

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**

DIRECTOR

**LUIS ELGUERA**

SECRETARIO

AÑO 10, N° 19

**JULIO - DICIEMBRE 2009**

**19 / 2009**

Revista Peruana de

# Derecho Público

## ESTUDIOS

El concepto de precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos

por **ROBERT S. BARKER**

El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas.

Algunas cuestiones dogmáticas

por **FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO**

Sistema de competencias jurídicas en el Perú

por **VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENNA**

La irretroactividad de las leyes como derecho fundamental

por **ROBERTO OLIVA DE LA COTERA**

El Vicepresidente en la Argentina: su encuadre constitucional y proyección política

por **JUAN PAULO GARDINETTI**

## ESPECIAL: HOMENAJE A JUAN CARLOS CASSAGNE

Presentación

Nombramiento de Profesor Honorario de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Itinerario intelectual del profesor Juan Carlos Cassagne

por **PEDRO J. JORGE COVIELLO**

**GRILEY**

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO PÚBLICO

EDITORIA JURÍDICA GRILEY

# REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

**Año 10, Número 19 • Julio-diciembre de 2009**

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  
**Luis Elguera**

Comité Asesor Internacional

**Alemania : Peter Häberle**  
**Argentina : Germán J. Bidart Campos (†), Agustín Gordillo, Nestor P. Sagüés,  
Alejandro Pérez Hualde**  
**Brasil : Luiz Pinto Ferreira, José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides,  
André Ramos Tavares**  
**Chile : Humberto Noguiera Alcalá**  
**Colombia : Carlos Restrepo Piedrahíta, 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**

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Solicitamos canje cuando se solicita  
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: lcelguera@hotmail.com

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

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

Editora y Libreía Jurídica *Grijley E.I.R.L.*

**Jr. Azángaro 1075 - Of. 207**  
Telf.: 321 0258 / Telefax: 427 6038  
Web: [www.grijley.com](http://www.grijley.com)  
E-mail: [grijley@terra.com.pe](mailto:grijley@terra.com.pe)

## SUMARIO

Editorial.....	9
----------------	---

## ESTUDIOS

El concepto de precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos ROBERT S. BARKER.....	13
El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO.....	41
Sistema de competencias jurídicas en el Perú VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENNA.....	69
La irretroactividad de las leyes como derecho fundamental ROBERTO OLIVA DE LA COTERA.....	93
El Vicepresidente en la Argentina: su encuadre constitucional y proyección política JUAN PAULO GARDINETTI.....	107

## **ESPECIAL: HOMENAJE A JUAN CARLOS CASSAGNE**

Presentación.....	123
Nombramiento de Profesor Honorario de la Pontificia Universidad Católica del Perú.....	125
Itinerario intelectual de Juan Carlos Cassagne PEDRO J. JORGE COVIELLO.....	129

## **NOTAS**

Elementos de legitimidad de la Justicia Constitucional ANDRÉ RAMOS TAVARES.....	149
El juicio de Leguía FRANCISCO J. DEL SOLAR ROJAS.....	157
VII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (Palacio del Senado, 22 y 23 de enero de 2009) JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO.....	165

## **DOCUMENTOS**

La demanda del Perú en la Corte Internacional de Justicia en el caso de la delimitación marítima con Chile GUSTAVO MEZA-CUADRA.....	175
Nombramiento de Comisión de Estudio de Reforma del Código Procesal Constitucional.....	189
Relatoría de décimo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16 a 19 de septiembre de 2009).....	191

## EDITORIAL

Diversos sucesos acompañan el presente semestre. Algunos importantes de orden político, como por ejemplo, el debate pre-electoral que se está dando, y sobre todo el que está en torno a la bicameralidad, en estos momentos en debate. Si bien es difícil saber si prosperará, no solo por el poco tiempo de que se dispone, sino porque no existe en la ciudadanía el sentimiento de que ello contribuirá a la gobernabilidad, teniendo en cuenta la mala imagen que hoy tiene el parlamento.

Por otro lado, dos magistrados del Tribunal Constitucional deben cesar en sus cargos: Juan F. Vergara Gotelli y César Landa Arroyo y para tales efectos se han hecho las convocatorias a través de una comisión especial del Congreso. Se han presentado gran número de candidatos, entre los cuales se elegirán a los dos magistrados, lo cual debería ser, se espera, en el primer semestre de 2010.

Siempre a nivel de la jurisdicción, el Tribunal Constitucional ha hecho noticia con algunas sentencias importantes y algunas discutibles, en parte originadas por el desdoblamiento del Tribunal en salas, que si bien aligeran los procesos, a la larga permite algunos excesos que son fruto además de la ausencia de un trabajo en equipo a su interior.

Aspecto importante a destacar es la realización en nuestro país, del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con el apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y cuya responsabilidad recayó en la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y en la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. El evento, con concurrencia masiva de alumnos y profesores, contó con una cobertura de más de cien profesores extranjeros, quienes presentaron ponencias, gran parte de las cuales se recogen en los dos volúmenes presentados el día de

la inauguración. No nos extendemos más en esto, pues se incorpora aquí la relatoría del Congreso especialmente preparada para estos efectos.

Al final del año, el 29 de noviembre de 2009, falleció en Montevideo el doctor Héctor Gros Espiell (1926-2009). Académico de amplia trayectoria, lo conocí en México durante su exilio en 1975 y tuve la oportunidad de tratar mucho con él en diversos lugares y apreciar sus grandes condiciones humanas y académicas. Tiene obra importante sobre todo en materia de derechos humanos, Derecho Constitucional y aspectos internacionales. Fue presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y estuvo en el Perú como mediador con motivo del golpe de Estado de Fujimori en abril de 1992. Más tarde, se vio envuelto en un penoso suceso: asesoró a la dictadura de Fujimori para justificar el apartamiento del Perú de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y constancia de ello queda en videos que luego se conocieron y que mostraban sus negociaciones con Montesinos. Este suceso, sin lugar de dudas, lo marcó mucho y afectó grandemente el bien ganado prestigio que se había ganado. Dejamos constancia de este hecho, pues en estos momentos es cuando debe hacerse un inventario del debe y del haber.

Lima, diciembre de 2009  
El Director

# ESTUDIOS

---

# EL CONCEPTO DE PRECEDENTE Y SU SIGNIFICADO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS \*

Robert S. Barker \*\*

**SUMARIO:** I. Nota introductoria. II. Antecedentes históricos. III. Significado y aplicación del Precedente. IV. "Holding" (razonamiento decisivo) y "Dic-tum" (lo dicho). V. Sigue. Precedente "Distinguiendo" (distinguishing) y "Limitando" (limiting). VI. Revocación del precedente (overruling). VII. Estabilidad y cambio en un sistema de precedentes. VIII. Precedente y separación de poderes. IX. Siguiendo el desarrollo de los precedentes. X. Conclusión. XI. Apéndice.

## I. NOTA INTRODUCTORIA

El concepto de "precedente" o *stare decisis* no es solamente un rasgo característico de la tradición del *common law*, sino que constituye sin lugar a dudas, su elemento más significativo. Una serie de regulaciones y prácticas basadas en el *common law* podrían ser eliminadas como de hecho lo han sido, sin modificar la esencia de esa tradición. Pero el *common law* se basa

---

(\*) Traducción de Domingo García Belaunde. El original en inglés preparado especialmente para nuestra "Revista Peruana de Derecho Público" tiene el título siguiente: "The concept of precedent and its significance in the Constitutional Law of the United States". Por la dificultad de la traducción de términos jurídicos, usamos directamente aquellos de uso común (ej. *common law*) y optamos por una traducción al castellano, que siempre es tentativa y en ciertos casos agregando el original entre paréntesis para que el interesado la pueda confrontar. Por razones de espacio se publica aquí únicamente el Apéndice A dejando los otros para otra oportunidad. (D.G.B.)

(\*\*) Profesor Distinguido, Facultad de Derecho (Duquesne University, Pittsburgh, Pennsylvania, U.S.A.).

en el precedente tanto por su coherencia como por su dinamismo y sin él, simplemente desaparecería como sistema legal. El objetivo del presente artículo es proporcionar un panorama tanto sobre la teoría como la práctica del precedente tal cual se emplea en los Estados Unidos de América, incidiendo en su importancia en los temas constitucionales. Se espera que este enfoque atraiga el interés de los abogados formados en la tradición romanista, ya que varios de estos países, han introducido este tipo de regulaciones en sus propios sistemas de control constitucional.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Escribiendo hacia mediados del siglo XIII, el gran jurista inglés Henry de Bracton, en su tratado *De Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*, señala:

Si surgieran en el reino asuntos nuevos y desconocidos y si casos similares se hubieran presentado con anterioridad, dejad que se aplique la misma sentencia sobre los mismos asuntos, puesto que es la ocasión propicia para avanzar de un caso similar a otro similar.<sup>2</sup>

En su célebre *Note Book* (Cuaderno), Bracton recopilaba y citaba fallos anteriores y los presentaba como una guía para las futuras generaciones, especialmente para los jueces recién nombrados. No es necesario profundizar en debates académicos sobre la importancia de la obra de Bracton, para darse cuenta de que su trabajo reflejó y facilitó el desarrollo no únicamente de un determinado sistema legal (el de Inglaterra), sino de una tradición jurídica basada en los precedentes y conocida como *common law*.

En efecto, el *common law* tiene sus orígenes en las normas consuetudinarias de la Inglaterra anglosajona, pero fue la conquista normanda acontecida en 1066, la que dio lugar tanto a las medidas unificadoras como a las consultas judiciales, lo que transformaría las leyes locales consuetudinarias del país en un sistema jurídico nacional, con su esencia en el precedente.<sup>3</sup> El rey Guillermo “El Conquistador” (1066-1087), centralizó la tenencia de tierras, envió recolectores de impuestos, censores y jueces de nombramiento real a todos los confines del país con la finalidad de establecer y hacer cumplir la autoridad real y la “justicia del Rey.”<sup>4</sup> El alcance de la autoridad

---

<sup>(2)</sup> Henry de Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae* (*Sobre el Derecho y la Costumbre en Inglaterra*), fol. 16.

<sup>(3)</sup> Ver, e.g., F.W. Maitland, *The Constitutional History of England* [*La Historia Constitucional de Inglaterra*] p.p. 6-10 (ed. Fisher.)

<sup>(4)</sup> Ver, e.g., Cornelius J. Moynihan, *Introduction to the Law of Real Property* [*Introducción al Derecho de los Bienes Raíces* 2-8; David C. Douglas, *William The Conqueror* [*Guillermo El Conquistador*] p.p. 305-310, 346-355.

judicial de carácter real iniciada por Guillermo, se tornó más rigurosa y sistemática durante el reinado de Enrique II (1154-1189).<sup>5</sup>

Los jueces reales “recorrían su circuito”, es decir, viajaban de localidad en localidad a lo largo y ancho del país, de acuerdo a cronogramas regulares establecidos, celebran audiencias y emitían sus fallos en cada lugar, y luego regresaban periódicamente a sus “bases” en Westminster en donde comparaban sus numerosas experiencias con las de sus colegas.<sup>6</sup> Al existir en aquellos tiempos una legislación real mínima, los jueces en sus visitas, aplicaban en general, el derecho consuetudinario local. En sus debates informales, los jueces se percataron de que la costumbre local que habían venido aplicando tenía mucho en común con las costumbres locales de las áreas que sus colegas habían visitado. Por consiguiente, a través de estas deliberaciones informales sobre diversos temas, los jueces concluyeron que existían regulaciones consuetudinarias o tradicionales sobre muchos asuntos que eran “comunes” (o casi comunes) en toda Inglaterra. Con el tiempo, estos debates dieron lugar a una uniformidad de normas consuetudinarias que fueron aceptadas por los jueces y que desde entonces fueron aplicadas en sus fallos y en los de sus demás colegas. John P. Dawson, profesor de Derecho en la Universidad de Harvard, escribiendo en 1967 describió tal proceso de la siguiente manera:

El núcleo sólido [del Derecho inglés] fue la costumbre inglesa, una síntesis o abstracción que fue construida a partir de las costumbres o usos habituales de diversas comunidades inglesas, pero que no coincidían precisamente con ninguna de éstas. Las reiteradas experiencias de los jueces reales en la decisión de los casos, y sus deliberaciones frecuentes e informales, dieron lugar a una consistencia y estructuración más sólida que hicieron que las reglas devinieran en un sistema.<sup>7</sup>

El conjunto de leyes derivadas de la costumbre y manifestadas a su vez por los jueces, podía sobrevivir y desarrollarse al interior de un sistema, únicamente si los mismos jueces mostraban un verdadero respeto por sus anteriores decisiones y las de sus colegas. Se ha observado que, al menos en los primeros tiempos del reinado de Eduardo I (1274-1307), los abogados citaban y “distinguían” casos anteriores, es decir, debatían que el caso en discusión era tan similar o diferente a algún caso ya decidido, y si es que una decisión anterior debería o no debería determinar el resultado

---

<sup>(5)</sup> W. L. Warren, *Henry II*, [Enrique II], p.p. 317-361; Richard Mortimer, *Angevin England* [La Inglaterra Angevina], 1154-1258, p.p. 51-55.

<sup>(6)</sup> Goldwin Smith, *A History of England* [Historia de Inglaterra] p.p. 54-55; Christopher Brooke, *From Alfred to Henry III* [De Alfredo a Enrique III], 871-1272, p.p. 182-185.

<sup>(7)</sup> John P. Dawson, *The Oracles of the Law* [Los Oráculos del Derecho 2.]

del presente proceso.<sup>8</sup> Este enfoque distintivo inglés ha sido explicado de la siguiente manera:

Ni el Derecho Romano... ni ninguno de los sistemas modernos que tienen su base en éste, confieren un lugar destacado o de autoridad al precedente. Solo le confieren una influencia no superior a aquélla emitida por cualquier otra manifestación de una autorizada opinión legal. Un libro sistematizador de fallos judiciales y un manual, se encuentran en el mismo nivel. Ambos son pruebas que acreditan el Derecho; ambos constituyen instrumentos para la persuasión de los jueces, pero nada más que eso.

El Derecho inglés, sin embargo, esboza una marcada diferencia entre ellos. Un precedente judicial es considerado autoridad en Inglaterra: no es solamente una prueba del Derecho, sino una fuente del mismo; y los jueces se encuentran obligados a seguir al Derecho así establecido.<sup>9</sup>

Cuando los colonos ingleses se establecieron en Norte América, trajeron consigo el *common law* inglés. Tal como lo definió en 1833 Joseph Story, juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América (1811-1845) y profesor de la Universidad de Harvard:

El principio universal (y la práctica lo ha confirmado) ha sido que el *common law* constituye nuestra partida de nacimiento y la herencia que nuestros antepasados trajeron consigo al emigrar, derecho que era aplicable a su situación. La estructura total de nuestro Derecho actual, se basa en los fundamentos primigenios del *common law*.<sup>10</sup>

El concepto de “precedente” fue, tanto para las colonias como para los Estados Unidos ya independiente, una parte integrante del *common law* heredado de Inglaterra. James Wilson de Pensilvania, uno de los primeros jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos escribió:

En algunas ciencias, se debe guardar particular consideración a la autoridad. El *common law* es una de esas ciencias. Las decisiones judiciales son la principal y la más auténtica confirmación que representan la existencia de dicha costumbre y que forma parte del *common law*.<sup>11</sup>

---

<sup>(8)</sup> 1 Frederick Pollock y F.W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I* [La Historia del Derecho inglés antes del reinado de Eduardo I], p. 178.

<sup>(9)</sup> J. W. Salmond, “The Theory of Judicial Precedents” [“La Teoría de los precedentes judiciales”], 16 *Law Quarterly Review*; p.p. 376-377 (1900).

<sup>(10)</sup> Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* [Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos de América], p. 65 (Carolina Academic Press edition, 1987).

<sup>(11)</sup> 2, Kermit L. Hall y Mark David Hall (eds.), *Collected Works of James Wilson* [Obras Completas de James Wilson], p. 953.

### III. SIGNIFICADO Y APLICACIÓN DEL PRECEDENTE

¿Qué significa después de todo el concepto de “precedente”, parte fundamental del *common law*, y cuáles son sus consecuencias?

La palabra “precedente” es una expresión abreviada de *stare decisis* (atenerse a las cosas decididas) y los dos términos se emplean de manera indistinta.<sup>12</sup> En la práctica, “precedente” o *stare decisis* significa que los tribunales inferiores deben acatar las decisiones del tribunal supremo dentro de su jurisdicción en asuntos de Derecho, y que este último tribunal debe apartarse de sus decisiones previas o antecedentes sobre materias legales únicamente cuando existen razones importantes para hacerlo. Los principios del precedente se aplican no solamente en decisiones sobre regulaciones consuetudinarias del Derecho, sino también en fallos que interpretan el derecho positivo. Consecuentemente, por ejemplo, los fallos de la Corte Suprema de Pennsylvania (el tribunal supremo de mi Estado) concernientes al derecho consuetudinario de este Estado, la interpretación de su Constitución, de cualquiera de sus leyes o de una ordenanza de cualquiera de sus municipalidades, son vinculantes para todos los demás tribunales de Pennsylvania; es decir, que en cualquier caso, los tribunales inferiores de este Estado deberán aplicar el precedente estipulado y establecido por la Corte Suprema de Pennsylvania que implique el mismo problema legal. En caso de que un tribunal inferior no siguiera dicho precedente, es sumamente probable que el fallo de éste sea apelado y finalmente revocado.<sup>13</sup>

La Constitución de los Estados Unidos de América estipula que ésta, así como las leyes y tratados de este país constituyen su ley suprema, y que los jueces de cada Estado “se encuentran vinculados y obligados a ella, a pesar de cualquier disposición que establezcan en contrario las leyes o las constituciones de cada Estado.”<sup>14</sup> Esta regla de la supremacía federal en combinación con los principios del precedente, quiere decir que los fallos emitidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos en lo que respecta a la interpretación de su Constitución, leyes y tratados, deben ser seguidos y respetados por todos las demás tribunales del país, tanto federales como estatales.<sup>15</sup>

---

<sup>(12)</sup> La máxima completa del latín es *stare decisis et non quieta movere*.

<sup>(13)</sup> E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States* [Una introducción al sistema legal de los Estados Unidos de América] p.p. 53-54 (Tercera edición).

<sup>(14)</sup> *Constitution of the United States of America* [Constitución de los Estados Unidos de América.] (en adelante la “Constitución”), art. VI, párrafo 2º.

<sup>(15)</sup> *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 78 S. Ct. 1401, 3 L. Ed. 2d 5 (1958).

#### IV. “HOLDING” (RAZONAMIENTO DECISIVO) Y “DICTUM” (LO DICHO)

No todo lo que resuelve un tribunal es considerado como un “precedente”. Únicamente aquellas partes de una opinión de la Corte que constituyen declaraciones de Derecho que sean esenciales para la sentencia de un caso ante ella misma, poseen el valor de precedente. Estas afirmaciones esenciales se conocen como “holdings.” Otras declaraciones de Derecho que la Corte puede efectuar en el curso de una argumentación, es decir, declaraciones no incluidas en lo que se considera esencial para el fallo de un caso, son denominadas “*obiter dicta*” (dichos de paso o marginales) o simplemente “*dicta*”<sup>16</sup> y no dan lugar a reglas de precedente.

Un buen ejemplo sobre la diferencia entre “holding” y “dictum”, podemos encontrarlo en el conocido caso de Derecho Constitucional *Marbury v. Madison*,<sup>17</sup> fallado en 1803 por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los hechos son los siguientes: en 1801, en las últimas semanas de la administración del presidente John Adams, éste nombró a William Marbury y a otros más para los cargos de jueces de paz destinados al Distrito de Columbia. El Senado de los Estados Unidos ratificó tales nombramientos y el Presidente Adams firmó la documentación pertinente, o sea los títulos (*commissions*) que acreditaban a Marbury y a los demás como jueces de paz. Posteriormente, Adams envió los títulos al Departamento de Estado, puesto que el Secretario de esta dependencia era la persona indicada por ley para entregar tales títulos a las personas nombradas. Poco días después finalizó la administración del presidente Adams y el nuevo Presidente, Thomas Jefferson (quién lo había derrotado en las elecciones) ocupó el cargo. El Secretario de Estado de Jefferson, James Madison, se percató de que los cuarenta y dos “títulos”, incluyendo el de Marbury, no habían sido entregados a sus destinatarios, sino que habían permanecido en las oficinas del Departamento de Estado. Entonces, el presidente Jefferson ordenó a Madison que entregara veinticinco de esos “títulos”, pero que retuviera los otros diecisiete, incluyendo el de Marbury.<sup>18</sup>

Tanto Marbury como los otros que habían sido nombrados y cuyos “títulos” habían sido retenidos, interpusieron una acción de *mandamus* (mandato judicial)<sup>19</sup> contra Madison y ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, con la finalidad de que se les haga entrega de sus “títulos” sobre

---

<sup>(16)</sup> Farnsworth, *supra*, n. 12, pp. 55-57.

<sup>(17)</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

<sup>(18)</sup> Una buena explicación sobre el antecedente político del caso *Marbury v. Madison* se encuentra en 3 Albert J. Beveridge, *The Life of John Marshall [La vida de John Marshall]* p.p. 101-156.

<sup>(19)</sup> *Mandamus* es una acción legal que tiene por objeto obligar a un funcionario público o a un tribunal inferior a realizar un deber que no es discrecional.

las cuales reclamaban tener derecho, pues eso los habilitaba para ocupar el cargo. La Corte Suprema, a través de su Presidente John Marshall, inició el análisis del caso mediante las siguientes declaraciones:

En el orden tal cual la Corte ha visto este tema, se formularon y contestaron las siguientes interrogantes:

1. ¿Posee el demandante [Marbury] el derecho al “título” que demanda?
2. Si es así y ese derecho ha sido violado, ¿las leyes de este país le ofrecen algún recurso para obtenerlo?
3. Si le proporcionan un recurso, ¿es éste un mandamus emitido por esta Corte? <sup>20</sup>

La Corte Suprema procedió a contestar estas interrogantes en el orden en que fueron formuladas. Luego de un análisis, la Corte concluyó de que sí, que Marbury tenía el derecho a que le entreguen el título pues solo así podía ocupar el cargo para el que había sido nombrado. <sup>21</sup> En lo que respecta a la segunda pregunta, la Corte manifestó que las leyes de los Estados Unidos de Norteamérica en realidad deben proporcionar un recurso legal a Marbury. <sup>22</sup> Referente a la tercera, la Corte se manifestó afirmativamente, en el sentido de que la acción legal del *mandamus* era un recurso apropiado. <sup>23</sup> No obstante, la Corte formuló la interrogante: ¿era el recurso apropiado de Marbury la acción de *mandamus* iniciada en la Corte Suprema? Marbury, al entablar la acción de *mandamus* directamente ante la Corte Suprema se basó en la Ley Federal del Poder Judicial de 1789 que autorizaba a la Corte Suprema a:

...emitir un auto de mandamus o mandato en casos respaldados por los principios y usos del Derecho ante cualquier tribunal o funcionario que ostente un cargo público bajo la autoridad de los Estados Unidos... <sup>24</sup>

La acción de Marbury fue obviamente la de *mandamus*, y el Secretario de Estado era indiscutiblemente una “persona con un cargo sujeta a la autoridad de los Estados Unidos de América.” Sin embargo, la Corte Suprema manifestó que la Constitución de este país limita la jurisdicción original de este Tribunal a casos que impliquen a funcionarios diplomáticos y consulares y en los casos en los que un Estado (de los Estados Unidos de América) sea parte. Puesto que el caso de Marbury no se encontraba dentro de dichas categorías, la Corte Suprema concluyó que la Constitución le prohibía ejercer una jurisdicción originaria en este proceso. Por consiguiente,

---

<sup>(20)</sup> 5 U.S. at 154, 2 L. Ed. p. 66.

<sup>(21)</sup> 5 U.S. at 154-162, 2 L. Ed. p.p. 66-69.

<sup>(22)</sup> 5 U.S. at 162-168, 2 L. Ed. p.p. 69-70.

<sup>(23)</sup> 5 U.S. páginas 168-173, 2 L. Ed. p.p. 70-72.

<sup>(24)</sup> Ley que establece Tribunales Judiciales en los Estados Unidos de América, Sección 13, 1, 80.

la Corte Suprema se enfrentaba a una ley federal que (tal como lo interpretara la Corte) le otorgaba jurisdicción original sobre este caso, y una disposición constitucional que (tal como la Corte interpretó la Constitución) prohibía que la Corte ejerciera jurisdicción originaria sobre aquel mismo proceso. La Corte manifestó que debe preferirse la Constitución a cualquier ley y por lo tanto, concluyó que carecía de jurisdicción originaria para ver el caso Marbury.<sup>25</sup>

¿Cuánto del caso Marbury está considerado como “*holding*” (es decir, con valor de precedente), y cuánto de “*dictum*” (es decir, palabras o frases que no tienen fuerza de precedente)?

La respuesta a estas interrogantes dependen del Derecho Sustantivo y Procesal vigentes y aplicables. En el *common law*, un tribunal que carece de jurisdicción sobre el asunto en litigio, no tiene facultad para decidir sobre los méritos de la demanda. En cuanto al caso Marbury, la Corte Suprema declaró que carecía de jurisdicción para ver la causa en primera instancia. Puesto que carecía de ella, ineludiblemente no tenía autoridad para tratar o decidir sobre el fondo de la causa. Por consiguiente, la deliberación de la Corte Suprema sobre el derecho de Marbury al nombramiento y su correspondiente título y su afirmación de que el *mandamus* era un recurso apropiado, son consideradas como declaraciones *dicta*, que van más allá de las afirmaciones consideradas como necesarias para la solución del caso. La deliberación de la Corte Suprema sobre este tema, puede considerarse como *persuasiva* (es decir, que puede ejercer algún tipo de influencia) en otro tribunal y en un caso futuro, pero no es considerada como vinculante precisamente debido a que lo que la Corte afirmó en lo referente al derecho de Marbury en cuanto a su “título” y a su derecho al recurso de *mandamus* no eran relevantes, ya que lo que se discutía no estaba dentro de su jurisdicción, pues carecía de ella.

Por otro lado, las declaraciones de la Corte en lo que respecta a que la Ley Federal de la Judicatura implicaba el otorgamiento de jurisdicción originaria para las acciones de *mandamus* contra funcionarios públicos, no obstante que la Constitución prohibía presentarlas directamente ante la Corte Suprema en casos parecidos (a no ser que se trate de diplomáticos o de Estados), son consideradas como “*holdings*”. Asimismo, el fallo de la Corte Suprema en cuanto a que (y consecuentemente, otros tribunales federales o estatales de los Estados Unidos) poseían la potestad de no aplicar leyes que entraran en conflicto con la Constitución, es considerado como *holding* (y en realidad, de gran trascendencia en el caso).

En la discusión alrededor del caso Marbury, la Corte Suprema aprovechó la oportunidad para ofrecer otros ejemplos de leyes que podrían ser

---

<sup>(25)</sup> 5 U.S. p.p. 173-180, 2 L. Ed. p.p. 72-74.

inconstitucionales. La Corte manifestó, por ejemplo, que si el Congreso aprobaba una ley *ex post facto* (ley posterior al hecho), o una ley que imponga penas sin proceso previo (*bill of attainder*), o que permita una condena por traición en base a una confesión extrajudicial o con el testimonio de un solo testigo, tales leyes serían inejecutables en un tribunal puesto que violarían la Constitución.<sup>26</sup> Estas declaraciones emitidas por la Corte *no son* consideradas *holdings* ya que no versan sobre materias legales que han sido realmente analizadas por la Corte. Mientras que estas afirmaciones pueden poseer un efecto persuasivo en las cortes inferiores si es que tales tribunales tuvieran que tratar dichas leyes, las declaraciones de la Corte Suprema en relación al caso *Marbury* acerca de la ley *ex post fact*, leyes de imposición de penas sin proceso, y medios probatorios para evidenciar un fallo o condena por traición, son únicamente consideradas *dicta*, mas no reglas con el carácter de precedente.

La diferencia entre un *holding* que posee la fuerza de precedente, y un *dictum* que no lo tiene, es a menudo difícil de discernir. Por esta razón, las facultades de Derecho de los Estados Unidos invierten un tiempo considerable en el análisis y estudio de casos en los que la importancia de planteamientos judiciales en particular, tales como el *holding* y el *dictum*, representen en sí un asunto de discusión.<sup>27</sup> En cualquier caso, los ejemplos antes expuestos sobre el fallo *Marbury v. Madison*, ilustran los principios básicos para determinar qué planteamientos constituyen un “precedente” y cuáles no.

### 1. Ejemplo del “contribuyente con legitimación procesal” (*taxpayer standing*)

¿Cómo se aplica el precedente por parte de los tribunales? La manera más simple y clara para un tribunal es afirmar que “La ley aplicable al presente caso es la establecida [por esta misma corte o por una superior] en el proceso *Smith v. Jones* que [estableció el precedente]....” Pero la aplicación del precedente por parte de un tribunal es a menudo más complicada como cuando éste distingue el precedente al establecer que los hechos del presente caso son bastante diferentes de los del anterior, y que el precedente establecido en este último simplemente no se aplica al nuevo proceso. Usualmente, este proceso de “distinción” (*distinguishing*) cuando es aplicado por el mismo tribunal que estableció el precedente del primer caso, posee el efecto de “limitar” la autoridad de precedente de este último

---

<sup>(26)</sup> 5 U.S. página 179, 2 L. Ed. p. 74.

<sup>(27)</sup> Ver, e.g., *Rush v. Maple Heighen*, 167 Ohio St. 221, 147 N. E. 2d 599 (1958), un caso que ilustra claramente la en veces sutil y controvertida diferencia entre *holding* y *dictum*.

a un rango más restringido de situaciones. Por ejemplo, en 1923 la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que un contribuyente federal como tal, carecía de legitimación procesal para cuestionar la constitucionalidad de un programa federal de subvenciones destinadas a los Estados para el cuidado materno- infantil.<sup>28</sup> Más de cuarenta años más tarde, un número considerable de contribuyentes federales presentaron una demanda con la finalidad de impedir que el Gobierno federal otorgara ayuda financiera a escuelas dirigidas por agrupaciones religiosas (entre otras instituciones educativas). Éstos argumentaron que dicha asistencia constituía un apoyo a un “sistema religioso” que infringía la Constitución de los Estados Unidos. El año 1968, la Corte Suprema dictaminó que los contribuyentes *poseían* legitimación procesal. La Corte manifestó que, mientras que su fallo de 1923 implicaba una declaración por parte del contribuyente de que el Congreso se había excedido en sus facultades constitucionales —afirmación que no guardaba relación con la condición de contribuyente del demandante— los contribuyentes del caso del año 1968, invocaban una disposición de la Constitución —la prohibición de apoyar un sistema religioso— que intentaba proteger a los contribuyentes como tales de tener que sostener económicamente la religión. Por consiguiente, la Corte distinguió los dos casos y limitó —pero no revocó— su *holding* de 1923.<sup>29</sup>

Pocos años después, otro grupo de contribuyentes presentó una demanda que recusaba la transferencia de una propiedad sin uso (un antiguo hospital) por parte del Gobierno federal a una institución superior de estudios (*college*) dirigido por una organización religiosa. Los contribuyentes argumentaron que el fallo de 1968 de la Corte Suprema, establecía el precedente de que los contribuyentes *poseían* legitimación procesal para demandar la constitucionalidad de los programas del Gobierno que (probablemente) constituían un sistema o establecimiento religioso.

El año 1982, la Corte Suprema sostuvo que los contribuyentes en este caso, *no poseían* legitimación procesal. La Corte diferenció los casos de 1968 y 1982 sosteniendo que el precedente establecido en 1968 (que concedía al contribuyente la legitimación procesal para demandar) se aplicaba únicamente a situaciones (tal como el caso de ese año) en que la conducta supuestamente inconstitucional del Gobierno federal, implicaba el ejercicio de la facultad de “gravar y gastar” por parte del Congreso; un poder relevante para la condición de contribuyentes de los demandantes del caso de 1968. Por otro lado, la Corte manifestó que los demandantes del año 1982 recusaban el ejercicio de una facultad diferente, el poder de

---

<sup>(28)</sup> *Frothingham v. Mellon*, 262 U.S. 447, 43 S. Ct. 597, 67 L. Ed. 1078 (1923).

<sup>(29)</sup> *Elast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 88 S. Ct. 1942, 20 L. Ed. 2d 947 (1968).

disponer de la propiedad federal, una facultad que no guardaba relación alguna con la condición de contribuyentes de los demandantes.<sup>30</sup>

Por lo tanto, la Corte Suprema, al distinguir los casos de 1968 y 1982, justificó su negativa de conceder “legitimación procesal de contribuyente” a los demandantes del año 1982, limitando así, pero no revocando, su precedente de 1968 y dio una amplitud renovada a su decisión de 1923. Es interesante observar que los jueces disidentes del caso de 1982, argumentaban que el precedente del año 1968, si se hubiese seguido, habría conducido a la conclusión de que los demandantes del caso de 1982 *poseían* legitimación procesal; estos jueces criticaron a la mayoría por pretender distinguir los dos casos, cuando en realidad, lo que estaban haciendo era revocar al menos parte del fallo de 1968.<sup>31</sup> Sea lo que fuese, los precedentes determinantes con respecto a la legitimación procesal de los contribuyentes para demandar la constitucionalidad de las acciones del Gobierno federal, son aquellas reglas que surgen del fallo de 1923 por parte de la Corte Suprema, limitadas por la sentencia de 1968 y como fue ésta a su vez limitada por la de 1982.<sup>32</sup>

## 2. Ejemplo de “poder presidencial”

Incluso el proceso de “seguir” o “continuar” el precedente puede ser más complejo que el lenguaje hipotético que figura en los párrafos anteriores. Algunas veces, en la continuación del precedente la Corte Suprema, sin alterarlo, modificará el énfasis o añadirá mayor detalle a un precedente ya existente.

En 1952 durante la Guerra de Corea, la Unión de Trabajadores Siderúrgicos de Norteamérica, un sindicato que representaba a trabajadores de la mayoría de las compañías productoras de acero del país, dieron a conocer su intención de iniciar una huelga contra estas empresas. Poco antes de que la huelga empezara, el presidente Harry S. Truman emitió un “Decreto Supremo” (*Executive Order*) el cual autorizaba al Secretario de Comercio a tomar posesión de las fábricas de acero y mantenerlas operativas.<sup>33</sup>

Como consecuencia de esto, las compañías de acero entablaron una acción legal ante un Tribunal federal con la finalidad de que las fábricas

<sup>(30)</sup> *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464, 102 S.Ct. 752, 70 L. Ed 2d 700 (1982).

<sup>(31)</sup> 454 U.S. p.p. 510-512, 102 S. Ct. p.p. 778-780, 70 L. Ed. 2d, p.p. 733-735 ( voto disidente de Brennan, J.).

<sup>(32)</sup> Ver, por ejemplo, *Daimlerchrysler Corp. v. Cuno*, 547 U.S. 332, 126 S. Ct. 1854, 164 L. Ed. 2d 589 (2006).

<sup>(33)</sup> La controversia legal se explica en la obra de William H. Rehnquist, *The Supreme Court [La Corte Suprema]* p.p. 169-192 (edición revisada.) El contexto político es descrito en el libro de Robert J. Donovan, *Tumultuous Years: The Presidency of Harry S. Truman, 1949-1953*. [Los años tumultuosos: La presidencia de Harry S. Truman, 1949-1953], p.p. 382-391.

regresasen a su control directo, y para esto argumentaron que el Presidente había sobrepasado su autoridad al emitir dicho Decreto. La Corte Suprema de los Estados Unidos decidió entonces, en votación de seis contra tres, que el Presidente efectivamente se había excedido en sus facultades constitucionales y, por lo tanto, dispuso que el manejo de las fábricas sean devueltas a sus legítimos dueños.<sup>34</sup> El Presidente por cierto, acató la orden de la Corte.

En 1981, en los últimos días de su gestión, el presidente Jimmy Carter celebró un convenio con Irán con la finalidad de resolver la crisis originada como consecuencia de la captura de personal diplomático y consular estadounidense. Para implementar tal pacto, el sucesor de Carter, el presidente Ronald Reagan, emitió un Decreto Supremo (*Executive Order*) que, entre otras cosas, suspendía las actuaciones ante los tribunales de los Estados Unidos contra las entidades gubernamentales de Irán, e igualmente prohibía la ejecución de procesos judiciales en curso contra dichos organismos. Dames & Moore, una empresa de ingenieros que había obtenido un fallo en un tribunal estadounidense contra la Agencia Iraní de Energía Atómica y que esperaba cobrar una importante cantidad de dinero en cumplimiento de la sentencia, entabló una demanda contra Ronald Reagan y su Secretario del Tesoro (el funcionario responsable de ejecutar la orden del presidente Reagan), y argumentó que el Presidente se había excedido en su potestad constitucional al emitir el referido Decreto. Para sustentar su posición, la empresa citó el fallo sobre el control de las fábricas de acero de 1952.

La Corte Suprema analizó el convenio celebrado con Irán así como la orden presidencial a la luz del caso de 1952 sobre las acerías. Más específicamente, la Corte contó con el marco analítico propuesto ese año en lo que respecta al voto concurrente del Juez Robert H. Jackson. Éste había formado la mayoría en lo referente al fallo de este proceso de 1952, y había respaldado la opinión de la Corte (la cual fue redactada por el Juez Hugo L. Black). No obstante, Jackson había elaborado una opinión por separado con el fin de enfatizar lo que consideraba que eran los criterios pertinentes en lo que respecta al análisis de los cuestionamientos constitucionales vinculados al ejercicio de la potestad presidencial. Según Jackson, dichos casos deberían ser analizados considerando si el Presidente actuó con el apoyo del Congreso (ya sea expreso o implícito); *contrario* a los deseos del Congreso (nuevamente, explícitos o implícitos); o sin el apoyo u oposición por parte del mismo.<sup>35</sup> En 1981, la Corte concluyó que mientras que el presidente Truman en el caso del año 1952, había actuado en contraposición a los deseos del Congreso, en 1981, el presidente Reagan

---

<sup>(34)</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 72 S. Ct. 863, 96 L. Ed. 1153 (1952).

<sup>(35)</sup> 343 U.S. p.p. 634-655, 72 S.Ct. p.p. 869-880, 96 L. Ed. p.p. 1198-1209.

había procedido con el apoyo de éste, incrementando así en gran medida el alcance de su potestad constitucional. La Corte declaró procedente la orden para la solución del conflicto con Irán sustentándose en el caso de 1952; no obstante, por interesante que parezca, no consideró el fallo que la Corte emitió sobre este proceso (que es el que establece el precedente), sino que dio un gran énfasis a la opinión que emitió por separado un solo miembro de la mayoría.<sup>36</sup> Como consecuencia, el fallo de 1952 mantuvo su importancia, pero la opinión concurrente del juez Jackson adquirió la autoridad de precedente, característica que se mantiene en la actualidad.<sup>37</sup>

## VI. REVOCACIÓN DEL PRECEDENTE (*OVERRULING*)

La manera más dramática de tratar con el precedente tiene lugar cuando el Tribunal que sentó el precedente lo desestima y lo reemplaza por uno nuevo. El ejemplo más conocido que registra la historia constitucional de los Estados Unidos, tuvo lugar en relación a la segregación racial impuesta por el Gobierno.

El año 1896, en el caso *Plessy v. Ferguson*, la Corte Suprema decidió que una ley estatal que estipulaba que los pasajeros de ferrocarril, blancos y negros, ocuparan diferentes vagones por motivos de segregación racial, no violaba la Decimocuarta Enmienda sobre *la protección igual ante la ley* siempre que los asientos y el ambiente fuesen *iguales* en un sentido material y en su presentación.<sup>38</sup> Por consiguiente, el precedente así establecido fue conocido como la doctrina de *iguales, pero separados*. Cincuenta y ocho años después, en 1954, la Corte analizó el caso *Brown v. Board of Education*, en el que los demandantes negros sostenían que la segregación racial en las escuelas públicas les negaba la “protección igual ante la ley” a pesar de cualquier “igualdad” tangible de estas escuelas. Por supuesto que la Corte Suprema se enfrentó a su precedente de *iguales, pero separados* y por unanimidad, decidió revocarlo.<sup>39</sup> La Corte trató el asunto de la siguiente manera:

¿La segregación de los niños que se da en las escuelas públicas únicamente sobre la base de la raza, aunque las instalaciones físicas y otros bienes o instalaciones “tangibles” sean los mismos, privan a los niños del grupo minoritario de iguales oportunidades de educación? Consideramos que sí...

\* \* \*

---

<sup>(36)</sup> *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 101 S.Ct. 2972, 69 L. Ed.2d 918 (1981).

<sup>(37)</sup> La opinión concurrente del Juez Jackson en lo referente al caso de 1952, fue considerada por la Corte Suprema en el caso *Medellín v. Texas*, 552 U.S. \_\_\_, 128 S. Ct. 1346, 170 L. Ed. 2d 190 (2008).

<sup>(38)</sup> 163 U.S. 537, 16 S. Ct. 1138, 41 L. Ed. 256 (1896).

<sup>(39)</sup> 347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954).

Concluimos que en el terreno de la educación pública, la doctrina “iguales, pero separados” no tiene cabida. Las instalaciones educativas por separado son intrínsecamente desiguales. Por consiguiente, sostenemos que los demandantes y otros que hayan sido similarmente afectados y que han dado motivo para iniciar este proceso, se encuentran, en virtud de la segregación denunciada, privados de la protección de igualdad ante la ley tal y como lo garantiza la Decimocuarta Enmienda...<sup>40</sup>

Mientras que el *holding* explícito en el caso *Brown* se limitó a la segregación racial en las escuelas públicas, la lógica del razonamiento de la Corte (que rechazó la doctrina *igual, pero separados*), señaló enérgicamente que toda segregación racial impuesta por el Gobierno, violaba el derecho constitucional de una protección igual ante la ley. En los años siguientes a este caso, los tribunales federales de primera instancia así como otros tribunales estatales aplicaron el precedente *Brown* y declararon inconstitucionales las leyes de segregación racial en un gran número de situaciones.<sup>41</sup>

En sus doscientos dieciocho años de existencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desestimado sus propios precedentes en casi 204 veces, 124 de las cuales implicaban cuestionamientos constitucionales.<sup>42</sup> Este debe ser un número aproximado, ya que los tribunales (incluyendo la Corte Suprema de los Estados Unidos) no siempre son explícitos acerca de si están “distinguiendo” o “revocando” un precedente en particular. Efectivamente, incluso cuando la Corte declara que está “distinguiendo” un caso anterior, algunas veces los jueces que se manifiestan discrepantes, acusan a la mayoría por efectuar una revocación *sub silentio*.<sup>43</sup>

## VII. ESTABILIDAD Y CAMBIO EN UN SISTEMA DE PRECEDENTES

Un sistema legal basado en el principio de *stare decisis* requiere que los precedentes, una vez que han sido establecidos, adquieran un grado importante tanto de respeto como de deferencia judiciales. Las

---

<sup>(40)</sup> 347 U.S. páginas 493, 495, 74 S. Ct. p.p. 691, 692, 98 L. Ed. p.p. 880, 881.

<sup>(41)</sup> Ver, Thomas G. Walker, “Precedent” [“Precedente,”] en Kermit L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. [La Guía Oxford de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América]. 663 (Primera ed.).

<sup>(42)</sup> Estas cifras se basan en la publicación *website* emitida por el Departamento de Impresiones del Gobierno (Government Printing Office) de los Estados Unidos de América, *The Constitution of the United States of America: Supreme Court Decisions Overruled by Subsequent Decision*. [La Constitución de los Estados Unidos de América: Fallos de la Corte Suprema revocados por sentencias posteriores.] <http://www.gpoaccess.gov/constitution/html/scourt.html> (17 de marzo de 2008).

<sup>(43)</sup> Ver, por ejemplo, las diversas opiniones sobre el caso *Mitchell v. W. T. Grant Co.*, 416 U.S. 600, 94 S.Ct. 1895, 40 L.Ed.2d, 406 (1974) y un año después, el mismo tema constitucional en el caso *North Georgia Finishing, Inc. v. Di-Chem, Inc.*, 419 U.S. 601, 95 S.Ct. 719, 42 L. Ed. 2d 751 (1975).

invalidaciones frecuentes, arbitrarias o caprichosas de los precedentes existentes podrían destruir la base del sistema. Por otro lado, la adhesión absoluta al precedente podría impedir la corrección de errores manifiestos, y haría necesaria la aplicación de regulaciones que eran apropiadas en su momento, pero cuya *raison d'être* (*razón de ser*) dejó de existir tiempo atrás. Por lo tanto, la vigencia y el éxito de un sistema de precedentes dependen de la existencia de un equilibrio razonable entre la estabilidad y el cambio. Mientras que los juristas del *common law* concuerdan acerca de la necesidad de dicho equilibrio, a menudo discrepan sobre qué balance sería el apropiado, y específicamente, qué circunstancias justifican el desconocimiento del precedente establecido. En los últimos años, este debate se ha tornado demasiado intenso en los Estados Unidos, y se centra en la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del aborto.

El año 1973, en el caso de *Roe v. Wade*,<sup>44</sup> la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió el fallo más controversial en más de un siglo; tal vez la sentencia más polémica jamás emitida, cuando declaró que existía un derecho constitucional al aborto. Este fallo dio lugar a inmediatos reclamos para que sea revocado. Diecinueve años después, cuando la naturaleza arbitraria del fallo de 1973 sobre el aborto devino cada vez más evidente,<sup>45</sup> y habiéndose producido diversos cambios en la composición de la Corte Suprema, mucha gente consideró que la Corte, en el caso de impugnación de la ley de Pennsylvania acerca de la restricción del aborto, desestimaría el caso *Roe v. Wade*. No obstante, por cinco votos contra cuatro, la Corte reafirmó su *holding* inicial en el caso *Roe* en cuanto a la existencia del derecho constitucional al aborto.<sup>46</sup> Al no aceptar la posibilidad de desestimar este precedente, la Corte se manifestó en la parte pertinente:

[La decisión para revocar] es percibida generalmente (y de manera correcta), al menos como un planteo que afirma que un caso anterior había sido fallado de manera errada. Existe un límite en el número de errores que puede razonablemente ser imputado a tribunales anteriores. Si es que tal límite es excedido, la alteración de reglas anteriores se tomaría como prueba de que un justificado reexamen del principio ha dado lugar

---

<sup>(44)</sup> 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147 (1973).

<sup>(45)</sup> Ver, por ejemplo, Lino A. Graglia, "Constitutional Law without the Constitution: The Supreme Court's Remaking of America." ["Derecho Constitucional sin Constitución: La nueva versión de América según la Corte Suprema."] por Robert H. Bork (ed.), *A Country I Do Not Recognize* [*Un país que no reconozco*]. 20-22. El año 1992 y no por casualidad, la Corte Suprema al reafirmar sus "holdings iniciales" en el caso *Roe v. Casey* (ver nota 45 *infra*) evitó concientemente declarar que este proceso había sido correctamente fallado.

<sup>(46)</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, 120 L.Ed. 2d, 674 (1992).

a fomentar resultados distintos en muy corto tiempo. La legitimidad de la Corte desaparecería en base a la frecuencia de sus vacilaciones.<sup>47</sup>

El Presidente de la Corte Suprema, William H. Rehnquist (quien en su calidad de Juez Asociado, había discrepado en el caso Roe) al redactar el voto de los cuatro jueces que podrían haber revocado el caso Roe señaló:

La ... opinión [de la Corte] discute diversos aspectos del *stare decisis*, que según dice tienden a mantener parte del caso Roe. Dos de estos elementos son que el principal "soporte fáctico de este proceso ha permanecido invariable" y que su base doctrinal no es actualmente más débil de lo que era en 1973. Con toda seguridad no existe el requisito que considere necesario apartarse del "stare decisis" en un caso constitucional cuando se considera que hoy la decisión es más errada de lo que fue en el momento en que se adoptó. Si esto es verdad, la más extravagante decisión constitucional podría sobrevivir para siempre, basándose en el hecho de que no es ahora más extravagante que cuando fue originalmente establecida.

La ... opinión [de la Corte] también apunta a los intereses de referencia implicados en este contexto en cuanto a la finalidad para explicar el porqué debe mantenerse un precedente para la propia vigencia del mismo...

Aparentemente, al darse cuenta que los principios convencionales del "stare decisis" no sustentan su posición, la ... opinión de la [Corte] anticipa el criterio de que es necesario conservar una parte del proceso Roe con el fin de proteger la "legitimidad" de esta Corte... Además, también afirma que cuando la Corte "resuelve(n) un tipo de controversias sumamente enfrentadas tal como se reflejó en el caso Roe, y en otros procesos similarmente excepcionales, el fallo se encuentra exento de ser reconsiderado según los principios establecidos del "stare decisis" en cuanto a casos constitucionales... De acuerdo a este principio, cuando la Corte dictamina sobre un tema que causa controversias, aparentemente se encuentra impedida de desestimar dicho fallo por el simple hecho de que fue incorrecto, *a no ser que la oposición al fallo original se haya extinguido*.<sup>48</sup> [énfasis en el original]

La controversia acerca del precedente se inició nuevamente en lo que respecta al cuestionamiento de la protección constitucional al tema de la sodomía. El año 1986, la Corte Suprema en el caso *Bowers v. Hardwick*,<sup>49</sup> decidió, en una votación de cinco contra cuatro, que la Constitución no garantizaba el derecho a la práctica de la sodomía. El año 2003, en el caso

---

<sup>(47)</sup> 505 U.S. p.p. 866, 112 S. Ct. p.p. 2815, 120 L. Ed.2d, p. 708.

<sup>(48)</sup> 505 U.S. p.p. 955, 957-958, 112 S. Ct. p.p. 2861, 2862-2863, 120 L. Ed.2d, p.p. 766, 768.

<sup>(49)</sup> 478 U.S. 186, 106 S. Ct. 2841, 92 L. Ed.2d, 140 (1986).

*Lawrence v. Texas*,<sup>50</sup> nuevamente se suscitó la controversia ante la Corte. Por una votación de seis contra tres, los jueces desestimaron explícitamente el caso *Bowers* y declararon un derecho constitucional que protegía la sodomía. En su opinión para la Corte, el Juez Anthony Kennedy (uno de los coautores de la Opinión de la Corte en el proceso *Casey*) manifestó:

La doctrina del “*stare decisis*” es fundamental para el respeto a los fallos de la Corte y a la estabilidad de la ley. El caso [Planned Parenthood... v. Casey] observó que cuando se solicita a un tribunal que desestime un precedente reconociendo un interés constitucional de la libertad así como una dependencia individual o social en la existencia de tal libertad, procede prudentemente con particular solidez para no revertir el curso de lo existente. (“La libertad no se refugia en la jurisprudencia de la duda.”). Sin embargo, el “*holding*” del caso *Bowers*, no ha inducido una dependencia perjudicial comparable a algunas situaciones en que se encuentran implicados derechos individuales reconocidos...

“El proceso “*Bowers*” no fue fallado de manera correcta, y no es considerado correcto en la actualidad. No debería considerarse como un precedente obligatorio. El caso “*Bowers v. Hardwick*” debe ser, como ya lo es, revocado.”<sup>51</sup>

El Juez Antonin Scalia, en una opinión discrepante respaldada por el Presidente de la Corte Suprema, Rehnquist y el juez Clarence, respondió al argumento del Juez Kennedy acerca del *stare decisis* de la siguiente manera:

Empiezo con la sorprendente disposición de la Corte en cuanto a reconsiderar un fallo emitido diecisiete años atrás en el caso *Bowers v. Hardwick*... En el caso *Planned Parenthood v. Casey*... el “*stare decisis*” significó la conservación de los derechos del aborto judicialmente inventados; la vasta crítica al caso *Roe* fue razón suficiente *para reafirmarlos*.

Sin embargo, hasta hoy, la vasta oposición al caso “*Bowers*”, un fallo que implica un tema tan “intensamente debatido” como el caso de *Roe*, es considerada como un argumento *para desestimarla*.

El enfoque actual sobre el “*stare decisis*” nos invita a desestimar un precedente erróneamente decidido (incluyendo un fallo “sumamente controvertido”) en caso de que: (1) sus bases hayan sido erosionadas por sentencias posteriores; (2) haya estado sujeto a una crítica “fuerte y constante”; y (3) no haya conducido a una “dependencia individual y social” que no aconseje su invalidación. El problema es que el mismo caso *Roe*,

---

<sup>(50)</sup> 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472, 156 L. Ed.2d, 508 (2003).

<sup>(51)</sup> 539 U.S. p.p. 577, 578, 123 S. Ct. p.p. 2483, 2484, 156 L. Ed.2d, p. 525.

que la mayoría actual con seguridad no está dispuesta a desestimarlos, cumple con estas condiciones, al menos, en el mismo grado que el tema Bowers.”<sup>52</sup> [énfasis en el original]

El debate acerca del grado de deferencia que debe darse al precedente nunca acabará; es algo inherente a nuestro sistema de *stare decisis*. Por supuesto que la intensidad del debate disminuiría si la Corte Suprema simplemente se abstuviera de inventar nuevos derechos “constitucionales” tales como los referentes al aborto y a la sodomía.<sup>53</sup> No obstante, incluso una Corte Suprema menos ingeniosa tendrá que enfrentarse constantemente al conflicto entre la estabilidad y el cambio, que es inherente tanto a la teoría como a la práctica del *stare decisis*.

## VIII. PRECEDENTE Y SEPARACIÓN DE PODERES

La esencia del precedente o *stare decisis*, siempre ha sido que los fallos judiciales en materia de Derecho sean seguidos (con sujeción a las condiciones y limitaciones antes discutidas) tanto por el juez como por los demás tribunales, es decir, *dentro de la rama judicial* del Gobierno. Un tema más complicado y más controversial en la historia constitucional de los Estados Unidos, radica en saber si los precedentes judiciales vinculan a otras ramas o dependencias del Gobierno.

En los Estados Unidos de América, como en otras sociedades basadas en el Imperio del Derecho, siempre se ha entendido que una decisión o fallo judicial es vinculante para todos, incluyendo las otras ramas del Gobierno en la medida que el fallo determine los derechos y obligaciones de las partes intervinientes. Pero ¿el fallo de la Corte Suprema en un tema constitucional obliga a las demás ramas del Gobierno federal (y de los Estados) a seguir el precedente sentado por la Corte en situaciones futuras? ¿O es posible que el Congreso, el Presidente o los gobernadores o legislaturas estatales elaboren sus propios e independientes criterios acerca de temas constitucionales?

En 1798, el Congreso de los Estados Unidos aprobó y el presidente John Adams promulgó la Ley de Sedición la cual limitaba rigurosamente el derecho de los editores (*publishers*) a criticar al Presidente o al Congreso. La ley fue muy controvertida y los cuerpos legislativos de dos estados, Virginia y Kentucky, adoptaron resoluciones que establecían sus derechos como estados para determinar la constitucionalidad de las leyes federales y declararon a la Ley

---

<sup>(52)</sup> 539 U.S. p.p. 586-587, 123 S. Ct. p.p. 2488, 2489, 156 L. Ed.2d p.p. 531-532.

<sup>(53)</sup> Ver, por ejemplo, “Panel on Originalism and Precedent” (Foro sobre el Originalismo y el Precedente) en Steven G. Calabresi (ed.), *Originalism: A Quarter-Century of Debate* [*Originalismo: Un cuarto de siglo de debate*], 199-252.

de Sedición como inconstitucional e inejecutable dentro de sus respectivos límites.<sup>54</sup> El año 1801, Thomas Jefferson, opositor de la Ley de Sedición, se convirtió en Presidente. En el texto de su mensaje anual al Congreso, Jefferson se preparó para declarar inconstitucional así como la “nulidad” de dicha Ley. Pero Jefferson eliminó esta declaración en la versión final de su discurso, y su declaración de “nulidad” nunca fue enviada al Congreso.<sup>55</sup> Las resoluciones tanto de Virginia como de Kentucky no pretendían tener ningún efecto más allá de los límites de esos estados, y el pasaje del discurso de Jefferson establecía que haría cumplir el decreto de nulidad únicamente con el fin de indultar a los culpables que habían infringido la Ley. Jefferson empleó su facultad presidencial para amnistiar a las personas culpables de violar la Ley de Sedición (puesto que el indulto se encontraba claramente incluido dentro de sus prerrogativas constitucionales,<sup>56</sup> pues su decisión no daba lugar a una controversia sobre la separación de los poderes). La Ley de Sedición expiró por sus propios términos en los primeros años de la administración de Jefferson, y el cuestionamiento acerca de su constitucionalidad nunca llegó a la Corte Suprema. Sin embargo, el concepto de que los cuestionamientos constitucionales podrían ser decididos o fallados por un estado o únicamente por el Presidente tuvieron un notorio peso en la Corte Suprema, cuando discutió e instituyó el poder de la *judicial review* el año 1803 en el caso *Marbury v. Madison*.

El derecho de un Estado de anular leyes federales fue nuevamente ratificado el año 1832, cuando una Convención especial del Estado de Carolina del Sur adoptó un Decreto de Nulidad que declaraba nulas e inejecutables algunas leyes arancelarias federales en dicho Estado.<sup>57</sup> El Presidente Andrew Jackson respondió con una enérgica declaración de supremacía federal y amenazó con recurrir a las tropas federales contra Carolina del Sur. El Estado revocó su decreto de nulidad y el asunto fue resuelto política y no judicialmente.<sup>58</sup>

El año 1850, como parte de una serie de leyes comúnmente conocidas como “El Compromiso de 1850” diseñadas con el fin de disminuir los conflictos en lo que respecta a la esclavitud, el Congreso de los Estados Unidos

<sup>(54)</sup> Las resoluciones se encuentran reproducidas en 1 Henry Steele Commager, *Documents of American History* [Documentos sobre la Historia de Norteamérica]. 178 et. seq. (Sexta edición, 1958).

<sup>(55)</sup> Beveridge, *supra*, n. 17, p.p. 605-606

<sup>(56)</sup> Artículo II, Sección 2, párrafo 1 de la Constitución otorga al Presidente autoridad para “conceder Suspensiones o Indultos por Ofensas en contra de los Estados Unidos, excepto en casos de Juicio Político.”

<sup>(57)</sup> Decreto de Nulidad de Carolina del Sur, 24 de noviembre de 1832, Commager, *supra*, n. 53 en p.p. 261-262.

<sup>(58)</sup> Para la historia de la controversia, nos remitimos a William W. Freehling, *Prelude to Civil War: The Nullification Controversy in South Carolina* [Preludio de la Guerra Civil: La controversia de nulidad en Carolina del Sur, 1816-1836].

aprobó la Ley del Esclavo Fugitivo, la cual permitía de diversas formas a los propietarios de esclavos el poder recapturar a los fugitivos que habían escapado hacia los Estados abolicionistas del norte.<sup>59</sup> En respuesta, algunos Estados del norte promulgaron “leyes personales de libertad” destinadas a garantizar la libertad de los esclavos fugitivos y, en general, de impedir que la Ley del Esclavo Fugitivo entre en vigor en esos Estados.<sup>60</sup> El año 1859, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la ley personal de libertad de Wisconsin, ya que infringía la ley federal (La Ley del Esclavo Fugitivo) y por consiguiente, violaba la cláusula de supremacía de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>61</sup> Consecuentemente, el intento de un Estado para impedir la vigencia u operatividad de una ley federal fue desestimado por la Corte Suprema.

Una controversia más dramática en cuanto al *stare decisis* se inició en 1857 con el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Dred Scott v. Sandford*.<sup>62</sup> Scott, un esclavo del Estado de Missouri, entabló una demanda con el fin de obtener su libertad. Argumentó que había alcanzado su libertad puesto que anteriormente había pertenecido a un dueño de un territorio federal en donde la esclavitud estaba prohibida. En una de las peores (y más originales) decisiones que registra su historia, la Corte Suprema falló contra Scott. El *holding* principal de la Corte fue que Scott, como persona de antepasados africanos, no era y no podía por motivos constitucionales, convertirse en “ciudadano” de los Estados Unidos de América ni de ningún Estado.<sup>63</sup> Adicionalmente, argumentó que el Gobierno federal no poseía la facultad constitucional para prohibir la esclavitud en territorios federales.<sup>64</sup> Las declaraciones de la Corte acerca de la esclavitud en los territorios fueron consideradas como *dicta*, ya que el fallo acerca de la ciudadanía estatal puso fin al caso;<sup>65</sup> no obstante, fueron las palabras

---

<sup>(59)</sup> Para antecedentes, vease a David M. Potter, *The Impending Crisis [La crisis inminente]*, 1848-1861, p.p. 130-132.

<sup>(60)</sup> Id. páginas 138-139.

<sup>(61)</sup> *Ableman v. Booth*, 62 U.S. (21 How.) 506, 16 L. Ed. 169 (1859).

<sup>(62)</sup> 60 U.S. (19 How.) 393, 15 L. Ed. 691 (1857).

<sup>(63)</sup> 60 U.S. p.p. 400-427, 15 L. Ed. p.p. 699-710.

<sup>(64)</sup> 60 U.S. p.p. 430-454, 15 L. Ed. p.p. 711-720.

<sup>(65)</sup> *Dred Scott*, el demandante, afirmaba ser un ciudadano del Estado de Missouri y el demandado de Nueva York, y que por lo tanto, la corte federal tenía jurisdicción en el caso en virtud de las disposiciones legales y constitucionales que otorgaban a las cortes federales jurisdicción sobre los procesos “entre ciudadanos de diferentes estados”. El fallo de la Corte Suprema en cuanto a que Scott no era un “ciudadano” significaba que ésta carecía de jurisdicción para resolver los méritos de la causa. Por consiguiente, el fallo de la Corte en este proceso acerca de la esclavitud en los territorios federales constituyeron un *dicta* por la misma razón que el fallo acerca del derecho de *Marbury* a su título era también *dicta*. *Marbury v. Madison*, supra, n. 16. La historia legal del proceso *Dred Scott* se explica en la obra de Harold M. Hyman y William M. Wiecek, *Equal Justice Under Law: Constitutional Development, 1835-1875; [Justicia igual ante la Ley: Desarrollo constitucional, 1835-1875]* p.p. 172-192.

de la Corte acerca de los territorios lo que provocó mayor controversia. Los sureños, que eran estados esclavistas, deseaban poder expandir la esclavitud en varios territorios del Oeste que aún no eran estados, sino territorios federales. En el caso *Dred Scott*, consideraban el *dicta* como una manifestación de sus derechos para expandir su sistema, y como estando permitido por una regulación federal. La mayoría de los estados nortños creían que el Congreso podía y debía continuar con la prohibición de la esclavitud en todos o en la mayoría de los territorios federales.<sup>66</sup>

En la campaña presidencial del año 1860, se discutió ampliamente sobre el tema de la esclavitud en los “territorios”. Abraham Lincoln, candidato del Partido Republicano, argumentó que la ley federal debería prohibir la esclavitud en los territorios federales, a pesar de las declaraciones de la Corte Suprema en el caso *Dred Scott*.<sup>67</sup> John C. Breckenridge, candidato de la facción sureña del Partido Demócrata,<sup>68</sup> sostenía que el fallo sobre el proceso *Dred Scott* había sido la última palabra sobre la controversia, y que todos los territorios federales estaban aptos para permitir la esclavitud. Stephen A. Douglas, candidato de la sección norte del Partido Demócrata, sostenía que los residentes de cada territorio federal deberían decidir por sí mismos si su territorio debería ser “esclavista” o “abolicionista.”<sup>69</sup> Como se sabe, Lincoln ganó las elecciones.<sup>70</sup> En su Discurso Inaugural, hizo alusión al fallo *Dred Scott* y se refirió directamente al *stare decisis*, cuando manifestó:

No olvido la posición asumida por algunos de que los cuestionamientos constitucionales sean decididos por la Corte Suprema; tampoco niego que dichos fallos deben ser vinculantes en cualquier caso para las partes intervinientes en un litigio en cuanto al objeto del mismo, siempre que también sean merecedores de un alto grado de respeto y consideración en todos los casos análogos por parte de las otras divisiones del Gobierno... Y mientras que es obviamente posible que tal fallo sea erróneo en un caso especial, aún el mal efecto que pudiera tener, queda limitado a ese caso en particular, con la posibilidad de que pueda ser revocado y al no convertirse nunca en precedente para otros casos, puede ser sobrellevado de la mejor manera que los errores originados en una práctica diferente. Al mismo tiempo, el ciudadano honesto debe admitir que si la política del Gobierno sobre temas

<sup>(66)</sup> Ver Potter, *supra*, n. 58, p.p. 272-287.

<sup>(67)</sup> Ver Doris Kearns Goodwin, *Team of Rivals: The Political Genius of Abraham Lincoln* [Equipo de Rivales : El genio político de Abraham Lincoln]. p.p. 231-232.

<sup>(68)</sup> El año 1860, a medida que se acercaba la elección presidencial, el Partido Demócrata se dividió en facciones Norte y Sur en cuanto al tema de la esclavitud. Ver Roy Franklin Nichols, *The Disruption of American Democracy, passim* [La interrupción de la Democracia norteamericana, *passim*.]

<sup>(69)</sup> *Id.*

<sup>(70)</sup> La campaña y elección presidencial del año 1860 se detallan y explican en la obra de Potter, *supra*, n. 58 p.p. 405-447.

vitales que afectan a la mayoría de la gente es fijada de manera irrevocable por fallos emitidos por la Corte Suprema, en el instante que son emitidos en un litigio ordinario entre las partes en cuanto a acciones personales, el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, y en tal extremo que prácticamente habrá renunciado a su Gobierno para encontrarse en las manos de este tribunal eminente.<sup>71</sup>

El argumento de Lincoln en lo concerniente al efecto limitado del precedente en el caso *Dred Scott* fue un punto debatible para la victoria federal en la Guerra Civil y la aprobación de la Decimotercera y Decimocuarta Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos,<sup>72</sup> pero el debate permaneció en el sentido de si el “precedente” en temas constitucionales era obligatorio y vinculante para alguien más aparte de los jueces.

Hacia finales de la década de los cincuenta del siglo xx, un tribunal federal de Arkansas, siguiendo el precedente establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Brown v. Board of Education*,<sup>73</sup> ordenó la integración racial del *Central High School* en la ciudad de Little Rock. Las autoridades tanto locales como estatales de Arkansas aprobaron leyes y decretos, e igualmente emitieron fallos que prohibían la integración en las escuelas. La orden del tribunal federal fue apelada. La apelación llegó a la Corte Suprema, la cual se manifestó de la siguiente manera en la parte pertinente:

El artículo VI de la Constitución hace de ésta la “ley suprema del país.” En 1803, el Presidente de la Corte Suprema, Marshall, en representación unánime de ésta, al definirla como la “ley suprema y esencial de la Nación”, declaró en el notable proceso “*Marbury v. Madison*”... que “al departamento judicial le compete de manera categórica la competencia y el deber de definir el significado de lo que es el Derecho.” Este argumento afirmó el principio básico de que el *Poder Judicial Federal es supremo en cuanto a la interpretación de lo que es la Constitución*, y dicho principio desde entonces ha sido respetado por esta Corte y el país como una característica permanente y fundamental de nuestro sistema constitucional.<sup>74</sup> [énfasis añadido]

---

<sup>(71)</sup> Abraham Lincoln, “*First Inaugural Address, March 4, 1861*, in, *Inaugural Addresses of the Presidents of the United States* [“Primer Discurso Inaugural, 4 de marzo de 1861”, en *Discursos Inaugurales de los Presidentes de los Estados Unidos de América*.] (Departamento de Impresiones del Gobierno de los Estados Unidos, 1961).

<sup>(72)</sup> La Decimotercera Enmienda aprobada en 1865, abolió la esclavitud; la Decimocuarta Enmienda, aprobada en 1868 estipula, entre otras cosas, que todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos de América, y sujetas a la jurisdicción de esta Nación, son ciudadanos de dicho país y del estado en donde residen.

<sup>(73)</sup> *Supra*, n. 38.

<sup>(74)</sup> *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18, 78 S. Ct. 1401, 1409-1410, 3 L. Ed.2d 5, 16-17 (1958).

Aunque la supremacía judicial federal en cuanto a temas constitucionales ha sido en efecto ampliamente reconocida por más de un siglo, no fue sino hasta el proceso *Little Rock* de 1958 que la Corte Suprema proclamó de manera explícita tal supremacía.

El tema de la supremacía del precedente surgió nuevamente en la Corte Suprema con el caso de *City of Boerne v. Flores*,<sup>75</sup> fallado en 1997; no obstante, la historia jurisprudencial sobre la controversia se remonta a más de tres décadas atrás. En 1963, con el caso de *Sherbert v. Verner*,<sup>76</sup> la Corte Suprema, al interpretar el derecho constitucional del libre ejercicio de la religión, sostuvo que en el momento que el Gobierno impusiera un impuesto considerable sobre el ejercicio religioso de cualquier persona, la acción del Gobierno sería declarada inconstitucional a menos que sirva para un propósito convincente por parte del Gobierno; lo que es una prueba demasiado exigente. No obstante, en 1990 en el caso *Employment Division v. Smith*,<sup>77</sup> un proceso muy similar al de *Sherbert*, la Corte Suprema implícitamente revocó este último caso al declarar que una ley de otro modo valedera, no viola la Cláusula del Libre Ejercicio de la Religión cuando grava, incluso de manera severa, el ejercicio de la religión de un individuo. Este rechazo del precedente por parte de la Corte que se había establecido el año 1963 en el proceso *Sherbert*, condujo a diversas exigencias para que el Congreso restaure el mismo grado de libertad religiosa que se había gozado bajo ese caso. El Congreso respondió mediante la aprobación de *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) [Ley de Restauración de la Libertad Religiosa].<sup>78</sup> La finalidad del RFRA, tal como lo estipulaba la misma ley, era “restaurar” la “prueba de interés que se exige” que había sido establecida en el proceso *Sherbert v. Verner* en 1963 y garantizar su aplicación en todos los casos en donde el libre ejercicio de la religión sea gravado considerablemente.”<sup>79</sup> La aplicación del RFRA a los Estados se encontraba justificada por el Congreso como un ejercicio de su autoridad constitucional para hacer cumplir la Decimocuarta Enmienda.<sup>80</sup> Por consiguiente, el RFRA establecía que

<sup>(75)</sup> 521 U.S. 507, 117 S. Ct. 2157, 138 L. Ed. 2d 624 (1997).

<sup>(76)</sup> 374 U.S. 398, 83 S. Ct. 1790, 10 L. Ed.2d 965 (1963).

<sup>(77)</sup> 494 U.S. 872, 110 S. Ct. 1595, 108 L. Ed.2d 876 (1990).

<sup>(78)</sup> Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993, tomo 107, 1488, 42 U.S.C. §2000bb et seq.

<sup>(79)</sup> Id., en 42 U.S.C. §2000bb(b).

<sup>(80)</sup> La Décimocuarta Enmienda, entre otras cosas, prohíbe a los Estados privar a una persona de la vida, su libertad, o propiedad sin el “debido proceso legal.” La Sección 5 de la misma Enmienda otorga al Congreso “la facultad para hacer cumplir, por medio de la legislación apropiada, las disposiciones” de esta Enmienda. En 1940, la Corte Suprema emitió un fallo en cuanto a que la garantía del “debido proceso legal” de la Sección 1 de la Décimocuarta Enmienda incluye una garantía implícita al libre ejercicio de la religión. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 60 S.Ct. 900, 84 L.Ed. 1213 (1940). El Congreso, al redactar la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa y su aplicación a los Estados, recurrió a su autoridad constitucional conforme a la Sección 5 de la Decimocuarta Enmienda.

“los gobiernos no deberían gravar de manera considerable el ejercicio de la religión sin una causa o justificación convincente” y además prohibía al Gobierno gravar sustancialmente la práctica religiosa de una persona a no ser que éste pueda ser capaz de demostrar que la carga favorecía a un interés gubernamental convincente y que fuera el medio menos restrictivo de contribuir a tal interés.”<sup>81</sup>

Poco después de la promulgación del RFRA, el arzobispo católico de San Antonio, Texas, solicitó un permiso para ampliar la iglesia de San Pedro, ubicada en la ciudad de Boerne. Las autoridades de la Ciudad le denegaron el permiso, y el arzobispo entabló un litigio en donde objetaba la denegatoria y argumentó que la decisión de la Ciudad violaba el libre ejercicio de la Iglesia al culto tal cual lo garantizaba el RFRA. La Corte Suprema recalcó que la interpretación que hizo la Corte de la Decimocuarta Enmienda (y de otros puntos de la Constitución) es la que poseía autoridad, y por consiguiente la facultad del Congreso en “hacer cumplir” la Decimocuarta Enmienda se encuentra limitada por la determinación de la Corte en cuanto al significado de dicha Enmienda.<sup>82</sup> Consecuentemente, la Corte concluyó que el significado del “libre ejercicio de la religión” garantizado por la Decimocuarta Enmienda, era lo que la Corte en su precedente mayoritario (es decir, en *Employment Division v. Smith*) manifiesta lo que significa, y el Congreso carecía de la facultad para reinterpretar dicha Enmienda de una forma que se desvíe de la interpretación dada por la Corte Suprema. A este respecto, la Corte se expresó de la siguiente manera:

Cuando la Corte interpreta la Constitución, actúa dentro del terreno del área judicial, lo cual incluye la obligación de interpretar el significado de la ley (tal como se estableció en)... *Marbury v. Madison*... Cuando las ramas políticas del Gobierno actúan en contra de los antecedentes de una interpretación judicial de la Constitución que ya ha sido emitida, se debe entender que en casos y controversias posteriores, la Corte tratará sus precedentes con el debido respeto de acuerdo a los principios establecidos incluyendo el “*stare decisis*”, y las expectativas en sentido contrario deberán ser desestimadas.<sup>83</sup>

La Jueza Sandra Day O'Connor (quien discrepaba en otros puntos) se mostró incluso más enfática acerca de la supremacía judicial al declarar:

...cuando el Congreso promulga una ley con el fin de desarrollar las facultades que le han sido concedidas, éste debe emitir sus juicios en

---

<sup>(81)</sup> *Supra.*, n. 77 p. 42 U.S.C. §2000bb-1.

<sup>(82)</sup> 521 U.S. p.p. 536, 117 S. Ct. p. 2172, 138 L. Ed.2d, p. 649.

<sup>(83)</sup> *Id.*

concordancia con el planteamiento que de la Constitución haya sido hecho por parte de la Corte...<sup>84</sup>

## IX. SIGUIENDO EL DESARROLLO DE LOS PRECEDENTES

Un sistema legal basado en el precedente, obviamente requiere que tanto los jueces como los abogados posean un acceso fácil a los casos, en especial, a los fallos sobre cualquier cuestión de Derecho que puedan haber existido. Se ha calculado que en los Estados Unidos existen aproximadamente cuatro millones de sentencias de los tribunales de apelaciones, tanto federales como estatales, que posiblemente posean la calidad de precedente y que cada año dicha cifra se incrementa en casi 100,000.

¿Cómo pueden los jueces y los abogados seguir la pista de tantos fallos y ser capaces de hallar el precedente que sea aplicable a un caso en particular? Afortunadamente, los requerimientos característicos del *stare decisis* han conducido al desarrollo de sistemas de casos que facilitan la búsqueda de precedentes o de jurisprudencia en cualquier materia. Estos se encuentran detallados en un extracto del libro del profesor E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States* [Una introducción al sistema legal de los Estados Unidos de América] (tercera edición, 1996) el cual figura como apéndice A de este artículo. Para una mejor ilustración del sistema de búsqueda de casos, se encuentran adjuntos como Apéndice B los “resúmenes” (declaraciones no oficiales de los *holdings* de un fallo judicial en particular, identificados con “números claves” que especifican el área del Derecho así como el tema tratado) del famoso fallo de 1954 por parte de la Corte Suprema que es el *Brown v. Board of Education*. Finalmente, como Apéndice C se incluyen las páginas aclaratorias de *Shepard's Citations* [Índices Shepard], que es un sistema codificado de números y letras que permite al investigador encontrar referencias posteriores de un tribunal de apelaciones sobre un fallo emitido. Se espera que estos anexos, proporcionen al lector una percepción general acerca de la manera en que diversos sistemas de presentación de los casos hacen relativamente sencillo que un abogado o juez encuentren los precedentes que sean aplicables, a verificar si dichos precedentes no han sido (o han sido) desestimados o revocados, así como a aprender dónde y cómo un precedente pueda haber sido reafirmado, limitado, diferenciado o de otro modo afectado por casos o procesos posteriores.\*

---

<sup>(84)</sup> 521 U.S. p. 545, 117 S. Ct. p. 2176, 138 L. Ed. 2d, p. 655.

<sup>(\*)</sup> Por razones de espacio, no publicamos aquí los apéndices B y C, que dejamos para más adelante.

## X. CONCLUSIONES

Durante más de cien años, los estudios de Derecho en los Estados Unidos han consistido esencialmente en el estudio de casos, es decir, de fallos o decisiones de los tribunales de apelaciones. El sistema de estudio, a menudo denominado “el método del caso”, tiene sus inicios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en las últimas décadas del siglo diecinueve. El estudio del Derecho a través del método del caso es indispensable en los Estados Unidos, al menos, por dos razones. La primera es que debido al concepto de precedente en el *common law*, los fallos judiciales son las declaraciones más autorizadas en materia jurídica. Incluso cuando (como mayormente sucede), un principio de Derecho es creado mediante una ley, es su interpretación judicial la que determina su significado y cuándo es aplicable. La segunda razón para el estudio de los casos, estrechamente vinculada a la primera, es que obliga al estudiante a que realice lo que continuamente lleva a cabo un abogado, es decir, a descubrir los temas y normas legales que yacen ocultos en situaciones únicas y a menudo cambiantes del ser humano. En un sistema basado en el precedente, el abogado, al haber identificado los temas legales, debe posteriormente proceder a evaluar los precedentes, y tener en cuenta no únicamente los *holdings* declarados en los casos precedentes altamente predominantes, sino a preguntarse a sí mismo si su propio caso, el cual no es *exactamente* igual a cualquiera que haya sido fallado anteriormente, se encuentra dentro o fuera del alcance de cualquier precedente existente. En el caso de que un precedente sea evidentemente aplicable a su caso, y que el mismo favorezca a los intereses de su cliente, el abogado deberá enfatizar la importancia del precedente en cualquier negociación o litigio posterior. Si, por el contrario, resulta ser un precedente desfavorable, el abogado deberá estar preparado para argumentar, ya sea por la modificación o la revocación del mismo, o incluso en desistirse de la demanda. En cualquier circunstancia, se trate de un precedente favorable o desfavorable, esto afectará sustancialmente la asesoría del abogado ante su cliente.

El principio del precedente es naturalmente sutil, su aplicación es a menudo compleja, y a veces sus resultados son controversiales; no obstante, y tal vez de una manera paradójica, para el abogado estadounidense (y tal vez, para todo abogado que practique en una país del *common law*), este sistema ha servido durante siglos como la base de una estabilidad y seguridad jurídicas tanto en temas constitucionales como en otras áreas del Derecho.

Pittsburgh, julio de 2008

## APÉNDICE \*

Extractos de E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States* [Una introducción al sistema legal de los Estados Unidos de América] (Tercera ed., 1996) 48-49, 50.<sup>87</sup>

### ENCONTRAR LA JURISPRUDENCIA

El gran número de fallos existentes representa un evidente obstáculo para encontrar la jurisprudencia aplicable al caso. Las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de los diversos tribunales de apelación de los estados pueden encontrarse en los informes oficiales de tales tribunales. Los fallos que datan al menos desde 1887 hasta la fecha, también pueden hallarse en el sistema de informes no oficial, el *National Report System* (Sistema Nacional de Informes), con una cantidad total de volúmenes que rápidamente está alcanzando la cifra de 10,000 tomos, algunos de los cuales cuentan con más de 1,500 páginas.

En este "Sistema", los fallos de los tribunales estatales se encuentran publicados en siete juegos de volúmenes agrupados geográficamente por áreas del país, más tres juegos adicionales que incluyen únicamente las sentencias de los tribunales de California, Illinois y Nueva York. Los fallos federales se encuentran publicados en cinco juegos, dedicados cada uno a la Corte Suprema, a los tribunales de apelación y casos seleccionados de los tribunales distritales; otro para casos de quiebra, y uno para fallos que incluyen las normas procesales federales. Las sentencias de los tribunales federales de primera instancia no se publican de manera oficial. Mayormente, los abogados prefieren los fallos publicados en informes no oficiales puesto que son más fáciles de conseguir por ser publicados periódicamente en separatas o encartes de sentencias, y además por ser más compactos. Un segundo sistema sumamente empleado de informes no oficiales, *The American Law Reports* (Informes de Derecho Estadounidense), publica únicamente una pequeña cantidad de todos los casos reportados que son considerados de interés especial y añaden amplios comentarios que discuten y citan casos afines.

Esta gran cantidad de casos ha sido manejable en el pasado gracias a dos sistemas bien desarrollados: uno de compendios y otro de citas. *The*

---

(\*) Esta traducción se publica gracias a la gentil autorización de Oxford University Press, Inc. (D.G.B.)

(<sup>87</sup>) Existe traducción al castellano de esta obra de Farnsworth, pero que proviene de la segunda edición en inglés de 1983, y que no ha sido de gran ayuda. La ficha es la siguiente: *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*, Zavalía Editor, Buenos Aires 1990. (N. del T.)

*American Digest System* (Sistema Estadounidense de Compendios) el principal compendio, está basado en coordinación con el *Nacional Report System* (Sistema Nacional de Informes), y abarca los reportes de los tribunales de apelación desde el año 1658 hasta la actualidad. Los diferentes puntos de una opinión son compendiados en párrafos cortos y posteriormente numerados y clasificados por temas de acuerdo a un elaborado esquema de clasificación. Los párrafos compendiados y numerados se imprimen como titulares de los casos que se incluyen en el Sistema Nacional de Informes y que se encuentran también recopilados en un conjunto de volúmenes analíticamente clasificados. Una vez que se ha aprendido a manejar la clasificación del sistema de estos volúmenes, se puede, relativamente en corto tiempo, recopilar todos los fallos de casos, con pocas excepciones, emitidos por los tribunales en cuanto a un tema en particular. Igualmente, el Sistema incluye un índice alfabético por casos. Los Índices Shepard (*Shepard's Citations*), un índice de citas, abarca el Sistema Nacional de Informes y los informes estatales oficiales. Incluye y cataloga fallos que han sido citados en opiniones posteriores de manera que en pocos minutos es posible recopilar una lista de fallos posteriores en que se ha citado o mencionado una decisión o sentencia en particular. [Se omite las notas al pie de página.]

# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS. ALGUNAS CUESTIONES DOGMÁTICAS

Francisco Fernández Segado \*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El legislador ante el desarrollo de la Constitución. 3. Tipología de las omisiones legislativas. 4. Caracterización jurídica de la omisión constitucionalmente relevante.

## I. INTRODUCCIÓN

La problemática relativa al control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas ha sido considerada<sup>1</sup> como uno de los más tormentosos y a la par fascinantes temas del Derecho constitucional de nuestro tiempo. No ha de extrañar que así se visualice si se atiende a los grandes retos que a la dogmática jurídica plantea la fiscalización de las inacciones del legislador.

El objeto de este trabajo es precisamente hacernos eco de algunos de tales retos, sin pretender agotar la compleja problemática que suscita el tema.

El necesario desarrollo de la Constitución por el legislador, el rol que debe asumir el poder legislativo en ese proceso de concreción constitucional y el margen de discrecionalidad en la determinación de los “tiempos” de desarrollo de que dispone el legislador, constituye el primero de los grandes retos a los que la dogmática constitucional debe tratar de dar una respuesta.

---

(\*) Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid

(<sup>1</sup>) Gilmar FERREIRA MENDES: “O controle da omissão inconstitucional”, en Jairo Gilberto SCHÄFER (organizador), *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2007, pp. 137 y ss.; en concreto, p. 138.

La tipología de las omisiones legislativas, con particularísima referencia a la clásica distinción entre omisiones absolutas y relativas, y las consecuencias que, en cuanto a su control, se anudan a uno y otro tipo, verdadero fulcro en el que apoyaría el *Bundesverfassungsrichter* Wessel, formulador de la célebre distinción,<sup>2</sup> la trascendencia de su clasificación, constituye otro aspecto de trascendental relevancia llegado el momento de discernir la posible fiscalización de la quiescencia del poder legislativo y de precisar la vía más idónea de control.

La conceptualización, o si así se prefiere, la caracterización jurídica de las omisiones constitucionalmente relevantes y, por ello mismo, susceptibles de control, es otra cuestión dogmática de la mayor relevancia y en la que están lejos de ser pacíficas las posiciones de la doctrina, como revelan con meridiana claridad las supuestamente irreductibles divergencias entre las concepciones obligacionales y las normativistas, posicionamientos que en algunos casos, a nuestro modo de ver, son en gran parte deudores de la regulación constitucional dada al control de las omisiones legislativas por ciertos ordenamientos (piénsese sin más en las Constituciones portuguesa de 1976 y brasileña de 1988), si bien, a nuestro juicio, anticipémoslo ya, cabe buscar fórmulas de armonización llegado el momento de discernir cuáles son los presupuestos de una omisión inconstitucional con vistas a la caracterización jurídica de las mismas.

Son éstos algunos de los aspectos dogmáticos controvertidos de los que nos vamos a ocupar a continuación. Ni mucho menos agotan las cuestiones polémicas o susceptibles de plantear retos de interés para la dogmática jurídico-constitucional, pero sí nos parece que todos los puntos mencionados suscitan problemas y desafíos de la mayor relevancia.

## II. EL LEGISLADOR ANTE EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN

1. El control de las omisiones del legislador entraña una ruptura frontal, podría decirse incluso que brutal, con los principios dogmáticos básicos sobre los que se construyó el Estado constitucional liberal, circunstancia que ya por sí sola haría conveniente una cierta prudencia por parte de los constituyentes a la hora de proceder a incorporar al acervo constitucional un instituto procesal tan rupturista como sería el de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Una perspectiva histórica siempre contribuye a la comprensión de las instituciones al visualizar el proceso evolutivo de su forja. Y desde tal óptica, puede ser de utilidad —con vistas a la constatación de la profundidad

---

<sup>2</sup> WESSEL: "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde", en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 67. Jahrgang, Heft 6, 15. März 1952, pp. 161 y ss.; en concreto, p. 164.

de los cambios que el control de las omisiones legislativas supone en la dogmática constitucional — recordar la visión que del legislador consagrara Blackstone en sus célebres *Commentaries on the Laws of England* (1765–1769), que puede quedar compendiada en su bien conocida afirmación: “that the power of Parliament is absolute and without control”, visión que también quedaba perfectamente reflejada en la no menos célebre consideración de que el Parlamento “can do anything except transform a man into a woman and a woman into a man”, cuya paternidad, como recordaba Cappelletti,<sup>3</sup> ha sido atribuida tanto a De Lolme como a Bagehot. El propio Locke, en su *Second Treatise on Civil Government*, obra que, en algunas de sus ideas, impactaría notablemente sobre el Derecho constitucional norteamericano,<sup>4</sup> consideraría al legislativo como el supremo órgano de la comunidad, si bien ello se asentaba en su relevante rol de salvaguarda de los derechos de los individuos,<sup>5</sup> lo que venía a entrañar que en el ejercicio de sus funciones el legislativo no pudiera actuar como un poder arbitrario, circunstancia en la que se puede vislumbrar uno de los puntos de apoyo del rechazo a todo tipo de fiscalización de los actos legislativos.

El pensamiento revolucionario francés entronizará la supremacía del legislador por razones que no se alejan mucho de la concepción de Locke: la visión de la ley, y por lo mismo de quien la elabora, el legislador, como el instrumento más idóneo en pro de la libertad. A su vez, la inacción del legislador no suscitaría rechazo alguno por cuanto, en último término, casaba bien con los postulados subyacentes a la filosofía fisiocrática y liberal del *laissez faire*.

El influjo de esta concepción se prolongaría en el tiempo con notable fuerza, y en lo que ahora interesa, ya en el pasado siglo, se traduciría en el absoluto rechazo de cualquier tipo de control sobre las inacciones del legislador. La dogmática alemana de los primeros años del siglo xx nos ofrece significativos ejemplos de ello. Así, Anschütz, en 1912, escribía<sup>6</sup> que las exigencias de los individuos frente al Estado como legislador, sea en orden a la realización, séalo a la omisión de un acto legislativo, pertenecen al género

<sup>(3)</sup> Mauro CAPPELLETTI: *Judicial Review in the Contemporary World*, The Bobbs Merrill Company, Indianapolis/Kansas City/New York, 1971, p. 31, nota 24.

<sup>(4)</sup> En tal sentido, Edward S. CORWIN: *The «Higher Law». Background of American Constitutional Law*, Great Seal Books, (A Division of Cornell University Press), Ithaca, New York, fifth printing, 1963, p. 67.

<sup>(5)</sup> “The legislature — escribía Corwin (*Ibidem*, pp. 67–68)— is the supreme organ of Locke’s commonwealth, and it is upon this supremacy that he depends in the main for the safeguarding of the rights of the individual. But for this very reason legislative supremacy is supremacy within the law, not a power above the law”.

<sup>(6)</sup> G. ANSCHÜTZ: *Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 1912, p. 94. Cit. por Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 97.

de los imposibles. También Jellinek se manifestaba en términos semejantes cuando escribía:<sup>7</sup> “Das Individualansprüche an die Gesetzgebung unmöglich sind, kann als *communis opinio* gelten” (puede considerarse *communis opinio* que las pretensiones individuales a la legislación son imposibles). Y el propio Kelsen, en alusión a los preceptos que la Constitución de Weimar acogía en relación al contenido de futuras leyes, escribía: “Si el órgano legislativo expide una ley cuyos contenidos están prohibidos por la Constitución, se producen todas las consecuencias que de acuerdo con la Constitución van enlazadas a una ley inconstitucional. Sin embargo, si el órgano legislativo deja simplemente de expedir una ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas”.<sup>8</sup>

No debe extrañar por todo ello que todavía en Weimar se rechazara mayoritariamente la vinculación del legislador a los derechos fundamentales; para él sólo valían como líneas orientativas o “proposiciones programáticas”, en parte, a causa de su indeterminación material, pero más aún, como constata Böckenforde,<sup>9</sup> por virtud de la idea de la soberanía estatal recibida del positivismo jurídico-público.

2. La *Bonner Grundgesetz* va a introducir un cambio de perspectiva en las relaciones legislativo/Constitución verdaderamente radical, que puede ejemplificarse en su conocida cláusula del art. 1º. 3: “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung...” (“Los siguientes derechos fundamentales vinculan a la legislación...”). Esta norma encontraba su complemento en el art. 20.3 de la *Grundgesetz*, que no hacía sino ratificar la anterior previsión con una mayor amplitud de perspectiva, al proclamar ahora la vinculación del poder legislativo (literalmente, de la legislación, “die Gesetzgebung”) al ordenamiento constitucional (“an die verfassungsmässige Ordnung”).<sup>10</sup>

A partir de esta vinculatoriedad del legislador por la Ley Fundamental se iba a suscitar la cuestión de cuál era la situación en que se encontraba el poder legislativo ante los mandatos constitucionales a él dirigidos. ¿Podía hablarse de la plena discrecionalidad del legislador o, por contra, de un deber de legislar vinculante y, caso de omisión, susceptible de un posible control en sede constitucional?

<sup>(7)</sup> *Apud* Nicolò TROCKER: “Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)”, en *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, vol. CLXXVIII, fascicoli 1-2, Gennaio/Aprile 1970, pp. 88 y ss.; en concreto, p. 108, nota 41.

<sup>(8)</sup> Hans KELSEN: *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949, p. 275.

<sup>(9)</sup> Ernst BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>(10)</sup> Recordemos que el precepto se completa con la sujeción de los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al Derecho. A tenor del art. 20.3 GG: “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmässige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”.

Denninger se referiría a este respecto a la larga lista de mandatos al legislador que la *Grundgesetz* (al igual que otras muchas cartas constitucionales) acogía, mandatos en unos casos explícitos, en otros implícitos, en ocasiones condicionales, y otras veces incondicionales. Para el Profesor de Frankfurt am Main, esos mandatos habían de verse más que como una mera apelación ético-política (“einen politisch-ethischen Appell”), como una obligación jurídica vinculante para el órgano legislativo (“rechtsverbindliche Pflichten der gesetzgebenden Organe”).<sup>11</sup> También Pestalozza considerará que la inacción del legislador es relevante constitucionalmente, visualizándola como tal cuando entrañe la inobservancia de un deber constitucional de legislar. Para el Profesor de la “Freien Universität Berlin”, “das Unterlassen des Gesetzgebers ist verfassungswidrig, wenn die Verfassung ein Handeln des Gesetzgebers fordert”<sup>12</sup> (la omisión del legislador es inconstitucional cuando la Constitución le exige una actuación). A partir de la idea expuesta, que se traduce en que la comprobación de si el legislador ha incurrido en inconstitucionalidad por omisión presupone la constatación de la existencia de un correspondiente mandato constitucional de actuación (“einen entsprechenden Verfassungsauftrag zum Handeln”), Pestalozza viene a diferenciar dos tipos de mandatos constitucionales: los mandatos sustituibles y los insustituibles (*vertretbaren und unvertretbaren Aufträgen*). Tratándose de un mandato sustituible, el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) no puede determinar la inconstitucionalidad de la omisión del legislador (“die verfassungswidrigkeit des gesetzgeberischen Unterlassen”). Para Pestalozza, en los recursos de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) frente a resoluciones judiciales que se sustenten en el incumplimiento (“Nichterfüllung”) de mandatos de este tipo, el *BVerfG* ha de asignar a los propios tribunales ordinarios el cometido de implementar a través de la concreción (*Konkretisierung*) el mandato constitucional. Por contra, cuando la norma de la *Grundgesetz*, no obstante la falta de mediación del legislador, despliega una eficacia suficiente (“hinreichende Wirkungskraft entfaltet”), los tribunales tienen que aplicarla inmediatamente (“haben die Gerichte sie unmittelbar anzuwenden”), no pudiendo objetar que el legislador no ha desarrollado su mandato. Ahora bien, en este tipo de mandatos, esto es, en los “vertretbaren Verfassungsaufträgen”, el transcurso de un cierto largo

<sup>(11)</sup> Erhard DENNINGER: “Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt”, en *Juristenzeitung* (JZ), 21. Jahrgang, Nummer 23/24, 9. Dezember 1966, pp. 767 y ss.; en concreto, p. 772.

<sup>(12)</sup> Christian PESTALOZZA: “«Noch Verfassungsmässige» und «bloss Verfassungswidrige» Rechtslagen” (Zur Feststellung und Kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände), en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht), herausgegeben von Christian STARCK, Erster band (primer volumen), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 519 y ss.; en concreto, p. 526.

período de tiempo (“eine gewisse Zeit lang”) se traduce en que la omisión legislativa constitucional pasa a convertirse en inconstitucional. Cuando se trate de mandatos constitucionales insustituibles (“unvertretbaren Verfassungsaufträgen”), al contrario de los supuestos precedentes, Pestalozza entiende que “die Gerichte Können hier den Gesetzgeber, der säumig ist, nicht vertreten” (los tribunales no pueden sustituir al legislador moroso); por eso tiene que declararse, en caso necesario, la inconstitucionalidad de su inactividad.<sup>13</sup>

Con una perspectiva general, puede sostenerse que la mayor parte de la doctrina que se ha pronunciado al respecto se ha decantado por relativizar la discrecionalidad del legislador, concepto por lo demás vinculado en su origen al Derecho administrativo, que ha ido siendo sustituido en la jurisprudencia del *BVerfG* por el de libertad de configuración del legislador (“gesetzgeberischen Freiheit”).<sup>14</sup>

Es cierto que otros sectores doctrinales, más matizadamente, han seguido defendiendo la la mencionada libertad del legislador. Es el caso, por ejemplo, de Lerche, quien entiende que los mandatos constitucionales (*Verfassungsbefehle*) no pueden cambiar en lo esencial la imagen dada por la Constitución, es decir, y en lo que ahora interesa, la libertad de iniciativa y de configuración del legislador, si bien, matiza Lerche de inmediato,<sup>15</sup> en una metáfora que nos trae a la memoria la extraordinaria pintura del gran romántico alemán Caspar David Friedrich (1774–1840), aquellos mandatos son algo más que simples arrecifes (“Klippen”) que se adentran el mar de la libertad de configuración del legislador (“das Meer der gesetzgeberischen Freiheit”). En otro momento, Lerche aún matizará más, al señalar que el legislador ni es soberano, ni se ha convertido en un mero poder ejecutivo. Su posición sólo se deja determinar de modo relativo (“Seine Stellung lässt sich nur relativ bestimmen”), según los grupos de directivas constitucionales de que se trate, o lo que viene a ser igual, según los ámbitos constitucionales en cuestión.<sup>16</sup>

En una dirección próxima a la de los primeros autores mencionados se ubica Gomes Canotilho, quien ha tratado con detenimiento el tema. Desde el primer momento, el Profesor de Coimbra defendió la reducción de la existencia de una omisión inconstitucional a los casos en que la norma constitucional

<sup>(13)</sup> *Ibidem*, p.527.

<sup>(14)</sup> Cfr. al efecto, Hans-Peter SCHNEIDER: “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 5, Mayo/Agosto 1982, pp. 35 y ss.; en concreto, p. 55.

<sup>(15)</sup> Peter LERCHE: “Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven. Zu den «nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen»”, en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 1965, pp. 341 y ss.; en concreto, p. 355.

<sup>(16)</sup> *Ibidem*, pp. 371–372.

impusiera un deber concreto de actuación, deber que, en cualquier caso, se expandía enormemente en el texto inicial de la Constitución portuguesa de 1976.<sup>17</sup> Ya en referencia al texto constitucional portugués reformado en 1982, el propio autor ha significado que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de una imposición o mandato constitucional de legislar en sentido estricto, esto es, del incumplimiento de normas que, de forma permanente y concreta, vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción o desarrollo constitucional (“medidas legislativas concretizadoras da constituição”). Ciertamente, ese no será el caso de las que Canotilho denomina “normas-fim ou normas-tarefa”, abstractamente impositivas.<sup>18</sup> En definitiva, a la inacción del legislador ante las “ordems de legislar” podrá anudarse una declaración de inconstitucionalidad, lo que no sucederá respecto de las “normas-tarefa”.

En resumen, la doctrina que con más detenimiento se ha ocupado del tema admite generalizadamente que determinadas normas constitucionales impelen al legislador a actuar en desarrollo y concreción de la Constitución, pudiendo generar la pasividad del legislador una omisión inconstitucional. Pero, más allá de ello, el deber constitucional de legislar, como ha interpretado en Alemania el *BVerfG*, puede derivar no sólo de mandatos concretos contenidos en la *Grundgesetz*, sino también de principios identificados en el proceso de interpretación de la Norma suprema,<sup>19</sup> lo que aún abre en mayor medida el campo de posibilidades del instituto analizado.

3. La búsqueda de las fuentes del deber de legislar no puede, sin embargo, quedar estrictamente circunscrita a una visión que se limite a atender a la heterogénea tipología de las normas constitucionales, extrayendo este deber que recae sobre el poder legislativo tan sólo de la estructura y configuración de la norma constitucional.

Analizada la cuestión desde esa óptica de los tipos normativos, nos vamos a centrar ahora en una visión diferente, de sesgo material, en la que resulta obligado prestar atención preferente a los derechos constitucionales, pues es indiscutible que en ellos encontramos, por así decirlo, fuentes privilegiadas del deber de legislar, lo que no es sino la resultante obligada de la centralidad de los derechos en los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo.

<sup>(17)</sup> José Joaquim GOMES CANOTILHO: *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 351.

<sup>(18)</sup> Cfr, al efecto, J.J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 1021–1022.

<sup>(19)</sup> En tal sentido, Gilmar FERREIRA MENDES: *Jurisdição Constitucional (O controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha)*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2005, p. 274.

Häberle, en su obra ya clásica, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, consideraría que todas las disposiciones de la *Grundgesetz* sobre derechos fundamentales eran susceptibles y estaban necesitadas, por un lado, de una delimitación negativa, y por otro, de la conformación y precisión de contenido por la ley. El legislador está para ello al servicio del correspondiente derecho fundamental afectado. La Constitución presupone su actividad como evidente y, por tanto, no sólo como permitida, sino también como ordenada.<sup>20</sup> Para el Profesor de Bayreuth, la intervención del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales es tanto más apremiante cuanto más intensa sea la relación social de la correspondiente libertad.<sup>21</sup> La *Grundgesetz* —añade Häberle—<sup>22</sup> necesita a la legislación como *medium* y como mediadora respecto a la realidad social, siendo a través de la legislación como la Ley Fundamental alcanza “vigencia real”, pues sin ella, se queda en un “nivel ideal” de validez sólo formal. En definitiva, los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función social a través de la legislación, lo que deja meridianamente clara la trascendencia que para la vigencia de la Constitución en el ámbito de los derechos fundamentales tiene la intervención del legislador. En coherencia con ello, el incumplimiento del mandato de intervención que pesa sobre el legislador afecta a la propia vigencia constitucional, generando situaciones en la vida social alejadas, cuando no lisa y llanamente contrapuestas, a los mandatos del constituyente, o propiciando en las relaciones jurídicas la vigencia de normas implícitas en franca contradicción con la Constitución.

El *BVerfG* no iba a tardar mucho tiempo en abordar la cuestión que ahora nos ocupa. Es cierto que en una decisión de 19 de diciembre de 1951 rechazó admitir un recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra una omisión del legislador relacionada con un derecho fundamental, al considerar que los preceptos de la *Grundgesetz* no aseguraban al ciudadano cualquier pretensión a una actividad legislativa susceptible de ser recurrida, caso de omisión, a través de tal vía procesal, pero, como posteriormente se verá, los años 1957 y 1958 marcarán un punto de inflexión frente a tal interpretación.

Por lo demás, el deber constitucional de legislar puede dimanar también del llamado “deber de protección” (*Schutzpflicht*), que obliga al Estado a actuar en defensa y protección de ciertos valores y derechos como la vida y la

<sup>(20)</sup> Peter HÄBERLE: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Karlsruhe, 1ª ed., 1962. Manejamos la versión española. Peter HÄBERLE: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de ley), Dykinson, Madrid, 2000, p. 169.

<sup>(21)</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>(22)</sup> *Ibidem*, p. 172.

integridad física, sobre todo, frente a agresiones llevadas a cabo por terceros. Innecesario es decir que el verdadero protagonismo lo asumen aquí los derechos fundamentales, que se visualizan como deberes de protección, lo que, a juicio de Böckenförde,<sup>23</sup> resulta una consecuencia necesaria del carácter de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio y decisiones axiológicas, pudiéndonos incluso plantear si el “deber de protección”, abstracción hecha de su relativamente tardío despuntar, no representa el concepto central de la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales.

Klein, quien se ha ocupado con algún detalle de la jurisprudencia del *BVerfG* en torno al “deber de protección”,<sup>24</sup> ha llegado a contraponer la tradicional función negativa de los derechos

(“«negatorische» Funktion der Grundrechte”), esto es, su visión como libertades negativas o, si se prefiere, como garantías de defensa frente al propio Estado, a la innovadora función de los derechos que ahora nos ocupa: “die grundrechtliche Schutzpflicht”.<sup>25</sup>

Análoga tesis en relación a los derechos fundamentales (*grundrechte*) ha mantenido Scholz,<sup>26</sup> quien se ha referido a la notable relevancia en la doctrina del *BVerfG*, en lo que ahora interesa, de la llamada “teoría de la sustancialidad” (*Wesentlichkeitstheorie*), de conformidad con la cual, el *BVerfG* ha entendido que el mandato prioritario que la *Grundgesetz* hacía recaer sobre el legislador en este ámbito era la protección de los derechos fundamentales, lo que, es obvio, no sólo es relevante en el plano de la delimitación atributiva entre el legislativo y el ejecutivo, sino que también lo es, y mucho, respecto a la cuestión que venimos tratando, esto es, la asunción por el legislador de un deber de legislar.

En su extraordinariamente relevante jurisprudencia, el *BVerfG* no sólo ha reconocido que los derechos fundamentales aseguran a toda persona un derecho de defensa frente a intervenciones estatales (*Abwehrrecht*)<sup>27</sup> y unos eventuales derechos a prestaciones positivas (*Leistungsrecht*), sino también este derecho de protección a que venimos refiriéndonos, cuyo correlato obvio es el deber de protección que recae sobre los poderes públicos y, de modo muy particular, sobre el poder legislativo, deber que el *Bundesverfassungsgericht* ha sustentado básicamente en el art. 2º.2 de la *Grundgesetz*.<sup>28</sup>

<sup>(23)</sup> Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 114-115.

<sup>(24)</sup> Eckart KLEIN: “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 42. Jahrgang, Heft 27, 5. Juli 1989, pp. 1633 y ss.; en especial, pp. 1634-1635.

<sup>(25)</sup> *Ibidem*, p. 1633.

<sup>(26)</sup> Rupert SCHOLZ: “Alemania: cincuenta años de la Corte Constitucional Federal”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, 2002, pp. 57 y ss.; en concreto, p. 64.

<sup>(27)</sup> “Grundrechte — escribe Klein (en *Ibidem*, p. 1633) — sind staatsgerichtete Abwehrrechte”.

<sup>(28)</sup> El art. 2º.2 GG reconoce a cada uno (“Jeder”) el derecho a la vida (“das Recht auf Leben”).

Por otro lado, el *BVerfG* ha identificado asimismo como fundamento del deber constitucional de legislar, el “deber general de adecuación” (“allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt”), que impone al legislador la obligación de actuar de forma protectora y constructiva en el ámbito de los derechos fundamentales. Un buen ejemplo de una norma constitucional necesitada de esta adecuación y desencadenante por lo mismo de un deber del legislador lo podríamos encontrar en el art. 6º.5 GG, de conformidad con el cual, la legislación ha de otorgar a los hijos naturales (“den unehe-lichen Kindern”) las mismas condiciones (“die gleichen Bedingungen”) para su desarrollo físico y mental y su posición en la sociedad (“und ihre Stellung in der Gesellschaft”) que a los hijos matrimoniales (“den ehelichen Kindern”). Esta disposición daría pie a una conocidísima sentencia del *BVerfG*, de 29 de enero de 1969.

También en relación con el mencionado “deber de adecuación”, se suele citar la Sentencia de 8 de agosto de 1978, relativa al reactor nuclear de Kalkar (“Kalkar Urteil”), considerada como paradigmática en la identificación de tal deber. En ella, el Tribunal Constitucional reconoció que en virtud de los nuevos desarrollos científicos, el legislador estaba constitucionalmente obligado a un reexamen en relación al uso pacífico de la energía atómica. Analizando diferentes recursos de queja constitucional interpuestos por habitantes de la región próxima a las instalaciones nucleares, el *BVerfG* resolvió que: “En el supuesto de que se constaten indicios de peligro provenientes de reactores nucleares del tipo «Schneller Brüter» (...), el legislador está obligado a promulgar las nuevas medidas que se requieran”. Un pronunciamiento en similar dirección sería el de 14 de enero de 1981, sobre la polución sonora causada por los aviones. En cierto modo, podría verse en la referida jurisprudencia un ejemplo reconducible a lo que Stern identifica<sup>29</sup> como mandatos para la mejora *a posteriori* y la corrección de leyes en los supuestos de prognosis errónea o de modificación de las circunstancias determinantes.

4. Cuanto se ha expuesto hasta aquí creemos que deja meridianamente claro el brutal cambio que el legislador ha experimentado en su relación con la Constitución. Podrían aportarse, desde luego, nuevos argumentos al respecto.

Los derechos socio-económicos dan pie para ello, pues es sobradamente conocido que, para ser efectivos, demandan una intervención activa de

---

y a la integridad física (“und körperliche Unversehrtheit”) y declara de inmediato que la libertad de la persona (“Freiheit der Person”) es invulnerable (“unverletzlich”).

<sup>(29)</sup> Klaus STERN: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 225.

los poderes públicos, con frecuencia prolongada en el tiempo. A diferencia de los derechos tradicionales o de libertad, los derechos sociales no pueden ser simplemente conferidos al individuo, pues exigen una acción permanente del Estado, que debe prestar su asistencia financiera y derribar las barreras sociales y económicas que, en ocasiones, obstan su optimización; en definitiva, los poderes públicos han de asegurar la realización de los programas de desarrollo social que constituyen la base de estos derechos y de las expectativas por ellos engendradas.

La trascendencia de los derechos sociales va a ser muy grande, traspasando de largo su propio ámbito. Como señalara Alexy,<sup>30</sup> la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), esto es, sin la posibilidad de elegir entre lo permitido, carece de todo valor. Y bajo las condiciones de la moderna sociedad tecnológica e industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un “ámbito vital dominado por ellos”, sino que depende esencialmente de actividades estatales.

La transformación del Estado que todo ello ha supuesto ha sido enorme, incidiendo sobre el rol de todos los poderes y, de modo muy particular, sobre el que corresponde a los órganos jurisdiccionales y a los Tribunales constitucionales. Ya Cappelletti puso de relieve<sup>31</sup> el significativo cambio del rol de los jueces, cuya actividad había de adoptar un aspecto nuevo en su modo de interpretar las leyes con vistas a dar un contenido concreto a la legislación y a los derechos sociales, lo que había de conducir a una mayor discrecionalidad y a una más significativa participación en la creación del Derecho. Desde otra óptica, Michelmann ha hablado de una “egalitarian revolution” en los tribunales,<sup>32</sup> en sintonía con la relevancia que el propio autor cree que se debe otorgar a los derechos de naturaleza social, que compendiaría en lo que tildó de “the welfare-rights thesis”.<sup>33</sup>

A la vista de lo expuesto, se puede comprender bien, en relación a lo que ahora interesa, la conveniencia de establecer, a través de una u otra vía procesal, cauces encaminados a la fiscalización de las omisiones del

<sup>(30)</sup> Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 486-487.

<sup>(31)</sup> Mauro CAPPELLETTI: “Des juges législateurs?”, en la obra recopilatoria de trabajos del propio autor, *Le pouvoir des juges*, Economica/Presses Universitaires d’ Aix-Marseille, Paris, 1990, pp. 23 y ss.; en concreto, pp. 44-45.

<sup>(32)</sup> “A notable feature in the Court’s «egalitarian revolution», many commentators suggest, is the emergence of special judicial hostility towards official discrimination, be it *de jure* or *de facto*, according to pecuniary circumstance”. Frank I. MICHELMANN: “The Supreme Court 1968 Term. Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment”, en *Harvard Law Review*, volume 83, 1969-1970, pp. 7 y ss.; en concreto, p. 19.

<sup>(33)</sup> Cfr. al respecto, Frank I. MICHELMANN: “Welfare Rights in a Constitutional Democracy”, en *Washington University Law Quarterly*, volume 1979, number 3, Summer 1979, pp. 659 y ss.

legislador relevantes constitucionalmente. En tal dirección, Alexy, con apoyo en la jurisprudencia del *BVerfG*, ha podido afirmar que en modo alguno un Tribunal Constitucional es impotente frente a un legislador inoperante.<sup>34</sup> Y Vieira de Andrade, desde otra óptica, en un libro ya clásico en Portugal,<sup>35</sup> ha señalado que la protección jurídico-constitucional de los derechos sociales en el nivel legislativo reposa principalmente en nuestro vecino país en el mecanismo de la fiscalización abstracta de la inconstitucionalidad por omisión.

5. El profundísimo cambio que se ha producido en el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial en la relación que el legislador mantiene respecto a la Constitución creemos que queda puesto de relieve tras la exposición precedente. La antaño absoluta discrecionalidad del poder legislativo ha dado paso a una libertad de configuración que debe en todo caso de armonizarse con la vinculatoriedad de los mandatos constitucionales. No es que no se pueda seguir manteniendo su libre capacidad de configuración, pero es claro que ésta conoce manifestaciones graduales diferenciadas. Como señalara Kalkbrenner,<sup>36</sup> así hay un mandato constitucional, el legislador queda comprometido a llevarlo a cabo y a promulgar la ley conveniente o las leyes necesarias. Cuando se produce esta situación, la ejecución del mandato al legislador (a la legislación, en la dicción original: “der Erfüllung des Gesetzgebungsauftrag”) no depende de la libre voluntad del legislador (“liegt nicht im freien Belieben des Gesetzgebers”).

También entre la doctrina italiana hay una posición muy arraigada en el sentido de que la discrecionalidad del legislador debe ceder en ciertos casos. Mortati ejemplifica perfectamente esta visión: “La discrezionalità del legislatore —escribía el gran maestro italiano en 1970—<sup>37</sup> deve cedere di fronte a prescrizioni costituzionali che gli impongono l’obbligo di provvedere alla tutela di diritti posti come fondamentali (...). Non varrebbe invocare in contrario un principio di gradualità che conferirebbe al legislatore piena libertà di scelta del momento nel quale realizzare gli imperativi costituzionali”. Crisafulli no es menos rotundo en relación a la cuestión que nos ocupa: “anche la mera omissione —escribe—<sup>38</sup> può essere dichiarata

<sup>(34)</sup> Robert ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 496.

<sup>(35)</sup> José Carlos VIEIRA DE ANDRADE: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição, 2ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2007, p. 413.

<sup>(36)</sup> Helmut KALKBRENNER: “Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers”, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 16. Jahrgang, Heft 2, 1963, pp. 41 y ss.; en concreto, p. 43.

<sup>(37)</sup> Costantino MORTATI: “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en la obra del propio autor, *Problemi di Diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana* (Raccolta di Scritti-III), Giuffrè, Milano, 1972, pp. 923 y ss.; en concreto, p. 992. Artículo inicialmente publicado en *Il Foro Italiano*, 1970, V, pp. 153 y ss.

<sup>(38)</sup> Vezio CRISAFULLI: “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, en *Aspetti e tendenze*

costituzionalmente illegittima ed all'organo rimasto inattivo può essere imposto l'obbligo di compiere una determinata attività". No obsta a lo anterior, a juicio del gran constitucionalista italiano, que ningún término o plazo haya sido constitucionalmente establecido, pues "la facoltà, che in tal caso deve ritenersi attribuita al legislatore, di graduare nel tempo secondo criteri di opportunità politica i propri interventi incontra pur sempre un limite, oltrepassato il quale la non attuazione diventa (...) inadempienza vera e propria". En fin, quien fuera presidente de la *Corte costituzionale*, Livio Paladin, hace más de medio siglo, ya concebía la discrecionalidad del legislador como libertad limitada.<sup>39</sup>

Aún en Francia, en donde es bien sabido el rol estelar que siempre ha correspondido a la ley, el cambio de perspectiva ha sido más que notable. En pocas palabras, Georges Vedel, en su condición de ponente ("rapporteur") de la importante Decisión del *Conseil constitutionnel* n° 85-197 DC, de 23 de agosto de 1985, "Évolution de la Nouvelle Calédonie (II)", condensaría brillantemente tal cambio: "La loi votée, — puede leerse en el considerando n° 27 de dicha decisión— qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution".

6. Llegados aquí es necesario apostillar que el legislador en modo alguno se encuentra respecto a la Constitución en la misma relación en que se halla el poder reglamentario respecto de la ley. El Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de aludir a ello, en términos que bien pueden ser recordados: "... no es la misma la relación que existe entre Constitución y ley que la que media entre ésta y el reglamento. El legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece, en tanto que el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera «de acuerdo con la Constitución y las leyes» (art. 97 CE) y el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la ley de modo inmediato o, al menos, de manera mediata, a través de la habilitación".<sup>40</sup>

La Constitución es un marco normativo lo suficientemente amplio como para que dentro del mismo quepan diferentes opciones de desarrollo, que el legislador, que actualiza permanentemente la voluntad soberana del pueblo, está legitimado para adoptar. Esto se manifiesta de múltiples modos. Y así, por poner un ejemplo, aunque al legislador le está vedado todo trato discriminatorio, su libertad de configuración y la correlativa

*del Diritto costituzionale. critti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, vol. 4º, pp. 129 y ss.; en concreto, p. 143.

<sup>(39)</sup> Livio PALADIN: "Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario", en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, anno VI, 1956, pp. 993 y ss.; en concreto, p. 1025.

<sup>(40)</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 209/1987, de 22 de diciembre, fundamento jurídico (fund. jur.) 3º.

“prerrogativa de estimación” (“Einschätzungsprärogative”) a la que alude Schneider,<sup>41</sup> se traducen en que el legislador esté llamado no sólo a elegir aquellas situaciones objetivas a las que quiere vincular iguales o desiguales efectos jurídicos, sino también a determinar las características que han de ser comparadas y a delimitar, hasta la frontera de lo arbitrario, el ámbito de las diferencias. Esta frontera de la arbitrariedad es permeable hasta un cierto punto: sólo cuando las decisiones legislativas llegan a un nivel de irracionalidad evidente, se consideran inconstitucionales.

En definitiva, la sujeción del legislador a la Constitución no impide en modo alguno la libertad de configuración de que el mismo goza, que se proyecta no sólo sobre el contenido a dar a la norma de desarrollo constitucional, sino también sobre el tiempo, esto es, sobre el momento en que llevar a cabo dicho desarrollo, pero ni uno ni otro aspecto quedan sujetos a la libérrima capacidad decisoria del poder legislativo, pudiendo, desde luego, ser objeto de control en sede constitucional. Siendo ello así, debe precisarse que en modo alguno ese control puede propiciar la sustitución del legislador por el juez constitucional, algo sobre lo que volveremos más adelante, pero que, anticipémoslo ya, ha sido posibilitado por algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

### III. TIPOLOGÍA DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

1. Fue Wessel, juez del *BVerfG*, quien en 1952, muy poco después por tanto de que el Tribunal Constitucional Federal iniciara sus tareas, en un trabajo ya clásico en el que abordó el estudio de la jurisprudencia del *BVerfG* sobre el *Verfassungsbeschwerde*, vino a sentar las bases de la más conocida y reiterada tipología de las omisiones legislativas.

Wessel niega por principio que se produzca una lesión de derechos a través de una omisión absoluta del legislador (“eine Grundrechtsverletzung durch ein *absolutes Unterlassen des Gesetzgebers*”), que innecesario es decir que se da cuando el poder legislativo ha omitido la norma legislativa constitucionalmente requerida. De ahí que se haga eco de inmediato de que el *BVerfG* había rechazado por improcedente (“*unzulässig*”) un recurso de queja constitucional a cuyo través se impugnaba una lesión del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (“eine Verletzung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit”) con base en que el legislador no había implementado una ley a cuyo través todos tuvieran la posibilidad de plantear una pretensión adecuada

---

<sup>(41)</sup> Hans-Peter SCHNEIDER: “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *op. cit.*, p. 51.

a este derecho. En tal caso, <sup>42</sup> argumentará Wessel, <sup>43</sup> se trataría no de una cuestión puramente jurídica, sino de una cuestión política (“eine politische Frage”).

Se hará eco a renglón seguido el mencionado juez constitucional de la omisión relativa (*relatives Unterlassen*), señalando que se reprocha al legislador una lesión de derechos fundamentales a través de una omisión relativa, cuando se le imputa haber regulado tan sólo ciertas pretensiones jurídicas de algún grupo, con lesión del principio de igualdad (“unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes”). En tal caso, para Wessel, el recurso de queja constitucional se dirige en realidad no contra la omisión, sino frente a una actuación positiva del legislador (“die Verfassungsbeschwerde in Wahrheit nicht gegen eine Unterlassung, sonder gegen ein positives Handeln des Gesetzgebers”). En este supuesto, el recurso de queja, caso de ser adecuadamente fundamentado, podría conducir no sólo a la fiscalización de la actuación del legislador, que a través de la “omisión de participación de un determinado grupo” (“durch Unterlassung der Beteiligung einer bestimmten Gruppe”) ha lesionado el art. 3º de la *Grundgesetz*, <sup>44</sup> sino también a la declaración de inconstitucionalidad (“die Feststellung der Verfassungswidrigkeit”), lo que tendría como consecuencia la nulidad de la regulación parcial (“die Nichtigkeit der gesetzlichen «Teilregelung»”). La conclusión de Wessel es inequívoca: “In derartigen Fällen läge stets eine unmittelbare Grundrechtsverletzung durch den Gesetzgeber vor” (en este tipo de casos habría siempre una lesión inmediata de los derechos fundamentales a través del legislador). <sup>45</sup>

La conclusión de todo lo expuesto es que para Wessel las omisiones absolutas del legislador (*Absolute Unterlassen des Gesetzgebers*) son aquellas en las que hay una total falta de desarrollo por parte del mismo de una disposición constitucional, mientras que las omisiones relativas (*relatives Unterlassen*) pre-

<sup>(42)</sup> Wessel se está refiriendo, como creemos queda claro si se atiende a lo ya expuesto, a la Sentencia dictada por el *BVerfG* con fecha de 19 de diciembre de 1951.

<sup>(43)</sup> WESSEL: “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *op. cit.*, p. 164.

<sup>(44)</sup> Recordemos que, a tenor del art. 3º.1 GG: “Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich” (“Todos los hombres son iguales ante la Ley”). Como señalara Rupp, el principio general de la igualdad del párrafo primero del art. 3º de la *Grundgesetz* adquiere su mayor alcance en el campo de la actividad del Estado relativa al otorgamiento de alguna cosa por él, por lo tanto, en el terreno de la preservación de las condiciones de existencia y de las prestaciones de carácter social en su más amplio sentido. En definitiva, el principio de igualdad se dirige ante todo al legislador. Hans G. RUPP: “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, (dentro de la temática relativa al objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales), en la obra colectiva, *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1984, pp. 319 y ss.; en concreto, p. 341.

<sup>(45)</sup> WESSEL: “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *op. cit.*, p. 164.

suponen una regulación parcial que, al omitir del goce del derecho a determinados grupos de personas, vienen a entrañar una violación del principio de igualdad. En la formulación del mencionado autor parece quedar claro que el mayor interés de esta tipología dual hay que buscarlo en las consecuencias que se anudan a uno u otro tipo de omisión: el carácter fiscalizable de la omisión relativa frente a la no fiscalización de la omisión absoluta.

2. La tipología de Wessel tendría un enorme eco doctrinal, bien que las posiciones de los autores no siempre fueran coincidentes, encontrándose entre ellas posturas bastante críticas. Así, por poner algún ejemplo, Mortati consideraría que la clasificación formulada por el juez constitucional alemán se hallaba necesitada de precisión desde un doble punto de vista: en primer lugar, porque la ausencia de toda disciplina legal para el desarrollo de un principio constitucional no era, *per se*, suficiente para considerar inadmisibile una acción dirigida a poner remedio a tal situación, “non potendo escludersi che la norma impugnabile si ricavi dal sistema”, y en segundo término, porque desarrollos parciales de la Carta constitucional son perseguibles ante la justicia constitucional (“in giudizio di costituzionalità”) no en el único caso de que se opongan al principio de igualdad, sino también cuando de ello se derive una lesión de “qualsiasi altra direttiva posta dalla medesima”.<sup>46</sup>

Al margen ya de la polémica doctrinal, tiene particular interés aludir a si la finalidad pretendida por Wessel al formular su clasificación, que, como ya se ha dicho, no era otra que identificar el tipo de omisiones fiscalizables en sede constitucional, se iba a ver confirmada por la praxis de la jurisprudencia constitucional. Desde luego, algunos autores han considerado que en aquellos sistemas de justicia constitucional en que no existe el instrumento procesal específico de la acción de inconstitucionalidad por omisión, la fiscalización de las omisiones legislativas llevada a cabo por los Tribunales Constitucionales se ha limitado a las omisiones relativas, quedando las omisiones absolutas sujetas a fiscalización tan sólo allí donde, como en Portugal, Brasil o Hungría, existe un instrumento procesal específico de control de la inconstitucionalidad por omisión. La realidad nos muestra, sin embargo, que ello no es así. Nos referiremos a algunos puntuales ejemplos.

En Alemania, como ya expusimos, los años 1957 y 1958 van a marcar en la jurisprudencia del *BVerfG* un punto de inflexión en torno a esta cuestión. En sus decisiones de 20 de febrero de 1957 y 11 de junio de 1958, dictadas ambas en sendos recursos de queja constitucional, el Tribunal admitía de modo inequívoco que la inconstitucionalidad podía producirse no sólo

---

<sup>(46)</sup> Costantino MORTATI: “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali...”, *op. cit.*, p. 928.

por acción, sino también por omisión legislativa. Ciertamente, se trataba en ambos casos de supuestos de omisión parcial, dándose los primeros pasos para el reconocimiento dogmático por el *BVerfG* de la “exclusión arbitraria de beneficio” (“Willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss”) vulneradora del principio de igualdad. El control de las inacciones del legislador no iba, sin embargo, a quedar circunscrito a este tipo de omisiones. En la importante Sentencia de 29 de enero de 1969, dando un paso adelante, el Tribunal Constitucional Federal llevaba a cabo la fiscalización de una omisión absoluta del legislador. Vale la pena detenerse mínimamente en tan trascendental caso.

El *BVerfG* iba a estimar a través de la mencionada decisión un *Verfassungsbeschwerde* interpuesto frente a una sentencia del Tribunal regional de Kiel, que priorizó la aplicación de varias disposiciones preconstitucionales del Código Civil aun cuando de ellas se derivaba una vulneración del principio de igualdad de los hijos habidos fuera del matrimonio (“den unehelichen Kindern) respecto de los hijos matrimoniales (“den ehelichen Kindern”), expresamente contemplado por el ya mencionado art. 6º.5 GG, en ese momento aún pendiente de desarrollo legislativo. El *BVerfG*, a la vista de la demora del legislador, entendió que no era exagerado suponer que se había llegado a la fecha del “plazo adecuado o razonable” si el legislador, veinte años después de entrada en vigor la Ley Fundamental, todavía no se había pronunciado sobre las normas de una parte fundamental de la vida como son las que contempla el art. 6º.5 GG, pese a haber aprobado en el mismo período de tiempo numerosas leyes que, desde el punto de vista constitucional, eran mucho menos significativas y urgentes. Adicionalmente, el Tribunal iba a entender, que una vez transcurrido el “plazo razonable” asegurado al Parlamento para el cumplimiento del deber constitucional de legislar, al tratarse de una norma constitucional bastante precisa, los jueces y tribunales ordinarios podían (más bien debían) aplicar la norma constitucional directamente.

En definitiva, el Tribunal alemán no sólo ha controlado las omisiones relativas, sino que también lo ha hecho respecto de las absolutas en supuestos como el de referencia, en que la inacción del legislador ha propiciado la aplicación de normas preconstitucionales contrarias a valores y derechos fundamentales.

Algo análogo puede decirse de la doctrina establecida por la *Corte costituzionale* italiana. En su Sentencia nº 190, de 1970, la *Corte* declaraba inconstitucional el art. 304 bis del Código de procedimiento penal, no por lo que decía, sino por lo que omitía; en concreto, lo tildaba de constitucionalmente ilegítimo en la parte en que excluía el derecho del defensor a asistir al interrogatorio de su defendido. Frente al rechazo radical de tal decisión por los órganos judiciales ordinarios, contrarios a aplicarla

al entender que, al anular una omisión legislativa, la *Corte costituzionale* tendía a completar el Derecho objetivo, lo que excedía del ámbito de sus funciones, en su Sentencia n<sup>o</sup> 62, de 1971, que Amato tildó de insólita,<sup>47</sup> el juez constitucional italiano se hacía eco del problema que nos ocupa. Refiriéndose a la “sindacabilità delle omissioni del legislatore che si resolvono in violazione di precetti costituzionali”, la *Corte* precisaba; “sindacabilità che non si può in assoluto escludere senza far venir meno in ampia misura le garanzie del sistema”.<sup>48</sup> Ciertamente, el caso citado puede considerarse reconducible a la categoría de las omisiones relativas, pues de resultas de la imprevisión del legislador se producía un trato discriminatorio, dado que mientras el Ministerio público estaba presente en el interrogatorio, a la otra parte, la defensa, le quedaba vedada la presencia, generándose además una violación del principio de igualdad de armas procesales. En cualquier caso, la *Corte* italiana ha tenido oportunidad de fiscalizar también omisiones absolutas del legislador.

En resumen, los distintos casos expuestos nos muestran cómo los Tribunales Constitucionales de esos dos países, no obstante no existir en ellos específicos institutos de control de la inconstitucionalidad de una omisión, han fiscalizado a través de cauces procesales diferentes las omisiones relativas, pero también las absolutas, del legislador. Parece claro, pues, que la praxis jurisprudencial no ha corroborado la finalidad última a que respondió en su momento la tipología creada por Wessel.

#### IV. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA OMISIÓN CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE

1. El intento de conceptualizar lo que se entiende por omisión inconstitucional del legislador presupone, con carácter previo, identificar cuál ha de ser el objeto del control a realizar en sede constitucional, y es en relación a esta cuestión donde se visualiza una frontal divergencia doctrinal entre las tesis que se conocen comúnmente como obligacionales y normativistas.

Para quienes se sitúan en la primera de las posiciones, la fiscalización constitucional se proyecta sobre el incumplimiento por el legislador de una determinada obligación de legislar que le impone la Constitución, visión que, como parece lógico, sitúa en primer plano la cuestión del período de

<sup>(47)</sup> Giuliano AMATO: “Troppo coraggio o troppa cautela nella Corte contestata?”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, anno XVI, 1971, fasc. 2, pp. 603 y ss.; en concreto, p. 603.

<sup>(48)</sup> Sentencia de 30 de marzo de 1971, n<sup>o</sup> 62, terzo considerando in diritto. La sentencia puede verse en *Giurisprudenza Costituzionale*, anno XVI, 1971, fasc. 2, pp. 601 y ss..

tiempo de inacción del legislador. Así, para Miranda,<sup>49</sup> por omisión se entiende la falta de medidas legislativas necesarias, proviniendo el efecto violatorio de la Constitución unas veces de la completa inercia del legislador y otras, de su deficiente actividad. También Canotilho cree que hay una omisión legislativa inconstitucional cuando el legislador no adopta las medidas legislativas necesarias para dar ejecución a los preceptos constitucionales que, de forma permanente y concreta, le imponen tal acción.<sup>50</sup> Estas concepciones, a nuestro juicio, son deudoras de las propias normas constitucionales portuguesas, en las que, al igual que en las de la Constitución brasileña de 1988, la inacción a lo largo de un determinado período de tiempo adquiere una indiscutible relevancia a la hora de dilucidar si la quiescencia del legislador es o no inconstitucional.

Los que se ubican en la posición normativista ponen el acento no tanto en la omisión propiamente dicha, visualizada como incumplimiento de una obligación de legislar, cuanto en las consecuencias de la misma, subrayando que el objeto del control habrá de ser la norma implícita que la inacción legislativa propicia.

Ha sido la doctrina italiana la que mayormente se ha alineado en esta dirección. Giuseppe Branca, a la sazón presidente de la *Corte costituzionale* cuando ésta se pronunció a través de la trascendental sentencia nº 62, de 1971, iba a contribuir a la consolidación dogmática del control de las omisiones del legislador. En una comunicación presentada ante la prestigiosísima *Accademia dei Lincei* de Roma, en 1972, formulaba unas reflexiones que, en lo que ahora importa, nos parecen del mayor interés:<sup>51</sup> “E possibile annullare una legge (o una sua parte) non scritta? — se interrogaba Branca — La Corte ha risposto di sì”, y ello porque superando la objeción (“che è — apostilla Branca — quanto di più formalistico si possa immaginare”) según la cual, “la Corte può pronunciarsi su disposizioni scritte, soltanto su di esse”, ha replicado que, en general, “la disposizione scritta, tacendo, nega, non consente, e perciò contiene anche la norma non scritta; considerando la norma come precetto, se essa consente qualcosa (solo) ad alcuni, segno è che non permette ad altri e quando impedisce ad uno permette ad altri: dalla stessa natura precettiva discende che, toccata dal legislatore una materia, questa risulta tutta presa dal comando legislativo, rientra per intero nella disciplina della legge”.

<sup>(49)</sup> Jorge MIRANDA: “Inconstitucionalidade por omissão”, en la obra colectiva, *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, pp. 333 y ss.; en concreto, p. 345.

<sup>(50)</sup> J.J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 1022.

<sup>(51)</sup> Giuseppe BRANCA: “Caratteristiche e funzione dei giudizi di legittimità costituzionale” (Relazione dell’Accademia dei Lincei, 1972). Seguimos la transcripción que hace Giustino D’ORAZIO: “Le sentenze costituzionali additive tra saltazione e contestazione”, en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1972, fasc. 1, pp. 61 y ss.; en concreto, p. 72.

Pocos años después, Crisafulli se pronunciaba en similar dirección al sostener que, declarando inconstitucional una omisión legislativa, la sentencia de la *Corte* no hacía más que extender una norma vigente, removiendo un obstáculo (lo que podríamos tildar de norma negativa) frente a su aplicabilidad a determinadas categorías excluidas.<sup>52</sup> Es evidente que el razonamiento de Crisafulli estaba pensado en función de una omisión relativa, mientras que el de Branca presentaba una mayor amplitud de miras. En fin, Modugno, en una posición semejante, aducía<sup>53</sup> que de una disposición bien puede obtenerse una norma negativa, sea en el sentido de una norma que establece una prohibición, sea en aquel otro de una norma que deja indefinida una situación o un comportamiento, hallándose la *Corte* perfectamente legitimada para golpear (“colpire”) tal norma negativa en cuanto se manifieste inconstitucional.

La posición que acaba de exponerse contrasta con la del *BVerfG*, cuyo presidente, Wolfgang Zeidler, en la ponencia presentada en Lisboa, con ocasión de la 7ª Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos (1987), refiriéndose a esta cuestión y haciéndose eco de la crítica de unos demandantes, en el sentido de que en una ley de la que conocía el Tribunal había un vacío contrario a la Constitución, precisaba: “mais selon le droit dogmatique il était difficile de déclarer nul un vide juridique”.<sup>54</sup>

2. No es fácil esbozar una dogmática con pretensiones obviamente de generalidad acerca del instituto que nos ocupa, lo que se comprende bien a la vista de los peculiares rasgos de cada sistema de justicia constitucional y de las diversas técnicas de fiscalización utilizadas. No es casual que entre la doctrina portuguesa y brasileña, y también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués y en la del Supremo Tribunal Federal brasileño se imponga la concepción obligacional, pues las respectivas Constituciones, al contemplar el instituto de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, sientan las bases conducentes a ello. Por contra, el hecho de que el control de las omisiones del legislador llevado a cabo en Alemania, Italia y España, por poner tres ejemplos concretos, se haya verificado con ocasión de la aplicación de las leyes, aunque más bien habría que decir que con

<sup>(52)</sup> Vezio CRISAFULLI: “La Corte costituzionale ha vent’anni”, en *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale* (Bilancio di vent’anni di attività), a cura di Nicola OCCHIOCUPO, CEDAM, Padova, 1984 (ristampa), pp. 69 y ss.; en concreto, p. 84. Este artículo fue inicialmente publicado en *Giurisprudenza Costituzionale*, anno XXI, 1976, fasc. 10, pp. 1694 y ss.

<sup>(53)</sup> Franco MODUGNO: “La Corte costituzionale oggi”, en *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, 1985, vol. I, pp. 527 y ss.; en concreto, nota 62, en pp. 564–565.

<sup>(54)</sup> Wolfgang ZEIDLER: “Cour constitutionnelle allemande” (7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 48.

ocasión de la aplicación de normas implícitas que han entrado en juego de resultas de la inexistencia de una norma legislativa expresamente requerida por la Constitución, o también de textos legales preconstitucionales cuya aplicación se produce como consecuencia de la falta de desarrollo legislativo de los mandatos constitucionales, contribuye a explicar que en estos países, o por lo menos en Italia, de modo muy particular, y España, no así en Alemania, haya arraigado la visión normativista. De ahí la inexcusable necesidad de ser cauteloso a la hora de pretender establecer un concepto de omisión legislativa inconstitucional con pretensiones de generalidad.

Por nuestra parte, creemos con Pereira da Silva <sup>55</sup> que la omisión inconstitucional se nos presenta como una realidad bifronte, esto es, si por un lado, tal omisión es el incumplimiento de una obligación constitucional del legislador, por otro, es también el resultado objetivamente producido en el ordenamiento jurídico por ese mismo incumplimiento. Dicho de otro modo, la caracterización jurídica del concepto que nos ocupa ha de atender tanto a la perspectiva obligacional como a la óptica normativa. Y desde esta óptica, las concepciones obligacionales y normativistas se manifiestan reductoras frente a la complejidad de la figura jurídica considerada.

La conclusión es, a nuestro modo de ver, bastante clara: la inconstitucionalidad de una omisión exige constatar que el legislador ha incumplido la obligación que la Constitución le exige de dictar un texto legislativo con el que dar adecuada respuesta a un mandato constitucional o con el que posibilitar la plena eficacia de una determinada previsión constitucional, incumplimiento que se ha prolongado en el tiempo más allá de un “plazo razonable”, pero también exige verificar de igual modo que la ausencia de esa normación “constitucionalmente debida” ha propiciado la vigencia de normas preconstitucionales en contradicción con los mandatos constitucionales, o que se ha producido una situación en las relaciones jurídico-sociales inequívocamente opuesta a las previsiones de la Constitución. Desde otra óptica, la verificación de la inconstitucionalidad de una inacción del legislador, tratándose ésta de una omisión parcial o relativa, requiere verificar que el poder legislativo, al dictar el texto, ha incurrido en una omisión parcial vulneradora del principio de igualdad, al generar, por ejemplo, una exclusión arbitraria de beneficio.

Como puede apreciarse por lo que se acaba de decir, no siempre podrá reconducirse el control de las omisiones a la existencia de una norma implícita. Piénsese en ciertos derechos prestacionales o socio-laborales cuya falta de desarrollo conduce a privarlos de toda eficacia. La omisión puede no propiciar

---

<sup>(55)</sup> Jorge PEREIRA DA SILVA: *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas* (Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 13.

aquí la vigencia de una norma implícita o preconstitucional, sino simplemente el vacío jurídico, un vacío en contradicción con un mandato constitucional. Por poner un ejemplo, la falta de desarrollo por el legislativo de la previsión del art. 37.VIII de la Constitución brasileña (“A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”), lisa y llanamente, se traducirá en un vacío jurídico que, prolongado en el tiempo más allá de un plazo razonable, generará una situación social frontalmente contradictoria con las previsiones constitucionales. En supuestos análogos a éste, es claro que el objeto del control no será una norma, sino la determinación de si la omisión es constitucionalmente reprochable, tanto por venir obligado el legislador a dictar un texto legislativo y no haberlo hecho no obstante haberse superado un “plazo razonable”, como por la constatación de que a esa omisión se ha anudado una situación en las relaciones jurídico-sociales flagrantemente contradictoria con la Norma suprema.

3. A partir de la concepción que acabamos de exponer, se pueden delimitar con facilidad una serie de presupuestos configuradores de la omisión inconstitucional. A ellos pasamos a referirnos.

a) El primero de esos presupuestos es el incumplimiento de un deber constitucional de legislar. La omisión legislativa como concepto jurídicamente relevante no es un simple no hacer, ni se puede confundir con la mera inercia del órgano legislativo. Como escribe Canotilho,<sup>56</sup> “un entendimiento naturalístico-formal de omissão —a omissão como simples não actuar— não pode aceitar-se: não possibilita a definição de uma omissão legislativa constitucionalmente relevante, dado que esta só pode entender-se como não cumprimento de imposições constitucionais concretas”.

No basta, pues, la inacción; es preciso que la pasividad del legislador entrañe la inobservancia de un deber constitucional de legislar. Como afirma Pestalozza,<sup>57</sup> “das Unterlassen des Gesetzgebers ist verfassungswidrig, wenn die Verfassung ein Handeln des Gesetzgebers fordert” (la omisión del legislador es inconstitucional cuando la Constitución le exige una actuación).

No vamos a volver a hacernos eco de las diferenciaciones que la doctrina ha establecido entre diferentes tipos de mandatos, pues ya nos ocupamos de ello. Recordemos no obstante que la posibilidad de que los tribunales ordinarios puedan, a través del proceso de la *Konkretisierung*, dar eficacia a la norma constitucional necesitada de desarrollo, en defecto de la actuación del legislador, no cierra la posibilidad de que sea declarada en sede constitucional la inconstitucionalidad de la inacción legislativa

<sup>(56)</sup> J.J. GOMES CANOTILHO: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 334.

<sup>(57)</sup> Christian PESTALOZZA: “«Noch Verfassungsmässige» und «bloss Verfassungswidrige» Rechtslagen”, op. cit., p. 526.

cuando, transcurrido un período de tiempo razonable, no hayan sido dictadas las medidas legislativas necesarias. Ciertamente, la sustitución (“Stellvertretung”) del legislador por los tribunales impedirá en un primer momento la declaración de la inconstitucionalidad, pero tras el decurso de un plazo razonable tal impedimento desaparecerá. Innecesario es que precisemos que no nos estamos refiriendo a normas autoaplicativas, pues es claro que en tal caso no cabrá en modo alguno declarar la inconstitucionalidad de la omisión.

b) El segundo presupuesto es el transcurso de un período de tiempo razonable. En referencia a Portugal, Miranda ha escrito<sup>58</sup> que el juicio de inconstitucionalidad por omisión se traduce en un juicio sobre el tiempo en que debería ser elaborada la norma, por lo que ninguna omisión puede ser descrita en abstracto, sino tan sólo en concreto, determinada por hechos de signo positivo. La ausencia o insuficiencia de la norma legal no puede ser deslindada de un determinado tiempo histórico, señalado por la necesidad de producción legislativa y cuya duración, mayor o menor, será prefijada — muy raramente — por la propia Constitución o dependerá de la naturaleza de las cosas (o sea, de la naturaleza de la norma constitucional no exigible por sí misma en confrontación con las situaciones de hecho). Esta doctrina ha sido plenamente asumida por el Tribunal Constitucional portugués (con anterioridad a 1982, por la Comisión Constitucional), pudiendo afirmarse otro tanto del Supremo Tribunal Federal brasileño.

Podría pensarse que este entendimiento es válido tan sólo para aquellos países que, como Portugal o Brasil, han configurado constitucionalmente el instituto procesal de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. No nos parece, sin embargo, que sea así, y la jurisprudencia constitucional sentada en otros países creemos que lo avala. Paradigmática es al efecto la sentencia del *BVerfG* de 29 de enero de 1969, de la que ya nos hemos hecho eco con algún detenimiento. Recordemos que el Tribunal Constitucional Federal entenderá que la voluntad de la Constitución no puede ser interpretada en el sentido de que el legislador pueda dilatar el encargo encomendado por el constituyente por tiempo indeterminado, con la consecuencia de que la situación legal, rechazada y considerada por el constituyente necesitada de una urgente reforma, pueda *quedar* en vigor por tiempo indeterminado tras la entrada en vigor de la Constitución. Dicho de otro modo, aunque la Constitución no delimite un plazo para la intervención del legislador, éste no puede demorar indefinidamente el cumplimiento de su deber de legislar. En definitiva, es meridianamente claro que el *BVerfG* maneja, aunque no

---

<sup>(58)</sup> Jorge MIRANDA: “La Justicia Constitucional en Portugal”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1977, pp. 325 y ss.; en concreto, pp. 345–346.

la califique expresamente así (el *BVerfG* habla de un “plazo adecuado”), la doctrina del “plazo razonable” de que dispone el legislador para dar cumplimiento a los mandatos que le imponen ciertas normas constitucionales.

Añadamos que, a nuestro entender, aun cuando consideremos que el objeto del control llevado a cabo en sede constitucional pueda ser la norma preconstitucional cuya aplicación es posibilitada por la falta de desarrollo constitucional, o la norma implícita que cobra vida de resultas de una norma legislativa parcial o el acomodo a la Constitución de la situación jurídico-social que ha generado la inacción legislativa y, en íntima conexión con ella, la bondad constitucional de esa misma inacción, nada de ello puede conducir a privar de toda relevancia jurídica, en orden a la fiscalización de la omisión, al elemento temporal al que venimos aludiendo.

c) El tercer presupuesto es el efecto objetivo de violación de la Constitución. La omisión legislativa, aun siendo un comportamiento pasivo, está lejos de ser neutro en sus consecuencias, propiciando efectos de dispar naturaleza que tienen como común denominador la violación objetiva de la Norma suprema. No nos hallamos ante una omisión inocua desde el punto de vista jurídico, sino que al generar la aplicación de normas implícitas en contradicción con la Constitución o la pervivencia en las relaciones jurídico-sociales de situaciones en franco contraste con los postulados constitucionales, se traduce en frontales vulneraciones de la *lex superior*, circunstancia que ha conducido a Miranda a escribir que, al límite, la inconstitucionalidad por omisión se reconduce a una inconstitucionalidad por acción.<sup>59</sup>

La doctrina ha puesto el acento particularmente en la lesión de derechos que puede desencadenar la ausencia de norma legislativa. Y ciertamente así es. Unas veces la lesión se conecta con la dimensión prestacional de un derecho (piénsese, por ejemplo, en el derecho a la participación en los beneficios o resultados de las empresas que la Constitución brasileña de 1988 garantiza en su art. 7<sup>o</sup>.XI, remitiéndose al efecto a lo que disponga la ley), mientras que en otras ocasiones son los llamados intereses difusos los que pueden verse conculcados de resultas de la inacción (pensemos en el art. 60.3 de la Constitución portuguesa, que reconoce a las asociaciones de consumidores y a las cooperativas de consumo el derecho, en los términos de una ley, al apoyo del Estado y a ser oídas sobre las cuestiones que manifiesten respecto a los derechos de los consumidores). Pero al margen de los anteriores, otros muchos derechos pueden verse lesionados (recuérdense las libertades de expresión y de comunicación vulneradas en España de resultas de la ausencia de una ley sobre la televisión local por cable).

Es este efecto lesivo de derechos dimanante de la inactividad del legislador el argumento que conduce a algunos autores a considerar que resulta difícil

<sup>(59)</sup> Jorge MIRANDA: “La Justicia Constitucional en Portugal”, *op. cit.*, p. 346.

imaginar un control abstracto de la omisión legislativa, desconectado por ello mismo de los problemas de aplicación e interpretación de la regla jurídica a los casos particulares.<sup>60</sup> En similar dirección, se sostiene que para el control de los silencios del legislador son necesarios actos de aplicación en los que se manifieste el contenido normativo efectivo de ese silencio, que no sería otro que la norma implícita contradictoria con los postulados constitucionales.<sup>61</sup>

Nos parece claro que la expresión natural del control de las omisiones legislativas se manifiesta en los casos concretos, pero de ahí no creemos que deba desprenderse la inconveniencia o imposibilidad de un control de tales omisiones en abstracto. Bastaría al efecto con pensar en la ineficacia de los derechos prestacionales que puede anudarse a su falta de desarrollo legislativo, pudiendo servir de ejemplo paradigmático el antes mencionado derecho a la “la participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração” del art. 7<sup>o</sup>.XI de la Constitución brasileña de 1988. Piénsese, adicionalmente, en que si el legislador brasileño omite más allá de un plazo razonable dictar la ley que le exige el art. 37.VIII de la Carta de 1988, en la que debe contemplar el porcentaje de cargos y empleos públicos que se ha de reservar a las personas deficientes, definiendo a la par los criterios para su admisión, independientemente de que se suscite o no un caso litigioso, se estará generando una situación en el marco jurídico regulador del acceso a la función pública claramente lesiva de un derecho constitucional reconocido a las personas con minusvalías o deficiencias. Los ejemplos podrían multiplicarse, y no sólo, desde luego, en relación a previsiones de la Constitución brasileña. En supuestos de esta naturaleza, es perfectamente comprensible que quien esté legitimado para instar el control de las omisiones, desencadene tal proceso de fiscalización.

En definitiva, presupuesto nuclear de la omisión inconstitucional es una lesión objetiva de las previsiones constitucionales. Sin trasgresión de las normas constitucionales no hay inconstitucionalidad ni por acción ni por omisión. No es, por tanto, el silencio del legislador lo que por sí solo vulnera la Constitución, sino la interacción de la omisión de un deber constitucional de legislar prolongada en el tiempo más allá de un plazo razonable con su consecuencia objetivamente transgresora de la Norma suprema. La inconstitucionalidad aparece, pues, como la resultante de diferentes presupuestos estrechamente interconectados.

---

<sup>(60)</sup> Así, M<sup>a</sup> Angeles AHUMADA RUIZ: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n<sup>o</sup> 8, Enero/Abril 1991, pp. 169 y ss.; en concreto, p. 173.

<sup>(61)</sup> Ignacio VILLAYERDE MENÉNDEZ: *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 49.

d) La intencionalidad de la inactividad del legislador, lejos de poder considerarse un presupuesto de la omisión inconstitucional, es por entero intrascendente a los efectos que nos ocupan. En su excelente trabajo sobre las omisiones legislativas, Mortati iba a tratar de diferenciar las omisiones de las lagunas,<sup>62</sup> a cuyo efecto recurría a una triple consideración: las omisiones son, ante todo, incumplimiento de una obligación de hacer, mientras que parece claro que no puede admitirse que el legislador venga obligado a regular todos aquellos supuestos que puedan ser objeto de una norma, en ausencia de la cual se producirá la laguna; en segundo término, para Mortati, las omisiones son siempre el resultado de un acto voluntario (“di un atto di volontà”), mientras que las lagunas pueden producirse de modo involuntario; finalmente, mientras la sentencia con la que se trata de colmar la laguna cumple la función de dar complitud al ordenamiento jurídico, la que declara la inconstitucionalidad de una omisión puede ser a su vez fuente de otras lagunas.

La posición de Mortati es clara, aunque discutible. Para el gran iuspublicista italiano, la omisión es siempre fruto de un acto voluntario, de una clara decisión de no hacer por parte del legislador. Por lo mismo, tras la omisión subyacería una voluntad política en favor de la inacción; esa intencionalidad convertiría al legislador en culpable de la omisión, que podría incluso llegar a tildarse de dolosa.

Tal visión no deja de suscitar delicados problemas. Admitiendo *a priori* una violación constitucional dimanante de la omisión, ¿porqué introducir el elemento intencional para las violaciones de la Constitución por omisión, cuando ese elemento es por entero intrascendente en las transgresiones constitucionales por acción? ¿Cómo delimitar el tiempo en el que la omisión es fruto de la libre capacidad configuradora del legislador, de aquel otro momento temporal en el que la omisión pasa a ser el resultado de una actuación dolosa del legislador? Es cierto que, precedentemente, nos hemos referido al elemento del “plazo razonable”, pero en ningún momento lo hemos hecho para enjuiciar la conducta del legislador, para tratar de apreciar si su actitud es o no dolosa, sino tan sólo para ponderar si la situación contraria a la Constitución generada por la inacción puede tildarse de inconstitucional, al haber transcurrido ya, a juicio del órgano fiscalizador, ese período de tiempo razonable cuyo agotamiento convierte una norma jurídica o una situación en el marco de las relaciones jurídico-sociales, dimanantes de una omisión legislativa en contradicción con la Constitución en inequívocamente inconstitucional.

---

<sup>(62)</sup> Costantino MORTATI: “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali...”, *op. cit.*, p. 927, nota 4.

Quizá Mortati recurra al elemento de la voluntad, de la intencionalidad, con que va a caracterizar la omisión legislativa, para propiciar así su control, por cuanto de esta forma parece nítidamente separada de la simple laguna jurídica que, en principio, Mortati considera irrelevante, pues al legislador no puede imponerse una obligación universal de regular todas las situaciones posibles en la vida social. Pero con ello plantea dos problemas adicionales de mucha mayor complejidad y aún diríamos que gravedad.

El primero de esos problemas es que deja en manos del órgano fiscalizador la dificultosa tarea de llevar a cabo el control de la intencionalidad del legislador inactivo, un proceso de control, como dice Ahumada,<sup>63</sup> de la “mens legislatoris”, con lo que ello entraña de transmutar el control supuestamente aséptico de si la norma implícita, la norma que ha de aplicarse en defecto de aquella otra omisa o la situación jurídico-social desencadenada por la inacción, son conformes con los postulados constitucionales, en un control de intenciones, por entero subjetivo, que poco o nada tiene que ver con el control de constitucionalidad.

Y el segundo, y no menor, problema es que el planteamiento de Mortati convierte el control de las omisiones legislativas en una fiscalización directamente orientada hacia la libre capacidad de configuración de que goza el legislador. Dicho de otro modo, la tesis del iuspublicista italiano acentúa hasta extremos inadmisibles la idea de que el control omisivo es un control básicamente político en el que lo que se fiscaliza no es la situación constitucionalmente lesiva a que ha conducido el silencio del legislador, sino la decisión política del poder legislativo de no legislar. Es cierto, como dice Picardi, que el comportamiento omisivo del legislador se traduce inevitablemente en una elección política. “Anche l’inerzia — añade el propio autor —<sup>64</sup> è, in definitiva, un modo in cui si esplica la discrezionalità del legislatore”. Ahora bien, no es esa opción lo que interesa fiscalizar en sede constitucional, pues, considerada en abstracto, podría entenderse sustentada en la libertad de configuración de que el propio legislador goza.

En definitiva, creemos por entero irrelevante, a los efectos del instituto que nos ocupa, la intencionalidad del legislador. Que la inacción desencadene un vicio de inconstitucionalidad por omisión no depende de que la misma responda a una voluntad determinada del legislador, sino, lisa y llanamente, a que existiendo un deber constitucional de legislar, el mismo haya sido incumplido más allá de un plazo razonable, generándose de resultas de ello la vigencia de normas contrarias a la Constitución o un vacío jurídico igualmente disconforme con ella.

<sup>(63)</sup> M<sup>a</sup> Angeles AHUMADA RUIZ: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *op. cit.*, p. 174.

<sup>(64)</sup> Nicola PICARDI: “Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale”, *op. cit.*, pp. 604-605.

## SISTEMA DE COMPETENCIAS JURIDICAS EN EL PERU

Víctor Julio Ortecho Villena \*

El Estado Constitucional de Derecho que rige en el Perú, a pesar de sus reveses políticos, su problemática y sus grandes dificultades sociales, tiene como marco un ordenamiento jurídico que, bien empleado, daría al país las condiciones jurídicas necesarias para su desarrollo, la tranquilidad de los ciudadanos y las mejores posibilidades de realización de la población.

En un Estado Constitucional de Derecho (que es compatible con la otra forma jurídica de Estado desarrollada en el siglo xx en la mayor parte de países, como es el Estado Social y Democrático de Derecho) se impone la necesidad de una adecuada distribución de Competencias Jurídicas entre los Órganos Centrales, Descentralizados y Órganos Constitucionales. (Estos últimos son independientes de los anteriores.) En efecto, esta distribución da lugar a lo que damos en llamar Sistema de Competencias Jurídicas.

Creemos que este sistema está integrado por tres clases de competencias: competencias normativas, competencias orgánicas y competencias jurisdiccionales. Antes de desarrollarlas, consideramos necesario como punto de partida, referirnos a las categorías jurídicas básicas.

---

(\*) Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.

## I. CATEGORÍAS JURÍDICO-POLÍTICAS BÁSICAS

### 1. Constitucionalidad

#### 1.1. *Significación y alcances*

Constitucionalidad significa que en un determinado Estado exista una Constitución, que ella esté vigente, que se aplique plenamente, y que sus normas sean respetadas, tanto por las autoridades como por los ciudadanos.

Tal categoría implica una aspiración jurídica, política y social. En la experiencia política peruana casi siempre se ha vivido tal aspiración como un ideal. Es cierto que se han dado algunas de aquellas condiciones, pero en forma parcial. Particularmente, durante gobiernos de facto y gobiernos autoritarios. Así por ejemplo, durante el gobierno de Velasco Alvarado, cuyos cambios sociales y económicos no se pueden negar, existió la Constitución de 1933, pero su vigencia fue limitada, en forma expresa, en cuyo contexto se estableció que ella “funcionará en tanto no contradiga al Estatuto Revolucionario”.

Durante los primeros meses del año 1992, estando vigente la Constitución de 1979 — considerada una de las más avanzadas y democráticas — el 5 de abril del indicado año el Presidente Alberto Fujimori disolvió el Congreso y el Tribunal de Garantías Constitucionales, “descabezó” al Poder Judicial, e implantó una dictadura y no respetó en absoluto la Constitución. Y para buscar cierta legitimación, convocó a un Congreso Constituyente, al que calificó de Democrático, el cual elaboró la espuria Constitución, la de 1993, que fue aprobada mediante un referéndum. Por cierto que tal Constitución omitió muchos derechos y avances que se habían logrado con la Constitución de 1979, amén que, durante el ejercicio de dos períodos presidenciales seguidos, ejerció una década de dictadura, durante la cual funcionó la peor corrupción que ha habido en el Perú. Es decir había Constitución, ella estaba vigente, pero no se la aplicaba adecuadamente ni se la respetaba.

#### 1.2. *Fundamentos de la Constitucionalidad*

Los fundamentos de la Constitucionalidad son básicamente jurídicos. Ellos son los siguientes:

**(a) Supremacía Constitucional.** En un Estado Constitucional de Derecho, la norma suprema es la Constitución y no la ley, como lo era al comienzo del sistema liberal, que pareció un gran avance porque se consideró que el poder legislativo, era la máxima expresión de la voluntad popular y de la democracia representativa. Ahora, siguiendo la pirámide de Kelsen, la Constitución ocupa la cúspide del ordenamiento jurídico. Es norma suprema, por dos razones: contiene los fundamentos básicos o

cimientos del ordenamiento jurídico y porque ellos provienen de un poder extraordinario, como es el Poder Constituyente.

**(b) Jerarquía de las normas jurídicas.** Desde el momento que se cuenta con un ordenamiento jurídico, debe tenerse en cuenta que las normas, ocupan un orden y la correspondiente jerarquía entre ellas.

El rango superior lo tienen las normas constitucionales. El segundo nivel corresponde a las normas legales (Leyes Orgánicas, Leyes Ordinarias, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia, Tratados, Ordenanzas Regionales, Ordenanzas Municipales y el Reglamento Interno del Congreso). Y el rango inferior, corresponde a las normas administrativas (Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, Resoluciones Ministeriales, Resoluciones Vice-Ministeriales, Resoluciones Directorales, Decretos Regionales, Decretos Municipales).

**(c) Inviolabilidad Constitucional.** A semejanza de lo que ocurre en la jerarquía castrense y en cualquier otro tipo de jerarquía, a fin de que se respete el orden, funcionan dos sub-principios: uno de superioridad y uno de subordinación. Según ellos, las normas inferiores no deben contravenir a las normas superiores. De allí que la constitucionalidad, para su protección cuenta con el fundamento o principio de la inviolabilidad constitucional. Por cierto que de ello es fácil inferir que no solo las normas legales, sino también las normas administrativas, pueden incurrir en inconstitucionalidad y estas últimas frecuentemente incurren en ilegalidad.

En realidad el ordenamiento jurídico de un Estado, en este caso el Perú, bajo los fundamentos o principios de la constitucionalidad anteriormente señalados y particularmente, el de la jerarquía de las normas, constituye una especie de arquitectura jurídica.

### *1.3. Control constitucional*

Para que la constitucionalidad no solamente quede en un ideal o aspiración, se hace necesario el control constitucional. Este control, tiene que hacerse no solamente contra normas que contravengan a la Constitución, sino también contra conductas, actos u omisiones en que pueden incurrir las autoridades, los funcionarios y hasta los particulares, que atenten ya contra la parte orgánica o la parte dogmática de la Constitución.

El control constitucional, como es sabido, tiene varias formas. Ellas son las siguientes:

**(a) Control constitucional político o parlamentario.** Bien sabemos que los parlamentos modernos, además de su originaria función legisferante o legislativa, tienen otra función, como es la de fiscalización sobre los otros poderes y órganos del Estado y, llegado el caso, auto fiscalizarse y fiscalizar a sus propios integrantes.

Los principales tipos de control que puede realizar el Poder Legislativo son los siguientes: la designación de comisiones investigadoras, la realización de interpelaciones ministeriales y el juicio político.

Las primeras deben realizar investigaciones, sobre actos graves en que pueden estar incurriendo, los órganos o miembros de los otros poderes del Estado o de los órganos constitucionales, a cuyo final el pleno del Congreso tomará las medidas correspondientes. La interpelación ministerial, cuando un ministro tiene que asumir la responsabilidad política, de algo grave que ha ocurrido en el ministerio a su cargo. El juicio político, cuando un alto funcionario del Estado, ha incurrido en infracción constitucional o en delito en el ejercicio de su cargo.

**(b) Control constitucional jurisdiccional.** Este control corre a cargo de los órganos que ejercen jurisdicción, lo que significa que las violaciones de la Constitución, se tramitan y resuelven, mediante procesos jurisdiccionales. Son dos órganos que tienen esa labor: el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

**(c) Controles especiales,** como suele denominarlos el jurista argentino Néstor Sagües, que son de dos sub-tipos. Del *Ejecutivo*, que lo puede ejercer el Presidente de la República cuando al final de la labor del Congreso de aprobar una ley, al Jefe del Estado le corresponde promulgarla. En dicha etapa, puede observarla porque tal norma legal contraviene a la Constitución. Y *Control Electoral*, cuando una medida jurídica, se somete a referéndum. Son los ciudadanos que mediante su voto, hacen tal control.

**(d) Control social.** Este control no tiene una denominación formal, pero si se desarrolla dentro del marco de la Constitución. Este control lo ejercen los medios de comunicación, que denuncian y fiscalizan hechos que atentan contra la Constitución. También lo ejercen las organizaciones de la sociedad civil, como los colegios profesionales, las organizaciones gremiales, los partidos políticos de oposición, etc.

#### *1.4. Perspectivas políticas y sociales*

Si el control constitucional fuera efectivo en sus diversas formas, que anteriormente hemos señalado, la constitucionalidad también sería más real. Y si esta categoría alcanzara un elevado porcentaje de realización, haría posible que el ordenamiento jurídico del Estado Peruano, sea una verdadera protección de los derechos de los ciudadanos y el mayor cumplimiento de los deberes y obligaciones de estos así como de las autoridades y funcionarios del Estado.

Respetándose el orden jurídico, disminuirían los conflictos sociales, la población desarrollaría sus actividades con mayor tranquilidad y paz y por consiguiente, habría mayores posibilidades de desarrollo para el país.

## 2. Legalidad

Existen otras categorías jurídicas que siendo de menor nivel, contribuyen a la meta de la constitucionalidad y a mantener más sólida la pirámide jurídica. Ellas con la legalidad, la legitimidad y la juridicidad.

La noción más elemental de legalidad es “de conformidad con la ley”. Pero analizando su amplitud, puede abarcar el control de normas de menor jerarquía, como las normas administrativas; éstas deben ceñirse a las leyes y no contradecirlas. Si esto último ocurriera, el remedio para nulificarlas es la acción de garantía constitucional, denominada Acción Popular. Y en el control de actos (éstos pueden referirse a los realizados por autoridades, funcionarios y también por los particulares) será el poder judicial el que los declare nulos a petición de la parte interesada.

## 3. Legitimidad

En sentido general es aquello que tiene calidad de legítimo. Pero si bien la mayor parte de autores lo relacionan con la materia de la ley, varios de ellos agregan que ello “abarca todo lo bueno y equitativo, conveniente no solo para el bien privado sino esencialmente para el bien común”. Y si ello se vincula al Derecho Político, debe representar un sistema, donde el poder no solamente tiene un origen legal sino que constante y en forma continuamente, ese poder, debe estar al servicio de las mayorías que lo eligieron.

Legitimidad significa pues, reconocimiento, apoyo, respaldo que se le da a los principales órganos del Estado o cuando menos a alguno de los Poderes del Estado, que recibe el apoyo de la ciudadanía.

## 4. Juricidad

La juricidad, denominada también juridicidad, significa la predominancia o el imperio del Derecho, sobre la fuerza.

Esta categoría se pone en juego precisamente, cuando a un Estado de Derecho, o a un gobierno constitucional, lo sustituye un gobierno de facto. Uno de los casos que se dio en el Perú, el golpe de Estado del Presidente Manuel Odría en 1948, disolviendo al gobierno que presidía José Luis Bustamante y Rivero, el gran jurista arequipeño, que desde el exilio combatía a la fuerza que contravino al Derecho.

Pero la juridicidad no solamente se puede alegar frente a un gobierno usurpador, sino también a un gobierno de origen democrático, pero que su ejercicio se torna antidemocrático y bajo el argumento, de poner orden, frente a las reclamaciones y los conflictos sociales, impone la fuerza antes que el Derecho.

## II. ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

A fin de poder puntualizar y comentar las competencias jurídicas en el Estado Peruano, es necesario recordar aunque sea brevemente la parte orgánica de la Constitución.

Los órganos son de tres tipos: *órganos centrales* (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial), *órganos descentralizados* (órganos regionales y órganos municipales) y *órganos constitucionales*, que tienen independencia, respecto a los anteriores, (Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, el Sistema Electoral y la Contraloría.).

Por cierto que los anteriores órganos, que figuran en la parte orgánica de la Constitución, en forma conjunta constituyen el llamado poder constituido. Pero bien sabemos que con un carácter temporal y precedente al anterior, hay un poder extraordinario y superior, como es el Poder Constituyente, que es precisamente el que elaboró y aprobó la Constitución. Por eso es que no podemos dejar de referirnos a sus competencias jurídicas.

## III. COMPETENCIAS JURÍDICAS

### 1. Poder constituyente

El Poder Constituyente, particularmente un Poder Constituyente originario, en cualquier latitud, particularmente de los Estados occidentales, tiene una función extraordinaria, cual es la de fundar a un Estado autónomo y darle a éste su ordenamiento básico. De allí que su carácter extraordinario es el de elaborar y aprobar las normas del más alto nivel jurídico, determinando los órganos de dicho Estado y los derechos de los ciudadanos.

Pero como la mayor parte de Estados han ido modificando su estructura política o parcialmente su parte dogmática, ello ha dado lugar al uso de dos vías: una, la de modificar sus constituciones, tal como ha sucedido con la Constitución norteamericana de 1787 y la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 que se mantiene hasta la fecha (a tales modificaciones se las denomina enmiendas) y, en otros casos, elaborando, aprobando y promulgando sucesivas constituciones, lo que refleja la falta de estabilidad política de estos Estados. Baste señalar que en Perú, hemos tenido doce Constituciones y que el país que mayor número de Constituciones ha tenido, es el Ecuador, habiendo totalizado veinte.

En el caso de nuestro país, la elaboración de sus constituciones, no siempre han estado a cargo de un Poder Constituyente puro, como

podemos deducir de los nombres de tales organismos, que en algunos su labor constituyente la compartían con la labor legislativa. Las enunciamos a continuación con indicación del año y el nombre del organismo: Constitución de 1823, Congreso Constituyente. Constitución de 1826, Colegios Electorales. Constitución de 1828, Congreso Constituyente. Constitución de 1834, Convención Nacional. Constitución de 1839, Congreso General reunido en Huancayo. Constitución de 1856, Convención Nacional. Constitución de 1860, Congreso de la República. Constitución de 1867, Congreso Constituyente. En el año 1868 fue nuevamente puesta en vigencia la Constitución de 1860. Constitución de 1920, Asamblea Constituyente. Constitución de 1933, Congreso Constituyente. Constitución de 1979, Asamblea Constituyente. Y Constitución de 1993, Congreso Constituyente Democrático.<sup>1</sup>

No esta demás subrayar que la Constitución histórica y que ha servido de base para las demás constituciones, ha sido la Constitución de 1828, de la cual Valentín Paniagua hizo un estudio muy interesante, refiriéndose sobre todo a los esfuerzos que hicieron los constituyentes para conciliar sus valiosos y diversos fundamentos, tal como si efectivamente estuvieran fundando el Estado Peruano.<sup>2</sup>

En esta segunda vía, el Poder Constituyente es un poder derivado. Y quizá tal denominación recae con mayor exactitud al Poder que recibe facultades totales para modificar toda la Constitución o la mayor parte de ella, nos estamos refiriendo al Poder Constituido (Poder Legislativo) con un procedimiento especial, el de aprobarlas en dos legislaturas sucesivas o sometiendo la reforma a un referéndum. Este ensayo se hizo durante el periodo del 2001 al 2006, que quedó frustrado.

En cualquiera de los casos, poder constituyente originario y poder constituyente derivado, ellos tienen facultades extraordinarias en lo que concierne a elaborar y aprobar las normas básicas y fundantes, para el ordenamiento jurídico de un Estado.

## **2. Poder constituido (i): órganos centrales**

### *2.1. Competencias del Poder Legislativo*

Las competencias o atribuciones de este Poder en el Perú, están consignadas en el art.102 de la Constitución. Y son las siguientes:

---

<sup>(1)</sup> García Belaunde, Domingo. "Las Constituciones del Perú ". dos tomos. Publicada por el Fondo Editorial de la Universidad Sanmartín de Porras. Lima. 2006.

<sup>(2)</sup> Paniagua Curazao ,Valentín."La Constitución de1828 y su Proyección en el Constitucionalismo Peruano". Revista Peruana de Derecho Público." No.6. Editorial Jurídica Grijley. Lima.2003.

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.
2. Velar por el respeto a la Constitución y de las leyes y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.
3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.
4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.
5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución
6. Ejercer el derecho de amnistía.
7. Aprobar la demarcación territorial que propugna el Poder Ejecutivo.
8. Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.
9. Autorizar al Presidente de la República para salir del país.
10. Ejercer las demás atribuciones que señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa.

Como podrá apreciarse, en el Perú como en la mayor parte de países de Occidente, el Poder Legislativo, no sólo tiene facultades legisferantes sino también de control y fiscalización constitucional.

## *2.2. Competencias del Poder Ejecutivo*

El Poder Ejecutivo, si bien es cierto que normativamente y en la práctica, está representado por el Presidente de la República, no constituye únicamente el máximo cargo individual como un órgano central del Estado, pues está integrado por el Consejo de Ministros. Este no sólo refrenda los actos del Presidente (art.120) sino que tiene a su cargo la dirección y la gestión de los servicios públicos, así como cada ministro los asuntos que competen a la cartera a su cargo. (art.119).

Las competencias del Presidente son numerosas. Ellas están contenidas en el artículo 118º de la Constitución, y suman 24 incisos.

Pero como para los efectos del tema que venimos desarrollando (competencias jurídicas), nos interesan las específicamente normativas, y dentro de ellas, en las que el Ejecutivo hace de colegislador puntualizamos las siguientes:

### *2.2.1. Cumplimiento de la constitucionalidad y de la legalidad*

Ella fluye del texto mismo del inciso 1ro del artículo anteriormente mencionado: Corresponde al Presidente de la República: “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”.

Si bien es cierto que respetar y cumplir la Constitución, es obligación de todos los órganos del Estado, de los funcionarios y de los propios

ciudadanos, el vigilante de tal tarea debe ser el Presidente de la República extendiéndose tal función a vigilar, cumplir y hacer cumplir la normas jurídicas que siguen en jerarquía a las normas constitucionales, por que a través de ellas precisamente se lleva a la práctica el funcionamiento adecuado del orden jurídico.

### 2.2.2. *Expedir Decretos Legislativos*

En el Perú, como en otros Estados, preferentemente de forma unitaria, funciona una legislación delegada. Esta la realiza el Poder Ejecutivo, por delegación del Poder Legislativo, dándole este último tal facultad con dos límites. Señalándole la materia en la que debe legislar y el tiempo en que debe cumplir tal delegación.

Esta facultad delegatoria del Congreso, está contenida en el art. 104º de la Constitución, en los siguientes términos:

#### Constitución Política del Estado

**Art. 104.-** El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

Esta facultad normativa del Ejecutivo nos merece los siguientes comentarios. La materia de la delegación generalmente versa sobre una temática que la conoce más el Ejecutivo que el Legislativo, por ejemplo elaborar un código, dar normas legales más ligadas a la administración pública, y que requieren ser elaboradas en un tiempo no muy prolongado. Sin embargo, qué sucede en la práctica, el Ejecutivo se sobrepasa sobre la materia que se le encomienda, como fue el caso de los decretos legislativos que se expidieron bajo el pretexto de viabilizar la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, y el Ejecutivo legisló sobre la disposición de tierras de las comunidades campesinas, para facilitar la explotación de las empresas mineras y otros sobre la venta de tierras en la amazonía, que motivó la protesta de las comunidades nativas de esa región; dando lugar a las consiguientes protestas y a hechos lamentables, conocidos como el “baguazo” por lo cual, el Congreso tuvo que derogar tales decretos legislativos.

Y el otro aspecto que no siempre se interpreta bien, es el de la última

parte del art. 104º de la Constitución, que dice: el Presidente de la República “da cuenta” al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo. Ese dar cuenta, no significa que al órgano delegante, sea considerarlo simplemente como una mesa de partes, sino debe entenderse como la aceptación de que el Ejecutivo ha cumplido con la misión encomendada y en caso contrario, modificar la norma alcanzada o incluso derogarla.

### 2.2.3. *Expedir Decretos de Urgencia*

Los Decretos de Urgencia constituyen otro tipo de norma legal, pero dada su naturaleza especial, corre a cargo del Presidente de la República.

Tal facultad está contenida en el inc. 19 del art. 118º de la Constitución, en los siguientes términos:

#### Constitución Política del Estado

**Art. 118.-** (inciso 19) Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

Esta facultad legislativa y extraordinaria que le está concedida al Presidente de la República, implica pues una necesidad apremiante y que exige una medida adecuada, inmediata e ineludible, pero sólo en materia económica y financiera y que lo requiera el interés nacional.

Pero los Presidentes posteriores a la promulgación de vigente Constitución, no siempre han hecho uso adecuado de esta facultad legislativa extraordinaria. Tal el caso, por ejemplo, que en alguna ocasión, se expidió un decreto de urgencia relacionado con los juegos de “tragamonedas”.

### 2.2.4. *Dictar decretos y resoluciones*

Esta facultad normativa del Presidente de la República ya no es de nivel legislativo sino de nivel administrativo. Y ello está orientado precisamente a viabilizar la reglamentación de las leyes promulgadas por el Poder Legislativo (por cierto las que requieran tal desarrollo).

Tal facultad para que el Presidente de dictar decretos supremos y resoluciones supremas, está contenida en el mismo art. 118 de la Constitución, pero específicamente en su inciso 8, y lo está, en los siguientes términos:

#### Constitución Política del Estado

**Art. 118.-** (inciso 8) Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

### 2.3. Competencias jurídicas del Poder Judicial

En realidad la competencia jurídica del Poder Judicial en el Perú, es una sola y de carácter general, cual es la de administrar justicia y que hace algún tiempo, se ha tratado de perfeccionar el término. En vez reemplazar el término “administrar”, se viene empleando el término “distribución de justicia”. Esta competencia está contenida en el art. 138º de la Constitución, con el siguiente texto:

#### Constitución Política del Estado

**Art. 138.-** La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

Y en la segunda parte de este artículo, se da cabida por primera vez en el Perú, al sistema difuso de jurisdicción constitucional, en los siguientes términos:

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Lo que mas bien los constituyentes de la carta vigente, a semejanza de la Constitución de 1979, tuvieron el cuidado de señalar los límites de esa competencia y en el art. 39º consignaron junto a los derechos de la función jurisdiccional, consignar los principios que debe servirle como sustento. Nos permitimos puntualizar resumidamente, los derechos de la función jurisdiccional (que no vienen a ser sino límites):

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. <sup>3</sup>
2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria a la ley.
5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas sus instancias.
6. La pluralidad de instancias.
7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales y por las detenciones arbitrarias.

---

<sup>3</sup> La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional es la regla, pero por excepción hay otras jurisdicciones: la privativa militar y la arbitral ( inc.1.segunda parte, del art.139),Jurisdicción Constitucional, que es especial y extraordinaria. Una mini jurisdicción, la electoral (art. 178 inc. 4) y la jurisdicción campesina ( art.149 ).

### 3. Poder constituido (II): órganos descentralizados

#### 3.1. Competencia de los Gobiernos Regionales

El marco de las competencias de los gobiernos regionales, es la autonomía política y administrativa de las regiones.

Sus competencias de carácter general, se infieren del art. 197 de la Constitución, y son las siguientes:

1. La coordinación y ejecución de los planes y programas socioeconómicos.
2. La gestión de actividades y servicios inherentes al Estado conforme a ley.
3. Apoyar a los gobiernos locales, sin sustituirlos en sus acciones ni sus competencias.

#### 3.2. Competencias de los Gobiernos Municipales

Ellas están señaladas en forma expresa en el art. 192º de la Constitución, en los siguientes términos:

##### Constitución Política del Estado

**Art. 192.-** Las municipalidades tienen competencia para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
2. Administrar sus bienes y rentas.
3. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales.
4. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.
5. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones y ejecutar los planes y programas correspondientes.
6. Participar en la gestión de las actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley, y
7. Lo demás que determine la ley.

Competencia especial de tipo legislativo. Es importante señalar que los municipios provinciales, tienen una facultad legislativa, la cual consiste en dar normas con el nivel de norma legal, denominadas ordenanzas municipales, en su materia y para su circunscripción.

Por cierto que en la Constitución no están señaladas en forma directa sino implícitamente, cuando el art. 32º, inciso 3ro señala que las ordenanzas municipales pueden ser sometidas a referéndum.

## 4. Órganos constitucionales

### 4.1. *Competencias Jurídicas del Tribunal Constitucional*

Aun que el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional y, como hemos anotado anteriormente, su labor es la de una jurisdicción especial, no forma parte de los órganos centrales, sino que mantiene su independencia respecto a los órganos centrales y a los descentralizados. Sus competencias están señaladas en el art. 202º de la Constitución:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

### 4.2. *Competencias Jurídicas del Consejo de la Magistratura*

Las competencias de este organismo y que en el art.154 de la Constitución, están denominadas como funciones, son las siguientes:

1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren del voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.
2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias.
3. Aplicar sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable.
4. Extender a los jueces y fiscales el título que los acredite.

Nuestros comentarios respecto a este organismo. La importancia y las debilidades que puede tener este organismo, (independientemente del escándalo suscitado en el mes de febrero del año en curso en que escribimos estas líneas, 2010), demuestra que el Poder Judicial, al cual controla, no solo es un poder muy débil, sino que siempre ha sido un Poder sin poder. Pues hasta mediados del siglo xx, básicamente dependía del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

Si solamente se hace recuerdo de lo establecía la Constitución de 1933, una de las de más larga duración, que disponía que los Vocales y Fiscales Supremos eran nombrados por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo (art. 222<sup>o</sup>). Los Vocales y Fiscales Superiores, eran nombrados por el Poder Ejecutivo, a propuesta en terna doble por la Corte Suprema y los Jueces y Agentes Fiscales de primera instancia, a propuesta en terna doble de la respectiva Corte Superior.

Durante los gobiernos militares de Velasco Alvarado y Morales Bermúdez se dio inicio al funcionamiento de un organismo especial, que tenía que ver con la designación de los miembros del Poder Judicial, se denominó Consejo Nacional de Justicia Y, a partir de 1980, con la Constitución de 1979, dígase de paso, la más democrática, se estableció y funcionó el Consejo Nacional de la Magistratura, el cual hacía la propuesta de los magistrados y el Presidente de la República daba la formalidad del nombramiento.

La diferencia del actual Consejo Nacional de Magistratura (CNM) considerado en la Constitución vigente de 1993 no solo se diferencia de la de 1979 en su composición, sino en su mayor autonomía, ya que el actual directamente nombra a los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público. El CNM de la Constitución de 1979 estaba compuesto por siete miembros y elegidos cada tres años. Lo componían el Fiscal de la Nación que lo presidía. Dos representantes de la Corte Suprema. Un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú. Un representante del Colegio de Abogados de Lima. Y dos representantes de las Facultades de Derecho de la República.

El actual CNM tiene como miembros: uno elegido por a Corte Suprema, uno por la Junta de Fiscales Supremos, uno por los miembros de los Colegios de Abogados del país, dos miembros elegidos por los demás Colegios Profesionales del país, uno elegido por los rectores de las universidades nacionales y uno elegido por los rectores de las universidades privadas. Este buen propósito de dar participación a sectores significativos de la sociedad civil, ha traído un inconveniente, cual es el de que el CNM, que requiere preferentemente la participación hombres de Derecho, resulte integrado por profesionales muy distantes de tareas jurídicas. Esto se ha puesto de manifiesto en una criticada selección de Vocales y Fiscales para el nivel supremo, recurriendo a especialistas para que tomen el examen. Que el referido examen ha sido objeto de varias objeciones, por lo que ha tenido que anularse.

Sobre la reforma que debe sufrir el CNM, se viene opinando, que este organismo debe estar integrado cuando menos por cinco abogados, pudiendo dos ser de otras profesiones, por lo que con convendría que los rectores elijan a profesionales de Derecho y no un agrónomo, como ha sucedido recientemente.

Nuestro ultimo comentario es el siguiente: Un CNM anterior sin respetar la Constitución, expedía sus resoluciones de no ratificación de jueces o fiscales, sin sentirse obligados a motivar sus resoluciones o de destituir a otros jueces y fiscales sin haberles dado la oportunidad de defensa. Por ello, el Código Procesal Constitucional, en forma expresa, en su art. 5º, inciso 7, puntualiza que, no proceden acciones de amparo contra resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones, hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado.

#### *4.3. Competencias Jurídicas del Ministerio Público*

De conformidad con el art. 159º de la Constitución, al Ministerio Público le corresponde las siguientes competencias:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Como podrá apreciarse, las competencias del Ministerio Público son claras. Pero debemos resaltar, la última, sobre iniciativa en la formación de las leyes. Esta corresponde al máximo nivel de este organismo, es decir a la Fiscalía de la Nación. Y en cuanto a la competencia cuarta, sobre la investigación del delito, corresponde a un nivel inferior, como es el de los fiscales provinciales, que ahora se ha visto aumentado y de mayor participación, con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal.

#### *4.4. Competencias Jurídicas de la Defensoría del Pueblo*

Antes de puntualizar las competencias de este organismo, que está representada por una sola persona, el Defensor del Pueblo, debemos señalar que el origen de esta institución, la Defensoría del Pueblo, se produjo en

Suecia, con el nombre de obudsmán y que ha sido adoptado por un buen número de países, dentro de ellos el nuestro.

Este organismo que es elegido y removido por el Congreso por un período de cinco años, es autónomo. Es un organismo gestor, no tiene facultades jurisdiccionales ni ejecutivas y por eso ha dado en llamársele la jurisdicción de la persuasión.

Sus competencias se infieren del art. 162º de la Constitución, y por supuesto se reiteran en su ley orgánica. Ellas son las siguientes:

1. Defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.
2. Supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.
3. Presentar informe al Congreso una vez al año y cada vez que éste lo solicita.
4. Tiene iniciativa en la formación de las leyes.
5. Puede proponer medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones.

#### *4.5. Competencias Jurídicas del Sistema Electoral*

Anteriormente se denominaba únicamente Jurado Nacional de Elecciones, pero a partir de la Constitución vigente, este Jurado conjuntamente con dos organismos de apoyo, como es la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), conforman el Sistema Electoral, que tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa (art. 176º).

El sistema tiene sus competencias, pero el texto constitucional ha preferido denominarle funciones, para distinguirlas de las competencias específicas, del órgano de dirección, como es el Jurado Nacional de Elecciones. Esas funciones son las siguientes: el planeamiento, la organización y ejecución de los procesos electorales o de referéndum y otras consultas populares. El mantenimiento y la custodia de un registro único de identificación de las personas; y el registro de los actos que modifican el estado civil.

El art. 178º de la Constitución en cambio puntualiza en forma específica las competencias del Jurado Nacional de Elecciones. Ellas son las siguientes:

1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales.

2. Mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas.
3. Velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral.
4. Administrar justicia en materia electoral.
5. Proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes.
6. Las demás que señala la ley.

A parte de las mencionadas competencias, el Jurado Nacional de Elecciones, tiene un derecho especial, como es la iniciativa en la formación de las leyes.

#### *4.6. Competencias Jurídicas de la Contraloría General de la República*

La Contraloría es un órgano constitucional. Es calificada como una entidad descentralizada de Derecho Público. El Sistema Nacional de Control tiene a la Contraloría como su órgano superior.

Su máximo representante es el Contralor General, que lo designa el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Cuando escribimos estas líneas y el Congreso actual va por su último año de ejercicio, se está proyectando modificar la Constitución, en el sentido que sea el Congreso el que lo designe directamente, sin necesidad de propuesta del Ejecutivo.

Creemos que se trata de evitar que lo escoja precisamente, el órgano central que está cargo de la hacienda pública y realiza y ejecuta los gastos del Estado. También es importante resaltar que es positivo de la norma, contenida en el art. 82º, en el sentido que el Contralor sea designado para un período de siete años, precisamente, para que en los dos años que supera una gestión gubernamental, tenga plena libertad de cumplir con independencia sus denuncias, si fueran necesarias, respecto a la gestión ya terminada.

Pero pasemos a puntualizar las competencias jurídicas específicas de la Contraloría:

1. Supervisar la legalidad la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado.
2. Supervisar la legalidad de las operaciones de la deuda pública.
3. Supervisar la legalidad de los actos de las sujetas a control.

Precisamente, la Cuenta General de la República, que envía el Ejecutivo al Congreso anualmente para su aprobación, lo hace acompañando el informe de auditoria de la Contraloría General.

### III. CONFLICTOS DE COMPETENCIAS Y EL PROCESO COMPETENCIAL

#### 1. Conflicto: concepto y alcances

Un concepto que puede ser aplicado a cualquier tipo de conflictos, lo esbozó hace buen tiempo Jorge Capella Riera en la siguiente forma: “El término conflicto significa un tipo de enfrenamiento de intereses en el que cada una de las partes trata de ganar. Significa un enfrentamiento entre cada parte involucrada (sea ésta, persona, familia, una clase social, un sindicato, un grupo político, un Estado) que desea ocupar una posición que se sabe incompatible con los intereses u objetivos de la otra parte”.<sup>4</sup>

De lo anteriormente transcrito, así como de lo expresado por diversos autores, se puede inferir que todo conflicto tiene tres elementos: cuando menos dos partes, intereses contrapuestos que cada parte trata de hacerlos prevalecer y el enfrentamiento entre ambas. Si este último no ocurre, no hay conflicto.

#### 2. Conflictos de competencias o de atribuciones

##### 2.1. Significación

Como hemos visto anteriormente, la parte orgánica de la Constitución contempla órganos centrales, órganos descentralizados y órganos constitucionales. Asimismo hemos desarrollado el sistema de competencias jurídicas que corresponde a cada uno de dichos órganos.

Nos corresponde señalar ahora por qué se produce conflictos entre dos órganos de cualquier tipo de los que hemos señalado. Lo que ha ocurrido anteriormente ha sido que el órgano estatal, con mayor peso político, invadía la competencia de otro órgano y no había solución. Ello ocurrió durante el gobierno de Fujimori, pues en algunos casos el Ejecutivo tomaba atribuciones que correspondía al Municipio de Lima. Y por más que los alcaldes respectivos señalaban sobre tal invasión, allí quedaba tal situación. Ahora, a semejanza de modelos europeos de sistema concentrado, el órgano invadido puede demandar tal hecho, ante el Tribunal Constitucional.

##### 2.2. Clases de Conflictos de Competencias

Para hacer una clasificación de estos conflictos se debe tener en cuenta los siguientes criterios:

---

<sup>(4)</sup> Capella Riera, Jorge : Ponencia presentada en el Seminario Taller “ El Joven y la Construcción de una Cultura de Paz”. Trujillo.1987.

### 2.2.1. *Con relación a los órganos*

**(a) Intraórganos.** El primer tipo o clase (intra órganos) se produce entre un órgano inferior y no superior dentro de un órgano general, tal caso que se daría entre una Uge y una Dirección Regional de Educación (ahora denominadas gerencias). Quien tendría que resolver es el órgano superior, como es el Ministerio de Educación. O el caso de dos órganos del mismo nivel, pero que también tienen un órgano superior; por ejemplo un conflicto entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Defensa. El órgano superior a ellos, es el Consejo de Ministros, vale decir el Poder Ejecutivo.

Los conflictos intraórganos no pueden ser demandados ante el Tribunal Constitucional.

**(b) Extraórganos.** Tratándose del segundo tipo o clase, se refiere al conflicto que se produce entre dos órganos, que están establecidos en la parte orgánica de la Constitución. Por ejemplo, entre dos órganos centrales (Legislativo y Ejecutivo o Ejecutivo y Poder Judicial). Entre un central y uno descentralizado (el Ejecutivo y una Región o un Municipio), entre dos órganos regionales o dos órganos municipales o entre un órgano central y un órgano constitucional (por ejemplo entre el Ejecutivo y el Ministerio Público).

### 2.2.2. *Con relación a la actitud de los protagonistas*

Pueden ocurrir dos clases de conflictos:

**(a) Por invasión de competencias.** El conflicto se suscita, por la actitud de un órgano que invade la competencia de otro órgano.

Por ejemplo que el Poder Ejecutivo invada la competencia de un Municipio. En este caso, este último reclama y enfrenta la situación, recurriendo incluso al Tribunal Constitucional, para que se le restablezca su competencia.

**(b) Por evasión de competencias.** En este caso el conflicto no se produce entre dos órganos, sino entre un tercero interesado (persona natural o persona jurídica), que recurre a un órgano, que lo considera competente para resolverle una petición, usando de su competencia, y tal órgano elude o rehuye, atribuyéndole tal la facultad a otro órgano.

Este tipo de conflicto, denominado también por elusión o por rehuir, se podría dar por ejemplo, en el caso que una persona interesada recurre a un municipio, para que le autorice la instalación de una línea o agencia de transportes, dentro de la ciudad o la provincia. Y el Municipio, le conteste que no es su competencia sino del Gobierno Regional y luego cuando va a la Región, ésta le conteste que no es de su competencia sino del Ministerio de Transportes.

### 2.2.3. *Con relación al nivel de las atribuciones o competencias implicadas*

Se pueden presentar dos tipos de conflictos: a. por competencias señaladas en la Constitución y b. por competencias señaladas en las leyes orgánicas.

En principio y en términos generales, como ya lo hemos señalado anteriormente, las competencias de los órganos del Estado están consignadas en la Constitución. Pero a su vez cada sector del Estado (órganos centrales, descentralizados y órganos constitucionales) tienen sus respectivas leyes orgánicas. Si bien es cierto en dichas leyes se reproducen o repiten las competencias señaladas en la Constitución, puede darse la situación en que en su ley orgánica se señale competencias más específicas. Estas podrían ser invadidas por otro órgano y motivar un conflicto.

## 3. El Proceso Competencial

### 3.1. *Problemática y alcances*

Aunque los procesos que se siguen, sobre conflictos de competencia hacen control directo sobre conductas de los órganos del Estado, indirectamente hacen control de normas que fijan las competencias. El control no es contra ellas, sino por el contrario, para que sean respetadas.

Como lo hemos dicho anteriormente, todo conflicto implica el enfrentamiento cuando menos entre dos partes con intereses contrapuestos, cada uno de los cuales trata de hacer prevalecer los suyos y triunfar en tal propósito.

### 3.2. *Legitimación y Representación*

El artículo 109 del Código Procesal Constitucional, puntualiza lo siguiente : el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre la competencia o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales y municipales que se opongan:

- Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;
- A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre si;
- A los poderes del Estado entre si o con cualquiera de los órganos constitucionales o de éstos entre si.

Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno.

### *3.3. Pretensión o Materia de la Controversia*

El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el art. 109 del Código Procesal Constitucional (C.P.Co.) adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.

Si el conflicto versase sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad (art.110º del C.P.Co.).

### *3.4. Medida Cautelar*

El Tribunal puede suspender la disposición, resolución o acto objeto del conflicto a solicitud del demandante.

Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.

### *3.5. Procedimiento*

El Código Procesal Constitucional establece que, el procedimiento que se sigue sobre Conflicto de Competencias, sigue las mismas etapas que se sigue para en una Proceso de la Acción de Inconstitucionalidad: (demanda, auto admisorio (término de 10 días), contestación de la demanda (término de 30 días), vista de la causa (término de 10 días), y sentencia (término de 30 días).

Sin embargo teniendo en consideración, que la prolongación de un conflicto de competencia, puede tener repercusiones políticas o sociales, se hace una excepción en cuando a la duración de todo el procedimiento. En efecto, después de haberse admitido la demanda, el procedimiento no debe durar más de sesenta días. En este caso el Tribunal, deberá reducir el término de la vista de la causa o expedir la sentencia antes de los treinta días.

También establece el Código que durante el procedimiento, “el Tribunal puede solicitar a las partes las informaciones, aclaraciones o precisiones que juzgue necesarias para su decisión”.

### *3.6. Efectos de la Sentencia*

El artículo 113 del Código, prescribe que “la sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias

o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos.”

“Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencia o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o ente estatal de que trate debe ejercerlas”.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

Nuestra pretensión mas que de diseñar, extraer de nuestro ordenamiento constitucional, un Sistema de competencias Jurídicas en el Perú, es el de analizar la estructura del Estado, particularmente en lo que se refiere a las funciones de los órganos y entes estatales y su cumplimiento y aplicación de las mismas, en beneficio del elemento fundamental y humano del Estado, cual es el de la población o sociedad peruana.

Independientemente de las contradicciones y luchas políticas, de partidos, de grupos de interés, grupos de presión y de grupos y fracciones de poder, que hacen de nuestra democracia, una forma de gobierno muy frágil; cuando menos si se cuenta desde el punto de vista jurídico, con una forma de Estado, como es el Estado Constitucional de Derecho, (que no se contradice con la alcanzada forma de Estado Social y Democrático de Derecho), hay la posibilidad de exigirle al Estado, mayor justicia social, mayor respeto a los derechos fundamentales y a las libertades ciudadanas.

#### BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1964.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Sistema Constitucional Español*. Editorial Dickinson, Madrid, 1992.

FERRERO REBAGLIATI, Raúl. *Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Studium, Lima, 1975.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Las Constituciones en el Perú*. Fondo Editorial, Universidad de San Martín de Porres, Tomo I y II, Lima, 2006.

MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Introducción a la Ciencia Jurídica*. Cultural Cuzco S. A., Lima, 1997.

ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Procesos Constitucionales y Jurisdicción*. Editorial Rodhas, décima edición, Lima, 2008.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín. "La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano" en *Revista Peruana de Derecho Público*, No. 6, Lima, 2003.

# LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Roberto Oliva de la Cotera \*

**SUMARIO:** I. Nociones generales. II. Internacionalización de principio de irretroactividad de las leyes. III. Determinación y excepciones al principio de irretroactividad de las leyes. 1. Irretroactividad en materia de orden público. 2. Irretroactividad en materia penal 3. Teoría de los derechos adquiridos y teorías complementarias. IV. La irretroactividad del acto administrativo.

## I. NOCIONES GENERALES

El Estado salvadoreño, se encuentra organizado para la consecución de la justicia, *de la seguridad jurídica* y del bien común. Así lo dispone y arregla el Art. 1 de nuestra Ley de Leyes.

En la obra *El Derecho y la constitución*, volumen II (Editorial Juricentro, Costa Rica, 1993, página 627), el Constitucionalista costarricense Rubén Hernández Valle, expone lo que a su criterio constituye la seguridad jurídica

---

<sup>(\*)</sup>Licenciado en Derecho por la Universidad Doctor "José Matías Delgado". Posee estudios de especialización y Post-Grado en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad de Salamanca, España, y ha realizado estudios de Doctorado en la misma Universidad Española. Actualmente es Docente de la Universidad Doctor "José Matías Delgado" y de la Universidad "Francisco Gavidia" en las Cátedras de Derecho Administrativo y Solución Alterna de Conflictos. Como miembro de la Firma "Oliva & Oliva" es Abogado Consultor y litigante en Procesos Contenciosos Administrativos y Constitucionales así como en Arbitrajes en materia de Contratación Pública.

en la forma siguiente: “Uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento constitucional democrático, es la seguridad jurídica, pues es necesario que los ciudadanos sepan, en todo momento, a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y con los demás particulares.

El principio de seguridad jurídica, en consecuencia, debe entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes.

La seguridad jurídica se asiente sobre el concepto de predecibilidad, es decir, que cada uno sepa de antemano las consecuencias jurídicas de sus propios comportamientos. Como dicen los ingleses, “legal security means protection of confidence”. (Marshall)

Ahora bien, dentro del catálogo de las garantías de seguridad jurídica ocupa lugar preferente la irretroactividad de las leyes.

La irretroactividad de las leyes que se inspira y fundamenta en el seguridad jurídica, se considera uno de los fines que persigue el Estado Salvadoreño (Art. 1 de la Constitución), su importancia y trascendencia ha sido tal que Tratadistas como don Ignacio Burgoa la estudian dentro del capítulo de las Garantías de Seguridad Jurídica.

La garantía de irretroactividad de las leyes, establecida en el Art. 21 de la Constitución que nos rige y gobierna, fue concebida y expresada en los términos siguientes: “Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente”.

El precepto constitucional que reconoce y consagra la irretroactividad normativa, se ubica dentro de los derechos individuales y en consecuencia vincula a los tres órganos fundamentales de Gobierno.

Se dice que una ley o un acto será retroactivo cuando este vuelva sobre el pasado para estimar las condiciones de la validez de un acto jurídico, destruyendo o alterando sus efectos jurídicos iniciales. En sentido inverso la irretroactividad consiste en que las normas deben surtir efectos hacia el futuro, no siendo aplicables a los hechos, actos o situaciones que hayan tenido lugar antes de su emanación, excepto en casos de excepción. En este sentido toda ley debe regir para el futuro y no hacia el pasado.

## **II. INTERNACIONALIZACIÓN DE PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES**

La regulación del principio de irretroactividad de las leyes no ha sido exclusivo del ordenamiento interno, sino también de declaraciones interna-

cionales como en la Declaración Universal de los Derechos Hombre (1948), suscrita por El Salvador donde se establece en el Art. 11,2 que: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

De la misma manera lo expresan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José en sus Art. 15,1 y 9 respectivamente.

Finalmente, en el orden internacional, la irretroactividad de los tratados está prevista, como regla general, en el art. 28 de la Convención de Viena. Donde se establece que "las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo".

### III. DETERMINACIÓN Y EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

Hemos dicho que la irretroactividad de la ley es la regla general, la retroactividad es la excepción, no obstante resulta preciso esclarecer cuando puede ser posible que la ley posea efectos retroactivos.

En este orden de ideas, este principio, en su manifestación más absoluta, ha sido objeto de importantes limitaciones como consecuencia del incremento operado en las actividades estatales y en desmedro de la libertad individual.

Así, la irretroactividad absoluta fue sustituida por el principio de la irretroactividad relativa, conforme a la cual la irretroactividad es una regla general que puede ceder frente a la necesidad de salvaguardar el bien común. No se desconoce la irretroactividad, aunque se le imponen importantes excepciones cuya intensidad nos hará conocer el valor que le asigna a la libertad individual la idea política dominante en la sociedad.

#### 1. Irretroactividad en materia de orden público

El conflicto de las Leyes en el tiempo continua y reiteradamente ha preocupado y provocado la reflexión del Legislador Constituyente, al grado que en el "Informe Único" que rindió la *Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución*, el veintidós de julio de mil novecientos ochenta y

tres, dedicó un Apartado Especial a la temática con el título de “El Efecto Retroactivo de las Leyes”. En él se comenta la agregación de un inciso más a la regulación tradicional justificada en los términos siguientes: “Ha sido, sin embargo, práctica de nuestras legislaturas el de dar efecto retroactivo a la ley calificando expresamente de orden público la materia de que se trata, a manera de justificar la retroactividad y de impedir o estorbar cualquier demanda de inconstitucionalidad.

Por esta razón se ha adicionado un inciso en el sentido de que estas declaraciones contenidas en la ley secundaria sobre la calificación de la materia no son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia, que tendrá siempre la facultad para declarar si determinada materia es o no de orden público al resolver cualquier demanda sobre la inconstitucionalidad de la ley”.

La Carta Magna, en su Art. 21, consagra la regla de la irretroactividad normativa atemperando su rigor mediante la posibilidad de retrotraer sus efectos al pasado en materia de orden público. Sobre el particular la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de *Amparo 17-C-90* ha reconocido “*Principio de irretroactividad: Relación con orden público. Importa resaltar, con base en lo expuesto, que el carácter de orden público de una ley no le concede a ésta, ipso jure, efecto retroactivo; aunque sea creencia generalizada lo contrario. Al respecto, en sentencia pronunciada el día dos de octubre de mil novecientos ochenta y siete, en un proceso de amparo, esta Sala de lo Constitucional manifestó: “El carácter retroactivo que puede darse a una ley de orden público debe estar consignado expresamente en la misma, de una manera general o con referencia a situaciones especiales que ella regula. Ello es rigurosamente así dado que la nueva ley ha de aplicarse al regular situaciones jurídicas o facultades nacidas o que ha emergido bajo la vigencia de la ley que está llamada a ser reemplazada, afectando verdaderos derechos adquiridos; luego su aplicación retroactiva debe consignarse de manera adrede, es decir, expresamente. Debemos además entender que por el sólo carácter de orden público de una ley, manifestado o no en ella, no debe aplicarse retroactivamente, pues implicaría un exceso a la permisión constitucional, y crearía mayor inseguridad jurídica en perjuicio del orden público que se invoca”.*

Por otra parte debe señalarse que una Ley puede tener carácter retroactivo cuando en su texto se establezca expresa o tácitamente esta circunstancia y se trate de una Ley de orden público. En el informe único citado las ideas expuestas se recogen en los términos siguientes: “En el primero de los casos en que se admite la retroactividad se requiere que la ley misma establezca expresa o tácitamente la retroactividad y además que se trata objetivamente de una materia de orden público”.

Debe tenerse en cuenta también que el precepto constitucional que reconoce y consagra la irretroactividad normativa, se ubica dentro de los derechos individuales y en consecuencia vincula a los tres órganos fundamentales de Gobierno. La Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional impulsa y consagra estas ideas en la antes citada Sentencia de Amparo en la forma siguiente: “*Principio de irretroactividad*: Vincula actuaciones de autoridades. Si en los países donde el principio de irretroactividad de la ley no goza de jerarquía constitucional ni está ideado como garantía jurisdiccional, se considera que es regla obligatoria para autoridades administrativas y judiciales; con mayor razón en nuestro país, tal principio es de inexorable seguimiento para los Órganos Ejecutivo y Judicial, y de cuya observancia no puede dispensarle sino el legislador mismo. De otro modo, la acción del funcionario administrativo o judicial iría más lejos que la del legislador, provocando la entera subversión del orden jurídico, pues la labor de aquéllos está limitada por el ámbito que les fija el legislador. En consecuencia, si el legislador no ha concedido efecto retroactivo a una ley, menos pueden hacerlo los funcionarios del Órgano Ejecutivo o del Órgano Judicial”.

Por regla general, en las disposiciones finales de la ley, se encuentran referencias al interregno entre la Legislación que se deroga y la que entrará en vigencia. Así mismo se declara o no que las disposiciones de la ley son de orden público y se le brinda consecuencias retroactivas.

Debe concluirse que de no existir estas circunstancias, el Legislador dispuso obvia y manifiestamente que obligara hacia el futuro y no entrara a regir hacia el pasado. En definitiva que regula exclusivamente los derechos y deberes jurídicos de Actos y Contratos perfeccionados desde el día de su vigencia, no afectando situaciones o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la Leyes viejas.

## **2. Irretroactividad en materia penal**

La otra excepción que señala nuestra Constitución en el Art. 21 al principio de la irretroactividad es en “materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente”.

La irretroactividad en materia penal consiste en seguir aplicando bajo la vigencia de una nueva ley, la ley anterior dando lugar a la ultra-actividad de ésta; en cambio en la retroactividad se aplica una ley cuya vigencia es posterior al delito cometido.

Nuestra Constitución reconoce no únicamente la retroactividad de la nueva ley más favorable al delincuente, sino que también la ultra-actividad de la ley anterior más benigna, reafirmando el principio general de la irretroactividad de la ley contenido en el Art. 21, interpretado en el sentido de

que dicho principio se refiere a la inaplicabilidad de una ley más gravosa, posterior a la comisión del delito.

### 3. Teoría de los derechos adquiridos y teorías complementarias

En su conocida obra *Introducción al estudio del Derecho*, el Tratadista Mexicano Don Eduardo García Máynez, describe lo que debe entenderse por retroactividad normativa, en la forma siguiente: “Excepciones al principio de la irretroactividad de la ley. Dijimos antes que en materia de retroactividad hay dos problemas fundamentales. El primero estriba en establecer cuándo la aplicación de una ley es retroactiva; el segundo, en determinar cuándo puede una ley aplicarse retroactivamente. La primera cuestión ha quedado ya resuelta. Una ley es retroactivamente aplicada cuando suprime o modifica las consecuencias jurídicas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la anterior”.

El tema lo aborda don Luis Claro Solar, en su célebre obra *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, volumen I, (Página 63), en los términos siguientes: “Pero ¿cuándo se dirá que la ley se aplica retroactivamente? Una ley puede tener efecto retroactivo no sólo cuando se impone exclusivamente sobre las consecuencias de los actos jurídicos posteriores, sino también cuando somete a su imperio el tiempo transcurrido entre los hechos jurídicos y la nueva ley. Así, si en un país en que la tasa del interés es ilimitada, se hace un préstamo al diez por ciento y tres años más tarde se dicta una ley que prohíbe los intereses superiores al seis por ciento, el primer grado de la retroactividad tendrá por efecto que el cuatro por ciento excedente de la tasa legal no podría ser reclamado a partir de la nueva ley; pero el cuatro por ciento devengado durante los tres años anteriores a la ley prohibitiva, sería adquirido y podría ser reclamado por el acreedor. El segundo grado de retroactividad tendría por efecto que el cuatro por ciento de exceso al interés legal no podría ser exigido, ni en el porvenir, ni por lo que respecta a los tres años anteriores”.

Para dilucidar y resolver las cuestiones relativas a los conflictos de la ley en el tiempo, surgió la teoría de los derechos adquiridos.

La determinación de cuándo una norma jurídica posee carácter retroactivo ha sido una verdadera pesadilla jurídica, para los Legisladores, Jueces y los expositores del Derecho. Pero aunque se encuentre sujeta a críticas, especialmente en el campo del Derecho Público, la doctrina de los derechos adquiridos continúa aplicándose por su facilidad de resolver los problemas de índole mercantil y civil. No existe hasta la fecha otro criterio más certero y eficiente con que manejar con la debida precisión los fenómenos jurídicos, que se presentan al operador de la ley.

En relación particular al tema, Alejandro Dagoberto Marroquín, en su conocido opúsculo “Sobre la Retroactividad de las Leyes”, ha manifestado

que: “La teoría de los “derechos adquiridos” propuesta por primera vez por Blondeau en 1809, es una de las paradojas más notables en la historia de la Ciencia Jurídica. A pesar de que tal teoría “es insuficiente y mal fundada”, según el dicho de los señores Colin y Capitant (5), ha tenido un éxito resonante, siendo aceptada por la jurisprudencia de los más diversos países así como por autores de mucha fama y prestigio. La teoría de los derechos adquiridos se convirtió, por decirlo así en una escuela clásica de indiscutible aceptación”.

La teoría de Blondeau parte de la diferenciación entre derechos adquiridos, facultades y expectativas jurídicas. Una nítida distinción entre ambos conceptos se encuentra en Gabba, citado por Alessandri Somarriva en la obra *Curso de Derecho Civil, parte general*, (Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 19971, página 184) en la forma siguiente: “Se entiende por *derechos adquiridos*, según la más precisa definición de Gabba, todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que otra ley rige (27).

Los derechos adquiridos entran al patrimonio por un hecho o acto del hombre (por ejemplo, el derecho de crédito que nace en virtud de un contrato) o directamente por ministerio de la ley, aquéllos que se obtienen “*ipso jure*”.

Las *facultades legales* constituyen el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos, como, por ejemplo, la capacidad de obrar, la facultad de testar.

Las *simples expectativas* son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aún no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley; por ejemplo, la expectativa a la sucesión del patrimonio de una persona viva (28)”.

Sobre este punto de los derechos adquiridos don Eduardo García Máynez, en la obra citada, (página 390), apunta: “La tesis gira alrededor de tres conceptos fundamentales, a saber: el de *derecho adquirido*, el de *facultad* y el de *expectativa*. “Derechos adquiridos son aquellos que han entrado en nuestro dominio y, en consecuencia, forman parte de él y no pueden sernos arrebatados por aquel de quien lo tenemos.” Como ejemplo de derechos adquiridos cita Merlín el caso de los derivados de la celebración de un contrato. Algunas veces, la ley no crea derechos en nuestro favor, sino que nos concede determinadas facultades legales, que sólo se transforman en derechos adquiridos al ser ejercitadas. “Con las facultades otorgadas por la ley sucede lo propio que con las concedidas por los individuos.

Mientras no asumen la forma de derechos contractuales, son siempre y esencialmente revocables.”.

La Doctrina de los derechos adquiridos discurre con el criterio de que habrá retroactividad cuando la nueva ley afecte tales derechos, pero no cuando comprometa las facultades legales y las expectativas.

Debe esclarecerse, en el caso que nos ocupa, cuando nacen y se consolidan derechos adquiridos en materia contractual, superando las facultades legales y las expectativas.

El fenómeno jurídico de la contratación tiene estirpe constitucional; su reconocimiento se ubica en el Art. 23 de la Carta Magna. Tal es y ha sido su importancia y trascendencia en la vida jurídica y economía de los países que reconocen la libertad económica.

Siguiendo este orden de ideas, se tiene que las fuentes de las obligaciones y en consecuencia de los derechos personales o créditos, según la tradición iniciada por Pothier en su *Tratado de las Obligaciones*, y recogida en el Art. 1308 del Código Civil son: *el Contrato* (La principal fuente), *Delito*, *Cuasicontrato*, *Cuasidelito* y *la Ley*. El Contrato lo define el Art. 1309 del Código Civil como “una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. En otro giro, el Contrato no es más que un acuerdo de voluntades que produce obligaciones, resultando también necesariamente derechos personales que ingresan al patrimonio del acreedor, una vez perfeccionado el Contrato.

Las obligaciones y derechos personales emergen de pleno derecho una vez perfeccionado el Contrato, una vez concurren los requisitos que le dan su ser o existencia. En palabras del Código Civil aquellas cosas que son de la esencia del Contrato.

Bien sabemos que los Contratos se perfeccionan por el acuerdo de voluntades, lo cual es la regla general. No obstante ello existen contratos en que la ley requiere además del acuerdo de voluntades otros requisitos adicionales, por ejemplo, la entrega de la cosa en los contratos reales, y la observancia de ciertas formalidades especiales, en los contratos solemnes (compra venta de inmuebles).

Pero siempre y en todo caso una vez perfeccionado el contrato nacen de pleno derecho los derechos personales y las obligaciones.

Los derechos de crédito o derechos personales son aquellos, de acuerdo a nuestro Código Civil, Art. 567, que sólo pueden reclamarse a ciertas personas que por un hecho suyo o por disposición de la ley, están sujetos a obligaciones correlativas.

Se observa por simple inspección que los derechos personales y las obligaciones son las dos caras de una misma moneda. Todos los derechos

personales o créditos, como lo refiere Alessandri en la obra citada, suponen una obligación de la otra parte de la relación contractual. Si una persona puede exigir algo es porque otra se encuentra en la necesidad jurídica de realizar una prestación, en definitiva de dar, hacer o no hacer una cosa. .

A pesar de lo expuesto las partes pueden introducir modalidades a las obligaciones las que incluyen el plazo suspensivo definido por el Código Civil en el Art. 1365, en los términos siguientes: "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación.". En el plazo suspensivo la obligación y el derecho personal nacieron a la vida del derecho lo que se difiere es el día o época en que debe ser cumplida. El derecho personal que corresponde al acreedor, sin ningún género de dudas, debe estimarse ingresó al patrimonio respectivo un derecho adquirido, que sólo puede alterarse o extinguirse mediante una ley de orden público con efectos retroactivos.

El plazo suspensivo, sostiene don Luis Claro Solar en la obra citada, Tomo X, *De las Obligaciones*, página 270, "Desde que el plazo es una época posterior al contrato, que sólo se fija para el cumplimiento de la obligación, difiere de la condición en que no suspende la obligación misma como lo hace la condición, sino que retarda su cumplimiento. «El que ha prometido bajo condición, dice Pothier, no es deudor hasta la realización de la condición; hay solamente la esperanza de que podrá serlo: De lo que se sigue que, si, por error, pagara antes de la realización de la condición, podría repetir lo que hubiere pagado, como cosa no debida. Al contrario, el que debe a un cierto plazo que no está aún vencido, es verdaderamente deudor; y si paga antes del vencimiento del plazo, no podría repetir lo pagado, porque habría pagado lo que debía efectivamente; pero aunque sea deudor, no se puede, hasta el vencimiento del plazo, exigir de él lo que debe». Pothier, observa que algunas veces el verbo *deber, devoir*, se toma más estrictamente por lo que puede actualmente exigirse; y en este sentido se dice: *Quien tiene plazo, no debe, Qui a terme ne doit rien*.

El plazo suspende o retarda solamente la ejecución de la obligación que nace del contrato que las partes han celebrado; puede decirse que es extraño al contrato mismo y a sus efectos. No hay otra diferencia entre la obligación a plazo y la obligación sin plazo, que la primera no puede ser ejecutada inmediatamente, mientras que la segunda es exigible desde el momento en que el contrato se perfecciona; pero la exigibilidad de la deuda o la postergación de la ejecución, son extrañas a la esencia de la obligación; los efectos son, pues, idénticos".

Uno de los típicos casos con que la doctrina y expositores del Derecho, explican en sus diversas obras en relación a la irretroactividad en materia contractual es precisamente el relativo a los intereses. Don Luis Claro Solar

en su monumental obra ya relacionada afirma: “Una ley que limita el tipo de interés convencional del dinero, no puede afectar a las estipulaciones hechas bajo una ley que admitía la libertad de interés; ni una ley que admita la libertad de interés puede ser aplicada a las estipulaciones hechas bajo una ley que limitaba el tipo de interés.

Una ley romana ha decidido esta cuestión en sentido contrario. Justinianus, reduciendo los intereses a un tipo fijo, estableció que los contratos anteriores a la constitución serían regidos por la ley nueva. “Era una violación del derecho de propiedad, dice Laurent, que no se explica sino por las preocupaciones contra el préstamo a interés que dominaban al legislador cristiano. Le ley consagraba una verdadera expropiación por causa de religión. Este exceso de poder que se concibe bajo el régimen de un César, es felizmente imposible bajo un régimen de libertad”.

De lo relatado podemos concluir que: los intereses en su condición de obligaciones a plazo a cargo del deudor y derechos personales del acreedor son derechos adquiridos que ingresaron al patrimonio de este último, quien si bien no puede exigirlos al momento de la celebración del contrato de depósito o mutuo ya entraron a sus activos y ninguna ley puede afectarlos a no ser que sea de orden público y el Legislador le haya brindado efectos hacia atrás al pasado.

Es de subrayar que la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha acogido la teoría de los derechos adquiridos, en los últimos doce años, para establecerlo citamos la Sentencia de Amparo No. 17-C-90 que textualmente dice: “El carácter retroactivo que puede darse a una ley de orden público debe estar consignado expresamente en la misma, de una manera general o con referencia a situaciones especiales que ella regula. Ello es rigurosamente así dado que la nueva ley ha de aplicarse al regular situaciones jurídicas o facultades nacidas o que ha emergido bajo la vigencia de la ley que está llamada a ser reemplazada, afectando verdaderos derechos adquiridos”.

La ruta jurisprudencial a que aludidos continúa en la Sentencia del catorce de enero de mil novecientos setenta y siete dictada en el Proceso de Amparo 38-S-93, expuesta así: “2. *Sobre los derechos adquiridos*: ...si el derecho estaba ya individualmente adquirido antes de haberse puesto en vigencia la nueva ley, los preceptos de ésta no pueden tener ya autoridad para alterar tal derecho adquirido, por sí; por lo contrario, en el instante en que la nueva norma legal comenzó a regir y el derecho aún no había sido adquirido individualmente, pero esta *in fieri*, por nacer, no podrá ya adquirirlo el individuo sino con arreglo al precepto imperativo de la nueva ley”.

Después de la Escuela de los Derechos adquiridos se han sucedido diversas posiciones doctrinarias tendientes a resolver los conflictos de la ley en el tiempo. En este sentido Laurent elaboró la teoría de los derechos e

intereses a la que puede etiquetársele los mismos reparos e inconvenientes de la teoría de los derechos subjetivos expuesta por Jhering.

Por su lado Bonnencase expresa su pensamiento y lineamiento doctrinal de las situaciones objetivas, que no tuvo mayor resonancia y aceptación. Un sector preponderante y relevante del pensamiento jurídico preconiza la teoría de los hechos cumplidos (*Facta praeterita*), con diversas variantes. Sus ponentes pertenecen a la más calificada generación de juristas europeos, Planiol, Coviello, Ruggeiro, y sobre todo Paul Roubiere.

En las ideas de Roubiere nos detendremos. Fundamenta su teoría en la distinción del efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley. El efecto inmediato se genera desde el día de su vigencia hacia los días posteriores hasta su derogatoria, sin que influya sobre hechos anteriores. La ley sólo dispone hacia el porvenir (*Facta futura*).

La ley posee retroactividad, según las ideas de Roubiere, en dos situaciones: a) Cuando sus efectos se proyectan a hechos consumados bajo la vigencia de una ley anterior (*Facta preterita*); b) Cuando aplica su imperio a situaciones en curso, por lo que “toca a efectos realizados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley (*Facta pendientia*)”.

Con la claridad conceptual tan propia del Tratadista García Máynez, (Página 393), recogemos el siguiente párrafo: “El problema de la retroactividad plantea relativamente a las consecuencias jurídicas de un hecho realizado bajo el imperio de una ley, cuando, en el momento en que se inicia la vigencia de una nueva norma, tales consecuencias no han acabado de producirse. En tal hipótesis, Roubier distingue los efectos realizados antes de la iniciación de la vigencia de la segunda, de los que no se han realizado todavía al llegar esa fecha. El principio general establecido por el jurista francés se formula diciendo que la ley antigua debe aplicarse a los efectos realizados hasta la iniciación de la vigencia de la nueva, en tanto que ésta debe regir los posteriores. En algunas materias, sin embargo, el principio general deja de aceptarse. La antigua ley debe seguir aplicándose a las consecuencias jurídicas de un contrato celebrado bajo su imperio, aún cuando tales consecuencias estén en curso al entrar en vigor una nueva norma”.

Pero aún aceptando a plenitud las ideas de Roubier, éstas no son aplicables, según lo reconoce el propio autor a la materia contractual, por la circunstancia que las consecuencias jurídicas del Contrato se producen por la voluntad autónoma de las partes. En definitiva el Contrato constituye un acto de previsión.

Roubier explica y apoya la excepción en materia contractual en los siguientes términos: “Los contratantes, que vinculan a él sus intereses, saben qué pueden esperar del juego de las cláusulas expresas del acto, o incluso de la ley. Es evidente que la elección hecha por las partes sería inútil

si una nueva ley, modificando las disposiciones del régimen en vigor el día en que el contrato fue concluido, viniese a echar por tierra sus previsiones. Cuando dos personas se casan, cuando un sujeto adquiere un usufructo o una hipoteca, encontramos indudablemente como base de tales actos un hecho voluntario; pero los interesados saben que no hay más elección que la de seguir o no el régimen legal. Por el contrario, cuando dos personas celebran una venta o un contrato de arrendamiento, saben que pueden insertar determinadas cláusulas, condiciones o modalidades del acto, y si algo esperan de la ley, es solamente una protección complementaria, en relación con lo que hubieran dejado de prever o de enunciar”.

Por lo demás se constata que la retroactividad tiene un valladar infranqueable en materia contractual, según las ideas de Roubier.

Los conceptos y criterios predicados por don Eduardo García Máynez referentes a la problemática de los efectos de la ley con relación al tiempo, cuentan con el beneplácito y respaldo del más amplio sector de la doctrina jurídica latinoamericana.

La posición de García Máynez parte del análisis del precepto legal conformado por dos partes:

- a) El supuesto jurídico o hipótesis normativa, que serían los hechos de cuya realización dependen los efectos jurídicos previstos en la norma (El hecho que produce el efecto de derecho);
- b) Las consecuencias jurídicas derivadas de la realización de las hipótesis normativas.

De lo anterior se colige que la atribución de derechos y deberes jurídicos que de la Ley derivan, en relación a personas determinadas, parte necesariamente de la realización del supuesto normativo. Los efectos jurídicos que derivan de la consumación de la proposición normativa son una consecuencia necesaria y solamente una ley retroactiva puede alterarlos.

Concluye García Máynez su posición con los ilustrativos párrafos siguientes: “Al hablar de las nociones de supuesto jurídico y hecho jurídico vimos cómo las consecuencias de derecho que enuncia la disposición de un precepto legal sólo pueden imputarse a las personas a que el mismo precepto se refiere, cuando se ha realizado el supuesto jurídico. De aquí se sigue que las consecuencias de derecho (facultades o deberes) se producen en el momento mismo en que el supuesto condicionante se ha realizado. Esto quiere decir que las obligaciones y derechos subjetivos que la ley enlaza al cumplimiento de la hipótesis normativa, son consecuencia inmediata de la producción del hecho jurídico. En este sentido puede afirmarse que las consecuencias de derecho existen desde el momento de la realización del supuesto, aún cuando la *realización efectiva* de tales consecuencias dependa

de la producción de otros hechos jurídicos. Por ejemplo: tan pronto como el comprador y el vendedor se han puesto de acuerdo sobre la cosa y el precio, el contrato de compraventa se perfecciona y nacen determinados derechos y obligaciones a favor y a cargo de las partes. La circunstancia de que tales derechos y obligaciones sean respectivamente ejercitados y cumplidos inmediatamente o en fecha posterior, es independiente de la existencia de los mismos. De manera semejante, cuando el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho se hacen depender de la realización de otro hecho jurídico (la llegada de un término, por ejemplo), las consecuencias son anteriores a los hechos del cumplimiento y el ejercicio. Lo que ocurre es que la realización efectiva de aquéllas (cumplimiento de deberes o ejercicio de facultades) se encuentra diferida”.

#### IV. LA IRRETROACTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Como ha quedado establecido, uno de los postulados que informan al ordenamiento jurídico consistente en que los actos Estatales, por regla general, despliegan efectos de derecho hacia el futuro, salvo las excepciones legales permitidas y autorizadas en el texto de la Constitución como es la materia penal cuando la nueva norma favorezca al delincuente y en material de orden público.

Dentro de los principios que mantiene la jurisprudencia del Consejo de Estado francés desde el siglo pasado, afirma Juan Carlos Cassagne en su *Derecho Administrativo II* (Abeledo Perrot, VI Edición actualizada 2000), se halla lo referente a la regla de la irretroactividad del Acto Administrativo, considerada un principio general del Derecho que desempeña la función de tutelar la seguridad de las relaciones jurídicas. Tal principio es reconocido por la doctrina nacional (Argentina).

En este sentido se pronuncian don Miguel Marienhoff en su *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, página 386 y siguientes y Manuel María Díez en su obra el *Acto administrativo* página 493 y siguientes.

Por la misma corriente de pensamiento transita Ramón Parada en su *Derecho Administrativo*, I Parte General (Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, página 48) al afirmar que: “En cuanto a la proyección de la eficacia del acto sobre el tiempo pasado la regla general es la *irretroactividad*, principio sin excepción para los actos de gravamen o limitativos de derechos —lo que es congruente con el principio general de irretroactividad de los reglamentos administrativos, ya expuesto.

También el Tratadista don Eduardo García de Enterría, en su *Curso de Derecho Administrativo* (Editorial Civitas, Undécima Edición, Madrid,

España, 2002), asevera que por lo pronto, parece claro que el Principio de Legalidad y del de Seguridad Jurídica impiden retrotraer los efectos del acto, retroacción que supone reconocer a la administración un poder sobre el pasado que destruye la necesaria certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas establecidas.

En Centroamérica el mas eminente administrativista don Eduardo Ortiz Ortiz, en su obra *Tesis de Derecho Administrativo*, tomo II, prologado por don Eduardo García de Enterría afirma que: “El acto administrativo es irretroactivo, porque lo es la ley que lo regula y porque así lo exige el interés público tanto como la seguridad de los administrados”. Las órdenes encierran una conducta futura que el administrado debe observar, que supone lógicamente hechos no consumados y que se consumarán a partir del momento en que la orden sea comunicada.

Los actos administrativos pueden tener efecto retroactivo pero para ello resulta indispensable un texto legal expreso, que autorice su emisión con tales efectos. Naturalmente, *la Ley debe cumplir con las exigencias constitucionales relativas a que se inserte en su texto que la Ley es de orden público y que se podrá cumplir con efectos retroactivos*. Los intereses públicos promueve y resguarda la Estado no llegan hasta el grado de transgredir la seguridad jurídica y brindar a efectos retroactivos a sus actos, aún cuando la Ley que los autorice y legitima no pueda tenerlos.

# EL VICEPRESIDENTE EN LA ARGENTINA: SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL Y PROYECCIÓN POLÍTICA

Juan Paulo Gardinetti \*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Orígenes constitucionales. III. Funciones y encuadre constitucional. IV. Divergencias entre el presidente y el vicepresidente. V. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN

Pocas figuras constitucionales han levantado tanto debate como la del vicepresidente de la Nación. Las discusiones en torno a su verdadera naturaleza, su ubicación en la clásica tríada de los poderes gubernamentales, y su relación con la figura del presidente, han ocupado más de una vez a los autores del derecho político y constitucional. Nos proponemos en este breve trabajo relevar, analizar y criticar dichas opiniones, indagar acerca de los orígenes y finalidades de la institución, su incidencia en el devenir histórico de la Argentina y —en definitiva— efectuar un mínimo aporte al referido debate, en la inteligencia de estar situados frente a una posibilidad concreta de reflexión acerca de una de las instituciones fundamentales que integran el sistema republicano representativo.

---

<sup>(\*)</sup> Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Rca. Argentina.

## II. ORÍGENES CONSTITUCIONALES

Como es suficientemente conocido, la figura del vicepresidente fue tomada directamente de la Constitución de Filadelfia, habida cuenta de la total ausencia respecto de aquélla que registran los documentos constitucionales patrios de 1813 en adelante. Tampoco Alberdi había previsto la institución en sus *Bases* ni en el *Proyecto* que acompañaba esa obra.

Las razones expuestas por los constituyentes de 1787 aparecen explicadas por Alexander Hamilton en el número LXVIII de *El federalista*: “El hecho de que se nombre a una persona especial para el puesto de Vicepresidente ha sido objetado como superfluo, sino ya perjudicial. Se sostiene que hubiera sido preferible autorizar al Senado para que eligiera dentro de sí mismo un funcionario que ocupara ese cargo. Pero hay dos consideraciones que parecen justificar las ideas de la convención acerca del asunto. Una es que para asegurar en todo tiempo la posibilidad de una resolución definida en ese cuerpo, es necesario que el Presidente tenga únicamente voto de calidad (voto excepcional de desempate). Y sacar al senador de un Estado de su curul, para ponerlo en la del Presidente del Senado, sería cambiar respecto a ese Estado un voto fijo por un voto eventual. La consideración restante consiste en que como el Vicepresidente puede sustituir ocasionalmente al Presidente en la suprema magistratura ejecutiva, todas las razones que apoyan el modo de elección prescrito para el uno se aplican con gran fuerza a la manera de designar al otro”.<sup>1</sup>

Similares razones han sido explicitadas por Story en su *Comentario sobre la Constitución federal de los Estados Unidos*, como lo recuerda en su exhaustivo trabajo Dardo Pérez Guilhou.<sup>2</sup>

Resulta por demás obvio que esos mismos argumentos fueron los tenidos en cuenta por el constituyente argentino de 1853 para copiar dicha institución de la carta constitucional del país del Norte, con idénticas funciones. Sintetizando, éstos han aludido a la necesidad de garantizar el mantenimiento de la representación igualitaria de las provincias en el Senado, cuerpo que, tanto en los Estados Unidos como en la Argentina, es el resguardo por excelencia del sistema de federación establecido. Al otorgarse el voto sólo en caso de empate al vicepresidente de la Nación ninguna provincia vería menguada ni exorbitada su representación y peso en la corporación senatorial, lo que sí podría ocurrir si un senador de provincia fuera el encargado de efectuar el desempate.

---

<sup>(1)</sup> A. Hamilton-J. Madison-J. Jay, *El federalista*, traducción de Gustavo R. Velasco, segunda edición en español, segunda reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p.p. 290-291.

<sup>(2)</sup> Pérez Guilhou, Dardo, *La Vicepresidencia: su vacancia*, LL Tomo 97 p.p. 728-736; la cita de Story puede verse en la p.p. 732.

El otro motivo, de igual rango, estriba en la necesidad de tener establecido un mecanismo rápido y expedito de sucesión presidencial en caso de enfermedad, muerte, ausencia, renuncia o destitución del titular de la magistratura ejecutiva.<sup>3</sup> Si recordamos la gráfica imagen del vicepresidente Lyndon Johnson jurando en el mismo avión que transportaba los restos mortuorios del asesinado presidente John F. Kennedy, la idea es clara: no dejar ni un solo momento la función ejecutiva del Estado acéfala.

### III. FUNCIONES Y ENCUADRE CONSTITUCIONAL

Es clásica la afirmación de Bielsa de que: “Dos funciones tiene, pues, el Vicepresidente, pero no simultáneas, como se desprende, y ellas son de distinta naturaleza: la esencial es la eventual, o sea, la de sustituir al Presidente, y la secundaria es, sin embargo, la función permanente que es presidir el Senado”.<sup>4</sup> Ello fue refutado —correctamente a nuestro juicio— por Pérez Guilhou. El profesor mendocino expresó, en el trabajo citado anteriormente, publicado a raíz del debate suscitado en derredor de la necesidad o no de llamar a elecciones para cubrir el cargo dejado vacante por la renuncia del vicepresidente Alejandro Gómez en 1958, que: “En realidad las dos funciones son esenciales porque, constitucionalmente, hacen por igual a la naturaleza misma de la institución. En circunstancias normales, lejos de ser secundaria la función de presidir el Senado, es la más importante, como quiera que es la que asegura, con su ejercicio, el normal funcionamiento de la Alta Cámara que, en definitiva, integra el Congreso nacional, que es uno de los poderes del gobierno”.<sup>5</sup>

Podríamos decir, en este mismo orden de ideas, que estas dos funciones, que hacen por igual a la esencia de la institución del vicepresidente de la República, se presentan una, como *acto* (la presidencia del Senado federal), y la otra en *potencia* (la eventual sustitución del presidente).

Habida cuenta las importantes funciones reseñadas, no se llega a comprender la minusvalía de esta figura señalada por prestigiosa doctrina. Dentro de esta postura, cabe destacar la opinión de Luqui, para quien: “...desde ya se observa que el Vicepresidente no ejerce poder alguno dentro de nuestro sistema. De ahí que la Constitución no le asigne atribución de cuyo ejercicio pueda resultar función gubernativa, política o administrativa”.<sup>6</sup>

---

<sup>(3)</sup> Artículo 88 C. N.

<sup>(4)</sup> Bielsa, Rafael, *Derecho Constitucional*, pág. 501, citado en García Martínez, Roberto, *Las funciones del Vicepresidente de la República*, LL Tomo 1985-C, p.p. 897-905.

<sup>(5)</sup> Pérez Guilhou, ob. cit., p. 734.

<sup>(6)</sup> Luqui, Juan Carlos, *El Presidente y el Vicepresidente de la Nación*, LL Tomo 93 p.p. 776-784.

Tal vez, en esta opinión puedan encontrarse las huellas de las palabras de Sarmiento, quien apenas asumió la primera magistratura, en 1868, habría dicho que al vicepresidente Adolfo Alsina “sólo le dejaría tocar la campanilla del Senado”. Aunque ya adelantamos nuestra opinión, contraria a la tesis de considerar a la vicepresidencia como una institución menor, no resistimos la tentación de recordar las palabras, cargadas de refinada ironía, pronunciadas por Calvin Coolidge, vicepresidente de los Estados Unidos de 1923 a 1925, aludiendo a sus dos tareas principales: “escuchar los discursos de los senadores en su calidad de presidente del Senado y, desde luego, preocuparse por la salud del Presidente”.<sup>7</sup>

Ahora bien, delimitadas sus funciones, corresponde adentrarnos en el examen de su naturaleza y encuadramiento constitucional. Se advierte, desde ya, que el tema es complejo y las opiniones divergentes.

Un sector de la doctrina nacional, minoritario, ha entendido que la ubicación del vicepresidente está dentro del Poder Ejecutivo. En este orden de ideas, se han resaltado, como razones fundamentales, que la función principal del vicepresidente es sustituir al presidente, verificada que fuera alguna de las circunstancias previstas en el artículo 88 de la Carta Magna; asimismo, se destacó la identidad de los requisitos para acceder a dichas funciones y las incompatibilidades (artículos 89 y 92 C. N.).<sup>8</sup>

Otros autores, han sostenido en cambio, la pertenencia del vicepresidente a la órbita del Poder Legislativo. En tal sentido, han señalado como rasgo definitorio el hecho de ser el presidente del Senado, siendo ésta su función permanente y efectiva.<sup>9</sup> Cuenta en tal función, si se verifica el supuesto del artículo 57 de la Constitución, con un voto de desempate.<sup>10</sup>

Una tercera posición estaría dada por aquellos que analizan la situación del vicepresidente desde cada una de las funciones en particular, es decir, en cuanto sustituto del presidente de la Nación, y en cuanto presidente del Senado. La conclusión es que, según desde cuál de ellas se observe, pertenecerá a uno u otro poder gubernamental. Es gráfica

---

<sup>(7)</sup> Pierre, Henri, *La Casa Blanca en los años de Reagan y Bush*, traducción de Alicia Revello, Javier Vergara editor, Buenos Aires, 1992, p. 74.

<sup>(8)</sup> Entre estos autores, situamos a Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, Tomo II, p. 1008; asimismo, ver *Las funciones del vicepresidente de la Nación*, El Derecho, 11 de agosto de 2008. En esta tesis, aunque destacando una “singular fisonomía”, ver Morello, Augusto M.-Ramírez, Luis Antonio, *El vicepresidente de la Nación: perfil institucional*, en Loñ, Félix R.-Morello, Augusto M., *Lecturas de la Constitución*, Abeledo-Perrot/Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2003, p.p. 887-894.

<sup>(9)</sup> Vide, entre otros, Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, p.p. 587-590. Es también la opinión de Menem, Eduardo, *El vicepresidente, una garantía constitucional*, diario Clarín, Buenos Aires, 15 de julio de 2008.

<sup>(10)</sup> Art. 57 C. N.: “El vicepresidente de la Nación será presidente del Senado; pero no tendrá voto sino en el caso que haya empate en la votación”.

la expresión de Sagüés, al hablar de “esa dualidad latente en la figura del vicepresidente —de cualquier vicepresidente argentino—, por ser un personaje que anida en dos mundos políticos (la Casa Rosada y el Congreso)...”.<sup>11</sup>

Por nuestra parte, hemos de coincidir con la segunda de las opiniones expuestas. En efecto, el vicepresidente no puede formar parte del Poder Ejecutivo, dado que, en nuestro ordenamiento constitucional, éste se halla configurado como unipersonal. Y esta indudable conclusión se afirma en las claras palabras utilizadas por el constituyente en el artículo 87, cuando ordena que dicho Poder “será desempeñado por *un ciudadano* con el título de ‘Presidente de la Nación Argentina’”.

Obligadamente pues, debemos pasar a estudiar la conformación del restante poder político de nuestra Constitución. Y allí encontraremos que el Poder Legislativo se confía a un Congreso compuesto de dos Cámaras (artículo 44). Si bien el vicepresidente no es ni diputado ni senador, integra dicho Poder al ser el presidente natural de una de las Cámaras, con lo cual dirige las sesiones y los debates del Senado, representa a dicho cuerpo y participa activamente en la formación de las leyes, de darse el supuesto del artículo 57. Queda claro pues, a nuestro modo de ver, que el vicepresidente integra un poder constituido *distinto* del configurado unipersonalmente por el presidente de la República.

#### IV. DIVERGENCIAS ENTRE EL PRESIDENTE Y EL VICEPRESIDENTE

Ahora bien, un tema del máximo interés desde el punto de vista constitucional y político tiene que ver con la posibilidad —hartamente verificada en la historia de nuestro país— de conflicto entre el vicepresidente y el presidente de la Nación y sus consecuencias institucionales. El tema no es menor, reiteramos, dada la historia política argentina y los (en ocasiones silenciosos y palaciegos, en otras, violentos y públicos) enfrentamientos entre estos dos funcionarios. Intentaremos responder a los interrogantes mayores: ¿En caso de discrepancia o conflicto, debe el vicepresidente adecuar su conducta y opiniones a las del primer magistrado? ¿Es ésta condición para el mantenimiento de su puesto? ¿Se resquebraja el sistema si no lo hace?

Adelantaremos nuestra opinión en el sentido de que no existe imposición constitucional alguna que obligue al vicepresidente a encuadrar sus

---

<sup>(11)</sup> Vide, Sagüés, Néstor Pedro, *Los deberes del vicepresidente*, diario La Nación, Buenos Aires, 7 de agosto de 2008. De dicho autor puede verse, asimismo, su obra principal, *Elementos de derecho constitucional*, tercera edición, segunda reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p.p. 563-572.

opiniones y conducta política a la marcada por el presidente. No existe norma ni expresa ni implícita que mande tal cosa. También diremos, liminarmente, que no vemos patología alguna para el sistema institucional diseñado por nuestra Carta Magna en el hecho de que el vicepresidente exprese — directa o indirectamente — una posición desde el punto de vista político, social o económico, distinta — o incluso contraria — a la manifestada por el titular del órgano ejecutivo. *Antes bien, debería pensarse en un saludable caso de contralor al excesivo protagonismo institucional del presidente.*<sup>12</sup>

Por supuesto, esta tesis no es uniforme. Algunos autores, después de efectuar un somero relevamiento de los conflictos suscitados entre los presidentes y los vicepresidentes en la Argentina, se han inclinado por considerar una figura inconveniente al vicepresidente de la República.<sup>13</sup>

Nos recuerda Pérez Guilhou, que ha sido Jorge Cabrera, en un trabajo de 1919, quien más claramente propiciaba el acatamiento de la línea política del presidente por parte del vicepresidente, en la inteligencia de que ésta figura es elegida “para asegurar la continuidad del gobierno electo en caso de que cese en funciones el Presidente, manteniendo así la unidad de su política”.<sup>14</sup> Este autor, como otros, ha apoyado su opinión en el hecho de que se prevé la elección conjunta y simultánea de presidente y vicepresidente de la República, por un mismo mandato.

La réplica a este argumento, a cargo del maestro mendocino, ha hecho hincapié en los orígenes históricos de la introducción de la figura al texto constitucional americano y, en consecuencia, al de nuestro país.

En efecto, un análisis detenido de los fundamentos que llevaron a los constituyentes de Filadelfia a incorporar el instituto de la vicepresidencia no permite sostener que lo que se buscara fuera el mantenimiento de una línea política uniforme y continua entre el primer magistrado y el vicepresidente. Nos explicamos: los primeros períodos constitucionales en la joven república independiente de América del Norte estuvieron ocupados por quien lograba concitar la mayor cantidad de electores estatales, mientras que quien lograba el segundo puesto se hacía acreedor a la vicepresidencia.<sup>15</sup>

---

<sup>(12)</sup> Protagonismo que reconoce como fuente, sin duda alguna, amén de la tradición hispano-colonial, las ideas de Juan Bautista Alberdi en orden a la conformación de un Poder Ejecutivo fuerte, una necesidad vital, según el genial tucumano, en la hora de la organización constitucional del Estado argentino.

<sup>(13)</sup> Citamos, a simple título ilustrativo, a Colautti, Carlos E., *Derecho Constitucional*, segunda edición actualizada y aumentada, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p.p. 252-253.

<sup>(14)</sup> Pérez Gilhou, ob. cit., p. 729. En la primera nota al pie de dicho artículo se cita el trabajo de Cabrera, *La acefalía presidencial*, publicado en Revista Argentina de Ciencias Políticas, año IX tomo XVIII, p.p. 388-423.

<sup>(15)</sup> El párrafo 3 de la Sección I del Artículo II de la Constitución de 1787, que regulaba lo atinente a la elección presidencial, rezaba: “Los electores se reunirán en sus respectivos Estados y votarán, mediante papeletas, por dos personas, de las cuales una por lo menos no será habitante

Así, fueron designados por el Colegio Electoral, los rivales John Adams (federalista) como presidente y Thomas Jefferson (demócrata-republicano) como vicepresidente, para el período constitucional 1797-1801.

Si bien la disposición constitucional respectiva fue objeto de reforma por la Enmienda XII, que estableció un procedimiento de votación separado para cada cargo, la modificación estuvo motivada en la necesidad de evitar que se reeditara el empate verificado en las elecciones presidenciales de 1800, entre los candidatos Jefferson y Aaron Burr, después de treinta y seis votaciones.

De ello se colige que no se consideraba un obstáculo institucional el hecho de que el presidente y el vicepresidente pudieran militar en distintas facciones, partidos o clubes políticos.

Ahora bien, introduciéndonos en la experiencia histórica argentina, vemos que, en varias oportunidades, se eligió para los cargos de presidente y vicepresidente de la República, a dirigentes que evidentemente no comulgaban enteramente en el aspecto ideológico, en razón de diversos factores.

El tema ha sido detenidamente analizado en un enjundioso trabajo por Mario Daniel Serrafiero,<sup>16</sup> desde el punto de vista politológico. En dicha obra, recapitulando sobre aspectos ya trabajados en un libro anterior de su autoría, Serrafiero propone analizar las relaciones posibles entre los presidentes y los vicepresidentes a partir de las categorías de “contexto o fórmula electoral”, “contexto o fórmula de gobierno”, y “contexto o fórmula de sucesión”.<sup>17</sup> Lógicamente, las mencionadas categorías articulan entre sí distintas combinaciones, las que, a su vez, arrojan distintos resultados.

---

del mismo Estado que ellos. Harán una lista de todas las personas votadas, con indicación del número de votos que recibió cada una; cuya lista firmarán y certificarán y la remitirán sellada a la residencia del gobierno de los Estados Unidos, dirigida al Presidente del Senado. El Presidente del Senado, en presencia del Senado y de la Cámara de Representantes abrirá todos los certificados y se contarán los votos. La persona que reúna el mayor número de votos, será Presidente, si dicho número constituyera la mayoría del número total de electores nombrados; y si hubiera más de una que obtuviera esa mayoría e igual número de votos, la Cámara de Representantes elegirá inmediatamente, por papeletas, a una de ellas para Presidente; y si ninguna obtuviera mayoría, la Cámara elegirá de igual manera el Presidente de entre las cinco personas que hubieran obtenido el mayor número de sufragios. Al elegir Presidente, los votos se computarán por Estados, teniendo un voto la representación de cada Estado; a este efecto el quórum se formará de un miembro o de los miembros de dos tercios de los Estados, siendo necesaria la mayoría de todos los Estados para dar efecto a la elección. En todos los casos, después de realizada la elección de Presidente, será Vice-Presidente la persona que tenga el mayor número de votos de los electores, abstracción hecha del obtenido por el Presidente. Pero si hubiera dos o más personas con igual número de votos, el Senado elegirá de entre ellos, por votación mediante papeletas, al Vice-Presidente” (vide, Corwin, Edward S., *La Constitución norteamericana y su actual significado*, traducción de Rafael M. Demaria, Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1942, p.p. 98-99).

<sup>(16)</sup> Serrafiero, Mario Daniel, *Vicepresidencia efímera y ruptura anunciada: el caso de la Alianza*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008.

<sup>(17)</sup> Serrafiero, ob. cit. p. 6.

Considerando la primera de ellas, es decir, la del contexto o fórmula electoral, podemos tener en cuenta la procedencia territorial de los integrantes del binomio, observándose algunos de ellos equilibrados y otros no equilibrados.

En la experiencia histórica argentina, creemos que han predominado las fórmulas equilibradas, con uno de los candidatos procedente de una provincia del interior y el otro proveniente de la Capital Federal o la provincia de Buenos Aires. Así se dio, mayoritariamente, en las composiciones logradas en la segunda mitad del siglo XIX: el porteño Bartolomé Mitre acompañado del tucumano Marcos Paz, el sanjuanino Domingo Faustino Sarmiento acompañado del porteño Adolfo Alsina, el tucumano Nicolás Avellaneda junto al porteño Mariano Acosta, el cordobés Miguel A. Juárez Celman con el porteño Carlos Pellegrini, etcétera.<sup>18</sup> También observamos esta tendencia en numerosas fórmulas presentadas en el siglo xx: el bonaerense Raúl Alfonsín junto al cordobés Víctor Martínez, el riojano Carlos S. Menem junto al bonaerense Eduardo Duhalde, primero, y al porteño Carlos Ruckauf en su segundo mandato, el santacruceño Néstor Kirchner acompañado del porteño Daniel Scioli.<sup>19</sup> Y hay más ejemplos.

En este sentido, resulta claro que se apostó, de manera reiterada, a una integración de la fórmula de presidente y vicepresidente que procurara ser representativa de las dos realidades territoriales que se han presentado dramáticamente en la historia argentina: el interior y Buenos Aires.

Estas fórmulas de equilibrio, no son, claro está, una originalidad criolla: también en los Estados Unidos fueron utilizadas de manera recurrente. Puede recordarse, en este orden de ideas, que John F. Kennedy escogió especialmente al candidato a la vicepresidencia en la Convención del partido Demócrata de 1960, buscando un dirigente que le permitiera no sólo compensar su imagen de excesiva juventud sino, principalmente, uno que le abriera las puertas de las regiones sureñas, probablemente poco afectas a votar por un candidato del norte industrializado. Tan evidente fue el afán compensatorio, desde varios puntos de vista, en la designación del compañero de binomio, que el católico Kennedy propició la investidura del protestante Johnson.<sup>20</sup>

---

<sup>(18)</sup> Una breve referencia al equilibrio geográfico en materia de binomios presidente-vicepresidente de la República, puede verse también en Matienzo, José Nicolás, *El gobierno representativo federal en la República Argentina*, Ed. América, Madrid, s/d, p.p. 137-138.

<sup>(19)</sup> Daniel Osvaldo Scioli nació en la ciudad de Buenos Aires, distrito por el que fue electo diputado nacional. Sin embargo, al momento en que esto se escribe, viene desempeñando el cargo de gobernador de la provincia de Buenos Aires, período 2007-2011, y ha sido candidato a diputado nacional por la misma provincia en las elecciones de medio tiempo del presente año.

<sup>(20)</sup> Véase, Kaspi, André, *Kennedy*, traducción de Juan G. Basté, Ed. Folio, Buenos Aires, 2003, p.p. 107.

Igualmente interesante, resulta el análisis de las integraciones de las fórmulas desde el punto de vista de las fuerzas políticas de las que provienen los candidatos. En este sentido, y siguiendo el orden analítico del trabajo de Serrafiero, encontramos las fórmulas mixtas (las que, a su vez, pueden ser simétricas o asimétricas), las puras (absolutas o relativas) y las impuras.<sup>21</sup>

Si tomamos un ejemplo de la actualidad, y recordamos la procedencia política de la presidente Cristina Fernández de Kirchner y el vicepresidente Julio César Cleto Cobos, nos encontraremos frente a una fórmula mixta asimétrica, debido a que su elección fue verificada, en las elecciones de 2007, al conformarse una alianza de distintas fuerzas políticas, de diversa gravitación, estructura y representación: el Frente para la Victoria, de Fernández de Kirchner, de evidente raíz peronista, al que se sumaron dirigentes radicales de varias provincias, encabezados por el entonces gobernador de Mendoza, ingeniero Cobos.

Asimismo, y con respecto a la mayor o menor afinidad desde el punto de vista ideológico de las fuerzas componentes de la alianza o frente, Serrafiero nos habla de coaliciones polarizadas o moderadas, según se trate, lógicamente, de una distancia ideológica considerable o mínima.

Ahora bien, pasemos al análisis de la segunda de las categorías en las que nuestro autor analiza las relaciones posibles entre los presidentes y los vicepresidentes, cual es la denominada “fórmula o contexto de gobierno”. Ésta alude a las situaciones que se pueden presentar *cuando ambos desempeñan efectivamente el cargo para el que fueron electos*. Por supuesto, cabe recordarlo, las relaciones que se generen desde la función pública desempeñada por cada uno de los integrantes de la fórmula, por lo general, estarán atadas a las maneras de vinculación que han experimentado en tanto propuesta electoral.

En ese sentido, hablamos de *fórmulas solidarias absolutas*, las cuales —se nos advierte— es muy difícil que se presenten en la práctica política, *fórmulas solidarias relativas*, *fórmulas solidarias críticas*, *fórmulas no solidarias moderadas* y, finalmente, *fórmulas no solidarias polarizadas*. Estas subcategorías hacen referencia al mayor o menor grado de identificación y lealtad de los vicepresidentes respecto de los presidentes junto a los que han sido electos.<sup>22</sup>

A efectos de nuestro trabajo, resulta de particular interés detenernos en los últimos tipos mencionados, habida cuenta de que son, en los hechos

---

<sup>(21)</sup> En homenaje a la brevedad y la índole de este trabajo, remitimos a la obra mencionada, fundamentalmente p.p. 8 y 9, donde se encontrará una explicación de cada una de las variables indicadas.

<sup>(22)</sup> Serrafiero, ob. cit., p.p. 10-12.

que jalonan la vida institucional, los que parecen presentarse con mayor frecuencia.

Volviendo al ejemplo del binomio elegido en 2007, podemos afirmar que nos hallamos frente a una fórmula solidaria crítica, donde el vicepresidente ha ido trazando, en los últimos tiempos, una línea de diferenciación política respecto de la marcada por la presidente. Es del caso recordar aquí que estas muestras de diferenciación se evidenciaron, en toda su magnitud, al tratarse la ratificación en el Congreso nacional de la medida dispuesta por el Ejecutivo en orden a las llamadas retenciones agrícolas. En dicha oportunidad, después de superada por el oficialismo la votación en la Cámara de Diputados, se trabó un extenso debate en la Cámara Alta que culminó con una votación empatada en 36 sufragios por la afirmativa y otro tanto por la negativa. Ejerciendo la facultad emergente del artículo 57 de la Constitución Nacional, el vicepresidente Cobos desempató la cuestión votando de modo negativo, es decir, contrariamente a la propuesta del Ejecutivo.

Asimismo, acontecido ello, las relaciones —nunca fluidas— entre los integrantes del binomio se paralizaron. En el año que corre, cada uno ha tomado caminos divergentes, en orden al armado de estructuras políticas y electorales bajo sus respectivos liderazgos.<sup>23</sup>

## V. CONCLUSIONES

Ello nos permite regresar a los interrogantes que nos hemos planteado *supra*. Ya expresamos que, a nuestro juicio, no existe cláusula constitucional alguna que ordene la adecuación por parte del vicepresidente a la línea política e ideológica propiciada por el titular del Ejecutivo. Ni el análisis particular de las normas que regulan la vida de la institución presidencial ni las escuetas que se refieren a la vicepresidencia, como así tampoco un estudio global y sistemático de las mismas, permite arribar a dicha conclusión.

Como creemos haber demostrado, tampoco los antecedentes y la *praxis* del constitucionalismo norteamericano coadyuvan a sostener dicha tesitura. Los autores recuerdan las llegadas al poder de vicepresidentes que contradijeron las políticas de sus antecesores en el ejecutivo, señalándose los casos de Tyler y de Jonhson, vicepresidentes de Harrison y Lincoln, respectivamente.<sup>24</sup>

---

<sup>(23)</sup> Así, en las elecciones legislativas del 28 de junio próximo pasado, el vicepresidente patrocinó una lista de candidatos a senadores y diputados nacionales en su provincia natal que triunfó abrumadoramente frente a la nómina respaldada por la presidente.

<sup>(24)</sup> Vide, González Calderón, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, sexta edición revisada y

Menos aún el análisis detenido de las experiencias históricas alumbradas en nuestro país, donde se han verificado casos de presidentes y vicepresidentes que han encarnado líneas políticas e ideológicas absolutamente contrapuestas.<sup>25</sup> Suele mencionarse el caso del vicepresidente Ramón Santiago Castillo, conservador catamarqueño que, al llegar a la primera magistratura por la renuncia y posterior muerte de Roberto Marcelino Ortiz, dirigente del radicalismo antipersonalista, instauró, desde varios órdenes, una política diametralmente opuesta a la llevada adelante por su antecesor. También podría recordarse que Carlos Pellegrini, al llegar a la magistratura ejecutiva modificó, en aspectos formales y sustanciales, la política juarista. Y, sin embargo, nadie ha cuestionado que los flamantes presidentes tuvieran plenas facultades para actuar de esa manera. Desde el sistema institucional, es evidente que no hubo resquebrajamiento: antes bien, si analizamos la llegada de Pellegrini al poder, luego de la Revolución de 1890, podemos decir que dicho sistema fue salvado precisamente al ser reformulado por el nuevo mandatario, desandando el derrotero de Juárez Celman.

Podrá decirse que una cosa es el desarrollo de políticas contrarias una vez que se accede al sillón presidencial, y otra, muy diferente, es el sostenimiento de una línea política e ideológica propia, desde el cargo de vicepresidente, que se contradiga u oponga con la expresada por el presidente, estando obviamente ambos en sus respectivos cargos. *Seguimos pensando que ningún reparo desde el punto de vista constitucional merece esta situación.* Ambos funcionarios son electos por la ciudadanía, después de la reforma constitucional de 1994 de manera directa por sufragio popular, siempre que se verifiquen los extremos previstos en el Capítulo Segundo de la Sección Segunda, Título Primero, Segunda Parte, de la Constitución Nacional, artículos 94 al 98. *Es decir, ambos fueron votados popularmente y gozan de idéntica legitimación política en el origen.*

Y no podrá decirse contra esto que, en orden a esa legitimación de origen, el vicepresidente ha sido un simple beneficiario de la depositada en el presidente electo: *también él de modo directo ha sido investido con legitimidad propia al obtener los mismos votos que el otro integrante del binomio.*

La argumentación en contrario será, entonces, que es evidente que la tracción electoral fue llevada a cabo, fundamentalmente, por quien encabezaba la fórmula. Empero, respondemos que ello es fácticamente

---

actualizada por Ernesto J. Miqueo Ferrero, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984, p. 482. Asimismo, v. Ramella, Pablo A., *Derecho constitucional*, tercera edición actualizada, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 743.

<sup>(25)</sup> Referencias a esta situación pueden verse en el artículo de Badeni, citado en la nota 8 de este trabajo.

inverificable en el acto electoral mismo. Los ciudadanos votan por un presidente y un vicepresidente, de manera conjunta y en un mismo acto, por lo que no es posible —ni pertinente en este análisis— discriminar el grado de preferencia del sufragante sobre cada uno de los candidatos. Lo repetimos: ambos resultan, pues, revestidos de una legitimidad originaria propia. A su vez, esa legitimidad de origen se podrá transformar o no en legitimidad de ejercicio, a medida que avance el desempeño efectivo del cargo para el cual fue electo el funcionario.

Un argumento más viene en pos de nuestra postura: la elección de vicepresidente si dicho cargo estuviere vacante por muerte, renuncia, destitución o inhabilidad del funcionario. Este es un tema debatido intensamente en la doctrina argentina habida cuenta el vacío existente en la letra constitucional. Sin embargo, creemos que una interpretación sistémica y respetuosa del espíritu de la norma máxima lleva a concluir en la necesidad de convocar a elecciones para cubrir la vacante producida, por la sencilla razón de que los cargos y poderes creados por el constituyente están precisamente para ser cubiertos, máxime cuando se trata de un mandatario de la jerarquía del vicepresidente. Además, el no cubrir la vacante, y tener que elegirse a un senador para la presidencia de la cámara, podría violentar el principio de la igualdad de la representación senatorial de las provincias a la hora de las votaciones.<sup>26</sup>

Bien es cierto que la experiencia histórica indica que sólo se procedió a la elección de vicepresidente, para cubrir la vacante generada por fallecimiento del candidato designado, en dos oportunidades: en 1928, cuando se eligió vicepresidente a Enrique Martínez en reemplazo de Francisco Beiró, y en 1954, con la elección de Alberto Teissaire en reemplazo de Hortensio Quijano. En ambos casos, los designados pertenecían a la misma agrupación política del presidente. Empero, si analizamos e hipotetizamos en base a la segunda de las experiencias, llevada a cabo bajo la vigencia de la Constitución de 1949 que preveía elecciones directas, resulta que existía la posibilidad, al menos en el plano formal, de un triunfo de un candidato opositor. De haber sucedido ello, claramente el presidente y el vicepresidente hubieran sido de fuerzas políticas antagónicas, en un marco de convivencia institucional permitido por la norma constitucional de aquél entonces.

Finalmente, y para cerrar este trabajo, recordemos una vez más que el presidente y el vicepresidente pertenecen a dos poderes del gobierno

---

<sup>(26)</sup> En este sentido, con una enérgica argumentación a favor de la cobertura de la vacante vicepresidencial, véase González Calderón, ob. cit. p.p. 487/489; asimismo, Pérez Guillou, ob. cit., p. 728 y s.s. También, Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, cuarta edición, Ed. Zavala, p. 310.

federal distintos, por lo cual cabe perfectamente la posibilidad de pensar en la articulación de mecanismos de contralor entre ellos. Si tenemos presente, como dijimos *supra*, que el vicepresidente puede ser considerado parte integrante del Poder Legislativo, aún no siendo ni senador ni diputado, pero sí, claro está, presidente de una de las cámaras que forman el Congreso, no debe resultar extraño que con su propia expresión política pueda efectuar un balanceo y contrapeso del hipertrofiado poder presidencial, al menos en nuestro sistema. Y la oportunidad en que puede exhibirse esta expresión política propia no es otra que en la eventualidad de ejercer la atribución del artículo 57 de la Constitución nacional. Por supuesto, también si llegara el caso de acceder a la presidencia de la República, verificados los casos del artículo 88 del ordenamiento constitucional.

La Plata, invierno de 2009

ESPECIAL

---

Homenaje a Juan  
Carlos Cassagne

## PRESENTACIÓN

Los estudios de Derecho Administrativo en el Perú tienen, en cierto sentido, una larga trayectoria. Se inician, por así decirlo, con el célebre manual que Manuel Atanasio Fuentes publica en París en 1865 y del que luego hará una edición peruana. Y luego siguen otros manuales, casi hasta nuestros días (Humberto Núñez Borja, Alberto Ruiz-Eldredge).

Pero en general, se trata de una producción continua pero sin que haya originado un movimiento o una tendencia hacia el estudio sistemático de la disciplina, lo cual podría tener diversas explicaciones. Y esto a diferencia del auge que ha tenido en otros países como la Argentina —de donde nos vienen las mejores producciones— Colombia, Venezuela y México. Y por cierto también el Brasil, aun cuando separados relativamente por el idioma.

Lo que siempre existió entre nosotros fue un interés por determinadas áreas: el Derecho Civil y el Derecho Penal con sus respectivos instrumentos procesales. Así como el Derecho Internacional Público, cultivado intensamente sobre todo por personas vinculadas al mundo diplomático y a la política exterior peruana.

Pero en 1980 el panorama cambió radicalmente. Ese año entró en vigor la Carta de 1979 que significó entre nosotros lo que Favoreu llamó la “constitucionalización del mundo jurídico”, que significó no solo una cobertura constitucional a todas las ramas del saber jurídico, sino una fundamentación última en la Ley Fundamental. Y esto aparejó, como era natural, el auge de los estudios en materia constitucional. Lo que como era natural dio origen a un mayor interés, moderno y consistente, en el Derecho Administrativo.

Este renacimiento o si se quiere entrada en escena del Derecho Administrativo es muy reciente. No va más allá de los años noventa del siglo

pasado. Y su cultivo viene de quienes se dedicaron primero al Derecho Constitucional, pasando sin solución de continuidad al Derecho Administrativo. Y todo esto se ha incrementado en los últimos tiempos con encuentros, publicaciones y cátedras dedicadas al efecto y básicamente centradas en la Universidad Católica. Cupo una labor pionera y sobre todo constante de todo esto a César Valega G. Pero quien ha formalizado y ha canalizado esta corriente es Jorge Danós Ordóñez (desde 2003), a quien se debe la realización, hasta la fecha, de tres congresos nacionales de Derecho Administrativo. Y un cuarto ya anunciado.

En todos ellos han participado invitados extranjeros. Pero el más constante y cercano a las nuevas hornadas peruanas ha sido —y es— Juan Carlos Cassagne, administrativista de renombre, con una obra sólida y extensa detrás suyo, que no deja de incrementarse. Ha tenido además una activa participación en todos los encuentros que en Lima se han desarrollado sobre Derecho Administrativo y su obra se edita y lee entre nosotros. Todo esto añadido a su gran calidad humana y a su extraordinario don de gentes.

Todo ello ha motivado el homenaje que en Lima se le ha rendido últimamente, así como en su nombramiento como Profesor Honorario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. A ello hemos querido adherirnos nosotros con este especial de la “Revista Peruana de Derecho Público”, en el cual se incluye una ajustada semblanza del maestro debida a uno de sus discípulos y cercanos colaboradores: Pedro J. Jorge Coviello.

En lo personal no puedo dejar de expresar mi enorme satisfacción por el reconocimiento que con tanta justicia se le ha rendido entre nosotros. Tuve el privilegio de conocer a Juan Carlos Cassagne en un encuentro realizado en Madrid en marzo de 2000, para conmemorar los cincuenta años de la “Revista de Administración Pública” al cual inmerecidamente me invitó a participar otro eminente maestro y excelente amigo, Eduardo García de Enterria. Lo que explica mi complacencia con el homenaje que se le brinda en esta oportunidad.

Lima, diciembre de 2009

Domingo García Belaunde

## CARTA QUE TRANSCRIBE EL ACUERDO TOMADO POR EL CONSEJO UNIVERSITARIO DE NOMBRAR AL DR. JUAN CARLOS CASSAGNE PROFESOR HONARARIO

Trans. N° 1048/2009-S  
Lima, 28 de septiembre de 2009

Señor profesor  
**WALTER ALBÁN PERALTA**  
Decano de la Facultad de Derecho  
Presente.-

Me dirijo a usted con el fin de transcribir parte del texto del acta de la sesión del Consejo Universitario del 9 de septiembre del 2009, la misma que fuera aprobada en su última sesión del 23 de setiembre de 2009, para su conocimiento y fines consiguientes:

Facultad de Derecho. Departamento Académico de Derecho. Nombramiento del doctor Juan Carlos Cassagne como profesor honorario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Se hizo referencia a la comunicación de fecha 1 de septiembre de 2009 que dirigen el Decano de la Facultad de Derecho y la Jefa del Departamento Académico de Derecho, mediante la cual presentan la propuesta de nombramiento del doctor Juan Carlos Cassagne como profesor honorario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dicha propuesta ha sido solicitada por un grupo de profesores del área de Derecho Administrativo del Departamento Académico de Derecho.

Se precisó al respecto que el profesor Cassagne, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires, Argentina, es uno de los especialistas de mayor renombre en el campo del derecho administrativo.

Se manifestó, a continuación, que el doctor Cassagne es profesor titular consulto de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y profesor en otras casas superiores de estudios, como la Universidad del Salvador, la Universidad Nacional de Cuyo y la Pontificia Universidad Católica Argentina. Además, ha sido profesor visitante en numerosas universidades, entre las que cabe mencionar las de París X, Autónoma de Madrid, Salamanca, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad de la República (Uruguay) y Universidad del Estado de Río de Janeiro.

Se precisó, asimismo que el doctor Cassagne ha ejercido importantes cargos académico-administrativos: director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, integrante del Consejo Académico del Programa de Master en Derecho Administrativo de la Universal Austral, Director de la carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina, director del Curso de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires y director del Instituto de Derecho Administrativo “Profesor Rafael Bielsa”. El doctor Cassagne es, además, vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado y de la Académie Internationale de Droit Comparé.

Se refirió, seguidamente, que el doctor Cassagne es autor de numerosas obras sobre su campo de especialización, entre las que cabe resaltar los siguientes títulos: Derecho administrativo; El acto administrativo; El contrato administrativo; Los principios generales del derecho en el derecho administrativo, y Estudios de derecho público.

Se mencionó, a continuación, que el doctor Cassagne es Caballero de la Legión de Honor de Francia, y ha recibido el Primer Premio del Concurso Doctor Diez de 1970 del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y el Premio Konex de Platino de 1996 de la Fundación Konex. En el año 2000 la revista británica Chambers of Partners lo señaló como uno de los cien mejores abogados del mundo.

Se expresó, seguidamente, que el doctor Cassagne ha venido manteniendo una estrecha y prolongada relación con el área de Derecho Administrativo del Departamento Académico de Derecho de la Universidad,

vínculo que se ha manifestado en sus gestos de apoyo a docentes de nuestra casa de estudios para generar espacios de investigación y colaboración con especialistas en Argentina y otros países de América Latina, en su colaboración como expositor y ponente en los Congresos Nacionales Segundo y Tercero de Derecho Administrativo, así como en otras actividades organizadas por profesores del Departamento Académico de Derecho de nuestra Universidad, y, finalmente, en el envío de artículos suyos para ser publicados en revistas de estudiantes de Derecho de nuestro claustro.

Luego de una atenta consideración del tema planteado, los señores consejeros aprobaron por unanimidad la propuesta de nombramiento del doctor Juan Carlos Cassagne como profesor honorario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en conformidad con el contenido de la siguiente resolución:

## **RESOLUCION DE CONSEJO UNIVERSITARIO Nº 155/2009**

### **EL CONSEJO UNIVERSITARIO**

Vista la propuesta del Decano de la Facultad de Derecho y de la Jefa del Departamento Académico de Derecho de nombrar al doctor Juan Carlos Cassagne como profesor honorario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú;

### **CONSIDERANDO**

Que el profesor Cassagne, doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires, Argentina, es uno de los especialistas argentinos de mayor renombre internacional en el campo del derecho administrativo;

Que el doctor Cassagne ha llevado a cabo una relevante y amplia actividad como docente en instituciones de estudios superiores de su país y de otros países de América Latina y Europa, tales como la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, la Pontificia Universidad Católica Argentina, la Universidad de París X, la Universidad de Salamanca, la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad del Estado de Río de Janeiro, entre otras;

Que la prestancia académica y profesional del doctor Cassagne se ha manifestado, asimismo, en el ejercicio de altos cargos en instituciones prestigiadas del mundo jurídico de su país, tales como los de director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Director de la carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Económico de la Pontificia Universidad

Católica Argentina, director del Curso de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires, vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y director del Instituto de Derecho Administrativo “Profesor Rafael Bielsa”;

Que, además, la excelencia del trabajo intelectual del doctor Cassagne le ha significado aparecer, actualmente, incorporado como miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado y de la Académie Internationale de Droit Comparé;

Que la destacada contribución del doctor Cassagne a los estudios jurídicos se encuentra expresada en un valioso conjunto de trabajos de investigación, del cual cabe destacar sus libros Derecho administrativo; El acto administrativo; El contrato administrativo; Los principios generales del derecho en el derecho administrativo, y Estudios de derecho público;

Que el doctor Cassagne ha venido manteniendo una estrecha y prolongada relación con el área de Derecho Administrativo del Departamento Académico de Derecho de la Universidad, vínculo materializado en sus gestos de apoyo a docentes de nuestra casa de estudios para generar espacios de investigación y colaboración con especialistas en Argentina y otros países de América Latina; en su colaboración como expositor y ponente en congresos nacionales de derecho administrativo, así como en otras actividades organizadas por profesores del Departamento Académico de Derecho de nuestra Universidad, y, finalmente, en la publicación de artículos suyos en revistas de estudiantes de Derecho de nuestro claustro universitario;

En conformidad con lo establecido en el artículo 10º del Reglamento de personal docente y en uso de las atribuciones que le confiere el inciso f) del artículo 79º del Estatuto de la Universidad,

**RESUELVE:**

Nombrar profesor honorario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú al doctor Juan Carlos Cassagne, en reconocimiento a su sobresaliente aporte al fomento de los estudios contemporáneos en derecho administrativo así como a su generosa contribución y cercanía a las actividades académicas de nuestra casa de estudios.

Regístrese, comuníquese y archívese  
Lima, 9 de septiembre de 2009

Daniel Soria Luján  
Subsecretario General

## ITINERARIO INTELECTUAL DEL PROFESOR JUAN CARLOS CASSAGNE

Pedro José Jorge Coviello \*

Es un honor el que se me ha conferido de presentar a la persona que me inició en el amor a nuestra disciplina, el profesor y querido amigo, doctor Juan Carlos Cassagne.

Lo conozco hace treinta y cuatro años. Razones profesionales me llevaron a desarrollar tareas en el campo del derecho administrativo. Antes de ello, la materia había pasado fugazmente durante mi carrera de grado en la Universidad Católica, y, como muchos otros alumnos, pensé que no la vería más luego de su aprobación. Dios había dispuesto lo contrario. Fue precisamente esa necesidad profesional la que despertó mi gusto a nuestra materia, a punto tal que alumbró una hasta entonces escondida vocación docente.

Fue en esas circunstancias que entrevisté al profesor Cassagne, quien recientemente se había incorporado a la Universidad Católica, proveniente de nuestra prestigiosa Universidad Nacional de Buenos Aires, de donde también era profesor titular, y, al hacerle conocer mis inquietudes, simplemente y sin más vueltas, me invitó a integrar su cátedra.

Eran momentos propicios para el desarrollo de nuestra materia, porque en esos tiempos el derecho administrativo argentino presentaba una creciente difusión e interés, no común en décadas anteriores. Lógicamente, no era que antes no hubieran estado presentes figuras consulares de la

---

(\*) Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina. Director de la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo Económico, de la Universidad Católica Argentina. Director del suplemento Derecho Administrativo de la revista El Derecho. Juez de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

disciplina, como ser los profesores Bielsa o Villegas Basavilbaso, Sarría o, de generación posterior, los profesores Diez, Fiorini, Bosch, Altamira, Linares y, especialmente, el profesor Marienhoff. Lo que ocurre es que en una fecha que podríamos situar entre fines de la década de 1960 y la siguiente, diversos acontecimientos llevaron a que se despertara ese marcado interés, entre otros, con el dictado de la ley nacional de procedimientos administrativos (Nº 19.549, del año 1971), y muy especialmente, por la importancia que cobró la figura del contrato administrativo.

Otro hecho puntual y coadyuvante fue la creación de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, a comienzos de la década del '70, que reunió en su seno a la flor y nata de esos tiempos, constituida por antiguos y consolidados profesores, junto con destacados jóvenes juristas que pujaban en el empeño, aportando nuevas ideas —entre ellos el profesor Cassagne—, y uno de cuyos logros más importantes de la época fue el Primer Congreso Internacional y IV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, celebrados en la ciudad de Mendoza, del año 1977, que convocó a figuras nacionales e internacionales, de América y Europa, muchos de los cuales aún siguen participando en las distintas jornadas nacionales y locales que organiza la prestigiosa y querida entidad.

En ese cuadro de situación del derecho administrativo, la figura del profesor Cassagne dará un sello en la disciplina, que aún permanece y es motivo de seguimiento. En efecto, su formación al lado de dos insignes maestros como los profesores Diez y Marienhoff —especialmente del último—, no significó que fuera un seguidor del pensamiento de ellos en todo aquello que dogmáticamente permitiera apartarse. Así, bebió la idea ética que subyacía en el pensamiento de ambos, mas en un momento de su trayecto académico, fue el profesor Marienhoff el principal mentor que guió a nuestro homenajeado. Esta vinculación particular maestro-alumno se aprecia en la presentación que el académico profesor Marienhoff hizo en la sesión pública Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, del 11 de junio de 1987, en la cual se incorporó como miembro de número al doctor Cassagne, y allí dijo de él algo que guardaba una profunda verdad. Dijo don Miguel: “Si para un padre es gratísimo ver el triunfo de sus hijos, igual cosa ocurre con los profesores respecto al triunfo de sus alumnos, porque, teóricamente al menos, los profesores son los padres del saber de sus alumnos. De ahí el respeto que los buenos alumnos tienen para sus antiguos profesores: diríase que es un respeto que tiene algo de filial.” Y ciertamente, una vez me reconoció el profesor Marienhoff que nuestro homenajeado era el hijo varón que él no había tenido.

Pues bien, es dentro de los aspectos liminarmente señalados, que esta presentación se orientará a exponer el pensamiento del homenajeado, de

modo de que los juristas de nuestra nación hermana tengan conocimiento de su figura intelectual. Ciertamente, en la exposición está siempre presente la experiencia personal de compartir una amistad y un amor a la ciencia del derecho, forjada durante tantos años, a punto tal que, con pródiga generosidad, me confirió, inmerecidamente, el título de discípulo.

## I

Una nota destacable del pensamiento del profesor Cassagne fue que, a diferencia de otros autores, anteriores a él –salvo el profesor cordobés Félix Sarría–, expuso en sus distintos trabajos una *visión iusnaturalista del derecho*. No fue neutral en el desarrollo de las instituciones fundamentales del derecho y de nuestra disciplina, neutralidad que, de una u otra forma, es casi imposible en todo expositor, habida cuenta que en cualquier momento de la vida de un estudioso del derecho necesariamente tiene que aflorar la necesidad de dar sustento filosófico a lo que se dice.

Como escribió el gran jurista uruguayo Eduardo J. Couture: “La más grande de las desdichas que le pueden ocurrir a un estudioso del derecho, es la de no haber sentido nunca su disciplina en un estado de ansia filosófica” (prólogo al libro *Problemas generales del Derecho*, de James Goldschmidt, Depalma, Buenos Aires, 1944). En ese sentido, toda la exposición académica del profesor Cassagne contiene en la raíz de cada frase, esa veta filosófica que es la que dio siempre razón a su pensamiento. Junto con Félix Sarría, puede decirse que nuestro autor se anuda en la lista de autores administrativistas que hicieron explícita gala de la manifestación de esa línea de pensamiento iusnaturalista. Otro tanto puede decirse que ocurrió en Francia con el profesor Jean Rivero, quien siempre puso de manifiesto su pensamiento cristiano (además de colaborar en periódicos católicos).

No era común en los comienzos de la actividad académica del profesor Cassagne que se aunara al tratamiento de la materia aspectos iusfilosóficos, salvo algunas excepciones (entre las que se puede mencionar a Juan Francisco Linares, quien era también filósofo del derecho, cuyas obras constituyen un aplicación de la teoría egológica del derecho a las instituciones del derecho administrativo, teoría formulada por el maestro de este autor, el destacado iusfilósofo argentino Carlos Cossio).

Ello se aprecia en el primero de sus libros, *La ejecutoriedad del acto administrativo* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971). El libro fue producto del trabajo que había presentado para un concurso organizado por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, bajo el patrocinio del profesor Manuel María Diez, en el cual el autor, entonces profesor adjunto, obtuvo el primer premio. En la obra enfocó el estudio del derecho administrativo a partir de la doctrina trialista del derecho, expuesta en nuestro país por

Werner Goldschmidt, cuya base dogmática era netamente iusnaturalista (un notable expositor de dicha teoría en nuestro país fue el discípulo de Goldschmidt, el recordado profesor Germán Bidart Campos).

En momentos intelectuales posteriores, bien sea en *El acto administrativo* (1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974), que constituyó su tesis doctoral, o *Derecho Administrativo* (t. I, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982), no dejó de trasuntar ese pensamiento.

En *Derecho Administrativo*, que es la obra que constituye la columna vertebral de su pensamiento, constantemente actualizada (va por la 9ª edición, Abeledo Perrot, 2008, aparte de la edición hecha por la misma editorial en Bogotá, en el año 2009, y una próxima a editarse en Perú) se aprecia básicamente su concepción iusnaturalista cuando, entre otros tópicos, sustentó la exposición de los fines de la comunidad estatal, el bien común, los límites de la autoridad, como del principio de subsidiariedad. A tales fines, se sustentó en santo Tomás de Aquino, en Aristóteles, en san Agustín, en la escolástica en general, como igualmente en la Doctrina Social de la Iglesia —sin perjuicio de la cita de autores orientados en la misma dirección, o que, sin estar situados en tal pensamiento, contribuyen con su concepción ética a forjar los valores republicanos. Y todo ello  *fijando el centro de la actuación estatal en la persona*, puesto que, como señala Cassagne, “si el bien común que constituye el fin o causa final del Estado posee naturaleza subsidiaria y se encuentra subordinado al mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil, el Estado no puede absorber y acaparar todas las iniciativas individuales colectivas que se generan en el seno de aquella.” (p. 65).

Ulteriormente, en el estudio de las fuentes dedicó páginas importantes a los principios generales del derecho, que, por la importancia que ostenta su pensamiento se dedicará más adelante una exposición particularizada. No obstante, se destaca que detuvo la exposición para tratar la *equidad*, donde, con acierto, señaló que en nuestro derecho “la equidad es de fundamental importancia para aplicar con justicia, humanidad e igualdad sustancial las normas positivas, adaptándolas a las circunstancias propias y concretas de las relaciones prácticas”, advirtiendo que “ello deberá concretarse en el marco del agotamiento de fuentes prescripto en el art. 16, CCivil”<sup>1</sup> (p. 206).

---

<sup>(1)</sup> El art. 16 del Código Civil argentino establece: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.”

## II

Otro punto destacable del ideario académico del profesor Cassagne es el perfil que dio al que denominó *régimen exorbitante del derecho privado* (la expresión, bajo distintas formas hecha, ya era conocida en el derecho administrativo francés y en el español). La locución la empleó en la que fue la entonces tesis doctoral, luego publicada bajo el título *El acto administrativo*. Allí expuso que el acto administrativo “entraña un régimen jurídico exorbitante al derecho común” (p. 90), por la existencia de prerrogativas de poder público, que “configuran de esta suerte el aspecto más significativo del régimen jurídico del acto administrativo, como consecuencia del ejercicio de la función administrativa” (p. 91).

En nuestro país la sola mención de dicha locución —o de la denominada “zona de reserva de la administración”, formulada por el profesor Marienhoff y seguida por nuestro autor, también utilizadas por nuestra Corte Suprema— dio lugar a críticas en la doctrina, alguna de ellas desmedida, como si se pretendiera justificar el ejercicio de la arbitrariedad o de la prepotencia estatal. Las palabras asustaron más que su contenido.

Nada de ello.

Dicha locución ha sido seguida en nuestro país tanto por la doctrina, como, aún, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y esa crítica se desvanece en su entidad, a poco que se advierta que en otras partes de la citada obra, como en trabajos posteriores, el profesor Cassagne marcó los límites que debía dar a la inteligencia de dicha fórmula dogmática.

En efecto, párrafos sintomáticos son los incluidos en el prólogo del autor a la 1ª edición de *El acto administrativo*. Allí, frente a los cometidos a que se enfrentaba el Estado en la segunda mitad del pasado siglo, decía: “Para el desempeño eficaz de los nuevos y variados cometidos estatales, que debe cumplir el Estado a raíz del abandono del principio de no ingerencia, se torna necesario el reconocimiento de un margen razonable de *prerrogativas de poder público* que le permitan satisfacer las necesidades sociales e individuales, sin obstáculos que paralicen su actuación.”

Empero, seguidamente, agregó: “Sin embargo, tal circunstancia no es óbice para aceptar la existencia de un sólido y justo *sistema de garantías* donde los derechos e intereses privados se hallen en armonía con las prerrogativas de poder público que tiene la Administración” (los resaltados me pertenecen).

Donde tiempo después precisó los términos de la cuestión fue en su artículo “El régimen exorbitante y las garantías del administrado” (revista *El Derecho*, t. 82, año 1979, p. 929 y sigs.), que, después, introduciría, bajo los mismos conceptos sustanciales, en *Derecho Administrativo*. En efecto,

allí expuso que el contenido del régimen exorbitante, “restringido por la doctrina clásica de la prerrogativa de poder público, debe incluir no sólo las potestades que reflejan el *imperium* estatal sino aquellos otros poderes que configuran las garantías que el derecho público consagra a los particulares. Y de esa ecuación o equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados es la base fundamental de la armonía y justicia del sistema administrativo.”

Y volviendo a la faz iusfilosófica del profesor Cassagne, también en la fundamentación de dicho régimen se remonta en el artículo al iusnaturalismo clásico, al sostener que aquél constituye el aspecto normológico que se funda en los requerimiento de las dos especies de justicia: legal o general y distributiva (particular), conforme las exigencias del bien común, fin del Estado, por lo que, concluye, “el régimen exorbitante sólo se concibe, en definitiva, al servicio de ese fin de bien común, a través del cual se alcanza el bien individual.”

Precisamente, cuando enfoca el estudio de las garantías del particular o administrado, dedica un espacio mucho mayor que la cita de las prerrogativas (menciona: *A) garantías sustantivas*: garantía de la igualdad, el principio de legalidad, la garantía de razonabilidad o justicia, la garantía de la propiedad frente a los actos de los poderes públicos; *B) garantías adjetivas*: el informalismo a favor del administrado, el debido proceso adjetivo, integrado, éste, por el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir pruebas, el derecho a una decisión fundada).

No me detendré en presentar el detalle conceptual del desarrollo de dichas garantías. Sólo me permito señalar que su lectura, fundamentalmente reproducida en toda su obra jurídica, es casi un decálogo de los derechos de los administrados, que es, justamente, el cauce por donde se ha reflejado en nuestra jurisprudencia el control de los actos de los poderes públicos y el amparo de los derechos de los particulares.

Vuelvo a señalar que aventa la lectura de su obra toda visión que pudiera concebirse favorecedora de la arbitrariedad o prepotencia estatal por la simple cita de la locución.

No obstante, el profesor Cassagne en las últimas ediciones de su obra basilar, *Derecho Administrativo*, ha preferido sustituirla por *régimen administrativo*. Cito al efecto, en una de las últimas ediciones de su obra (la 8ª, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006), donde precisa, concluyendo el capítulo III, del título primero, que “el régimen exorbitante se configura como el sistema propio y típico del Derecho Administrativo. Por ello resulta, quizás, preferible que reciba la denominación de «régimen administrativo» con las connotaciones que se han indicado [prerrogativas y garantías]” (p. 122).

Es más, últimamente también ha variado la noción dada sobre el acto administrativo, al que caracterizaba por su *régimen exorbitante*, para asig-

narle la de ostentar un *régimen administrativo* (cfr. *Derecho Administrativo*, t, II, 8ª ed., p. 110).

Quizás, en opinión personal, en punto a evitar erróneas o distorsionadas interpretaciones, sea mejor el camino elegido por el autor para describir el “modelo” que permite describir la relación jurídica ius administrativa y sus instituciones. Aunque sigo creyendo que el cambio, guiado, quizás, para no afectar inteligencias bienintencionadas, en realidad no varía el contenido esencial de dicho modelo, centrado, fundamentalmente, tal como en su obra lo expuso el profesor Cassagne, en la persona humana, su dignidad y su amparo ante la arbitrariedad de cualquier poder público.

### III

La figura del *contrato administrativo* constituye un tema que ocupó reiteradamente la labor intelectual del profesor Cassagne. El primero que puede mencionarse es “Los contratos de la administración pública. (Distintas categorías y regímenes jurídicos)” (*El Derecho*, t. 57, año 1975, pp. 793 y sigs., reproducido tiempo después en la obra colectiva *Contratos administrativos*, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1977).

En la formulación de la teoría de los contratos de la administración, de la que propugnó concebirla en forma integral, comprensiva de los contratos administrativos, los regidos parcialmente por el derecho privado y los interadministrativos, se aprecia un cierto apartamiento de la doctrina de su maestro, el profesor Marienhoff, quien consideraba, siguiendo la doctrina francesa, administrativos los contratos que contenían cláusulas exorbitantes del derecho privado. En ese sentido, el autor caracteriza administrativos los contratos que ostentaran un *régimen exorbitante*. Así, al considerar al contrato administrativo como un *acto administrativo*, la consecuencia lógica era que sobre aquél recayera la impronta jurídica de éste. En esa configuración, no confundía la cláusula exorbitante con el régimen exorbitante.

No fue el profesor Cassagne partidario de la concepción de la cláusula exorbitante como determinante del cariz administrativo del contrato. Antes bien, su posición se aunó a la crítica que ya tempranamente había hecho Miguel Ángel Berçaitz —en una de las primeras y señeras obras de nuestra doctrina que trató la materia: *Teoría general de los contratos administrativos*, Depalma, 1952 (hay una 2ª ed., actualizada, de la misma editorial, del año 1980)—, al rechazar *per se* ese solo dato, dado que, antes bien, no dependía de la voluntad de las partes la atribución de dicha nota, *sino el régimen jurídico administrativo aplicable*.

No por ello rechazó la existencia de tales cláusulas, las que, por otra parte no eran extrañas en los contratos privados. Mas es de advertir que

sólo admitió, en caso de estar plasmadas en el respectivo contrato, la presencia de cláusulas exorbitantes *explícitas*, provenientes de un pacto, *negando, en cambio, la posibilidad de admitir las cláusulas exorbitantes implícitas*. En todo caso, el régimen de derecho público del contrato implicaba la presencia de prerrogativas emanadas del ordenamiento jurídico. Esta diferenciación no la hizo en el trabajo citado, sino posteriormente en “El régimen exorbitante y las garantías del administrado”, donde, en la nota 34 apuntó que la diferenciación estaba insinuada —y es cierto— en aquel otro trabajo. Lo mismo ha sostenido, ulteriormente, en las distintas ediciones de *El Contrato administrativo*.

Dicha obra corona los distintos estudios llevados a cabo por el profesor Cassagne esta materia, que va por la tercera edición (Abeledo Perrot, 2009; la primera es del año 1999), en la que los años permitieron su engrosamiento con los nuevos aportes, que el inquieto espíritu indagador del autor enriqueció.

Ahora bien, no puede dejarse de lado mencionar que un debate que, en su momento despertó el ambiente académico respecto a los contratos administrativos fue el que tuvo nuestro autor con el profesor Héctor A. Mairal, quien en un artículo titulado “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo” (publicada en *El Derecho*, serie especial *Derecho Administrativo*, del 18 de setiembre de 1998, dirigida hasta su fallecimiento por el profesor Julio Rodolfo Comadira), para quien la “peligrosidad” signaba en la mala aplicación de la doctrina elaborada en torno a él, como en la invocación de cláusulas exorbitantes implícitas, o el debilitamiento del principio *pacta sunt servanda* (el artículo, se compartan o no los conceptos allí vertidos, posee una riqueza doctrinaria que sobrepuja cualquier intento de aquí sintetizar su contenido).

El artículo dio lugar a una respuesta del profesor Cassagne en otro publicado en el mismo periódico y serie especial, del 23 de noviembre de ese año, bajo el título “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, donde defendió la validez dogmática de la teoría del contrato administrativo. La dúplica del profesor Mairal tuvo lugar en el diario del 22 de diciembre de 1998, bajo el título “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo”, cuya respuesta fue el artículo del 23 de marzo de 1999 en el mismo diario y serie, con el título “La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)”. El debate despertó el interés de otros autores nacionales, quienes en el mismo diario publicaron sus opiniones: “La sustantividad del contrato administrativo”, de Rodolfo Carlos Barra (diario del 23 de abril de 1999), y “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde

el derecho administrativo de los Estados Unidos)”, de Alberto B. Bianchi (diario del 28 de octubre de 1999). Un año después, el profesor Mairal nuevamente publicó en dicho diario y sección otro artículo titulado “La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano (diario del 30 de noviembre de 2000), que dio lugar a otro del profesor Cassagne, bajo el título “De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo” (diario del 30 de agosto de 2001).

El debate fue prolífico y despertó el interés de algo que estaba, me atrevo a decir, algo amodorrado en nuestro derecho. Todo debate y discusión académica son fructíferas en definitiva, y en este caso favorecidas por la presencia de dos altas autoridades académicas, que, en definitiva, coincidieron en un punto básico: el principio de legalidad debe siempre estar presente en toda relación contractual de la administración y los particulares, y, como a lo largo de la obra de nuestro aquí homenajeado se ha apuntado, la doctrina en torno al contrato administrativo no cifra tanto en la figura en sí o su sustancia, sino, antes bien, en que ella permite “atar” o “vincular” la actuación contractual del Estado de su juicio jurídico.

#### IV

Otro de los temas recurrentes y siempre renovados del autor ha sido el de los *principios generales del derecho*. Ello a extremo tal que fue el tema que eligió para exponer en su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, acontecimiento que, como cité más arriba, tuvo lugar el 11 de junio de 1987, fue “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo” (luego publicado bajo ese título por la editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988).

La línea de pensamiento que guía al profesor Cassagne es la base de aquéllos en el derecho natural, y su rol configurador del derecho administrativo. En esa ocasión dijo, al señalar la importancia que tuvieron para resolver los problemas que planteaba en el siglo XIX el obrar de la administración pública que “ello ha podido acontecer por la gravitación prácticamente universal que han tenido y tienen los principios generales del derecho en el derecho administrativo el cual, además de ser un derecho de equidad que acude frecuentemente a la corrección del rigorismo excesivo de la ley con fórmulas que contienen los criterios de justicia que demanda el caso particular, exalta y potencia el papel del juez en el proceso de creación del derecho.”

En tal sentido, ellos, aparecen, según nuestro autor, con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, “ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación

al caso concreto.” La aplicación de los principios generales se desenvuelve en el marco de la resolución de problemas, según la fórmula de la tópica, planteo que lo lleva a adherirse a la posición del maestro Eduardo García de Enterría, quien en ello sigue a Viehweg, moderno formulador de la clásica tópica (Viehweg, Theodor: *Tópica y jurisprudencia*, reimpr., Taurus, Madrid, 1986, con prólogo de García de Enterría).

La trascendencia de los principios generales se desprende a partir de las notas que el profesor Cassagne les marca: son la causa y la base del ordenamiento, son orientadores e informadores del ordenamiento y cumplen la función de integrar el ordenamiento jurídico. En especial, los erige en una garantía para los particulares frente a cualquier avasallamiento de sus derechos o exceso de las potestades públicas.

Ello explica que, frente a otras posiciones doctrinarias, directamente afirme que “los principios generales del derecho, aun los no legislados, tienen primacía tanto sobre las normas legales y reglamentarias, como sobre la costumbre y la jurisprudencia” (el resaltado me pertenece).

En fecha reciente, en *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Marcial Pons, Buenos Aires, 2009), trabajo del que hablaré en el próximo acápite, volvió a tratarlos, y, en esta oportunidad, puso al día dicho trabajo inicial, con nuevos aportes que él dio sobre el tema. Por ello, no es una mera repetición de aquél, sino, al contrario, una reformulación asentada en las mismas bases.

## V

En los últimos años se observa — si se permite la expresión un “rejuvenecimiento” intelectual del homenajeado. Constituye una manifestación de ello la búsqueda histórica de las fuentes de instituciones fundamentales del derecho público argentino e iberoamericano en especial. Es de observar que en determinados momentos de la vida de renombrados estudiosos del derecho público hay un viraje rumbo a la indagación de su historia y de sus raíces. Precisamente, nuestro autor en los últimos tiempos fue atrapado por la misma inquietud, y ha dirigido su deriva académica hacia aguas que, por lo general, salvo honrosas excepciones, los administrativistas hemos evitado. Y por evitarlas hemos llegado a aseverar inexactitudes.

Distintos trabajos que publicó sobre temas específicos que giraban en torno a las bases jurídicas del control judicial de la actividad administrativa, lo llevaron, con entusiasmo, a indagar en archivos nacionales y españoles sobre las raíces hispánicas de dicha institución de nuestro derecho público. Y, aún más, lo llevó a defender con ahínco las raíces también hispánicas de nuestra Constitución Nacional, junto con la influencia de la neoescolástica española (Suárez y Mariana). Esos trabajos los reunió y actualizó en la obra

ya citada, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*.

Es destacable que los trabajos llevados a cabo en dichas investigaciones produjeron el asombro de destacadísimas figuras del derecho español, no sólo por su calidad, sino por algo mucho más profundo: el profesor Cassagne, aprovechando también la cita de autores argentinos, llamó la atención a los propios españoles sobre el desconocimiento de la influencia de sus autores e instituciones hasta en el mismísimo derecho constitucional norteamericano y en los teóricos ingleses. Valga el ejemplo —nada menos— que del profesor García de Enterría, quien hizo la recensión de la obra (*Revista de Administración Pública*, núm. 180, Madrid, septiembre-diciembre de 2009, pp. 427-431), destacando la “españolidad” del profesor Cassagne, y reconoció que “los juristas y politólogos argentinos que cita saben mucho más que nosotros de nuestra propia historia jurídica y de la influencia que determinados capítulos de ésta han tenido en el constitucionalismo norte, centro y sudamericano.”

Bien dice el querido maestro español don Jesús González Pérez, en el prólogo de la obra, que nuestro autor “hoy nos obsequia con otra joya de la bibliografía jurídico-administrativa”. En efecto, los estudios aquí reunidos, ordenados en cinco capítulos, son de altísima riqueza y la muestra de un espíritu juvenil, el del joven estudioso que busca acreditar sus cualidades a través del esmero y la hondura de la investigación.

En un comentario que escribí para la serie especial Derecho Administrativo de la revista *El Derecho*, de la Pontificia Universidad Católica Argentina, confesé que los trabajos reunidos quedan entre mis favoritos. En efecto, no son una simple reunión de escritos, sino que, elaborados en distintos momentos, en general en los últimos años, mantienen una ligazón que erige la obra compilada en un estudio introductorio y preliminar a la razón que da existencia al derecho administrativo. Allí está la protección de los derechos de la persona hasta el control de los actos de los poderes públicos. Ello se refleja en la estructura temática de la obra: el capítulo I trata los principios generales del derecho, sobre los cuales, justamente se ha edificado nuestra materia. El capítulo II trata los fundamentos del sistema judicialista. El capítulo III sobre el principio de legalidad y sus fuentes positivas. El cuarto sobre la discrecionalidad administrativa; y el último expone la interdicción de la arbitrariedad y el control judicial de la discrecionalidad. Todos esos trabajos, si bien fueron redactados separadamente, ostentan una unidad hilvanada con el tiempo.

En esos trabajos, el profesor Cassagne tomó sobre sí una tarea de investigación sobre un tema poco destacado en nuestro derecho y, curiosamente, como se vio, en el español: buscó las raíces de nuestro constitucionalismo

en la Constitución de Cádiz de 1812 y en el antiguo derecho español. De la lectura de las líneas extensas y profusamente documentadas sobre el tema, se llegará a la conclusión que el antiguo derecho español y la citada e injustamente vilipendiada constitución de 1812 han tenido una notable influencia en nuestro derecho. También quita el polvo acumulado en nuestra mente con la creencia de que el derecho público se sustenta en las instituciones anglosajonas, francesas o italianas, dejándose —o despreciándose— las españolas, como si en este partido no estuvieran habilitadas para jugar. Lo más grave, como el profesor Cassagne señala, es que esto ocurre en la misma España, lo que se acrecienta a poco que se lea que fue la escolástica y la neoescolástica de la escuela salmantina, cuyos representantes destacados fueron religiosos como Vitoria, Suárez, Mariana y Soto, quienes influenciaron en las propias instituciones republicanas de Norteamérica, lo cual, precisamente —como lo destaca el profesor Cassagne—, fue reconocido en el siglo XIX por un autor casi desconocido en nuestro derecho como JAMES KENT en *Del gobierno y jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos*, publicada en nuestro país en 1865 por autorización dada al Presidente de la República por el Congreso Nacional. Y, en tiempos más próximos, lo mismo fue señalado por Joris Steverlinck Gonnet en su libro *La universidad de Salamanca y la Constitución de los Estados Unidos*, editado por la Universidad Católica Argentina en el año 2003, autor también mencionado por el profesor Cassagne.

Por cierto que el tema ofrece un campo propicio para el debate, al que el autor puso su palabra en defensa de la tradición hispánica (García de Enterría lo ha descripto como “*un excelente —e incansable, además—, polemista*”), sin menoscabar la existencia de esa influencia norteamericana cuando ella aparece visible. Este trabajo lleva al lector a tomar razón de que muchas veces los administrativistas argentinos (no sólo administrativistas) hemos repetido que el modelo constitucional es el americano del norte y el administrativo es europeo, carece de sustento suficiente.

Lo que ocurre que ha habido en algún tiempo un desprecio o desconocimiento (que es una forma de desprecio) de la rica tradición jurídica hispánica (a algunos de nuestros próceres les cabe igualmente el sayo). La obra muestra que mientras los historiadores del derecho argentino no dejaron de exponer los vínculos con el derecho de la península ibérica, en el derecho público parecería que todo surgía con la organización nacional (con la caída de Rosas en 1852, luego de la batalla de Caseros), en la creencia de que el derecho constitucional tiene su influencia norteamericana (basta remontarse a los fallos de la Corte Suprema argentina), y el administrativo se inspira o bien en el derecho francés o en el italiano (pensemos solamente en la importación del derecho subjetivo y el interés legítimo, del derecho

italiano); en cierto modo el derecho administrativo aparecía como un derecho “desvinculado” de las instituciones del derecho patrio (otro tanto es predicable de los autores españoles).

Nos encantaba hablar de la constitución americana, del juez Marshall o de otros no menos grandes juristas (no me atrevería a decir que aquél fue un jurista formal, como su compañero Story; en todo caso fue un “*intuitivo* jurídico”, habida cuenta que su preparación en leyes fue un breve curso que él había tomado mientras se reponía de sus heridas de guerra), o de las sentencias de la corte americana, o del Consejo de Estado francés y de lo que decía la doctrina francesa o italiana sobre instituciones del derecho administrativo. Pero España, estaba relegada en su rol fundacional en materia del control de los actos de los poderes públicos.

Y ese desconocimiento nuestro lo pone en evidencia el profesor Cassagne al exponernos la constitución de Cádiz de 1812 como resumen de principios de control estatal que, olvidados por los Borbones, habían estado presentes en el antiguo derecho hispánico, anteriores al derecho inglés y norteamericano. Es decir, nos dice pura y simplemente que lo que éstos supuestamente habían creado, ya estaba presente en el derecho español, y, aún más, fue una de las fuentes inspiradoras de aquéllos. En especial, la neoescolástica de la escuela salmantina tuvo su impronta trascendente. En efecto, documentadamente, nos presenta el profesor Cassagne el nexo que autores como Vitoria y Suárez tuvieron en la escuela protestante del Derecho Natural, entre cuyos corifeos fundamentales están Grocio, Puffendorf, Tomasio, Altusio o Wolff.

El autor acentúa la preponderancia que tuvo dicha escuela sobre el absolutismo borbónico, que pretendía que el poder venía “de arriba” y se posaba en cabeza del monarca, mientras que Vitoria, Suárez, Mariana, Soto, entre otros, postulaban lo contrario: la fuente directa se encontraba en el consentimiento del pueblo; es decir, en otros términos, “de arriba” Dios lo ponía en el pueblo, que se lo trasmitía al monarca.

Precisamente, mientras los protestantes, calvinistas, anglicanos y puritanos defendían, según nos señala el profesor Cassagne, el origen divino del poder, la escuela salmantina decía todo lo contrario, y ello su reflejo en la influencia de ella sobre autores que influenciaron ulteriormente en las cartas de las colonias americanas, que fueron la base de la Constitución norteamericana de 1787.

Toda esta obra, que, como antes dije, ostenta unidad jurídica, es una referencia que todo jurista vinculado al derecho público no puede dejar de leer, puesto que muchos nos hemos dado cuenta que por ver mucho hacia Europa o Estados Unidos de América —influenciados por modas o por desprecio a España y a la fe que nos legó (algo desgraciadamente muy común en los

países iberoamericanos)—, no habíamos tomado conciencia que conceptos que a diario manejamos como independencia de la justicia, el derecho a la tutela judicial o la visión de la Constitución como norma fundamental, y hasta la concentración de la potestad jurisdiccional en un órgano independiente, eran utilizados en el antiguo derecho aragonés a través del Justicia Mayor, o en el Discurso Preliminar y en el articulado de la Constitución de 1812.

*El principio de legalidad* compendia el pensamiento jurídico y republicano del profesor Cassagne, y si bien hay otros capítulos de ella que bien podrían resaltarse (como el capítulo cuarto, donde trata un viejo y caro tema en la materia “La Discrecionalidad Administrativa”, que es una actualizada reelaboración de un clásico estudio sobre el mismo tema, publicado en el N° 3 de la Revista de Derecho Administrativo, por él fundada, “La revisión de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial”, luego reproducido en *Estudios de Derecho Público*, Depalma, Buenos Aires, 1995), lo cierto es que la clave o, si se quiere, quicio intelectual de la obra está en el control judicial, estación final del derecho administrativo, pero para abocar allí, nuestro autor previamente pasó por el estadio de la raíz del sistema de control judicialista argentino, lo mismo que el de otros países hermanos de Iberoamérica. Y esa raíz es hispánica en su base, que no es sólo la técnica, sino, sobre todo, que está imbuida de la idea antigua del derecho español de que el poder no es omnímodo.

Esta obra necesariamente debe completarse con un trabajo que aunque no está publicado en la citada obra, necesariamente debe enlazarse con los contenidos en ella. Me refiero a “Las fuentes constitucionales y el Derecho Administrativo”, publicado en el número especial de Jurisprudencia Argentina, del 25/3/2009, titulado *La justicia administrativa en la actualidad*. En este nuevo aporte, retorna el autor a la polémica en torno al tema del sustento constitucional del derecho administrativo y de la íntima vinculación con las fuentes Europeas y, en especial, hispánicas. Su lectura, lo mismo que la de los trabajos reunidos en *El principio de legalidad*, citado, son una muestra más de un espíritu que sigue investigando con pasión juvenil.

## VI

Cuando se estudia el pensamiento de un autor o la vida de una persona, se advierte que a veces es dificultoso determinar cuál era su real pensamiento. Sabemos que en el caso de un científico del derecho no podemos decir que lo que escribió en un momento dado cristalice su pensamiento para siempre. Recuerdo el consejo que me daba el profesor Marienhoff: “lea las últimas ediciones”. Qué buen consejo. Es ello lógico porque, por ejemplo, una visión originariamente positivista puede torcer hacia un pudorosamente no confesado iusnaturalismo.

En ese sentido el pensamiento jurídico del profesor Cassagne no ha variado, a mi entender, en lo sustancial; pero al igual que cualquiera de nosotros, el tiempo le señaló una actualización o *aggiornamento* de las ideas a la situación que se vivía.

En lo sustancial, sus obras transmitieron constantemente la visión iusnaturalista del derecho, y la idea, servicial del Estado en orden al aseguramiento del bien común, por cierto, sujeto en su actuación a los principios del Estado de Derecho. No solamente lo exteriorizan su libro medular sobre el derecho administrativo, sino también sus cientos de artículos, y, en especial, los reunidos en *Cuestiones de derecho administrativo* (Depalma, Buenos Aires, 1987), *Estudios de derecho público* (Depalma, Buenos Aires, 1995), *Fragmentos de derecho administrativo* (Hammurabi, Buenos Aires, 2003) y en la obra estudiada en el acápite anterior.

En una de sus obras, *La intervención administrativa* (1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992; 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994), escrita al compás del cambio económico ocurrido en nuestro país en la década de 1990, si bien criticó la figura del *Estado Bienestar*, en el que la incidencia pública abarcaba los más amplios sectores de la realidad económica (caracterizado, en especial, por la presencia de múltiples empresas estatales, y una muy intensa regulación en el sector económico), propugnó la figura del *Estado Subsidiario*, bajo la inspiración de la Doctrina Social de la Iglesia. De tal manera, frente al pensamiento de tinte abstencionista, en el que el Estado debía dejar actuar a los individuos, de modo que el mercado fuera el que regulara la vida económica, el Estado desempeña un rol activo, regulando y controlando, pero respetando las legítimas incumbencias de los particulares, en todo aquello que pudieran por sí llevar a cabo, sin menoscabar los derechos de otros.

Ciertamente, ello no significaba, vale remarcar, que en la mente del profesor Cassagne el acompañamiento con lo que ocurría en nuestro país significara borrar lo ocurrido con anterioridad y tacharlo como “impuro”, como muchos hicieron —lo sabemos muy bien los argentinos—, tornándose casi en “liberales” acérrimos, cuando poco antes habían sido casi estatistas ultramontanos. . Por el contrario, se lee en la 1ª edición de *La intervención administrativa*, que “Hay que advertir que este «Estado Subsidiario», al haber nacido en el marco de un proceso de transformación de las estructuras socio-económicas y jurídicas existentes, no implica ruptura total con los modelos anteriores. [...] Pero, el Estado no puede renunciar a su función supletoria, exclusiva o concurrente con la actuación privada, en materia de previsión social, salud, educación, etcétera, cuando estas actividades no resultan cubiertas suficientemente por los particulares” (págs. 125 y 126).

VII

Ciertamente, la obra y el pensamiento de nuestro autor no queda ceñida sólo a los citados trabajos y temas tratados. No ha habido campo del derecho administrativo que no haya tratado, para lo cual basta apreciar el listado de su obra escrita; sin que ello signifique la exclusiva dedicación a temas estrictamente iusadministrativos. Así, junto a sus trabajos sobre la responsabilidad estatal o sobre el proceso administrativo, escribió columnas de opinión sobre temas vinculados a la actuación estatal en el ya más que centenario diario argentino *La Nación*, hasta, pocos días ha, un trabajo sobre el pensamiento del Papa Benedicto XVI, titulado “ La Encíclica *Caritas in veritate* (Reflexiones sobre la justicia, el mercado, el papel de los poderes públicos y de las personas en el proceso de globalización”, publicado en *El Derecho*, serie especial de Derecho Administrativo, del 26 de febrero de 2010.

Como su viejo amigo y, gracias al inmerecido título de discípulo que él me otorgó —y me honra—, tengo cierta derecho para decir que su pensamiento no quedó cristalizado en un momento dado, ni tozudamente ha sostenido la invariabilidad de lo que había escrito, cual si fuera la obra perfecta y definitiva. Muestra ello su espíritu polémico, que describió el maestro García de Enterría —como su pluma exquisita lo podía hacer— que, en un momento casi supremo de su madurez en la que los lauros lo rodean (y también sufrimientos), acometió temas que eran desconocidos u olvidados, como los tratados en *El principio de legalidad*. En cierto modo, me hace recordar al profesor Marienhoff, quien a los casi noventa y cinco años nos seguía pidiendo ideas o temas para que él continuara investigando; precisamente, es común que a sus amigos nos llame pidiendo algún libro que se enteró que tenemos y que él (extrañamente, en su frondosa biblioteca no tiene; frondosa en temas no sólo jurídicos, sino también, entre otros, históricos y literarios; repleta de libros centenarios) lo necesita para un nuevo estudio que está llevando a cabo. Por ello su intelecto se mantiene joven porque tiene siempre un proyecto para el día siguiente o hasta para encarar una nueva polémica académica (saludando, siguiendo las reglas caballerescas, cortésmente a su oponente antes de entrar en la liza, como lo hizo Ludwig Spiegel en el prólogo a su *Derecho Administrativo*, ed. Labor, Madrid, 1933, al saludar a Otto Mayer).

En fin, sirvan estas apretadas líneas —imbuidas de afecto como alumno y amigo del profesor Cassagne— para esbozar a mis hermanos peruanos, que siempre estuvieron junto a nosotros, en las buenas y en las malas (no podemos olvidar su ayuda, no sólo en palabras de aliento, durante el conflicto por nuestras Islas Malvinas) el perfil de un académico que ha sabido

recoger la estima y el reconocimiento intelectual de América y Europa por la calidad humana de su persona y por la autoridad de un siempre vivo pensamiento, que continúa dando nuevos y fecundos aportes a la ciencia del derecho.

# NOTAS

---

## ELEMENTOS DE LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL \*

André Ramos Tavares \*\*

Empiezo observando que, tradicionalmente, la teoría democrática repudia las limitaciones al gobierno del pueblo, e incluso reprobaciones a ese gobierno, salvo aquellas limitaciones y reprobaciones provenientes de la voluntad del propio pueblo.

Ciertamente, en ese sentido, el judicial es el menos democrático de las tres ramas tradicionales del poder.

Desde fines del siglo XVIII, con la propuesta vencedora, en los Estados Unidos, se acepta la supremacía de la Constitución. Con ella, surge el dilema para la Justicia Constitucional, de aplicar leyes inconstitucionales o de rechazar esas leyes, dando preferencia a la aplicación de la Constitución. Ese dilema también puede proponerse de otra forma, o sea, decisión de la Justicia Constitucional *versus* decisión de los poderes con representatividad popular o democrática originada en las urnas.

Ese dilema suele presentarse en otros términos, es decir, también como un cuestionamiento del propio Estado Constitucional, que estaría en oposición con la democracia. Sin embargo aquí pronto enfrentamos el problema de lo que se debe entender por democracia, cuya fórmula “gobierno del pueblo” es insuficiente para explicar totalmente la propuesta democrática

---

(\*) Ponencia presentada al X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16-19 de septiembre de 2009)

(\*\*) Pro-rector de postgrado de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo; profesor de derecho constitucional; director del Instituto Brasileño de Estudios Constitucionales ([www.ibec.inf.br](http://www.ibec.inf.br)).

actual. Ciertamente la democracia — en lo que interesa para este tema — no puede confundirse con el modelo de decisión mayoritaria (de la mayoría).

A la Justicia Constitucional son presentadas diversas formas de legitimación (como recuerda Häberle). Me gustaría, en seguida, presentar sucintamente algunas de esas visiones.

1. A la primera concepción de legitimidad de la Justicia Constitucional se la puede llamar como concepción “hermenéuticamente cerrada”.

Aquí se trata de la idea de que basta la previsión constitucional. Es el valor del consenso libremente manifestado: la Justicia Constitucional es legítima porque así lo deseó la mayoría que elaboró la Constitución del país. Y, en complemento, esa concepción sostiene que la Justicia Constitucional apenas se limita a hacer actuar (realizar) la voluntad presente en la Constitución (aquí, se tiene un refuerzo de legitimidad inicial, que es popular, aunque solo indirectamente). Es la concepción que recuerda, entre otros autores, la española María Luisa Ballaguer Callejón. En esta concepción, con todo, es necesario tener presente que la legitimidad así obtenida presenta una naturaleza dinámica, o sea, no es definitiva; es reconocida pero debe ser exigida y fiscalizada en todo instante.

2. Una segunda forma vislumbrada por los estudiosos puede denominarse legitimidad por la investidura.

Aquí se trata de la legitimidad que está presente apenas en aquellos modelos en los cuales la designación de los integrantes de la Justicia Constitucional de cúpula o del Tribunal Constitucional, es realizada por una autoridad democráticamente elegida, a la que se le atribuye gran participación en la designación de los miembros para la Justicia Constitucional. Es el caso de los Estados Unidos de América del Norte y del Brasil, que ha seguido fiel al modelo norteamericano desde la implantación de la Justicia Constitucional en 1889. Ese modelo, sin embargo, suele sufrir una fuerte crítica, en el sentido de que genera también una deslegitimación de la Justicia Constitucional, a medida que potencia las oportunidades de un comprometimiento personal del integrante con quien lo indicó, o como mínimo, algún compromiso político e ideológico, como parece ocurrir con frecuencia en los Estados Unidos.

3. Una tercera propuesta es la de rechazar el axioma de la necesidad de decisiones provenientes de instancias elegidas. (Es la propuesta del norteamericano Michel Perry.)

Esta propuesta que presupone el carácter democrático de la decisión adoptada, no está asegurada necesariamente por el sufragio popular. O sea, es más importante una composición pluralista de la Justicia Constitucional, en términos de la legitimación de ésta.

Una de las formas de legitimación por esta vía es la mayor participación de personas y entidades en la Justicia Constitucional, o lo que puede llamarse de “latitud de acceso”.

4. La cuarta forma de legitimidad que quiero presentar es la de Mark Tushnet.

En la visión de Tushnet: cuanto mayor es la dificultad de alterar formalmente la Constitución, mayor es la legitimidad de la Justicia Constitucional para actuar, para proceder a interpretaciones evolutivas y, con eso acabar por invalidar diversas leyes. Así, en el caso de los Estados Unidos, donde el autor desarrolla su tesis, considerando el alto grado de dificultad para el cambio de su Constitución, las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos a lo largo de la Historia estarían legitimadas, pues el desequilibrio provocado por el dificultoso proceso de cambio sería equilibrado por las decisiones de la Corte Suprema.

Sin embargo, aquí queda una cuestión: cuanto más la Constitución se altera, o sea, cuanto mayor es la facilidad de alteración de la Constitución, a *contrario sensu* del raciocinio de Tushnet, menor sería la legitimidad de la Justicia Constitucional para actuar. Con todo, lo que ocurre también aquí, es una mayor legitimidad de actuación. Es el caso brasileño. La facilidad con que la Constitución actual de Brasil ha sido modificada (más de sesenta enmiendas —leyes— constitucionales), lo que ha ocurrido también en diversos países de América Latina, ha generado la necesidad de un mayor control por el Supremo Tribunal Federal. Eso ocurre porque es necesario preservar la identidad de la Constitución, bajo pena de permitir el fraude constitucional.

Así, se podría decir que en los extremos (extrema facilidad y extrema dificultad de cambios de la Constitución) surge la legitimidad da actuación de la Justicia Constitucional, en una especie de actuación “compensatoria” directamente unida al desequilibrio en lo que atañe el cambio de las normas constitucionales.

5. Una quinta forma de legitimidad es aquella que podemos denominar de legitimidad de contenido.

Esta idea remonta al origen de los tribunales constitucionales, a la teoría de Kelsen. Es que Kelsen siempre sostuvo la legitimidad del Tribunal Constitucional por la exención de éste en poder promover la protección de los derechos fundamentales y, en particular de las minorías.

Recientes teorías y autores, como Samuel Freeman, retoman la idea, pero en una perspectiva un tanto diversa. Consideran que los Derechos Fundamentales hacen parte del juego democrático y, por lo tanto, no pueden ser afectados por el mismo juego. Esos autores tienen una posición favorable a la actuación de la Justicia Constitucional, pero apenas en algunos temas:

...la libertad de conciencia, las libertades de pensamiento, expresión y de información; las libertades de asociación y de ocupación, los derechos y libertades necesarios a la independencia y a la integridad de la persona y los derechos y libertades implícitos en el imperio de la ley (derecho a un juicio justo, derechos contra búsquedas y arrestos abusivos etc. (Freeman, 1994: 186)

John Hart Ely en su obra *Democracy and Distrust* mantiene, en brevísima síntesis, que el Tribunal Constitucional (o sea, la Justicia Constitucional) tendría legitimidad para actuar solamente en lo que se refiere a los derechos políticos y congéneres, así como en relación a la libertad de información, siendo que las demás cuestiones deberían decidirse por la regla democrática de la mayoría. Hart Ely se contrapone a diversos otros teóricos, como R. Dworkin, que claramente considera que los derechos fundamentales no deberían dejarse a la decisión por la mayoría. Y Michael C. Dorf de *Columbia Law School*, expresa que si lo que se quiere es crear límites para preservar la democracia, nada mejor que vincular la interpretación constitucional al principio democrático, pero nunca impedir la apreciación por parte de la Suprema Corte.

Por fin, pero aún en esta misma línea, algunos autores en Brasil sostienen que la Justicia Constitucional está legitimada cuando promueve la dignidad de la persona humana (v. Souza Neto, 2005). Como es el caso de las decisiones sobre políticas públicas o la concretización de los derechos sociales.

## APRECIACIÓN CRÍTICA

Quiero como parte final, presentar algunas consideraciones críticas sobre tesis e ideas con respecto a la legitimidad y legitimación de la Justicia Constitucional.

Los derechos fundamentales, exactamente en razón de su imprecisión, poseen una “importante” funcionalidad, cual sea la de servir de soporte argumentativo para cualquier individuo que tenga desacuerdo con determinada ley. Es decir, el discurso de que los derechos fundamentales puedan ser útiles y hábilmente manipulados para rechazar la aplicación de cualquier ley. La consecuencia lógica es que el destino de toda y cualquier ley deja de depender de la propia voluntad legislativa, pasando a ser decidida por los magistrados o por la Justicia Constitucional y su concepción sobre el alcance y sentido de los derechos fundamentales expresados en la Constitución.

En este punto reside el mayor peligro de los Derechos Fundamentales: relativizar la importancia del órgano Legislativo y de la propia Democracia en la sociedad.

Teorías apoyadas exclusivamente en el buen desempeño de los derechos fundamentales pueden generar, irónicamente, la banalización y la debilidad de la teoría de los derechos fundamentales, por el exceso en su uso. La “dignidad de la persona humana”, en incesante e incansable referencia en la actualidad, es un ejemplo claro del excesivo uso, expresión reputada por muchos como una especie de *mantra* jurídico.

Lo que se necesita saber es cómo se podría conciliar la existencia de un rol de derechos fundamentales y el ejercicio democrático; es decir, como podría la Justicia Constitucional actuar, en casos que involucren derechos fundamentales, sin perjuicio para el anhelo democrático. O aún, cómo los derechos fundamentales pueden legitimar la Justicia Constitucional, sin menospreciar el Parlamento. Y cómo el Parlamento puede tener su propio papel sin dejar de estar vinculado a los derechos fundamentales.

La cuestión de involucrar derechos fundamentales debe considerarse, de pronto, como un *hard case*. En tales casos, dada la imposibilidad de una única decisión correcta, el magistrado sería, para muchos teóricos, forzado a decidir en beneficio de la ley, bajo la justificación de que, no obstante a las preferencias del propio magistrado, la imposición de la ley es coherente con las premisas constitucionales *lato sensu*, y, más importante que eso, por la constatación de que la ley fue aprobada por un procedimiento democrático, en el que, incluso los que eran contrarios a ella tuvieron la oportunidad de exponer sus discrepancias.

Sin embargo, esa posición encierra por sí sola una trampa, y encuentra restricciones teóricas severas. Esa tesis acaba retrocediendo a una posición de supremacía del Legislativo o, como mínimo, debilita la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales.

Es una propuesta que se aproxima a la de Dieter Grimm, de que asuntos no suficientemente definidos en la Constitución se dejen para decisión por instancias renovables por el voto, que puedan ser responsabilizadas periódicamente en las elecciones.

Mi propuesta, en breve síntesis, la cual desarrollé en mi obra *Teoría de la Justicia Constitucional* publicada en 2005, es la de que a la Justicia Constitucional no se la debe impedir de actuar en defensa de la Constitución, siendo la llave de su legitimidad, entre otras, la existencia de un pluralismo en su composición, lo que solo se asegura con una forma de composición específica, por medio de la participación de diversas fuerzas sociales. Además de eso, son elementos que legitiman la Justicia Constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales la existencia de mandato para los integrantes (composición renovable) y la apertura del Tribunal, de manera que forme un espacio público inclusivo (dialógico), con audiencias públicas, etc. Si la Justicia Constitucional tiene la alta atribución y encargo

de defensa de la Constitución, sería inconsistente con esa premisa que la Justicia Constitucional no pudiese actuar justamente en el campo de los derechos fundamentales.

Por fin, téngase en cuenta que en diversos países, como ocurre en Brasil, la Justicia Constitucional está legitimándose por su actuación intensa y promotora de los derechos fundamentales (v. AGRA, 2005; Tavares, 2005; 2007), incluso de los derechos sociales, rescatando el compromiso y la promesa constitucional, compromiso éste abandonado por los poderes elegidos. La legitimidad en el ámbito de los derechos fundamentales, no puede considerarse como predefinida y perpetua. Como recuerda Rothenburg, "Quien ejerce el poder legítimamente asumido, debe hacerlo de modo de legitimarse".

## BIBLIOGRAFÍA

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch: The supreme court at the bar of politics*. Yale Univ. Press, 1986.

BALAGUER CALLEJON, Maria Luisa, *La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*. Madrid: Editorial Civitas, 1990. (Civitas Monografías).

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1985.

———. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1986.

———. *Justice in Robes*. Cambridge: The Belknap Press, 2006.

ELY, Jonh Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. 12. reimpr. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1998. 268 p. 1. ed.: 1980.

FIX-ZAMUDIO, Héctor *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales* [1. ed.]. Madrid: Civitas; México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. (Estudios Comparativos, n. 21).

FREEMAN, Samuel. "Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade". In: *Lua Nova*, São Paulo: CEDEC, n. 32, 1994. p. 181-199.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Tradução de: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation*, 1975.

———. *Jurisdição constitucional como força política*. In: TAVARES, André Ramos (coord.). *Justiça Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 57-82.

KELSEN, Hans. *La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)*. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. 1928.

PERRY, Michael J. *The constitution, the courts, and human rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University, 1982.

———. *Protegendo Direitos humanos constitucionalmente entricheirados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar?* In: TAVARES, André Ramos (coord.). *Justiça Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competencia como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

———. *O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional Substantiva*. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 2, p. 9-29, 2007.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University, 1999.

———. *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*. New York: W. W. Norton & Company, 2005.

VALADÉS, Diego (compilador) *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

## CASO LEGUÍA: MURIÓ SIN CONDENA PENAL PERO TUVO SENTENCIA MORAL Y ECONÓMICA

Francisco José del Solar \*

El ex presidente de la República Augusto Bernardino Leguía y Salcedo (Lambayeque 1863 – Callao 1932) desempeñó la primera magistratura del país en dos etapas diferentes. La primera de 1908 a 1912; y, la segunda, de 1919 a 1930.

Su primer mandato solo podría ser cuestionado porque estuvo henchido de su fuerte personalidad y severo autoritarismo. Actitud antidemocrática que nuestro desmemoriado pueblo pronto olvidó, por lo que le volvió a elegir en 1919. Asimismo, los peruanos de entonces, ignoramos o no quisimos reparar en las sentencias históricas formuladas desde el gran historiador greco-romano Polibio (200-125 a.C.), en el sentido de que: “la experiencia sirve para pronosticar el futuro por conjeturas de lo pasado” hasta las expresadas, casi en el mismo sentido, de los historiadores y filósofos italianos Juan Bautista Vico (1668-1744) y Benedetto Croce (1866-1952), de que los pueblos que olvidan su historia están condenados a repetirla.

La segunda etapa comprende tres períodos presidenciales que la historia se ha encargado de identificarla como “el Oncenio”. Son 11 años de gobierno (1919-1930) de la mayor corrupción, ilegalidad, dictadura, iniquidad que la historia patria registró desde nuestra independencia nacional, es decir, desde 1821 hasta 1919. Superó con creces las ilicitudes y corrupciones de las administraciones de los generales Agustín Gamarra

---

<sup>(\*)</sup> Abogado por la PUCP y por la U. Central de Venezuela (UCV). Maestro en Derecho Penal. Postgrados en Historia y en Comunicaciones. Profesor de Historia del Derecho Peruano en la UIGV.

Messia y Rufino Echenique Benavente. Aún respecto de este último, cuyo mandato presidencial de 1851 a 1854 se vio coronado por la dilapidación del erario nacional, cuando todavía el Perú todavía contaba con los recursos del guano de la isla.

El estudio, análisis e interpretación tanto del Oncenio leguista como del arbitrario y abusivo proceso al que fue sometido el ex-dictador, ya lo hemos trabajado y publicado (Vid. *Jurídica* N° 223 y N° 264, de 4-11-2008 y 18-08-2009, respectivamente). Ello nos releva de mayor reiteración. En todo caso, el propósito de este artículo es dejar claramente establecido la condición jurídica en la que falleció Leguía, habida cuenta que, queriéndolo o no, se ha incurrido en error o tergiversación de la realidad, ora por carecer de fuentes directas precisas, ora por falta de seriedad en la investigación histórica, ora por escribir con facilidad pero sin rigurosidad precisando los conceptos, ora por desconocimiento, ora por atender a intereses creados, etc.

En concreto, Leguía fue sentenciado el 7 de enero de 1931, por la Segunda Sala del Tribunal de Sanción Nacional. La sentencia fue de carácter moral y económico. Se le impuso la obligación de devolver al Fisco 25 millones de Soles Oro y, asimismo, se dispuso que el expediente se remita al Tribunal Correccional para los efectos del juicio penal correspondiente, de acuerdo con la legislación pertinente. Pues bien, en este contexto, el aludido fallo se limitó a resolver el ilícito enriquecimiento del ex dictador y sus hijos, y los sancionó a la devolución del dinero indebidamente ganado, apropiado o hurtado, Empero, de ninguna manera fue una condena penal, pues, no hubo expresa disposición de privación de la libertad, la cual solo podía ser restringida por el mencionado Tribunal Correccional. De tal manera que, *strictu sensu*, la detención de Leguía era ilegal e inconstitucional por carecer de mandato judicial estando solo vigente la orden militar de su captor que contaba con el respaldo popular.

En este orden de ideas, hay que precisar que a la fecha no existe en archivo alguno, expediente y/o documento que acredite que hubo continuación del proceso seguido en el Tribunal de Sanción Nacional en el Tribunal Correccional. Por lo menos, nosotros lo hemos buscado hasta agotarnos y no lo hemos encontrado al igual que otros ilustres colegas.

El juicio penal fue esperado y exigido sin cesar tanto por Leguía como por su abogado defensor, Alfonso Benavides Loredó (1893-1939). De ahí que, según Benavides, más de una vez, el ex dictador expresó: "Ni se me quiere oír, ni se me condena", tal como aparece en las declaraciones dadas por él al fallecimiento del ex presidente (Vid. *La Crónica*, de 6-02-1932).

Con la precisión del investigador acucioso y de la búsqueda del dato certero, nuestro colega, maestro y amigo, Domingo García Belaunde (Lima, n. 1944), nos informó de la sentencia del Tribunal de Sanción Nacional, del

7-01-1931. Ella había sido publicada al día siguiente en el diario *Libertad*, Año I, N° 113, p. 3 (Jueves, 8-01-1931). Le fue alcanzada por el juez penal Eduardo Contreras Morosini, con quien, dicho sea de paso, estudiamos en la PUCP. Sentencia de la que da razón, muy brevemente, el historiador Jorge Basadre Grohmann (Tacna 1903-Lima 1980), en su magistral e inigualable *Historia de la República*. Y, asimismo, originalmente, lo hizo Alfonso Benavides Correa (1924-2005), en el opúsculo que publicó en 1952 en homenaje a su padre, el defensor de Leguía (Vid. *Leguía. Defensa Jurídica de Don Augusto ante el Tribunal de Sanción por Alfonso Benavides Loredó*. Lima. 1952).

En los años 60 conocimos a Benavides Correa y él, obviamente, sabía de la existencia de la sentencia en mención, pero no conocía el íntegro de su contenido. Sobre ella conversamos y especulamos muchas veces. La buscamos y no la pudimos hallar, al par que Alfonso (hijo) afirmaba entonces que Leguía había muerto sin ser condenado. Quizá, faltó la precisión de “condena penal”, habida cuenta que todos teníamos la certeza de “la sentencia moral y económica” dictada por la Segunda Sala del Tribunal de Sanción Nacional, tal como ya hemos afirmado.

Con la copia de esta sentencia moral y económica, quisimos comprobar la validez de la fuente indirecta (diario *Libertad*) y nos pusimos a buscar, por segunda vez, en los archivos del Estado. En esta última oportunidad, a tanta insistencia y presión, tuvimos mayor suerte. En el Archivo General de la Nación solo se nos mostró un ejemplar manuscrito que lleva por título “Libro del Tribunal de Sanción Nacional 1931”, en el cual hay una transcripción de unas pocas sentencias entre las que se encuentra la de Leguía. La mayor parte del libro está en blanco y solo lleva la firma del secretario del Tribunal, Juan F. Mendoza, quien da fe de lo que ahí está escrito. No hay expedientes ni otros documentos. El tiempo, las mudanzas, unas manos habilidosas o intereses creados se han encargado de ubicar en el limbo a este proceso penal que quedó interrumpido por la muerte del ex-dictador perseguido y vilipendiado por otro dictador, su implacable persecutor, pero antiguo adulón, comandante Luis Miguel Sánchez Cerro (Piura 1889-Lima 1933), quien falleció un año después de su víctima.

Seguidamente se presenta una cronología de su final y la transcripción textual e íntegra de la aludida sentencia, en cuya parte del fallo queda en evidencia que faltaba el juicio penal correspondiente.

**1930:** 22-08 levantamiento en Arequipa / 25-08 dimisión / 27-08 arriba a Lima el comandante Sánchez Cerro / 27-08 dispone la captura de Leguía / 28-08 Sánchez Cerro asume el poder / 28-08 acusación política / 03-09 preso en el Panóptico (Penitenciaría de Lima); investigación y actuaciones fiscales sin asistencia de abogado / 17-09 inicio del proceso contra Leguía; inestructiva (Primera y última declaración solicitada al encausado) / 30-10 se permitió

a Leguía llamar a su abogado Alfonso Benavides Loredó, quien tuvo dificultad para ejercer la defensa y sufrió prisión / diciembre: acusación de los fiscales Carlos Zavala y Loaiza y Fernando Palacios.

**1931:** 02-01 "Refutación del Dictamen de los Fiscales" por Benavides / 06-01 esta brillante defensa fue publicada por *El Comercio* / 07-01 sentencia de la Segunda Sala del Tribunal de Sanción Nacional, cuyo fallo nunca se comunicó oficialmente y por escrito al encausado ni al abogado defensor / 08-01 Sentencia publicada en el diario *Libertad*; se agrava Leguía, ante la indiferencia de sus captores / 16-11 traslado al Hospital Naval de Bellavista.

**1932:** 05-02 Leguía es operado / 06-02, hora 2.39 a.m., falleció / 06-02 publicación en el diario *La Crónica*.

## SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

### TRIBUNAL DE SANCIÓN NACIONAL \*

#### Segunda Sala

#### Secretaría

Lima, siete de enero de mil novecientos treintiuno.

Vistos los procesos acumulados seguidos contra Don Augusto B. Leguía, ex presidente de la República y sus hijos Augusto, José y Juan Leguía Swayne, y los traídos que se devolverán, de los que resulta: que remitida por el Ministerio de Gobierno la lista de los encausados por enriquecimiento ilícito en las que figuran los anteriormente nombrados, se abrió contra éstos los procesos respectivos, los que seguidos en sus debidos trámites, y observadas las reglas del Decreto-Ley de veintiocho de octubre último, y atendiendo a la estrecha relación de las actividades de los encausados en lo concerniente al enriquecimiento ilícito que se juzga, ha sido necesaria la acumulación de los procesos iniciados contra ellos, a fin de dar unidad a la apreciación de la responsabilidad, toda vez que ésta surge de los mismos hechos en que los encausados han tenido casi siempre participación conjunta, y cuyo mérito procesal no debe fraccionarse; que prestada la declaración por los encausados presentes, Augusto B. Leguía y Juan Leguía Swayne se declaró rebelde a los ausentes Augusto y José Leguía Swayne, por no haber comparecido oportunamente por sí o por medio de apoderado o defensor, que emitido el dictamen fiscal correspondiente, se

---

<sup>(\*)</sup> Hay igualdad en los textos cotejados tanto del Libro del Tribunal como del "Fallo" publicado por el diario *"Libertad"*, Año I, N° 113, p. 3, Lima, jueves 8 de enero de 1931.

corrió traslado a los encausados por el término de ocho días habiendo ab-suelto el trámite de defensa únicamente el abogado de Augusto B. Leguía, y vencido dicho término quedan los procesos expeditos para sentenciar: y **CONSIDERANDO:**

1. Que la abundante prueba reunida en los respectivos autos y anexos patentiza que los procesados Juan, Augusto y José Leguía Swayne han aprovechado de concesiones, contratos, comisiones, primas, etc, etc, por concepto de los cuales han obtenido ingentes sumas de dinero mermados al erario nacional.

2. Que las infinitas y diversas participaciones que se han adjudicado dichos procesados aparecen en primera línea las primas o comisiones recibidas por los Empréstitos Nacionales, por los negociados de "Sasape" y "La Molina", por la explotación del juego en la República, por la venta del opio y demás estupefacientes, por los privilegios y monopolios para la explotación del petróleo y sus derivados, venta de explosivos y otros materiales y la construcción de los más onerosos caminos y carreteras.

3. Que la responsabilidad del ex mandatario Augusto B. Leguía, en todos estos negociados queda asimismo demostrada con las pruebas palpables sobre el carácter de esas especulaciones o contratos en que, contrariando los principios de orden moral y jurídico, ha intervenido ya directamente o por medio de terceras personas, en ventas o compras como las ya indicadas de las haciendas "La Molina" y "Sasape"; en contratos de obras públicas como la del nuevo Palacio de Justicia a cargo de Gildred & Co; en concesiones de terrenos de montaña, petroleras, carreteras, viniendo a aumentar su indebido enriquecimiento los giros hechos en sus cuentas corrientes de los Bancos de esta capital por más de dos millones de soles cuyo aprovechamiento en su favor o el de sus familiares y obsequios a terceras personas, con fincas construidas por su orden, queda especificada en sus talonarios de cheques correspondientes sólo a los últimos cinco años.

4. Que después de producido el dictamen fiscal se trae a este Tribunal nueva prueba de oscuras operaciones comerciales y es la referente a los cheques girados al portador por Rosa E. Chiri, mujer de Arturo Cisneros, rematistas de las casas de juego y tolerancia, por valor de cincuenta y tres mil y sesenta y dos mil soles respectivamente y endosados por don Lisandro Quezada Caisson, al Banco del Perú y Londres, con fecha quince de mayo de mil novecientos treinta, quien en esa misma fecha mueve ese abono en un cheque por noventa y ocho mil soles a la orden del referido Banco que hace ingresar en la cuenta particular de Augusto B. Leguía, como precio de bonos allí pignorados.

5. Que el ejercicio indebido que hacía Augusto B. Leguía de la autoridad suprema no sólo se descubre en la forma y circunstancias que quedan

enumeradas sino que aparece aún más en sus actividades comerciales con las instituciones de crédito de las cuales obtenía prestamos que no hubieran sido concebidos a ningún particular, pues según afirmación de su abogado con algunos tan contrarios a los principios que rigen estas operaciones que si se liquidara, por ejemplo, la sociedad agrícola e industrial de Cañete se irrogaría una pérdida de dos millones de soles a los acreedores, al haberse facilitado más de cuatro millones de soles por bienes que estaban muy lejos de responder a ese valor.

6. Que igualmente persuade del desconocimiento en que vivió el ex mandatario de los más elementales deberes que le correspondían al conocerse los descuentos constantes que hacía de su firma en letras y pagarés ante esas mismas instituciones bancarias, con mengua indiscutible de la alta función que desempeñaba.

7. Que tal situación resulta aún más agravada al saberse que especuló con valores del Estado, como deuda interna del siete por ciento y deuda de amortización del uno por ciento, cuyas fluctuaciones dependen en lo absoluto del poder administrativo; y que garantizó con estos valores muchas de las operaciones bancarias, dejando impagas y sin resguardo otras en que dieron fe a su firma.

8. Que nuestro criterio se afirma al conocer por las comunicaciones, cartas, cablegramas que corren en los archivos de Juan Leguía, la evidente relación y concomitancia de este procesado con los banqueros y prestamistas del Perú señores Seligman And Company, sobre las fuertes primas y comisiones que por concepto de los empréstitos nacionales percibía, participaciones acrecentadas con daño evidente de la nación al haber alejado por este interés la concurrencia de otros banqueros que hubiera permitido aprovechar las propuestas más liberales y de tipos de descuento más favorables sin necesidad de entregar en garantía las más saneadas rentas de la República.

9. Que todos esos negociados o contratos no han podido ser alentados sino por un afán de lucro inmoderado, además del de aportar sumas al erario para subvenir y mantener la desatentada política de derroches que ha dejado exhausta la hacienda nacional.

10. Que la inescrupulosidad en el manejo de las rentas nacionales, puestas de manifiesto como nunca hubiera sido dable imaginar en documentos, escrituras, cartas, etc fue de tal naturaleza que sólo así se explica actos notorios, entre otros muchos como los de cancelación del contrato Dreyfus siendo Leguía apoderado de esa firma, la entrega de la administración del correo a la Compañía Marconi, y venta a perpetuidad de los ferrocarriles de la República a la Peruvian Corporation — precisamente por

quien mantenía en los presupuestos partidas enormes para construcciones ferrocarrileras— y arreglos y liquidación del guano con la misma compañía.

11. Que si no es posible fijar de manera precisa y matemática el monto del enriquecimiento ilícito de los encausados porque no hay medio de apreciar e investigar en esa forma la multitud de primas y comisiones percibidas, que por propia naturaleza escapan a todo control, como tampoco de determinar las sumas dilapidadas en la vida dispendiosa que llevaron o en las especulaciones a que se dedicaron, cabe llegar a una suma aproximada globalmente por la efectiva solidaridad que ha existido entre los cuatro procesados, respondiendo a los distintos renglones contenidos en los anteriores considerandos como a los enormes gastos hechos por esas personas, y a los informes de los contadores, no puede dejar de alcanzar a la cantidad de veinticinco millones de soles oro.

12. Que nada disminuye o destruye la calificación del enriquecimiento ilícito que dejamos establecidas, la situación de insolvencia en que se presentan los procesados, porque es lógico suponer que ocultan grandes capitales en valores o en depósitos en el extranjero o que han dilapidado en operaciones ruinosas el dinero extraído a la nación, debiendo en cualquiera de estos supuestos condenárseles a reintegrarlo con los bienes embargados e incautados o con los que posteriormente puedan ser descubiertos como de su propiedad.

#### **POR TANTO:**

De conformidad, con el dictamen de los señores Fiscales, cuyos fundamentos se reproducen **FALLAMOS** a nombre de la Nación, y con el criterio de conciencia que la ley nos ha concedido, que han incurrido en ilícito enriquecimiento Augusto B. Leguía, Augusto Leguía Swayne, José Leguía Swayne y Juan Leguía Swayne; fijamos en veinticinco millones de soles oro el monto de la responsabilidad monetaria que conjuntamente les afecta; ordenamos su restitución al Estado, en la cantidad que sea posible, previo el pago de los créditos preferenciales respectivos; y establecemos que los procesados serán responsables económicamente por la cantidad que quedare insatisfecha; disponemos se saque copia certificada de los documentos que forman el anexo "B", referente a las casas de juego y tolerancia, y se remita al Tribunal Correccional, para los efectos del juicio penal correspondiente, en armonía con lo dispuesto en la última parte del artículo treinta y siete del Estatuto-Ley; y mandamos pase este expediente y sus anexos junto con los créditos presentados por los acreedores, a la primera Sala de este Supremo Tribunal, para los efectos del citado artículo treinta y siete, parte primera. Carlos Augusto Pásara; Manuel A. Sotil; Enrique F. Maura; Daniel Desmaisson; Alberto Panizo S.; Juan F. Mendoza. Secretario.

**CERTIFICO**, que el voto de los señores Vocales, Capitanes Desmais-  
son y Panizo es en todo conforme, excepto en cuanto a la cantidad del  
enriquecimiento ilícito que la estiman en cincuenta millones de soles  
oro- Mendoza. Secretario.

# VII CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN DE CONSTITUCIONALISTAS DE ESPAÑA “TREINTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN” \*

José F. Palomino Manchego \*\*

## I. PRELIMINARES

Encontrándose todavía en su frescor, no deseamos pasar los días sin detener las labores académicas para dedicarnos a redactar la crónica del *VII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE)*, cuyo título fue “Treinta años de Constitución”, y que se llevó a cabo durante los días 22 y 23 de enero de 2009 en los amplios y cómodos ambientes del Palacio del Senado que está ubicado en la Plaza de la Marina Española, muy cerca a la Gran Vía y al prestigioso Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

En esta ocasión, la Villa y Corte de Madrid que en aquellos días era azotada por fuertes vientos, al igual que toda Europa, acogió a más de un centenar de participantes que se dieron cita al evento de altísimo valor científico. Madrid, antigua fortaleza musulmana, hoy capital de España, la que visitamos por vez primera hace 22 años, siempre nos trae encantos recordatorios: museos, empezando por el Museo Nacional del Prado;

---

(\*) Congreso realizado en el Palacio del Senado, el 22 y 23 de enero de 2009.

(\*\*) Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Universidad San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

exposiciones, conciertos, deportes, escenarios, parques y jardines, tales como el Real Jardín Botánico, situado entre el Paseo del Prado y Atocha, monumentos, tabernas, ferias, congresos, eventos, etc.

Importa significar que todavía estaba vivo en la memoria de los asistentes el desarrollo del VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, que tuvo lugar en Cádiz, catalogada razonablemente como “Ciudad constitucional”, durante los días 24 y 25 de enero de 2008, donde se discutió un tema de actualidad: “El Poder Judicial”, y del cual dimos cuenta en su momento. (*Vid.* Jurídica, nº 204, Lima, 24 de junio de 2008)

## II. DESARROLLO DEL CONGRESO

Anotemos en una breve síntesis global, sin pretensiones más ambiciosas, el desenvolvimiento del VII Congreso.

### Jueves 22 de enero

Siendo las 09:15 horas se llevó adelante la acreditación de los congresistas asistentes y la entrega de la documentación respectiva, con las más delicadas atenciones, en especial de las ponencias debidamente impresas. Luego, a las 10:00 horas en la Sala Europa tuvo lugar la sesión solemne de apertura del congreso. La mesa de honor estuvo integrada por Javier Rojo García (Presidente del Senado), María Teresa Fernández de la Vega Sanz (Vicepresidenta Primera del Gobierno y Portavoz del Gobierno) y Javier García Roca (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense y Presidente de la Asociación de Constitucionalistas de España).

Los primeros desarrollos expositivos los dio Rojo García, quien dirigiéndose al atento auditorio dijo que la Constitución española de 1978 es un texto en el que todos nos hemos sentido cómodos y libres, habiendo garantizado el pluralismo político. Por tanto, hay un compromiso colectivo de 30 años, y que de ninguna manera se pueden ignorar las insuficiencias y deficiencias. Concluyó diciendo que, entre otros temas, la reforma del Senado español sigue preocupando, para lo cual, hay que ofrecer propuestas justificadas.

A continuación, Fernández de la Vega Sanz, citando al humanista y filósofo valenciano Juan Luis Vives (1492-1540), manifestó que: “no hay espejo mejor que el que se refleje en sus palabras”. Dirigiéndose al auditorio expresó que “al ver caras jóvenes hay una buena salud de nuestro constitucionalismo, y que tuvimos que aprender el lenguaje de la libertad a través de la palabra que se llama Constitución”. Recordó al pensador

alemán Peter Häberle, con el fin de entender a la Constitución como cultura, y concluyó sosteniendo que al cumplirse los 30 años de la Constitución se ha alcanzado la madurez, que hay ciudadanos nuevos. Por tanto, estamos frente a una sociedad democráticamente madura, y que celebrar la Constitución es celebrar la ciudadanía.

A su turno, García Roca sostuvo con hondura que el hecho de celebrar tres décadas de la Constitución debe ser de gozo para todos, lo cual permite vivir un verdadero Estado de Derecho. Añadió que el congreso permitirá hacer un balance sobre el estado de la Constitución de 1978, para lo cual, se abordarán temas concretos en las diferentes mesas de trabajo.

La mesa sobre *La reforma del Senado*, presidida por Batllori Isidre Molas (Vicepresidente Primero del Senado), se desarrolló en la Sala Europa, donde Óscar Alzaga Villaamil (UNED) actuó como moderador y relator. Los ponentes fueron: 1. Juan José Ruiz Ruiz (Universidad de Jaén): “Nudo gordiano y ‘Talón de Aquiles’ en la reforma de la composición del Senado: Voz, lealtad y paradigmas dogmáticos de la territorialidad”; 2. Piedad García-Escudero Márquez (Universidad Complutense): “Las funciones de un futuro Senado: Cuestiones en el Informe del Consejo de Estado”; y 3. Ángel Garrorena Morales (Universidad de Murcia): “Nuevas condiciones desde las que replantear el cometido de la doctrina respecto de la reforma del Senado”.

Al finalizar estas exposiciones Óscar Alzaga —dueño de una sutil inteligencia— hizo una magistral y apretada síntesis de cada una de las ponencias, tarea que también asumieron con sentido académico los otros moderadores y relatores.

A las 14:00 horas los organizadores ofrecieron a los asistentes, al igual como sucedió en Cádiz, un excelente cocktail-almuerzo en las dependencias del Senado. Se sirvieron diversos platos típicos, como también las infaltables tapas, que vienen a ser una costumbre arraigada en Madrid, tales como del excelente jamón de cerdo ibérico, ostras, anchoas con tomate, tortillas de cebolla y de patata, patatas al ajillo, solomillo, las jugosas y variadas empanadas, gambas cocidas, embutidos de jamón y lomo, croquetas, entre otros, y los buenos vinos de Jerez, Cáceres y gallegos.

A las 16:30 horas, siguiendo estrictamente el programa, se reinició las sesiones de trabajo en dos mesas. La mesa sobre *Las reformas de los Estatutos y del Título VIII*, presidida por Juan José Lucas Giménez (Vicepresidente Segundo del Senado) se realizó en la Sala Europa, donde actuó como moderador y relator Pedro Cruz Villalón (Universidad Autónoma de Madrid) y como ponentes estuvieron 1. Marc Carrillo López (Universidad Pompeu Fabra): “Las reformas de los Estatutos y del Título VIII”; 2. María Jesús García Morales (Universitat Autònoma de Barcelona): “Las relaciones de

colaboración en el Estado autonómico a los treinta años de Constitución”; y 3. Octavio Salazar Benítez (Universidad de Córdoba): “La autonomía local en serio”.

La mesa sobre *Constitución y Unión Europea*, presidida por Carmen Alborch Bataller (Secretaria Primera del Senado), se llevó a cabo en la Sala Clara Campoamor, contando con Pablo Pérez Tremps (Magistrado del Tribunal Constitucional) como moderador y relator. Fueron ponentes: 1. Rafael Bustos Gisbert (Universidad de Salamanca): “Integración europea y Constitución Española: ¿Tancredismo, desnudez o invisibilidad?”. 2. Juan Ignacio Ugartemendía Eceizabarrena (Universidad de País Vasco): “La eficacia ‘federalizante’ de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Análisis de sus manifestaciones en el Derecho penal”; y 3. Tomás de la Quadra-Salcedo Janini (Universidad Autónoma de Madrid): “El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos”.

A las 21:00 horas se ofreció una cena estupenda en el Hotel Tryp Ambassador que se encuentra muy bien situado en el centro histórico de Madrid, en la Cuesta de Santo Domingo, 5 y 7. Con anterioridad fue el antiguo Palacio de los Duques de Granada de Ega, del que mantiene su estructura original. Además está decir que los asistentes saborearon los exquisitos platos provenientes de la respetable comida madrileña. No en vano se dice que Madrid es una ciudad hecha para *gourmets* culturales, *gourmets* de la noche, *gourmets* de las tiendas y, por supuesto, *gourmets* gastronómicos.

### **Viernes 23 de enero**

A las 09:30 horas se reiniciaron las sesiones de trabajo, con agradable ánimo pese al frío y la lluvia, en dos mesas. La mesa sobre *Ciudadanía e integración*, presidida por Matías Conde Vásquez (Secretario Tercero del Senado), se realizó en la Sala Clara Campoamor, que tuvo como moderador y relator a Pablo Santolaya Machetti (Universidad de Alcalá de Henares). Fueron ponentes: 1. Benito Aláez Corral (Universidad de Oviedo): “Ciudadanía democrática, multiculturalismo e inmigración”; 2. David Moya Malapeira (Universidad de Barcelona): “La integración social de los extranjeros en España: algunas notas sobre su conceptualización jurídica”; y 3. Juana Goizueta Vértiz (Universidad del País Vasco): “Algunas consideraciones acerca de la residencia como criterio de atribución de derechos a los inmigrantes”.

La mesa sobre *Relaciones Gobierno-Cortes: sistema parlamentario*, presidida por Ramón Rabanera Rivacoba (Secretario Cuarto del Senado) tuvo lugar en la Sala Europa, teniendo como moderador relator a José

Luis Cascajo Castro (Universidad de Salamanca). Las ponencias fueron: 1. “Reflexiones sobre el control parlamentario de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas”, por Óscar Sánchez Muñoz (Universidad de Valladolid); y 2. “Balance de 30 años de relación entre Gobierno y Cortes en materia presupuestaria”, por Isabel M. Giménez Sánchez (Universidad Autónoma de Madrid).

Aún tenemos que añadir lo siguiente: cuando el reloj marcaba las 12:00 horas se llevó a término la Asamblea General de la Asociación de Constitucionalistas de España, la misma que estuvo presidida por Javier García Roca. Le correspondió a Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Catedrático de la Universidad de Jaén, en su condición de secretario de la Asociación, realizar la exposición —somera pero precisa— del Informe de la Asamblea General. Siguiendo el orden del programa, a las 13:00 horas los relatores de las mesas expusieron ante los presentes, que seguían con singular atención la cita académica, las principales conclusiones de los temas abordados.

Por si fuera poco, a las 13:30 horas tuvo lugar la sesión solemne de clausura del congreso. En representación de María Emilia Casas Baamonte, a la sazón, Presidenta del Tribunal Constitucional, quien se encontraba fuera de España en un evento académico, habló el Vicepresidente del Alto Tribunal, Guillermo Jiménez Sánchez. Calificó a dicho órgano constitucional como “la joya de la corona”, resaltando su importancia en el acto de clausura del congreso. De igual manera, destacó la importancia que reviste la jurisdicción constitucional, y reconoció las intensas horas de trabajo que se vivieron en el congreso. Finalmente, nos resta ya decir que Javier García Roca, cerrando la jornada, agradeció la convocatoria de todos los participantes, y a quienes asumieron con entereza y responsabilidad la organización del congreso, que, al hilo de un programa bien sistematizado, a la postre llegó a buen puerto.

Nos complace sobremanera recordar que, aparte de los colegas arriba señalados, coincidimos en la jornada académica, una vez más, con los constitucionalistas españoles, todos dueños de una gran cordialidad humana y descollando en la nobilísima labor universitaria: Javier Tajadura Tejada, quien es mi compañero de aventuras europeístas, Roberto L. Blanco Valdés, Paloma Biglino Campos, los hermanos Pablo y Enrique Lucas Murillo de la Cueva, Antonio Torres del Moral, Miguel Revenga Sánchez, Francisco J. Bastida Freijedo, Raúl Canosa Usera, Alberto Pérez Calvo, Ángel J. Gómez Montoro, Fernando Rey Martínez, Carlos Vidal Prado, Juan Fernando López Aguilar, Nicolás Pérez Sola, Alberto Anguita Sussi, Mayte Salvador Crespo, José Julio Fernández Rodríguez, Ana María Gude Fernández, Vicente Sanjurjo Rivo, Joaquín Brage Camazano, Javier Pardo Falcón, Juan María Bilbao Ubillos y Fernando Santaolalla López. También tuvimos la

ocasión de estrecharle un fuerte abrazo al joven profesor mexicano Alfonso Herrera García, quien acaba de concluir, con notable éxito, sus estudios doctorales en la Universidad Complutense de Madrid.

De este modo, durante los dos días que tuvo lugar la cita académica en Madrid, los diversos ponentes expusieron, con una insuperada constancia, sus ponencias, al igual que los asistentes formularon diversas y provechosas preguntas, dentro de los párrafos constitucionales, sobre cada uno de los temas discutidos. (Las ponencias se pueden consultar en el sitio web: <http://www.acoes.es>.)

### III. REFLEXIONES FINALES

El VII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, no cabe dudarlo, permitió a los asistentes y conferencistas llevar a cabo un debate jugoso y provechoso. Lo cual demuestra que, a modo de conclusión provisional, la Constitución española de 1978 se encuentra en su definitiva maduración, sin desconocer por cierto que, al igual que cualquier texto político, también es hija de su época.

Y en lo que hace al tema de fondo del congreso: “La reforma del Senado”, diremos que desde su debate inicial (proceso constituyente) hasta su consagración en el artículo 69 de la Constitución española de 1978, conforme sostiene el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, Francisco Fernández Segado: “...*atravesó por vicisitudes bien diversas (...) adquirió muy diversas fisonomías, (...) y vinculó estrechamente su suerte al diseño general del Estado autonómico...*”. Los expositores y asistentes del VII Congreso también lo reafirmaron.

### IV. APÉNDICES

#### 1. Organización Académica del Congreso

1. Los moderadores de cada mesa distribuirán los contenidos de los trabajos, asegurándose del carácter complementario de las ponencias y ponderando, junto a otros factores, la especialización acreditada como investigadores de los ponentes. Asimismo expondrán, como relatores, las ideas principales de las comunicaciones presentadas al Congreso en no más de quince minutos. Y moderarán el ulterior debate.

2. Los ponentes entregarán un texto escrito que no sobrepase las 25 páginas con la fecha límite del lunes 12 de enero, para que pueda ser colgado en la página web de la ACE y los asociados puedan leer las ponencias

antes de asistir al Congreso y participar en el debate.

3. Los asociados a la ACE podrán presentar comunicaciones a las mesas con una extensión no superior a 20 páginas. Un comité de selección, motivadamente, admitirá, rechazará o sugerirá la corrección de las comunicaciones y las revisará, de nuevo, antes de la publicación.

4. No más tarde del 31 de marzo, ponentes y comunicantes deberán presentar la versión definitiva de sus textos para la edición. Los moderadores deberán acompañar un breve resumen del contenido de cada debate en no más de seis páginas.

5. Las Actas de este Congreso Extraordinario de la ACE serán objeto de publicación.

## **2. Normas de publicación de las actas de los congresos ACE**

La Junta Directiva de la ACE ha aprobado las siguientes normas de publicación de las actas de los congresos celebrados por la Asociación, que regirán a partir del que va a tener lugar en Madrid en enero de 2009:

Las versiones definitivas de las ponencias y comunicaciones deberán enviarse al coordinador del congreso, en formato electrónico, en un plazo máximo de 30 días después de su celebración.

Los originales serán revisados por una comisión compuesta por un miembro de la Junta de la ACE, designado por ésta, por el coordinador del congreso y los moderadores/relatores de las distintas mesas.

La comisión podrá solicitar informes a expertos para valorar la calidad de los originales recibidos.

La comisión podrá solicitar a los autores de los originales que revisen sus escritos para su publicación, estableciendo un plazo adecuado para ello.

Madrid, enero de 2009

# DOCUMENTOS

---

# LA DEMANDA DEL PERÚ ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO DE LA DELIMITACIÓN MARÍTIMA CON CHILE

Gustavo Meza-Cuadra \*

El Perú ha recurrido a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para resolver la controversia que mantiene con Chile sobre la delimitación de sus espacios marítimos.

Al hacerlo ha obrado conforme a lo que establece el derecho internacional para la solución pacífica de controversias, en particular la Carta de las Naciones Unidas y la Resolución 2625 de la Asamblea General que contiene la Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados.

La decisión de recurrir a la CIJ también se ajusta a la Declaración de Manila, aprobada por Resolución 37/10 de la Asamblea General en 1982, en la que se destaca el recurso a la jurisdicción internacional como una de las vías para solucionar pacíficamente las controversias y se señala que “el recurso al arreglo judicial de las controversias jurídicas, en particular su remisión a la Corte Internacional de Justicia, no debería ser considerado un acto inamistoso entre los Estados”.

La CIJ es el órgano jurisdiccional principal de las Naciones Unidas, establecido en 1945. El respeto y confianza de la comunidad internacional a este órgano judicial se ha fortalecido en las últimas décadas, lo cual se refleja en el incremento del número y materias de los casos sometidos a la Corte

---

(\*) Funcionario del Servicio Diplomático de la República del Perú, con categoría de Ministro, que colabora con la *Revista Peruana de Derecho Público* a título personal.

por los países miembros de las Naciones Unidas, como lo ha destacado recientemente su Presidente, Hisashi Owada. El señor Owada también ha señalado que “el tema de delimitación marítima, especialmente respecto a la delimitación de la plataforma continental y la zona económica exclusiva, ha sido materia de muchas disputas que han sido sometidas a la Corte, desde el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte en 1969”.<sup>1</sup>

El recurso a la CIJ ha sido posible en virtud de que ambos países son parte del “Tratado Americano de Soluciones Pacíficas” del 30 de abril de 1948, más conocido como Pacto de Bogotá. De conformidad con el artículo xxxi de dicho Tratado, ambas partes han reconocido la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas.

El proceso se inició el 16 de enero de 2008 con la presentación de la Demanda por el Agente del Perú, Embajador Allan Wagner. En este documento el Perú describe la naturaleza de la controversia, presenta los hechos relevantes y los fundamentos legales en que sustenta la jurisdicción de la Corte para este caso. Igualmente, la Demanda incluye los fundamentos legales de la reclamación peruana y la decisión requerida a la Corte. La demanda es un documento de carácter público que puede ser consultado en el portal electrónico de la Corte.<sup>2</sup>

Posteriormente, el 19 de marzo de 2009, el Perú presentó su Memoria, que es un documento detallado con los argumentos de hecho y de derecho que fundamentan la demanda. Este documento, al igual que la Contramemoria que deberá presentar Chile antes del 9 de marzo de 2010, así como la Réplica y Dúplica que muy probablemente presenten el Perú y Chile respectivamente, conforman la fase escrita, la cual está sujeta al principio de la reserva.

Concluida la fase escrita, la Corte fija fecha para la fase oral que tiene lugar en el Palacio de la Paz en La Haya y que es de carácter pública y se permite el acceso a la documentación presentada por los países. Una vez terminada la fase oral, la Corte se toma un tiempo prudencial para la elaboración del fallo, que tiene carácter inapelable, y que es leído en audiencia pública en el Palacio de la Paz con la presencia de las dos partes, el cual tendrá fuerza obligatoria para ellas desde el día de su lectura.

Con relación a la materia de la controversia, cabe destacar que la Demanda señala dos cuestiones claramente diferenciadas. La primera se refiere a “la delimitación del límite entre las zonas marítimas de los dos Estados en el Océano Pacífico, que comienza en un punto en la costa

---

<sup>(1)</sup> Discurso del Juez Hisashi Owada, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, ante la 64 Asamblea General de Naciones Unidas, 29 de octubre de 2009.

<sup>(2)</sup> Por este motivo las referencias y citas de la posición peruana incluidas en el presente texto son tomadas exclusivamente de la demanda.

denominado 'Concordia' conforme al Tratado del 3 de junio de 1929'. La segunda comprende "el reconocimiento a favor del Perú de una vasta zona marítima que se sitúa dentro de las 200 millas marinas adyacentes a la costa peruana, y que por tanto pertenece al Perú, pero que Chile considera como parte de la alta mar".

La primera cuestión corresponde a un problema frecuente entre países con costas adyacentes, que consiste en la superposición de derechos en sus respectivas aguas bajo jurisdicción nacional. Al respecto, el Perú ha solicitado a la Corte "que determine el curso del límite marítimo entre los dos Estados conforme al derecho internacional". Según el derecho internacional, a falta de un acuerdo entre las Partes respecto a la delimitación de sus respectivas zonas marítimas y en ausencia de circunstancias especiales que cuestionen la aplicación de la línea equidistante, es esta línea la que permite arribar a un resultado equitativo.

En su demanda el Perú señala que "las zonas marítimas entre el Perú y Chile nunca han sido delimitadas ni por acuerdo ni de alguna otra forma", pero también indica que "Chile sostiene que ambos Estados han acordado una delimitación marítima que comienza en la costa y continúa a lo largo de un paralelo de latitud". Al respecto, las autoridades chilenas en diversas oportunidades han declarado que los límites marítimos se habrían fijado en dos instrumentos internacionales: La Declaración sobre Zona Marítima de 1952, más conocida como Declaración de Santiago, y el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954.

Esta diferencia de posiciones constituye la parte medular de la controversia, que será tratada en profundidad a lo largo del proceso, el cual por ahora se encuentra sujeto a la reserva. Sin embargo, con el fin de que se tenga una visión general de la posición peruana, la Cancillería publicó el 1 de julio de 2008, antes de la presentación de la Memoria, un Documento Informativo con fines exclusivamente de divulgación interna, pero que permite apreciar claramente que los instrumentos de 1952 y 1954 no son acuerdos de límites y que la delimitación marítima es un asunto pendiente entre el Perú y Chile.

Respecto al segundo aspecto de la controversia, el Perú ha señalado en su demanda que conforme a las normas y principios del derecho internacional, "el Perú también tiene derecho a los espacios marítimos que se encuentran dentro de las 200 millas marinas medidas desde sus líneas de base y que, a la vez, se encuentran fuera de las 200 millas marinas medidas desde las líneas de base chilenas", pero que Chile considera parte de la alta mar. Por eso el Perú también ha solicitado a la Corte en su demanda que "reconozca y declare que el Perú posee derechos soberanos exclusivos" en esa área marítima.

De acuerdo al Estatuto de la Corte, el Estado demandado puede presentar excepciones preliminares, es decir cualquier excepción a la competencia de la Corte o a la admisibilidad de la solicitud, o cualquier otra excepción sobre la cual el demandado pide que la Corte se pronuncie antes de continuar el procedimiento sobre el fondo, pero ésta deberá ser presentada a más tardar en el plazo de tres meses a partir de la presentación de la Memoria por la parte demandante. El efecto inmediato de una excepción preliminar es que al recibo de la misma se suspende el procedimiento sobre el fondo, hasta que la Corte resuelva sobre la excepción planteada.

El plazo para que Chile presentara excepciones preliminares venció el 19 de junio de 2009, por lo que la Corte necesariamente tratará el fondo de la controversia.

Esta circunstancia, de alguna manera acorta los plazos del proceso, que ya de por sí son largos y que varían en función de la complejidad de los casos y la carga procesal de la Corte. Conscientes de estos plazos, las autoridades peruanas han subrayado que se trata de una controversia jurídica que debe mantenerse en ese ámbito y no debe afectar el dinamismo de la variada agenda bilateral, que comprende asuntos políticos, comerciales, de inversiones y de cooperación, entre otros. Al respecto, el gobierno peruano ha expresado su satisfacción por las señales que ha recibido de las futuras autoridades del gobierno que se instalará en Chile el 11 de marzo de 2010, que irían en el mismo sentido.

Lima, diciembre de 2009

## **Información puesta a conocimiento del público por la Cancillería Peruana sobre el caso de la delimitación marítima entre el Perú y Chile<sup>3</sup>**

### **El Decreto Supremo N° 781 de 1947**

Con el fin de proteger, conservar y utilizar los recursos naturales existentes en el mar adyacente a las costas nacionales, mediante Decreto Supremo N° 781 del 1 de agosto de 1947 el Perú proclamó soberanía y jurisdicción en una zona comprendida entre dichas costas y una línea imaginaria paralela a ellas y trazada sobre el mar a una distancia de 200 millas marinas, medida siguiendo los paralelos geográficos.

El Perú se reservó el derecho de “modificar dicha demarcación de acuerdo con las circunstancias sobrevinientes por razón de los nuevos descubrimientos, estudios e intereses nacionales que fueren advertidos en el futuro”. Es decir que dicha medición se efectuaba con carácter provisional y era, por tanto, susceptible de modificación.

El Decreto Supremo N° 781 no estableció en modo alguno el límite marítimo entre el Perú y Chile, ya que los límites marítimos entre dos países no son susceptibles de ser determinados unilateralmente, sino que deben ser producto de negociación entre los Estados concernidos. Así lo establece la normativa internacional del Derecho del Mar, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

### **La Declaración sobre Zona Marítima (Declaración de Santiago) de 1952**

El 18 de agosto de 1952, Chile, Ecuador y el Perú suscribieron la Declaración sobre Zona Marítima, comúnmente denominada “Declaración de Santiago”. El artículo II de este instrumento dispone que los tres países firmantes, “proclaman como norma de su política internacional marítima” que a cada Estado corresponde soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el área marítima adyacente a sus respectivas costas hasta una distancia mínima de 200 millas marinas. El artículo III de la Declaración de Santiago precisa que “la jurisdicción y soberanía exclusivas sobre la zona marítima indicada incluye también la soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el suelo y subsuelo que a ella corresponde.”

---

<sup>3</sup> La información contenida en el presente acápite es extraída del documento informativo titulado *Delimitación Marítima entre el Perú y Chile*, que el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú puso a disposición del público en julio de 2008. Comprende una síntesis de los principales antecedentes y las características esenciales del caso. Sus anexos son accesibles en el portal de la Cancillería peruana en la dirección <http://www.delimitacionmaritima.rree.gob.pe>.

De este modo, los tres países signatarios acordaron que cada uno de ellos tuviese una zona marítima no menor de 200 millas de anchura a partir de todo lo largo de sus costas y no únicamente en algunos tramos de las mismas. En cuanto a la cuestión de delimitación marítima, el artículo IV de la Declaración de Santiago señala textualmente lo siguiente (el subrayado es nuestro):

*“IV) En el caso de territorio insular, la zona de 200 millas marinas se aplicará en todo el contorno de la isla o grupo de islas. Si una isla o grupo de islas pertenecientes a uno de los países declarantes estuviere a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general que corresponde a otro de ellos, la zona marítima de esta isla o grupo de islas quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos.”*

Este artículo IV tiene carácter excepcional, ya que se circunscribe al caso de la existencia de islas en la proximidad del Estado vecino y a establecer el criterio que deberá aplicarse para la delimitación de la zona marítima correspondiente a las mismas. De conformidad con el artículo en mención, el método a ser aplicado exclusivamente a la zona marítima de las islas es el del paralelo geográfico del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos. Dado que entre el Perú y Chile no se presenta este supuesto, el artículo en mención no es aplicable a la relación peruano-chilena.

En consecuencia, la Declaración de Santiago no contiene acuerdo alguno alusivo a la delimitación entre las zonas marítimas generales (aquellas que se proyectan desde las costas continentales) de los países firmantes.

Sostener que el paralelo geográfico debe aplicarse a la delimitación marítima entre el Perú y Chile —donde no hay islas— no se ajustaría a Derecho y se llegaría a una situación a todas luces no equitativa, en perjuicio exclusivamente del Perú, cuya zona sur se vería sumamente recortada, alcanzando únicamente 27 millas marinas en Punta Sama (Tacna), 46 millas marinas en Punta Coles (Moquegua) y 120 millas marinas en Camaná (Arequipa).

La naturaleza jurídica de la controversia entre el Perú y Chile reside precisamente en la falta de un tratado de delimitación marítima ente ambos países.

### **El Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954**

El 4 de diciembre de 1954, Chile, Ecuador y el Perú suscribieron un acuerdo para evitar la imposición de sanciones a las “embarcaciones de poco porte tripuladas por gente de mar con escasos conocimientos de náutica o que carecen de los instrumentos necesarios para determinar con exactitud su posición en alta mar”, que incursionan en las aguas del país limítrofe, tal como se menciona en su parte considerativa.

Con tal propósito, el artículo primero del mencionado Convenio dispone: “Establécese una zona especial, a partir de las 12 millas marinas de la costa, de 10 millas marinas de ancho a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países.”

La expresión “límite marítimo” en dicho artículo no puede ni debe interpretarse sino en función de una línea convenida con la exclusiva finalidad de orientar a las embarcaciones pesqueras artesanales.

Como es fácil advertir, este Convenio agota sus efectos en el ámbito pesquero artesanal.

El artículo 4 del Convenio de 1954 adicionalmente dispone que “Todo lo establecido en el presente Convenio se entenderá ser parte integrante, complementaria y que no deroga las resoluciones y acuerdos adoptados en la Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur, celebrada en Santiago de Chile, en agosto de 1952.”

En consecuencia, el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima no puede ser interpretado en modo alguno como derogatorio del principio fundamental contenido en la Declaración de Santiago en torno a los derechos del Estado ribereño sobre el mar adyacente a sus costas hasta la distancia mínima de 200 millas.

Cabe anotar que mientras el Perú ratificó el Convenio de 1954 el 6 de mayo de 1955, Chile recién lo ratificó el 16 de agosto de 1967 y cuarenta años más tarde, el 24 de agosto de 2004, lo registró unilateralmente ante Naciones Unidas, manejo que no corresponde a un tratado de límites.

### **Documentos de 1968 y 1969 entre el Perú y Chile**

En 1968 y 1969 el Perú y Chile suscribieron documentos para la orientación de los pescadores que realizaban faenas en la cercanía de la costa. Para tal fin, se colocaron dos faros de enfilamiento que proyectaban un haz de luz en la dirección del paralelo 18°21'03"S, el cual coincide con el paralelo geográfico correspondiente al Hito N° 1 de la frontera terrestre peruano-chilena. Este Hito N° 1 no constituye el punto en el que la frontera terrestre llega al mar. En virtud del artículo segundo del Tratado de Lima de 1929, el punto en el que la frontera terrestre llega al mar se denomina “Concordia”, el mismo que se encuentra al Sur-Oeste del Hito N° 1 (ver gráfico N° 1).

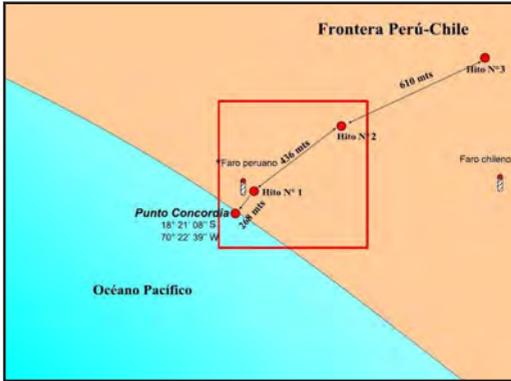


Gráfico N° 1. Punto Concordia de la frontera terrestre entre el Perú y Chile

Nota: El Faro peruano fue destruido por el terremoto del 2001.

### Evolución posterior

La posición peruana sobre delimitación marítima entre Estados con costas adyacentes fue presentada oficialmente por el Presidente de la Delegación del Perú en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1980, en el sentido que, a falta de un convenio específico de delimitación concertado de manera expresa para fijar definitivamente los límites marítimos, y donde no prevalezcan circunstancias especiales ni existan derechos históricos reconocidos por las partes, debe aplicarse como regla general la línea equidistante.

Acorde con esta posición y de conformidad con las reglas del nuevo Derecho del Mar, el 23 de mayo de 1986, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Perú planteó al Canciller de Chile la inexistencia de un acuerdo de límites marítimos entre ambos países y la situación no equitativa que deriva de la aplicación del paralelo geográfico.

A continuación, el Embajador comisionado para esta gestión expuso ante el Canciller de Chile que la línea del paralelo debía considerarse como una fórmula que, si bien había cumplido el objetivo expreso de evitar incidentes con gentes de mar con escasos conocimientos de náutica, no resultaba adecuada para satisfacer las exigencias de la seguridad ni para la mejor atención de la administración de los recursos marinos, con la circunstancia agravante de que una interpretación extensiva podría generar una notoria situación no equitativa y de riesgo, en desmedro de los legítimos intereses del Perú, que aparecerían gravemente lesionados.

Ello luego fue confirmado por una Nota diplomática de la Embajada del Perú en Chile, que acompañó un Ayuda Memoria sobre la exposición realizada ante la Cancillería de Chile.

A partir de octubre del año 2000 se produce un intercambio de Notas entre el Perú y Chile referente al asunto de la delimitación marítima,

proponiendo el Perú formalmente, en el año 2004, el inicio de negociaciones para dar término a la controversia. Chile se negó a negociar.

Dando cumplimiento al artículo 54 de la Constitución Política, y a iniciativa del Poder Ejecutivo, el Congreso del Perú dio la Ley 28621, Ley de Líneas de Base del Dominio Marítimo del Perú, promulgada el 3 de noviembre de 2005.

A partir de tales líneas de base se graficó oficialmente el límite exterior —sector sur— del Dominio Marítimo del Perú, lo cual consta en la Carta aprobada por el Decreto Supremo N° 047-2007-RE de fecha 11 de agosto de 2007. En dicha Carta se aprecia la existencia de una superposición de las zonas marítimas proyectadas desde las costas del Perú y de Chile, debido a la orientación de las costas de ambos países. Dicho espacio constituye el área en controversia entre ambos Estados (ver el gráfico N° 3).

Adicionalmente, en la Carta se observa la configuración de un área de mar que se encuentra dentro del Dominio Marítimo del Perú, colindante por el Este con el área en controversia (ver el área de forma triangular que aparece al Oeste del área de superposición o área en controversia, en el gráfico N° 2). Dicha área, que incuestionablemente corresponde al Perú, queda comprendida dentro de un área mayor que Chile denomina “mar presencial chileno” y en la que, según la legislación chilena, correspondería a ese país ejercer presencia.

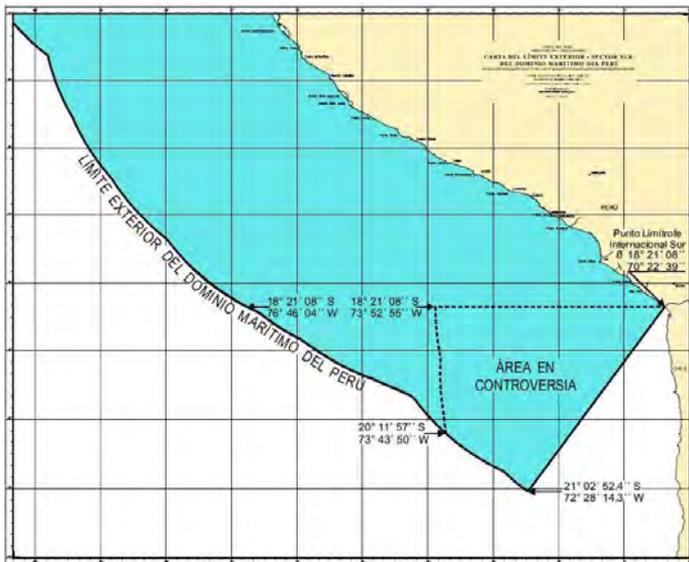


Gráfico N° 2. Carta del Límite Exterior —Sector Sur— del Dominio Marítimo del Perú.

## **La demanda peruana ante la Corte Internacional de Justicia**

Debido a que Chile se ha negado a negociar un tratado de límites marítimos con el Perú, el 16 de enero de 2008 nuestro país presentó la demanda ante la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, Holanda, solicitando a dicho tribunal que proceda a la delimitación marítima entre ambos Estados. El recurso ante la Corte se encuentra amparado por el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948, más conocido como “Pacto de Bogotá”, en el cual el Perú y Chile son partes. Dicho tratado constituye la vía legal para recurrir directamente a la Corte, sin necesidad de ningún convenio especial, en aplicación de su artículo xxxi.

Dicho artículo establece el reconocimiento de las partes del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de la jurisdicción de dicha Corte en todas las controversias de orden jurídico relativas a la interpretación de un tratado y cualquier cuestión de Derecho Internacional, entre otros.

El Estatuto y Reglamento de la Corte Internacional de Justicia regulan los aspectos formales del proceso, tales como el establecimiento de plazos para la presentación de los alegatos de las partes para la actuación de las pruebas.

El proceso puede alcanzar una duración de varios años.

El Perú mantiene su voluntad de resolver esta controversia en el ámbito jurídico de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, sin afectar el dinamismo del conjunto de la agenda bilateral que tienen ambos países en el campo político, comercial, de inversiones y de cooperación.

### **Demanda de la República del Perú dando inicio al proceso. Caso concerniente a la Delimitación Marítima entre la República del Perú y la República de Chile \***

Al Señor Secretario

Corte Internacional de Justicia

El suscrito, debidamente autorizado por el Gobierno de la República del Perú como su Agente, tiene el honor de someter a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con los artículos 36 (1) y 40 (1) de su Estatuto y el Artículo 38 de su Reglamento, una demanda dando inicio al proceso instituido por la República del Perú contra la República de Chile por el siguiente caso:

---

(\*) El texto original fue presentado en inglés, conforme al Reglamento de la CIJ.

### *I. Materia de la Controversia*

1. La controversia entre el Perú y Chile está referida a la delimitación del límite entre las zonas marítimas de los dos Estados en el Océano Pacífico, que comienza en un punto en la costa denominado “Concordia” conforme al Tratado del 3 de junio de 1929. La controversia entre el Perú y Chile también comprende el reconocimiento a favor del Perú de una vasta zona marítima que se sitúa dentro de las 200 millas marinas adyacentes a la costa peruana, y que por tanto pertenece al Perú, pero que Chile considera como parte del alta mar.

### *II. Los Hechos*

2. Las zonas marítimas entre el Perú y Chile nunca han sido delimitadas ni por acuerdo ni de alguna otra forma. El Perú, consiguientemente, sostiene que la delimitación deberá ser determinada por la Corte conforme al Derecho Internacional.

3. Sin embargo, Chile sostiene que ambos Estados han acordado una delimitación marítima que comienza en la costa y continúa a lo largo de un paralelo de latitud. Aún más, Chile ha rehusado reconocer los derechos soberanos del Perú sobre un área marítima situada dentro del límite de 200 millas marinas desde sus costas (y que se encuentra fuera de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental de Chile)

4. Desde los años ochenta, el Perú ha intentado consistentemente negociar las diversas cuestiones incluidas en esta controversia, pero ha encontrado la constante negativa chilena a entrar en negociaciones (ver por ejemplo el Anexo 1). Mediante Nota de su Ministro de Relaciones Exteriores del 10 de septiembre del 2004 (Anexo 2) Chile cerró firmemente la puerta a cualquier negociación.

### *III. La Jurisdicción de la Corte*

5. La jurisdicción de la Corte en este caso se basa en el Artículo XXXI del Tratado Americano sobre Solución Pacífica de Controversias (Pacto de Bogotá) del 30 de abril de 1948 (Anexo 3) Esta disposición reza:

ARTICULO XXXI. De conformidad con el inciso 2º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:

- a) La interpretación de un Tratado;
- b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional;
- c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;
- d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

6. Tanto el Perú como Chile son partes en el Pacto de Bogotá. Ninguna de las dos partes mantiene a la fecha reserva alguna al referido Pacto.

#### *IV. El Fundamento Legal de la Reclamación Peruana*

7. Los principios y normas del derecho internacional consuetudinario sobre delimitación marítima, tal como se encuentran reflejados en las disposiciones relevantes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 ("CONVEMAR") y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales, constituyen las principales fuentes de derecho aplicables a la presente controversia.

8. El principio rector principal sobre delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes, recogido en los Artículos 74 y 83 de la Convención, es que la delimitación "se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del derecho internacional, a que hace referencia el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa." Según ha sido interpretado por la reciente jurisprudencia de la Corte, este principio es básicamente similar al que rige la delimitación de los mares territoriales de los Estados con costas adyacentes conforme al Artículo 15 de la Convención, consistente en aplicar la equidistancia, teniendo en cuenta circunstancias especiales cuando las hubiere.

9. De conformidad con el derecho internacional, tanto el Perú como Chile tienen derecho a un dominio marítimo adyacente como prolongación de sus respectivos territorios terrestres hasta una distancia de 200 millas marinas desde sus líneas de base. A consecuencia de ello y dada la configuración geográfica de la costa, sus derechos se superponen. Como quiera que ningún acuerdo ha sido alcanzado por las Partes respecto a la delimitación de sus respectivas zonas marítimas y en ausencia de circunstancias especiales que cuestionen la aplicación de la línea equidistante, es la línea equidistante la que permite arribar a un resultado equitativo. El límite marítimo entre las Partes deberá ser determinado en tal sentido.

10. En contraste, una línea divisoria a lo largo de un paralelo que comience en la costa, conforme a la pretensión chilena, no cumple el requisito fundamental de arribar a un resultado equitativo y tampoco surge de acuerdo alguno entre las Partes.

11. La delimitación debe empezar en un punto en la costa denominado Concordia, punto terminal de la frontera terrestre establecido conforme al Tratado y Protocolo Complementario para resolver la cuestión de Tacna y Arica — Tratado de Lima — del 3 de junio de 1929 (Anexo 4), cuyas coordenadas son 18° 21' 08" S y 70° 22' 39" O (ver Anexo 5), y debe extenderse hasta una distancia de 200 millas marinas desde las líneas de base establecidas por las Partes. Esto es en conformidad con el Artículo 54, párrafo 2 de la Constitución del Perú de 1993 (Anexo 6), la Ley No. 28621 sobre Líneas de Base del Dominio Marítimo del Perú del 3 de noviembre de 2005 (Anexo 5), el Decreto Supremo peruano No. 047-2007-RE del 11 de agosto de 2007 (Anexo 7) y el artículo 596 del Código Civil chileno modificado por la Ley No. 18.565 del 23 de octubre de 1986 (Anexo 8), todas ellas normas concurrentes en la fijación del límite exterior de sus respectivos dominios marítimos hasta una distancia de 200 millas marinas medidas desde las líneas de base.

12. Conforme a normas y principios bien establecidos de derecho internacional, el Perú también tiene derecho a los espacios marítimos que se encuentran dentro de las 200 millas marinas medidas desde sus líneas de base y que, a la vez, se encuentran fuera de las 200 millas marinas medidas desde las líneas de base chilenas. Los argumentos contrarios esgrimidos por Chile carecen de mérito alguno.

#### *V. Decisión Requerida*

13. El Perú solicita a la Corte que determine el curso del límite marítimo entre los dos Estados conforme al derecho internacional, según lo indicado en la Sección IV *supra*, e igualmente solicita a la Corte que reconozca y declare que el Perú posee derechos soberanos exclusivos en el área marítima situada dentro del límite de 200 millas marinas de su costa y fuera de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental de Chile.

14. El Gobierno del Perú se reserva el derecho de ampliar, enmendar o modificar la presente demanda a lo largo del proceso.

15. Para los propósitos del Artículo 31 (3) del Estatuto y del Artículo 35 (1) del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, el Gobierno del Perú declara su intención de ejercer su derecho a designar un Juez *ad hoc*.

Todas las comunicaciones relativas a este caso deberán ser enviadas a la Embajada de la República del Perú en el Reino de los Países Bajos, Nassauplein 4, 2585 EA, La Haya, Países Bajos.

Respetuosamente,

Allan Wagner

Agente del Gobierno de la República del Perú

### **Anexos de la Demanda del Perú ante la Corte Internacional de Justicia**

- 1) Nota del Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, 19 de Julio 2004.
- 2) Nota del Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, 10 de septiembre 2004.
- 3) Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá), 30 de abril de 1948.  
Consultar en: Departamento de Derecho Internacional Organización de los Estados Americanos  
<http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-42.html>
- 4) Tratado y Protocolo Complementario para resolver la cuestión de Tacna y Arica — Tratado de Lima— del 3 de junio 1929.  
Consultar en: Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. La Política Exterior del Perú. Las Relaciones Bilaterales. Preservación de la Soberanía Nacional y la Política de Límites.  
<http://www.rree.gob.pe>
- 5) Ley No. 28621, Ley de Líneas de Base del Dominio Marítimo del Perú, 3 de noviembre 2005.  
Consultar en: Congreso de la República del Perú  
<http://www.congreso.gob.pe/ntley/default.asp>
- 6) Artículo 54, párrafo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993.  
Consultar en: Congreso de la República del Perú Constitución  
<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/RelatAgenda/constitución.nsf/constitución>
- 7) Decreto Supremo peruano No. 047-2007-RE, 11 de agosto de 2007.  
Consultar en: Diario oficial “El Peruano”  
Normas Legales  
Búsqueda de Normas del Ministerio de Relaciones Exteriores del día 12 de agosto de 2007.  
<http://www.elperuano.com.pe>
- 8) Artículo 596 del Código Civil de Chile, según modificación de la Ley 18.565 del 23 de octubre de 1986.  
Consultar en: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile  
<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/172986.pdf>

# NOMBRAMIENTO DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

## CONFORMAN COMISIÓN DE ESTUDIO Y ANÁLISIS DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

### Resolución Ministerial Nº 0201-2009-JUS \*

Lima, 20 de octubre de 2009

#### CONSIDERANDO:

Que, de conformidad a lo establecido en el artículo 5º del Decreto Ley Nº 25993, Ley Orgánica del Sector Justicia, corresponde al Ministerio de Justicia sistematizar, difundir y coordinar el ordenamiento jurídico;

Que, asimismo, conforme lo dispone el artículo 83º del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia, aprobado por Decreto Supremo Nº 019-2001-JUS, la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos tiene a su cargo la coordinación de Comisiones elaboradas, reformadoras y revisoras de la legislación y códigos promoviendo su divulgación y debate público;

Que, en virtud de la Ley Nº 28237 entró en vigencia, a partir del 1 de diciembre de 2004, el Código Procesal Constitucional con el propósito de unificar a todos los procesos de tutela constitucional en un solo cuerpo normativo que hasta ese momento se encontraban dispersos;

Que, estando por cumplir cinco años de vigencia del Código Procesal Constitucional, se ha visto conveniente conformar una Comisión de Estudio y Análisis del Código Procesal Constitucional encargada de proponer

---

(\*) Publicado en *El Peruano*, Lima, 22 de octubre de 2009.

iniciativas de reforma legislativa y/o constitucional, con el propósito de optimizar los instrumentos de defensa jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales;

Que, en tal sentido, corresponde emitir el acto administrativo correspondiente;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y el Decreto Ley N° 25993 – Ley Orgánica del Sector Justicia;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1º.-** Conformar la Comisión de Estudio y Análisis del Código Procesal Constitucional encargada de proponer iniciativas de reforma legislativa y/o constitucional, con el propósito de optimizar los instrumentos de defensa jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales.

**Artículo 2º.-** La Comisión de Estudio y Análisis del Código Procesal Constitucional estará integrado por:

Dr. Domingo García Belaunde, quien la presidirá.

Dr. Juan Monroy Gálvez.

Dr. Arsenio Oré Guardia.

Dr. Alberto Borea Odría.

Dr. Jorge Luis Cáceres Arce.

Dr. Aníbal Quiroga León.

Dr. José Palomino Manchego.

Dr. Nelson Ramírez Jiménez.

Dr. Ernesto Blume Fortini.

Dr. Juan Carlos Morón Urbina.

Dr. Natale Juan Camilo Amprimo Pla.

**Artículo 3º.-** La Comisión conformada tendrá un plazo de noventa (90) días calendario a partir de la fecha de su instalación para presentar al Ministerio de Justicia las iniciativas de reforma legislativa y/o constitucional que correspondan.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

AURELIO PASTOR VALDIVIESO  
Ministro de Justicia

# RELATORÍA DEL DÉCIMO CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL \*

## I. UNA PANORÁMICA DE LO SUCEDIDO

Entre los días 16 y 19 de septiembre del año 2009 se realizó en Lima, en las instalaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Décimo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Esto fue consecuencia de una decisión adoptada durante las sesiones del Noveno Congreso Iberoamericano, actividad realizada en Curitiba en noviembre de 2006. Y resultado del trabajo conjunto de una serie de personas e instituciones, destacando entre estas últimas la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Esta labor implicó primero la configuración de un equipo directivo, compuesto por Jorge Carpizo, Domingo García Belaunde y Francisco J. Eguiguren Praeli. Y junto a este grupo de trabajo, fue conformado un equipo de apoyo, integrado por los profesores Jorge Luis Cáceres Arce, Carlos Hakansson Nieto y Luis Sáenz Dávalos, coordinado por Eloy Espinosa-Saldaña Barrera.

Luego se procedieron a efectuar las gestiones pertinentes para la materialización de este Congreso, destacando entre las tareas emprendidas la elaboración y publicación por primera vez en toda la historia de los Congresos Iberoamericanos de Derecho Constitucional, de dos tomos en donde se recogen gran parte de las ponencias presentadas al Décimo Congreso, en especial los textos entregados dentro del plazo y condiciones

---

(\*) Documento preparado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

establecidos en el Reglamento de Ponencias, dado a conocer en su oportunidad. Estos dos tomos, material revisado y organizado por una comisión especialmente designada para ello, fueron entregados a los participantes oficiales al Décimo Congreso el día de la inauguración. Es de lamentar que algunos de los ponentes no alcanzaran a venir por diferentes motivos.

De acuerdo con lo previamente establecido, se contó con varias conferencias magistrales, y ocho ejes temáticos (Jurisdicción Constitucional; Cultura y Constitución; Soberanía y Globalización; Enseñanza del Derecho Constitucional e Historia Constitucional; Constitución, Democracia y Autoritarismo; Derechos Fundamentales; Descentralización del Estado y Gobierno, Congreso y Régimen Político), cada uno de ellos a desarrollarse en una comisión de trabajo. Sin embargo, la enorme cantidad de intervenciones presentadas en el momento mismo del inicio del Congreso, obligaron a instalar una comisión especial de trabajo, donde realizaron sus exposiciones destacados constitucionalistas de nuestros países.

Las sesiones se iniciaron en la mañana del miércoles 16 de septiembre, con la ceremonia de inauguración correspondiente, realizada en el Auditorio del Polideportivo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Allí, en una plenaria conducida por el profesor Eloy Espinosa-Saldaña, intervinieron los profesores Francisco J. Eguiguren Praeli (Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Coordinador Ejecutivo del Décimo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional), Héctor Fix-Fierro (Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México) y Juan F. Vergara Gotelli, Presidente del Tribunal Constitucional del Perú, para luego proceder a la formal inauguración del Congreso, que estuvo a cargo del profesor Jorge Carpizo, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Luego de una pausa de media mañana, se reanudó la plenaria para escuchar las conferencias magistrales del maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio y del destacado constitucionalista español Francisco Fernández Segado. En la tarde se iniciaron los trabajos de comisiones, realizándose en esa oportunidad la primera sesión del grupo denominado "Jurisdicción Constitucional", y las sesiones de los grupos donde se abordaban los temas "Cultura y Constitución" y "Soberanía y Globalización en las Constituciones".

Pasando entonces a las labores emprendidas el día jueves 17, justo es anotar como allí se vivió una intensa jornada de trabajo, desarrollándose tanto en la mañana como en la tarde y en la noche un importante trabajo de comisiones. Así, y durante la mañana de ese jueves 17 concluyó su labor la comisión dedicada a ver temas de "Jurisdicción Constitucional". En la tarde sesionaron los grupos que desarrollaron las materias "Constitución,

Democracia y Autoritarismo” y “Enseñanza del Derecho Constitucional e Historia del Derecho Constitucional”, y, finalmente, tanto en la mañana como en la tarde del jueves 17 se efectuaron las sesiones de la comisión destinada a abordar los temas sobre “Derechos Fundamentales”.

También durante la mañana del viernes 18 se efectuaron importantes dinámicas de trabajo. Así, por ejemplo, sesionó la comisión que abordó el tema de la “Descentralización Territorial”. Al mismo tiempo, ya estaba deliberando el grupo de trabajo sobre “Gobierno, Congreso y Régimen Político”, así como la denominada “Comisión Especial”. Ya a media mañana, y mientras en plenaria se realizaba la conferencia magistral del reconocido constitucionalista italiano Lucio Pegoraro, en un ambiente especialmente acondicionado para tal fin se realizaba la reunión del Consejo Directivo y de los Presidentes de las secciones nacionales del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Uno de los principales acuerdos alcanzados en esa ocasión fue la designación de la ciudad de Tucumán (Argentina) como sede del próximo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en 2012, cuya responsabilidad ha asumido el equipo encabezado por el profesor Sergio Díaz Ricci.

A mediodía del viernes 18 todos los participantes en el Congreso fueron invitados por el Presidente y los magistrados del Tribunal Constitucional al local de dicha institución a recibir un reconocimiento. Concluida dicha actividad, y ya en una plenaria presidida por el profesor Domingo García Belaunde, se realizó la presentación de siete libros sobre diversos aspectos de Derecho Constitucional seleccionados por la Comisión Organizadora, entre los muchos que en su momento se les hiciera llegar y que habían sido publicados en días pasados, y cuyos autores asistieron al Congreso.<sup>1</sup>

Luego de esa interesante dinámica, y continuando con la presidencia de Domingo García Belaunde, se efectuaron las conferencias magistrales

---

<sup>(1)</sup> Los libros presentados fueron los siguientes:

1. Diego Valadés: *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*.
2. Ernesto Blume Fortini: *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú*.
3. Eloy Espinosa-Saldaña y Marcela Basterra (Coordinadores): *El derecho de acceso a la información pública*.
4. José F. Palomino Manchego, Gerardo Eto Cruz y Jhonny Tupayachi: *Congresos Nacionales de Derecho Constitucional*. I – IX (1987 – 2008).
5. Jhonny Tupayachi (Coordinador): *El precedente constitucional vinculante en el Perú*.
6. Héctor Fix – Zamudio: *Los derechos humanos y su protección internacional*.
7. Héctor Fix – Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Las sentencias de los tribunales constitucionales*.
8. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldivar Lalo de Larrea (Coordinadores): *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Libro homenaje a Héctor Fix – Zamudio; edición peruana, tomo I.

confiadas al profesor Luca Mezzetti y al maestro argentino Néstor Pedro Sagüés, dándose luego de ello fin a las jornadas de ese día.

La mañana del sábado 19, último día de sesiones del Congreso, tampoco estuvo exenta de actividad. Ya en plenario, y bajo la presidencia de Francisco J. Eguiguren, se procedió en primer lugar a escuchar las conferencias magistrales del jurista español Javier Pérez Royo y del constitucionalista mexicano y Presidente del Instituto Iberoamericano, Jorge Carpizo. Concluidas estas intervenciones se inició la ceremonia de clausura, bajo la conducción de Francisco J. Eguiguren, Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

En este acto intervinieron el constitucionalista mexicano Diego Valadés, en representación de los expositores extranjeros; el profesor Walter Albán, Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el profesor Eguiguren Praeli. Las palabras de clausura del Congreso estuvieron a cargo del profesor Domingo García Belaunde.

Y como no podía ser de otra manera, la labor académica realizada vino acompañada por una serie de actividades destinadas a fomentar la confraternidad entre los profesores y delegaciones asistentes, actividades coordinadas, por ejemplo, por la Maestría de Derecho Constitucional como por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional o el ya mencionado ágape organizado por el Tribunal Constitucional. Ello sin perjuicio de los múltiples espacios de encuentro e intercambio de experiencias existentes entre los diferentes participantes y asistentes al Congreso.

## II. UN PUNTUAL ACERCAMIENTO A LO DESARROLLADO EN LAS CONFERENCIAS MAGISTRALES Y LAS DIFERENTES COMISIONES DE TRABAJO

De acuerdo con lo que ya es una práctica habitual en los diferentes Congresos Iberoamericanos, la Comisión Organizadora del Décimo Congreso determinó la realización en plenaria de algunas conferencias magistrales, como reconocimiento a las especiales calidades personales y profesionales de algunos destacados profesores del área, sin que ello signifique desmerecer la calificación de otros constitucionalistas iberoamericanos.

Así pues, se confió esta importante responsabilidad a los ya mencionados profesores Héctor Fix-Zamudio (México); Jorge Carpizo (México); Néstor Pedro Sagüés (Argentina); Francisco Fernández Segado (España); Javier Pérez Royo (España); Luca Mezzetti (Italia) y Lucio Pegoraro (Italia). Junto a ellos se incluyó también al constitucionalista venezolano Allan R.

Brewer-Carías, quien por razones ajenas a su voluntad, no pudo finalmente venir a Lima.

Todo Congreso en general, y un Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en particular, estaría incompleto si no comprende dentro de sí un importante trabajo de comisiones. Ello, como ya se adelantó, llevó a la Comisión Organizadora a apostar por la conformación de ocho ejes temáticos, cada uno de ellos con una comisión destinada a canalizar las labores emprendidas, y, posteriormente, a la conformación de otro grupo de trabajo, al cual se denominó “Comisión Especial”.

Yendo a un acercamiento más específico a la labor realizada, bien puede anotarse como dentro de la comisión que desarrolló los temas de “Jurisdicción Constitucional” en sesiones presididas por los profesores Aníbal Quiroga León y Ernesto Blume Fortíni, se escucharon los aportes de los profesores (as) Samuel B. Abad, César Astudillo, Carlos Ayala Corao, Elise Carpenter, Susana Castañeda Otsu, Irina Cervantes, Pedro Antonio Enríques, Iván Escobar, Eloy Espinosa-Saldaña, Gerardo Eto Cruz, César Landa Arroyo, Susana Maldonado, Víctor Julio Ortecho, Julio César Ortíz, Enrique Pestana Uribe, Aníbal Quiroga León, Ernesto Rey Cantor, Luis Sáenz Dávalos, Francisco Zúñiga, Luis Peraza, Edgar Quiroga, Hernán Salgado Pesantes y Eduardo Velandia.

De otro lado, y bajo la presidencia del profesor Miguel Vilcapoma, en la Comisión de Cultura y Constitución se dieron a conocer los aportes de los profesores(as) Paulina Chiacchiera, José Afonso Da Silva, Héctor Fix-Fierro, Abraham García Chávarri, Miriam Henríquez, Diego Valadés, Manuel Bermúdez y Valentín Thury. Y en lo referido a “Soberanía y Globalización”, grupo de trabajo presidido por el profesor Alfredo Quispe Correa, se contó con los aportes de los profesores(as) Rosa María de la Torre, Claudia Espino, Javier García Roca, Pablo L. Manili, Javier Patiño, Caloggero Pízzolo, Alfredo Vítolo y Gattas Abugattás.

Los siempre relevantes temas de la Enseñanza del Derecho Constitucional e Historia Constitucional fueron abordados por los profesores(as) Ernesto Álvarez Miranda, Ernesto Blume Fortini, Paulo Bonavides, Michele Carducci y Sandra Moreno, Edgar Carpio, Isidro de los Santos, Amelia Gascón, Carlos Hakansson Nieto, Andrea Lucas, Alfonso Nambo, Oralia Soto y Marina del Pilar Olmeda, en una comisión que fue presidida por el profesor Jorge Luís Cáceres Arce.

Por otra parte, y contando con la presidencia del profesor Víctor Julio Ortecho V., sesionó la comisión que abordó lo relacionado con “Constitución, Democracia, y Autoritarismo”. Allí se expusieron los aportes de los profesores Eduardo Andrade Sánchez, Fernando Calle Hayen, Jaime del Río, Christian Donayre Montesinos, Francisco Miró Quesada Rada, José F. Palomino Manchego, Pablo Riberi, Hernán Salgado Pesantes, Homero Vás-

quez, Julio Cabrera, José Luís López Chavarría y Adriano Pedra Santa Ana.

Llegados a este momento, necesario es anotar que la Comisión sobre “Derechos Fundamentales” fue, sin duda alguna, la que generó mayor convocatoria a nivel de textos presentados y público asistente. Ello motivó que hubiesen dos sesiones de trabajo dedicadas a estos temas, presididas por Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y Víctor García Toma; y además, que fuese un espacio en el cual se dieron a conocer múltiples aportes.

En ese escenario podemos anotar los aportes de los profesores(as) Martín Acevedo-Miño, Víctor Bazán, Jesús M. Casal, Guillermo Escobar, José Julio Fernández, Carolina Garcés, Erika García-Cobián, Luis A. Huerta, Sergio Morán, Humberto Nogueira Alcalá, J. Jesús Orozco, Nelson Arturo Ovalle, Oscar R. Puccinelli, Fernando Rey, Rafael Sánchez, Omar Toledo, Jhonny Tupayachi, Miguel Vilcapoma Ignacio, José María Cabrera, Elías Carreño, Dany Chávez López, Mario Chávez, Germán López Daza, Ignacio Núñez, Margott Páucar, Adriano Pedra y Paula Siverino Bavio.

Por otro lado, y bajo la presidencia del profesor Sigifredo Orbegoso, sesionó la comisión “Procesos de Descentralización del Estado”. Allí se dieron a conocer los aportes de los profesores(as) Eloy Espinosa-Saldaña, Andrea Mensa, José María Serna de la Garza, Enrique Pestana Uribe y Ricardo Zuluaga. En esos mismos momentos, en el tema “Gobierno, Parlamento y Régimen Político”, y bajo la presidencia del profesor Eloy Espinosa-Saldaña, se tomó conocimiento de las intervenciones de Daniel Barceló, Jorge Luis Cáceres, Francisco J. Eguiguren, José Miguel Madero, Juan Paulo Gardinetti, Diego Frossasco y Francisco Manuel García.

Además, en la mañana del viernes 18, y bajo la presidencia del profesor Enrique Pestana Uribe, sesionó aquel grupo de trabajo en el cual se daban a conocer a las intervenciones de aquellos profesores que alcanzaron el texto de la misma ya vencida la fecha de entrega prevista en el Reglamento de Ponencias, o que no pudieron estar en Lima al momento de sesionar el grupo de trabajo donde originalmente se había previsto su participación, pero que luego se integraron a las labores del Congreso. Allí se contó con los aportes de los profesores Walber de Moura Agra, Miguel Carbonell, Edgar Corzo, Luis Delgado del Rincón, Javier Díaz Revorio, Rodrigo Pica y André Ramos Tavares, además de la profesora María Sofía Sagüés.

A pesar de que se tienen preparadas reseñas sobre las diversas intervenciones hechas en los distintos grupos de trabajo en los cuales se organizó la labor de este Congreso, entrar a la riqueza y complejidad de los aportes hechos por todos los participantes a las cuales aquí se ha venido haciendo referencia, rebasaría los alcances de esta Relatoría, cuyo objetivo es tan solo la reseña de dichas actividades.

En cualquier caso, y a modo de balance de toda la tarea asumida, con textos publicados en un libro de ponencias, o, en el caso de los textos entregados extemporáneamente, colocados en la página web de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, y el importante intercambio intelectual generado, bien puede comprobarse cuán relevante ha sido la labor de este Congreso.<sup>2</sup>

---

<sup>(2)</sup> Cuantitativamente hablando tenemos las siguientes cifras: siete (7) ponencias magistrales a cargo de profesores extranjeros; ciento tres (103) ponencias, de las cuales setenta y una (71) fueron presentadas por profesores extranjeros y treinta y dos (32) por nacionales y veinticuatro (24) comunicaciones, de las cuales diecinueve (19) pertenecen a profesores extranjeros y cuatro a nacionales.

## NORMAS PARA LOS COLABORADORES

1. Solo se publicará trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerá artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
2. Se recibirá 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 solo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idioma extranjero, 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 posible, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre del autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
7. Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un archivo digital de formato Word for Windows y, de no ser posible, en hojas bond.
8. La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
9. A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista.
10. El autor cuya colaboración haya sido publicada se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino 3 meses después de aparecida en su versión original.

