar*. N° 10.
- BARKER, Robert S. *La independencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. N° 12.
- BASADRE AYULO, Jorge. *Las ideas jurídicas en el inicio de la república peruana: Siglo XIX. El real convictorio de San Carlos y monseñor Bartolomé Herrera*. N° 9.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *Marcos Kaplan, un científico social*. N° 12.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Crónica del gobierno de transición*. N° 2.
- *Una Constitución estable para institucionalizar el Perú*. N° 3.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional y cultura*. N° 6.
- *El «adentro» y el «afuera» de la positividad constitucional*. N° 9.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. *Nota sobre Arequipa en la historia del Perú*. N° 11.
- BURDEAU, Georges. *Una supervivencia: la noción de Constitución*. N° 4.
- CABALLERO ORTIZ, Jesús, Eduardo García de Enterría y Jesús González Pérez. *Presentación del libro «El Derecho Público a comienzos del siglo XXI». Homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*. N° 7.
- CARBONELL, Miguel. *Nuevos paradigmas de la división de poderes (con especial referencia al ordenamiento jurídico mexicano)*. N° 1.

- CARPIO MARCOS, Edgar. *Las «Lecciones de Derecho Público Constitucional» de Ramón de Salas*. N° 2.
- *El derecho a un proceso que dure un plazo razonable en el Anteproyecto de Reforma Constitucional*. N° 3.
- *Los derechos no enumerados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. N° 11.
- *In Memoriam. Darío Herrera Paulsen (1910-2001)*. N° 2.
- CARPIZO, Jorge. *El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo*. N° 8.
- *Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina*. N° 12.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa*. N° 1.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana. *La interpretación conforme a los tratados de derechos humanos en la Constitución peruana de 1993*. N° 2.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. N° 11.
- CISNEROS, Luciano Benjamín. *Derecho Público Filosófico. Curso dictado por Luciano Benjamín Cisneros en el Convictorio de San Carlos (1862)*. N° 5.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *La constitucionalización de la administración pública*. N° 4.
- DEL SOLAR ROJAS, Francisco J. *Ley Orgánica de la Policía «sin orden público»*. N° 1.
- *Peter Häberle*. N° 8.
- *Bidart Campos*. N° 9.
- DIÁZ RICCI, Sergio. *El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica*. N° 1.
- *El abuso del derecho en materia constitucional: una categoría peligrosa*. N° 6.
- *Werner Kāgi (1909-2005)*. N° 11.
- DOMÍNGUEZ HARO, Helder. *Los gigantes de Weimar y Peter Häberle*. N° 8.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus problemas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte*. N° 1.
- *El «retorno» del Perú al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. N° 2.
- *El Congreso, el Gobierno y sus relaciones políticas, en la propuesta de reforma constitucional*. N° 3.
- *El nuevo Código Procesal Constitucional peruano*. N° 8.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Sobre las competencias del Jurado Nacional de Elecciones (a propósito de la Resolución Num. 2191-99-JNE)*. N° 1.
- *Debido proceso en procedimientos administrativos. Su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular*. N° 5.
- *El Primer Congreso Peruano de Derecho Administrativo. (Los nuevos alcances de esta disciplina en nuestro país.)* N° 8.
- *Proceso contencioso administrativo, Amparo alternativo y algunas previsiones a la espera de un Amparo residual*. N° 8.
- y Diego ZEGARRA VALDIVIA. *El Segundo Congreso Peruano de Derecho Administrativo y los avances de esta disciplina en nuestro país*. N° 12.

- ÉTO CRUZ, Gerardo. *Un jurista del siglo XXI visita el Perú: Peter Häberle*. N° 8.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Louis Favoreu*. In *Memoriam*. N° 9.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El federalismo en América Latina*. N° 3.
- *El juez nacional como juez comunitario europeo. Sus consecuencias constitucionales*. N° 9.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *La nueva Sala Constitucional en el Estado de Veracruz*. N° 6.
- FERRERO C., Augusto. *Homenaje a Andrés Aramburú Menchaca (1909-1996)*. N° 4.
- GAMBINO, Silvio. *El derecho constitucional europeo común entre teoría constitucional y praxis*. N° 12.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. In *Memoriam. Pedro Planas Silva (1961-2001)*. N° 3.
- *Cincuenta años de una gran revista (La «Revista de Administración Pública» en el contexto iberoamericano)*. N° 4.
- *Peter Häberle en Lima*. N° 8.
- *César A. Quintero (1916-2003)*. N° 8.
- GARCÍA-BELAUNDE SALDÍAS, Domingo. *Acreeedores del Estado, patrimonio público y presupuesto*. N° 2.
- GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis. *Bartolomé Herrera y su Proyecto de Reforma Constitucional de 1860*. N° 6.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *La proporcionalidad de las penas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. N° 11.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. N° 7.
- y Jesús CABALLERO ORTIZ y Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. *Presentación del libro «El Derecho Público a comienzos del siglo XXI». Homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*. N° 7.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales de la persona como ser espiritual*. N° 2.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La revisión de los actos en vía administrativa en la Ley del Procedimiento Administrativo General*. N° 2.
- y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Jesús CABALLERO ORTIZ. *Presentación del libro «El Derecho Público a comienzos del siglo XXI». Homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*. N° 7.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Un jurista del tiempo de los Derechos. Entrevista al profesor Eduardo García de Enterría*. N° 11.
- GROS ESPIELL, Héctor. *Retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. N° 1.
- GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Los entes reguladores en la Constitución*. N° 4.
- *La participación de los administrados en las actividades administrativas en la Ley 27444*. N° 12.
- HABERLE, Peter. *La revisión «total» de la Constitución Federal Suiza de 1999 / 2000*. N° 1.
- *Las ciencias (del Derecho) como forma de vida*. N° 5.
- *Konrad Hesse (1919-2005)*. N° 11.
- HARO, Ricardo. *En sentido recuerdo de Germán J. Bidart Campos*. N° 9.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso. *Ignacio Burgoa Orihuela (1918-2005)*. N° 12.
- HERRERA, Bartolomé. *Proyecto de Reforma Constitucional*. N° 7.

- HUAPAYA TAPIA, Ramón. *El proyecto de ley de reforma de la Constitución, la Constitución económica y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo*. N° 4.
- JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. *Nuevas formas de interpretación constitucional luego de operada la reforma constitucional argentina de 1994*. N° 9.
- JIMÉNEZ MAYOR, Juan F. *¿Y ahora, quién podrá reformarnos? En torno al proceso de planeamiento de la reforma judicial peruana*. N° 8.
- KLEIN, Antonio Carlos. *Paulo Bonavides: un pensador*. N° 12.
- LANDA ARROYO, César. *Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. N° 1.
- *Reforma de la Constitución económica*. N° 3.
- LIET-VEAUX, George. *El «Fraude a la Constitución»*. Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia. N° 10.
- MATILLA CORREA, Andry. *El sistema concesional cubano*. N° 3.
- MEINI, Iván. *Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. N° 11.
- MEZZETH, Luca. *Sobre los sistemas políticos latinoamericanos (Instituciones, partidos y gobernabilidad)*. N° 10.
- MIRANDA, Jorge. *Sobre el proyecto de tratado «que instituye una Constitución para Europa»*. N° 8.
- MIRÓ-QUESADA RADA, FRANCISCO. *Las constituciones en Iberoamérica*. N° 4.
- MODERNE, Franck. *Los avatares del presidencialismo en América Latina*. N° 5.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. *El derecho de acceso igualitario a los cargos públicos en el proyecto de ley de Reforma de la Constitución*. N° 4.
- NEYRA ZEGARRA, Ana. *Una mirada al VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. N° 11.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El derecho a la libertad de información sin censura previa en el contexto del ordenamiento jurídico interamericano y chileno*. N° 1.
- *Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del Derecho: doctrina y jurisprudencia*. N° 12.
- OCHOA CARDICH, César. *Los principios del procedimiento administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo General*. N° 4.
- *Rol de la administración pública en la economía. Notas sobre la reforma constitucional*. N° 8.
- OLIVETTI RASON, Nino. *Recuerdo de un maestro: Guido Lucatello*. N° 8.
- ORTECHO VILLENA, Víctor J. *En el camino de una reforma o de una nueva Constitución*. N° 3.
- *El VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. N° 7.
- *Conceptos antiguos, mundos nuevos*. N° 8.
- *El no al bicameralismo, un golpe a la democracia*. N° 12.
- PALMA ENCALADA, Leny. *Tribunal Constitucional: ¿Legislador positivo? Comentarios a través de la jurisprudencia*. N° 11.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. *La primera sentencia de Amparo en México*. N° 6.

- *Crónica del II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional*. N° 9.
- *I Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Constitucional: «La descentralización política y administrativa»*. N° 10.
- *El control constitucional de las decisiones electorales ¿Discusión zanjada o controversia latente?* N° 11.
- PANDO VÍLCHEZ, Jorge M. *La administración frente a la norma inconstitucional: ¿Control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa?* N° 5.
- PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *Reconstruir desde sus bases el régimen democrático*. N° 4.
- *La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano*. N° 6.
- PAJEJA PAZ-SOLDÁN, José. *Discurso del Dr. José Pareja Paz-Soldán, en el acto de incorporación del Dr. Walter Montenegro a la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano del Derecho Constitucional (Lima, 6 de diciembre de 1978)*. N° 2.
- PEGORARO, Lucio. *El debate sobre federalismo en Italia y la revisión constitucional de 2001*. N° 3.
- y Antonio REPOSO. *In Memoriam: Livio Paladín (1933-2000)*. N° 5.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro. *Servicios públicos y reforma constitucional*. N° 4.
- PESTANA URIBE, Enrique. *Crónica de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*. N° 10.
- PIÉROLA, Nicolás de. *Discurso de Don Nicolás de Piérola en el banquete que le ofrecieron sus correligionarios el 5 de enero de 1908, día de su cumpleaños, en el Hotel «Maury»*. N° 9.
- PUCCINELLI, Oscar R. *Los datos de afiliación partidaria son datos sensibles y no deben ser puestos a disposición del público en general (A propósito de su inclusión en padrones electorales y en bases de datos disponibles en la Internet)*. N° 12.
- QUISPE CORREA, Alfredo. *Aníbal Ísmodes Cairo (1920-2005)*. N° 10.
- REPOSO, Antonio y Lucio PEGORARO. *In Memoriam: Livio Paladín (1933-2000)*. N° 5.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. *Derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular en España. ¿Metecos o ciudadanos?* N° 7.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia*. N° 2.
- SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso*. N° 2.
- *La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos. (Supuestos teóricos, avances jurisprudenciales y perspectivas dentro del modelo implementado por el Código Procesal Constitucional.)* N° 11.
- SAGÜES, Néstor Pedro. *Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática: El «minipremier» en el Perú y Argentina. Experiencias y perspectivas*. N° 7.
- SCHAMBECK, Herbert. *La importancia del federalismo y el regionalismo para el desarrollo de la Unión Europea*. N° 8.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra*. N° 10.

- SILVERO SALGUEIRO, Jorge. *Aspectos constitucionales de la descentralización en el Paraguay*. N° 12.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. *El derecho-principio de igualdad en la Carta de 1993, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. N° 11.
- TAJADURA TEJADA, Javier. *Estado Constitucional y Unión Europea: un estudio sobre la naturaleza jurídica de la llamada «Constitución Europea»*. N° 10.
- TASSANO VELAUCHAGA, Hebert. *La Administración Pública en el debate constitucional*. N° 4.
- TIRADO BARRERA, José Antonio. *El sistema de relaciones entre el Poder Judicial y la Administración Pública a propósito del procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos*. N° 2.
- UCHUYA CARRASCO, Humberto. *El sistema y la justicia electoral en la Constitución peruana*. N° 1.
- *La reforma constitucional y el órgano jurisdiccional*. N° 3.
- *Tribunal Constitucional, debido proceso y tercero registral*. N° 11.
- VALDIVIA CANO, Ramiro de. *El Derecho Administrativo según Humberto Núñez Borja*. N° 1.
- VALENCIA VARGAS, Areli. *Los principios constitucionales tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. N° 11.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Nuevos aspectos de la guerra y relaciones entre el Parlamento y el Gobierno*. N° 5.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *El control de la administración, la influencia constitucional y la teoría del «Ombudsman» en Colombia*. N° 10.
- *Vladimiro Naranjo Mesa (1943-2004)*. N° 10.
- VILCAPOMA IGNACIO, Miguel Pedro. *Tribunal Constitucional: De la no ratificación de los magistrados al desamparo*. N° 11.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Interpretaciones políticas de Pilatos*. N° 6.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. *El Segundo Congreso Peruano de Derecho Administrativo y los avances de esta disciplina en nuestro país*. N° 12.
- ZUÑIGA URBINA, Francisco. *Refundación del Tribunal Constitucional chileno*. N° 12.

C. ÍNDICE TEMÁTICO

I. DERECHO CONSTITUCIONAL

- ABAD YUPANQUI, Samuel. *Reforma Constitucional y Derechos Humanos. Primeros pasos, grandes desafíos*. N° 3.
- *El acceso a la información pública: hacia una cultura de la transparencia*. N° 4.
- ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto. *Teorización actual de la separación de poderes*. N° 5.
- ASTOLA MADARIAGA, Jasone. *Algunos aspectos del sistema constitucional finlandés*. N° 7.
- BARKER, Robert S. *La independencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. N° 12.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Una Constitución estable para institucionalizar el Perú*. N° 3.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional y cultura*. N° 6.
- *El «adentro» y el «afuera» de la positividad constitucional*. N° 9.
- BURDEAU, Georges. *Una supervivencia: la noción de Constitución*. N° 4.
- CARBONELL, Miguel. *Nuevos paradigmas de la división de poderes (con especial referencia al ordenamiento jurídico mexicano)*. N° 1.
- CARPIO MARCOS, Edgar. *Las «Lecciones de Derecho Público Constitucional» de Ramón de Salas*. N° 2.
- *El derecho a un proceso que dure un plazo razonable en el Anteproyecto de Reforma Constitucional*. N° 3.
- *Los derechos no enumerados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. N° 11.
- CARPISO, Jorge. *El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo*. N° 8.
- *Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina*. N° 12.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. N° 11.
- CISNEROS, Luciano Benjamín. *Derecho Público Filosófico. Curso dictado por Luciano*

- Benjamín Cisneros en el Convictorio de San Carlos (1862). Nº 5.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *La constitucionalización de la administración pública*. Nº 4.
- DÍAZ RICCI, Sergio. *El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica*. Nº 1.
- *El abuso del derecho en materia constitucional: una categoría peligrosa*. Nº 6.
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO JOSÉ. *El Congreso, el Gobierno y sus relaciones políticas, en la propuesta de reforma constitucional*. Nº 3.
- *El nuevo Código Procesal Constitucional peruano*. Nº 3.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ELOY. *Sobre las competencias del Jurado Nacional de Elecciones (a propósito de la Resolución Num. 2191-99-JNE)*. Nº 1.
- *Debido proceso en procedimientos administrativos. Su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular*. Nº 5.
- *Proceso contencioso administrativo, Amparo alternativo y algunas previsiones a la espera de un Amparo residual*. Nº 8.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *El federalismo en América Latina*. Nº 3.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *La nueva Sala Constitucional en el Estado de Veracruz*. Nº 6.
- GAMBINO, SILVIO. *El derecho constitucional europeo común entre teoría constitucional y praxis*. Nº 12.
- GARCÍA CAVERO, PERCY. *La proporcionalidad de las penas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Nº 11.
- GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, LUIS. *Bartolomé Herrera y su Proyecto de Reforma Constitucional de 1860*. Nº 6.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Nº 7.
- GARCÍA TOMA, VÍCTOR. *Los derechos fundamentales de la persona como ser espiritual*. Nº 2.
- GUZMÁN NAPURÍ, CHRISTIAN. *Los entes reguladores en la Constitución*. Nº 4.
- HERRERA, BARTOLOMÉ. *Proyecto de Reforma Constitucional*. Nº 7.
- HUAPAYA TAPIA, RAMÓN. *El proyecto de ley de reforma de la Constitución, la Constitución económica y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo*. Nº 4.
- JIMÉNEZ, EDUARDO PABLO. *Nuevas formas de interpretación constitucional luego de operada la reforma constitucional argentina de 1994*. Nº 9.
- LANDA ARROYO, CÉSAR. *Reforma de la Constitución económica*. Nº 3.
- LIET-VEAUX, GEORGE. *El «Fraude a la Constitución»*. Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia. Nº 10.
- MEINI, IVÁN. *Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Nº 11.
- MEZZETTI, LUCA. *Sobre los sistemas políticos latinoamericanos (Instituciones, partidos y gobernabilidad)*. Nº 10.
- MIRÓ-QUESADA RADA, FRANCISCO. *Las constituciones en Iberoamérica*. Nº 4.
- MODERNE, FRANCK. *Los avatares del presidencialismo en América Latina*. Nº 5.

- MORÓN URBINA, Juan Carlos. *El derecho de acceso igualitario a los cargos públicos en el proyecto de ley de Reforma de la Constitución*. N° 4.
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *El derecho a la libertad de información sin censura previa en el contexto del ordenamiento jurídico interamericano y chileno*. N° 1.
- *Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del Derecho: doctrina y jurisprudencia*. N° 12.
- OCHOA CARDICH, César. *Rol de la administración pública en la economía. Notas sobre la reforma constitucional*. N° 8.
- ORTECHO VILLENNA, Víctor Julio. *En el camino de una reforma o de una nueva Constitución*. N° 3.
- *El no al bicameralismo, un golpe a la democracia*. N° 12.
- PALMA ENCALADA, Leny. *Tribunal Constitucional: ¿Legislador positivo? Comentarios a través de la jurisprudencia*. N° 11.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. *La primera sentencia de Amparo en México*. N° 6.
- *El control constitucional de las decisiones electorales ¿Discusión zanjada o controversia latente?* N° 11.
- PANDO VILCHEZ, Jorge M. *La administración frente a la norma inconstitucional: ¿Control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa?* N° 5.
- PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *Reconstruir desde sus bases el régimen democrático*. N° 4.
- *La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano*. N° 6.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro. *Servicios públicos y reforma constitucional*. N° 4.
- PUCCINELLI, Oscar R. *Los datos de afiliación partidaria son datos sensibles y no deben ser puestos a disposición del público en general (A propósito de su inclusión en padrones electorales y en bases de datos disponibles en la Internet)*. N° 12.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. *Derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular en España. ¿Metecos o ciudadanos?* N° 7.
- SÁENZ DAVALOS, Luis R. *El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso*. N° 2.
- *La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos. (Supuestos teóricos, avances jurisprudenciales y perspectivas dentro del modelo implementado por el Código Procesal Constitucional)*. N° 11.
- SAGUÉS, Néstor Pedro. *Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática: El «minipremier» en el Perú y Argentina. Experiencias y perspectivas*. N° 7.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra*. N° 10.
- SILVERO SALGUEIRO, Jorge. *Aspectos constitucionales de la descentralización en el Paraguay*. N° 12.
- SOZA SACIO, Juan Manuel. *El derecho-principio de igualdad en la Carta de 1993, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. N° 11.
- TASSANO VELAUCHAGA, Hebert. *La Administración Pública en el debate constitucional*. N° 4.

- UCHUYA CARRASCO, Humberto. *El sistema y la justicia electoral en la Constitución peruana*. N° 1.
- *La reforma constitucional y el órgano jurisdiccional*. N° 3.
- *Tribunal Constitucional, debido proceso y tercero registral*. N° 11.
- VALENCIA VARGAS, Arellí. *Los principios constitucionales tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. N° 11.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Nuevos aspectos de la guerra y relaciones entre el Parlamento y el Gobierno*. N° 5.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *El control de la administración, la influencia constitucional y la teoría del «Ombudsman» en Colombia*. N° 10.
- VILCAPOMA IGNACIO, Miguel Pedro. *Tribunal Constitucional: De la no ratificación de los magistrados al desamparo*. N° 11.
- ZÚNIGA URBINA, Francisco. *Refundación del Tribunal Constitucional chileno*. N° 12.

II. DERECHO ADMINISTRATIVO

- CASSAGNE, Juan Carlos. *La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa*. N° 1.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *La constitucionalización de la administración pública*. N° 4.
- DEL SOLAR ROJAS, Francisco J. *Ley Orgánica de la Policía «sin orden público»*. N° 1.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Debido proceso en procedimientos administrativos. Su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular*. N° 5.
- *Proceso contencioso administrativo, Amparo alternativo y algunas previsiones a la espera de un Amparo residual*. N° 8.
- GARCÍA-BELAUNDE SALDÍAS, Domingo. *Acreedores del Estado, patrimonio público y presupuesto*. N° 2.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La revisión de los actos en vía administrativa en la Ley del Procedimiento Administrativo General*. N° 2.
- GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Los entes reguladores en la Constitución*. N° 4.
- *La participación de los administrados en las actividades administrativas en la Ley 27444*. N° 12.
- MATILLA CORREA, Andry. *El sistema concesional cubano*. N° 3.
- OCHOA CARDICH, César. *Los principios del procedimiento administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo General*. N° 4.
- *Rol de la administración pública en la economía. Notas sobre la reforma constitucional*. N° 8.
- PANDO VILCHEZ, Jorge M. *La administración frente a la norma inconstitucional: ¿Control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa? N° 5.*
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia*. N° 2.
- TASSANO VELA OCHAGA, Hebert. *La Administración Pública en el debate constitucional*. N° 4.

- TIRADO BARRERA, José Antonio. *El sistema de relaciones entre el Poder Judicial y la Administración Pública a propósito del procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos*. N° 2.
- UCHUYA CARRASCO, Humberto. *Tribunal Constitucional, debido proceso y tercero registral*. N° 11.

VALDIVIA CANO, Ramiro de. *El Derecho Administrativo según Humberto Núñez Borja*. N° 1.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *El control de la administración, la influencia constitucional y la teoría del «Ombudsman» en Colombia*. N° 10.

III. DERECHO JUDICIAL

- BARRER, Robert S. *La independencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. N° 12.
- CARPIO MARCOS, Edgar. *El derecho a un proceso que dure un plazo razonable en el Anteproyecto de Reforma Constitucional*. N° 3.
- CARPISO, Jorge. *El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo*. N° 8.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa*. N° 1.
- JIMÉNEZ MAYOR, Juan F. *¿Y ahora, quién podrá reformarnos? En torno al proceso de planeamiento de la reforma judicial peruana*. N° 8.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia*. N° 2.

SAENZ DÁVALOS, Luis R. *El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso*. N° 2.

TIRADO BARRERA, José Antonio. *El sistema de relaciones entre el Poder Judicial y la Administración Pública a propósito del procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos*. N° 2.

UCHUYA CARRASCO, Humberto. *La reforma constitucional y el órgano jurisdiccional*. N° 3.

IV. DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

- BÁKULA, Juan Miguel. *La Convención del Mar*. N° 10.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana. *La interpretación conforme a los tratados de derechos humanos en la Constitución peruana de 1993*. N° 2.
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO JOSÉ. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus proble-*

mas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte. N° 1.

— *El «retorno» del Perú al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. N° 2.

GROS ESPIELL, Héctor. *Retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. N° 1.

- LANDA ARROYO, César. *Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. N° 1.
- MIRANDA, Jorge. *Sobre el proyecto de tratado «que instituye una Constitución para Europa»*. N° 8.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del Derecho: doctrina y jurisprudencia*. N° 12.

V. DERECHOS HUMANOS

- GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales de la persona como ser espiritual*. N° 2.

VI. ASPECTOS FILOSÓFICOS

- HÄBERLE, Peter. *Las ciencias (del Derecho) como forma de vida*. N° 5.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Interpretaciones políticas de Pilatos*. N° 6.

VII. TEMAS EUROPEOS

- ASTOLA MADARIAGA, Jasone. *Algunos aspectos del sistema constitucional finlandés*. N° 7.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El juez nacional como juez comunitario europeo. Sus consecuencias constitucionales*. N° 9.
- HÄBERLE, Peter. *La revisión «total» de la Constitución Federal Suiza de 1999 / 2000*. N° 1.
- GAMBINO, Silvio. *El derecho constitucional europeo común entre teoría constitucional y praxis*. N° 12.
- LIET-VEAUX, George. *El «Fraude a la Constitución»*. *Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia*. N° 10.
- MIRANDA, Jorge. *Sobre el proyecto de tratado «que instituye una Constitución para Europa»*. N° 8.
- PEGORARO, Lucio. *El debate sobre federalismo en Italia y la revisión constitucional de 2001*. N° 3.
- SCHAMBECK, Hebert. *La importancia del federalismo y el regionalismo para el desarrollo de la Unión Europea*. N° 8.
- TAJADURA TEJADA, Javier. *Estado Constitucional y Unión Europea: un estudio sobre la naturaleza jurídica de la llamada «Constitución Europea»*. N° 10.

VIII. NOTAS HISTORICAS

- BASADRE AYULO, Jorge. *Las ideas jurídicas en el inicio de la república peruana: Siglo XIX. El real convictorio de San Carlos y monseñor Bartolomé Herrera.* N° 9.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Crónica del gobierno de transición.* N° 2.
- BREWER-CARIAS, Allan R. *Nota sobre Arequipa en la historia del Perú.* N° 11.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Cincuenta años de una gran revista (La «Revista de Administración Pública» en el contexto iberoamericano).* N° 4.
- GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis. *Bartolomé Herrera y su Proyecto de Reforma Constitucional de 1860.* N° 6.

IX. DOCUMENTOS

- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Defensores de una causa difícil.* N° 5.
- ALVA ORLANDINI, Javier. *Discurso memoria del Presidente del Tribunal Constitucional durante la ceremonia del VI aniversario institucional del Tribunal Constitucional (12/12/05).* N° 12.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Carta Democrática Interamericana.* N° 6.
- ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Homenaje a Germán J. Bidart Campos.* N° 7.
- ASOCIACION PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *La posición de la Administración Pública frente al control de constitucionalidad de leyes y normas reglamentarias.* N° 11.
- COMISION DE ESTUDIO Y REVISIÓN DE LA LEGISLACIÓN EMITIDA DESDE EL 5 DE ABRIL DE 1992. *Resumen ejecutivo y conclusiones del Informe emitido por la Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 5 de abril de 1992.* N° 2.
- DEL SOLAR, Francisco J. *Derecho Público.* N° 10.
- FUJIMORI, Alberto. *La renuncia del ex-Presidente Alberto Fujimori.* N° 7.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Jesús CABBALLERO ORTIZ y Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. *Presentación del libro «El Derecho Público a comienzos del siglo XXI». Homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías.* N° 7.
- HERRERA, Bartolomé. *Proyecto de Reforma Constitucional.* N° 7.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. *Aprueban plan de trabajo de la Biblioteca Constitucional Peruana. Resolución Ministerial N° 278-2004-JUS.* N° 8.
- PAREJA PAZ-SOLDÁN, José. *Discurso del Dr. José Pareja Paz-Soldán, en el acto de incorporación del Dr. Walter Montenegro a la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano del Derecho Constitucional.(Lima, 6 de diciembre de 1978).* N° 2.
- PIÉROLA, Nicolás de. *Discurso de Don Nicolás de Piérola en el banquete que le ofrecieron sus correligionarios el 5 de enero de 1908, día de su cumpleaños, en el Hotel «Maury».* N° 9.

PODER JUDICIAL: Sentencia de la Corte Suprema de la República. *Habeas Corpus (Caso Alberto Borea)*. N° 2.

PODER JUDICIAL: Sentencia de la Sala Corporativa Transitoria especializada en Derecho Público. *Amparo (Caso Telefónica con Osiptel)* N° 3.

SUB-COMISIÓN DE LA COMISIÓN PERMANENTE ENCARGADA DEL INFORME SOBRE LA DENUN-

CIA CONSTITUCIONAL CONTRA EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. *Informe de la sub-comisión de la Comisión Permanente encargada de informar sobre la denuncia constitucional contra el Presidente de la República y otros de fecha 20 de mayo de 1999*. N° 2.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia. *Habeas Corpus (Caso Abimael Guzmán R.)* N° 3.

X. SEMBLANZAS Y NECROLÓGICA

BECCERRA RAMÍREZ, Manuel. *Marcos Kaplan, un científico social*. N° 12.

CARPIO MARCOS, Edgar. *In Memoriam. Darío Herrera Paulsen (1910-2001)*. N° 2.

DEL SOLAR, Francisco J. *Peter Häberle*. N° 8.

— *Bidart Campos*. N° 9.

DÍAZ RICCI, Sergio. *Werner Kāgi (1909-2005)*. N° 11.

DOMÍNGUEZ HARO, Helder. *Los gigantes de Weimar y Peter Häberle*. N° 8.

ETO CRUZ, Gerardo. *Un jurista del siglo XXI visita el Perú: Peter Häberle*. N° 8.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Louis Favoreu. In Memoriam*. N° 9.

FERRERO C., Augusto. *Homenaje a Andrés Aramburú Menchaca (1909-1996)*. N° 4.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *In Memoriam. Pedro Planas Silva (1961-2001)*. N° 3.

— César A. Quintero (1916-2003). N° 8.

— *Peter Häberle en Lima*. N° 8.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Un jurista del tiempo de los Derechos. Entrevista al profesor Eduardo García de Enterría*. N° 11.

HÄBERLE, Peter. *Honrad Hesse (1919-2005)*. N° 11.

HARO, Ricardo. *En sentido recuerdo de Germán J. Bidart Campos*. N° 9.

HERRERA GARCÍA, Alfonso. *Ignacio Burgoa Orihuela (1918-2005)*. N° 12.

KLEIN, Antonio Carlos. *Paulo Bonavides: un pensador*. N° 12.

OLIVETTI RASON, Nino. *Recuerdo de un maestro: Guido Lucatello*. N° 8.

PEGORARO, Lucio y Antonio REPOSO. *In Memoriam: Livio Paladín (1933-2000)*. N° 5.

QUISPE CORREA, Alfredo. *Aníbal Ísmodes Cairo (1920-2005)*. N° 10.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Vladimiro Naranjo Mesa (1943-2004)*. N° 10.

XI. CONGRESOS

- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *El Primer Congreso Peruano de Derecho Administrativo. Los nuevos alcances de esta disciplina en nuestro país*. N° 8.
- y Diego ZEGARRA VALDIVIA *El segundo congreso peruano de Derecho Administrativo y los avances de esta disciplina en nuestro país*. N° 12.
- NEYRA ZEGARRA, Ana. *Una mirada al VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. N° 11.
- ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *El VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. N° 7.
- *Conceptos antiguos, mundos nuevos*. N° 8.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. *Crónica del II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional*. N° 9.
- *I Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Constitucional: «La descentralización política y administrativa»*. N° 10.
- PESTANA URIBE, Enrique. *Crónica de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*. N° 10.

NORMAS PARA LOS COLABORADORES

- 1) Sólo se publicarán trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerán artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
- 2) Se recibirán artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
- 3) La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible, los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
- 4) La Revista sólo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idiomas extranjeros, podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
- 5) Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
- 6) Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posibles, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre de autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
- 7) Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un ejemplar en bond, y de ser posible, un diskette word for windows, versiones 5, 6 ó 7.
- 8) La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
- 9) A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y 12 separatas.
- 10) El autor cuya colaboración haya sido publicada, se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original.



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)