

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
LUIS ELGUERA
SECRETARIO

AÑO 11, Nº 21
JULIO-DICIEMBRE DE 2010

21 / 2010

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

Derecho público y Derecho privado, disyuntiva
determinante para el Estado de Derecho (primera parte)
JOSÉ LUÍS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

La revisión de las sentencias constitucionales
NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ

El control jurisdiccional de constitucionalidad en Cuba
(1901 – 1959)
ANDRY MATILLA CORREA

GRILEY

REVISTA PERUANA DE
DERECHO PÚBLICO

EDITORIA JURÍDICA GRILEY

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 11, Número 21 • Julio-diciembre de 2010

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 Nogueira Alcalá
Colombia : Carlos Restrepo Piedrahita, Jaime Vidal Perdomo, Vladimiro
Naranjo Mesa (†), Eduardo Cifuentes Muñoz
Costa Rica : Rubén Hernández Valle
EE.UU. : Robert S. Barker
España : Pablo Lucas Verdú, Francisco Fernández Segado, Eduardo
García de Enterría, Luciano Parejo Alfonso
Francia : Louis Favoreu (†), Franck Moderne
Italia : Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro
México : Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés
Panamá : César Quintero (†)
Portugal : Jorge Miranda
Venezuela : Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional

**Alberto Ruiz-Eldredge
Alfredo Quispe Correa (†)
Gustavo Bacacorzo**

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
E-mail: grijley@terra.com.pe

SUMARIO

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

ESTUDIOS

Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho (primera parte) JOSÉ LUÍZ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ.....	13
La revisión de las sentencias constitucionales NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ	57
El control jurisdiccional de constitucionalidad en Cuba (1901 – 1959) ANDRY MATILLA CORREA	91

DOCUMENTOS

Homenaje a José Luis Bustamante y Rivero con motivo de su elección como Presidente de la Corte Internacional de Justicia (1967). Nota liminar de Luis García-Corrochano Moyano	125
---	-----

Cultura y Derecho Constitucional. Entrevista a Peter Häberle RAÚL GUSTAVO FERREYRA	145
Informe a la Ministra de Justicia sobre Análisis y Conclusiones de la Comisión de Estudio y Análisis del Código Procesal Constitucional	165
Homenaje a Jorge Avendaño Valdez BALDO KRESALJA ROSSELLÓ	177
Memoria del Tribunal Constitucional (2010) CARLOS F. MESÍA RAMÍREZ	187

NECROLÓGICA

Alfredo Quispe Correa (1936 – 2010) LUIS SÁENZ DÁVALOS	195
---	-----

EDITORIAL

Durante este semestre ha continuado el debate jurídico sobre la difusión de las interceptaciones telefónicas clandestinas por los medios de comunicación y en torno al caso de los "petroaudios", de que dimos cuenta en el Editorial de nuestro número anterior. El Tribunal Constitucional ha expedido una sentencia en un proceso de Habeas Corpus seguido en el ámbito del caso, la cual contiene un pronunciamiento indicando que, en interpretación de la Constitución, es prohibido que se difunda por los medios de comunicación interceptaciones o grabaciones telefónicas clandestinas. Esto concitó la inmediata reacción de algunos medios de comunicación y especialistas, oponiéndose a ello con argumentos de alcance diverso. En consecuencia, el mismo Tribunal expidió una aclaración señalando que hubo una mala interpretación de su fallo y que según éste la prohibición existe solo en el supuesto de que la información a ser difundida no fuera de "interés público", quedando al arbitrio de los medios de comunicación el determinar dicha condición. Sin duda, el asunto es controvertido. En cuanto al debate, creemos que se debe observar concienzudamente las categorías jurídicas y evitar confundir derechos tales como la voluntad de expresar o no un pensamiento —o sea, la libertad de expresión— y el derecho a la intimidad, pues aunque ambos conforman los derechos constitucionales de la persona, son en realidad distintos. Asimismo, sabemos que en un Estado Constitucional existe el derecho general a ser informados, pero que éste no es absoluto ni indiscriminado, pues con ello no se puede avasallar otros derechos. En este punto creemos que falta aun un debate serio y alturado, alejado de las pasiones del momento.

De otro lado, el Congreso de la República ha expedido en el semestre dos leyes que desarrollan derechos establecidos en la Constitución. Con la Ley N^o 29571 se aprobó el Código de Protección y Defensa del Consumidor,

señalando que lo hace en el marco del artículo 65º de la Constitución, que dispone el deber del Estado de proteger a los consumidores y usuarios con énfasis en la información y la salud. En este Código se establece además una responsabilidad administrativa por violación a los preceptos tipificados al efecto en esa norma, con el consiguiente procedimiento sancionador. También ha sido sancionada la Ley de Libertad Religiosa, Ley N° 29635, en la que se establece la libertad de credo y práctica religiosos, regulando lo pertinente a las entidades religiosas, y dejando un ámbito para su reglamentación por el Poder Ejecutivo. Ambas leyes de desarrollo constitucional proveen una normativa novedosa, que se incorpora por primera vez al ordenamiento jurídico peruano, si bien es previsible que con su uso esta normativa se vaya perfeccionando en el tiempo.

* * *

Publicamos en este número dos discursos inéditos que se pronunciaron en el homenaje que nuestra Corte Suprema de Justicia rindió al ex Presidente Dr. José Luis Bustamante y Rivero en 1967, con ocasión de su nombramiento como Presidente de la Corte Internacional de Justicia: el discurso de felicitación a cargo del Presidente de la Corte Suprema del Perú, Dr. Domingo García Rada, seguido de la respuesta en agradecimiento por parte del homenajeado.

En el plano local y vinculado con nuestra "Revista..." debemos lamentar el sensible fallecimiento de nuestro colega y colaborador J. Alfredo Quispe Correa, quien durante largos años no solo se dedicó a la docencia universitaria (primero en la Universidad Nacional de San Marcos, esporádicamente en la Pontificia Universidad Católica del Perú y finalmente en la Universidad San Martín de Porres, de cuya facultad de Derecho fue decano) sino en las actividades académicas vinculadas al derecho público y en especial el Derecho Constitucional. Uno de sus discípulos y destacado especialista, Luis Sáenz Dávalos, nos presenta una reseña de su vida y obra.

Finalmente cabe señalar que el año se cierra con todos los preparativos para las elecciones generales que se llevarán a cabo en el mes de abril de 2011.

Lima, diciembre de 2010

EL DIRECTOR

ESTUDIOS

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO, DISYUNTIVA DETERMINANTE PARA EL ESTADO DE DERECHO *

José Luís Martínez López-Muñiz

*Excmos. e Ilmos. Sres.
Señoras y Señores:*

Evocaba Heinrich Triepel en 1926, en su discurso de toma de posesión del Rectorado de la Universidad Federico Guillermo, de Berlín, unas palabras de Goethe: “Dichoso aquel que recuerda a sus antepasados con agrado, / que gustosamente habla de sus acciones y de su grandeza / y que serenamente se alegra viéndose al final de tan hermosa fila”.¹

Al afrontar el cumplimiento de la primera de las obligaciones que, de acuerdo con una arraigada tradición, se impone estatutariamente a quienes son elegidos miembros de número de esta Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, domina mi espíritu la vivencia emocionada de una profunda gratitud hacia tantas personas a las que debo cuanto he podido ser y hacer en mi vida, reuniendo los supuestos méritos que la generosa apreciación de quienes me han precedido en la condición de miembros de número de esta Real Academia, les llevó a elegirme para unirme a ellos hace ya bastante más de un año, en enero de 2008. No es posible mencionarlas a todas como sería mi deseo y de justicia.

Permítaseme, no obstante, rendir expreso homenaje a la memoria sobre todo de mis padres; y también a la de sus respectivos antepasados que conformaron

(*) Discurso de incorporación a la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid el 23 de octubre de 2009 (primera parte)

⁽¹⁾ TRIEPEL, Heinrich, *Derecho público y política*, prólogo, traducción y apéndices de José Luís CARRO, Cuadernos Civitas, Madrid 1974. p. 33.

sucesivamente el medio familiar al que debo todo en tan grandísima medida. Uno inseparablemente a su recuerdo y al conmovido sentimiento de gratitud que me suscita, a los demás miembros que completan esa familia desde el círculo más inmediato de mis hermanos o el de las hermanas de mi madre que siguen entre nosotros, hasta las amplias ramificaciones colaterales vinculadas a todos los hermanos y hermanas de mis padres e incluso de mis abuelos, y especialmente a aquellas con las que, a lo largo de la vida, he podido disfrutar de mayor trato y relación. No cabe detenerse aquí en aproximarse siquiera a los muchos motivos que tengo para proclamar esta gratitud a mi familia. Por su muy particular valor, sin embargo, como referente de una vida ejemplarmente dedicada a la Universidad y al Derecho en la familia de mi madre, mencionaré especialmente al abuelo de mi abuelo, Don Manuel López Gómez, catedrático y rector de esta Universidad, a quien, por ello y por otras proyecciones que tuvo como jurista y en varias instituciones locales y nacionales, el Ayuntamiento dedicó la calle tan próxima a la Universidad que lleva su nombre, pocos días después de su fallecimiento en septiembre de 1893. Sus numerosos descendientes nos reunimos en esta misma Universidad, en el edificio histórico del Colegio Mayor Santa Cruz, un siglo justo después, en 1993, para festejar su herencia. Allí estaba, naturalmente, también un hermano de mi madre, José López-Muñiz González-Madroño, abogado del Estado y recordado Presidente de la Diputación provincial de Asturias, con el que haré esta otra excepción al mencionarle tan expresamente, por haber constituido, sin duda, en la familia, y seguro que sin pretenderlo, un factor muy determinante de mi dedicación al Derecho público, para lo que me prestó su ayuda en momentos quizás decisivos.

Junto a mi deuda familiar se agolpa el recuerdo de tantas otras personas e instituciones hacia las que tendría que dirigir mi gratitud: el Colegio San José de Valladolid; los profesores y compañeros de aquella etapa colegial y, luego, los de mi vida estudiantil, especialmente los de las Universidades de Valladolid y Navarra, en las que hice mis estudios de licenciatura, y los de la Universidad de Oviedo, donde me doctoré e inicié mi carrera como profesor universitario; mis maestros más inmediatos en el oficio de profesor de Derecho Administrativo —primero, Sebastián Martín-Retortillo, cuyo magisterio me atrajo de modo decisivo hacia esta rama jurídica, y luego, sucesivamente, los profesores Juan Luis de la Vallina Velarde, mi director de tesis doctoral, José María Boquera Oliver y Gaspar Ariño Ortiz—; las instituciones extranjeras que me recibieron en diversas etapas de mi vida académica; los profesores, colegas y amigos que encontré en tantos lugares y, destacadamente, los que tuve más cerca en mis etapas asturianas, en mi corta estancia en Burgos, y luego, ya por tantos años, de nuevo en Valladolid...; las varias decenas de promociones de alumnos; el grupo de los tan queridos discípulos y colaboradores inmediatos, dispersos ya —varios de ellos— por diversas Universidades, actividades y países; tantas entidades públicas y privadas, siempre encarnadas en personas concretas, que han confiado en mí y me han ayudado y enriquecido

intelectual y vitalmente de mil modos, también cuando han solicitado mi opinión o mi colaboración. Imposible, como dije, referirme a todos y ni siquiera a una parte significativa de ellos, aunque deseo transmitirles la certeza de que guardo, para todos, vivos sentimientos de reconocimiento y afecto. Unos sentimientos que ciertamente se extienden también, con diversa intensidad, a tantos maestros, colegas y autores, españoles y de tantos otros países, conocidos personalmente o sólo por sus escritos, que me han proporcionado las bases del conocimiento y tantos elementos claves determinantes del pensamiento, y me han estimulado con su ejemplo y sus luminosos aciertos o incluso también con lo que me han podido parecer desenfoques, insuficiencias y errores. Las ya varias generaciones de administrativistas que desde la conocida como de la RAP y bajo su impulso y liderazgo han venido contribuyendo tan admirablemente a la construcción y perfeccionamiento del Derecho público español con unos niveles de rigor y calidad que admiten una más que airosa comparación con los alcanzados por los países más acreditados al respecto, me merecen, en cualquier caso, una mención muy particular.

Parte importante de mi más profundo y sentido reconocimiento se dirige, por lo demás, a personas e instituciones que, análogamente a lo que ocurre en buena medida con la familia, se sitúan también más allá de lo propiamente académico y profesional, aunque hayan tenido, al menos indirectamente, la mayor trascendencia en cuanto al modo en que vengo tratando de desenvolver mi actividad en estos campos, porque me han ayudado y me ayudan a configurarme como persona, en los planos más fundamentales, y, en definitiva, a ser quien soy.

En cuanto debo a tantos, y en todos los acontecimientos que se han sucedido en mi entorno vital y en el discurrir externo e interno de mi vida personal, se me impone, en fin, la evidencia de la inefable presencia y paternal acción permanente de Aquel “en quien somos, nos movemos y existimos”, como recordara el gran San Pablo — Saulo de Tarso — en el Areópago ateniense hace casi dos mil años,² y a Él dirijo el más hondo y cabal de mis agradecimientos.

Pero no puedo cerrar este íntimamente obligado capítulo de agradecimientos sin expresar la sincera gratitud que siento en particular hacia todos los académicos de esta Real Academia que decidieron honrarme eligiéndome para ser uno de ellos, y especialmente a los que formalizaron la propuesta en mi favor, Excmos. Sres. D. Santiago Rodríguez-Monsalve Menéndez, D. Vicente Guilarte Zapatero, D. José Luis De los Mozos y De los Mozos y D. José Manuel Tejerizo López. El aprecio y amistad que me unía a todos ellos desde hace muchos años, por unas u otras razones, inclina fácilmente a pensar que pudo ser más esta la razón de la propuesta que mis méritos. El profesor Guilarte Zapatero me transmitió los tres primeros cursos del Derecho civil en la carrera y me distinguió ya entonces siempre con la más alta calificación. Con el profesor De los Mozos, que también me dio alguna clase en mi etapa de estudiante,

⁽²⁾ Vid. San Lucas, *Hechos de los Apóstoles*, XVII, 28.

trabé gran amistad desde los años de convivencia en la Universidad de Oviedo, y en el último cuarto de siglo en Valladolid no hizo sino incrementarse hasta el rápido desenlace de la enfermedad que le hizo pasar, feliz, a la otra vida. He sentido mucho su ausencia física en este acto. Con el profesor Tejerizo coincidí en mis primeros años de mi vuelta ya definitiva a Valladolid, y la Academia me ha honrado dándole a él la voz para recibirme en la sesión solemne que estamos celebrando. Y, por lo que se refiere, a Santiago Rodríguez-Monsalve, “padre”, abogado insigne, es muy antiguo, fuerte y cordial el afecto que me une con él y con sus hijos y él bien sabe que le debo singular reconocimiento. Muchas gracias, de verdad, a todos los académicos y muy particularmente a estos que acabo de mencionar.

Otro motivo de satisfacción añadida resulta del hecho de haber sido elegido para portar la Medalla nº 5, que, desde el comienzo de la Academia, correspondió al Profesor Doctor Don Carlos de Miguel Alonso, Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho de Valladolid, después de haber pasado largos años de su vida académica en la Universidad de Santiago de Compostela. Don Carlos de Miguel fue un académico activo, que contribuyó con particular empeño, me parece, a la puesta en marcha y consolidación del Foro Académico que se viene celebrando con regularidad desde hace ya tantos años. Yo no conocí a su padre, Don Mauro, Catedrático también de Derecho procesal en Valladolid, pero recuerdo muy bien y con afecto a su madre Doña Lucía porque era muy amiga de mi abuela materna. Y he tratado a otras personas de su familia, porque la suya y la mía mantuvieron una amistad muy estrecha. A las razones, pues, derivadas del reconocimiento de mi predecesor como jurista y universitario, se unen estas otras de otro orden, entrañables, que me agrada expresar en su recuerdo y como homenaje a su doble dimensión académica y humana, cuyo nivel combinado constituirá para mí una referencia permanente a la que tratar de aproximarme.

SUMARIO: I. Introducción. II. Objeto y fundamento del Derecho público en su distinción respecto del privado. III. La auténtica suprema distinción del Estado de Derecho. IV. Naturaleza de las titularidades jurídicas reales plenas de las entidades públicas. V. La contratación pública. VI. Régimen estatutario del empleo público. VII. Personificaciones jurídico-privadas inadecuadas para la actuación de los Poderes públicos.*

I. INTRODUCCIÓN

He elegido para esta solemne ocasión un tema que se me antoja central para la ciencia jurídica y, desde luego, para cuanto significa e implica el Estado de Derecho, auténtica clave de las sociedades más desarrolladas

(*) Por razones de espacio publicamos en el presente número los acápites I a IV de este estudio, quedando los restantes (V a VII) a ser publicados en el siguiente.

y mejor logradas. Un tema que, aunque a alguno pudiera parecerle viejo, por venir, desde luego, de antiguo, es de la más viva actualidad y reclama más aún la atención en momentos como los que estamos viviendo, en que muchos se interrogan por las causas de la profunda y multiforme crisis que, según todos los indicios, vive el mundo y, en particular, los países que lo lideran. Se trata, en efecto, de la relevancia de la división del Derecho en público y en privado, para el Estado de Derecho.

El deber de no demorar por más tiempo la impresión tradicional de este texto me ha impedido completar las referencias que sustentan las muy variadas apreciaciones en que se basa o a que conduce mi argumentación, o que testimoniarían mi valoración de percepciones o posiciones divergentes o, tal vez, incluso adversas. En diversos estudios míos anteriores, a los que ocasionalmente remito, algo se encontrará de ello. No faltarán futuras ocasiones de volver sobre tan diversas cuestiones como trataré, y de continuar ese diálogo intelectual en el que la propuesta que aquí expondré no constituye sino un momento. Confío, en cualquier caso, que su presentación se atenga al rigor propio de esta Academia.

* * *

La distinción entre el Derecho público y el privado acompaña a la historia multiseccular del Derecho de raíces grecorromanas de la que formamos parte. El modo de entenderse y de aplicarse se ha ido entretejiendo con las distintas maneras de ordenarse y comprenderse la vida social y política, constituyendo un reflejo y a la vez un factor determinante de las ideas establecidas o propuestas sobre el Derecho y sus nociones más básicas de persona y Poder público. La postulación de su negación, la restricción de su alcance al ámbito epistemológico o la relativización y difuminación del sentido de su contraposición no son ajenas a ese entrelazamiento, tanto si se proponen como posición intelectual más o menos razonada, como cuando se asumen por supuesto pragmatismo o por pura desidia escéptica.

Los juristas vivimos inmersos de un modo u otro, con más o menos plenitud de conciencia, en esa *summa divisio* del Derecho, cualquiera que sea nuestro personal modo de entenderla y de vivirla personal y profesionalmente. Solemos ser iuspublicistas o iusprivatistas, de forma más o menos exclusiva o con todo tipo de combinaciones y preferencias cuando ejercemos de lo uno y de lo otro. La profunda unidad de la realidad jurídica obliga, en todo caso, a conocer y participar de toda ella, por intensa que sea la especialización en una de las dos *positiones*.³

⁽³⁾ Esta conocida expresión del famoso texto del Digesto, 1, 1, 1, 2, atribuida a Ulpiano, ha sido objeto de diversas interpretaciones. Alvaro D'ORS la traduce por "temas", citando a QUIN-

No son pocos los estudios generales o especializados sobre las diversas “teorías” en torno a la distinción. No es nuestra intención añadir uno más en esta exposición. Querríamos contribuir, en cambio, a llamar la atención sobre la trascendencia de esta distinción clásica, para la plena realización del Estado de Derecho que preside progresivamente la conformación jurídica de las sociedades contemporáneas a partir del gran impulso jurídico-político del constitucionalismo occidental euro-noratlántico de finales del siglo XVIII.

No hay que olvidar que, durante siglos, los límites y las exigencias específicas del Derecho público y del privado se mantuvieron ampliamente difuminados, con no poca confusión entre posiciones, situaciones o derechos jurídico-públicos y jurídico-privados. No es que se borrara completamente la pervivencia de una distinción romana de raíces helénicas,⁴ pero lo público y lo privado se entrecruzaban y confundían en amplias zonas.

El gran movimiento de confianza en la capacidad de la razón natural y de afirmación de la dignidad personal del ser humano que emerge ya con vigor a partir del siglo XIII en las nacientes universidades del Occidente europeo, irá sentando las bases para una renovada percepción de la diferencia, avanzando sensiblemente en la afirmación de la centralidad del hombre, de toda persona humana, de su dignidad y de sus derechos y libertades, y en la comprensión servicial del Poder público, como única razón de su legitimidad. La diferenciación irá experimentando así cierta progresión a partir del Renacimiento, y especialmente con la transformación jurídico-política que comporta, frente a las más o menos fuertes estructuras feudales o señoriales y municipales anteriores, la creación y fortalecimiento de los nuevos Estados modernos y su creciente proyección civilizadora universal. A ello contribuirán ambigüamente —induciendo avances y retrocesos— las consecuencias de las convulsiones religiosas que dividen a la Cristiandad occidental y, más tarde, ya en el siglo XVIII, las propuestas de la Ilustración.

Ha sido, sin embargo, la eclosión del constitucionalismo, que dio nueva forma al Estado a partir de la revolución independentista americana y la ulterior revolución francesa, lo que, en el orden operativo, llevó a cambiar más radicalmente las cosas. Fue con él como se pasó a enfatizar más inequívocamente la importancia de distinguir más netamente Derecho público y Derecho privado, mientras se trataba de construir el nuevo Derecho público del Estado de Derecho.

TILIANO, *Institutiones oratoriae*, 2, 10, 14 y 7, 4, 40 (vid. su *Derecho privado romano*, 9ª ed, Eunsa, Pamplona 1997, & 48, p. 83).

⁽⁴⁾ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España (Parte General)*, tomo I, 2ª ed. IEP, Madrid 1949, pp. 68 y ss. (en reed. facsímil, introducida por Luís Díez-PICAZO, Civitas, Madrid 1984). Según Álvaro D'ORS, no obstante, la distinción, referida al distinto ámbito de las autoridades públicas y de las relaciones entre particulares, aparecería solamente en una época tardía de la historia jurídica romana (vid. su *Derecho privado romano*, cit., & 2, p. 28).

Es, con todo, de notar que, en el ámbito británico, a pesar de su conocida relevancia en la promoción histórica de lo que acabaría siendo conocido como el Estado de Derecho, tras sus revoluciones del siglo XVII se siguió un proceso más pausado y sin saltos bruscos en los siglos siguientes. Aún en todo el siglo XIX y hasta muy entrado el XX se mantendría como opinión común la negación de la existencia de un Derecho público propiamente tal, diferente del privado, porque no habría en realidad otro Derecho que el común. Hace tiempo, sin embargo, que el Reino Unido se ha incorporado también, aun con sus peculiaridades, a la corriente universal de reafirmación de la contraposición entre el Derecho público y el privado.⁵

No cabe desconocer, empero, los trágicos fracasos de los postulados del Estado de Derecho que se han vivido en el siglo XX, muy particularmente en amplios territorios del continente europeo y, desde ellos, en otros muchos países de todo el mundo. Para los Estados totalitarios, en una u otra medida, todo el Derecho tiende a tomar la apariencia de un Derecho público, aunque en realidad todo él queda a la vez, y en parte por eso mismo, desnaturalizado y convertido en puro cascarón formal, desvitalizado jurídicamente, como tal Derecho por tanto.

Junto a esas más amargas experiencias, que han provocado conflictos destructivos y asolado pueblos enteros, a lo largo de largos decenios, la teoría jurídica elaborada o reelaborada en el mismo siglo bajo Estados constitucionales confesada y reconocidamente de Derecho, ha propuesto o aceptado no infrecuentemente, aun con formulaciones heterogéneas según las épocas, planteamientos adversos a la trascendencia, la conveniencia o incluso la posibilidad misma de una neta o firme diferenciación entre el Derecho público y el privado, en su raíz, en sus implicaciones o en sus aplicaciones. Hasta puede hablarse de una amplia tendencia a minimizar la importancia de la distinción, que puede llegar a veces hasta considerar que sus principios y reglas serían en gran medida intercambiables. Para algunos la simple referencia a tal distinción a los efectos de enmarcar una institución, o trazar unos principios, o deducir unas exigencias, desencadena ya reacciones alérgicas, que llaman al empirismo práctico y rechazan los “conceptualismos dogmáticos”, que supuestamente encorsetarían en exceso las soluciones eficaces. Otros siguen usándola, pero alterando de tal modo su sentido y justificación que más bien parecen propiciar la “superación” de este tipo de distingos ante los cambios supuestamente “modernizadores” que estaría reclamando la nueva sociedad “global” necesitada de una, al parecer, inédita “gobernanza”.⁶

⁵ Vid. la claridad con que lo expone The Hon Mr Justice LAWS, John, “The Constitutional Foundations of Modern Public Law”, *ERPL/REDP*, otoño 1998, pp. 579-587.

⁶ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la

Frente a este relativismo, que viene alimentando prácticas legislativas y administrativas, pero también, eventualmente, criterios jurisprudenciales que han suscitado la inquietud, o la crítica y el rechazo abiertos, por parte de relevantes sectores de la doctrina más cualificada, una atenta mirada a lo que comporta esencialmente la creación histórica del Estado de Derecho, aun en su forma desarrollada actual que lo adjetiva, con toda razón, como social y democrático, evidencia la trascendencia determinante que para él tiene precisamente la distinción entre el Derecho público y el privado, correctamente planteada.

Es posible que esta trascendencia de la *summa divisio* del Derecho para el Estado de Derecho se deje sentir más hondamente desde una perspectiva de comprensión de la realidad jurídica más familiarizada con el Derecho público requerido precisamente por dicho Estado de Derecho. Porque, sin duda, se imponen en ella una reflexión y un análisis sobre el Estado, sobre el Poder público, en su realidad óptica, en su razón de ser, en su justificación, y, por lo mismo, en su relación con la persona humana, centro y fundamento de todo el Derecho. Ha sido mi personal dedicación preferente al Derecho administrativo y, por lo tanto, a la vez, inevitablemente, al Derecho constitucional, al núcleo mismo del Derecho público contemporáneo, lo que me ha llevado a interesarme especialmente desde hace décadas por el significado y relevancia de la distinción entre el Derecho público y el privado, por las claves de la especificidad del Derecho público y de su irrenunciable exigibilidad en orden a hacer efectivos los postulados de todo Estado de Derecho, y en particular los del social y democrático que España comparte con el común de los Estados de la Unión Europea y con tantos otros Estados desarrollados del mundo entero.

Lo que me propongo exponer en lo que sigue constituye una selección y un resumen de las razones y consideraciones que a lo largo de los años se me han ido imponiendo con creciente evidencia, llevándome a la conclusión del valor esencial de la distinción entre el Derecho público y el privado para el Estado de Derecho, de modo que, sin su mantenimiento y adecuada aplicación, no nos parece posible su realización efectiva y plena.

Con expresiones análogas a las empleadas por otros colegas⁷ vengo

teoría general del Derecho administrativo (Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos)", capítulo 1º de BARNÉS, J. (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla 2006, pp. 32 y ss. En ocasiones anteriores el mismo autor alemán ha acertado, sin embargo, a destacar la radical diferencia que ha de reconocerse entre el Derecho público y el privado. Lo mostraremos más adelante.

⁷ Silvia DEL SAZ, destacadamente, habló de una "reserva constitucional de Derecho administrativo", en "Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional", su contribución al libro conjunto de Carmen CHINCHILLA, Blanca LOZANO y ella misma, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid 1992, pp. 172 y ss. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO

sosteniendo que la Constitución española —y no solo ella— contiene una auténtica garantía constitucional del Derecho administrativo, esto es, del Derecho público específico de la Administración pública, que los legisladores no pueden marginar para recurrir a encauzar la acción de las Administraciones públicas como si fueran sujetos privados.⁸ Son conocidas sin embargo las extendidas prácticas con las que se viene burlando tal garantía, a pesar de las reiteradas denuncias doctrinales de la “huida del Derecho administrativo” —lo que algún autor acertó a identificar en su momento como huida pura y simple de todo Derecho, por la incapacidad del privado para sujetar a la Administración donde solo el público tiene técnicas para hacerlo—,⁹ y pese a las medidas legislativas —insuficientes— que se han ido adoptando en algún momento para tratar de atajarlas.¹⁰

El triunfo del Derecho es el triunfo de la razón, del justo discernimiento de las exigencias inherentes a la dignidad de las personas humanas en sus relaciones recíprocas y con las cosas que constituyen su *oíkoc*, medidas y determinadas de ordinario por principios y reglas decantados por la experiencia y el saber de los juristas, sobre bases aportadas o facilitadas por otros saberes como la filosofía ontológica y ética, la economía, la ciencia política, la historia y tantos otros, y por la misma tradición empírica acu-

diría que “el retorno a fórmulas y procedimientos de Derecho privado” conlleva “la quiebra (...) en nuestro ordenamiento (...) de los principios que constitucionalmente deben determinar el actuar de la Administración”, introduciendo así su estudio “Reflexiones sobre la “huida” del Derecho administrativo”, en *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed. (con inclusión de otros trabajos como el citado), Civitas, Madrid 1996, p. 17, en el que, sin embargo, trata de conciliar la apertura a vestes y formas jurídico-privadas de actuación administrativa con la exigibilidad irrenunciable de aquellos principios constitucionales (p. 218).

⁽⁸⁾ Vid. nuestro trabajo “La garantía constitucional del Derecho Administrativo”, en Manuel BALADO y J. A. GARCÍA REGUEIRO (dirs.), J. LÓPEZ DE LERMA, A. PRADA y A. RUBIALES (coord.), *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, Barcelona 2003, pp. 1079–1087, y en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, 9, julio-diciembre 2002, pp. 17–27. Similares ideas se expusieron ya antes en “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)”, *RAP*, 144, 1997, pp. 60–62.

⁽⁹⁾ SALA ARQUER, J. M., en su denuncia pionera del problema: “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *REDA*, 75, 1992, pp. 399 y ss. La expresión viene del libro de Fritz FLEINER, *Instituciones de Derecho administrativo*, traducido en los años treinta por Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN, (Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933) de la 8ª ed. alemana (Tübingen, 1928, reimpresa en 1963), que la aplicó sin embargo a la gestión económica, como advierte certeramente MARTÍN-RETORTILLO, S, op. cit., p.239. La lista de los trabajos sobre este problema no es corta. LAGUNA DE PAZ, J. C. se pronunció al respecto ya en su tesis doctoral, *Las empresas públicas de promoción económica regional* (La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas), Montecorvo, Madrid 1991, pp. 290 y ss., y volvió sobre ello en “La renuncia de la Administración al Derecho administrativo”, *RAP*, 136, 1995, pp. 201 y ss.

⁽¹⁰⁾ Como las que pudieren representar los artículos 53.2 y ss. de la LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril), en cuanto a las entidades públicas empresariales y, más modestamente aún, su disposición adicional duodécima para las sociedades mercantiles estatales.

mulada en la misma sociedad, los más de los cuales suelen incorporarse a las normas y decisiones adoptadas por los Poderes públicos y, en su respectivo ámbito, por otros muchos protagonistas de la realidad jurídica.

La distinción entre el Derecho público y el privado, comprendida esencialmente en su anclaje subjetivo, obedece, como veremos, a importantes y profundas razones y éstas son capitales, constitutivas del Estado de Derecho. Es lo que querríamos contribuir a mostrar. Será necesario para ello que comencemos por explicitar precisamente el criterio que juzgamos determinante de esta distinción a estos efectos, y sus fundamentos. Nos detendremos luego en analizar sus implicaciones en algunas de las manifestaciones de la especificidad necesaria al Derecho público, en relación precisamente con instituciones jurídicas de resonancias comunes con algunas de las más propias del Derecho privado. Veremos así la distancia que media o debe mediar entre la naturaleza de las titularidades jurídicas en que se sustentan los bienes públicos y el derecho de propiedad en su sentido más propio, lo que hay de común y de necesariamente distinto entre los contratos públicos y los contratos enteramente privados, y la necesidad de un empleo público estatutario distinto de la relación laboral privada. Concluiremos con unas últimas consideraciones sobre el grado de incompatibilidad de las personificaciones jurídico-privadas con la actuación de los Poderes públicos.

Cuanto expondré contrastará en parte con la admirativa acogida que, hace ya más de treinta años, dispensé en las páginas del nº 82 de la *Revista de Administración Pública*, correspondiente al primer cuatrimestre de 1977, a la versión española de la monografía de Martin Bullinger, *Derecho público y Derecho privado*, que, espléndidamente traducida por Antonio Esteban Drake, tan prematuramente fallecido, había sido publicada por el Instituto de Estudios Administrativos en 1976.¹¹ No hay razón para reducir los elogios a ese enjundioso y utilísimo estudio, especialmente atinado en su análisis histórico. Sigo compartiendo en lo esencial la posición crítica del ilustre maestro de Friburgo de Brisgovia sobre los dualismos radicales en la percepción de la *summa divisio* del Derecho. Tras las tres décadas transcurridas me parece, sin embargo, que no es atinado minimizar, hasta el punto en que él lo hace, la trascendencia general de la contraposición entre ambas grandes partes del Derecho. Sin recaer en los errores maximalistas de quienes exageraron las diferencias, trataremos de mostrar, en efecto, como decíamos, la gran importancia que tiene esta distinción, entendida de modo realista y sustantivo, en razón precisamente de su vinculación esencial con las exigencias más fundamentales del Estado de Derecho contemporáneo. Hasta el punto de que vemos difícil que relativizarla desmedidamente no

⁽¹¹⁾ Cfr. pp. 457-462 del número de la RAP cit.

constituya una inquietante amenaza para cuanto él comporta. Comenzábamos ya a verlo así en la *Introducción al Derecho administrativo* publicada en 1986,¹² pero, desde entonces, la acumulación de experiencias, observaciones y análisis contrastados han ido progresivamente acrecentando la evidencia con que la tesis ha llegado a representárenos racionalmente.

II. OBJETO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO PÚBLICO EN SU DISTINCIÓN RESPECTO DEL PRIVADO

Ha perjudicado mucho a la correcta comprensión de la irremplazable necesidad de la distinción entre el Derecho público y el privado y de sus trascendentales implicaciones la difundida tendencia a cifrar su fundamento en consideraciones teleológicas y no subjetivas, que son las únicas que, como veremos, la justifican realmente, entroncándola con las exigencias más esenciales al Estado de Derecho.

Sobre todo a partir de las doctrinas del iusnaturalismo racionalista de cuño protestante y de algunas de las corrientes más influyentes de la Ilustración, que darían también nueva expresión a las teorías del pacto social, llegaría a ser muy común en los dos últimos siglos cifrar la diferencia entre el Derecho público y el privado en el diverso interés, general y social o particular e individual, a que una u otra grandes ramas del Derecho servirían respectivamente.¹³ Se haría así una lectura teleológica y utilitarista del conocido texto del *Digesto* atribuido a Ulpiano, según el cual *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*.¹⁴

Este planteamiento escindía la unidad del Derecho en dos partes contrapuestas, cada una con un fundamento diferente: el supuesto bien públi-

⁽¹²⁾ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid 1986, pp. 20–25 y 28–30.

⁽¹³⁾ En España, aunque puede detectarse también el predominio de esta idea al final de la etapa ilustrada del Antiguo Régimen, a punto de producirse el tránsito al nuevo sistema constitucional liberal, es de notar como trata de evitarse una radical contraposición de fines: vid. Ramón Lázaro DE DOU Y DE BASSOLS, *Instituciones del Derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, I, Benito García y Cía., Madrid 1800, p. 7. De hecho esta extensa obra —anclada aún en presupuestos anteriores al nuevo Estado de Derecho— está realmente acotada con un criterio sustancialmente subjetivo, enraizado en la especificidad de lo que hoy llamamos los poderes públicos. Cincuenta años antes puede observarse una orientación similar, aun menos depurada jurídicamente, en Pedro José PÉREZ VALIENTE, *Apparatus juris publici hispanici*, Joseph de Orga, Madrid 1751, editado como *Derecho público hispánico*, BOE-CEPC, Madrid 2000. Puede verse en p. 52 cómo plantea la contraposición entre el Derecho público y privado sobre una base finalista, pero en términos de fines principales y directos que no excluyen la unidad de fines de uno y otro, salvando así la unidad del Derecho.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *Digesto*, 1, 1, 2.

co, una, y el pretendido bien estrictamente particular, la otra. El Derecho público sería así percibido inicialmente, en las posturas de raíz liberal más individualista, como el precio impuesto por el pacto social imprescindible para la paz y la convivencia sociales, que debería, con todo, restringirse al mínimo, pero llegaría a entenderse luego como la expresión de la solidaridad colectiva, de los “valores” sociales que habrían de conducir al logro ideal de una nueva humanidad, plena de integración y armonía, liberada de destructivos egoísmos individuales. El Derecho privado, por su lado, sería entendido también como el requerido por la naturaleza misma de la condición libre del ser humano, previamente incluso al pacto social, para ser más tarde comprendido, con un fuerte prejuicio ideológico de signo paradójicamente opuesto, como el propio del insaciable interés particular, del egoísmo individual, del espíritu de lucro insolidario, que anidarían irremediabilmente en la libertad y en la propiedad, y que, obviamente, habría que reducir y condicionar precisamente mediante el Derecho público, para proteger a los débiles y advenir a la nueva sociedad.

Semejante dicotomía ha generado en los dos siglos pasados daños graves innumerables, pero forzoso es reconocer que aún perdura de una u otra manera en numerosos espíritus, también entre los juristas, dejándose notar su huella en no pocos escritos doctrinales,¹⁵ medidas legislativas y decisiones judiciales.

Observaba con preocupación Federico de Castro, a mediados del pasado siglo, que con ello “la antigua unidad de Derecho parece romperse; se habla de dos sistemas autónomos de normas, radicalmente separados, y los cultivadores de la ciencia jurídica se apartan en grupos cerrados de especialistas, que pretende crear para sus disciplinas métodos y conceptos independientes y que mutuamente se ignoran. Las distintas concepciones políticas utilizan uno u otro concepto, exagerando su distinción, enfrentándolos y haciéndolos signos de sus aspiraciones, de modo que no es extraño que las distintas direcciones teóricas se vean teñidas de uno u otro matiz político, y hasta que, siguiendo este camino, desde distintos campos, se niegue razón de ser a la misma distinción”.¹⁶

Pero como afirmase entonces el ilustre civilista, “no existen dos sistemas de Derecho, ni un Derecho con principios o caracteres exclusivos o esencialmente opuestos a los de otro Derecho”. El Derecho “es uno”; “la diversificación se produce porque el Derecho se realiza respecto a distintas

⁽¹⁵⁾ Así, muy reciente y radicalmente —aunque sólo de pasada y sin particular detenimiento—, un autor de formación romanista y amplia cultura jurídica, que está propiciando un discutible replanteamiento en profundidad del Derecho de nuestro tiempo: Rafael DOMINGO, “La pirámide del Derecho global”, en *Persona y Derecho*, 60, 2009, p. 35

⁽¹⁶⁾ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil...*, cit, p. 67.

realidades, que requieren normas adecuadas, presididas por principios que formulen esta especificidad”.¹⁷

No son, pues, los fines de las determinaciones y normas jurídicas, su supuesto servicio exclusivo o, al menos, prevalente al interés general o al particular, a lo colectivo o a lo individual, a lo común o a lo personal, lo que explica, justifica y exige la división del Derecho en público y privado, porque, en realidad, todo el Derecho se fundamenta a la vez en los dos inescindibles principios de individualidad y socialidad que entretujan y constituyen la condición personal del ser humano, única razón de ser de lo jurídico: *cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*.¹⁸

Tan evidente es la gran importancia que tiene en el Derecho público la debida determinación y protección de los derechos y libertades individuales de cada persona, como la relevancia del interés general, del bien común social, en la justa determinación y protección por el Derecho privado de la propiedad y los demás derechos reales, las relaciones contractuales entre sujetos particulares, la estructura y régimen de las sociedades mercantiles o el régimen de los vínculos familiares y sucesorios. Que lo primero sea así constituye un axioma del Estado de Derecho, precisamente; y, si no fuera cierto lo segundo, carecería de sentido en realidad toda la regulación legislativa jurídico-privada y las demás intervenciones públicas dirigidas a velar por el Derecho privado, incluida la actuación judicial: una regulación y unas intervenciones que no, por proceder del Poder público, “publican” el Derecho privado que contribuyen a conformar y a garantizar, aunque, desde luego, puedan “socializarlo”, como a veces se ha dicho, en el bien entendido que tal socialización solo será justa en la medida en que las restricciones a la libertad individual vengán proporcionadamente exigidas por la debida protección de otros derechos o libertades y, en último término, cabalmente por el bien común en que todos los derechos y libertades deben armónicamente integrarse, dentro del más pleno respeto de sus contenidos esenciales.

Si, como se dice en el artículo 10.1 de la vigente Constitución Española, “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad”, y, a la vez e inseparablemente, “el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”, es porque, justamente, las exigencias doblemente individuales y sociales que concurren en toda persona humana son, en efecto, el fundamento del orden jurídico —tanto privado como público— que sustenta el orden político y genera sólidamente la paz social: *opus iustitiae pax*.

⁽¹⁷⁾ Cfr. op. cit., p. 91.

⁽¹⁸⁾ En expresión atribuida al jurista romano HERMOGENIANO (*Digesto* 1.5.2).

Tales exigencias individuales y sociales, aunque puedan mostrarse contrapuestas en las relaciones interpersonales, no son en rigor contrarias ni excluyentes, sino complementarias; se necesitan mutuamente para armonizarse en el orden justo que hace posible la plenitud de las personas, aunque tantas veces no sea fácil identificar el punto de su adecuada armonía y tantas otras la ceguera o la mala voluntad individual se resistan a tal orden con la pretensión de priorizar e imponer ilimitada o abusivamente lo individual, lo propio y particular o bien lo que el individuo que detenta el Poder público trata de presentar, no menos erradamente, como requerido por el interés general asignado a su custodia. Corresponde al Derecho cabalmente determinar la justa medida de unas y otras, aunque en realidad solo en cuanto al mínimo imprescindible para garantizar el marco de seguridad que necesita el despliegue de la libertad —con la que cada cual ha de lograr finalmente la mejor integración personal de lo individual y lo social—, y en cuanto a la garantía en último término de la satisfacción de las necesidades básicas objeto de los derechos fundamentales prescacionales. Pero a esa misión han de contribuir, cada una a su modo, las dos grandes ramas del Derecho: el público y el privado. La polarización propia de las teorías finalistas del distinto interés servido por una y otra parte del Derecho olvida, como señalara De Castro, “la unidad interna del Derecho”, desconoce “la conexión entre los principios de personalidad y comunidad”¹⁹ y obtura, en consecuencia, las vías para lograr un orden justo, un Derecho que merezca tal nombre plenamente. Tal dualismo corre además el riesgo —como ha demostrado, bien lamentablemente, la historia— de transformarse, por radicalización, en negación excluyente de una de las dos partes. En efecto, como también ha escrito don Federico de Castro “la caída en el individualismo extremo o en el totalitarismo que se da en las teorías negativas es, en parte, el desarrollo lógico de los presupuestos unilaterales de las teorías dualistas”.²⁰

Partiendo, sin embargo, de la profunda unidad del Derecho al servicio de esa doble dimensión individual y social de la persona humana, hay, ciertamente, una poderosa razón de ser para la tradicional *summa divisio* del Derecho, que es la que probablemente explica su pervivencia, más o menos activa, en el transcurso de los siglos y que resulta particularmente activada, a nuestro entender, por los postulados más básicos del Estado de Derecho. Como ya apuntamos, son los diversos tipos de sujetos y de sus relaciones intersubjetivas lo que delimita el objeto propio del Derecho privado y del Derecho público y lo que a la vez fundamenta su diversidad específica,

⁽¹⁹⁾ Cfr. *op. cit.*, *ibidem*.

⁽²⁰⁾ Cfr. *op. cit.*, *ibidem*.

dentro de su unidad más básica. Son esos diversos tipos de sujetos, y sus consiguientes diversas relaciones, las “distintas realidades” que, según la idea que recogíamos poco más arriba del maestro ya varias veces citado, el profesor Federico de Castro, causan “la diversificación” de la unidad del Derecho en sus dos grandes ramas, que, en efecto “requieren normas adecuadas, presididas por principios que formulen esta especificidad”.²¹

Cabe insistir en que el deslinde propio de la distinción no se limita a identificar un distinto objeto subjetivo específico, sin más, a efectos meramente sistemáticos, convenientes o necesarios para el conocimiento científico y su expresión y transmisión, como a veces se ha pretendido.²² Este distinto objeto subjetivo específico no solo delimita determinaciones jurídicas diferentes, que requieren ser descritas como tales, pero sin más implicaciones. De ese diferente tipo de sujetos deriva, por el contrario, toda la muy relevante especificidad jurídica de los principios y reglas propios de una y otra rama del Derecho, entre las cuales media pues, por eso mismo, una auténtica diferencia sustantiva, que no cabe reducir a la mera distinción de partes puramente sistemáticas del Derecho.

El Derecho privado determina lo que corresponde a cada uno en las relaciones entre personas libres y jurídicamente iguales, entre particulares; en suma, entre las personas físicas —únicas que ostentan la personalidad jurídica por exigencia inherente a su personalidad ontológica— y entre las jurídicas que ellas pueden crear o de las que pueden formar parte libre y voluntariamente, así como, desde luego, entre aquéllas y éstas, incluyendo cuanto se refiere a la creación, organización y funcionamiento de dichas personas jurídicas, llamadas, por eso, precisamente privadas.

El Derecho público determina, en cambio, cuanto corresponde específicamente al ser y operar del Poder público, a su conformación organizativa y funcional y a su actividad, en todo lo que resulta exigido cabalmente por su peculiar posición y misión en la sociedad, aunque, a la vez, ello comporte obviamente múltiples determinaciones jurídicas para los sujetos privados en razón precisamente de su relación con el Poder público y solo por ello.

El sujeto propio del Derecho privado es, pues, por antonomasia la persona humana, en cuanto tal, en su necesaria relación con las demás personas humanas sus iguales, y por extensión las personas jurídicas privadas, en sí mismas y en sus relaciones con otros sujetos particulares. El

⁽²¹⁾ Cfr. *op. cit.*, p. 91.

⁽²²⁾ Hay teorías negativas de la distinción o que reducen su aceptación a fines de sistematización científica o pedagógica, cuya negación de una diferencia sustantiva basada en principios específicos distintos —compatible con la unidad en sus principios más fundamentales— deriva de una comprensión cerradamente normativa del Derecho, cual puede ser la sostenida por Hans Kelsen y seguidores suyos como Charles Eisenmann, en la doctrina jurídico-administrativa francesa. Vid. al respecto nuestra *Introducción...*, cit., p. 23.

sujeto específico del Derecho público es, por contra, aun cuando también se le revista de personalidad jurídica, el Poder público, justamente en su especificidad tanto organizativa como funcional y en toda su actividad; por más que, sin duda, comprenda siempre a la vez a las personas humanas, a los ciudadanos —y eventualmente a sus organizaciones privadas—, en cuyo servicio se fundamenta la existencia misma del Poder público, al que sustentan, de una parte, y de cuyas actuaciones son destinatarios necesarios, de otra, o al menos indudables interesados, e implique asimismo a cuantos —personas humanas también, obviamente— “encarnan”, por decirlo así, al Poder público, dándole “corporeidad” real, es decir haciendo posible que se pueda entender que él actúa por ellas o en ellas, merced precisamente a unas relaciones de “incorporación” a su organización que forman parte muy destacada de ese Derecho público. Sin necesidad de llegar a las conclusiones contrarias a la personalidad de las organizaciones en general y de Poder público en particular que sostuviera hace un siglo León Duguit,²³ hay que reconocer que su posición tenía el acierto de destacar la realidad incuestionable de que, a la postre, la realidad jurídica se sustenta siempre en personas físicas, aunque sea también evidente que no siempre se hagan presentes en el Derecho a título individual, propiamente personal (en el sentido ontológico), pues tantas otras veces lo hacen *prima facie* como órganos, agentes, representantes o elementos de lo que llamamos personas jurídicas privadas o públicas —el Poder público—, a las que imputan su actuación activa o pasiva, sin perjuicio de las implicaciones directas y, sobre todo, indirectas que tal actuación pueda, en su caso, comportar para sus personas físicas.²⁴

⁽²³⁾ Vid. DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, I, 3ème éd., Fontemoing-Boccard, Paris 1927, pp. 454 y ss, 481 y ss, 498 y ss, 510 y ss, 685, 690 y 691 y 709 y ss. La 1ª ed. es de 1914 y la 2ª de 1920. El pensamiento del reconocido Decano de Burdeos y cabeza de la llamada Escuela del servicio público francesa, ligada, por ello, a la Universidad de la ciudad girondina, se forma ya en las últimas décadas del siglo XIX. Imbuido crecientemente de sociologismo jurídico, se propuso eliminar del mundo jurídico “los conceptos metafísicos de sustancia, sujeto de Derecho, derecho subjetivo, fuentes de interminables controversias —decía en el prólogo a la 2ª ed. (vid. *op. cit.*, p. VIII)—, agotadoras y estériles”. Su concepción “objetiva” del Derecho, que él denomina “realista”, comporta en realidad una irrelevancia inquietante de lo que hoy llamamos derechos fundamentales, y una falta de consideración suficiente del papel central que le corresponde en la realidad jurídica a la dignidad de la persona humana, que en 1948 enfatizaría con su proclamación la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En los últimos diez años de su vida, sin embargo, tras la guerra de 1914-18, modificó de manera importante sus planteamientos (vid. la nota biográfica que le dedica Juan Luis REQUEJO en Rafael DOMINGO (ed.), *Juristas universales*, 3 (Juristas del s. XIX), Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 719 y ss.).

⁽²⁴⁾ Coincidiendo plenamente con su énfasis en la insustituible centralidad de la persona humana para todo el Derecho y con sus advertencias sobre el artificio de las personas jurídicas, no vemos, sin embargo, necesaria ni pertinente la eliminación de esta expresión que propone Rafael DOMINGO, en “La pirámide...”, *cit.*, p. 38.

Los sujetos privados no pueden, en suma, dejar de resultar afectados y de manera sumamente importante por el Derecho público, pero solo entran en él por razón de su relación con el Poder público. Y de otro lado, el Poder público no será ajeno, desde luego, al Derecho privado, puesto que parte de su función consistirá en esclarecerlo y determinarlo, y en prevenir y garantizar su respeto y cumplimiento, aunque la ordenación del ejercicio de tales funciones formará parte ya del Derecho público. Pero la mera intervención reguladora de las relaciones entre sujetos privados por parte del Poder legislativo o la garantizadora del Poder judicial para tutelar debidamente los derechos e intereses legítimos en esas relaciones nos las publica, no altera su naturaleza jurídico-privada, por más que se impongan en ellas exigencias de diversa intensidad que restrinjan la libertad de unas personas en beneficio de otras, determinadas o indeterminadas, eventualmente en nombre incluso del interés general. La irrupción, en cambio, en esas relaciones *inter privados*, de ese peculiar Poder público que es la Administración pública, en virtud de las pertinentes habilitaciones legales, sí que puede comportar su sumisión al Derecho público, en la medida — y únicamente en esa medida — en que pasen a quedar condicionadas por la actuación efectiva o potencial de aquélla, sujetas, por tanto, a ella para su debida conformación jurídica.

Contra lo pensado por tanto tiempo, no es más *común* el Derecho privado que el público. Cada uno de ellos es, en efecto, tan común como el otro, pero para su respectivo ámbito objetivo, delimitado con el criterio eminentemente subjetivo que queda indicado. Se explica, no obstante, que al referirse el Derecho privado a las personas físicas —la realidad siempre central del Derecho, como hemos dicho— y a las jurídicas en general, en cuanto no constitutivas de la realidad jurídica específica que es el Poder público, haya sido reconocido históricamente y aún hoy se le siga considerando en cierto modo como el *más* común o común por antonomasia, dotado a la postre, en sus criterios, de virtualidades supletorias últimas. Pero el desarrollo del Derecho público contemporáneo, bajo las exigencias del Estado de Derecho, ha ido mostrando que, en todo cuanto es específico del Poder público, el Derecho privado carece de respuestas, de criterios apropiados. Corresponden efectivamente al Derecho público las determinaciones jurídicas que configuran de modo peculiar al Poder público en su existencia y organización, y conforman específicamente su actividad. El régimen jurídico común y normal del Poder público, como hace más de medio siglo expusiera con acierto para la Administración pública el profesor Clavero Arévalo,²⁵ es cabalmente el Derecho público,

⁽²⁵⁾ Vid. CLAVERO ARÉVALO, M. F., "Consecuencias de la concepción del Derecho

al que, por lo mismo, sería equivocado calificar como Derecho *especial*. Es Derecho plenamente normal con respecto a su objeto propio, y, como tal, posee sus propios principios y su propia capacidad de autointegración en ausencia de reglas formuladas suficientes. Las lagunas e insuficiencias que puedan encontrarse en su normativa propia no pueden resolverse adecuadamente acudiendo supletoriamente, sin más, al Derecho privado. La virtualidad supletoria última de éste solo podrá proyectarse sobre el Poder público y sus relaciones con terceros en aquellos elementos o aspectos en que aquél y éstas participen de la misma naturaleza básica de los sujetos jurídicos en general y de sus relaciones recíprocas, sin que haya nada que, ni directa ni indirectamente, ni expresa ni implícitamente, reclame en todo o en parte un trato específico jurídico-público. Algo que la teoría admite y la práctica acredita, ciertamente, como posible en cuanto a diversos componentes de muchas realidades jurídicas que, sin perjuicio de lo que las diferencie según correspondan respectivamente al ámbito de lo privado o de lo público, perviven en ellas como inherentes a su naturaleza más básica: piénsese en la misma realidad de la personificación jurídica, en la estructura constitutiva de los actos jurídicos, en la índole sinalagmática de los contratos, o, en fin, en el vínculo sujeto-cosa que es propio de los derechos reales, etc.²⁶

El Derecho público, en suma, tiene un objeto bien distinto del que es propio del Derecho privado, y no es otro que el Poder público. Pero es éste además su fundamento específico, su razón de ser y la de sus contenidos propios.

Porque el Poder público solo puede explicarse racionalmente y justificarse en función de la personas humanas, de sus libertades y derechos fundamentales y de su bien común, el Derecho público no es menos ni más Derecho que el privado, de modo que, frente a la teorías radicalmente dualistas o negadoras de la juridicidad del uno o del otro, constituyen dos partes igualmente necesarias dentro de la unidad profunda de todo el Derecho, que determinan y garantizan lo que corresponde de modo justo y exigible a cada uno en su propio ámbito, con el mismo fin de hacer posible el bien común, entendido como la debida armonización del bien individual de todos en el conjunto social. Pero es precisamente el origen y la misión propios del Poder público, en cuanto socialmente necesario para

administrativo como ordenamiento común y normal", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, pp. 544 y ss.

⁽²⁶⁾ Un magnífico ejemplo de la realidad y sentido de este tipo de supraconceptos que, sin embargo, se traducen luego en realidades jurídicas específicas autónomas en el Derecho privado y en el público, fue objeto de muy certero análisis por Manuel REBOLLO PUIG en *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública* (prólogo de Frank Moderne), Marcial Pons, Madrid 1995. Vid. en particular sus pp. 93 y ss.

ese bien común, lo que dota de especificidad a la parte del Derecho que denominamos público, dentro de la unidad del Derecho. De ahí derivan los principios, las exigencias que obligan a diferenciarlo del privado e imponen el conjunto trabado de determinaciones jurídicas que lo especifican, siempre al servicio de los fines comunes a todo el Derecho. No es por eso la división entre el Derecho público y el privado, como ya hemos dicho, simple distinción de objeto material a efectos de mera sistematización científica o pedagógica, sino diferenciación sustantiva que hace que el Derecho público, aun dentro —insistimos— de la unidad teleológica y básica de todo el Derecho, se destaque con sus propios principios y exigencias, netamente distintos de los específicos del Derecho privado y no menos “comunes y normales” que los propios de éste.

Tan inapropiado será entonces aplicar al ámbito propio del Derecho público —el Poder público en su organización y en su relación con los demás— el Derecho privado como la inversa, por más que, no pocas veces, determinaciones o reglas jurídicas nacidas en el seno de una de las dos ramas se extiendan o trasplanten también en su aplicación a la otra, para tratar de atender mejor situaciones o necesidades similares, con las adaptaciones que resulten apropiadas.²⁷ Es precisamente en este lógico proceso de trasplante alotrópico de soluciones, técnicas e instituciones jurídicas cuando pueden producirse más fácilmente perturbaciones de las dinámicas propias del Derecho público o del privado, que aconsejarán los necesarios procesos de ajuste y depuración, a partir siempre, una y otra vez, de la mayor coherencia con los principios que han de presidir el orden jurídico constitutivo del Poder público y de sus relaciones con los demás, de un lado, y el de las relaciones entre particulares, de otro.²⁸

⁽²⁷⁾ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO analizó entre nosotros hace más de cincuenta años la relevancia del Derecho civil en la elaboración del Derecho administrativo, mostrando a la vez la autonomía lograda por éste en la conformación de las instituciones adaptadas a sus propias exigencias, sobre el fondo de una realidades jurídicas comunes, susceptibles de formulación con *supraconceptos* comunes: vid. su estudio sobre *El Derecho civil en la génesis...*, 2ª ed. cit., pp. 25–67 (la 1ª ed. corrió a cargo del Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla, 1960. Ha habido ulteriores ediciones).

⁽²⁸⁾ En TRIEPEL, H., *Derecho público y política*, cit. supra, aun en su brevedad, se encuentran críticas metodológicas a lo que se considera exceso de conceptualismo jurídico “purista” de la Escuela “clásica” del Derecho público alemán, que va de Gerber y Albrecht a Laband, Jellinek o el mismo Otto Mayer, por falta de suficiente ponderación de la especificidad de los intereses y finalidades de la política que es objeto —dice— del Derecho público. Es discutible que la apreciación sea tan generalizable con justicia, pero es una advertencia ilustrativa. Más plenamente justificada es aún su crítica al formalismo normativista kelseniano, desde el que, comprensiblemente —dados sus presupuestos—, se negaría toda relevancia real a la distinción entre el Derecho público y el privado.

III. LA AUTÉNTICA SUPREMA DISTINCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Es el modo indicado de entender la distinción entre los Derechos público y privado lo que nos parece que resulta exigido por la misma esencia del Estado de Derecho, de manera que, en efecto, cabe afirmar que esta tradicional, pero discutida, “*summa divisio*” del Derecho es ciertamente condición esencial para el cumplimiento del Estado de Derecho.

Y esto es así por la evidencia de la trascendencia capital que tiene para el Estado de Derecho la radicalmente diversa posición que en él se reconoce a la persona humana y a lo que venimos llamando el Poder público. Esta sí que es la auténtica suprema distinción del Estado de Derecho. Todos sus postulados esenciales miran cabalmente al modo como se deben constituir las relaciones entre la persona humana y el Poder público, siendo aquélla el principio y fundamento de todo el orden jurídico y éste algo que se crea exclusivamente por su necesidad para el servicio de aquélla, y, por ende, de índole estrictamente instrumental y servicial, aunque haya de dotársele de las capacidades necesarias para cumplir su papel.

Lo que llamamos el Estado de Derecho surge en la historia como el modelo de estructura jurídico-política necesaria para someter a Derecho precisamente al Poder público, garantizando con ello “los derechos del hombre y del ciudadano”, como se proclamaría en la conocida “Declaración” de los albores de la Revolución francesa de 1789 y, antes, en las similares “Declaraciones” de las colonias inglesas americanas —destacadamente la de Virginia— al alzarse como Estados independientes y proponerse su nueva ordenación constitucional. Se afirma rotundamente la primacía del hombre y de sus derechos “naturales e imprescriptibles”²⁹ como seres “libres e iguales”,³⁰ justificándose el Poder público, el Estado, exclusivamente en “la conservación” de tales derechos.³¹ El Poder público no tiene fines en sí mismo ni menos aún al servicio de las personas físicas que hayan de detentarlo o ejercerlo —y de las que, obviamente, debe diferenciarse con nitidez—, sino que está por entero al servicio de esos derechos de todas las personas, en su igualdad constitutiva esencial.

Las mutaciones que han llevado progresivamente desde los planteamientos iniciales liberales del Estado de Derecho, más o menos radicales, más o menos doctrinarios y, sobre todo, más o menos realizados en la práctica y con diversa continuidad, hasta las actuales formulaciones más

⁽²⁹⁾ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de la Asamblea Nacional francesa, de 26 de agosto de 1789, artículo 2.

⁽³⁰⁾ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., artículo 1.

⁽³¹⁾ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., artículo 2.

asentadas del Estado de Derecho al que se adjetiva, como en el artículo 1º de la Constitución Española de 1978, como social y democrático, no han supuesto alteración sustancial de la esencial contraposición indicada de la persona humana y del Poder público, que, por el contrario, se ha reafirmado más y más, justamente como constitutivo esencial de la noción misma del Estado de Derecho, al tiempo que se han ido profundizando y enriqueciendo en su comprensión las exigencias inherentes a la dignidad de la persona humana y, por lo mismo, de sus derechos fundamentales, ampliándose en la misma medida los deberes de tutela, promoción y garantía a cargo del Poder público. Ello habrá traído consigo una mayor dificultad y complejidad para armonizar adecuadamente, como debe ser, la garantía de todos esos derechos fundamentales con la de las libertades que fueron enfatizadas primero en la historia del Estado de Derecho, pero éste no ha renunciado en modo alguno a la primacía de éstas, aun debidamente condicionada, a medida que ha ido articulando medidas para hacerlas más reales y efectivas para todos, removiendo, como dirá el artículo 9.2 de la Constitución vigente española, los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, en una perspectiva más completa de justa igualdad.

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”, afirma el artículo 10.1 de la Constitución. Todo cuanto se sitúa en ese plano fundamental, salvo *prima facie* el respeto a la ley, corresponde a la persona humana, que es el auténtico fundamento mismo del sistema, de todo el Derecho, obviamente. Y la alusión al respeto a la ley no reduce su exclusividad en tal condición, porque en realidad la ley es solo instrumento al servicio de las necesidades jurídicas que derivan para las personas de su condición social; es con ella y solo en rigor con ella —³² sin perjuicio de las exigencias más profundas del Derecho que en ella deben concretarse —³³ como han de articularse las libertades y derechos de todas las personas, que son, ciertamente, fundamentales, pero no absolutos, ilimitados. La ley en sí no está en el mismo plano de fundamentalidad de la persona humana, aunque su mención en este precepto apunta seguramente a situar en ese nivel la ineludible exigencia de límites para aquellas mismas libertades y derechos que ella connota y trata de evidenciar, determinar o clarificar

⁽³²⁾ Vid. al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2009, *passim*, particularmente p. 78.

⁽³³⁾ El propio GARCÍA DE ENTERRÍA, en la op. cit. en nota anterior y en otras diversas publicaciones hace hincapié en la trascendental importancia, junto a la *ley*, del *Derecho*, con sus principios generales, reflejada, desde luego, en la Constitución Española vigente, ya en sus referencias, desde el artículo 9.1, al ordenamiento jurídico, y, particularmente, en cuanto a la Administración pública, con inspiración reconocidamente alemana (art. 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn), en el 103.1.

y hacer efectiva, expresándose como acción principalísima del Poder público, que implicará y requerirá otras también importantes al servicio de la persona humana y sus justas libertades y derechos. Pero ni la ley ni las demás acciones del Poder público constituyen el fundamento, sino el instrumento a su servicio, el medio o los medios imprescindibles que el orden jurídico debe arbitrar para responder verdadera y eficazmente a lo que le fundamenta, justifica y da sentido.

Dicho de otra manera, la plena personalidad jurídica de todo ser humano en condiciones de igualdad, su *status libertatis* y, en consecuencia, su derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad en todas sus posibles dimensiones inmateriales y materiales, no necesitan títulos jurídicos distintos de la misma existencia como ser humano, porque todo ello es inherente a quien posee esa naturaleza.³⁴ La personalidad jurídica del ser humano es proyección necesaria de su propia naturaleza personal, y su libertad jurídica manifestación necesaria asimismo del libre albedrío con el que está dotado para dirigirse a sus fines, y de la igualdad sustantiva de todos los seres humanos. Es obvio que el hombre, cada persona humana, es mucho más de lo que es para el Derecho: mucho más que lo que puede decir de ella su condición jurídica, con ser tan importante, mucho más que su capacidad jurídica y sus relaciones jurídicas. Lo jurídico es una dimensión imprescindible del ser humano, pero no agota ni mucho menos su realidad personal. Ni siquiera sus acciones externas y con posible incidencia en los demás y en el entorno natural necesitan justificarse una a una, cualquiera que sea su contenido, en predeterminaciones jurídicas, y menos aún en las establecidas por el Poder público en forma de leyes o de otros modos. El Derecho es para cada persona humana solamente un límite y un condicionamiento necesario, aunque no ajeno, desde luego, a su propio bien y plenitud perfectiva; pero ni es el constitutivo intrínseco de su personalidad ni la causa y motivo necesario de todas sus acciones. La libertad que le es inherente, sus diversos derechos de libertad, significan precisamente esto: ámbitos más o menos amplios para el despliegue de la propia acción o inacción de forma autodeterminada, que cada cual decidirá por sus razones éticas, estéticas, técnicas, sociales o del tipo que sean, sin restricciones ni mandatos de carácter jurídico; más o menos amplios, decimos, porque todas esas libertades siempre habrán de sujetarse a

⁽³⁴⁾ “La persona humana es, pues, un «prius» para el Derecho” (...), “no nace por determinación de la ley” (MEILÁN GIL, José Luís, en su memorable intervención ante el Pleno del Congreso de los Diputados del 6 de julio de 1978, en nombre de UCD, en relación con el artículo de la Constitución sobre el derecho a la vida: cfr. DS núm.105, pp. 3961-3962, reproducido en *Constitución Española (Trabajos parlamentarios)*, II, Servicio de Estudios y Publicaciones, Cortes Generales, Madrid 1980, pp. 2033-2034).

límites y condiciones de carácter jurídico, que les marcarán unos contornos externos, tanto si son negativos (deberes de abstenerse o no hacer) como si son positivos (deberes de dar o hacer). Expresivamente, el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, a la que el artículo 10.2 de nuestra Constitución otorga valor hermenéutico constitucional, afirma que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad” y que, “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona está solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Los límites, pues, del Derecho han de ser explicitados por la ley —se entiende la ley formal, aprobada en el Estado democrático por la legítima representación popular— y solo por ella y con una justificación razonable y proporcionada. De ahí también una reserva de ley como la establecida en el artículo 53.1 de la Constitución española, que preserva además el contenido esencial de las libertades y derechos fundamentales, y el principio de interdicción de la arbitrariedad que su artículo 9.3 predica de todos los poderes públicos y, por tanto, también del Legislativo. De ahí, en fin, el conocido como principio *pro libertate* o *in favore libertatis*, fundamental al Estado de Derecho, con el que se deben resolver las dudas interpretativas que planteen las regulaciones jurídicas e incluso las de su legitimidad constitucional. Como un eco del viejo adagio *quae non prohibita permissa intelliguntur*, que el artículo 5 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano formulaba diciendo que: «*Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*», el Tribunal Constitucional español afirmaría tempranamente en sentencia de 24 de julio de 1984, recordada en su *Curso de Derecho administrativo* por los profesores García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, que “el principio general (de libertad) que la Constitución consagra (artículo 1º.1) autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíbe, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas”.³⁵

⁽³⁵⁾ Cfr. op.cit., I, 6ª ed., Civitas, Madrid 1999, p. 109. Vid. también expresamente sobre el principio *in dubio pro libertate*, la afirmación que se hace en la p. 114 de esta misma obra: “La libertad es la regla; la limitación es, en cambio, la excepción, que, como tal, hay que interpretar restrictivamente”, debiendo elegirse la técnica de intervención que sea “congruente y proporcionada con los valores constitucionales que con ella quieren protegerse”.

De ahí lo incomprensible de ciertos pronunciamientos recientes ocasionales de la Sala 3ª (Sec.7ª) del TS —manifiestamente rechazables— según los cuales las facultades comprendidas en una determinada libertad pública constitucional tendrían que ser especificadas por la ley (y ley

Permite esa libertad a cada persona humana no afectada por incapacidades legales justificadas, obrar sobre la realidad jurídica, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas subjetivas propias, aunque ello pueda comportar exclusiones o, por el contrario, nuevas posibilidades, indirecta o reflejamente, para terceros. Pero, entre personas particulares, no afectadas por incapacidad, para incidir directamente con su capacidad de obrar en situaciones jurídicas ajenas, toda persona humana necesita el consentimiento o acuerdo de las otras personas afectadas, titulares todas, en principio, de una misma libertad y consiguiente autonomía jurídica, incompatible con la sumisión o sujeción que, de otro modo, se supondría. De ahí que el contrato, entendido como acuerdo de voluntades generador de obligaciones recíprocas, sea considerado como institución prototípica del Derecho privado —aunque algo análogo ocurrirá en el Derecho internacional público con los “tratados”, precisamente en razón de la igualdad jurídica que se presume entre los sujetos de la comunidad internacional, bien que sean públicos—, y que actos jurídicos netamente privados como la donación o el testamento no dejen de requerir la aceptación del donatario o del heredero, respectivamente, para producir efectos.³⁶ O, en fin, que estén vedadas las coacciones entre sujetos privados, incluso para obtener la efectividad de sus legítimos derechos, hasta el punto de tipificarse como delitos. De ahí también que todas las organizaciones que pueden ser creadas por las personas humanas en cuanto sujetos privados descansen igualmente sobre la libre voluntad de sus creadores y de cuantos, eventualmente, en el caso de las constituidas con estructura asociativa, colectiva o social —*universitates personarum*— se adhieran o se incorporen a ellas como socios. Son las personas jurídicas privadas producto de la libertad, y su subsistencia descansa asimismo sobre ella, particularmente si tienen estructura de base personal, asociativa. Y, por descontado, ninguna de ellas puede pretender gozar por sí misma de suerte alguna de monopolio jurídico, ni remotamente, por lo que carecen del derecho a oponerse a que se creen libremente cuantas otras puedan surgir como alternativas para los mismos fines, las mismas actividades y el mismo territorio.

Todo esto es el ámbito propio de las determinaciones del Derecho privado, con independencia de las repercusiones generales —públicas, si se quiere, en cuanto relativas al pueblo de forma indeterminada individualmente— que las conductas por él reguladas y medidas puedan tener, que no en pocos aspectos serán incluso sumamente relevantes, justificando

orgánica) para ser tenidas como integrantes de su contenido esencial y poder aspirar a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales (SSTS 16.04.2008 y 11.07.2008).

⁽³⁶⁾ Cfr., para la donación, los arts. 623 y 629 C.c., y, para la sucesión (testada e intestada), los arts. 988 y ss.

por ello mismo una mayor densidad, quizás, en esa misma regulación, que no dejará solo por eso de ser plenamente jurídico-privada. Es, pues, el Derecho privado la parte del Derecho que rige las relaciones entre sujetos dotados de libertad, es decir las personas humanas y, por extensión y participación, las jurídicas que se sustentan libremente en ellas, para las que establece las determinaciones necesarias como límites negativos y positivos de su libertad, respecto a los cuales ésta se encontrará en una situación de vinculación en todo caso meramente negativa.

El Poder público es, en cambio, o debe ser, en rigor, pura creación del Derecho —de esa determinación relacional que es el orden jurídico—³⁷ que no puede dejar de existir, aun con la inmaterialidad que es propia del Derecho y hasta de toda organización social, precisamente para asegurar el respeto y cumplimiento de cuanto es requerido por el Derecho privado —comenzando por su esclarecimiento general y particular—, y para complementarlo con las acciones o intervenciones propias necesarias para la subsistencia y seguridad de la propia sociedad y para su bien común y, por tanto, para la debida satisfacción de los derechos fundamentales de todos, en cuanto no resulte alcanzable por el simple despliegue y armonización voluntaria de las libertades de quienes conforman cada colectividad social,³⁸ por requerirse —en las circunstancias espacio-temporales de que en cada momento y lugar se trate— una cooperación social que, al no producirse espontáneamente, ha de imponerse mediante medidas, de uno u otro modo, coercitivas de la libertad, que articulen la de cada uno con las de los demás, o sirvan para sustentar acciones de estimulación y apoyo o de prestación y servicio, o, en fin, para garantizar la disponibilidad general de determinados bienes de uso difícilmente divisible o de algunos servicios esenciales.

Sea cual sea su formalización jurídica y su organización, el Poder público será siempre un sujeto —único o plural y multiforme—, un centro de actuaciones e imputaciones jurídicas, o una multiplicidad de ellos debidamente ordenada, que se erige en una determinada colectividad humana obligatoria en expresión y para la conservación de su unidad, en orden a

⁽³⁷⁾ Vid. al respecto nuestro estudio "Sobre la esencia del Derecho", *Libro Homenaje al Profesor Iglesias Cubría*, II, Universidad de Oviedo, Oviedo 1994, 533-567.

⁽³⁸⁾ A nuestro entender las libertades y derechos fundamentales obligan tanto a los sujetos privados como a los sujetos públicos o al Poder público y, en consecuencia, forman el humus tanto de Derecho privado como del público. Las elucubraciones de origen alemán sobre la *dritte wirkung* de los derechos fundamentales, solo tienen sentido si se parte de una identificación de éstos solamente como derechos subjetivos públicos, marginándose su más completa y fundamental comprensión. Variará, sin embargo, lógicamente la incidencia e importancia de unas y otros en los contenidos de una y otra parte del Derecho y su traducción en derechos determinados en uno y otro ámbito. Y qué duda cabe en particular de que la garantía última de todos ellos, como de todo el Derecho, dependerá de las regulaciones y de las actuaciones preventivas, punitivas y prestacionales que correspondan al Poder público y que habrá de regular el Derecho público.

garantizar, con su gobierno, la consecución de los fines que la justifican.

Pero todo Poder público se sustenta directa o indirectamente en una comunidad política autoconstituida en soberana e independiente, normalmente sobre determinado territorio. Hablamos del Estado en sentido estricto para referirnos cabalmente al conjunto institucionalizado de Poderes públicos con que se organiza y se expresa en unidad, directamente, dicha comunidad política soberana.

En la teoría y en la práctica jurídica contemporáneas reconocemos por eso al Estado como la entidad o persona jurídica pública superior y soberana. Bajo ella y dentro del ámbito social comprendido en ella suelen reconocerse otra diversidad de Poderes públicos también institucionalizados como entidades o personas jurídico-públicas, cuya existencia formalmente tal depende realmente de su creación o reconocimiento por el Estado, única fuente admitida de los vínculos obligatorios en que siempre se fundan, pero que vienen a organizarse formalmente sobre la base de otras colectividades políticas, obligatorias, que se imponen como tales, reconociéndose así jurídicamente determinadas realidades sociales más o menos diferenciadas, territoriales o sectoriales. Es lo que acontece, desde luego, en el caso de la España actual, con las Comunidades Autónomas, creadas como entidades públicas territoriales superiores, con funciones formalmente legislativas y ejecutivas, y en las que se ha expresado, de forma particularmente consistente, el derecho a la autonomía reconocido, dentro de la unidad nacional de España y como pieza constitucional esencial,³⁹ a las colectividades territoriales que el artículo 2 de la vigente Constitución denomina *regiones y nacionalidades*. Pero es lo que sucede asimismo en nuestro país, aun con un rango inferior,⁴⁰ con los Municipios, Provincias e Islas, que instrumentan el derecho a la autonomía también constitucionalmente garantizado a las correspondientes colectividades locales, aunque solo a nivel político-administrativo (artículos 137 y ss. de la Constitución), e incluso con las conocidas como Corporaciones sectoriales de Derecho Público (Colegios Profesionales, Cámaras, Cofradías de Pescadores, Consejos Reguladores de Denominaciones de Origen, etc.), a las que el Tribunal Constitucional ha reconocido base constitucional suficiente en los artículos 36 y 52 del texto constitucional cuando hay razones justificadas para ello.

⁽³⁹⁾ Dada su inserción en el Título Preliminar, no puede modificarse su formulación constitucional sino por el procedimiento de revisión total o "esencial" de la Constitución de su artículo 168. Su configuración institucional, sin embargo, en cuanto regulada por el Título VIII, no participa de esa "esencialidad" ni de la correspondiente rigidez frente a un cambio constitucional, que sería posible conforme al artículo 167.

⁽⁴⁰⁾ Su base constitucional no forma parte del núcleo duro o esencial del orden constitucional que se desprende del artículo 168 de la Constitución.

El Poder público se expresa aún en otra diversa multiplicidad de personas o entidades jurídico-públicas de naturaleza no corporativa sino institucional, dependientes o vinculadas por alguna relación de dependencia “instrumental” —en un sentido muy amplio, en el que caben incluso las denominadas convencionalmente autoridades “independientes” — con alguna de las entidades públicas ya mencionadas, por ser en realidad una parte funcionalmente descentralizada de su misma organización en sentido lato, que, bajo el principio democrático, depende de la misma colectividad obligatoria y por ella es igualmente sustentada.

En cualquier caso, todo Poder público, toda entidad pública, desde el Estado a una modesta Entidad urbanística colaboradora como las Juntas de Compensación, deben su realidad subjetiva y su organización como tales, exclusivamente al Derecho, a un acto o a una cadena de actos comúnmente⁴¹ unilaterales, jurídico-normativos, adoptados en ejercicio de potestades públicas, que se imponen obligatoriamente a las personas libres que quedan sujetas a ellas, sin duda, para su supuesto beneficio, pero con independencia de su asentimiento y de su voluntad y, desde luego, con las correspondientes cargas y restricciones de su libertad.

Los Poderes públicos, las personas jurídico-públicas no existen sino para llevar a cabo lo que se dispone en su creación y regulación jurídica. Carecen de libertad y están vinculados, por tanto, en todo su actuar, de manera positiva, intrínseca y conformadora, al ordenamiento jurídico a ellos específicamente referido. Es precisamente el Derecho público la parte del Derecho que determina las condiciones de justificación, validez y legitimidad de su existencia, de su organización y de su actividad toda. Y se entiende, entonces, que esta parte del Derecho, justamente para garantizar adecuadamente cuanto es propio del Derecho privado y cuanto sea complementariamente necesario para la integridad de los derechos fundamentales de todas las personas, al tener como objeto propio y específico el Poder público en su ser y en su operar, haya generado unos principios adecuados a este tipo de sujetos que son los entes públicos, tan radicalmente distintos de las personas que llamamos privadas.

Ha sido muy común situar lo específico del Derecho público en las potestades públicas, el poder, la *puissance publique*, las prerrogativas necesarias al Poder público, puesto que, en efecto, nada de esto existe en puridad en el Derecho privado, y el Derecho público del Estado de Derecho ha debido precisamente articular toda una serie de principios y reglas para sujetar a Derecho al poder de mando y de imposición y coacción de los

⁽⁴¹⁾ Sólo las Corporaciones interadministrativas o, si se prefiere, más ampliamente, las entidades públicas que resultan de una voluntaria asociación de otras, se basan —inmediatamente— en acuerdos o convenios bilaterales o plurilaterales propiamente tales.

gobernantes.⁴² Pero la evidente relevancia sobresaliente de lo que implica semánticamente la misma noción de Poder público ha dejado demasiado en segundo plano algo que es incluso más importante y fundamental en una cabal comprensión jurídica de éste: que, como venimos diciendo, el Poder público nunca puede organizarse ni actuar como un sujeto privado, como un sujeto libre, que se trata de una realidad subjetiva eminentemente *sujeta* —valga la redundancia—, sometida, vinculada al estricto cumplimiento de los fines que se le marcan por el ordenamiento aplicable, y con los medios, por los procedimientos y en la forma que asimismo se le marcan, todo ello presidido por su necesario servicio a los derechos fundamentales con *igualdad*, que es algo particularmente cargado de implicaciones y exigencias.

Es posible que el Poder público no necesite usar siempre sus potestades, sus prerrogativas. Se viene haciendo notar desde hace años una corriente favorable a una actuación, como suele decirse, menos “autoritaria” y más “negociada”, “acordada”. Es difícil que todo eso no deba reconocer severos límites. Pero es cierto que la actuación de los Poderes públicos —en particular de la Administración pública, claro está— no siempre requiere de la potestad pública. Lo que es, en cambio, indudable es que nunca podrá dejar de actuar con su específica sujeción y vinculación positiva al ordenamiento, a los fines específicos que éste le asigna, a sus exigencias procedimentales y formales, a las debidas garantías de la igualdad en los derechos fundamentales implicados, a la dirección y al control democráticos. Nada de esto es prescindible en la actuación de las entidades públicas. Por eso mismo no es prescindible en ella el Derecho público, que carece de alternativas que puedan ser jurídicamente satisfactorias al respecto en el Derecho privado.

Nadie cuestiona que corresponda en exclusiva al Derecho público la organización y actuación de los Poderes legislativos o de los jurisdiccio-

⁽⁴²⁾ Las referencias serían interminables. La generalidad de las obras sobre Derecho público han tratado en el pasado —y aun hoy— exclusivamente de la sujeción a Derecho del poder, de las potestades públicas, o se han centrado, al menos, muy principalmente en ello. Una posición crítica tan destacada como fue la de DUGUIT, hace ya un siglo, dirigía sus alegatos contra un Derecho público que veía concentrado exclusivamente en el poder (*Traité de droit constitutionnel*, I, cit., pp. 680 y ss.). Y, para la doctrina alemana del XIX, puede verse por ejemplo el análisis de Javier PÉREZ ROYO, “El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX”, *Revista de Estudios Políticos*, 1, 1978, pp. 67–98. En la doctrina más reciente, observamos en Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid 2003, pp. 293 y ss. una comprensión de la contraposición entre el Derecho público y el privado muy cercana a la aquí expuesta. Su anclaje, sin embargo, del Derecho público, de acuerdo con aquella arraigada tradición que no acaba de superarse, en “la posición especial de los titulares estatales de soberanía” (en la traducción citada) y por tanto en la idea de poder, sin tomar en consideración suficiente la de sujeción que ello sobre todo comporta, determina nuestra divergencia, precisamente en cuanto a las exigencias jurídico-públicas de la actividad que en sí misma puede no comportar ejercicio de potestad.

nales, y menos aún las de Poderes tan peculiares como el de las modernas Jefaturas del Estado, eminentemente formales y representativos, destacadamente en las Monarquías democráticas constitucionales como la española. O, en fin, la organización y actuación de las Fuerzas Armadas estatales.⁴³

La cuestión del sometimiento parcial, más o menos amplio, de la organización o de la actividad del Poder público, no al Derecho público, sino al Derecho privado, solo se plantea en relación con los Poderes ejecutivos, con las Administraciones públicas. Se ha hablado por ello de una huida del Derecho administrativo al Derecho privado y, por lo mismo, frente a ello, como ya dijimos, de una reserva constitucional de Derecho administrativo o, por nuestra parte, de una garantía constitucional del Derecho administrativo. Es tanto como hablar de una garantía constitucional del Derecho público propio de la Administración pública. Porque, en efecto, tal y como hemos justificado en otras partes, la Constitución española contiene una serie de exigencias insoslayables para cuanto responda a las notas o elementos con los que debe identificarse una Administración pública, que conforman en suma una suerte de Derecho constitucional administrativo, del que ninguna Administración podría ser dispensada sin daño del Estado de Derecho: "sometimiento *pleno* —y, por ende, positivo e intrínseco— a la ley y al Derecho" (artículo 103.1), reserva de ley (artículos 53.1, 81, etc.), "objetividad" en el servicio a "los intereses generales" (artículo 103.1) con necesaria justificación causal de toda su actuación en los fines para los que se le haya conferido la capacidad de realizarla (artículo 106.1), razonabilidad contraria a toda arbitrariedad prohibida (artículo 9.3), sujeción al debido procedimiento, con audiencia en su caso de los interesados (artículo 105,a) y b)), igualdad ante los beneficios y cargas públicas (artículos 14, 31, 33.3, 106.2, y 149.1.18^a), necesaria predeterminación presupuestaria de los gastos públicos (artículo 134.2) y condicionamiento especial del recurso al crédito (artículo 135), o, en fin, especificidad del régimen de los empleados públicos (artículos 23.2 y 103.3) y de las cosas públicas (artículo 132).

Si el Estado de Derecho, también el social y democrático, se resume en una ordenación jurídica del Poder público que asegure su dedicación exclusiva al servicio de un interés general en el que se aúnan adecuadamente los derechos fundamentales de todos y una primacía de las libertades que ha de presidir asimismo sus formas operativas, junto con la adecuada plasmación del principio de separación de los principales Poderes que integran el del

⁽⁴³⁾ De cuya distinción con respecto a la Administración pública, incluida, por supuesto, la militar, nos ocupamos hace años en "Fuerzas Armadas y Administración Pública", *El Título Preliminar de la Constitución*, IV, Ministerio de Justicia, Madrid 1988, pp. 2699–2725. En sentido contrario, destacadamente, Fernando LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, CEC, Madrid 1987.

Estado o el de otras entidades públicas superiores como es el caso, en buena medida, de las Comunidades Autónomas españolas, resulta evidente que toda esa peculiar disposición jurídica del Poder público en su conjunto, en sus diversas actividades, y en su ordenación interna, estará necesariamente constituida por una serie de determinaciones netamente distintas de las que son propias de los sujetos privados, sus organizaciones voluntarias y su libre actividad; se fundarán en principios diferentes aunque los fines y fundamentos últimos sean los mismos. El Derecho público, que se ocupa de todos esos principios y determinaciones sobre la organización y el actuar del Poder público, será así efectivamente esencial para el Estado de Derecho en su especificidad diversa del Derecho privado, como lo será igualmente éste en su aplicación, conforme con las exigencias de las libertades y derechos fundamentales, a las relaciones entre los sujetos privados.

Tanto minará al Estado de Derecho la aplicación al Poder público de los principios y reglas que son propios de la organización y actuación de sujetos libres y objeto propio del Derecho privado, como el sometimiento de estos sujetos libres a los criterios de organización, funcionamiento o actuación que sean propiamente específicos del Poder público, con la consiguiente eliminación de una libertad sin la que dichos sujetos perderían su atributo esencial, para cuya adecuada tutela y garantía, en condiciones de igualdad y de modo que no impida la satisfacción general de los derechos fundamentales, ha ganado su carta de naturaleza el Estado social y democrático de Derecho.

Vamos a detenernos a continuación en examinar los rasgos con que el Derecho público determina específicamente, como manifestación y consecuencia de cuanto va dicho, algunas de las situaciones y posibles actuaciones de las entidades públicas que más habitualmente se han considerado o muchos siguen considerando como similares a las comunes del Derecho privado. Podremos verificar así la especificidad diferencial del Derecho público y su anclaje en las exigencias del Estado de Derecho.

IV. NATURALEZA DE LAS TITULARIDADES JURÍDICAS REALES PLENAS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Para determinar el alcance de lo que corresponde a cada uno sobre la multiplicidad de las cosas materiales y aun inmateriales susceptibles de un uso y aprovechamiento individual, que satisfaga las necesidades de todo tipo de cada ser humano y la consecución de sus fines, de la plenitud de su realización como persona, la técnica jurídica multiseccular ha considerado imprescindible reconocer la existencia de un vínculo directo de los bienes

con la persona o personas a que queden atribuidos en plenitud para su uso o disfrute y para disponer, en su caso, sobre ellos. Por tratarse de una atribución directa de la plenitud de unas cosas a alguien, puede hablarse de una titularidad jurídica plena de éste sobre aquéllas, que, precisamente por constituir una relación directa que permite usar estas cosas —*res*, en latín— y actuar sobre ellas, desde el Derecho romano recibe el nombre de *real*, un derecho real pleno. Esta titularidad real plena sobre las cosas hace a éstas ciertamente *propias* del sujeto o persona que la tiene reconocida, por lo que con razón ha podido llamarse *propiedad* o *derecho de propiedad*, y también *dominio* o, como puede leerse en textos jurídicos en castellano antiguo, *señorío*,⁴⁴ ya que quien la ostenta tiene, en efecto, en principio, el poder de señorear y dominar sobre las cosas o bienes que constituyen su objeto, a los efectos, como decíamos, de extraer de ellos sus posibles utilidades y de disponer también, en su caso, su transferencia total y normalmente definitiva, o solo parcial y de suyo temporal, a favor de titularidades ajenas también reales (mediante la constitución de *iura in re aliena* o derechos reales parciales) o bien personales (arrendamientos, préstamos y comodatos, depósitos, etc.), a título oneroso o lucrativo.

Se ordena así con trazos definidos el límite de lo mío y de lo tuyo para atender las necesidades de una división y reparto del conjunto de los bienes naturales y artificiales aprovechables por el hombre (para su consumo final o como medios imprescindibles para su acción), que vienen reclamados a la postre por la propia condición material de éste y de aquéllos, en sí mismos o en cuanto susceptibles de aprovechamiento o utilización individual excluyente. Se ordena a la vez así una distribución de las responsabilidades prácticas sobre los bienes y lo que de ellos o por el uso que se haga de ellos pueda derivar para terceros o para el conjunto de la sociedad.⁴⁵

Es claro que esta titularidad jurídico-real plena puede ser reconocida a las personas humanas individualmente consideradas y a sus agrupaciones u organizaciones voluntarias, en cuyo caso podremos hablar de una auténtica propiedad o derecho de propiedad *privada*, porque quienes lo ostentan lo tienen a título de sujetos particulares o privados y ciertamente para su bien propio o privado, siempre dentro de los límites y condiciones que el bien común social requiera jurídicamente. Pero no es menos cierto que la titularidad jurídica real plena de que estamos hablando puede ser asignada también o incluso, en su caso, reservada, a la colectividad (obligatoria) en alguna de sus diversas posibles formas y por lo tanto, al Poder público, a

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Las Partidas, 3, XXVIII (*Señorío es poder que home ha en su cosa de facer della et en ella lo que quisiere segunt Dios et segunt fuero – ley 1ª*).

⁽⁴⁵⁾ Vid. sobre la razón de ser de la propiedad, Santo TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, qu. 66, a.2.

las entidades públicas, por causas justificadas. Podremos seguir hablando en estos supuestos de propiedad o de derecho de propiedad, pero no será ya entonces propiedad privada, sino evidentemente *pública*, puesto que se estará atribuyendo precisamente a sujetos públicos, a entes públicos, con toda su peculiar naturaleza, sus específicos fines y su característica sumisión al Derecho, y no a sujetos privados.

La adjetivación de la propiedad o del dominio como privado o como público, a semejanza de lo que hemos dicho sobre la misma adjetivación aplicada a la realidad general del Derecho y por idénticas razones, no comporta solamente, desde luego, una simple indicación acerca de la índole jurídica del titular de los bienes de que en cada caso se trate, que no tendría otra mayor relevancia en cuanto a la naturaleza y contenido de las titularidades reales plenas correspondientes.

La muy distinta naturaleza de las personas privadas y de las públicas no puede dejar de tener vivas consecuencias en el carácter, condiciones y contenidos de sus derechos, de sus titularidades, y, por lo tanto, de las actuaciones que pueden sustentarse sobre ellos.

El derecho de propiedad privada es, por tanto, y, sin duda, ha de ser expresión de la libertad que es propia de la persona humana — de las personas privadas —, que debe poder proyectarse en su capacidad de elegir en el uso, aprovechamiento, goce y disposición sobre las cosas o bienes que constituyan su objeto.⁴⁶ No otra puede ser la razón de la configuración del derecho a la propiedad como un derecho fundamental de libertad de todo ser humano, que acertadamente la Constitución española denomina expresamente, en su artículo 33.1, derecho a la propiedad *privada*, a semejanza, por cierto, literalmente, del artículo 62 de la Constitución portuguesa de 1976,⁴⁷ y que, sin duda, se encuentra garantizado por el Derecho internacional general y regional de los derechos humanos (artículo 17 de la DUDH y artículo 1º de Primer Protocolo adicional del Convenio europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales),⁴⁸ además de por el común de las Constituciones de los Estados de Derecho, con unas u otras formulaciones.⁴⁹

⁽⁴⁶⁾ Lo ponía particularmente de relieve hace década y media, con amplia y erudita revisión de la experiencia histórica y de las diversas posiciones doctrinales que se han ido sucediendo en el tiempo, José Luís DE LOS MOZOS, en una monografía que lleva el expresivo título de *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, EDERSA, Madrid 1993, *passim*.

⁽⁴⁷⁾ Un buen comentario en ALVES CORREIA, Fernando, *Manual de direito do urbanismo*, I, 3ª ed., Almedina, Coimbra 2006, pp. 667 y ss.

⁽⁴⁸⁾ Vid. el completo análisis de Fausto DE CUADROS, *A protecção da propriedade privada pelo Direito internacional público*, Almedina, Coimbra 1998, particularmente pp. 149 y ss.

⁽⁴⁹⁾ Cabe citar a título de ejemplo los textos más conocidos de los artículos 2 y 17 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., de reconocido rango constitucional en Francia, aun complementada con el Preámbulo de la Constitución de la IV República de 1946, tal y como se desprende del Preámbulo de la vigente Constitución de 1958 que preside la actual V

Es indudable que el derecho a la propiedad privada —y, por tanto, también el derecho mismo *de* propiedad privada—, como toda libertad, está sujeta a las limitaciones negativas y positivas que determinen las leyes por causas proporcionalmente justas, tal y como hemos recordado ya anteriormente. Suelen destacarlo los mismos textos internacionales o constitucionales al tiempo que lo proclaman y garantizan, y quizás con más énfasis que con respecto a otras libertades, sin duda para dejar claro que no se trata de un derecho absoluto, intocable o incondicionado, como algunos han podido llegar a sostener en la teoría y muchos más han tratado, quizás, de vivirlo en la práctica, y para salir al paso a la vez de cuantas doctrinas se han opuesto a este derecho acusándolo de antisocial e inhumano, evidenciando su sumisión y su servicio al bien común también mediante esas limitaciones.

Nuestra Constitución, como algunas otras, recoge además la extendida idea de la *función social* de este derecho —a la vez, por cierto, que la afirma con respecto al derecho a la herencia— como determinante precisamente de su delimitación. Y puede juzgarse atinada la referencia, siempre que se lea correctamente, lo que impide, sin duda, entender que el derecho a la propiedad privada pueda ser tratado como pura *función social*, ya que, si bien es evidente que *tiene una función social* o ésta es propia de él, no se dice que *sea* una función social, que agotaría su sentido, su naturaleza y su contenido; y a condición también de que en esa su *función social* comience incluyéndose su propia existencia real como elemento importantísimo del orden jurídico, económico y social, y garantía material, aun no exclusiva, desde luego, pero sí relevante de toda otra libertad —con cuanto comporta de espacio de libertad en el uso y disposición de medios y bienes—, antes y a la vez que todas las demás finalidades que lógicamente debe cumplir para el bien común y que podrán justificar, según los distintos tipos de bienes sobre los que recaiga, prohibiciones de dar y de hacer, cargas y deberes de obrar, dar o permitir de índole diversa, que habrán de contar en todo caso con la pertinente justificación específica y proporcionada que ha de apreciar la ley formal en sus elementos más básicos y determinantes, como se deduce del artículo 53.1 de la misma Constitución, a cuya luz ha de interpretarse el “de acuerdo con las leyes” de la delimitación a que se refiere el 33.2.

No altera en realidad nada de esto el acierto sustancial del artículo 348 del Código civil cuando define la propiedad como *el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*. Ciertamente no es solo gozar sino también y sobre todo utilizar y aprovechar,

República (vid. el comentario de François LUCHAIRE en su “Introduction” a esta Constitución, en DELPÉRIÉ, Francis, VERDUSSEN, Marc y BIVER, Karine, *Recueil des Constitutions européennes*, Bruylant, Bruxelles 1994, p. 242), del artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, o el 42 de la Constitución italiana de 1947.

o incluso, más esencialmente, decidir sobre su uso y aprovechamiento, pero lo importante es destacar que el derecho de propiedad —que hay que entender privada— comporta ese derecho de decidir libremente sobre el uso y disposición de una cosa sin más limitaciones que las que justamente establezcan las leyes para asegurar la plenitud de su función social, como cabría explicitar con la perspectiva y terminología acogidas por la actual Constitución. Una libertad de decisión sobre los propios bienes, que la misma Constitución ha venido además a garantizar más firmemente en su núcleo duro a través de la garantía constitucional del contenido esencial del derecho a la propiedad privada que deriva expresamente de su artículo 53.1. Una propiedad privada reducida a mera titularidad real formalmente plena, vaciada por entero o sustantivamente de los contenidos de libertad de uso y disposición que le son esenciales, dejaría de ser verdaderamente tal, no sería reconocible, constituiría un derecho real pleno distinto del garantizado por el artículo 33 de la Constitución. Las leyes sobre la propiedad, cualquiera que sea su objeto, han de tenerlo en cuenta, para no incurrir en inconstitucionalidad mediante regulaciones delimitadoras que, en realidad, eliminarían el derecho a la propiedad en el ámbito correspondiente, determinando para los propietarios formales, cuya propiedad privada resultase vaciada de su contenido esencial —y por lo mismo, en realidad suprimida como tal, transformada en otro tipo de titularidad—, una auténtica privación expropiatoria que requeriría, en principio, la justificación y la indemnización exigidas por el artículo 33.3 de la Constitución y el ordenamiento internacional.

Ahora bien, si es lógico que la condición libre del ser humano y, por tanto, de las personas que llamamos privadas, deba poder proyectarse materialmente en un derecho a la propiedad privada al que es esencial un espacio de libertad de uso y disposición que solo tenga los límites justamente establecidos en las leyes, la ausencia de libertad característica, como dijimos, del Poder público, y su necesaria vinculación positiva a la ley y al Derecho han de impedir, en cambio, que podamos reconocer en rigor en las entidades públicas una verdadera propiedad privada, un derecho a la propiedad privada.

Es verdad que el Código civil, de modo no poco confuso e incluso contradictorio, al clasificar los bienes “según las personas a que pertenezcan” —lo que hubiera sido, desde luego, un buen criterio clasificatorio de haberse procedido a su aplicación de modo coherente— acepta como “de propiedad privada” los bienes pertenecientes al Estado en que no concurren las circunstancias por las que deben ser calificados como *de dominio público*, según el artículo 339 (artículo 340), o los de “las provincias y los pueblos” que no encajen en los que el artículo 344 califica como *de uso público*, y que el mismo

artículo y el 343 denominan *patrimoniales*, tal y como se dispone en el artículo 345, que reitera este calificativo de *patrimoniales* para dichos bienes y para los de propiedad privada del Estado, sometiéndolos al mismo régimen expresamente que “los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente”.

La idea de que los bienes públicos patrimoniales son objeto de propiedad *privada* por parte del Estado y las demás entidades públicas se enraíza en la confusión público-privada histórica, está extendida y arraigada en la cultura jurídica hoy común y sigue reflejándose, al menos de manera nominalista, en la legislación más reciente. El artículo 4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas, a semejanza en realidad de lo establecido por el Código civil de hace más de un siglo, dispone que “por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas (tomado ahora, por cierto, como puede verse, en un sentido lato no muy apropiado) pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales”, siendo estos últimos, según reza el artículo 7.1, “los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas —de las entidades o de las personas jurídico-públicas debería decirse, con más rigor—, no tengan el carácter de demaniales”, por — como dice el artículo 5— encontrarse “afectados al uso general o al servicio público” o haberles otorgado “expresamente” este “carácter” una ley.

Es curioso, sin embargo, observar la aparente similitud de régimen que, a pesar de cifrarse esta clasificación de los bienes públicos precisamente en su supuesto diverso régimen, parece desprenderse de la dicción literal de los artículos 5.4 y 7.3 de esta misma Ley. Dice el primero que los de dominio público “se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta Ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen”, añadiendo que “las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio”. Y dice, por su parte, el segundo, que “el régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen”, y que “supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho privado en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico”.

Un vistazo a los pormenores de esta Ley de 2003 sobre el régimen de adquisición, y, sobre todo, de uso o “de aprovechamiento y explotación” y de “gestión”, incluida la enajenación, que es de aplicación general a los bienes y derechos patrimoniales, revela de inmediato la densidad del

ordenamiento legal que se impone a su “propietario” público, lejos de lo que es el régimen aplicable al derecho de propiedad privada verdaderamente tal. Incluso la regulación del denominado en esta misma Ley 33/2003 patrimonio empresarial público (artículos 166) se atiene a estas pautas y concretamente tratándose, en efecto, de entidades públicas, pues el régimen que se contempla para las entidades en mano pública pero con personalidad jurídico-privada (como las sociedades mercantiles públicas) se declara en principio, como es lógico, de Derecho privado (artículo 167.2).

Es verdad, no obstante, que el régimen jurídico de los bienes demaniales y de los bienes públicos patrimoniales es muy diferente, aunque ello no sea la causa de la distinción —que radica en la distinta naturaleza y fines de unos y otros— sino la consecuencia. Pero lo que hay que destacar aquí es que los regímenes de unos y de otros, en lo que son diversos —que, insistimos, es mucho y muy importante—, no divergen por ser en un caso de Derecho público (administrativo) y en el otro de Derecho privado, como tan frecuentemente se ha dicho y parece que incluso querría darse a entender con la afirmación de que los patrimoniales son de dominio o propiedad privada (por más que la Ley 33/2003 se aferre al término dominio y no use el de propiedad, lo cual también podría ser significativo). Se trata de dos regímenes distintos, sin duda, pero son los dos jurídico-públicos, ambos son de Derecho administrativo, como no podría ser de otra manera. Sin perjuicio de aquella supletoriedad última que ya dijimos que con carácter general cabe reconocer al Derecho privado, en cuanto a ciertas determinaciones más generales y básicas que no tienen por qué sufrir alteraciones alotrópicas según se apliquen a sujetos privados o públicos y que se han formado histórica y lógicamente en el solar del Derecho civil. La Ley admite esa supletoriedad lo mismo para los bienes demaniales que para los patrimoniales, como hemos visto, aunque su propia formulación legal respecto a unos y a otros respectivamente presenta diferencias de redacción que, sin duda, quieren dar a entender el más amplio juego que esa supletoriedad puede desplegar con respecto a los patrimoniales. Pero se trata en cualquier caso de una supletoriedad únicamente aplicable donde no estén presentes las exigencias específicas de lo jurídico-público en cuanto a las situaciones jurídicas y la actuación del Poder público, de las entidades públicas.

Las titularidades o derechos reales plenos de las entidades públicas, en suma, se diferencian esencialmente del derecho a la propiedad privada, y no es correcto calificarlas en ningún caso como dominio privado, por tanto. Hay una esencia común a toda relación o vínculo directo de pertenencia plena de un cosa a un sujeto, de modo que éste tiene un derecho exclusivo, en principio, sobre ella, por lo que solo a él le corresponde decidir sobre su uso y disposición, dentro de la ley, y en ello debe de ser tutelado frente

a cualquiera. Qué duda cabe de que muchas cosas pertenecen a los entes públicos, o son del Poder público institucionalizado, en este sentido pleno. Es indudable, pues, que hay unos derechos reales de pleno dominio de las entidades públicas, semejantes en eso a la propiedad privada. Pero lo común se acaba ahí. Luego vienen las diferencias específicas entre aquéllos y ésta que los distinguen y separan también a nivel esencial. Podrá hablarse si se quiere convencionalmente de una propiedad pública y de una propiedad privada, pero ha de estar claro que ésta es exclusiva de los sujetos privados y aquélla de los públicos. Mientras que la privada habrá de ser la expresión de libertad que explicábamos, constituyendo por eso un importante derecho fundamental constitucional e internacionalmente garantizado (y reservado a la ley, que deberá respetar en todo caso su contenido esencial), la pública es una necesidad operativa del Poder público, que, como todo en él, ha de sujetarse plena, intrínseca, positivamente, al ordenamiento jurídico que regule su configuración, al servicio de los fines que específicamente se asignen a sus diversos posibles titulares públicos, con sometimiento a los diversos principios y exigencias que deben presidir toda su actuación; sin libertad, por tanto, aunque puedan o deban habilitarse los márgenes de apreciación y de discrecionalidad que resulten pertinentes, como en todo cuanto se refiere al actuar de la Administración pública y bajo sus mismos límites y controles.

En el caso de los bienes demaniales o de dominio público, se trata incluso de bienes declarados por la Constitución o por la ley inalienables, *res extra commercium*, y dotados por ello de sus clásicas notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad mientras tengan ese carácter, tal y como proclama hoy nuestra Constitución en su artículo 132.1. Hemos explicado en otro lugar, hace unos años, cómo la demanialización de un determinado tipo de bienes viene a coincidir con lo que el artículo 128.2 de la Constitución, en su inciso 2º contempla como reserva “mediante ley” al sector público de “recursos esenciales”, “cuando así lo exigiere el interés general”; una reserva que excluye, por tanto, cualquier posibilidad de que, como tales, esos bienes puedan pertenecer a un sujeto distinto del Poder público al que se asignen.⁵⁰ Su titular carecerá, en consecuencia, radicalmente de uno de los poderes más netamente constitutivos del derecho de propiedad (privada): el de disponer sobre su eventual enajenación para, en su caso, sustituirlos por otros. Pero es que además su uso y aprovechamiento, no solo está estrictamente regulado por la legislación correspondiente, sino que, en el caso de los bienes de uso público —que fueron inicialmente los únicos bienes de dominio público y han seguido siendo los más característicos—, es más bien excepcional que

⁽⁵⁰⁾ Vid. nuestro estudio sobre “La publicatio de recursos y servicios”, en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de Derecho público económico* (Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo), Civitas, Madrid 2003, pp. 687 y ss. y, más en particular, 697 y ss.

le corresponda a su titular, puesto que por definición están afectados a su uso general por todas las personas que lo necesiten, sea en formas comunes, sea en formas de especial intensidad o particular peligrosidad, o bien, en fin, al uso exclusivo de algunas personas a las que se les concede por razones predeterminadas legalmente y criterios de igualdad. El titular controla, ciertamente, todos esos usos, pero no usa estos bienes ordinariamente para sí, para atender a las propias necesidades del funcionamiento o de la actuación del Poder público, por más que, desde luego, el ejercicio de sus potestades sobre tales bienes sea también un modo de cumplir determinados fines públicos, ciertos aspectos del bien común, prefijados siempre por el ordenamiento. De modo que, al menos, con respecto a los bienes de uso público, cabe negar asimismo que el Poder público titular del demanio posea el derecho o poder de goce y disfrute, de uso y aprovechamiento que es propio de la propiedad, y menos con la libertad que es esencial a la propiedad privada. Llamar, por eso, al dominio público propiedad pública solo es admisible si se tiene clara esa profunda distancia que media entre él y lo que solemos entender por derecho de propiedad. Se explica que, retornando en realidad a los orígenes, diversos sectores doctrinales hayan cuestionado la naturaleza del dominio público como propiedad, defendiendo que se trata justamente de bienes excluidos de todo tipo de propiedad digna de tal nombre —privada, desde luego, pero también pública—, y que, en realidad, se identifican con lo que en otros tiempos fueron conocidas como cosas comunes (*res communes*), excluidas de apropiación y sometidas a específicas potestades públicas que han de asegurar su buena conservación y administración en beneficio del todos.⁵¹ Que esto es así en cuanto se trata de los bienes de uso público no parece dudoso. La ampliación del dominio público a los llamados bienes de servicio público, que tanto ha difuminado la razón de ser y los perfiles de la categoría, hace, con todo, más cuestionable aplicar sin más esas explicaciones a esta parte del actual dominio público. Ninguna dificultad habría, en cambio, para aplicarlas también a los que el Código civil incluyó en el demanio —donde aún siguen hoy— por su supuesta afectación al fomento de la riqueza nacional, que fue el modo en realidad de justificar la demanialización de las minas.⁵²

⁽⁵¹⁾ Vid. un buen resumen reciente en Pablo GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, “Antecedentes históricos”, en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (Dirección del Servicio Jurídico del Estado), De Fuentes Bardají, Joaquín (dir.) y Gayarre Conde, Iván (coord.), *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 87 y ss.

⁽⁵²⁾ El Código recogió en realidad lo que ya determinase el Decreto-ley de Minas de 1868. Vid. MENÉNDEZ REXACH, A., “El dominio público como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el Derecho Público español”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10 (2004), p. 214.

En el caso de los bienes que integran lo que el artículo 132.3 de la Constitución denomina, siguiendo una expresión ya consolidada anteriormente, Patrimonio Nacional, cuyo régimen es muy similar a los de dominio público por afectación al servicio público, y que comprende los bienes estatales afectados al uso y servicio del Rey para el ejercicio de la representación que la Constitución le asigna, dotados de muy relevante valor histórico-artístico y de históricos lazos con la Corona, cabría decir algo similar a lo que queda dicho. El Estado carece sobre ellos de facultades de disposición, y sus facultades de uso y aprovechamiento, aun pudiéndose producir sobre gran parte de ellos para atender necesidades del funcionamiento del propio Estado en su más alto órgano en el orden representativo, en cuanto Jefe del Estado (artículo 56 de la Constitución), están estrictamente sometidas a su legislación propia, contenida hoy principalmente en la Ley 23/1982, de 16 de junio, modificada por Leyes 21/1986, 44/1995, 13/1996 y 66/1997.

En el ámbito local, los denominados bienes comunales son otra clase de bienes públicos que, aunque distintos del dominio público, como claramente se desprende de su propia naturaleza, de la historia de su régimen y del tenor literal del artículo 132.1 de la Constitución — a pesar del error en su confusión en que incurrió la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (artículos 79 y 80), reiterado luego en otros textos y no corregido desde entonces —, están también “fuera del comercio”, igual que los demaniales, careciendo las entidades municipales o inframunicipales que ostenten su titularidad, de facultades de disposición sobre ellos. Debiendo dedicarlos, además, a su aprovechamiento por el común de los vecinos, como dicen los textos de aplicación, es claro que los poderes de uso por parte de las entidades públicas titulares habrán de ejercerse precisa y únicamente de modo que se cumpla ese beneficio común repartible entre los vecinos, de conformidad estrictamente con la normativa aplicable, incluida la que se establezca en las ordenanzas locales de esas Administraciones públicas.

El resto de los bienes públicos, a los que nuestra legislación viene denominando patrimoniales — aunque también son llamados “de propios” en el ámbito local (artículo 76 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), tradicionalmente en el municipal — no están excluidos de suyo del tráfico jurídico, de manera que son públicos exclusivamente por estar bajo titularidad jurídico-real plena de una entidad pública, pero pasarán a ser privados si dejan de estar bajo tal titularidad y se transfieren a la propiedad privada, lo mismo que muchos de ellos habrán sido de propiedad privada antes de integrarse en el patrimonio público. Los entes públicos titulares de estos bienes ostentan, pues, desde luego, poderes de disposición sobre ellos y

también para decidir sobre su uso, pudiendo proceder a su aprovechamiento para sus necesidades específicas, como puede hacer, en principio, cualquier propietario con los bienes bajo su dominio. Las diferencias de su régimen, pues, con respecto al de los bienes de dominio público y al de las demás categorías especiales de bienes públicos antes expresadas, son notables. Se comprende la tendencia a considerarlos como de propiedad o dominio privado, dada la mayor cercanía de su régimen al de la propiedad privada e incluso la mayor aplicabilidad que en la práctica presenta en cuanto a ellos la ordenación más esencial y común de los derechos reales, tradicionalmente elaborada, como ya recordamos, en el ámbito del Derecho civil.

Sin embargo, forzoso es reconocer —y quizás hay que hacer especial énfasis en ello— que, como ya hemos indicado anteriormente, tanto las facultades de disposición como las de uso y aprovechamiento sobre los bienes públicos patrimoniales, mantienen una diferencia sustancial con las que son inherentes al derecho de propiedad privada y esenciales a él: no tienen contenido alguno de libertad propiamente dicha, sino que están estrictamente sujetas a una regulación jurídico-pública no poco densa y a todos los principios propios del actuar de la Administración pública, los más importantes de los cuales tienen incluso rango constitucional. La Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas 33/2003, para el Estado y, en cierta medida —menor de la que sería apropiada—, para las Comunidades Autónomas y demás entidades públicas, las leyes autonómicas equivalentes o la legislación local estatal y autonómica, regulan, como no podría ser de otra manera, en qué casos, con qué fines y con qué procedimiento las Administraciones pueden enajenar este tipo de bienes y que ha de hacerse con el precio⁵³,⁵³ cómo y cuando pueden adquirirlos,⁵⁴ cuál debe ser su uso, aprovechamiento⁵⁵ y conservación,⁵⁶ en qué condiciones y con qué procedimientos pueden ser cedidos,⁵⁷ arrendados⁵⁸ o gravados⁵⁹ con

⁽⁵³⁾ Vid. artículos 131 a 144 de la Ley 33/2003 del Estado, para la enajenación “en virtud de cualquier negocio jurídico traslativo, típico o atípico, de carácter oneroso” (artículo 132.1) de inmuebles, muebles y derechos de propiedad incorporal, y 153 y 154, para la permuta. El 132.2 contempla específicamente la aportación de bienes o derechos del Estado a sociedades mercantiles, entes públicos o fundaciones públicas estatales. En los artículos 174 y 175 se regula la enajenación de títulos representativos de capital.

⁽⁵⁴⁾ Vid. por ejemplo, los artículos 116 y ss. de la Ley 33/2003 del Estado, o el 171, respecto a la adquisición de títulos-valores, y el 172, más específicamente respecto a participaciones societarias. Vid. también los artículos 80 y 81 y, más en general, los artículos 15 a 27.

⁽⁵⁵⁾ Vid. artículos 105 a 109 de la Ley 33/2003, y también otros como el 73 y ss. Para la administración de los títulos valores, el artículo 173.

⁽⁵⁶⁾ Vid. artículos 129 y 130 de la Ley 33/2003.

⁽⁵⁷⁾ Vid. artículos 145 a 151 de la Ley 33/2003.

⁽⁵⁸⁾ Vid. los artículos 122 y ss. de la Ley 33/2003.

⁽⁵⁹⁾ Vid. el artículo 152 de la Ley 33/2003.

otros derechos. Los contratos necesarios serán contratos públicos, con la naturaleza propia de éstos y sujetos, por tanto, al régimen específicamente jurídico-público que hemos de considerar más adelante, aunque nuestra legislación se ocupe de estos contratos “patrimoniales” en buena medida en la normativa especial relativa al patrimonio.⁶⁰

Ha sido muy común destacar las inmunidades y prerrogativas con que el Derecho público dota a la Administración pública para proteger más eficazmente sus bienes, también cuando estos son patrimoniales (inembargabilidad —hoy restringida legalmente por mor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,⁶¹ pero no suprimida⁶²— *interdicto proprio* o recuperación de oficio de la posesión en el plazo de un año,⁶³ potestades de investigación y deslinde⁶⁴). Pero hay que insistir de nuevo en que no es menos trascendental el cúmulo de específicas sujeciones a que se someten las entidades públicas para poder ser titulares de derechos reales plenos y por razón de esa titularidad. El Derecho público no solo se ha de ocupar de configurar las potestades y prerrogativas que resulten justificadas, ajustándolas en todo caso a la medida y condiciones que requiere, en el Estado de Derecho, la debida protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y aún de todas las personas humanas, sino que, sobre todo, ha de determinar los para qué, los cómo y cuándo de esas titularidades y de su ejercicio, al servicio de los fines propios del Poder público y, como venimos diciendo, con arreglo a todos los principios y exigencias que siempre han de recaer sobre él. Es de observar que, incluso las prerrogativas peculiares al respecto, cuando no son inmunidades, no son sino auténticas potestades, que obviamente comportan una capacidad determinada de obrar que se traduce no solo en derechos, una vez producidos los correspondientes presupuestos de hecho, sino a la vez e inseparablemente en deberes inexcusables;⁶⁵ algo bien diverso también

⁽⁶⁰⁾ Artículos 110, ss. y concordantes de la Ley 33/2003. La remisión que hace el artículo 110 a la legislación de contratos de las Administraciones públicas ha de cohonestarse ahora con la curiosa aparente exclusión de su directa aplicabilidad que ha venido a disponer el artículo 4.1.p) de la Ley 30/2007 de contratos del sector público, en cuanto a los contratos sobre inmuebles y bienes incorporales.

⁽⁶¹⁾ SSTC 166/1998, de 15 de julio y 228/1998, de 1 de diciembre.

⁽⁶²⁾ Vid. el artículo 30.3 de la Ley 33/2003, y, en el mismo sentido el 23 de la Ley General Presupuestaria 47/2003 o el 173.2 del Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004.

⁽⁶³⁾ Vid. artículos 41 y 55 y ss. de la Ley 33/2003.

⁽⁶⁴⁾ Vid. artículo 41, 45 y ss. y 50 y ss. de la Ley 33/2003.

⁽⁶⁵⁾ “Las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio. A tal fin, protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procurarán su inscripción registral, y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello” (artículo 28 de la Ley 33/2003, que tiene carácter básico en aplicación del artículo 149.1.18ª de la Constitución, según la disposición final 2ª de la misma Ley).

de cuanto caracteriza, en principio, a la posición jurídica del propietario privado ante circunstancias o necesidades similares.

¿Es necesario más para evidenciar la radical diferencia que media entre todo título o toda titularidad jurídico-real plena del Poder público, de las entidades públicas, sobre toda clase de bienes, y la propiedad privada? El dominio público, el Patrimonio Nacional y los bienes comunales ni siquiera encajan bien en una posible noción mínimamente común de propiedad; pero si se quiere mantener la idea de que los bienes públicos patrimoniales y de propios constituyen una propiedad, un derecho de propiedad, no puede dejar de subrayarse la radical diferencia que separa esa propiedad pública de la propiedad privada, siendo solo ésta la que es objeto del correspondiente derecho fundamental en su plenitud de trascendental sentido. Las entidades públicas podrán beneficiarse, al menos hasta cierto punto, de algunos aspectos propios de dicho derecho fundamental, como son, desde luego, las garantías frente a eventuales privaciones arbitrarias, no sujetas a las exigencias jurídicas de la expropiación forzosa que nuestra Constitución garantiza en el artículo 33.3, pero, en último extremo, sus derechos reales de pleno dominio, su misma posibilidad y en toda su configuración, sí que constituyen plena y exhaustivamente una verdadera *función social*, puesto que no son sino medios fiduciarios que la comunidad (siempre “obligatoria”, no se olvide) les otorga o permite mediante la ordenación jurídica correspondiente, para el mejor y más eficaz servicio de sus miembros, de sus derechos y necesidades, debidamente armonizados en el bien común. Las titularidades jurídico-reales plenas —y todas las demás— de las entidades públicas, la propiedad pública —si se quiere— no es que *tengan* o *cumplan* una función social, sino que *son* una función social, regida, determinada por el ordenamiento jurídico democrático del Estado social de Derecho. El derecho a la propiedad privada se justifica, ciertamente, también en su función social, pero no solo ni siquiera principalmente en ella, sino sobre todo e irrenunciablemente en la libertad inherente a todo ser humano; no puede por ello, como ya hemos dicho, identificarse ni reconducirse a pura función social. Tal es su radical diferencia, plena de consecuencias de todo orden y capital, en efecto, para el Estado de Derecho.

El Derecho público ha de respetar y contribuir a garantizar el derecho a la propiedad privada como los demás derechos fundamentales. La propiedad privada no es algo reservado, obviamente, al Derecho privado. A este le corresponde su configuración y determinación sustantiva en cuanto se refiera a las relaciones entre sujetos privados. Pero el Derecho público se ocupará de reglar la organización y actuación de los Poderes públicos necesaria para su adecuada ordenación y protección, además de garantizarla frente a cualquier actuación de los propios Poderes públicos. La propiedad pública, las titularidades públicas reales plenas —y las que de ellas deriven— son en todo caso

objeto específico del Derecho público, sin perjuicio de aquella supletoriedad última del Derecho privado en cuanto a los elementos jurídicos comunes a las instituciones y figuras jurídicas que, a partir de esa raíz común, se diversifican alotrópicamente en razón de su aplicación a sujetos privados o públicos.

No es, en suma, solamente que las diversas pertenencias del dominio público no puedan ser calificadas en rigor como *propiedades especiales* ni ser consideradas objeto del Derecho civil —siendo como es todo el dominio público estricto Derecho público—, sino que el Derecho patrimonial aplicable al Estado y a las demás entidades públicas ha de ser siempre y principalmente público, penetrado de las garantías constitucionales que han de impregnar y presidir de modo tan específico toda la actuación de los Poderes públicos.⁶⁶

No cabe, pues, bajo el Estado de Derecho, “liberar” a las Administraciones públicas del rigor de ese Derecho público, de sus “trabas” propias, permitiéndoles actuar como si fueran particulares, con la libertad que es propia de la propiedad privada. Va en ello el mantenimiento de la identidad misma del Poder público y, con ella, de su obligado servicio pleno a las libertades y derechos de los ciudadanos y de todas las personas humanas de su respectivo ámbito social, individualmente considerados y armónicamente articulados en el bien común.

Es también ésta una perspectiva que debería llevar a revisar a fondo la calificación de las reglas de nuestra legislación positiva, a los efectos de encajarlas, en su caso, en unos u otros títulos competenciales de los que el artículo 149.1 de la Constitución reserva al Estado. Lo dispuesto por preceptos como los artículos 4 (clasificación de los bienes y derechos del patrimonio de las Administraciones públicas), 5 (bienes y derechos de dominio público) ó 7 (bienes o derechos patrimoniales) de la Ley 33/2003 y la generalidad de los artículos de esta Ley que su disposición final segunda, apartado 2, califica “de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales”, no son reglas de la legislación civil reservada al Estado en los términos de la materia 8ª de mencionado precepto constitucional, sino verdadera y propiamente “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas”, reservadas, en efecto, al Estado por la materia 18ª.⁶⁷ Es a éste título competencial al que habría que recon-

⁽⁶⁶⁾ Algo de esto fue apreciado por ejemplo en la STC 166/1998, FJ 11, cuando se reconoce que, aunque “existen dos grandes categorías de bienes, los demaniales y los patrimoniales, cada una de ellas sometida a un régimen jurídico propio”, existe “una común intervención administrativa en orden a su gestión y protección.

⁽⁶⁷⁾ La STC 58/1982, FJ 1, dijo que la dicotomía entre bienes demaniales y patrimoniales forma parte de la legislación civil reservada a la competencia estatal, porque está regulada en el Código civil. Nos parece que es una afirmación *obiter dicta* y, desde luego, netamente revisable, aunque no sea más que porque ahora hay esta nueva ley estatal que se ocupa de ello. Lo “civil” no puede derivar simplemente de su inclusión en el Código civil.

ducir en realidad la mayor parte del contenido de esta Ley, que, por cierto, se ha quedado más que corta en cuanto al deber del Estado de establecer aquellas bases jurídico-administrativas relativas a los derechos reales de la Administración y, por lo mismo, en cuanto a los diversos bienes públicos.

Por lo que se refiere, en fin, a los bienes incluíbles en el denominado Tesoro público, hay que recordar que el artículo 3.2 de la Ley 33/2003 excluye expresamente del ámbito técnico-jurídico del patrimonio de las Administraciones públicas “el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda” y, “en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería”. Constituyen, sin duda, un tipo específico y distinto de bienes públicos, que queda sometido asimismo a un régimen jurídico propiamente jurídico-público, distinto del aplicable a los mismos bienes cuando son de propiedad privada y regulado para la esfera estatal en la Ley General Presupuestaria.⁶⁸ El Tribunal Constitucional, en sus sentencias de 1998 sobre la inembargabilidad, entendió que resulta constitucionalmente fundamentada la inembargabilidad del “dinero, valores o créditos” resultantes de “operaciones tanto presupuestarias como extra-presupuestarias”, que constituyen los “recursos financieros” o la Tesorería de las entidades públicas, puesto que su destino es “la satisfacción de intereses y finalidades públicas”.⁶⁹

(continuará)

⁶⁸ Vid. el Título IV de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre. Sin perjuicio de su supletoriedad respecto de las leyes autonómicas y de la Ley de Haciendas Locales, hay que insistir en que carecemos aún de una normativa propiamente básica en esta materia.

⁶⁹ STC 228/1998, cit., FJ 4, en el que se recogen esos pronunciamientos de la 166/1998 y otros de su mismo FJ 9 donde se insiste en que, “dado que tales recursos están preordenados en los presupuestos de la Entidad a concretos fines de interés general, es evidente que requieren una especial protección legal, tanto por su origen en lo que respecta a los ingresos de Derecho público —la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE)— como por el destino al que han sido asignados por los representantes de la soberanía popular”. Y añade la STC 228/1998 en dicho FJ 4 que tales “aseveraciones (...) enlazan con los principios de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) y de la continuidad de los servicios públicos (STC 107/1992 [FJ 3^o]), que son, como tenemos dicho, dos de las razones constitucionales de la inembargabilidad dispuesta en el art. 154.2 Ley de Haciendas Locales”.

LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Nelson Ramírez Jiménez

Hace algún tiempo hubiera sido impensable para los cultores de las ciencias jurídicas en general, y del derecho internacional en particular, imaginar que los pronunciamientos y las directivas o informes emitidos por entes cuasi-judiciales y judiciales —en el caso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos respectivamente— podrían “meterse” en la corriente sanguínea de los distintos países con tal fuerza como para lograr trastocar sensiblemente ciertas normas locales, incluyendo a las de linaje constitucional. Osvaldo Gozaini¹

SUMARIO: I. Premisas II. Estructura de la jurisdicción constitucional peruana III. La fuerza vinculante de las decisiones de la C. I. D. H. en el Perú IV. Evolución de la protección jurisdiccional de los Derechos Humanos V. Valor normativo de las sentencias VI. Aspectos legales que deben ser subsanados. ANEXO. Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional

I. PREMISAS

Por sentencias constitucionales revisables en sede internacional debemos referirnos, exclusivamente, a aquellas decisiones sobre el fondo de la materia controvertida, que recaen en temas estrictamente constitucionales, expedidas al interior de procesos constitucionales, sea que se emitan por jueces ordinarios o jueces especializados (tribunales o cortes constitucionales), según la estructura jurisdiccional imperante en cada país.

⁽¹⁾ GOZAINI, Osvaldo. *Proceso y Constitución*. EDIAR, Buenos Aires, 2009.

Aun cuando los temas que se ventilan en los procesos constitucionales son de distinta naturaleza, se entiende que las sentencias pasibles de ser revisadas en sede internacional son las referidas a derechos fundamentales.

La revisión de las sentencias constitucionales en el sistema interamericano de derechos humanos solo cabe que se haga a través de la Comisión de Derechos Humanos y luego, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin perjuicio de lo que se establezca en nuevos tratados que se celebren.

El acceso a dichos organismos solo es posible cuando se haya agotado la jurisdicción interna. El Art. 205 de la Constitución del Perú así lo exige.

El Art. 24 del Código Procesal Constitucional precisa que la jurisdicción nacional se agota cuando la sentencia del Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el fondo de la cuestión. Esta disposición concuerda con el Art. 6 del mismo cuerpo legal, que establece que solo adquiere la calidad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo. Por ende, una sentencia que, por ejemplo anula lo actuado y reenvía el proceso a instancias inferiores, o aquella que declara una improcedencia por falta de legitimidad para obrar, no podrían ser objeto de revisión internacional según nuestra legislación interna.

II. ESTRUCTURA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA

En materia constitucional el Perú tiene un sistema dual, pues coexisten la denominada jurisdicción concentrada a cargo del Tribunal Constitucional, que no forma parte de la estructura del Poder Judicial, junto con el sistema del control difuso a cargo del Poder Judicial, pues todos los jueces tienen la posibilidad de hacer control constitucional en el caso concreto e inaplicar una ley con efecto solo interpartes.

Los procesos constitucionales se inician ante jueces especializados de primera instancia y en apelación son vistos por las salas especializadas de la corte superior respectiva. Si en esta instancia se tutela el derecho del actor, termina el proceso. Si, por el contrario, la sentencia es negativa a su interés, puede interponer recurso extraordinario de agravio ante el Tribunal Constitucional. La Corte Suprema no tiene competencia en estos temas.

Por consiguiente, existe jurisprudencia constitucional tanto de la justicia ordinaria (cuando ha declarado fundada la demanda) como jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando resuelve los casos que acceden a ella vía recurso de agravio constitucional. Ciertamente, siendo el tribunal el máximo intérprete de la Constitución, sus decisiones cumplen

un papel ordenador en la defensa de los derechos humanos. Ese liderazgo es de particular importancia cuando se trata del cumplimiento de las sentencias internacionales.

III. LA FUERZA VINCULANTE DE LAS DECISIONES DE LA C. I. D. H. EN EL PERÚ

Es ampliamente conocida la situación política que se vivió en mi país en los albores del presente siglo, cuando el régimen de Alberto Fujimori terminó sus funciones de manera atípica. El descubrimiento de una organización paramilitar a la que se imputaron graves violaciones de derechos humanos constituyó la base para que el Estado peruano fuera demandado en varios procesos internacionales y condenado de manera reiterada. Esa situación puso a prueba a la democracia peruana, pues era necesario comprobar si nuestras autoridades acatarían esas decisiones, toda vez que mediante instrumento de aceptación de fecha 21 de enero de 1981, el Perú reconoció como obligatoria, de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este escenario, el Tribunal Constitucional fijó la pauta a seguir. En la causa 2730-2006-PA estableció lo siguiente:

...por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo a este Tribunal... Lo expuesto, desde luego, no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte... Los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un referente "mínimo indispensable", en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo,

sea sumando derechos “nuevos” inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos, de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta.

Esta posición de respeto a los fallos internacionales ha sido reafirmada a lo largo del tiempo, lo que es claramente indicativo de que la revisión de sentencias por la jurisdicción internacional tiene plena eficacia en sede nacional. Pero, además, es particularmente importante el encuadre que hace nuestro Tribunal Constitucional respecto de la defensa irrestricta de los derechos humanos desde una perspectiva del Derecho de Gentes, pues desde esa perspectiva podemos estar seguros de que no habrá marcha atrás en el respeto a la jurisdicción internacional. En efecto, en la sentencia 2798-2004-HC estableció lo siguiente:

Los hechos que son materia de los procesos penales seguidos contra el recurrente forman parte de un conjunto atribuido al autodenominado Grupo Colina, todos ellos cometidos bajo una modalidad delictiva que ha motivado el rechazo y la condena de la Comunidad Nacional e Internacional. El Estado Peruano no debe tolerar la impunidad de éstos y otros graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la Comunidad Internacional... En efecto, la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional... En este sentido, es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27° y 53° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N.° 029-2000-RE de fecha 14 de septiembre de 2000... La jurisprudencia internacional ha indicado que las normas mínimas del Derecho Internacional Humanitario no solo se establecen con fines de mero reconocimiento, sino que su violación constituye una grave infracción humanitaria y, eventualmente, un crimen de guerra (Corte Internacional de Justicia, sentencia de fondo en el caso del estrecho de Corfú – 1949; de igual manera en la sentencia sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua – 1986). Las normas imperativas que se derivan de este cuerpo jurídico obligan no solo a los Estados sino que comprometen directamente la responsabilidad de los individuos. Debe tenerse presente, en este sentido, que las normas del Derecho Internacional Humanitario prohíben de manera absoluta los atentados contra la vida de personas civiles y desarmadas en cualquier tiempo y lugar... Cabe precisar que la aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requiere validación formal alguna, siendo

aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad. Así lo ha señalado, por ejemplo, el comentario autorizado del Comité Internacional de la Cruz Roja.

La posición que adopta nuestro Tribunal Constitucional se sustenta en el Art. 55 de la Carta Magna, que establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional. Ello nos permite ubicar a nuestra carta magna dentro del grupo monista, según el decir de Riccardo Guastini² quien señala que *Es "monista" toda Constitución en la que las normas internacionales son directamente aplicables, a la par del derecho interno.*

Esta posición garantista de nuestra Jurisdicción Constitucional puede considerarse inserta en nuestro orden público interno, entendido éste como *El conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y épocas determinados.* (Sent. del T. C. de España; 23.2.89). La experiencia social de los últimos 30 años en que el terrorismo asesinó y desapareció a miles de compatriotas, ha dejado huella. Hay conciencia ciudadana e institucional en que las cosas no deben volver a ocurrir y que la defensa de los derechos humanos constituyen nuestra mejor garantía.

Sin embargo, no siempre se cumple este compromiso de respeto a los fallos de la CIDH por parte de todas las instituciones a las que les corresponde intervenir. Ha existido oposición por ejemplo, al honramiento de aquellas sentencias que condenan al Estado peruano al pago de indemnizaciones a favor de ciudadanos que habiendo intervenido en actos de terrorismo en el país, paradójicamente, recurrieron a la CIDH para pedir protección por violaciones a sus derechos al debido proceso al momento de ser juzgados por las Cortes nacionales. Sin embargo, esa oposición también ha sido objeto de revisión, pues las autoridades son conscientes de que el tema es muy sensible y no hay forma de eludir esas condenas. A tal efecto, recientemente se ha modificado el artículo 1290 del Código Civil que prohibía la compensación, como modalidad de extinción de obligaciones, entre los particulares y el Estado, con la finalidad de permitir que, en aquellos casos en que se ha condenado al delincuente a una indemnización a favor del estado y éste, a su vez, tiene a su favor una sentencia de la CIDH que le concede el derecho a ser indemnizado, se puedan compensar dichas obligaciones hasta donde corresponda. Esta reforma legal es claramente demostrativa de una voluntad de cumplimiento. Por consiguiente, podemos afirmar que lo resuelto por la justicia internacional es vinculante para nuestra organización política y judicial.

⁽²⁾ GUASTINI, Ricardo. *Interpretación, Estado y Constitución*. Lima: ARA Editores E. I. R. L, 2010, pag. 237.

IV. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde que se proscribió la trata de esclavos en los tratados de Viena de 1815, pasando por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada en 1948, hasta nuestros días, se ha ido consagrando un sistema más globalizado para la protección de los derechos humanos, al punto que podríamos decir que como ciudadanos del mundo, tenemos la tranquilidad de sabernos protegidos, aún en nuestros escenarios latinos, los que, históricamente, han sido testigos de la acción incontrolada de gobiernos dictatoriales que hoy están rindiendo cuentas a la historia y a la justicia internacional.

Sin embargo, pese a su gran desarrollo, no se puede decir que dicho sistema de justicia interamericana es eficaz y que ha logrado su plena conformación. Es claro para todos, que aún hay una gran tarea por delante y, a tal efecto, se debe reconocer que el papel de la jurisprudencia es importante e intenso, especialmente cuando llena de contenido las normas fundamentales desde una interpretación *pro homine*. Por eso debe merecer especial atención la forma en que se relaciona la jurisprudencia que deriva de la CIDH con las jurisprudencias locales de los países del sistema interamericano que hayan reconocido competencia a dicha Corte.

Como bien señala Héctor Fix Zamudio³ *debe hacerse notar que los instrumentos nacionales son los que deben considerarse esenciales para la tutela de los derechos humanos, en virtud de que la protección de los Estados es la que debe considerarse como primordial; la protección internacional debe considerarse subsidiaria y complementaria, ya que los organismos jurisdiccionales de carácter internacional no pueden considerarse como tribunales de apelación o de casación de los de carácter interno*. Por ende, es la protección interna es la que debe cumplir un papel relevante, ya que en ella recae la tutela primordial e inmediata, tanto, que cuando actúa en consonancia con esa responsabilidad, se hace innecesario que los afectados recurran a fueros internacionales. Cual vasos comunicantes, mientras más activa sea la justicia internacional es señal de que las cosas no andan bien en sede nacional.

En efecto, como quiera que no siempre la jurisdicción interna está a la altura de las circunstancias, se hace inevitable reforzar la justicia internacional. Es curioso que, en materia de integración comercial, los organismos jurisdiccionales creados por dichos mecanismos dictan resoluciones que se imponen obligatoriamente a los tribunales nacionales, tal como sucede con los tribunales de la Unión Europea, de la Unión Centroamericana y de la Comunidad Andina. Sin embargo, en materia de derechos humanos,

⁽³⁾ FIX ZAMUDIO, Héctor. *Los Derechos Humanos y su protección internacional*. Lima: Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L., 2009, pág. 318.

la situación no es siempre así de efectiva, pues ello depende más de la actitud democrática de los gobiernos de turno, que de la fuerza vinculante de la decisión.

Hay un deber moral, generacional si se quiere, que nos impone a todos la necesidad de seguir impulsando la protección y defensa de los derechos humanos, esencialmente en lo que atañe a respuestas prontas, menos burocratizadas y plenamente eficaces. A tal efecto, si queremos acentuar este marco protector, debemos revisar el sistema tanto en el frente internacional como en el nacional:

1. En el frente internacional, el Dr. Sergio García Ramírez⁴ propone un listado de temas pendientes para el mejoramiento de la protección de los derechos humanos, observaciones muy valiosas que sin duda son dignas de tener en cuenta pues la experiencia que ha tenido como juez de la Corte Interamericana merece la mayor consideración. Me permito citar algunas de sus sugerencias, las que son tanto de orden organizativo como jurisprudencial:

- a) Revisar la relación entre el orden jurídico interno y el internacional, concediéndole carácter imperativo a las sentencias de la Corte, debiéndose establecer un procedimiento interno en cada país que permita esa eficacia;
- b) Atender a la legitimación procesal de la víctima, pues mientras que el estado demandado es parte material y formal, la víctima solo lo es en sentido material pero no formal, ya que no actúa como demandante, siendo la Comisión Interamericana quien cumple ese papel. La tendencia debiera ser a incorporar al proceso internacional la defensa material vinculada a la debilidad de la víctima. Cita para ello los alcances de la opinión consultiva OC-11 que se pronuncia sobre las excepciones al agotamiento de recursos internos para acceder al procedimiento internacional, reconociendo a la indigencia de la víctima como una de esas excepciones.
- c) Reorientar la integración y despacho de la Corte, pues mientras la Corte Europea cuenta con 41 Jueces y sesiona de manera permanente en Salas, contando además con el apoyo de 100 abogados, la Corte Interamericana esta integrada solo por 7 jueces, sesiona en pleno de manera discontinua y es asistida por 4 abogados, lo que afecta la oportuna atención de los reclamos ciudadanos;

⁽⁴⁾ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en: *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, Edit. Porrúa, México, 2006, págs. 1587 y ss.

- d) Propender a una sistematización del régimen de reparaciones, para lo cual propone una “teoría general del agravio y de sus consecuencias naturales”, pues es evidente que la justicia internacional tiene una función esencialmente reparadora. Sobre éste tema me permito llamar la atención sobre la necesidad de revisar la metodología para fijar los montos indemnizatorios así como los parámetros de su fijación, cuando menos en aquellos casos como el del Perú, que habiendo sufrido la brutalidad del terrorismo, hoy tenga que pagar indemnizaciones a sus verdugos, quienes violaron derechos humanos y destrozaron el país. Hay necesidad de una mayor ponderación.

2. En el frente nacional, en lo que al Perú respecta, hay un tema de especial relevancia que debe ser impulsado. Para explicarlo adecuadamente, es menester dejar precisado, en coincidencia con Carlos Ayala Corao,⁵ que en Latinoamérica *se ha consolidado constitucional y convencionalmente un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Convención Americana y la Jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano con la jurisprudencia constitucional... lo que ha llevado a la existencia de un nuevo ius commune para las Américas*. El valor de la jurisprudencia es indiscutible, pues como dice Storme, citado por Gozaini,⁶ *a través de la interpretación hecha por el Tribunal del Tratado de Roma —con sede en Estrasburgo—, en especial del artículo 6º —similar al artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica— más de 800 millones de habitantes pertenecientes al Consejo de Europa están bajo la influencia de ese tribunal internacional*.

Ello nos hace analizar comparativamente lo que sucede respecto al efecto vinculante de la jurisprudencia sobre derechos humanos generada por nuestros propios tribunales, en sede nacional. Interesa preguntarnos si es aconsejable que ese sistema de “coordinación – subordinación” entre lo internacional y nacional, pueda replicarse respecto a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, como supremo interprete de la Constitución, respecto de los órganos judiciales de menor jerarquía.

Como dejé anotado en el acápite referido a la estructura de la justicia constitucional en el Perú, coexisten dos sistemas de control de constitucionalidad, el concentrado y el difuso, lo que origina que la competencia para conocer los procesos de la libertad corresponda tanto al Poder Judicial, como instancia originaria, como al Tribunal Constitucional vía recurso

⁽⁵⁾ AYALA CORAO, Carlos. “Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional”, en: *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, Edit. Porrúa, México, 2006, págs. 1471 y ss.

⁽⁶⁾ GOZAINI, Osvaldo. ob. cit., pag. 674.

de agravio constitucional, como instancia final y definitiva, con la que se agota la jurisdicción interna.

Como es de suponer, esta estructura genera diversidad de posiciones en la interpretación de las normas constitucionales sobre la libertad, diversidad que subsiste aún cuando todos los órganos de justicia están obligados por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, a interpretar esas normas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú, lo que podría hacer suponer de que hay una línea interpretativa ordenada.

Lo real es que un sistema dual genera, inevitablemente, una dispersión de criterios jurisdiccionales, dispersión que hace daño al sistema de protección, más aún cuando la labor de interpretación es más intensa por cuanto la “porosidad” del texto constitucional es parte de su esencia, a lo que se debe sumar el criterio de progresividad innato a la defensa de los derechos humanos, que puede generar en el intérprete un afán “creativo” que no siempre es prudente.

Como lo ha señalado la CIDH, el principio *pro homine* hace que entre diversas opciones, se ha de escoger la que restringe con menos intensidad el derecho protegido; por ende, si a una misma situación le es aplicable el Pacto de San José y otro tratado o norma interna del país donde se analiza el asunto, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. No obviemos que en materia de justicia comercial existe la misma lógica, en lo que a arbitraje internacional se refiere, pues en caso de discrepancia normativa se debe aplicar la ley más favorable a la ejecución del laudo.

Reitero. Si el derecho internacional en materia de derechos humanos opera como un derecho subsidiario, permitiendo que el derecho nacional opere plenamente en tanto amplía o mejora el derecho internacional, (nunca cuando el derecho interno lo viola dado que éste constituye un parámetro mínimo que no admite su desconocimiento), preguntémonos si no es posible, aplicando la misma lógica, que las interpretaciones que haga el Tribunal Constitucional al resolver los procesos de la libertad, puedan ser consideradas como ese estándar mínimo que ningún juez nacional puede desconocer, menos para decidir por debajo de ese mínimo.

Recordemos que el Pacto de San José, en el Art. 10, impone a los estados el deber de adoptar medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacer efectivos los derechos que el consagra. Estimo que en línea con ese deber, hay que enfrentar el caos jurisprudencial en ésta materia.

V. VALOR NORMATIVO DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

El Perú es uno de los pocos países que ha promulgado un Código Procesal Constitucional, el que está vigente desde diciembre del año 2004. Este cuerpo normativo fue producto del trabajo multidisciplinario de un grupo de profesores de Derecho bajo el impulso de los Drs. Juan Monroy Gálvez y Domingo García Belaunde, en el que se han introducido importantes aportes, alguno de los cuales se pueden considerar que son acordes con de la finalidad prevista en el Art. 10 del Pacto de San José antes citado.

Entre estos aportes, el de mayor difusión, análisis y crítica es el contenido en el artículo VII de su Título Preliminar, que señala lo siguiente:

Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

La exposición de motivos no aporta muchas luces para perfilar la intención del legislador, pues apenas se indican algunas reflexiones sobre dicho dispositivo, afincados esencialmente en la importancia de la *ratio decidendi*. Se dice que "... uno de los elementos más complejos en la aplicación de la doctrina del *stare decisis*, es la identificación de aquella parte de la sentencia que contiene el carácter vinculante. Contra lo que comúnmente se cree, no es el decisorio el que recibe la calidad de precedente, éste más bien recae en el fundamento o elaboración argumental que sostiene la decisión tomada. Este recibe el nombre de *ratio decidendi*."

Domingo García Belaunde⁷ por su lado, señala que "Este enunciado general esta pensado especialmente para los procesos que defienden derechos fundamentales o están vinculados a ellos (Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data, Cumplimiento) y no en los destinados al control constitucional abstracto (como es la inconstitucionalidad o la Acción Popular, ya que en éstos, el resultado final favorable al derogar la ley o reglamento, la elimina del mundo jurídico y, en consecuencia, no puede ser utilizado como un precedente...) pero aún en éstos casos, se pueden extraer principios de la *ratio decidendi* aplicables a casos futuros. Técnica que habrá que emplear con suma prudencia y pausadamente por lo que ello significa."

Acorde con su importancia, esta disposición ha venido siendo objeto de una profusa utilización, en muchos casos, a partir de una interpretación

⁷⁾ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva*. Edit. Idemsa, Lima, 2009, pág. 242.

extensiva de sus alcances por el propio Tribunal Constitucional, al extremo que García Belaunde⁸ criticando esta actuación, señala que *la falsa idea de ser "comisionado del poder constituyente" ha hecho que hayan usado extensamente el concepto "precedente vinculante", con lo cual han querido imponer prácticamente una dictadura virtual sobre el resto de los operadores jurídicos... por lo que hay necesidad de reformularlo*. Esta situación se origina, en gran medida, no solo por la actitud del Tribunal, sino por los evidentes vacíos de la norma legal, la que, como más adelante señalo, debe ser revisada en varios aspectos. Reformularlo, pero no derogarlo.

A la fecha, año 2010, el Tribunal Constitucional tiene publicados en su sitio electrónico www.tc.gob.pe, 39 precedentes vinculantes, a los que ha denominado "precedentes normativos".⁹ A través de su propia jurisprudencia, llenando de contenido el artículo VII del Código Procesal Constitucional, ha dejado establecidos los siguientes supuestos como requisitos para la emisión de un precedente:

- a) Cuando se aprecian contradicciones en la manera de concebirse o interpretarse los derechos, principios o normas constitucionales o de relevancia constitucional;
- b) Cuando se constata la presencia de interpretaciones erróneas de una disposición constitucional o integrante del bloque de constitucionalidad, lo que a su vez genera una indebida aplicación de la misma;
- c) Cuando se comprueba la existencia de un vacío normativo;
- d) Cuando se acredita que una norma jurídica admite varias posibilidades interpretativas;
- e) Cuando tras el conocimiento de un proceso de tutela de derechos se aprecia que la conducta reclamada se apoya en una norma jurídica que no solo afecta al reclamante sino que por sus efectos generales incide sobre una pluralidad de personas;
- f) Cuando se hace necesario el cambio del precedente vinculante.

Precisada la situación nacional en esta materia, me parece necesario analizar si ésta opción del valor normativo de los precedentes es el correcto. La experiencia nacional, a seis años de vigencia del código, nos permite presentar algunas consideraciones que pueden ser útiles para evaluar su conveniencia:

⁽⁸⁾ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ob. cit., pág. 311.

⁽⁹⁾ Se anexa a la presente ponencia una relación sumillada de dichos precedentes.

Hay un intenso debate sobre si se debe mantener ésta línea de acción. Desde que el Tribunal Constitucional comenzó a perfilar sus precedentes no han sido pocos los casos en que se han generado fricciones con el Poder Judicial y, ciertamente, con la doctrina nacional, que crítica severamente lo que califican como excesos peligrosos. Es verdad que el propio Tribunal Constitucional, con marchas y contramarchas, ha contribuido a esta sensación de desorden. Sin embargo, se debe reconocer que los jueces de las diferentes instancias han comenzado a “respetar” ese efecto normativo y a actuar en consonancia con él. Hay, se quiera o no, un efecto propedéutico en las sentencias del Tribunal. La argumentación es seguida con atención, quizás más que la parte resolutive.

El efecto práctico es importante y la mejor manera de comprobarlo es apreciando su efecto en la vida nacional. Por ejemplo, en un tema muy sensible para el medio ambiente, en que se discutía el derecho a la libertad de empresa (de un sector que pretendía seguir importando vehículos usados sin ninguna limitación) y el derecho del estado a emitir normas que prohibían la libre importación, se produjeron sentencias a lo largo del país en sentido abiertamente contradictorio. Cuando los interesados en la importación detectaban un sentido jurisprudencial que los favorecía, buscaban los argumentos para afinar competencia territorial ante ese distrito judicial y obtener así lo que en otros lugares les había sido denegado, correctamente, desde nuestro punto de vista. Cuando el caso llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional éste se pronunció en el sentido de la constitucionalidad de las leyes promulgadas por el estado y que, en consecuencia, que estaba prohibida dicha importación. Como consecuencia de ello, dicho sector empresarial se ha reordenado, pues todos tienen claras las reglas de juego. El ejemplo se ha replicado en varios temas, como el de casinos y tragamonedas, lo cual demuestra que el sistema rinde réditos importantes. Creemos que estos resultados no se habrían obtenido si la jurisprudencia del máximo tribunal solo tuviera una eficacia persuasiva. El efecto normativo hace la diferencia, sin hesitación.

Ahora bien, conceptualmente podríamos discutir sobre la validez y conveniencia de conceder a un órgano que no tiene facultades legislativas, el que pueda crearlas a partir de sentencias con efecto *erga omnes*, cuyo verdadero alcance, sin eufemismos, es igual al de leyes de la nación, obligatorias para todos. Mientras la jurisprudencia de la Corte Suprema solo vincula a los jueces, la del Tribunal Constitucional vincula a todos sin distinción. Vinculación vertical y horizontal.

También se puede discutir sobre si con este sistema se afecta la independencia de los jueces, pues al parecer, al imponerles que sigan los criterios prefijados por el máximo tribunal, se convertirían en meros aplicadores

de lo que otros han decidido. Para quienes así lo entienden, consideran que si los jueces están sometidos solo a la ley, no encajaría con este marco de actuación el que se les someta a un “intermediario” de la ley, como es la jurisprudencia.¹⁰

Pese a dichas críticas, estimo que constituye un importante punto de partida para aceptar la legitimidad de ésta tendencia, lo sostenido por Cappelletti¹¹ cuando señala que “la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del grado de la fuerza creadora o de las autolimitaciones”.

Respecto a las autolimitaciones que propone el gran maestro italiano, creo que no debemos solo confiar en el *self restraint* de los tribunales, más aún cuando se detecta que al interior del propio tribunal existen discrepancias sobre aspectos relevantes para la fijación de los precedentes; por ejemplo, en discordia, se ha dicho en la sentencia 02837-2009-PA/TC que “la predictibilidad y la certeza jurídicas son inherentes a la naturaleza del precedente constitucional y su vocación de permanencia y generalidad son los rasgos que las generan. En ese sentido, así como la Constitución proscribiera el dictado de leyes especiales por diferencias de las personas (artículo 103 de la Constitución), tampoco cabrá el establecimiento de precedentes constitucionales *ad hoc* sobre determinados sujetos. Así, un precedente vinculante que beneficie a un número reducido de individuos “podría tener algún viso de discriminación” y, en consecuencia, ser contrario a la Constitución.”

Por ello estimo que deben darse regulaciones que impongan limitaciones, sean explícitas o implícitas. De naturaleza implícita ya existe por ejemplo, la de la justicia interamericana que hace ineficaces aquellos pronunciamientos que establezcan interpretaciones por debajo de los estándares internacionales. Es una frontera que coadyuva al control pero es manifiestamente insuficiente. Por ello se hace necesaria la adopción de medidas expresas que constriñan la capacidad del tribunal para que ajuste su capacidad normativa a ciertos parámetros que impidan una dictadura jurisdiccional.

Respecto al segundo aspecto, el del nivel de la fuerza creadora que Cappelletti señala, son varias las opciones que se pueden escoger. Por

⁽¹⁰⁾ DIEZ PICAZO. *Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el derecho español*. citado por Igartua Salaverria. *La fuerza vinculante del precedente judicial*. Edit. Grijley, Lima, 2010, pág. 35.

⁽¹¹⁾ CAPPELLETTI, MAURO. *Necesidad y Legitimidad de la justicia constitucional*. CEC Madrid, 1984, pág. 629.

ejemplo, es interesante el distingo que César Landa¹² refiere sobre la eficacia de las sentencias del tribunal. Según dicho autor, quien ha sido un reconocido magistrado del Tribunal Constitucional peruano, existen tres grados de vinculación: como “tener que acatar” (para las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes); como “deber de cumplir” (para los precedentes vinculantes) y como “poder/deber de seguir” (para la doctrina jurisprudencial). El grado de fuerza creadora constituye una opción del legislador, quien podría decidir por un efecto meramente persuasivo, a título de recomendación por ejemplo, o, como lo establece el Art. VII del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional, un efecto normativo pleno, sin limitaciones. Nos inclinamos por este camino.

¿Se viola la independencia judicial con esta opción? Creemos que no. Ante todo, el Juez sigue siendo autónomo e independiente en el desarrollo del proceso y, sobre todo, en el análisis y valoración de la prueba, eje central de la decisión que adoptará. Como quiera que no se puede hablar de una “correcta interpretación” de la norma que va a aplicar, sino de la “interpretación adecuada” para la solución del caso concreto, puede asumir, con responsabilidad claro está, una interpretación distinta. Apartarse del precedente normativo no es un delito ni una falta, siempre que se precise con claridad, ponderación y proporcionalidad las razones del apartamiento y se busque con ello la mejora de los estándares vigentes respecto del derecho a tutelar.

Por lo demás, seamos conscientes de dos realidades: (a) que en la praxis judicial hay muchos casos rutinarios en los que ésta vinculación carece de importancia; (b) que la labor del Tribunal Constitucional es altamente especializada y que el valor de sus decisiones está sustancialmente en la argumentación, acorde con la alta sensibilidad social y política que generan sus fallos en favor de la protección de los derechos humanos.

El juez inferior tiene libertad absoluta para no creer en esa argumentación, o no coincidir con la interpretación que se hace de determinada norma, pero el ejercicio de esa libertad lo obliga a desarrollar la suya propia, ciertamente más completa y elaborada para justificar su posición. No lo puede hacer bajo el fácil camino de desconocer el precedente. Es muy grave, en materia de derechos humanos en especial, que un mismo precepto se aplique desigualmente en casos similares, más aún, si ello obedece a una mera arbitrariedad. Reducir la arbitrariedad persuade como uno de los beneficios de ésta opción.

Lo dicho no supone, de mi parte, un apoyo incondicional al activismo judicial o al denominado neoconstitucionalismo. Las razones que defiendo

⁽¹²⁾ LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. Edit. Grijley, Lima, 2010, pág. 79.

tienen una base distinta. Ursula Indacochea¹³ lo explica muy bien cuando sostiene que "... desde el punto de vista formal, los argumentos de autoridad y de la preservación de la seguridad jurídica, constituyen razones por las cuales los jueces deberían seguir las interpretaciones del Tribunal Constitucional... desde el punto de vista sustantivo, dicha obligación estaría sustentada a partir de la razonabilidad de las interpretaciones que tales precedentes contienen". Además, estimo que la subsunción en la interpretación constitucional sigue siendo tarea central, la que no puede ser del todo desplazada por la tesis de la ponderación que el neo constitucionalismo alienta.

Una visión filosófica le da mucho sentido a estas ideas, por lo que estimo necesario hacer referencia a ella. Comanducci¹⁴ expresa lo que es, a mi modo de ver, una brillante y congruente justificación de la legitimidad de esta opción. Dice, al desarrollar el tema del papel del juez en la interpretación del Derecho que "Desde un punto de vista teórico diría que es de sentido común constatar que la discrecionalidad judicial es, en alguna medida, inevitable y que eso depende, a la vez, de factores objetivos y subjetivos. Factores que están fuera del alcance del juez y factores que, en cambio, podrían ser modificados por los mismos jueces. Los factores objetivos son aquellos —bien conocidos— de tipo semántico, es decir, que dependen de la *open texture*, de la textura abierta del lenguaje natural, que no permite al legislador formular normas tan precisas que puedan siempre ser interpretadas de una única forma. Los factores subjetivos son igualmente conocidos: están constituidos por la interacción de ideologías e intereses en la decisión... ¿Es compatible esta constatación, según la cual los jueces producen normas jurídicas —bastante compartida a nivel teórico—, con el valor de la separación de poderes, al que todos parecen tener mucho aprecio? Yo diría que sí, si nos damos cuenta que aquel concepto de la separación de poderes según el cual el juez se limita a aplicar mientras que el legislador es el único productor de normas, es fruto de las ideologías jurídicas del inicio del siglo XIX, y poco tiene que ver con la ideología de la separación de los poderes de Montesquieu, que —ésta sí— se encuentra en la base de la idea liberal del Estado "limitado". La separación de poderes de Montesquieu solo significa que los poderes no deben estar todos en las manos de un único sujeto. Deben estar divididos. No significa, sin embargo, que un poder deba ser ejercido exclusiva y necesariamente por un solo órgano, y otro poder por otro órgano. La constatación que puede

⁽¹³⁾ INDACOECHA PREVOST, Ursula. *¿Por qué es obligatorio el precedente judicial?* Edit. Grijley, Lima, 2010, pág. 166.

⁽¹⁴⁾ COMANDUCCI, Paolo. *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica*. Lima, ARA Editores E. I. R. L., 2010, pág. 149 y ss.

hacerse en el nivel teórico es que el poder normativo —es decir, el poder de producir normas que vinculan a la colectividad—, que es el poder más importante y “peligroso”, en los países modernos está dividido o fraccionado. No lo ejerce solo el legislador, sino que lo ejercen también otros órganos: el tribunal constitucional (si existe), los jueces en alguna medida y, en parte también, el gobierno y la administración pública... Se trata entonces de encontrar formas para asegurar la coherencia en el tiempo de las decisiones interpretativas de los jueces, porque solo así ellas serán de alguna forma previsible y previsible también resultará, en alguna medida, la decisión final del caso.”

Encontrar fórmulas para asegurar la coherencia, esa es la tarea pendiente. No se trata de faltar el respeto a la autonomía del juez ni de imponer criterios ajenos. No hay duda de que esos fueros deben ser escrupulosamente preservados, como tampoco debe haber duda en calificar de arbitraria una decisión judicial que se aparte de los precedentes sin siquiera tomarlos en cuenta, amparándose en esa autonomía. El debido proceso reconoce la importancia del juez natural como signo de imparcialidad. El juez especializado es la expresión de esa misma garantía. La doble instancia cierra el círculo. ¿Su sola autonomía autoriza a un juez de menor grado a pronunciarse en contra de lo que un órgano colegiado de la máxima instancia de justicia constitucional ha decidido en casos similares?

Si revisamos el listado de precedentes que al año 2010 tiene publicados el Tribunal Constitucional, y que aparecen en el anexo adjunto, podemos apreciar que en todos ellos hay una manifiesta defensa de los derechos humanos, especialmente cuando de la libertad se trata. Esos precedentes tienen un contenido moral y legal, razonablemente indiscutibles. Por ende, ¿Qué valor superior impide asumirlos como obligatorios?

Por todo ello, considero que el Art. VII del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional es un positivo avance en la protección de los derechos humanos. Sin embargo, su actual configuración legal deja que desear. En las siguientes líneas expreso los temas que la legislación debe cuidar de subsanar o precisar para que se eviten excesos en la fijación de los precedentes.

VI. ASPECTOS LEGALES QUE DEBEN SER SUBSANADOS

El efecto normativo se circunscribe a lo que comúnmente se conoce como la *ratio decidendi*, toda vez que el *obiter dicta* tiene una función esencialmente persuasiva. Dado que no es fácil diferenciar una de otra, la ley nacional establece que el propio Tribunal Constitucional deberá precisar en

la sentencia el extremo normativo de su decisión. Creo que la ley debiera ser más precisa, pues en la praxis nacional se ha cumplido el encargo de maneras diversas. Alguna vez el Tribunal ha precisado el precedente en la parte resolutive de la sentencia, pero en la mayoría de casos lo ha hecho vía referencia al considerando numerado que forma parte de la sustentación. Por ello estimamos que:

- a) Debe exigirse una puntual delimitación del precedente, sin importar necesariamente que se precise solo la *ratio decidendi* o que sea una mezcla de ésta con el *obiter dicta*, pues no siempre es fácil ni es aconsejable separarlas;
- b) Que sea precisamente definida, pues estamos ante una “norma”;
- c) Que necesariamente forme parte del fallo y no de los considerandos, pues una remisión tan abierta es contraproducente y escapa a un control de calidad y pertinencia. Se ha dado el caso en que algunos de esos considerandos contenían citas doctrinarias; es impensable que esa cita tenga el carácter de vinculante;
- d) Debe exigirse que el precedente esté vinculado necesaria e inexcusablemente al tema de fondo que se resuelve. Hemos tenido la experiencia de un caso de habeas corpus que termina generando precedentes sobre el arbitraje, tema éste de naturaleza mercantil que no tiene relación con la libertad como es fácil de suponer.

Nuestro Tribunal Constitucional esta integrado por siete magistrados, quienes sesionan en dos salas de tres miembros cada una para distribuirse la carga procesal con más eficiencia. Solo sesionan en sala plena cuando la ley, atendiendo a la naturaleza de la materia, (por ejemplo, procesos de inconstitucionalidad) así lo exige. A partir de ese sistema, los magistrados integrantes de cada sala se han considerado legitimados para crear precedentes por la sola decisión del colegiado, cuando lo correcto es que solo las sesiones plenarias tengan esa competencia excepcional. Es por ello que debieran establecerse las siguientes precisiones:

- a) Que los precedentes vinculantes solo pueden ser creados por decisión adoptada en sesión de Sala Plena;
- b) Que tanto para crear un precedente como para modificarlo, debe haber una mayoría calificada que así lo decida, la que estimo debiera ser de 5 miembros, tal como así lo exige el Art. 5 de su Ley Orgánica para el caso de la acción de inconstitucionalidad, que a la letra dice:

Artículo 5°.- Quórum

El quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo, para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos, en los que se exigen cinco votos conformes.

De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad.

La analogía es evidente y por tanto, debe exigirse similar número de votos para generar un precedente o modificarlo.

Un problema aparte y muy delicado lo constituye la emisión de votos en discordia y votos singulares al momento de definir una controversia. Si bien es inevitable que ello ocurra, especialmente cuando la causa tiene connotaciones políticas, debiera establecerse como regla que un precedente no puede ser creado respecto de temas en que dichas discordias se presentan de manera continua, pues será inevitable la debilidad y vulnerabilidad del efecto normativo. Serenar las posturas debiera ser una condición previa.

Debiera precisarse que el efecto normativo no impide que los jueces decidan una causa apartándose del mismo, siempre que:

- a) Precisen las razones que justifican el tratamiento diferenciado que se propone;
- b) Que la decisión a adoptar tenga por objeto ampliar la tutela que el precedente tiene establecido;
- c) Que la sentencia sea elevada en consulta al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre su respeto a la Convención.

Debiera precisarse que los efectos del precedente vinculante no pueden ser retroactivos, pues la Constitución no lo permite respecto de las leyes. A su vez, cuando un precedente es dejado sin efecto o variado en sus alcances, debiera precisarse que el nuevo precedente no puede aplicarse a los procesos que se hayan iniciado en base del precedente que se deja sin efecto o se varía. La seguridad jurídica así lo aconseja.

ANEXO

Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional

I. PROCESO DE HABEAS CORPUS

1. STC N.º 3771-2004-HC, Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón (Plazo Razonable de la prisión preventiva). Referencia:

- a) Aplicación en el tiempo del Código Procesal Constitucional y de nuevas normas procesales (fundamentos 2, 3 y 4).
- b) Reconocimiento del derecho al plazo razonable de detención judicial preventiva (fundamentos 8, 9, 10 y 11).
- c) Reglas sobre la detención judicial preventiva (fundamentos 6 y 7).
- d) Plazos máximos legales de detención judicial preventiva (fundamentos 15 y 17).
- e) Criterios para evaluar un plazo razonable de detención judicial preventiva (fundamentos 18 y 19).

Omisión de decretar la libertad de un procesado por vencimiento del plazo legal de detención como afectación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (fundamento 26).

2. STC N.º 2496-2005-HC, Caso Eva Valencia Gutiérrez (Libertad Personal. Detención Preventiva. Principio *tempus regit actum*). Referencia:

- a) Improcedencia del hábeas corpus para proteger únicamente el debido proceso (fundamento 3).
- b) Procedencia del hábeas corpus contra resoluciones de detención judicial preventiva (fundamento 3).
- c) Límites a la libertad individual (fundamento 5).
- d) Carácter excepcional de la detención judicial preventiva (fundamentos 7 y 8).

Aplicación en el tiempo de las normas procesales penales de acuerdo al principio *tempus regit actum* (fundamentos 12 y 13).

3. STC N.º 1966-2005-HC, Caso César Augusto Lozano Ormeño (Responsabilidad del ente administrador). Referencia:

- a) Obligaciones del RENIEC respecto a documentos bajo responsabilidad de oficinas registrales o municipalidades que presentan enmendaduras (fundamentos 14, 15 y 16).

4. STC N.º 3482-2005-HC, Caso Augusto Brain Delgado (Libertad de tránsito. Bien Jurídico seguridad ciudadana). Referencia:

- a) Límites a la libertad de tránsito (fundamentos 5 al 12).
- b) La seguridad ciudadana como justificación de límites a la libertad de tránsito en las vías públicas por parte de particulares (fundamentos 13 a 15).

El establecimiento de rejas como límite a la libertad de tránsito en las vías públicas (fundamentos 16 a 20).

5. STC N.º 1257-2005-HC, Caso Enrique José Benavides Morales (Plazo del proceso y de detención en relación a la conducta obstruccionista del procesado). Referencia:

- a) Obligar al Estado a un proceso de extradición constituye una conducta obstruccionista que debe ser considerada para evaluar el plazo razonable del proceso y de la detención judicial (fundamento 1).

II. PROCESO DE AMPARO

1. STC N.º 3760-2004-AA, Caso Gastón Ortiz Acha (Inhabilitación Política). Referencia:

- a) Plenos efectos de la Resolución Legislativa N° 18-2000-CR, sobre inhabilitación al ex presidente Alberto Fujimori (fundamento 8).
- b) Alcances de la prohibición al ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, para ocupar algún cargo público (fundamento 22).

La inhabilitación temporal hasta diez años para ocupar un puesto público no afecta el contenido constitucionalmente protegido de los derechos políticos (fundamento 21).

2. STC N.º 1150-2004-AA, Caso Banco de la Nación (Procesos Constitucionales entre entidades de derecho público. Derecho de defensa). Referencia:

- a) Procedencia del amparo presentado por una entidad estatal contra otra, de acuerdo a la legislación anterior al Código Procesal Constitucional (fundamento 1).

- b) Necesidad de emplazar a una entidad en un proceso judicial y de que exista sentencia firme para obligarla al pago de intereses (fundamento 5).

Alcances del derecho de defensa (fundamento 6).

3. STC N° 2791-2005-AA, Caso Julio Soberón Márquez (Inhabilitación Política. Acceso a los medios de comunicación del Estado. Partidos Políticos). Referencia:

- a) La inhabilitación política no puede extenderse más allá de lo dispuesto por la Constitución (fundamento 4)
- b) Acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad de Estado en forma proporcional al ultimo resultado electoral general (fundamento 5)
- c) Fines y objetivos de los partidos políticos (fundamento 6)

La inhabilitación política no impide que se pueda ejercer el derecho constitucional a la libertad de expresión (fundamento 7)

4. STC N.° 2302-2003-AA, Caso Inversiones Dreams S. A. (Agotamiento de la vía previa en materia tributaria). Referencia:

- a) Exigibilidad del agotamiento de la vía previa en los procesos de amparo contra la aplicación de normas reglamentarias (fundamentos 5 y 6).
- b) Excepción a la exigibilidad del agotamiento de la vía previa en los procesos de amparo contra la aplicación de normas reglamentarias (fundamento 7).
- c) Carácter autoaplicativo del Decreto Supremo N° 158-99-EF (fundamentos 8 y 9).

Excepción del agotamiento de la vía previa en los procesos de amparo relacionados con el Decreto Supremo N° 158-99-EF (fundamento 9).

5. STC N.° 3361-2004-AA, Caso Jaime Amado Álvarez Guillén (Ratificación de magistrados. Tutela procesal efectiva). Referencia:

- a) Aplicación del cambio de jurisprudencia sobre evaluación y ratificación de magistrados a los casos futuros —*prospective overruling*— (fundamentos 7 y 8).
- b) Nuevos parámetros para la evaluación y ratificación de magistrados (fundamentos 17 a 20).

Derechos-reglas a ser observados en los procesos de ratificación de magistrados (fundamentos 26 a 43).

6. STC N.º 3741-2004-AA, Caso Ramón Salazar Yarlenque (Control difuso administrativo. Precedente vinculante y doctrina jurisprudencial). Referencia:

- a) Supuestos para la emisión de un precedente vinculante por parte del Tribunal Constitucional (fundamento 41).
- b) Criterios para la aplicación del control difuso por parte de los tribunales u órganos colegiados de la administración pública (fundamento 50).

Inconstitucionalidad de la exigencia del pago de una tasa como requisito para la impugnación de decisiones administrativas (fundamento 50).

7. STC N.º 6612-2005-AA, Caso Onofre Vilcarima Palomino (Pensión Vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional). Referencia:

- a) Prescripción de la pensión vitalicia (fundamento 19)
- b) Ámbito de protección del Decreto Ley N.º 18846 y del Decreto Supremo N.º 002-72-TR (fundamento 20)
- c) Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional (fundamento 21)
- d) Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad (fundamento 22)
- e) El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional (fundamento 23)
- f) La pensión mínima del Decreto Legislativo N.º 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional (fundamento 24)
- g) El arbitraje en el Seguro Complementario en el Trabajo de Riesgos (SCTR) y la excepción de convenio arbitral (fundamento 25)
- h) Responsabilidad del Estado en el SCTR (fundamento 26)
- i) La inversión de la carga de la prueba (fundamento 27)

Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo (fundamento 28)

8. STC N° 10087-2005-AA, Caso Alipio Landa Herrera (Pensión vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional. Decreto Ley 18846. Ley 26790). Referencia:

- a) Imprescriptibilidad de la pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 (fundamento 20).
- b) Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del DS 2-72-TR (fundamento 21).
- c) Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional (fundamento 22).
- d) Percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad (fundamento 23).
- e) Percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad (fundamento 23).
- f) Incompatibilidad entre pensiones (fundamento 23).
- g) Nexos o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional (fundamento 24).
- h) Pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional (fundamento 25).
- i) Arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral (fundamento 26).
- j) Cobertura supletoria de la ONP en los casos de riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente - Responsabilidad del Estado en el SCTR (fundamento 27).
- k) Inversión de la carga de la prueba en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 (fundamento 28).

Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790.

9. STC N° 4762-2007-AA, Caso Alejandro Tarazona Valverde (Acreditación de Aportaciones). Referencia:

- a) Reglas para acreditar periodo de aportaciones en el proceso de amparo (fundamento 26):

(1) El demandante puede adjuntar a su demanda en original, copia legalizada o fedateada, mas no en copia simple, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de Orcinea, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos.

(2) El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de él, bajo responsabilidad.

(3) La ONP, cuando conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, es aplicable a los procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.

(4) En los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de esta sentencia, la ONP, cuando conteste la demanda, tiene el deber de cumplir con presentar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. En caso de que no cumpla con su carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo, el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa, siempre y cuando los medios probatorios presentados por el demandante resulten suficientes, pertinentes e idóneos para acreditar años de aportaciones, o aplicará supletoriamente el artículo 282.º del Código Procesal Civil.

(5) Los jueces no solicitarán el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada, como por ejemplo, cuando la ONP no reconoce periodos de aportaciones bajo el argumento de que han perdido validez, o de que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador, entre otros.

(6) Asimismo, los jueces no solicitarán el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada, como por ejemplo, cuando el demandante no presenta prueba alguna para acreditar periodos de aportaciones, o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas, entre otros.

10. STC N° 05961-2009-AA, Caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S. A. C. (Amparo contra amparo). Referencia:

- a) Que el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos Nos. 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia Nos. 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 es conforme con la Constitución, por cuanto no vulnera en forma directa ni indirecta el contenido constitucional de los derechos al trabajo y a las libertades de trabajo, de empresa, de contratación y de iniciativa privada, por lo que los decretos mencionados no pueden ser inaplicados en ninguna clase de proceso por los jueces del Poder Judicial.

En tal sentido, todos los jueces del Poder Judicial que conozcan de cualquier clase de proceso en el que se cuestione la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos Nos. 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia Nos. 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, por imperio del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tienen el deber de confirmar la constitucionalidad de su contenido normativo.

- b) Las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos Nos. 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia Nos. 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son eficaces y ejecutables hasta el 5 de noviembre de 2008.

A partir del 6 de noviembre de 2008, todas las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos Nos. 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia Nos. 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son consideradas contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst y a la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que carecen de eficacia.

Para que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales firmes emitidas a partir del 6 de noviembre de 2008, que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos Nos. 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia Nos. 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008,

excepcionalmente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de su Procurador Público, tiene habilitado el plazo de prescripción previsto en el segundo párrafo del artículo 44º del CPConst para interponer la respectiva demanda de amparo contra resolución judicial firme.

11. STC N° 04650-2007-AA, Caso Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú “Santa Rosa de Lima LTDA.” (autos usados). Referencia:

- a) En este sentido y conforme a los apremios previstos en el Código Procesal Constitucional, el Juez que recibe el segundo amparo deberá verificar, antes de admitir a trámite la demanda, si el empleador ha dado cumplimiento a la sentencia que ordena la reposición, de modo que el segundo proceso no pueda significar en ningún caso una prolongación de la afectación de los derechos del trabajador. Si el Juez constatará que al momento de presentarse la demanda en un segundo proceso de amparo, el empleador no ha cumplido con lo ordenado en el primer amparo, la demanda será declarada liminarmente improcedente, dictándose de inmediato los apremios del artículo 22º y 59º del Código Procesal Constitucional.

12. STC N.º 1417-2005-PA, Caso Manuel Anicama Hernández (Amparo Provisional. Contenido esencial del derecho a la pensión). Referencia:

- a) Procedencia del amparo en materia pensionaria / Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión (fundamentos 37.a, 37.b, 37.c, 37.d y 37.e).
- b) Improcedencia del amparo en materia pensionaria / Contenido no constitucionalmente protegido del derecho a la pensión (fundamentos 37.c, 37.f y 37.g).

Reglas procesales aplicables a los procesos de amparo en trámite relacionados con pensiones y que no cumplen con los requisitos de procedibilidad (fundamentos 54 a 58).

13. STC N° 349-2004-PA, Caso María Contrina Aguilar (Libertad de Transito. Bien jurídico seguridad ciudadana). Referencia:

- a) Alcances genéricos de la libertad de tránsito o derecho de locomoción (fundamento 5)
- b) Límites o restricciones de la libertad de tránsito o derecho de locomoción (fundamentos 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12)

- c) El bien jurídico seguridad ciudadana y sus alcances (fundamentos 13, 14 y 15)

Las vías de tránsito público y el establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal (fundamentos 16, 17, 18, 19 y 20)

14. STC N.º 5854-2005-PA, Caso Pedro Lizana Puelles (Amparo Electoral). Referencia:

- a) Interpretación del artículo 142º y 181º de la Constitución, sobre revisión judicial de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (fundamento 35).

Procedencia de la demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones por afectación de derechos fundamentales (fundamento 35).

15. STC N.º 2802-2005-PA, Caso Julia Benavides García (Libertad de empresa. Amparo en materia municipal). Referencia:

- a) Improcedencia de las demandas de amparo respecto a locales comerciales que no cuentan con autorización municipal (fundamentos 4, 5, 8 y 9).
- b) Improcedencia de las demandas de amparo respecto a la obtención y denegatoria de autorizaciones municipales para el funcionamiento de locales comerciales (fundamentos 6 y 17).
- c) Procedencia de la demanda de amparo para proteger la libertad de empresa y del trabajo en casos relacionados con la autorización para el funcionamiento de establecimientos comerciales (fundamento 6).

Reglas procesales aplicables a los procesos de amparo en trámite relacionados con licencias de funcionamiento y que no cumplen con los requisitos de procedibilidad (fundamentos 17 y 18, que se remiten a los fundamentos 53 a 58 de la sentencia 1417-2005-PA — caso Anicama—).

16. STC N.º 0206-2005-PA, Caso César Baylón Flores (Procedencia de amparo electoral). Referencia:

- a) Procedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral privado (fundamentos 7 a 16).
- b) Improcedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral privado (fundamentos 17 a 20).
- c) Improcedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral público (fundamentos 21 a 25).

- d) Procedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral público (fundamentos 24).

Reglas procesales aplicables a los procesos de amparo en trámite en materia laboral que no cumplen con los requisitos de procedibilidad (fundamentos 35 a 38).

17. STC N.º 4677-2004-PA, Caso Confederación General de Trabajadores del Perú – CGTP (Derecho de reunión) Referencia:

- a) Eficacia inmediata del derecho de reunión (fundamento 15º literal e).
Reglas para prohibir o restringir el derecho de reunión (fundamento 18º).

18. STC N.º 4227-2005-PA, Caso Royal Gaming S.A.C. (Impuesto casinos y tragamonedas) Referencia:

Se confirma la constitucionalidad de normas y resoluciones relacionadas con el impuesto a los casinos y máquinas tragamonedas (artículo 17º y Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT).

19. STC N.º 4635-2004-PA, Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala (Jornada trabajadores mineros. Jornadas atípicas) Referencia:

- a) Jornada de trabajo de los trabajadores mineros (fundamentos 28 y 29).
b) Inconstitucionalidad del sistema de turnos de trabajo implementado por la empresa minera demandada (fundamento 35).
c) Los convenios colectivos y los contratos individuales de trabajo no pueden desconocer los estándares mínimos en materia de derechos laborales (fundamento 39).

Disposiciones contrarias al parámetro constitucional de la duración de la jornada de trabajo (fundamento 41).

20. STC N.º 2877-2005-PA, Caso Luis Lagomarcino Ramírez (Recurso de Agravio Constitucional) (Ley 23098. Pensión mínima o inicial) Referencia:

- a) Procedencia del recurso de agravio constitucional (RAC) frente a situaciones en las que se ha producido sustracción de la materia o resulte imposible la protección de derechos fundamentales ante el acto lesivo alegado (fundamento 15.a).

- b) Procedencia del RAC frente a sentencia estimatoria de segundo grado que presenta una incongruencia entre lo resuelto y lo ordenado a favor del derecho afectado (fundamento 15.b).
- c) Procedencia del RAC para evaluar excepciones presentadas en las demandas de amparo, hábeas data y cumplimiento (fundamento 15.c).
- d) Improcedencia del RAC para solicitar la protección constitucional de intereses y reintegros relacionados con una pensión (fundamento 15.d).
- e) Improcedencia del RAC presentado por un abogado sin representación para actuar a nombre de los demandantes (fundamento 15.e).
- f) Requisitos adicionales a evaluar para la procedencia del RAC (fundamentos 28 y 31).
- g) Estructura interna del Tribunal Constitucional para la evaluación de los RAC (Fundamento 25).
- h) Autonomía procesal del Tribunal Constitucional (fundamento 22).

Experiencias comparadas respecto a recursos de control constitucional (fundamento 24).

21. STC N.º 5189-2005-PA, Caso Jacinto Gabriel Angulo (Ley 23098. Pensión mínima o inicial) Referencia:

- a) Interpretación del Tribunal Constitucional sobre la aplicación de la Ley N.º 23908 (fundamento 5).
- b) Pensión mínima según la Ley N.º 23908 (fundamentos 8 al 19).

Prohibición de reajuste trimestral automático de acuerdo con la Ley N.º 23908 (fundamentos 20 y 21).

22. STC N.º 3075-2006-PA, Caso Escuela Internacional de Gerencia High School of Management – Eiger (Medidas preventivas o cautelares en sede administrativa). Referencia:

- a) Criterios a observar en materia de medidas cautelares en procedimientos administrativos sobre derechos de autor (fundamento 5 inciso aº)
- b) Prohibición de diligencia de variación de inspección (fundamento 5 inciso bº)

Necesidad de sustentar adecuadamente la denegatoria de un pedido de informe oral (fundamento 5 incisos g^o y h^o)

23. STC N.º 3362-2004-PA, Caso Prudencio Estrada Salvador (Derecho de rectificación). Referencia:

- a) Tipos de medio respecto a los cuales se puede solicitar la rectificación (fundamento 10).
- b) Presupuestos en los que cabe ejercer el derecho de rectificación (fundamento 14).
- c) Gratuidad, inmediatez y proporcionalidad de la rectificación (fundamento 20).
- d) Titularidad del derecho y sujeto obligado a rectificar (fundamento 20).
- e) Trámite de la rectificación (fundamento 20)

Forma en que debe ser efectuada la rectificación (fundamentos 24 y 27)

24. STC N.º 1333-2006-PA, Caso Jacobo Romero Quispe (Ratificación de magistrados – reingreso a la carrera judicial). Referencia:

Un juez o fiscal que no ha sido ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura no puede ser impedido de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público.

25. STC N.º 9381-2006-PA, Caso Félix Vasi Zevallos (ONP – Bono de reconocimiento). Referencia:

Obligación de la Oficina de Normalización Previsional de atender los pedidos de variación de bonos de reconocimiento de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones (fundamento 9).

26. STC N.º 7281-2006-PA, Caso Santiago Terrones Cubas (Desafiliación de las AFP's). Referencia:

- a) Falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación de una AFP (fundamento 27).

Procedimiento a seguir para la desafiliación en el supuesto de falta o insuficiencia de información (fundamento 37).

27. STC N.º 4853-2004-PA, Caso Dirección General de Pesquería de La Libertad (Amparo contra amparo. Recurso de Agravio Constitucional). Referencia:

- a) Procedencia del amparo contra amparo (fundamento 39).
- b) Improcedencia del amparo contra amparo (fundamento 39).
- c) Pretensión del amparo contra amparo (fundamento 39).
- d) Sujetos legitimados para presentar una demanda de amparo contra una resolución estimatoria ilegítima de segundo grado (fundamento 39).
- e) Sujetos legitimados para presentar una demanda de amparo contra una resolución denegatoria de segundo grado (fundamento 39).
- f) Número de veces que procede un amparo contra amparo (fundamento 39).
- g) Órgano jurisdiccional competente para conocer un amparo contra amparo (fundamento 39).

Procedencia del recurso de agravio constitucional a favor del precedente (fundamento 40).

28. STC N.º 0061-2008-PA, Caso Rímac Internacional (Arbitraje voluntario y obligatorio del D.S. 003-98-SA. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo). Referencia:

- a) Improcedencia de la excepción de arbitraje o convenio arbitral en un proceso sobre la pensión de invalidez prevista en la Ley 26790 y el Decreto Supremo 3-98-SA –SCTR – (fundamento 12).
- b) Requisitos para que el arbitraje voluntario previsto en el artículo 25º del Decreto Supremo Nº 3-98-SA sea constitucional (fundamento 15).

Fecha de inicio de la contingencia en el caso de la pensión vitalicia prevista en el Decreto Ley 18846 o la pensión de invalidez prevista en la Ley 26790 (fundamento 18).

29. STC Nº 5430-2006-PA, Caso Alfredo de la Cruz Curasma (Pago de devengados e intereses). Referencia:

- a) Procedencia de la Demanda de Amparo Respecto a pensiones devengadas, reintegros e intereses
- b) Reglas de procedencia para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses
- c) Reconocimiento de la pensión de jubilación o cesantía
- d) Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

- e) Afectación al mínimo legal o necesidad de tutela urgente
- f) Afectación del derecho de igualdad
- g) Procedencia del recurso de agravio constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses.
- h) Improcedencia del recurso de agravio constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses.

Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo.

30. STC N° 2513-2007-PA, Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández. Referencia:

- a) Unifica las reglas contenidas en los precedentes vinculantes establecidos en las sentencias emitidas en los Exps. Nos 10063-2006-PA, 6612-2005-PA, 10087-2005-PA y 00061-2008-PA.
- b) No se exigirá condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR la percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud (fundamento 21).
- c) Procedencia del reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 y procedencia del reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 (fundamento 2) Finalmente, debe establecerse como última regla procesal en qué casos resulta válido imponer sanciones a las partes. En este sentido, la cuarta regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente vinculante es que: a la ONP y a las compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del CPConst. Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedentes vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otro lado, a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes. 9).
- d) Improcedencia del amparo cuando el demandante no presenta dentro del plazo de 60 días hábiles de solicitado el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades (fundamento 46).

- e) Los jueces que califican demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008 y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, las declararán improcedentes si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS (fundamento 48).
- f) Imposición de las medidas coercitivas contenidas en el artículo 22.º del CPConst para la ONP y compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes. Asimismo, se impondrá pago de costas y costos a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedentes vinculantes referidos en la sentencia. Y a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes (fundamento 49).

C. PROCESO DE CUMPLIMIENTO

1. STC N.º 0168-2005-PC, Caso Maximiliano Villanueva Valverde (Procedencia del proceso de cumplimiento). Referencia:

- a) Requisitos que debe reunir un mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que proceda una demanda de cumplimiento (fundamentos 14 y 16).
- b) Reglas procesales aplicables a los procesos de cumplimiento en trámite que no cumplen con los requisitos de procedibilidad (fundamentos 26 a 28).

El fundamento 15 es principalmente una sustentación adicional del 14.

2. STC N.º 2616-2004-AC Caso Amado Santillán Tuesta (Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y Decreto de Urgencia N.º 037-94). Referencia:

- a) Funcionarios a los que corresponde la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 37-94 (fundamento 10).

Funcionarios a los que no corresponde la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 37-94 (fundamento 11).

D. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. STC N° 0030-2005-AI, Caso ley de la Barrera Electoral (Límites a las sentencias manipulativas). Referencia:

Límites de las sentencias interpretativas (fundamento 60 y 61):

- a) No vulnerar el principio de separación de poderes;
- b) Que no exista mas de una manera de cubrir el vacío normativo;
- c) Cuando sean imprescindibles a fin de evitar la inconstitucionalidad;
- d) Razones y fundamentos normativos debidamente argumentados ; y
- e) Mayoría calificada de los miembros del Tribunal Constitucional.

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CUBA (1901-1959)

Andry Matilla Correa*

*El régimen político moderno, pues, obedece a principios y está sujeto a normas: y salvo las situaciones extraordinarias, en que la perturbación del orden público permite sustituir el reinado de la fuerza al imperio del Derecho, la defensa contra el abuso está perfectamente garantizada: no puede haber gobernantes arbitrarios, como no puede haber libertades anárquicas. Más, ese orden de cosas, esa situación de equilibrio, de respeto mutuo, de fiel observancia del sistema constituido, ha de tener un guardián, encargado de comprobar sus violencias y sancionarlas con castigo, un órgano, tan soberano como los demás, que con sus decisiones vaya cimentando el régimen jurídico y afianzando sus instituciones. Ese órgano es el Poder Judicial, y la labor que en aquel sentido realiza, es su función objetiva.***

I. IDEAS PRELIMINARES

El Derecho Constitucional cubano tiene ya una apreciable experiencia acumulada como ejercicio práctico, y un extenso y amplio trecho andado como ciencia. Esa experiencia ha sido el resultado de circunstancias diversas en lo social, lo económico, lo político y lo jurídico, que han constituido una fuente de enriquecimiento de vida para nuestro país.

En la historia jurídica de Cuba, asoman diversos eventos constitucionales que marcan y reflejan el sabor político y jurídico de cada uno de los grandes momentos que han determinado la existencia de nuestra nación en los últimos dos siglos. Sin contar los proyectos constitucionales que a lo

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

(**) Tomado del discurso del Presidente del Tribunal Supremo, Juan Bautista Hernández Barreiro, leído en el acto de la solemne apertura de los tribunales el día primero de septiembre de 1910.

largo del tiempo fueron elaborados y no llegaron a regir entre los cubanos, y las reformas a la que fueron sometidos los cuerpos constitucionales que tuvieron vigencia, una rápida mirada en retrospectiva permite avizorar los hitos de la marcha constitucional de la mayor de las Antillas:

- Constituciones de la antigua metrópoli española, que alcanzaron en su vigencia a nuestro país, no sin ciertas peculiaridades incluso (Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, Estatuto Real de 1834, Constitución Política de la Monarquía Española de 1876);
- Constituciones dadas por las fuerzas libertarias en plena lucha independentista contra el dominio colonial (Constitución de Guáimaro de 10 de abril de 1869, Constitución de Baraguá de 15 de marzo de 1878, Constitución de Jimaguayú de 16 de septiembre de 1895, Constitución de La Yaya de 29 de octubre de 1897);
- Una constitución autonómica como último gran esfuerzo de conservación bajo el manto del colonialismo peninsular (Constitución Autonómica o Constitución Colonial de las Islas de Cuba y Puerto Rico de 25 de noviembre de 1897);
- Una constitución dada por el gobierno interventor norteamericano, con la peculiaridad de que solo estuvo vigente, por un breve lapso de tiempo, en la ciudad de Santiago de Cuba, durante la primera intervención militar de los Estados Unidos en nuestro país. (Constitución de Santiago de Cuba o Constitución de Leonardo Wood de 20 de octubre de 1898);
- La primera constitución de Cuba independiente (Constitución de la República de Cuba de 1901) cuyo recuerdo y trascendencia está empañado por el Apéndice Constitucional, conocido como la Enmienda PLATT, que certificaba la condición de minusvalía con que veía la luz la naciente República de los cubanos;
- Una sucesión de leyes constitucionales en la década posterior al primer cuarto del siglo XX, que respondían a la inestabilidad política que vivía el país (Estatutos para el Gobierno Provisional de Cuba de 14 de septiembre de 1933, Ley Constitucional de la República de Cuba de 1934, Acuerdos Constitucionales para el Gobierno Provisional de Cuba de 8 de marzo de 1935, Ley Constitucional de Cuba de 12 de junio de 1935 y Disposiciones Constitucionales para el Régimen Provisional de 1935 de 12 de junio de 1935);
- Una constitución que fue considerada como una de las más progresistas y democráticas de su tiempo (Constitución de la República de Cuba de 1940);

- Unos Estatutos Constitucionales como fallido intento —en el juicio de la historia— de cubrir de legitimidad el golpe de Estado de Fulgencio BATISTA en marzo de 1952 (Ley Constitucional de la República de Cuba de 4 de abril de 1952);
- Una Ley Fundamental promulgada en los primeros momentos de vida de Revolución cubana, que acogió una parte del articulado de la Constitución de 1940, y que sirvió de base jurídica esencial, asistida de las adiciones y modificaciones que le acompañaron, para las transformaciones estructurales que tuvieron lugar bajo el período de la provisionalidad del Gobierno Revolucionario (Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959);
- Una constitución de carácter socialista, que tenía importantes pilares de sustentación en la experiencia política y social desplegada durante el período de la Provisionalidad, y en la influencia del modelo de socialismo que, en ese tiempo, discurría representado, especialmente, por países de Europa Oriental encabezados por la —hoy— extinta URSS, y que, como norma jurídica superior, consolidaba entre nosotros las bases políticas y jurídicas del Estado socialista (Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, y que llega hasta hoy en su vigencia con las modificaciones y reformas introducidas en 1978, 1992 —la mayor y más sustancial— y 2002).

Desde que el Derecho Constitucional comenzó a enseñarse y explicarse en las aulas universitarias cubanas, a partir de la creación de las primeras cátedras de la materia en 1820, por un lado de la mano de una figura de la talla (intelectual, política, moral y patriótica) del presbítero Félix VARELA (Seminario de San Carlos), y, de otro lado, por profesores como Prudencio ECHEVARRÍA y José GONZÁLEZ FERRAGUT (Real y Pontificia Universidad de San Jerónimo de La Habana),¹ y desde que viera la luz en 1821 la obra pionera del propio padre VARELA, *Observaciones sobre la constitución política de la monarquía española*,² el constitucionalismo cubano ha tejido una estela de desarrollo

⁽¹⁾ Ver: ZAMORA, Juan Clemente, “Historia de una Cátedra (Historia de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad de La Habana, desde su fundación hasta la fecha)”, en la revista *Universidad de La Habana*, nos. 50-51, septiembre-octubre, noviembre-diciembre, 1943, Departamento de Intercambio Universitario, Universidad de La Habana, La Habana, pp. 271 y ss.; y luego fue publicado también en el *Anuario de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público*, 1954, La Habana, Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público, Universidad de La Habana, pp. 9 y ss.

⁽²⁾ VARELA, Félix, *Observaciones sobre la constitución política de la monarquía española*, Imprenta D. Pedro Nolasco Palmen e Hijo, Habana, 1821. (De esta obra hay publicación posterior que responden a los siguientes datos editoriales: VARELA, Félix, *Observaciones sobre la monarquía española seguidas de otros trabajos*, Editorial de la Universidad de La Habana, La Habana, 1944; VARELA, Félix, “Observaciones sobre la constitución política de la monarquía española”, en TORRES-CUEVAS, Eduardo / IBARRA CUESTA, Jorge y GARCÍA RODRÍGUEZ, Mercedes, *Obras. Félix Varela. El primero que nos enseñó a pensar*, Tomo II, Ediciones Imagen Contemporánea, Editorial Cultura Popular, Casa

científico que, con sus altas y sus bajas, ha mantenido viva y atendida esa porción del Derecho en el pensamiento jurídico nacional. De tal suerte, no pocos nombres de lo mejor de la doctrina nacional *iuspublicística* de los últimos casi 200 años —pero especialmente a partir del nacimiento de Cuba como Estado independiente en el umbral mismo del siglo XX— han dejado su huella impresa en la sustanciación de la materia constitucional patria; algunos, con mayor o menor dedicación, con mayores o menores aportes, y desde posiciones políticas e ideológicas diferentes entre sí.

En definitiva, lo que ha resultado de esa combinación de práctica —que, claro está, va mucho más allá del alumbramiento de constituciones— y ciencia constitucionales dentro del mundo jurídico cubano, es el asentamiento de un sentimiento y una conciencia de respeto y respaldo a la Constitución como fenómeno jurídico, y a las connotaciones que de él se derivan. Sentimiento que ha estado latente en todo momento, a pesar de que la circunstancias políticas vividas en algún momento de nuestra evolución histórica hayan parecido que se niega o hayan dificultado su realización plena o, al menos, cercana a lo primariamente necesario. Si se repasa todo el caudal de ideas relacionadas con los temas constitucionales que se ha escrito en nuestro país, especialmente desde hace poco más de un siglo hasta hoy, no será difícil constatar que, prácticamente, ningún tema de los que constituyen la médula temática de lo constitucional, ha estado ausente del análisis de los teóricos. Algunos, con mayor atención y resultados más felices desde el punto de vista científico. Otros, con elaboraciones menos acabadas, poco tratados o abordados mínimamente o postergado su planteamiento por lo inoportuno que puede resultar bajo el tiempo político que discurría; y donde tampoco ha estado ausente el arrastre, en ocasiones, del dogmatismo, como resultado —entre otros factores— del seguimiento mimético de construcciones y argumentaciones importadas.

Uno de los grandes tópicos del Derecho Constitucional que por más de una centuria se ha mantenido en planos de atención dentro de la producción científica nacional, ha sido el del *control de constitucionalidad*, y, dentro de él, especialmente en las primeras seis décadas del siglo XX, el tema del *control jurisdiccional o judicial de la constitucionalidad*.

La realidad que ha rodeado el tema del control jurisdiccional de constitucionalidad dentro del sistema jurídico nacional, muestra un camino interesante y con fases diversas, que aún hoy, cuando desde hace décadas ese control judicial ha cedido en su vigencia frente a la puesta en práctica de otro sistema conceptual en relación con el control de constitucionalidad,

de Altos Estudios Don Fernando Ortiz, Instituto de Historia de Cuba, La Habana, 1997; VARELA, Félix, *Observaciones sobre la Constitución política de la Monarquía española*, Estudio preliminar y notas de José María PORTILLO VALDÉS, Colección Cuadernos y Debates, No. 192, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2008).

sigue suscitando el interés de autores cubanos y extranjeros, al menos en su lado histórico. El sistema de control constitucional en la Cuba actual discurre sobre otros derroteros que no incorporan un proceso específico en vía judicial, a la usanza del modelo judicialista en cualquiera de sus soluciones. La ausencia de ese tipo de control de constitucionalidad en específico, debe entenderse como el resultado de la conjugación de diversos factores de índole histórica y política. Pero, más allá de esa ausencia, no deja de ser provechoso acercarnos a la comprensión de las causas, evolución y consecuencias que ha tenido para el Derecho cubano la instauración, realización y desmontaje del control judicial de constitucionalidad.

El ánimo que nos ha movido a la realización de este trabajo, no propicia que nos detengamos en un tratamiento en extenso de las cuestiones que revela el problema de la justicia constitucional, al menos en su significación para Cuba. De ahí que solo nos hayamos propuesto repasar, a grandes rasgos y reflejando principalmente la voz de una parte de sus protagonistas normativos, jurisprudenciales y doctrinales, los hitos fundamentales que marcaron el proceso de vida del control jurisdiccional de constitucionalidad en nuestro país; pues dicho proceso descubre una riqueza histórica insoslayable, cuya trascendencia ha sido valorada más allá del espacio propiamente cubano, por contener elementos que, en un plano más general, han aportado a la evolución de la justicia constitucional, según la forma en que se configura hoy en el Derecho comparado.

II. ESBOZO HISTÓRICO DE LAS LÍNEAS GENERALES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CUBA EN EL PERIODO DE 1901 A 1959

Como nos recordaba Juan Federico EDELMANN, antiguo Presidente del Tribunal Supremo y uno de los nombres que resultan imprescindibles cuando se evoca el estudio del control de constitucionalidad en nuestro país en la primera mitad del siglo pasado: “La Constitución de 1901 al señalar las atribuciones al Tribunal —Supremo de Justicia—, le confirió por primera vez en nuestro derecho “la de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos cuando fuere objeto de controversia entre partes. Esa atribución, desconocida de los Tribunales de la antigua Metrópoli, y por consecuencia de los que en la época colonial existieron en Cuba, importa o significa el ejercicio de una nueva función, que los tratadistas de derecho procesal designan con el nombre de función constitucional.”³

³ EDELMANN, Juan Federico, *Una opinión sobre el objeto y alcance del recurso de inconstitucionalidad*, La Habana, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y CA, 1934 (Folleto), pág. 1.

Por lo tanto, es ya conocido que el modelo de control judicial de constitucionalidad irrumpe en el Derecho patrio con el artículo 83 de la Constitución de 1901,⁴ en el que se establecía: “Además de las atribuciones que le estuvieren anteriormente señaladas y de las que en lo sucesivo le confieran las leyes, corresponden al Tribunal Supremo las siguientes:

- 1ª Conocer de los recursos de casación.
- 2ª Dirimir las competencias entre los Tribunales que le sean inmediatamente inferiores o no tengan un superior común.
- 3ª Conocer de los juicios en que litiguen entre sí el Estados, las Provincias y los Municipios.
- 4ª Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuere objeto de controversias entre partes”.

En el mecanismo que se establecía a tenor de ese artículo, se ha percibido la influencia del sistema de control judicial que imperaba al efecto en los Estados Unidos de América;⁵ aunque, no se articuló exactamente como aquél, como se desprende de la lectura del propio artículo 83,⁶ pues, además de otras particularidades procesales, aquí el control de constitucionalidad se concentraba en el Tribunal Supremo. En definitiva,

(4) Véase la referencia contenida en: BETANCOURT, Angel C., *Recurso de inconstitucionalidad*, Habana, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca, 1915, pp. 5 y sigs., sobre los proyectos presentados para la redacción de la Constitución y la alusión en ellos a la regulación de las facultades jurisdiccionales de control de la constitucionalidad.

(5) Según apreciaba Juan Clemente ZAMORA, antiguo profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de La Habana: “La Constitución de 1901, breve, sencilla, clara y precisa en su estilo, fue en gran parte inspirada en la Constitución de los Estados Unidos, que sirvió de ejemplo a los miembros de nuestra Convención Constituyente; pero, al tratarse en ella el problema de la defensa constitucional, los Convencionales cubanos llevaron al texto mismo de nuestra Ley Suprema los principios y doctrinas que se habían consagrado y robustecido ya en la práctica forense de los Estados Unidos —a partir de la famosa sentencia del Juez Marshall en el caso “Madison versus Marbury”. Nuestra Constitución de 1901 fue, pues, más perfecta que su modelo norteamericano; declarándose en ella expresamente lo que en la Constitución de los Estados Unidos estaba sólo implícitamente contenido”. Ver: ZAMORA, Juan Clemente, “La defensa de la Constitución en la legislación cubana”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, Tomo I, Volumen 2, Octubre-Diciembre, 1946, México D. F., p. 118.

(6) Ver, entre otros, a: MERINO BRITO, Eloy G., *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, Habana, Cultural, S.A., 1938, pp. 14 y 15; PONTE DOMÍNGUEZ, FRANCISCO J., *El Recurso de Inconstitucionalidad por Acción Pública*, (Tirada aparte de la “Memoria” del Segundo Congreso Interamericano del Ministerio Público), La Habana, Impreso en los Talleres del Centro Superior Tecnológico, Ciudad Escolar, Ceiba del Agua, 1958, p. 5; FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)”, en PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ F. y REMOTTI CARBONELL, JOSÉ CARLOS (Coordinadores), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libre-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), 2002, pp. 294 y 295; PRIETO VALDÉS, MARTHA, “El sistema de defensa constitucional cubano”, en *Revista Cubana de Derecho*, no. 26, julio-diciembre, 2005, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Ciudad de La Habana, p. 37.

este rasgo de concentrar en una estructura judicial de carácter superior la condición de defensor de la constitucionalidad (su diseño y competencias al efecto evolucionarían posteriormente, en la medida en que se transformaba el contexto político y jurídico del país), sería el rasgo distintivo que caracterizaría al modelo cubano de control de constitucionalidad, durante buena parte del siglo XX y hasta su posterior eliminación como sistema de control constitucional.

Veamos como vio esa circunstancia primigenia uno de los primeros estudiosos cubanos, en extenso, de lo que se llamaría a través del constitucionalismo prerrevolucionario el *recurso de inconstitucionalidad*, Ángel C. BETANCOURT: “Para nadie es un secreto, pues es notorio, que ese precepto constitucional se inspiró en la facultad análoga que los tribunales de Estados Unidos ejercen, no por disposición constitucional, ni por ley, sino por práctica y doctrina, de juzgar acerca de la conformidad de las leyes de dicho país con su Constitución, cuando en el ejercicio de sus funciones tienen necesidad de aplicar aquéllas. (...)”.⁷ Para igualmente advertir: “En el derecho español — nuestro derecho histórico — no existe precedente alguno que sea, no ya igual, pero ni siquiera semejante al del derecho norteamericano, pues si bien hay alguno con semejanza remota, se refiere á actos del Poder Ejecutivo, no del Legislativo; ni á los de éste podía referirse ninguno, dado el concepto que en éste, y en la generalidad de los pueblos de su origen, se tiene respecto á que las Constituciones no han de contener preceptos directamente aplicables por los tribunales, sino disposiciones fundamentales para ser desenvueltas en las leyes, las cuales son las que deben ser aplicadas por aquéllos”.⁸

Poco después, ese precepto constitucional sería complementado y desarrollado, en su virtualidad, a través de la Ley de 31 de marzo de 1903 (27 artículos). El impulsor fundamental de esa ley, fue el jurisconsulto cubano Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, entonces también senador de la República, quien en agosto de 1902 hizo la primera propuesta de ley para regular el ejercicio de la competencia que se le atribuía al Tribunal Supremo por el artículo 83, apartado cuarto, de la Constitución de 1901.⁹

En el artículo 1 de aquella Ley de 1903 se reafirmaba: “Toda controversia entre partes sobre la constitucionalidad de la Ley, Decreto ó Reglamento, será decidida exclusivamente por el Tribunal Supremo de Justicia, en la forma y los trámites que la presente Ley establece.” Para fijar en el artículo 3, primer párrafo, que: “Si cualquiera de las partes sostuviere ó alegare, en

⁽⁷⁾ BETANCOURT, Ángel C., *Recurso de inconstitucionalidad*, ob. cit., p. 3.

⁽⁸⁾ BETANCOURT, Ángel C., *Recurso de inconstitucionalidad*, ob. cit., p. 4.

⁽⁹⁾ Ver lo que narraba BETANCOURT, Ángel C., *Recurso de inconstitucionalidad*, ob. cit., pp. 9 y 10, sobre el proceso de elaboración de dicha ley.

juicio civil, criminal ó contencioso-administrativo, la inconstitucionalidad de una Ley, Decreto, ó Reglamento, el Juez ó Tribunal llamado á fallar dicho juicio se abstendrá de dictar resolución sobre ese extremo, consignándolo así en la sentencia, y las partes podrán interponer el recurso de casación ó apelación ante el Tribunal Supremo, que las disposiciones vigentes conceden, fundándolo en la mencionada inconstitucionalidad” y añadir en el segundo párrafo del propio artículo 3: “El recurso se interpondrá y sustanciará en la forma que determinen las leyes procesales vigentes; y el Tribunal Supremo decidirá expresamente, al resolverlo, sobre la inconstitucionalidad alegada”. Por su parte, en el artículo 4 se refrendaba: “Si se tratare de juicios en que no se concede el recurso de casación ó apelación ante el Tribunal Supremo, podrá interponerse, no obstante, el recurso de casación por infracción de ley, contra la sentencia dictada en última instancia, fundándolo exclusivamente en la inconstitucionalidad de una Ley, Decreto ó Reglamento. El recurso se ajustará a las disposiciones vigentes, debiendo citarse como ley infringida un artículo de la Constitución”.

Como se verá, para que procediera la cuestión de inconstitucionalidad de una norma jurídica en vía judicial, era necesario, como presupuesto, que se planteara en el marco de una controversia entre partes —que se suscite a partir de una cuestión concreta—, y debía ser promovida (legitimación activa) por una de ellas como parte afectada (también llamado en la época como *recurso de inconstitucionalidad de parte afectada* o *establecido a petición de parte afectada*). Exigencia esa que motivó a un autor como Enrique HERNÁNDEZ CORUJO, a plantear que “(...) había una *defensa indirecta*, o interesada de la Constitución, por el sujeto promovente del pleito”.¹⁰

Esa configuración de la cuestión de constitucionalidad, fue respaldada por la jurisprudencia del más alto tribunal cubano, pues, entre sus pronunciamientos, acogía (sentencia No. 40, de 6 de octubre de 1913): “La acción para poder interponer el recurso de inconstitucionalidad no es pública, siendo condición indispensable para su admisibilidad que la resolución recurrida cause un perjuicio efectivo al recurrente, esto es, que lesione un derecho cualquiera que le pertenezca, ya en el orden de los bienes materiales, ya en el de los puramente personales”. De igual modo reflejaba (sentencia No. 6 de 21 de abril de 1915): “Trátase o no de actuaciones judiciales, para la procedencia del recurso relativo a inconstitucionalidad de Leyes, Decretos o Reglamentos, es requisito necesario que en la resolución recurrida se haya hecho aplicación de la Ley, Decreto o Reglamento que el

⁽¹⁰⁾ HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Lecciones de Derecho Constitucional Cubano*, Ofrecidas en el Centro de Estudios del Instituto Nacional de Previsión y Reformas Sociales de La Habana, desde el 15 de enero al 19 de marzo de 1942, Instituto Nacional de Previsión y Reformas Sociales, Compañía Editora O'Reilly, La Habana, 1942, p. 102.

reclamante estime constitucional". Así como también indicaba (sentencia No. 72, de 8 de diciembre de 1930): "Si la Constitución exige la realidad de una controversia para plantear cuestiones de inconstitucionalidad, esta contienda ha de versar necesariamente sobre un derecho de las partes que la sostienen, cualquiera que sea este derecho, lo mismo de orden civil que de carácter político, con tal de que la violación de tal derecho represente un perjuicio para la parte que promueve la controversia, pues la acción de inconstitucionalidad no es pública sino privada, siendo esta acción pública precisamente la prohibida por la Constitución en su artículo 84 como consecuencia de una amplia deliberación sobre este punto, según aparece del Diario de Sesiones de la Convención Constituyente".

Desde el plano conceptual, y dentro del marco temporal correspondiente al período que estamos reseñando, un excelente compendio del sentir en torno a las fundamentos delineadores del "*recurso de inconstitucionalidad*", aparece en las siguientes argumentaciones de Juan GUTIÉRREZ Y QUIRÓS, bien explícitas, por sí solas, para comprender la dinámica funcional que se derivaba de la regulación de ese recurso: "El recurso de inconstitucionalidad sirve para que el Tribunal pueda remediar en casos concretos sometidos a su decisión, el daño causado por las extralimitaciones de los Poderes públicos en el ejercicio de sus facultades constitucionales. El daño puede referirse a cualquier clase de derecho, público o privado; pero la acción no se da directamente contra las leyes ni contra los decretos de carácter general, sino contra las resoluciones que los aplican. No hay modo de que los actos emanados del ejercicio de la potestad constitucional de los Poderes Públicos —leyes y decretos generales— sean impugnados directamente por medio de este recurso: frente a la acción directa, son absolutamente intangibles. Es necesario que se apliquen para poder reaccionar contra ellos. Pero esta reacción tiene lugar solamente en cuanto a los efectos dañosos de aquellos actos, y allí se agota el recurso. Los Poderes no son atacables en su existencia legal, ni en su autoridad. El recurso fue creado y puede utilizarse a condición de que queden a salvo el ordenamiento constitucional de los poderes, su interdependencia y su potestad. No responde el recurso a una tendencia políticamente renovadora, ni mucho menos disolutiva, sino que es, por el contrario, un recurso moderador, constructivo, previsor y práctico. Se funda substancial y originariamente en la potestad de interpretar y aplicar las leyes, que la Constitución asigna al Poder Judicial, y, específicamente, en la facultad que se le confiere al Tribunal Supremo en el inciso cuarto del artículo ochenta y tres de la Constitución de 1901. Cuando se declara la inconstitucionalidad de leyes y decretos, no quedan por ello anulados estos decretos y estas leyes: continúan vigentes. Lo que se invalida o anula es el resultado de su aplicación, en cada caso: la resolución,

el acuerdo, la sentencia, en que tales leyes y decretos han sido aplicados. La declaración de inconstitucionalidad no es útil más que para el caso en que se ha dictado. Como la ley inconstitucional sigue en vigor y no puede ser atacada directamente, los que de ella esperan un perjuicio, habrán de aguardar a que se les aplique; las declaraciones de inconstitucionalidad podrán hacerse tantas veces cuantas la ley sea aplicada".¹¹

En consecuencia, lo que se deriva de las regulaciones al respecto de la Constitución de 1901 y la Ley de 1903 mencionada, es un primer paso en la construcción del régimen jurídico relativo al control jurisdiccional de constitucionalidad en Cuba. Pero, de ahí mismo puede desprenderse que ese régimen se articulaba de modo formalista, con cierto carácter de excepcionalidad y limitado en su operatividad, en comparación con las miras que adquiriría en las décadas posteriores entre nosotros.¹²

Según razonaba otro antiguo presidente del Tribunal Supremo de Cuba, esta vez GUTIÉRREZ Y QUIRÓS, para explicar el por qué de lo limitado de las regulaciones constitucionales de 1901 sobre el aspecto de la inconstitucionalidad: "(...) no es dudoso tampoco que el mismo precepto que confiera aquella facultad, impone, en sus breves términos, muy rígidas limitaciones. El Tribunal Supremo no ha podido salvarlas por medio de una interpretación extensiva que hiciera más útil el ejercicio del *control judicial* en el orden de la vida pública, porque tales limitaciones están fundadas en un principio de derecho constitucional que los Constituyentes acogieron de modo inequívoco al autorizar al Tribunal Supremo para remediar, en

⁽¹¹⁾ GUTIÉRREZ Y QUIRÓS, Juan, *La Reforma Constitucional y el Tribunal Supremo*, 1era edición, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1934, pp. 7 y 8.

⁽¹²⁾ Esa situación fue advertida tempranamente y a tenor del propio apartado cuarto, del artículo 83 de la Constitución de 1902. Un ejemplo clara de ello lo tenemos en la glosa hecha por José Clemente VIVANCO, quien fuera el primer comentarista de dicha Constitución. Según él: "Obscuro es á nuestro juicio, si no erróneo, el principio desarrollado en este último inciso, pues tal como está redactado, aparece que únicamente existiendo *controversia entre partes* sobre la constitucionalidad de una ley ó un decreto, puede el Tribunal Supremo decidir sobre ella. De resultar esto, ningún ciudadano puede solicitar de dicho Tribunal la declaratoria de inconstitucionalidad de una Ley ó Reglamento, aun cuando la estimara perjudicial á sus intereses ó á los del pueblo, si ello no dio margen á alguna controversia. Y esto á nuestro humilde juicio es erróneo. Creemos que, ya que no de oficio, sería suficiente el establecimiento de una protesta formal ó una solicitud formulada por un ciudadano que razonara el interés ó el derecho lesionado, para que el Tribunal Supremo se encontrara capacitado para decidir acerca de la constitucionalidad de la Ley, Decreto ó Reglamento"; y agregaba: "También parece que este fue el espíritu de la Asamblea al aprobar dicho inciso, pues contestando el Delegado Sr. Berriel, como miembro de la Comisión redactora del Proyecto de bases, una consulta de compañero, dijo: "El criterio de la Comisión en este caso es que en este inciso se determine de un modo preciso, que *siempre y en todo caso* que una Ley resulte inconstitucional, siempre que se trate de su aplicación por las entidades llamadas á ponerla en práctica, podrá utilizarse este recurso ante el Tribunal Supremo, que tendrá un carácter especial y en su día desenvolverá la Ley Procesal.". Ver: VIVANCO, José Clemente, *Constitución de la República de Cuba comentada*, Imprenta y Encuadernación Sn Ignacio No. 58, Habana, 1902, p. 104.

juicio, los efectos provenientes, en lo privado, de los actos resultantes de la actuación inconstitucional de los Poderes del Estado. Se quiso dar así a este *control* un campo de acción privativamente jurídico, y se cerró el paso a la utilización de este recurso como un remedio político”.¹³

En apoyo de la línea argumental reflejada en las palabras reproducidas anteriormente, concurre lo sostenido por la sentencia No. 18, de 8 de junio de 1911, al observar que en los casos en que tiene autoridad en Tribunal Supremo para decretar el imperio de la Constitución por encima de todo, procedía: “(...) exclusivamente a los efectos de de interpretar la Constitución y conservar su predominio sobre todas las leyes, decretos, y reglamentos, o sean los diversos modos de obligar al ciudadano, jurisdicción que a ese respecto le corresponde privativamente no porque ejerza supremacía sobre el Poder Legislativo ni el Ejecutivo, ni vigile ni fiscalice su funcionamiento, lo que sería absurdo y contradictorio con la división e independencia de los Poderes, en cuya mutua consideración y armonía estriba el equilibrio del Estado, sino porque el estatuto o acto sometido a su estudio y juicio está vedado por la Constitución, y porque el precepto solemnemente declarado en ésta es supremo y superior al que los Senadores y Representantes expresen en cualquier ley o reglamento, ya que ellos fueron elegidos para formar el Organismo encargado de hacer las leyes de acuerdo con la Constitución no modificándola, porque para esto es preciso proceder en la forma prevista en su artículo 115; de donde resulta que cuando la más elevada representación del Poder Judicial declara ineficaz una ley y anula sus efectos en determinado litigio por contraria a la

⁽¹³⁾ GUTIÉRREZ Y QUIRÓS, Juan, *La Reforma Constitucional y el Tribunal Supremo*, ob. cit, pp. 27 y 28. Para GUTIÉRREZ Y QUIRÓS (pp. 13 y 14): “Cuando se dio al Tribunal Supremo la facultad de resolver las cuestiones relativas a la inconstitucionalidad de leyes y decretos, no se apartaron los Constituyentes del principio de la separación y ponderación de los Poderes. No se propusieron establecer la supremacía de uno de ellos sobre los otros. No impusieron un límite, que no estuviese determinado ya por la Constitución, a las atribuciones del Congreso y del Ejecutivo. No erigieron al Poder Judicial en censor de los demás Poderes ni lo enfrentaron con éstos para poner un obstáculo a sus posibles extralimitaciones ni para corregir por autoridad propia sus errores. No supusieron en él una autoridad política superior a la de los otros dos Poderes, cuando le confiaron dentro de la controversia privada, al conservación de la pureza del régimen constitucional. No le encomendaron privativamente, en último grado, y por sí solo, la salvación de la República en las hondas crisis de la política. No lo erigieron en árbitro de las diferencias que pudieran surgir entre las aspiraciones del pueblo y la gestión de los gobiernos... Lo que hicieron, por lo que atañe al punto que nos ocupa, fue aprovechar lógicamente el alcance y eficacia de la potestad judicial, comprendiendo en ella como materia que le es propia, no sólo el conocimiento de las infracciones ordinarias de la ley para garantizar así su cumplimiento, sino además la defensa de la Constitución contra las violaciones de la misma que pudieran someterse por medio de las leyes, pero consideradas éstas no al dictarlas, sino al aplicarlas. Y puede pensarse que la intervención del Tribunal en los casos de inconstitucionalidad, no fue concebida como la consecuencia de una facultad extraordinaria, sino como una derivación propia de la conferida al Poder Judicial en el Título X de la Constitución, que pone a su cargo el mantenimiento del derecho.”.

Constitución, no usurpa ajenas prerrogativas ni se arroga facultades sino que se limita inexcusablemente a cumplir un mandato de ella, actúa en su propio campo y realiza legítimamente la misión que en él se ha depositado”.

El 22 de marzo de 1922, se publicaba la Ley de 17 de marzo de ese propio año, también relacionada con la temática de la inconstitucionalidad, y que regulaba en el artículo 4: “Siempre que el Tribunal Supremo declare inconstitucional en más de dos sentencias un Decreto, Reglamento, Resolución o Disposición de carácter general, la autoridad que lo hubiese dictado procederá, dentro del término de veinte días siguientes al de la publicación de la sentencia en la *Gaceta Oficial*, a derogar o a modificar la disposición salvando la infracción de la Constitución en que en el anterior hubiere incurrido. Si transcurriere el expresado término sin realizar lo uno ni lo otro, la disposición impugnada perderá toda su eficacia y dejará de ser obligatoria en cuanto haya sido declarada contraria a la Constitución”.

Esa ley, fue un intento por corregir el hecho de que las leyes declaradas inconstitucionales a raíz del *recurso de inconstitucionalidad de parte afectada*, continuaran vigentes a pesar de esa declaración en el caso concreto de que se tratare; y, por lo tanto, estaba dirigida a respaldar la eficacia de las sentencias del tribunal que declaraban la inconstitucionalidad promovida.

En la valoración de Guillermo DE MONTAGÚ: “(..), la Ley de 17 de Marzo de 1922, advirtiendo el absurdo de que una Ley inconstitucional continuara rigiendo sin trabas ni cortapisas, en tanto no se acusara el vicio ya declarado, cuantas veces fuera aplicable a los hechos o derechos debatidos, no obstante contradecir la Ley Orgánica de la Nación y desconocer las más fundamentales garantías en su texto consagradas como intangibles, dispuso en su Art. 4º que el pronunciamiento de su inconstitucionalidad, contenido en más de dos sentencias del Tribunal Supremo, haría obligatoria su derogación dentro del término de 20 días. Pero no atribuía ese efecto al fallo, antes bien requería la actuación de la autoridad, extraña al Poder Judicial que la hubiera dictado, cuya inercia, para la cual no se imponía sanción ni había remedios eficaces, se traducía en la indefinida supervivencia de la norma; y mientras no sobrevinieran tres aplicaciones, por lo menos, subseguidas de los correspondientes recursos y sentencias, continuaba vigente sin posibilidad de derogarla”.¹⁴

Por su parte, para Emilio MAZA, la Ley de 1922, que calificaba como precursora de la posterior reforma constitucional de 1934-1935, dio un paso de extraordinario avance con lo que preceptuaba en el Art. 4, y se ensanchó extraordinariamente el ámbito del fuero constitucional; para él: “Precisamente, de este precepto contenido en el Art. 23 de la ley básica de 1903 había

⁽¹⁴⁾ DE MONTAGÚ, Guillermo, “Leyes inconstitucionales”, en *Repertorio Judicial*, Año XIX, No. 1, enero, 1943, La Habana, p. 3.

dicho Betancourt: “Este precepto parte del verdadero concepto jurídico del recurso y de la potestad que ejercita el Tribunal al conocer del mismo”⁶. Ello es suficiente para valorar la reforma de 1922. El recurso había perdido su orientación original, esencialmente concordante con los principios del Derecho privado (véase el reenvío que hace la ley de 1903 a las ejecutorias civiles en este Art. 23) para derivar hacia el campo más amplio del Derecho público. A partir de la reforma de 1922 el fuero de constitucionalidad dejaba de ser ámbito propio del Derecho privado, con las limitaciones propias de este Derecho, especialmente en cuanto a sus efectos entre las partes, para investir sus decisiones de un poder “derogatorio” de naturaleza general. (Art. 4 de la ley de 1922, ya citada)¹⁵. Para el mismo MAZA: “Hizo más la Ley de 1922, estableció por primera vez los efectos derogatorios generales de las disposiciones declaradas inconstitucionales, efectos que se regularon en el artículo 4º de la misma, si bien era necesario que el Tribunal Supremo declarase en más de dos sentencias la expresada inconstitucionalidad, para que la autoridad que la hubiese dictado la derogase o modificase o para que en su defecto ésta perdiese su eficacia produciendo entonces la derogación general de que hemos hablado”¹⁶.

Un paso sustancial posterior, en la configuración en Cuba del régimen jurídico de control judicial de constitucionalidad, lo vendría a aportar la Ley Constitucional de 1934, al declarar en el artículo 38, primer párrafo: “Las Leyes, Decretos, Decretos-Leyes, Reglamentos, Órdenes y disposiciones de cualquier clase, sean cuales fueren el poder, autoridad o funcionario que los hubiere dictado, que regulen el ejercicio de los derechos que esta Ley Constitucional garantiza, serán nulos si los disminuyen, restringen o adulteran.”; y se agregaba en el párrafo segundo del mismo artículo: “El Tribunal Supremo lo declarará así a petición, en todo tiempo, de cualquier ciudadano en la forma que determina esta Ley Constitucional para los recursos de inconstitucionalidad, sin que puedan volver a aplicarse”. Igualmente, en el artículo 78, apartado Quinto, se establecía como atribución del Tribunal Supremo de Justicia: “Decidir sobre la constitucionalidad de las Leyes, Decretos-Leyes, Acuerdos, Decretos, Reglamentos, Órdenes, disposiciones o actos de cualquier clase, sean cuales fueren el poder, autoridad o funcionario que los hubiere dictado o de que emanaren, a petición de parte afectada o a solicitud suscrita por no menos de veinticinco

⁽¹⁵⁾ MAZA, Emilio, “El recurso de inconstitucionalidad: sus fuentes actuales”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII (4 nueva serie), no. II (70), abril-junio, 1944, La Habana, Imprenta de F. Verdugo, p. 143. Véanse también, las valoraciones de FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)”, ob. cit., pp. 297 y 298.

⁽¹⁶⁾ MAZA, Emilio, “El recurso de inconstitucionalidad: contribución al estudio de la acción”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII (4 nueva serie), no. IV (72), octubre-diciembre, 1944, La Habana, Imprenta de F. Verdugo, p. 304.

ciudadanos que estén en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos. El recurso de inconstitucionalidad establecido a petición de parte afectada se presentará dentro del término que determine la ley, y el suscrito por no menos de veinticinco ciudadanos, en cualquier tiempo. En los recursos de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo deberá resolver siempre el fondo de la reclamación, a cuyo efecto señalará un término para que los recurrentes subsanen los defectos de forma que contuviere el recurso". En el último párrafo del mencionado artículo 78 se prefijaba además: "Declarada la inconstitucionalidad de una Ley, Decreto-Ley, Decreto, Reglamento, Orden, disposición o acto de cualquier otra clase, no podrá aplicarse nuevamente en ninguna forma ni con ningún pretexto".

Fue a tenor de esas disposiciones aludidas que cobró presencia, en el Derecho Constitucional cubano, la *acción pública de inconstitucionalidad* o *recurso de inconstitucionalidad por acción pública* (por un solo ciudadano para el caso de menoscabo de derechos fundamentales o por no menos de 25 ciudadanos).¹⁷ Extendiéndose a partir de ellas, y en proporción mayor que las regulaciones anteriormente señaladas sobre el recurso de inconstitucionalidad (*recurso de parte afectada*), el marco de legitimación del planteamiento, y el alcance de la eficacia de la resolución, de las cuestiones de inconstitucionalidad, ante y por el órgano judicial superior nacional.

En afirmación de DE MONTAGÚ: "Fue la Ley Constitucional de 3 de Febrero de 1934, anteriormente aludida, la primera que, al propio tiempo que amplió el ámbito y alcance del recurso de inconstitucionalidad, suprimiendo las limitaciones y formalidades que dificultaban el logro de su finalidad jurídica y la consecución de sus resultados materiales, dio a la declaración del pleno del Tribunal Supremo la fuerza y virtualidad necesarias para impedir de manera absoluta y perpetua la aplicación futura de las leyes incompatibles con la Constitución, haciéndolas desaparecer prácticamente del Derecho Positivo nacional".¹⁸

De tal forma, a partir de ese momento se proyectan en el ordenamiento cubano tres sendas básicas para interesar la cuestión de constitucionalidad: la *acción pública por 25 o más ciudadanos*, la *acción pública por un solo ciudadano* y el *recurso de inconstitucionalidad de parte afectada*. Como acogía la jurisprudencia de la época (sentencia No. 26, de 29 de septiembre de 1934): "(...) la

⁽¹⁷⁾ Para Enrique HERNÁNDEZ CORUJO (*Lecciones de Derecho Constitucional Cubano*, ob. cit., p. 102): "(...) La importancia de estas innovaciones, fueron de trascendencia indudable, abriéndose el camino de la *acción pública, en materia de inconstitucionalidad*, ejercida por ciudadanos no afectados, en mayor o menor número, por medio de esas dos vías nuevas, según fuese la parte constitucional infringida, con lo cual, a mi juicio, la *defensa* de la Constitución, se hacía mixta, o sea, el ciudadano la iniciaba y el Tribunal la completaba mediante la medida reparadora del estado de derecho quebrantado. (...)".

⁽¹⁸⁾ DE MONTAGÚ, Guillermo, "Leyes inconstitucionales", ob. cit., p. 3.

Ley Constitucional vigente concede tres recursos para impugnar las Leyes, Decretos o actos contrarios a sus disposiciones, uno general utilizable por veinticinco ciudadanos; otro por parte afectada; y otro por cualquier ciudadano cuando sean vulnerados los derechos que garantiza la expresada Carta fundamental para obtener la declaración de nulidad correspondiente, sin que este último esté sujeto a término, como lo demuestran las palabras “en todo tiempo” comprendidas en su texto y referidas a su interposición la que solo está subordinada a la forma o requisitos externos que la misma Ley Constitucional exige a la de los dos recursos de inconstitucionalidad primeramente mencionados”. Esa propia jurisprudencia precisaba (sentencia No. 66, de 27 de septiembre de 1940): “Existe sustancial diferencia entre diferencia entre los recursos de parte afectada y los de acción pública, cuya naturaleza, origen, finalidad y regulación constitucional son por completo diversas, bastando para evidenciarlo recordar que los de acción pública pueden intentarse en cualquier tiempo y no miran a la revocación de la disposición atacada, ni a la reparación de ningún agravio concreto, sino a la anulación genérica y absoluta, por razones de interés nacional y en defensa de la intangibilidad de la Ley Constitucional, de toda disposición, haya o no originado y pueda o no originar algún daño particular, que contradiga sus prescripciones o vulnere los derechos que garantiza”.

La jurisprudencia cubana explicaba el sentido de aquella reforma constitucional introducida en 1934 sobre el régimen jurídico del control de constitucionalidad en lo siguiente términos (sentencia No. 41 de 28 de Febrero de 1939): “Facilitar el acceso al fuero específico de constitucionalidad, mediante la creación de acciones públicas, ejercitables por los ciudadanos, en cualquier tiempo y aunque no tengan la condición de partes afectadas, ni exista controversia o litigio judicial planteado; desembarazar el recurso antiguo de las ligaduras formales que lo ataban, libres de las cuales nacieron los nuevos; y, por último, dar a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y disposiciones emanadas de los otros poderes del Estado encargados de la función normativa, un alcance anulatorio o derogatorio inmediato y general, esto es, para todos los casos que antes no tenía, he ahí lo que constituye en síntesis, el verdadero sentido y contenido esencial de las reformas introducidas por las leyes constitucionales antes apuntadas”.

Llegados a este punto, son de importancia reproducir las autorizadas palabras de Juan Federico EDELMANN, cuando indicaba: “Digamos ahora algo sobre nuestro recurso de inconstitucionalidad. Creado por la Constitución de 1901 y regulado por la ley de 31 de marzo de 1903, este recurso presentó en esta primera época de su existencia, un carácter extraordinariamente cerrado y excepcional. La interpretación que en ese período de tiempo recibieron los Arts. 8º, 9º y 11º se la Ley últimamente mencionada, sirvió

para desestimar la mayor parte de los recursos, y contra esa inteligencia se reaccionó en las leyes constitucionales de 1934 y 1935, que impusieron la obligación de acordar la subsanación de los defectos de forma que pudiera presentar el recurso y la obligación de resolver siempre el fondo del mismo. Y con esa modificación e inspirada en el mismo propósito de facilitar ejercicio de la acción, apareció por primera vez en nuestro derecho el recurso de acción pública. Esas dos grandes modificaciones se inspiraron en el deseo de impedir la repetición de lo acontecido en la época de Machado, se quiso que el Tribunal resolviese siempre el fondo del recurso y para impedir en lo sucesivo que por defectos de forma pudiera dejar de decidirse si tenían o no derecho a permanecer en el poder los dictadores que pudieran detentarlo, se obligó al Tribunal a subsanarlos y al mismo tiempo con la concesión de la acción pública se quiso dar a un grupo de ciudadanos cívicos, inspirados en el propósito patriótico de conseguir la cesación de un gobierno inconstitucional, el medio de conseguirlo. Aquella modificación y este nuevo derecho se inspiraron en el propósito de impedir que el caso de los Presidentes que aspiran a eternizarse en el poder pudiera repetirse, y bajo este punto de vista, ambas innovaciones merecen el aplauso de los ciudadanos como que tienden a facilitar el ejercicio de los derechos constitucionales y a alcanzar siempre la resolución del problema planteado; (...).¹⁹

Las bases constitucionales del régimen jurídico sobre los “recursos” de inconstitucionalidad, establecidas en la Constitución de 1934, se vieron respaldados luego por la Constitución de 1935, al mantenerse en esta última, como artículo 38, la letra del también artículo 38 en su predecesora; e, igualmente, al acogerse, ahora como artículo 84, apartado Cuarto, la redacción del anterior artículo 78, apartado Quinto, de la norma fundamental de 1934. Así, en la vigencia de la citada ley constitucional de 1935 se mantuvieron los tres

⁽¹⁹⁾ EDELMANN, Juan Federico, “Discurso del Presidente del Tribunal Supremo pronunciado en la apertura de los Tribunales de 1º de septiembre de 1948”, en *Repertorio Judicial*, Año XXIV, No. 9, Septiembre, 1948, Linotipos Sierra, S.A., La Habana, pp. 156 y 157. En una cuerda similar, Emilio MAZA esbozaba: “La existencia de la *acción pública* en el nuevo texto constitucional como instrumento depositado en las manos de los ciudadanos para proteger la inviolabilidad de la Constitución, fue una conquista efectiva de la Revolución Cubana. Como todo movimiento ideológico, la revolución contra un gobierno despótico trató de plasmar en concepciones jurídicas las ideas por las cuales había promovido la lucha política. La acción pública de inconstitucionalidad, de un solo ciudadano o de 25 ciudadanos, recogida por la Constitución de 3 de Febrero de 1934 y más tarde por la de 11 de Junio de 1935 estaba destinada a conceder al pueblo la protección necesaria y eficaz contra los desmanes y desorbitaciones del poder político. Una vez más en la historia de nuestro desenvolvimiento político constitucional se operaba el fenómeno de la “racionalización del poder”, previsto por el profesor B. Mirkine-Guetzevitch.”; ver: MAZA, Emilio, “Infringe la Constitución el “término” fijado para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad (Contribución al estudio de la Ley 7 de 31 de mayo de 1949, creadora del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales), en *Repertorio Judicial*, año XXV, no. 11, Noviembre, 1949, año 1949, La Habana, Imp. A. Rodríguez, pp. 243 y ss.

tipos de recurso de inconstitucionalidad que redondeó la norma fundamental de 1934: de acción privada o de parte afectada (Art. 84 párrafo 4to.), de acción pública por 25 ciudadanos (Art. 84 párrafo 4to.), y de acción pública de un solo ciudadano (Art. 38 párrafo 2do.). Con tal proceder de continuidad, en el punto que nos ocupa, de la Constitución de 1935 en relación con la de 1934, puede sostenerse que no solo se respaldaban las bases de ese régimen jurídico previamente trazadas, sino que dicho régimen jurídico se apuntala.

Como recogiera Emilio MAZA sobre las innovaciones introducidas en este sentido por la Ley Constitucional de 1934, acogidas en la de 1935: “Este sistema constitucional implicó sin dudas, no solo un cambio notable en cuanto a los efectos de la inconstitucionalidad sino que el expresado recurso había tomado la orientación certera y adecuada a su propia naturaleza, en efecto, en el fondo de toda acción de inconstitucionalidad se debaten intereses públicos representados por la necesaria intangibilidad del texto constitucional. ¿Era lógico en consecuencia que se declarase inconstitucional una disposición cualquiera y que continuara surtiendo efectos generales obligando al resto de los destinatarios de las normas, a los ciudadanos e incluso a los propios gobernantes?... Las Constituciones de 1934 y 1935 significaron en este aspecto un avance interesante; fue este principio básico del efecto típico de la acción de inconstitucionalidad un principio revolucionario filtrado en un texto constitucional dictado en los momentos en que, precisamente, se hacía contrarrevolución en Cuba”.²⁰

La tercera etapa —y la de alcance más sustancial de todas las que puedan fijarse— en la proyección estructural y funcional del régimen de control judicial de constitucionalidad en Cuba, debe ubicarse a partir de la promulgación de la Constitución de 1940.²¹ En esa norma superior se establecía, en el Título XIV, *Del Poder Judicial*, Sección Segunda, *Del Tribunal Supremo de Justicia*, artículo 172, párrafo primero, que: “El Tribunal Supremo de Justicia se compondrá de las Salas que la Ley determine”; y en el segundo párrafo se especificaba: “Una de las Salas constituirá el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Cuando conozca de asuntos constitucionales será presidida necesariamente por el Presidente del Tribunal Supremo y no

⁽²⁰⁾ MAZA, Emilio, “El recurso de inconstitucionalidad: contribución al estudio de la acción”, ob. cit., p. 304.

⁽²¹⁾ En interpretación de Juan Clemente ZAMORA (“La defensa de la Constitución en la legislación cubana”, ob. cit., p. 121): “Hemos dicho ya anteriormente que, para que la defensa jurídica de la Constitución tenga verdadera eficacia son precisas dos condiciones: la independencia del Poder Judicial, y el libre ejercicio de su competencia. En ambos aspectos Cuba consideraba su legislación deficiente; y por eso, cuando surgió en 1940 la oportunidad de dictar una nueva Constitución, los miembros de la Convención Constituyente no vacilaron en llevar a la Constitución por ellos redactada cuantas normas creyeron necesarias para garantizarle al Poder Judicial su máxima independencia, y para darle al Tribunal Supremo, en materia de inconstitucionalidad, la autoridad más amplia que pudiera requerirse.”.

podrá estar integrada por menos de quince Magistrados. Cuando se trate de asuntos sociales no constituirse por menos de nueve Magistrados”.²²

Por su parte, el artículo 174 enumeraba, inciso d, entre las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, la de: “Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario”.

En consonancia con los artículos anteriores, la Constitución de 1940 dedicaba, en particular, la Sección Tercera, del propio Título XIV, artículos 182 y 183, al *Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*. Por el artículo 182 se refrendaba: “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales es competente para conocer de los siguientes asuntos:

- a) Los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos y garantías consignados en esta Constitución o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado.
- b) Las consultas de jueces y tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes y demás disposiciones que hayan de aplicar en juicio.
- c) Los recursos de habeas corpus, por vía de apelación, o cuando haya sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades o tribunales.
- d) La validez del procedimiento y de las reformas constitucionales.
- e) Las cuestiones jurídico-políticas y las de legislación social que la Constitución y la Ley sometan a su consideración.
- f) Los recursos contra los abuso de poder.”

En el artículo 183 se regulaba: “Pueden acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales sin necesidad de prestar fianza:

- a) El Presidente de la República, el Presidente y cada uno de los

⁽²²⁾ No faltaron las voces que expresaron su inconformidad con la configuración que se le daba al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales por disposición de la constitución de 1940. Así, Juan Bautista MORÉ y BENÍTEZ (*Leyes complementarias de la Constitución*, Cultural, S.A., La Habana, 1941, p. 94) sustentaba que como ese Tribunal tenía en su actuación inevitables proyecciones políticas, no era partidario de que estuviera integrado exclusivamente por jueces y señalaba: “No encontraron ciertamente nuestros Convencionales de 1940 una acertada solución al grave problema. Porque en cuanto respecta a la organización del Tribunal, integrado en su totalidad por Magistrados del Tribunal Supremo, la reforma no pasa de ser cosa de nomenclatura. Y es fácil demostrar que, en lo adelante, las garantías del fallo sobre constitucionalidad de la Ley serán menos imponentes que en el sistema anterior. Porque antes, la decisión estaba deferida al Pleno del Tribunal Supremo de Justicia, y ahora se otorga a una Sala del mismo con quince Magistrados, según previene el Artículo 172 de la nueva Carta.”

miembros del Consejo de Gobierno, del Senado, de la Cámara de Representantes y del Tribunal de Cuentas, los Gobernadores, Alcaldes y Concejales.

- b) Los Jueces y Tribunales.
- c) El Ministerio Fiscal.
- d) Las Universidades.
- e) Los organismos autónomos autorizados por la Constitución o la Ley.
- f) Toda persona individual o colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considere inconstitucional.

Las personas no comprendidas en alguno de los incisos anteriores pueden acudir también al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, siempre que respeten la fianza que la Ley señale.

La Ley establecerá el modo de funcionar el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales y el procedimiento para sustanciar los recursos que ante el mismo de interpongan.”

Además, aparecía también en el cuerpo de la Constitución de 1940, en el mismo Título XIV, una Sección Séptima denominada *De la Inconstitucionalidad*, artículos 194 y 195. En el artículo 194 se disponía: “La declaración de inconstitucionalidad podrá pedirse:

- a) Por los interesados en los juicios, causas o negocios de que conozcan la jurisdicción ordinaria y las especiales.
- b) Por veinticinco ciudadanos que justifiquen su condición de tales.
- c) Por la persona a quien afecte la disposición que se estime inconstitucional.

Los jueces y tribunales están obligados a resolver los conflictos entre las leyes vigentes y la Constitución, ajustándose al principio de que ésta prevalezca siempre sobre aquéllas.

Cuando un juez o tribunal considere inaplicable cualquier ley, decreto-ley, decreto o disposición porque estime que viola la Constitución, suspenderá el procedimiento y elevará el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales a fin de que declare o niegue la constitucionalidad del precepto en cuestión y devuelva el asunto al remitente para que continúe el procedimiento, dictando las medidas de seguridad que sean pertinentes.

En los expedientes administrativos podrá plantearse el recurso de inconstitucionalidad al acudir a la vía contencioso-administrativa. Si las

leyes no franquearen esta vía, podrá interponerse el recurso de inconstitucionalidad directamente contra la resolución administrativa.

Los recursos de inconstitucionalidad, en los casos enumerados en los artículos ciento treinta y uno, ciento setenta y cuatro, ciento ochenta y dos y cientos ochenta y seis de esta Constitución, se interpondrán directamente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

En todo recurso de inconstitucionalidad los Tribunales resolverán siempre el fondo de la reclamación. Si el recurso adoleciere de algún defecto de forma, concederán un plazo al recurrente para que lo subsane.

No podrá aplicarse, en ningún caso ni forma, una ley, decreto-ley, decreto, reglamento, orden, disposición o medida que haya sido declarada inconstitucional, bajo pena de inhabilitación para el desempeño de cargo público.

La sentencia en que se declare la inconstitucionalidad de un precepto legal o de una medida o acuerdo gubernativo, obligará al organismo, autoridad o funcionario que haya dictado la disposición anulada, a derogarla inmediatamente.

En todo caso la disposición legislativa o reglamentaria o medida gubernativa declarada inconstitucional, se considerará nula y sin valor ni efecto desde el día de la publicación de la sentencia en los estrados del Tribunal.”

El artículo 195, primer párrafo, amparaba: “El Tribunal Supremo y el de Garantías Constitucionales y Sociales están obligados a publicar sin demora sus sentencias en el periódico oficial que corresponda.”

De acuerdo con lo que concluyera Eloy G. MERINO BRITO, sobre esta nueva realidad que se abría para el régimen jurídico de defensa de la constitucionalidad: “De mera función judicial que era la Constitución de 1901, con resultados absolutamente prácticos, ampliado un tanto por las Leyes Constitucionales de 1934 y 1935, que admitieron una acción de inconstitucionalidad con efectos invalidatorios generales, la Constitución de 1940 hace del control constitucional una verdadera institución política, con funciones y ámbitos también políticos, que entrega en manos del Tribunal de Garantías Constitucionales, el que en esta forma, viene a ser un coordinado y al mismo tiempo autónomo instrumento de gobierno.”²³

A lo anterior, puede acompañarle la consideración de ÁLVAREZ TABÍO, al sostener sobre lo regulado en la Constitución de 1940 en lo atinente a la cuestión de inconstitucionalidad: “(...) A partir de su vigencia los conflictos constitucionales no entrañarán únicamente “el medio jurídico general del individuo a través de cual se confirma, frente a un acto de las autoridades,

⁽²³⁾ MERINO BRITO, Eloy G., “La inconstitucionalidad de las leyes en la nueva Carta Política cubana de 1940”, en *Repertorio Judicial*, Año XVI, No. 9, Septiembre, 1940, Año 1940, Compañía Editora de Libros y Folletos, La Habana, p. .

una violación de derechos protegidos en ley constitucional"; de acuerdo con la corriente moderna, que acepta nuestra Constitución vigente, el recurso tiene otra significación: conforme a la tesis de Schmitt, adquiere un sentido jurídico político que puede afectar la existencia misma del régimen constitucional."²⁴

Se ha visto, tanto en la estructura orgánica que se creaba por la Constitución de 1940 para resolver judicialmente las cuestiones de inconstitucionalidad, como en el procedimiento que se regulaba en sus aspectos generales, cierta influencia de lo que al respecto regulaba la Constitución republicana española de 1931;²⁵ aunque, reconociéndose los matices distintivos y propios que aportaba el caso cubano en relación con aquella norma europea, que lo convertían en una experiencia precursora en su tipo.²⁶ Esa nueva influencia europea en relación con el trazado sobre el que se asentaba el control judicial de constitucionalidad, contrasta con la primigenia influencia, en los umbrales del siglo XX, del modelo norteamericano al efecto.

Un dato a no olvidar, en función de la continuidad operativa de la vigencia del control judicial de constitucionalidad, lo incorporaba la Dis-

⁽²⁴⁾ ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *Teoría General de la Constitución Cubana*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1946, p. 289.

⁽²⁵⁾ Ver, por ejemplo, a: MORÉ Y BENÍTEZ, Juan Bautista, *Leyes complementarias de la Constitución*, ob. cit., p. 94; ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *Teoría General de la Constitución Cubana*, ob. cit., p. 293; GARCERÁN LAREDO, Julio, "Estudio crítico del recurso de inconstitucionalidad. Su fundamento, origen y desenvolvimiento", en AA.VV., *Anuario de la Asociación Nacional de Funcionarios del Poder Judicial*, Año 1946, *Curso de Conferencias sobre Derecho Constitucional*, Editorial Lex, La Habana, 1947, p. 53; MUÑOZ, Luis, *Comentarios a las constituciones políticas de Iberoamérica*, t. I, Ediciones Jurídicas Herrero, 1954, México, D.F., p. 672; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, pp. 39 y ss.; FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, "El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)", ob. cit., pp. 300 y ss.; y PALOMINO MANCHEGO, José F., *Los Orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)*, VII Jornadas Argentinas - I Encuentro Latinoamericano, Derecho Procesal Constitucional, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003, p. 33.

⁽²⁶⁾ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO ("El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)", ob. cit., p. 304) resume el significado de la Constitución de 1940 para el sistema de control judicial de constitucionalidad en Cuba e Iberoamérica de la siguiente manera: "La Convención Constituyente de 1940 asume el que podríamos llamar modelo europeo-kelseniano, pero lo recepciona acomodándolo a uno de los rasgos que desde mediados del siglo XIX parecía ser más común y consistente en buen número de países iberoamericanos: el monopolio ejercido por la Corte Suprema en las controversias constitucionales. Y fruto de esta mixtura nace el Tribunal cubano que, sin poder en rigor ser considerado como un Tribunal Constitucional en su sentido más propio, sí puede ser considerado, a nuestro juicio, como la primera experiencia iberoamericana que, muy tempranamente, reflejará, parcial, impropia o desnaturalizadamente si se prefiere, el modelo europeo de los Tribunales Constitucionales. Si se piensa que en Europa, inmersa en 1940 en el fragor de la guerra, aun habrán de pasar bastantes años hasta que las primeras Constituciones de la postguerra sienten el punto de partida para la consolidación y ulterior eclosión de estos órganos de impronta kelseniana, se puede valorar aun en mayor medida la trascendencia del paso dado por los constituyentes cubanos."

posición Transitoria Única, al Título Decimocuarto, Sección segunda, de la Constitución de 1940, cuando regulaba: “En tanto se cree la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales a que se refiere al Artículo ciento sesenta y dos de esta Constitución y se nombren sus Magistrados, continuará vigente conociendo de los recursos de inconstitucionalidad según se regulan en la Ley Constitucional de 11 de junio de mil novecientos treinta y cinco, el pleno del Tribunal Supremo de Justicia.” En las sentencias No. 70, de 18 de noviembre de 1943, y No. 79, de nombre de 1943, se consagró por el alto tribunal cubano: “Como se tiene ya declarado en sentencias números 110 de 21 de noviembre de 1941, y 29 de 27 de abril de 1943, de acuerdo con la Disposición Transitoria Única al Título Décimo-cuarto, Sección Segunda, de la Constitución, procede sustanciar y decidir por el Tribunal Supremo en Pleno, los recursos de inconstitucionalidad en que se ejercita la acción pública por un solo ciudadano, para impugnar las leyes que afectan a los derechos individuales, tal como los regula el Estatuto de 1935, en tanto no se cree el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales; y con arreglo al artículo 37 del citado Estatuto, no se limita la indicada acción pública a la defensa de los enumerados en el Título donde define los individuales, pues alcanza a la de otros que se deriven de la soberanía del pueblo y forma republicana de gobierno, (...)”.

El ciclo de evolución del control jurisdiccional de constitucionalidad abierto con la preceptiva de la Constitución de 1940, vino luego a complementarse y desarrollarse, en su más acabada en expresión hasta el momento, por la Ley No. 7 de 31 de mayo de 1949, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales (117 artículos, seis Disposiciones Transitorias y una única Disposición Final), quien pasó a ejercer, de una vez, el control jurisdiccional de constitucionalidad.²⁷

Un elemento que merece destacarse, dentro del panorama doctrinal de la época, pasa por la calificación de la naturaleza del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, aunque no fue un tópico que los más

⁽²⁷⁾ Aclaraba Emilio MAZA: “No fue la Ley 7 de 31 de Mayo de 1949 que creó y organizó el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, la disposición legal que transfirió el control constitucional de manos del Pleno del Tribunal Supremo de Justicia para entregarlo a una de sus Salas, o sea, al mencionado Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. La cuestión arranca en la nueva organización constitucional que a partir de 1940 rige los destinos de la Nación. El Artículo 174 de la Constitución de 1940 en su Inciso D atribuyó el control constitucional al Tribunal Supremo, y más adelante en el Artículo 182 aclaró que dicho fuero especial correspondía exclusivamente al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, el que por ministerio del propio Artículo 172 de la Constitución habría de constituir necesariamente una de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.”. Ver: MAZA, Emilio, “Las actuales facultades del Pleno del Tribunal Supremo (Contribución al Estudio de la Ley 7 de 31 de Mayo de 1949, creadora del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales)”, en *Repertorio Judicial*, Año XXVI, No. 5, Mayo, 1950, Año 1950, Imp. A. Rodríguez, La Habana, p. 95.

discutidos y analizados.²⁸ Reproduzcamos algunos criterios relevantes del período para ilustrar cómo se manifestó ese panorama.

Según Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: “Por uno de los preceptos constitucionales, se ordena que una de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, constituya el *Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*, organismo nuevo, traído por primera vez a una Constitución cubana, pero obsérvese que no se crea constitucionalmente, con entera independencia del Poder Judicial, ni siquiera del Tribunal Supremo, sino que es una de sus Salas, destacándose la diferencia fundamental con otros posibles Tribunales de Garantías, en el hecho de ser éste, un Tribunal de tipo judicialista, en cuanto pertenece al engranaje del Poder Judicial, aunque como se verá, con tendencias más políticas, en algunas de las cuestiones que caen dentro de su competencia. En otras palabras no parece que constituya, como en algunos países, un Tribunal, formado por jueces, políticos y estadistas, sino que, a mi juicio, la tendencia es que sea formado por Magistrados con igual procedencia en cuanto a su ingreso, que los demás Magistrados del Tribunal, siendo desde su nombramiento, Magistrados también, del más alto Tribunal sin representar a instituciones académicas o políticas, aunque esos jueces tengan facultades más extensas que las hasta ahora propiamente judiciales, (...), de los cual resulta que si bien el nuevo Tribunal será distinto en su nombre y funciones, no es distinto en su origen judicial, pues así como existe una Sala de lo Civil, otra de lo Criminal, otra de Leyes Especiales, existirá, por ministerio constitucional, ésta de Garantías Constitucionales y Sociales, dentro de la organización del Tribunal Supremo de Justicia.”²⁹

Por su lado Fernando ÁLVAREZ TABÍO entendía: “El Tribunal de Garantías Constitucionales, según la Ley estatal, viene a ser una Sala más de las que, según la Ley orgánica, han de integrar el Tribunal Supremo de Justicia, o sea, es una dependencia del Poder Judicial.”; agregando seguidamente; “Según el artículo 172, cuando conozca de asuntos constitucionales será presidido necesariamente por el Presidente del Tribunal Supremo y no podrá estar integrado por menos de quince Magistrados, mientras que cuando se trate de asuntos sociales podrá constituirse con nueve Magistrados.”;

⁽²⁸⁾ En un acorde contemporáneo, Julio FERNÁNDEZ BULTÉ (*Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 309) escribía: “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales se constituyó como una sala especial del Tribunal Supremo, (...)”; y en el párrafo siguiente precisaba: “Esa Sala de Garantías Constitucionales y Sociales integraba a nuestro país dentro del modelo judicial de defensa constitucional, pero no mediante la creación de un tribunal especial para dicha defensa, sino mediante la articulación de una sala especializada dentro del más alto tribunal del país.”. Sobre este punto, es de provecho que se van las valoraciones, en plumas no cubanas, por ejemplo, de: GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, ob. cit., pp. 47 y ss.; FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)”, ob. cit., pp. 300 y ss.

⁽²⁹⁾ HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Lecciones de Derecho Constitucional Cubano*, ob. cit., pp. 104 y 105.

y por último añadía: “De este precepto se infiere que en el primer aspecto funcionará como verdadero Tribunal independiente, en tanto que en el segundo quedará reducido a la categoría de Sala de Justicia encargada del conocimiento de los recursos relacionados con la cuestión social, lo que le dará a su vez una triple figura de tribunal de apelación, contencioso-administrativo y de casación, según disponga nuestra difusa legislación.”³⁰

Mientras que Juan Clemente ZAMORA reconocía: “Obsérvese desde ahora que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, creando como innovación por la Constitución de 1940, no es en verdad un Tribunal, sino simplemente una de las varias Salas en que puede dividirse el Tribunal Supremo. La única razón para la creación de esa Sala de Inconstitucionalidad es el gran número de recursos de esa índole que tiene que conocer el Supremo, por lo que ha parecido conveniente referirlos a una Sala Especial.”³¹ En el sentir de MORÉ BENÍTEZ sobre este respecto: “(...) En el caso del Tribunal Superior de Garantías Constitucionales no se ha creado propiamente un organismo enteramente nuevo y sin relación alguna con los preexistentes. Este Tribunal es una Sala más del Tribunal Supremo de Justicia, a la que se otorga, por motivos de especialización y de mejor división del trabajo, el control de constitucionalidad que estaba ejerciendo el Pleno del más alto Tribunal de Justicia. (...)”³² Como Sala o Sala Especial era referido también por Emilio MAZA.³³ También Andrés María LAZCANO Y MAZÓN comprendía que ese órgano era una de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según la Constitución de 1940, y que: “Esta Sala del Tribunal Supremo, a quien la Constitución primero y la Ley 7 de 1949 después denominan “Tribunal”, no puede decirse que tenga superioridad sobre los demás, pues por su naturaleza es un organismo jurisdiccional, aunque las consecuencias de las sentencias que dicte, tenga la autoridad que le reconoce la Constitución, (...)”; para además precisar que: “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, no es un superpoder y sí un órgano del Poder Judicial, que a su vez es uno de los tres Poderes del Estado.”³⁴

Ramón INFUESTA Y BAGÉS, al catalogar de mixto al sistema de defensa constitucional entonces vigente en nuestro país, argumentaba su opinión del siguiente modo: “(...), pues si bien es cierto que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales es una Sala del Tribunal Supremo y que lo completan y presiden magistrados y el presidente del Tribunal Supre-

⁽³⁰⁾ ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *Teoría General de la Constitución Cubana*, ob. cit., pp. 292 y 293.

⁽³¹⁾ ZAMORA, Juan Clemente, “La defensa de la Constitución en la legislación cubana”, ob. cit., p. 123.

⁽³²⁾ MORÉ Y BENÍTEZ, Juan Bautista, *Leyes complementarias de la Constitución*, ob. cit., p. 97.

⁽³³⁾ MAZA, Emilio, “Las actuales facultades del Pleno del Tribunal Supremo...”, ob. cit., p. 95.

⁽³⁴⁾ LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Tomo I, *Artículos 1 al 142*, Editorial Librería Selecta, La Habana, 1955, pp. 543 y 544.

mo cuando conoce de asuntos constitucionales (...), no lo es menos que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, de acuerdo con su Ley orgánica es, en la competencia y en el procedimiento, un verdadero Tribunal separado.”³⁵

En los eventos normativos precedentemente mencionados (Constitución de 1940 y Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales), asistimos a la creación de nuevos elementos caracterizadores del régimen jurídico cubano de control judicial de constitucionalidad, que buscaban un mejor marco de realización de dicho control; y que le impregnaron a ese régimen jurídico un atractivo para su estudio que, aún hoy, con el correr de los años, se hace palpable por lo que significaron en su momento.

En los controvertidos Estatutos Constitucionales de Fulgencio BATISTA, de 1952 — producto del golpe de Estado de marzo de ese año, por el que se interrumpió abruptamente el cauce democrático que se desarrollaba al amparo del texto constitucional de 1940—, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales se mantuvo vigente, en una regulación similar (ver los artículos 157, 158, 169 y 170, principalmente, de los Estatutos Constitucionales de 1952) a la que traía en la Constitución de 1940.

Sin embargo, es a partir de este tiempo que se produce el primer punto de inflexión en el desarrollo gradual y ascendente en que estaba sumergido el régimen jurídico del control jurisdiccional de constitucionalidad en Cuba durante la primera mitad del siglo XX. Bajo la oscura sombra del cuartelazo de marzo de 1952, y del poder que detentaba Fulgencio BATISTA, la suerte del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, y con ella la del control judicial de constitucionalidad entre nosotros, empezaría a cambiar; comenzándose a labrar el camino hacia la desaparición final de esa estructura y de ese tipo de control de constitucionalidad en el sistema jurídico cubano.

La primera señal que se produce en función de la posterior declinación de dicho órgano jurisdiccional y del mencionado régimen jurídico, aparece con el signo del descrédito y la pérdida de confianza en él como mecanismo de defensa constitucional y jurídica, ante la actitud del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales frente al orden institucional que el gobierno *de facto* de BATISTA instauró, desconociendo la vigencia de la Constitución de 1940 e imponiendo sus Estatutos Constitucionales.³⁶

⁽³⁵⁾ INFIESTA, Ramón, *Derecho Constitucional*, 2^{da} edición, Impreso en los Talleres de Editorial Lex, La Habana, 1954, p. 102

⁽³⁶⁾ Interesante, aunque sin alusión de ningún tipo a lo que hemos referido más arriba, resulta un párrafo incluido en el comentario que hiciera Luis Muñoz a los Estatutos Constitucionales de 1952, en su obra sobre las constituciones políticas iberoamericanas; allí Muñoz aseveraba: “En todo caso, pensamos que para que a un tribunal se le puedan encargar misiones tan importantes, preciso es que el Poder judicial posea una autoridad muy alta, y que el pueblo tenga una gran confianza en

El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales quedó visiblemente en evidencia con la solución que pronunció frente al recurso de inconstitucionalidad establecido ante ese órgano judicial, por Ramón ZAYDÍN Y MÁRQUEZ STERLING, en acción pública a nombre de más de 25 ciudadanos, contra la Ley Constitucional de 4 de abril de 1952, la Ley-Decreto No. 24 de 24 de abril de 1952, la Ley-Decreto No. 105 de 2 de junio de 1952 y la Ley-Decreto No. 271 de 27 de febrero de 1953; recurso que fue interpuesto el 1 de abril de 1953 (No. 145 de 1953) y que fue admitido por el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales en votación unánime del día 12 de mayo de 1953.³⁷ Ese recurso fue un intento por defender por las vías legales vigentes en aquel entonces — y, por ende, dentro del marco ordinario o tradicional de defensa constitucional — la vigencia de la Constitución de 1940, frente a la posición de fuerza adoptada por BATISTA y los golpistas de 1952 de desconocer esta Carta Magna, y de imponer un nuevo orden constitucional hecho a su conveniencia e intereses y de espaldas a la legitimación democrática y popular.³⁸

Según se señalaba en la letra del recurso de inconstitucionalidad mencionado: “Que habiéndonos puesto de acuerdo en libre concierto de voluntades, venimos a interponer el presente RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD, contra la llamada Ley Constitucional de 4 de abril de 1952, publicada en la Gaceta Oficial el propio día, mes y año, la Ley-Decreto No. 24 de 24 de abril de 1952, publicada en la Gaceta Oficial el día 25 del propio mes y año, y la Ley-Decreto No. 105 de 2 de junio de 1952, publicada el día 3 del propio mes y año, en la edición extraordinaria del número anual 59 de la Gaceta Oficial de la República, como adición a la antes referida Ley Constitucional de la República, y contra la Ley-Decreto No. 271 de 27 de febrero de 1953, publicada en la Gaceta Oficial de 7 de marzo de 1953, en la edición extraordinaria número 21, por infringir, violar, contravenir y desnaturalizar los preceptos de la Constitución de la República que en el cuerpo de este escrito se citan en cumplimiento de la Ley Ritual”.³⁹ Para

él, desde todos los puntos de vista; mas si existe esa confianza, la revisión judicial garantizará, a nuestro modo de ver, mucho mejor que el jurado constitucional, la imparcialidad.”. Ver: MUÑOZ, Luis, *Comentarios a las constituciones políticas de Iberoamérica*, t. I, ob. cit., p. 672.

⁽³⁷⁾ Véase: ZAYDÍN Y MÁRQUEZ STERLING, Ramón y otros, *Recurso de inconstitucionalidad contra la llamada Ley Constitucional de 4 de abril de 1952*, La Habana, 1953, en todo.

⁽³⁸⁾ En esa pugna legal, la contraparte estuvo representada por el escrito de impugnación presentado por Mario DÍAZ CRUZ, y que fue publicado en un folleto como: *Escrito de impugnación presentado a nombre y en representación del Hon. Sr. Presidente de la República Mayor General Fulgencio Batista Zaldívar en el Recurso de Inconstitucionalidad No. 145 de 1953, contra la Ley Constitucional de 4 de Abril de 1952, establecido por el Dr. Ramón Zaydín y Márquez Sterling y 37 ciudadanos más*, La Habana, Editorial Lex, 1953, en todo.

⁽³⁹⁾ ZAYDÍN Y MÁRQUEZ STERLING, Ramón y otros, *Recurso de inconstitucionalidad contra la llamada Ley Constitucional de 4 de abril de 1952*, ob. cit., pp. 6 y 7.

los promoventes: “Este Recurso de Inconstitucionalidad, podría llamarse también de Amparo a la Constitución firmada en la ciudad de Guáimaro, el primero de julio de 1940 (...).”⁴⁰ En dicho escrito se argumentaba: “A tenor de la expuesto se puede afirmar: 1º- El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales tiene plena competencia para conocer, sustanciar y fallar este recurso. 2º- Es procedente el ejercicio de acción pública que en nuestro carácter de ciudadanos cubanos estamos ejercitando. 3º- El ejercicio de esta acción pública propende a restablecer la normalidad constitucional violada por las referidas leyes constitucionales y a que sea declarado ilegítimo el gobierno que detenta las funciones inherentes a los poderes Ejecutivo y Legislativo, y a la vez, los privativos de la Asamblea Constituyente, Poder Constituyente, que emana de la soberanía nacional radicada en el pueblo cubano. 4º- El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, está en el deber de fallar este recurso para restablecer la normalidad constitucional conculcada e infringida, evitando, al hacerlo, que el pueblo, inconforme, y opuesto a la rebelión militar adueñada del Estado, se disponga a ejercitar su derecho soberano por medio de la acción revolucionaria y a restaurar mediante la misma el libro funcionamiento de los órganos estatales y su régimen legítimo de libertad y justicia.”⁴¹

A fin de cuentas, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales fallaría (sentencia No. 127 de 17 de agosto de 1953) declarando sin lugar el recurso de inconstitucionalidad presentado en acción pública y admitido por él el 12 de mayo de 1953; y, por ello, amparando el estado de cosas surgidas con el cuartelazo batistiano de 1952. En una parte de ese fallo, ese órgano judicial consideraba: “(...) que por la fuerza misma de los acontecimientos, cuando deja de existir en el poder público establecido, como consecuencia de ellos la voluntad de mantener el estado de derecho anterior y la fuerza coactiva del Estado no la sostiene, su cesación es un hecho incuestionable, ya que pertenece más bien al mundo físico y escapa por lo tanto a toda consideración jurídica; pero como la convivencia social ni se concibe ni es posible sino en un estado de derecho, las normas dictadas por el gobierno de facto, según su rango, vienen a sustituir la carta fundamental y las leyes que de hecho perdieron vigencia, constituyéndose así un nuevo orden jurídico, y de ese modo, la no vigencia de las normas legales anteriores se produce, entre otras causas, por faltarle a las mismas, de manera absoluta, la posibilidad de ser cumplidas, creándose ese situación como consecuencia de un hecho real, por lo que la jurisdicción

⁽⁴⁰⁾ ZAYDÍN Y MÁRQUEZ STERLING, Ramón y otros, *Recurso de inconstitucionalidad contra la llamada Ley Constitucional de 4 de abril de 1952*, ob. cit., p. 9.

⁽⁴¹⁾ ZAYDÍN Y MÁRQUEZ STERLING, Ramón y otros, *Recurso de inconstitucionalidad contra la llamada Ley Constitucional de 4 de abril de 1952*, ob. cit., p. 20.

de los tribunales, en cuanto al nuevo derecho, no puede alcanzar más que la identificación de su contenido formal.”

Con esa posición, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales daba una señal inequívoca de abdicación de hecho de la alta función de justicia que se le atribuía, en favor de los intereses políticos que se habían impuesto por la fuerza; así como de que ese órgano entraba a formar parte, como una pieza más, de la maquinaria de poder al servicio del régimen instaurado.⁴²

Un punto cardinal para comprender el sentimiento alrededor de la situación apuntada, abrigado por las fuerzas más radicalmente opuestas a la tiranía de BATISTA —y cuyo valor se refuerza por lo que sobrevendría históricamente para la nación cubana a partir de 1959—, es incorporado por Fidel CASTRO RUZ en su alegato de autodefensa conocido como *La Historia me Absolverá*;⁴³ cuando se refiere a la posición adoptada finalmente por ese Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales frente al golpe de Estado de marzo de 1952 y los Estatutos Constitucionales impuestos en lugar de la Constitución de 1940. En aquel momento, su autor, dijo: “Se acaba de discutir ruidosamente la vigencia de la Constitución de 1940; el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales falló en contra de ella y a favor de los Estatutos; sin embargo, señores magistrados, yo sostengo

⁽⁴²⁾ En un momento temprano de la construcción del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, y viendo las implicaciones políticas que se proyectaban en el proceder de un tribunal de ese tipo, Juan Bautista MORÉ Y BENÍTEZ (*Leyes complementarias de la Constitución*, ob. cit., pp. 116 y 117) había advertido: “Somos devotos, por convicciones y por obligación oficial, del augusto ministerio de los Tribunales de Justicia. Pero tememos que los de nuestra Patria han de sufrir contrariedades muy graves en el ejercicio de la nueva e insólita potestad que la Carta de 1940 le ha otorgado. Nuestro temor se funda, (...), en que semejante potestad tiene un profundo alcance político y provocará choques de incalculable fuerza entre el poder que representan los órganos de la gobernación y el que ejercitan, por este medio, los organismos judiciales, cuya visión de los conflictos públicos y del desarrollo del problema social moderno es ineficaz para graduar, con la medida del valor jurídico aplicable al proceso, las decisiones de los organismos estatales de carácter político. La experiencia está demostrando, a cada paso, que estos choques son funestos al desarrollo armónico de las relaciones entre los tres poderes fundamentales del Estado. En gran número de casos, el Tribunal de control constitucional se inclina, por tradición y arraigadas convicciones legalistas, a una consideración conservadora y protectora del orden de cosas establecido, negando el paso a necesarias reformas, (...). De uno u otro modo, el resultado es el mismo: pierden los Tribunales la serena quietud y el respeto que demanda su ministerio y, en definitiva, son objeto de ataques que culminan —porque la fuerza de la organización política se impone y prevalece— en la conmoción del órgano jurisdiccional, cuya estructura se rompe, originando tal ruptura las frecuentes reorganizaciones y cambios del personal en la judicatura”; MORÉ Y BENÍTEZ cerraba su razonamiento apuntando: “Ojalá que estos temores no alcance confirmación en el futuro de la Patria y pueda el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales ejercitar con dignidad, acierto y libertad plena de juicio sus delicadísimas funciones! Como amantes del triunfo de la justicia, por cima de todos los valores humanos, hacemos votos por que la comprensión entre los hombres de Gobierno y los Jueces sea perfecta en nuestra República.”

⁽⁴³⁾ Hemos utilizado la siguiente edición: CASTRO, Fidel, *La Historia me Absolverá*, Edición anotada, Edición y notas de Pedro ÁLVAREZ TABÍO y Guillermo ALONSO FIEL, Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, La Habana, 2005.

que la Constitución de 1940 sigue vigente. Mi afirmación podrá parecer absurda y extemporánea; pero no os asombréis, soy yo quien se asombra de que un tribunal de derecho haya intentado darle un vil cuartelazo a la Constitución legítima de la República. (...) De acuerdo, pues, con las leyes que le dieron origen, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales debía resolver siempre a favor de la Constitución. Si ese tribunal hizo prevalecer los Estatutos por encima de la Constitución de la República se salió por completo de su competencia y facultades, realizando, por tanto, un acto jurídicamente nulo. La decisión en sí misma, además, es absurda y lo absurdo no tiene vigencia ni de hecho ni de derecho, no existe ni siquiera metafísicamente. Por muy venerable que sea un tribunal no podrá decir que el círculo es cuadrado, o, lo que es igual, que el engendro grotesco del 4 de abril puede llamarse Constitución de un Estado.”⁴⁴ En otro momento añadía: “(...) He puesto ejemplos extremos para que se comprenda mejor lo triste y humillante que es nuestra situación. ¡Y esas facultades omnímodas en manos de hombres que de verdad son capaces de vender la República con todos sus habitantes!”; para expresar a renglón seguido: “Si el Tribunal de Garantías Constitucionales aceptó semejante situación, ¿qué espera para colgar las togas? Es un principio elemental de derecho público que no existe la constitucionalidad allí donde el Poder Constituyente y el Poder Legislativo residen en el mismo organismo. Si el Consejo de Ministro hace las leyes, los decretos, los reglamentos y al mismo tiempo tiene facultad de modificar la Constitución en diez minutos, ¡maldita la falta que nos hace un Tribunal de Garantías Constitucionales! Su fallo es, pues, irracional, inconcebible, contrario a la lógica y a las leyes de la República, (...). Al fallar a favor de los Estatutos no quedó abolida nuestra ley suprema, sino que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales se puso fuera de la Constitución, renunció a sus fueros, se suicidó jurídicamente: ¡Que en paz descanse!”.⁴⁵

A la larga, esa actitud del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales abrigaba el inicio del fin; y aportaría uno de los argumentos de

⁽⁴⁴⁾ CASTRO, Fidel, *La Historia me Absolverá*, ob. cit., pp. 78 y 79. Seguidamente, se señalaba (p. 79): “Entendemos por Constitución la ley fundamental y suprema de una nación, que define su estructura política, regula el funcionamiento de los órganos del Estado y pone límite a sus actividades; ha de ser estable, duradera y más bien rígida. Los Estatutos no llenan ninguno de esos requisitos. Primeramente encierran una contradicción monstruosa, descarada y cínica en lo más esencial, que es lo referente a la integración de la República y el principio de soberanía (...)”; para luego decir (p. 80): “Y no es que se tratara de usurpación de la soberanía por una sola vez para nombrar ministros, generales y presidente, sino que un hombre se declaró en unos estatutos dueño absoluto, no ya de la soberanía, sino de la vida y de la muerte de cada ciudadano y de la existencia misma de la nación. Por eso sostengo que no solamente es traidora, vil, cobarde y repugnante la actitud del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, sino también absurda.”.

⁽⁴⁵⁾ CASTRO, Fidel, *La Historia me Absolverá*, ob. cit., pp. 81 y 82.

fondo que se esgrimieron y que condujeron al desmontaje de esa estructura de control constitucional y del régimen jurídico de defensa de la constitucionalidad que simbolizaba, en una etapa política y social posterior que se abriría con el triunfo revolucionario de 1959.⁴⁶

III. UN BREVE EPÍLOGO

En la Ley Fundamental de 1959 se mantuvo la regulación relacionada con el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, artículos 160 y 161 fundamentalmente; y sobre la declaración de inconstitucionalidad, artículos 172 y 173, básicamente. Con lo que en los primeros momentos del período revolucionario este mecanismo conservó su vigencia,⁴⁷ manteniendo un núcleo de regulación al respecto similar al que se contenía en la Constitución de 1940; si bien con ajustes a las nuevas condiciones y exigencias funcionales y estructurales del Gobierno Revolucionario provisional.⁴⁸

En la medida en que fue avanzando el proceso revolucionario, en consolidación y en el tiempo, también se proyectaron modificaciones sobre el

⁽⁴⁶⁾ En la literatura jurídica cubana de corte constitucionalista, perteneciente a la etapa que se abre con el triunfo revolucionario de 1959, y especialmente a partir de la década de 1970, cuando se hace referencia al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales y lo acontecido a raíz del golpe de Estado del 10 de marzo de 1952, se ha recogido esta cuestión; en no pocos casos siguiendo lo advertido por Fidel CASTRO en *La Historia me Absolverá*. Constaté: ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, "El derecho de revolución a la luz de La Historia me absolverá", en ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *Política y legalidad*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1977, pp. 287 y ss.; ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *Comentarios a la Constitución Socialista*, 1^{era} reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1988, pp. 369 y 370; TABOADA GONZÁLEZ, Aramis, "«El Proceso del Moncada». La Historia me Absolverá. Análisis y Estudio de sus Tesis Políticas y Jurídicas", en *Revista Cubana de Derecho*, Año IX, No. 16, Enero-Diciembre, 1980, Órgano de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, pp. 77 y ss.; CARRERAS, Julio A., *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, 3^{era} reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1990, p. 493; VEGA VEGA, Juan, *Derecho constitucional revolucionario en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989, pp. 76 y 77; VEGA VEGA, Juan, *Cuba. Su historia constitucional. Comentarios a la Constitución cubana reformada en 1992*, Ediciones Endymion, Madrid, 1997, pp. 92 y ss.; LARA HERNÁNDEZ, Eduardo, "Aspectos jurídicos del Programa del Moncada como fuente de derecho y su continuidad histórica", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 22, Julio-Diciembre, 2003, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, pp. 9 y 10; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, ob. cit., pp. 309 y 310. Finalmente, Martha PRIETO VALDÉS ("El sistema de defensa constitucional cubano", ob. cit., p. 37) explicaba: "Entre los fundamentos ideológicos y práctico políticos de la desaparición de esta sala está el ya mencionado prejuicio histórico originado por la sentencia 127 de 17 de agosto de 1953, en que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales declaró sin lugar el recurso de inconstitucionalidad presentado por Cosme de la Torriente y 24 ciudadanos más en acción pública, en defensa de la Constitución de 1940 y contra la Ley Constitucional de 4 de abril de 1952, emitida por el golpista Fulgencio Batista para tratar de legitimar el cuartelazo del 10 de marzo de 1952. (...)".

⁽⁴⁷⁾ De este tiempo es la obra de Fernando ÁLVAREZ TABÍO, *El recurso de inconstitucionalidad*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1960.

⁽⁴⁸⁾ Ver: D'ESTÉFANO PISANI, Miguel A., *Ley Fundamental de 7 de Febrero de 1959, anotada y concordada con la Constitución de 1940, sus Leyes complementarias y jurisprudencia fundamental*, 2^{da} edición, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1960, pp. 60 y 61, y 64 y 65.

órgano jurisdiccional encargado del control de constitucionalidad, así como el procedimiento jurisdiccional relativo a ese control. La Ley de 20 de diciembre de 1960 modificó —entre otros cambios— el nombre del Tribunal, el que en su virtud pasó a ser la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales. En esa primera época, también tuvieron efectos modificativos sobre las regulaciones constitucionales relativas a las cuestiones de inconstitucionalidad, entre otras, las leyes siguientes: Ley de 29 de octubre de 1959; Ley de Reforma Constitucional de 11 de marzo de 1960; Ley de Reforma Constitucional de 30 de diciembre de 1960; además de las modificaciones que pudieron introducir en ese control ciertas disposiciones legales relacionadas con otras cuestiones específicas.

La culminación del ciclo de vida del control jurisdiccional de constitucionalidad en nuestro país, abierto desde los albores mismos del siglo XX, fue certificado, finalmente, con la reestructuración del sistema judicial cubano, a través de la Ley No. 1250 de 1973, Ley de Organización del Sistema Judicial, promulgada el 23 de junio de 1973. A través de dicha norma, se venían a poner en práctica los nuevos presupuestos de la función judicial a los que respondía la realidad cubana en ese tiempo. En consonancia con ello, el entonces presidente cubano, Osvaldo DORTICÓS TORRADO, expresaba a propósito de los fundamentos de esa ley: "(...) Pero importa subrayar una vez más, recordar una vez más, que en un país como el nuestro, socialista y revolucionario, la administración de justicia ha de ejercerse siempre en función del poder revolucionario, en función de los objetivos históricos de la Revolución, y que toda actuación de interpretación de la ley, todo esfuerzo hermenéutico debe estar presidido, en primera instancia, por los principios cardinales de la Revolución socialista cubana."⁴⁹

En resumidas cuentas, en esa Ley de Organización del Sistema Judicial de 1973 no se refrendaba una estructura similar a lo que hasta ese momento había sido la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales (anteriormente el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales), ni se le atribuía a un órgano incardinado en el sistema judicial la competencia para ejercer, en esa sede, el mecanismo de control constitucional.

De ese modo, con lo que implicaba al efecto la Ley No. 1250, de 23 de junio de 1973, sobre la reorganización del sistema judicial en Cuba, y en consonancia con las nuevas concepciones y argumentos a partir de los que se iba erigiendo en los nuevos tiempos que vivía Cuba el modelo interno

⁴⁹ DORTICÓS TORRADO, Osvaldo, Discurso pronunciado por el doctor Osvaldo Dorticós Torrado, Presidente de la República, en "El nuevo sistema judicial en Cuba", en *Revista Cubana de Derecho*, Año 2, No. 6, Julio-Diciembre, 1973, Instituto Cubano del Libro, La Habana, pp. 78 y 79. Sería conveniente, para comprender el sustrato conceptual que acompañaba a la Ley de Organización del Sistema Judicial, que se viera, además, lo que escribió Eloy G. MERINO BRITO, en su artículo: "La organización del sistema judicial cubano", en *Revista Cubana de Derecho*, Año I, No. 2, Octubre, 1972, Instituto Cubano del Libro, La Habana, pp. 63 y ss.

de organización judicial y de control de constitucionalidad, se cerraba formalmente, hasta los días que corren, el capítulo práctico cubano del Derecho Procesal Constitucional.

Realidad esa que fue respaldada luego por el texto constitucional de 1976, que consagró finalmente, en el más alto plano jurídico, las nuevas bases sobre las que se levantaba la dinámica constitucional cubana de entonces; marcada en toda su extensión por la proyección de una sociedad socialista como la que se estaba construyendo en la Cuba de aquel momento.

DOCUMENTOS

HOMENAJE A JOSÉ LUIS BUSTAMANTE Y RIVERO CON MOTIVO DE SU ELECCIÓN COMO PRESIDENTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA *

Nota liminar de Luis García-Corrochano Moyano **

En 1961, tras gestiones realizadas por Víctor Andrés Belaunde a instancias del presidente Manuel Prado, el Dr. José Luis Bustamante y Rivero resultó elegido, en votación conjunta de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, juez de la Corte Internacional de Justicia. El primer tribunal del mundo lo eligió como su presidente para el trienio 1967–1970, lo que motivó que, en una visita al Perú, la Corte Suprema de Justicia del Perú le rindiera un homenaje el 8 de noviembre de 1967, estando el discurso de orden a cargo del presidente de dicha corte, el Dr. Domingo García Rada.

El discurso de García Rada evidencia un conocimiento cabal de la CIJ y su funcionamiento, pero además resalta en el discurso una fina percepción del Derecho Internacional Público y del estado que en la época tenían los asuntos llevados ante el alto tribunal de La Haya.

(*) Ceremonia celebrada en el Salón de actos de la Corte Suprema de Justicia de la República (Palacio de Justicia, 2do. Piso), Lima, el 8 de noviembre de 1967. Se transcriben tanto el texto del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de entonces, doctor Domingo García Rada, como la respuesta del homenajeado, doctor José Luis Bustamante y Rivero. Ambos textos han permanecido inéditos y se publican aquí por primera vez. A ellos antecede una nota del doctor Luis García-Corrochano, en la que analiza el discurso homenaje del Presidente de la Corte Suprema. (D. G. B.)

(**) Miembro y Director del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Profesor de Derecho Internacional Público en la Academia Diplomática del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad San Ignacio de Loyola y Universidad del Pacífico.

Inicia su discurso García Rada explicando de manera sucinta el funcionamiento de la Corte Internacional de Justicia y la resolución de algunos casos emblemáticos, como el Asunto de la Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas (1949) que define la personalidad internacional de la ONU. Luego pasa a reseñar aquellos casos en los que Bustamante y Rivero participó en su calidad de juez de la Corte Internacional de Justicia, y en los que emitió votos conjuntamente con la mayoría, votos singulares y votos disidentes; dichos casos fueron:

El Asunto del Templo de Préah Vihéar (Camboya c. Tailandia), donde votó con la mayoría en la sentencia sobre excepciones preliminares de 26 de mayo de 1961 y en la sentencia sobre el fondo del asunto de 15 de junio de 1962.

El Asunto del Camerún Septentrional de 1963 (Camerún c. Reino Unido), donde emitió un voto disidente en la sentencia sobre excepciones preliminares, que puso fin a la instancia.

El Asunto sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas (artículo 17, párrafo 2 de la Carta de la ONU) de 1961, donde emitió un voto disidente en la opinión consultiva de 1962.

Los Asuntos del Sud Oeste Africano (Liberia c. Sudáfrica y Etiopía c. Sudáfrica), donde emitió sendos votos individuales en las sentencias sobre excepciones preliminares, en diciembre de 1962. En las sentencias sobre el fondo, dictadas en 1966, no consta que hubiera participado en la votación.

En el Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Bélgica c. España), el asunto de mayor duración ventilado en la Corte, donde emitió un voto individual en la sentencia sobre excepciones preliminares (1964).

Como puede verse en el discurso de García Rada, por primera vez se hace una valoración de la actuación judicial de Bustamante y Rivero, sintetizando con precisión tanto los casos como los votos del juez peruano, aunque curiosamente omite el discurso toda referencia al primero de los casos citados, el Asunto del Templo de Préah Vihéar (1962), que fue el primer caso en el que Bustamante y Rivero participó en calidad de juez y en el que votó con la mayoría las dos sentencias que se pronunciaron, una sobre excepciones preliminares y otra sobre la cuestión de fondo. Dado que es el único caso que no reseñó en su discurso García Rada, veamos brevemente de que se trató en dicho asunto.

En el Asunto del Templo de Préah Vihéar, entre Camboya y Tailandia, la sentencia sobre las excepciones preliminares deducidas por Tailandia fue resuelta por unanimidad, rechazándose la Excepción de Incompetencia y por lo tanto, procediéndose a ver el fondo del asunto. La sentencia sobre el fondo se decidió por nueve votos contra tres, votando el Juez Bustamante y Rivero con la mayoría.

Este asunto, llevado ante la Corte por demanda de Camboya, trató sobre la situación del antiguo templo khmer de Préah Vihéar, que ambos Estados, Camboya y Tailandia, sostenían que se hallaba en su territorio, por lo tanto la disputa consistió en la atribución del territorio en el cual se hallaba dicho templo. Los alegatos tailandeses sobre el error en los mapas fueron desestimados por la Corte, la cual sentenció a favor de la soberanía de Camboya sobre la región del templo de Préah Vihéar.

Al momento de valorar la actuación general de la Corte Internacional de Justicia, y en particular la de Bustamante y Rivero en los asuntos que se resolvieron en aquella época, García Rada realiza un impecable análisis jurídico, en el que de manera tangencial aborda algunos episodios que son el contexto de los casos. Sin caer en un positivismo puro y duro, los comentarios del Presidente de la Corte Suprema buscan ceñirse estrictamente a los aspectos jurídicos de los asuntos tratados.

Vale la pena señalar que la década en que correspondió a Bustamante y Rivero integrar la CIJ fue especialmente relevante para las relaciones internacionales. Se trata de un momento histórico en que, durante el enfrentamiento entre las superpotencias de la época, los Estados Unidos de Norteamérica y la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, conocida comúnmente como la "Guerra Fría", se dio también la gran oleada de descolonización en el África, a la vez que una serie de conflictos periféricos y la primera gran crisis de la posguerra, con el asunto de los misiles soviéticos en Cuba. Fueron pues tiempos interesantes.

Cuando García Rada estudia el desempeño de la Corte y del jurista peruano, centra su atención en los Asuntos del Sud Oeste Africano y el Asunto sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas, ambos relacionados con el desempeño de las Naciones Unidas en el continente africano.

En el primer caso, la resistencia de la República de Sudáfrica, dominada por una minoría étnica y que practicaba la política de la segregación racial (apartheid), a permitir la independencia de territorios que habían sido entregados en mandato, lo que generó un rechazo de la Comunidad Internacional y a la postre la independencia de dichos territorios que recién en 1990 adquirieron su independencia con el nombre de República de Namibia.

En el segundo caso, los gastos de Naciones Unidas en cuestión eran consecuencia de las acciones que la ONU debió desarrollar en la reciente-

mente independizada República del Congo, antigua colonia belga que tras la independencia quedó sumida en una cruenta guerra civil e hizo necesaria la intervención de las Naciones Unidas para evitar la consumación de un genocidio de proporciones. Las acciones llevadas a cabo por cuenta de la Organización no formaban parte del presupuesto ordinario de la misma, pero eran, a no dudarlo, tal como afirmó el juez Bustamante y Rivero, acciones que recaían dentro de las competencias de la ONU y obedecían al mandato de preservar la paz, por lo que debían ser incorporadas a los actos que de ordinario realizaba la Organización para el cumplimiento de sus altos fines.

Finalmente, García Rada analizó la etapa inicial del Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, que se resolvió en 1964. El asunto trató sobre el derecho de Bélgica a ejercer la protección diplomática de sus nacionales, accionistas de una sociedad anónima constituida en Canadá, para reclamar a España por las medidas que en dicho país se habían adoptado y que perjudicaron a la sociedad anónima. Fue uno de los contenciosos de mayor complejidad visto por el alto tribunal, pues si bien la cuestión de fondo era un asunto de protección diplomática, la Corte debió pronunciarse sobre varias materias relevantes de derecho internacional público y privado. Bustamante y Rivero, en sus votos individuales, hizo gala no solo de su buen saber jurídico, sino especialmente de su prudencia al juzgar y sentenciar. Dicho asunto sería resuelto varios años después, precisamente bajo la presidencia del patricio arequipeño.

Las palabras que García Rada dirigió a Bustamante y Rivero en la ocasión reseñada resultaron premonitorias. La presidencia de la Corte Internacional de Justicia que le cupo ejercer no resolvió abundantes casos, sino únicamente dos, el Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited y los Asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, que fueron acumulados al tratarse de pretensiones similares. Ambos casos fueron de gran trascendencia, especialmente el caso marítimo, en el que Bustamante y Rivero votó con la mayoría, pero sustentó individualmente su voto, extendiéndose en interesantes consideraciones sobre lo que se llamó entonces el “nuevo derecho del mar”. De esa manera, resolviendo bajo su presidencia dos casos de enorme trascendencia, Bustamante y Rivero puso fin a su carrera de juez internacional y dejó un imprecioso recuerdo de su versación jurídica y su sabia conducción del más alto tribunal internacional.

El discurso de García Rada fue, además de una válida síntesis del devenir de la Corte en la década del 60, una adecuada valoración de la obra judicial de Bustamante y Rivero, que hasta hoy permanece casi desconocida para los juristas peruanos, lo que justifica plenamente su publicación a la que esta nota intenta servir de introducción.

Discurso del Dr. Domingo García Rada

Señor Presidente de la Corte Internacional de Justicia:

La Corte Suprema que me honro en presidir ha acordado recibir en Sala Plena al Presidente del más alto Tribunal de Justicia del mundo que, por feliz coincidencia, es un destacado jurista peruano.

En este constante adelanto que realiza el mundo civilizado a favor de una pacífica convivencia, el establecimiento de un tribunal de justicia que en forma permanente resuelva los conflictos entre los Estados, constituye un importante avance en favor de la primacía de los valores espirituales y el establecimiento de una paz duradera basada en los eternos postulados de la justicia.

En convenio anexo al Tratado de Paz de Versalles, se estableció el Tribunal Permanente de Justicia Internacional con sede en La Haya para resolver en forma pacífica, los innumerables problemas nacidos a raíz de la Primera Guerra Mundial, muchos de ellos originados por el desmembramiento de grandes naciones y el surgimiento de otras.

Como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, el anterior Tribunal se convierte en la actual Corte Internacional de Justicia con la misma sede del Palacio de la Paz. El Estatuto se incorpora a la Carta de las Naciones Unidas y así resulta la Corte como uno de sus organismos integrantes. De esta manera todos los miembros pertenecientes a la Organización, tienen acceso a la Corte y quedan capacitados para recurrir a ella. Sus quince jueces son designados en forma sucesiva y eliminatoria, por el Consejo de Seguridad y por la Asamblea General. Elegido en octubre de 1960, el Dr. Bustamante se incorpora a la Corte el 6 de febrero de 1961 y asume la Presidencia el 5 de abril último.

Para ejercer jurisdicción, la Corte requiere el sometimiento voluntario de las partes. Pero aceptada ésta en virtud del convenio correspondiente, si la parte vencida dejare de cumplir el fallo o dificultare la ejecución, se puede demandar su cumplimiento al Consejo de Seguridad.

La función específica de la Corte está señalada en el art. 38 del Estatuto. Consiste en "decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas". Es la aplicación de Tratados y Convenios Internacionales a los litigios que se susciten entre los Estados. Conoce de controversias entre particulares y Estados, cuando el país de origen hace suya la demanda y la presente como tal.

Dos clases de labores desarrolla la Corte: la propiamente judicial que concluye con la expedición de la sentencia respectiva; y como organismo consultivo. Mediante el primero, la Corte resuelve; en el segundo, emite su parecer, que por la calidad moral de la Corte tiene valimiento.

Aunque la voluntariedad es obstáculo para su mayor eficacia, sin embargo la existencia de la Corte y la coercibilidad de sus fallos contienen el germen de una futura jurisdicción obligatoria.

La jurisprudencia de este Tribunal mundial es sumamente interesante y demuestra que la Corte Internacional como institución para la preservación de la paz, cumple una función principalísima. Corroborando esta tesis, examinaremos algunas de sus más trascendentales decisiones.

A los pocos años de establecida la Organización de las Naciones Unidas, se presentó una situación de insospechables consecuencias para la existencia de la propia Organización. Sus agentes habían sufrido perjuicios en el cumplimiento de una misión y entonces la Organización se presentó a la Corte solicitando daños y perjuicios al Estado en cuyo territorio había ocurrido el hecho.

El Estado emplazado objetó la personería de la Organización, diciendo que la protección de los nacionales solo la ejercía el país de origen. La observación desconocía el carácter super-estatal de la Organización y de ser amparado, le impedía velar en el futuro por sus propios funcionarios.

La Corte declaró que tratándose de una Organización mundial, no era de aplicación la regla general de que cada Estado es el llamado a proteger a sus nacionales; reconoce que quien sirve a organismos internacionales, debe ser protegido por éstos y admitió la personería de la Organización para contratar sus propios agentes y prestarles la protección que todo Estado otorga a sus propios nacionales. Establece que esta protección se concede no en interés del país ni de la persona, sino en razón de las funciones que desempeña y de los fines que cumple la Organización. Esta sentencia tiene la virtud de señalar los caracteres de los funcionarios internacionales y permite que estos organismos cuenten con su propio personal, independientes del país en que actúan.

Otro punto interesante se suscitó al poco tiempo. Fue el de los Mandatos instituidos por la Sociedad de Naciones.

La Corte estableció que los Mandatos Internacionales nada tienen de común con la institución del mismo nombre de derecho interno. No se extinguen con la desaparición del mandante —la Sociedad de Naciones— pues las obligaciones fundamentales de la potencia mandataria, derivadas de la “misión sagrada de la civilización, continúa en vigor”. Aunque el órgano de control —que era el Consejo de la Sociedad de Naciones— hubiera desaparecido, subsistiendo la necesidad de vigilar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el mandatario, es indudable que la vigilancia pasaba al órgano de las Naciones Unidas que desempeñare funciones análogas y en igual extensión. (Asamblea General).

Reviste singular importancia para la vida de las Naciones Unidas la comunicación pasada en diciembre de 1961 por el Secretario General,

poniendo en conocimiento la resolución adoptada el día 20 de dicho mes, en que la Asamblea pedía que la Corte opinara sobre si los gastos motivados por el envío de Fuerzas al Medio – Oriente y al Congo, eran gastos de la Organización o no, pues algunas potencias se negaban a cubrir la parte que se les había señalado. Se planteaba un caso de consulta no de decisión.

Este problema de las Obligaciones Financieras de los Miembros de la Organización, revestía singular importancia para su futuro, no solo en cuanto al monto que no podía ser cubierto con los ingresos normales, sino porque al declararse que constituían gastos normales de la Organización, quedaba consagrado el derecho de enviar fuerza armada a donde fuera necesario, para preservar la paz en el mundo.

El centro de la cuestión consistía en establecer qué se entendía por gastos. La Corte debía diferenciar entre los gastos ordinarios que contemplaba el Presupuesto; y aquellos que se realizaban fuera del mismo, obedeciendo a un mandato de la Asamblea y para servir a la causa de la paz. La Consulta debía absolver y decir si uno o ambos debían ser considerados como gastos del presupuesto y, por consiguiente, prorrateados por la Asamblea entre los Estados Miembros.

En julio de 1962 la Corte resolvió que habían sido realizados tales gastos de conformidad con el organismo ejecutivo correspondiente y estando destinados a cumplir funciones de preservar la paz en el mundo, debían considerarse como gastos de la Organización en el sentido que establece el art. 17 de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo tanto, debían ser cubiertos por los Estados Miembros, en la forma de ley.

El voto fundamentado del juez Bustamante y Rivero contiene los argumentos más sólidos en favor de la decisión adoptada por la Corte.

Divide la cuestión en dos aspectos: la legalidad formal (regularidad en la forma, quórum, votaciones, etc.); y legalidad intrínseca o de fondo. “la concurrencia de los dos elementos determina la validez de la resolución” dice el Juez ponente.

Al ocuparse de la legalidad formal, hace ver que el llamado de Egipto determinó el envío de la fuerza armada al Medio Oriente; que la orden emanó de la Asamblea, pues estando de por medio los intereses de dos grandes potencias con derecho a veto, no podía conseguirse unanimidad en el Consejo de Seguridad. Estando el Consejo paralizado por las dos potencias interesadas y tratándose de un caso de delegación devuelta a la Asamblea, la intervención de ésta quedaba justificada en vista de ser un caso de excepción. La legalidad formal se había observado plenamente.

En el caso del Congo, el envío de tropa fue acordado por el Consejo, por unanimidad de votos, de manera que no cabía objetar la legalidad de la forma. Pero si bien se aceptaba la validez de la resolución que ordena-

ba el envío de tropas, se denunciaba que una vez restablecido el orden, hubieran permanecido en el Congo, violando así la finalidad perseguida con la resolución. Pero el juez ponente hace ver que la Organización también debe velar por el desenvolvimiento pacífico de los países recién independizados y en esos momentos peligraba la unidad del Congo por la secesión de la provincia de Katanga. De manera que el mantenimiento de la fuerza quedaba justificado.

En cuanto a la legalidad de fondo o intrínseca, el Juez Bustamante destaca que las tropas fueron enviadas para restablecer la paz mundial y que esa es la misión específica de la Organización, de manera que al hacerlo, cumplía con su misión. Habiéndose cumplido con el aspecto formal y realizando actos que preservaron la paz en dos regiones del mundo, concluía opinando en el sentido de que tales gastos correspondían al presupuesto de la Organización.

Otro juicio interesante por los problemas de Derecho que planteaba y por la resonancia que tuvo en el mundo jurídico, lo constituye el de la *Barcelona Traction Light and Power Company*, en el cual es descollante la opinión individual del juez Bustamante y Rivero.

En 1958, el Gobierno belga había presentado una demanda ante la Corte contra el Gobierno español pero después de contestada, se desiste de la acción. Aplicando el art. 69 del Reglamento, la Corte acepta el desistimiento y ordena el archivo de lo actuado.

En junio de 1962, el Gobierno belga presenta nueva demanda sobre los mismos hechos, reclamando de los perjuicios causados a cierto número de accionistas belgas, por actos del Gobierno español, que califica de “violatorios del derecho de gentes”. Como indemnización pedía se concediera a los accionistas determinados porcentajes en el negocio, cuyas utilidades ascendían a más de ochenta millones de dólares.

Antes de contestar la demanda, el Gobierno español presentó excepciones preliminares, relacionadas con la competencia de la Corte.

Primera. Lo primero que tuvo que ver la Corte fue los efectos del desistimiento de 1958 y si él comprendía la renuncia al derecho mismo o solamente a la acción entablada en esa oportunidad. La Corte por doce votos contra cuatro, desestimó esta excepción.

El Juez Bustamante disintió de la opinión mayoritaria. Consideraba que el reglamento de la Corte no hacía ninguna diferencia entre la renuncia al procedimiento y la renuncia al derecho sustancial; que el Gobierno belga sabía que el grupo español de la Barcelona no quería someter la controversia a la justicia internacional y que perseguían el arreglo definitivo del asunto y las negociaciones privadas que tuvieron, buscaban esa finalidad: transigir el litigio por la vía extrajudicial.

Segunda. Considerando la Corte que el desistimiento belga no priva a este país de reiniciar su acción, entra a discutir la segunda excepción, que divide en principal y accesoria, acerca de las cuales el voto del juez Bustamante era mayoritario y no lo fundamentó en forma separada. Se refería al pedido del Gobierno español de someterse previamente a las disposiciones del Tratado de arbitraje existente entre Bélgica y España, antes de recurrir a la Corte. Examinando el tratado, la Corte encontró que tenía competencia y desestimó la excepción en sus dos aspectos.

Tercera y Cuarta. Resuelta la primera excepción en forma de permitir al Gobierno belga reiniciar la acción, las excepciones tercera y cuarta fueron reservadas para cuando se pronunciara la Corte sobre el fondo del asunto, lo que hasta ahora no ha ocurrido. Ambas se refieren al fondo del asunto y resolverlas antes, hubiera constituido un prejuzgamiento.

En ambas excepciones el voto del Juez Bustamante fue mayoritario en el sentido de la reserva para cuando fuera resuelto el fondo del asunto, pero lo fundamenta por separado para dar sus propias razones.

El juez Bustamante, hace notar que la Barcelona Traction es sociedad de estatuto canadiense con negocios en España. Existe una regla general que la protección de la sociedad corresponde al país donde está inscrita; que siendo la Barcelona Traction una sociedad de estatuto canadiense, su protección debería estar a cargo de Canadá; que entre 1948 y 1955, fue el Gobierno canadiense quien ejerció esta protección cerca del Gobierno español. Pero esta intervención desaparece en un momento dado y el Canadá no tiene ninguna reacción cuando en 1958 y en 1962 fue notificado con la demanda de Bélgica.

¿Esto lleva a pensar que Canadá no tiene ningún interés en esta sociedad? Debe establecerlo y la Corte puede exigir las pruebas que lo acrediten, pues Bélgica aparece defendiendo sin existir motivos que lo justifiquen. Pero como la Corte ha resuelto aplazar esta excepción para cuando conozca el fondo del asunto, el juez Bustamante se suma a este parecer, a pesar de las ventajas que ofrecería desde ahora establecer cual es la protección diplomática: si de Bélgica o Canadá.

En noviembre de 1960, se presentan a la Corte dos demandas contra el Gobierno de la Unión Sud-Africana: una por el Gobierno de Etiopía y otra por Liberia. Ambas se referían a la existencia del Mandato referido sobre el Sud-Oeste Africano y el cumplimiento de los deberes de la Unión en sus obligaciones de potencia mandataria.

Las potencias demandantes hacen ver que en el territorio bajo mandato la Unión no ha cumplido con su función de potencia mandataria, antes bien ha practicado el Apartheid, o sea discriminación por motivo racial; no ha preparado a las tribus para la futura independencia; no ha contribuido al

progreso social y moral del territorio en mandato y que la legislación es arbitraria, no respetando los derechos del hombre.

El Gobierno Sud-Africano plantea la excepción preliminar considerando que ni Etiopía ni Liberia tenían competencia para presentarse en nombre del territorio sometido a mandato.

La Corte por 9 votos contra 7 resolvió conocer el fondo del asunto.

El Juez Bustamante coincide con la resolución mayoritaria, pero considera conveniente expresar por separado los fundamentos de su voto. Estudia la naturaleza jurídica del sistema de mandatos creado por el Pacto de la Sociedad de Naciones; sistema dentro del cual el mandato sobre el Sud-Oeste Africano es una aplicación individual.

Los Mandatos aparecen a consecuencia de la y Guerra Mundial cuando hubo necesidad de disponer de los territorios coloniales que hasta ese entonces habían pertenecido a las potencias europeas, derrotadas en la conflagración, y se trataba de pueblos incapaces de gobernarse por sí mismos. En virtud del art. 119 del Tratado de Versalles, Alemania renuncia a sus derechos y títulos sobre sus posesiones de ultra-mar a favor de las principales potencias aliadas y asociadas.

Estas Potencias no asumieron inmediatamente la Soberanía de estas posesiones, sino que acordaron atribuir las, a título de Mandato, a ciertos Estados encargados de la ocupación. Al firmar el Tratado confirmaron este acuerdo, creando un nuevo sistema jurídico colocado bajo la autoridad y tutela de la Sociedad de Naciones.

Esto revela que el Mandato nació por acuerdo de las grandes potencias como transferencia a la potencia ocupante; y el Tratado de Paz no hizo otra cosa que reconocerlo y atribuirlo a la Sociedad de Naciones.

El Tratado expresa en su art. 22 cuáles son los derechos básicos del Mandato: 1º) reconocimiento de ciertos derechos básicos a los habitantes de los países sub-desarrollados; 2º) establecimiento de un sistema de tutela para estos pueblos, por la potencia más desarrollada en calidad de encargada de la Sociedad de Naciones; 3º) se atribuyen estos Estados, la "misión sagrada de la civilización", consistente en procurar el bienestar y ayudar al desenvolvimiento de los pueblos y salvaguardar sus derechos.

El juez Bustamante hace una interpretación sociológica de los Mandatos Internacionales considerando que responden a un deseo de concluir con las colonias, pero preparando a los pueblos para la independencia y con salvaguarda de sus derechos. Al transferir el mandato de la potencia ocupante a la Sociedad de Naciones se hizo el reconocimiento del interés mundial en este instituto como camino para la independencia.

Son tres los elementos del Mandato: los personales; los reales, y los fines de la institución.

Como fines señala el bienestar, el desenvolvimiento de las poblaciones preparándolas para la independencia política con mayor cultura. El sistema jurídico es complejo, pues reúne los caracteres de la tutela y del fideicomiso del Derecho privado con el protectorado del Derecho público. La realización de estos fines está confiada a una nación más desarrollada y la extensión del Mandato varía según sea la necesidad y el estado del país sujeto a mandato.

El elemento real, lo constituye el territorio donde se ejerce el mandato y la población que lo habita, como instrumento de servicio. El mandato no es transferencia de soberanía, sino provisional sujeción al mandato para el cumplimiento de los fines.

Como elemento personal señala en primer lugar la población bajo mandato, luego la Sociedad de Naciones y finalmente el Estado mandatario.

El Sud-Oeste Africano fue adjudicado por Gran Bretaña a la Unión Sud-Africana según proyecto que aprobó la Sociedad de Naciones y no fue objetado por ningún país. Quedaba sometido a la Sociedad de Naciones quien determinaría el grado de autonomía que debía concederse para preparar la independencia así como la protección de los derechos humanos.

Como estas características del Mandato, señala:

1. El Mandato es institución compleja que presenta caracteres de figuras jurídicas de Derecho privado y de Derecho público. Constituye una forma especial de tutela de poblaciones ex coloniales que tienen incapacidad para gobernarse por sí mismas, por lo cual se encuentran bajo protección de los Estados organizados en la Sociedad de Naciones.

2. En cuanto a su forma externa, el Mandato es institución incorporada al Derecho internacional. Forma parte del Tratado de Versalles, pero en cada caso particular se señalan sus condiciones mediante la Declaración del Mandato que constituye la fase ejecutiva individualizada. El sistema general y el acuerdo particular forma un conjunto inseparable, orgánico, recíprocamente condicionado.

3. El mandatario tiene más responsabilidades que derechos. Resultan pesadas cuando el desarrollo de la población es más lento. Por eso se requiere la aceptación expresa del mandato porque impone obligaciones a cumplir en la misión civilizadora en determinada población.

4. Por su naturaleza, el Mandato es temporal y de duración indeterminada. Está limitada por el cumplimiento del fin principal del Mandato, cual es la misión civilizadora.

5. El Mandato no implica transferencia de soberanía en favor del mandatario ni anexión territorial ni tampoco estatuto de colonia.

6. El derecho de control por parte de los organismos internacionales. Es nota esencial para el Mandato. La ausencia de un órgano de control

equivaldría al ejercicio unilateral y arbitrario del Mandato y concluirá fatalmente en la anexión.

La disolución de la Sociedad de Naciones creó el problema de la caducidad de los mandatos. Pero no existía ninguna razón para esta caducidad, pues el país mandatario y el bajo tutela quedaban en lo mismo; los fines continuaban siendo necesarios y la población requería ser gobernada y preparada para la independencia. La continuación del Mandato resultaba ser necesidad indiscutible. Por eso la nota principal del Mandato es la de su duración ilimitada.

La desaparición de la Sociedad de Naciones como órgano de control determinaba su reemplazo por el similar de la nueva Organización creada en San Francisco al concluir la II Guerra Mundial. La Carta de San Francisco mantiene el mismo principio de la tutela internacional pero transformar los antiguos Mandatos en acuerdos de Tutela, transfiriendo a la Asamblea los derechos de vigilancia que ejercía el antiguo Consejo.

* * *

Al plantearse esta situación, el Juez Bustamante estudia el caso de los Mandatos a la luz del acuerdo de 1920 que confirió el territorio del Sud-Oeste Africano a la Unión Sud-Africana; luego el Estatuto de la Corte que autoriza a intervenir en caso de discrepancia y finalmente a la Carta de San Francisco que reconoce los derechos anteriores y que no los altera.

La Unión Sud-Africana propuso cuatro excepciones preliminares:

- a) El acuerdo demandado ha expirado y, por consiguiente, no es convención en vigor;
- b) Ni Etiopía ni Liberia son el "otro miembro de la Sociedad de Naciones" a que se refiere el art. 7º del Acuerdo de Mandato, por lo cual carecen del derecho de intervenir.
- c) La cláusula compromisoria que contiene el Acuerdo no reúne las condiciones para su validez.
- d) La disputa no se encuentra comprendida dentro del Acuerdo del Mandato.

Analicemos cada una de ellas.

a) La Unión considera que por haberse disuelto la Sociedad de Naciones el Acuerdo de Mandato ya no rige, ha caducado por haber desaparecido una de las partes; es decir la ejecución del Mandato deviene imposible.

El Juez Bustamante considera que la disolución de la Sociedad de Naciones no es motivo suficiente porque las partes del Mandato —mandatario y pueblo sujeto a tutela— son los mismos y no se han cambiado. La Sociedad de Naciones representa la vigilancia pero su labor puede ejercitarse perfectamente por la Organización que la reemplazó. Además

hace notar que el Acuerdo de Mandato no integra el Pacto de la Sociedad de Naciones, sino tiene carácter especial y solo lo reconoce la Declaración del Consejo de 1920.

b) Sostiene la Unión que la Corte solo puede conocer las diferencias entre “Estados Miembros de la Sociedad de Naciones” y que Etiopía y Liberia no lo han sido.

Pero el Juez ponente hace ver que todos los Estados Miembros están ligados con la Sociedad en la obligación y la responsabilidad del cumplimiento de los fines de ayuda, de progreso y de protección en favor de los pueblos menos desarrollados. En consecuencia cada Estado Miembro tiene interés jurídico individual en que los Mandatos confiados por la Sociedad a los Mandatarios sean debidamente cumplidos.

c) Considera el Juez Bustamante que el Estado Mandatario que ha firmado la Carta de las Naciones Unidas está obligado al nuevo sistema de tutela e incorporado a él de modo obligatorio.

La Unión Sud-Africana, miembro de las Naciones Unidas, que no ha suscrito con la Organización un nuevo acuerdo de tutela, está comprendida en el art. 80 de la Carta y sigue sometida a la anterior Convención de Mandatos que continua en vigor; sus cláusulas le obligan y los “otros Estados Miembros” de la antigua Sociedad de Naciones pueden hacer un llamado a los Jueces de la Corte (art. 37 del Estatuto).

d) La última excepción preliminar está íntimamente vinculada a la anterior. La Unión Sud-Africana sostiene que no existe ninguna discusión directa entre las Partes por la vía diplomática y no pueden existir porque la relación es entre la Organización misma y el mandatario, pero no con los Estados demandantes considerados individualmente.

El Juez Bustamante hace notar que Etiopía y Liberia han recurrido a la vía que establece el art. 7 del Mandato: el recurso a la Justicia Internacional. Hace notar que examinando el Acuerdo del Mandato, se ve que establece la forma de darle cumplimiento y que en caso de desacuerdo sobre esta ejecución los Estados Miembros de la Organización pueden recurrir a la decisión judicial para restablecer el funcionamiento armonioso del acuerdo.

Como conclusión el Juez ponente considera que las excepciones preliminares son infundadas y en consecuencia la Corte es competente para abordar el juzgamiento de fondo de las demandas.

La Corte por mayoría de 8 votos contra 7 resolvió que el Acuerdo de Mandato es convención en rigor y que la Corte tiene competencia para conocer el fondo del diferendo.

Señor Presidente de la Corte Internacional de Justicia:

Al presentarle la sincera felicitación del Poder Judicial del Perú, lo hago con singular complacencia por tratarse de una persona cuyas obras en el

libro, en la docencia y en la profesión lo califican como destacado jurista.

A los jueces del Perú, vuestra designación como Presidente del más alto tribunal de justicia del mundo, los llena de satisfacción, porque lo consideramos uno de los nuestros. Perteneceis a un hogar respetable, con el cual habéis vivido bajo la sombra de lo judicial, ya que vuestro padre ejerció con honestidad ejemplar y singular prestancia la Fiscalía en la Corte Superior de Arequipa, en donde supo hermanar la rectitud con la humanidad que debe poseer todo juez.

Al elegirlos los jueces del mundo reconocen las altas cualidades y la sabiduría de los juristas peruanos. Es la consagración del hombre de derecho del Perú. Vuestro saber y vuestra honradez ejemplar prestigian al Perú y la Presidencia que se os ha confiado es motivo de orgullo para todos los que amamos la justicia y estudiamos el Derecho.

En el ejercicio profesional merecisteis la elección al Decanato del Colegio de Abogados de Lima, prestigiado por el paso de las figuras más representativas del Foro peruano. Fue la consagración de quien se había dedicado al cultivo del Derecho en la cátedra universitaria y en el ejercicio profesional.

En la escena política, alcanzasteis la primera magistratura de la Nación, y eso fue ocasión para dar ejemplo de patriotismo, de respeto a la Ley y de honradez acrisolada.

Como contribución medular al Derecho nacional, debemos recordar la tesis de las 200 millas, proclamada en 1947, declaración que al principio pareció audaz, pero que hoy con la adhesión de otros países, es considerada como lógica consecuencia de la accesoriedad del mar con respecto al territorio nacional. Este Decreto Supremo ha sentado las bases de nuestro derecho a la explotación de las riquezas que nos ofrece el mar.

Al elogiar y enaltecer la figura del peruano que ha alcanzado el más alto sitial en la judicatura mundial, la Corte Suprema contribuye a la afirmación de la nacionalidad. Fortalezcamos nuestras instituciones porque sobre ellas reposa la República. La grandeza del país depende en gran parte de que existan instituciones sólidas y respetables. Debemos inculcar el respeto a la ley como norma suprema de la convivencia armoniosa de los peruanos. Buscar que quienes administran justicia tengan ambiente de consideración y respeto para facilitar su tarea en beneficio de la colectividad. Todo lo que hagamos por el imperio de la ley y de la justicia, lo hacemos por el Perú.

Recordemos unas frases de Aristóteles para quien la justicia "es la más preclara de todas las virtudes y no inspira tanta admiración ni el astro de la noche ni el de la mañana..... Las virtudes más grandes son necesariamente las más útiles a los otros, puesto que la virtud es potencia bienhechora. Y por eso se honra principalmente a los fuertes y a los justos;

pero la fortaleza es útil a otros en la guerra, mas la justicia lo es en la guerra y en la paz". Santo Tomás la proclama como "la más preclara entre todas las virtudes morales, por cuanto el bien común es más importante que el bien particular de una sola persona".

Carnelutti aconsejaba poco antes de morir: "No os dejéis ante todo seducir por el mito del legislador. Más bien, pensad en el juez que es verdaderamente la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces. El hecho de que en la escena europea, o mejor en la Europa continental, la figura del legislador haya sobrepujado a la del juez, es uno de nuestros más grandes yerros. Es preferible para un pueblo, el tener malas leyes con buenos jueces, que no malos jueces con buenas leyes".

Al retirarle la especial congratulación de la Corte Suprema de la República, le expreso a Ud. señor doctor Bustamante y Rivero, mi más calurosa y cordial felicitación.

Respuesta del Dr. José Luis Bustamante y Rivero

En la solemnidad de este recinto, donde la voz de la justicia pronuncia cada día su sabio veredicto para discernir derechos, establecer sanciones y apaciguar conciencias, ha resonado hoy vuestra palabra, Excelentísimo Señor Presidente, con la prestancia de un acento nuevo que, dejando de lado por un momento la razonada cadencia de los considerandos i el tono de admonición frente a la culpa, ha querido revestirse en esta vez de un timbre de acogida generosa que se diría desusado si la generosidad no fuese también un elemento connatural a la justicia.

La significación de este homenaje, que rebasa por cierto mi estatura jurídica, es adecuada y corresponde al señero nivel de la Institución que represento. Creada en San Francisco tras la hecatombe de una guerra inmensa como instrumento de paz i de humano entendimiento en los nuevos caminos del mundo, la Corte Internacional de Justicia tiene asignada una misión de la más alta jerarquía, cual es la de fundar en el derecho la convivencia de los pueblos. I fundar en el derecho la convivencia de los hombres es, a su turno, la misión de los tribunales internos de los Estados. El Poder Judicial del Perú i esta Corte Suprema de Justicia como su máxima expresión representativa son los depositarios de esa fundamental misión reguladora de infundir en los peruanos el hábito del derecho i de ajustar sus vidas al marco de la ley. Afortunada hermandad la de estas dos potestades que, en el ámbito internacional la una i dentro de los límites de nuestra Nación la otra, se mueven al impulso de un único i coincidente objetivo: la pacificación de los espíritus.

Así se explica que —con ocasión de mi primera venida al país en la calidad de Presidente del Tribunal de La Haya— aquel sentimiento de fraternidad institucional cobre forma i relieve; i que en mi persona, como en un símbolo, haya querido esta Suprema Corte centrar el testimonio de su deferencia i de su compañía espiritual hacia esa otra hermana mayor que en el mundo de los Estados sufre, como ella, el espectáculo de las querellas, la sensación de la injusticia i la angustia de la responsabilidad; pero que, como ella también, promueve i exalta el ideal común de un mundo iluminado por el Derecho.

I con lo dicho, sentado queda que hablar de cosas de derecho entre magistrados de dos Cortes que se mueven en distintas esferas es como hablar de un mismo lenguaje, como aludir a una faena única cumplida en zonas o dominios diferentes pero inspirada en idénticos principios tutelares. Permitidme, pues, Señores Magistrados, que os hable de estas cosas. Permitidme, señores todos, que os haga aquí partícipes de algunos de los problemas que para la justicia mundial percibimos quienes desde los estrados judiciales venimos asistiendo al desenvolvimiento político del orbe. Permitidme que, a título de juez del foro internacional a quien le cupo el honor de haber nacido en el Perú, os exteriorice mis reflexiones sobre la vinculación que este hecho introduce en la relación entre el pueblo peruano i el mundo del derecho.

* * *

El sociólogo de nuestros días tiene en el campo objetivo de los hechos un rico material de meditación. La realidad le proporciona con su descarado e implacable verismo desconcertantes motivos de contradicción y de alarma. I fuerza es analizarlo todo, lo malo i lo bueno, lo agradable i lo desagradable, lo razonable i lo ilógico, si se quiere llegar a un diagnóstico del actual fenómeno social.

Ofrécenos la Tierra una perspectiva a la par maravillosa e inquietante, mezcla de deslumbramiento i pesadilla, cuajada de promesas i de amenazas. La especie humana, más que nunca señora de la Naturaleza, parece llegar al ápice de la belleza física i de la inteligencia creadora; pero la explosión demográfica inspira a René Dumont un libro apocalíptico, “Vamos hacia el Hambre”¹ en el cual anuncia que hacia 1980 el mundo subdesarrollado, el llamado “Tercer Mundo”, a saber: la India i el Sudeste Asiático, el África Negra i acaso ciertas regiones de la América del Sur frenadas en su progreso por la anarquía política, caerán en una hambruna irremediable. Esplendorosas como nunca, las ciencias físicas i matemáticas abren el cami-

⁽¹⁾ “Nous allons à la famine”, R. Dumont, Editions du Seuil.

no a los astros i revolucionan el proceso industrial con las aplicaciones de la electrónica i de la cibernética; mas al mismo tiempo la ruptura del átomo, la balística de control remoto o teleguiada, los proyectiles intercontinentales i las bases de operaciones susceptibles de ser puestas en órbita en el espacio constituyen temibles saltos técnicos que, agregados a la acumulación de un inmenso arsenal atómico i a las reticencias para llegar a un acuerdo de desarme, han determinado entre las grandes potencias una competencia galopante i dejan asomar en el horizonte el fantasma de la guerra nuclear. El fenómeno de la superpoblación humana en los pueblos atrasados i la escasez de sus recursos suscita en los organismos internacionales i en los planes financieros de los Estados poderosos la implantación de crecientes programas de ayuda para el aprovisionamiento alimenticio i la promoción cultural de los grupos en subdesarrollo, con lo cual el sentimiento de la solidaridad humana se va haciendo cada vez más tangible i se abre paso una conciencia general de unidad, de estrechamiento i de colaboración entre todos los pueblos del mundo, algo así como una democratización internacional fundada en la miseria i el socorro. Pero, paradójicamente, los nacionalismos políticos con su gallardía innata, con su hermetismo displicente, con su historia de rivalidades i sus recíprocas pugnas de intereses, acentúan el concepto de soberanía proclive a rechazar todo recorte o sumisión i desarticulan la unidad de la acción humana, abriendo grietas profundas en el vasto dominio de la amistad internacional.

La complejidad abrumadora de estos fenómenos viene creando en el mundo de hoy un cambio de psicología colectiva, una desalentadora transmutación de nociones, de costumbres i de métodos, un estado de cosas donde las normas se aflojan, la tradición se esfuma, naufraga la moral, la juventud se torna escéptica, el egoísmo se expande, la insinceridad i el disimulo se convierten en armas de estrategia, el imperialismo asume nuevas formas, la autoridad padece mella, la política se hace desaprensiva i las soluciones de fuerza recuperan vigencia i valimiento en una especie de vuelta a las cavernas. A la antigua guerra clásica han sucedido en nuestros días otras formas de guerra: la guerra ideológica, la guerra racial, la guerra lingüística, la guerra financiera, la guerra de clases, la guerra estratégica, la guerra de liberación económica o política; formas de guerra todas que, cruentas o no, a veces sin ejércitos visibles ni campos fijos de operaciones pero siempre con brotes locales i múltiples, expresan su inconformismo con las vigentes estructuras sociales i mantienen en el mundo un estado permanente de larvada beligerancia i de turbación anímica. Considerando otros aspectos, se advierte que en el pasado los períodos de paz i de guerra aparecían tajantemente separados i legislados; mientras que hoy hay contiendas internacionales que asoman desdibujadamente en pleno estado

de paz, acaso a la manera de guerras de ensayo, sin declaratoria oficial, sin paternidad conocida, con motivos confusos, envueltas en un secreto i oleaginoso forcejeo de presiones anónimas i de soterrados antagonismos cuya fricción lleva entrañado el creciente peligro de una conflagración universal.

Vasto i gravísimo problema este problema del mundo, cuyo análisis frío i diligente no puede sernos extraño a los jueces si queremos saber apreciar la verdadera realidad del ambiente contemporáneo i penetrar en los móviles de los infractores de la ley. Problema inconmensurable frente al cual surge de las entrañas de la humanidad en peligro el clamor por una panacea. Mas el remedio no va a encontrarse en el desenlace aleatorio i ciego que ofrece un campo de batalla ni en los debates desiguales de una mesa de conferencias. Tampoco en el arbitrario rigor de una dictadura ni en la confusión caótica de un régimen de anarquía. Otro es el género de soluciones que el hombre guarda para preservar su destino: soluciones de justicia que dando a cada uno lo que es suyo, poniendo en salvo la dignidad del hombre i sus prerrogativas, aseguren entre los individuos i entre los pueblos la convivencia dentro de la paz.

He aquí la figura del Derecho irguiéndose como una esperanza frente a la preocupación de nuestra hora. He aquí la voz del Derecho para requerir del materialismo sibarita un aporte de espiritualidad. Como norma arrancada del fondo mismo de la conciencia humana, la norma de derecho garantiza el respeto de la persona y establece los atributos jurídicos debidos a la comunidad social para lograr el bien común. Al señalar la justa medida de los poderes, la justa distribución de los dominios, el justo límite de los fueros i el justo alcance de las sanciones penales, el derecho instituye un orden nuevo de sólidas i permanentes bases, dentro del cual la vida humana estará en aptitud de desenvolver confiadamente sus fecundas virtualidades.

La crisis que hoy perturba a la sociedad humana es una crisis de justicia. La injusticia origina tensiones que en la esfera privada o individual constituyen un germen de perturbación i discordia i en la esfera internacional se traducen en causa de la guerra. Para atenuar esas tensiones el Derecho tiene en sus manos el óleo pacificador de sus principios i el imparcial instrumento de sus tribunales.

I aquí llegamos otra vez al tema que hace poco evoqué, de cómo una auténtica conciencia de la solidaridad humana exige el concurso de todas las voluntades i de todos los esfuerzos para servir el ideal de cooperación por la paz. No son solo los Estados como tales ni solo sus altos dirigentes quienes llevan sobre sí el peso i la misión de pacificar la tierra. Tócale a cada pueblo i a cada uno de sus ciudadanos una parte primordial de esa tarea. La paz no se fabrica en los laboratorios de las cancillerías ni en las retortas de la diplomacia. Ingrediente esencial de la paz es la justicia, i a

ésta hay que buscarla en la intimidad del corazón. El ideal de perfección de un pueblo es ser un pueblo de hombres justos: Si cada hombre alcanza a hacer de la rectitud la norma de sus acciones, no solo asegurará la tranquilidad propia en su vida de relación con los demás, sino que esa tranquilidad, multiplicada en cada medio ambiente, trascenderá favorable i decisivamente en la vida de relación de los Estados.

En el mundo contemporáneo se ha ampliado, pues, apreciablemente el campo de responsabilidad de los individuos. Ya no puede cada quién considerarse extraño al destino de la propia Patria o al acontecer internacional. Por eso el Derecho Internacional ha dejado de tener como sujeto básico de sus instituciones al Estado: su sujeto actual es EL HOMBRE, el hombre integral como ser inteligente, volitivo y actuante, como elemento inicial de las naciones, como célula integral de la especie. El nivel de educación i cultura de cada hombre, su formación moral, su grado de integridad, su fortaleza de carácter, la proporción de su interés por el bien público i por los problemas humanos, en una palabra sus índices personales de conducta, así como la medida de su propio bienestar dentro de la economía del conjunto social, son elementos que tienen reflejo i trascendencia decisivos en la fisonomía nacional i hasta más allá de las fronteras.

Por eso, estas reflexiones nos incumben a los peruanos en cuanto miembros de nuestra colectividad nacional. De nosotros dependen la promoción i el mejoramiento de nuestro país i, en cierto grado, la ayuda a la solución de ciertos problemas generales del orbe. No reduzcamos, pues, nuestro horizonte al mero alcance de nuestra vista ni miremos demasiado los linderos de nuestra hacienda. Que una sana curiosidad devore nuestros ojos i nos lleve a atisbar la inmensidad del mundo, con sus grandezas i dolores. Que una optimista voluntad de éxito i de acierto caracterice nuestras empresas i una sincera voluntad de ayuda se imprima en nuestra actitud cuando la necesidad llame a nuestra puerta. Que nuestra entereza de ánimo sea siempre la respuesta a las dificultades, sin que jamás el derrotismo inhiba nuestra facultad de lucha. Que si somos dirigentes de la Nación, la imagen de la Patria presida nuestros actos i conforte nuestros sacrificios. Que si somos políticos, el decoro de una vida honrada i de veras dispuesta al servicio del país respalde la solidez de nuestras iniciativas i rubrique la confianza de nuestros electores, sin que un tiempo que es precioso se malgaste en futilidades dialécticas o en escaramuzas de partido. Que si somos hombres de la calle, confiemos, más que en el apoyo ajeno o en la aventura demagógica, en la disciplina del trabajo i en la justicia de la ley.

I todavía una impetración más: no olvidemos que hoy en día un motivo especial nos induce i, en cierto modo, nos obliga a vivir una vida de derecho, confiada en el derecho i respetuosa del derecho. La presencia de un peruano

en uno de los sitiales de la Corte Internacional de Justicia ha entrañado un testimonio de señalada deferencia que el mundo internacional rindió a la tradición jurídica peruana. El pueblo del Perú se halla en el caso de hacer honor a ese testimonio con una decidida, con una inquebrantable lealtad a las normas de la ley, a los imperativos de la justicia social i a las decisiones de la magistratura. Un deber de consecuencia intelectual i ética impone esta actitud de respuesta. I recuerde nuestro pueblo que él hace así también su parte en cooperar a un objetivo de noble interés mundial; i que si en esta grave hora de crisis general los recursos políticos se agotan, la mirada del mundo i la nuestra habrán de dirigirse hacia el Derecho para salvar la paz.

* * *

Señor Presidente de la Corte Suprema:

Agradezco rendidamente el honor i la oportunidad que la Corte Suprema del Perú me brinda, al recibirme en Sala Plena, para expresarle mis respetos i para trasmitirle el mensaje de alta deferencia que le dedica la Corte Internacional de Justicia de La Haya. Aprecio en sumo grado la conceptuosa i magnánima forma en que vos, señor Presidente, habéis enjuiciado en vuestro erudito discurso mi actuación de hombre de Derecho i descrito con mano maestra las actividades del Tribunal al que me cabe la honra de pertenecer. Quiero, igualmente, enunciar el tributo de mi reconocimiento a la Corte Superior de Lima, así como a los señores jueces de primera instancia i demás miembros de este Distrito Judicial aquí presentes, por la prestancia i distinción que con su concurrencia agregan a esta memorable ceremonia. I me es muy grato, por último, deciros cuánta es mi complacencia por la valiosa compañía que en este acto me prestan mis antiguos colegas, los miembros representativos del Colegio de Abogados de Lima. A todos, el testimonio de mi sincera gratitud.

Depositario de una tradición de singular valor científico i de limpias prendas morales, el Poder Judicial del Perú se esmera dignamente en cumplir la parte de tarea que le incumbe en la obra grandiosa de afirmación del derecho i de promoción de la paz social a la que me he referido en este discurso. Como órgano máximo de aquel Poder del Estado, tócale a esta Suprema Corte una muy señalada i trascendente responsabilidad en esa obra. Yo formulo mis votos por que el éxito acompañe sus afanes y porque la cooperación hermanada i decidida de los tribunales nacionales con los órganos de la jurisprudencia internacional alcance al fin, como magnífico remate, el unánime imperio de la justicia en el mundo.

CULTURA Y DERECHO CONSTITUCIONAL

ENTREVISTA A PETER HÄBERLE *

Raúl Gustavo Ferreyra **

La conversación académica¹ fue realizada el 21 de abril de 2009, en la Facultad de Derecho. Un día después, el decano de la facultad, Prof. Dr. Atilio A. Alterini, entregó al Prof. Dr. Häberle el Doctorado *Honoris Causa* de la Universidad de Buenos Aires.²

PREGUNTA 1

Las categorías jurídicas básicas del Derecho Constitucional —democracia, república, división de poderes, federalismo, parlamentarismo, cartas de derechos— son invenciones europeas, fundamentalmente, como en tantas otras cosas la civilización actual es heredera del pensamiento de la Ilustración del siglo XVIII. Sin

(*) Prof. Dr. Dr. H.c.mult. Director ejecutivo del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Jurídica de Bayreuth y del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo, Universidad de Bayreuth. Doctor *honoris causa* por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Buenos Aires.

(**) Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio Gioja”, Facultad de Derecho; Doctor por la Universidad de Buenos Aires.

⁽¹⁾ Colaboró en la entrevista el abogado Sebastián Diego Toledo, docente de Derecho Constitucional, quien formuló las preguntas individualizadas en el texto con los números 10 y 11, respectivamente. Con posterioridad al encuentro, el Prof. Häberle envió un texto con las respuestas a las preguntas, pieza constituyente de lo que aquí se publica. Se agradece a la Profesora Irene Knoop la traducción rigurosa y precisa de dicho texto del alemán al castellano.

⁽²⁾ Su *lectio doctoralis*: “La Constitución federal de la Argentina, desde la cultura”, ha sido publicada en *La Ley, Actualidad*, edición del 30 de abril de 2009; la *laudatio* académica fue pronunciada por los Profesores Dres. Eugenio Raúl Zaffaroni y Raúl Gustavo Ferreira.

embargo, el modelo constitucional más antiguo es la Constitución de 1787 de EE. UU., proceso que recogió la producción europea y únicamente añadió, por decirlo de algún modo, el sistema de gobierno presidencialista. El Derecho Constitucional escrito, formalizado, duradero, eficaz, tiene más de doscientos años, a condición de que se establezca que la Constitución de EE. UU. de 1787 significa, razonablemente, un punto de partida. Que observa desarrollo en América Latina y sin entrar en ninguna comparación se puede afirmar que el texto de la Constitución federal de la Argentina de 1853–60 es de los más antiguos, y que, en Europa se afianza, definitivamente, después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, particularmente, con la Constitución de Alemania de 1949. Los tres modelos constitucionales citados, siguiendo su teoría, configuran la organización fundamental del Estado y la sociedad.

Asumiéndose, pues, que los tres modelos son resultado de la creación humana, es decir tanto el Derecho Constitucional estadounidense, como el alemán y el argentino, son fruto de la actividad del hombre, motivo por el cual, sus reglas, son antes que están en el mundo. Concretamente, el Derecho Constitucional es una invención del hombre moderno, tratándose de una cosa (instrumento) que establece la autodeterminación comunitaria.

Ahora bien, esta cosa, el Derecho Constitucional, según su punto de vista: ¿qué status ontológico tiene? Más precisamente: en la eterna disputa filosófica entre idealismo y realismo: ¿las reglas dispuestas en los textos constitucionales son antes reales o ideales?

La respuesta a esta primera pregunta es especialmente complicada. Usted pregunta por el “status ontológico” del Derecho Constitucional. Debo abordar este tema desde dos puntos de vista. En primer lugar, desde un aspecto formal: la Constitución es, en la teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Kelsen, el complejo normativo de mayor importancia. Hablamos entonces de la supremacía de la Constitución. Por supuesto existe una jerarquía adicional, inmanente a la Constitución. Las así llamadas cláusulas de eternidad quitan incluso al constitucionalista, cuyo objetivo es la reforma o redacción de la Constitución, determinados valores supremos últimos. Ejemplos de ello encontramos en las famosas cláusulas de la eternidad del famoso art. 79 III de la Constitución Alemana (GG) así como en Portugal (1976) y en el art. 28 de la Constitución federal de la Argentina. Un primer ejemplo se puede hallar en la Constitución de Noruega de 1814. En cuanto al contenido, la Constitución se compone materialmente de múltiples y variadas figuras legales y principios. Por una parte se extienden hasta una esfera ideal y por la otra, poseen una fuerte referencia a la realidad. Reaccionan ante experiencias históricas concretas (por ejemplo: la Constitución alemana reglamenta en el art. 5, entre otras, la libertad de información, la que no existía en el Tercer Reich,

o la constitución procesa catástrofes históricas (un ejemplo es el artículo sobre Tschernobyl en la Constitución de Ucrania).

La dignidad humana es el valor supremo, ya que llega hasta el máximo plano idealista, al menos si se la interpreta según I. Kant. Por otro lado, también se encuentran exigencias muy realistas en la Constitución. Se puede mencionar el postulado del pluralismo que aplicó el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) en sus múltiples fallos con respecto a la televisión (palabras clave son el pluralismo interno de las emisoras de televisión públicas y el pluralismo externo de las emisoras privadas que compiten entre sí). Así encontramos en los textos constitucionales, en parte referencias reales y en parte referencias ideales. La doctrina alemana conoce el bello término de “realidad constitucional”, que muchas veces se halla en tensión con el Derecho Constitucional. Existe, por ejemplo, un conflicto concreto entre la libertad del representante en el Parlamento y su lealtad a su partido político. En Alemania hablamos de la tensión entre el art. 38 y el art. 21 de la Constitución.

PREGUNTA 2

Usted ha cumplido más de cincuenta años dedicados exclusivamente a la investigación y desarrollo científico; la unidad y la excelencia en la tarea del científico constituyen paradigmas de su labor. Naturalmente, su principal preocupación ha sido y es, el mundo, las cosas que son sus constituyentes y los problemas que afectan a dichos objetos. Para el conocimiento de la realidad se han ensayado la observación y el razonamiento; en muchos casos, empirismo que proscribió al racionalismo y viceversa.

Sin entrar en la disputa entre racionalistas y empiristas, cuyas consecuencias ciertamente se aprecian también en la ciencia del Derecho, y teniendo presente que usted ha sido el único jurista que ha desarrollado profundamente ideas de Karl Popper, brillante racionalista moderado o crítico (según su propia definición): ¿cuál es el método más apropiado para el conocimiento de la realidad jurídico constitucional, el experimental, el racionalismo, o la mixtura de ambos?

En efecto, me dedico hace exactamente cincuenta años (comienzo del trabajo en mi tesis doctoral) al estudio científico del Derecho Constitucional. Uno de mis clásicos referentes es, por cierto, K. Popper y su teoría del racionalismo crítico. Sin embargo, este pensador no puede indagar en profundidad la realidad del Estado constitucional, porque su sociedad abierta precisa, desde un inicio, de fundamentos culturales. En otras palabras, precisa de los principios científico-culturales. La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt resulta, a su vez, de gran ayuda. Piénsese en la

crítica a los medios y a la sociedad de consumo así como al mundo de las mercancías. Y con anterioridad a Popper, podemos mencionar la sabiduría de los clásicos de la Antigüedad, y me refiero aquí a la relación establecida por Aristóteles entre igualdad y justicia (hablamos de la prohibición de la arbitrariedad) o a su doctrina del Derecho natural. Para el pensamiento constitucionalista resultan imprescindibles las teorías del contrato en las variantes de Hobbes a Locke, hasta Rousseau y Kant. Hoy comprendemos a la Constitución como un proceso siempre novedoso entre “el convivir y el soportarse” entre los ciudadanos. Ya en 1978 me animé a formular la teoría de que los tribunales constitucionales participan de la actualización del contrato social vivido. También nos encontramos en el camino hacia un contrato social europeo, que puede alcanzarse a través del avance de la integración europea en forma de diversos contratos, en el sentido de la reforma gradual (desde los contratos romanos del año 1957 hasta Maastricht y Amsterdam en los años 90, así como también el fracasado proyecto de Constitución de 2004 y el así llamado Tratado de Reforma de la UE (Lisboa) de 2007, que actualmente está siendo evaluado por el Tribunal Constitucional Federal).

También el federalismo es una manera particularmente compatible con la posibilidad de experimentación. Hace una década que hablo del “taller Suizo” o de un Estado federal en continuo proceso de experimentación.

En las Constituciones de los cantones suizos que se encuentran en una profunda revisión, se hallan muchos experimentos, que luego han sido adoptados o corregidos por la instancia superior de la Constitución Nacional Suiza de 1999.

El racionalismo de Popper tampoco resulta suficiente por la siguiente razón: el hombre no es solamente un “animal racional”, también vive de emociones. El Estado constitucional le da un espacio a estas “fuentes de consenso emocional”, cuando crea himnos nacionales o banderas nacionales (ver al respecto mis últimas obras) o cuando estipula nuevos feriados nacionales. En este punto deberíamos tener presente la imagen del hombre racional y emocional del Estado constitucional. Ni siquiera el mercado es comprensible únicamente a partir de la figura artificial del *homo oeconomicus*. El hombre no vive solamente como maximizador racional de sus intereses, sino que también se desempeña en el mercado a partir de motivaciones irracionales. Rüstow, un clásico de la economía nacional, tuvo esto más presente que muchos de los actuales ideólogos del mercado.

PREGUNTA 3

Especialmente a partir de 1982 usted ha presentado e insistido con la tesis de que la teoría del Derecho Constitucional es un producto cultural. Karl Popper dividió la realidad mundana en mundo físico, mundo sensible y mundo cultural. El mundo tercero o cultural de Popper es una realidad objetiva, integrada, básicamente, por el resultado del conocimiento humano.

¿El Derecho Constitucional y su teoría formarían parte del mundo tercero de Popper?

Usted pregunta acerca de la teoría de los tres mundos de Popper. Yo no estoy tan seguro de que ésta realmente sea de ayuda para los constitucionalistas. La matemática podría ser concebida tanto como perteneciente a las ciencias naturales como al mundo de la cultura. Hasta donde conozco, esta cuestión ni siquiera está resuelta entre los matemáticos. Además no puedo escindir al mundo tercero, es decir el mundo de los contenidos espirituales y culturales, del mundo segundo, es decir el mundo de las percepciones individuales. Existen, por ejemplo, discusiones acerca de si las obras de arte de Miguel Ángel o las catedrales góticas pueden ser consideradas —independientemente del observador— como obras de arte, es decir, bellas. Es sabido que ya en la antigua Grecia existía una clasificación en tres mundos: *Logos*, *Psyche* y *Physis*; los romanos distinguían entre *Ratio*, *Intellectus* y *Materia*. Nosotros, los constitucionalistas, debemos partir de la autonomía del “mundo del Estado constitucional” y de su estudio científico, y también debemos tener presentes los límites de nuestras capacidades interpretativas y por ello ser humildes. La filosofía puede especular, asociar a su gusto, la teoría constitucional debe dar respuestas concretas y responsables, como por ejemplo, en el caso de la revisión de una ley parlamentaria por un tribunal constitucional en base a las normas de la Constitución, o en el caso de un juez en lo civil o en lo penal de primera instancia que debe responsabilizarse ante el caso particular a ser juzgado.

Como pequeño complemento, quisiera agregar algunas ideas más acerca de la concepción de los tres mundos:

Hacia 1982 desarrollé la teoría de la Constitución como cultura, o dicho de otro modo, del principio científico-cultural. K. Popper fue esclarecedor para mí solamente con respecto a su concepto de la sociedad abierta, es decir, el rechazo de todos los sistemas totalitarios como el nacionalsocialismo, el fascismo, el marxismo y el leninismo. No comparto su crítica a Platón, porque, como es sabido, según una observación ingeniosa de Whitehead, la historia del pensamiento no son más que notas puestas al margen de la obra de Platón. A diferencia de Popper intento fundamentar la sociedad abierta a partir del principio científico-cultural. Y hasta donde yo sé, esto

no es lo que pretende Popper. Sin cultura el ser humano, a pesar toda la apertura, caería a un precipicio. Por lo demás, hoy en día no existen, en mi opinión, tres mundos. Existe solamente un mundo, aunque por supuesto se trata de un mundo con gran diversidad cultural.

Tampoco comparto la idea de Primer Mundo, Segundo Mundo y Tercer Mundo, porque tiende a una cuestión valorativa que no es correcta. El Primer Mundo, es decir la así llamada vieja Europa, aún hoy puede aprender mucho del Tercer Mundo. Esto es especialmente válido para el Derecho Constitucional. Piénsese por ejemplo en la figura del defensor del pueblo en América Latina, a la cual aportó especialmente México.

PREGUNTA 4

A principios de la década de 1960 usted presenta en la comunidad científica del Derecho Constitucional, un nuevo paradigma teórico, explicación y desarrollo de una regla de la Constitución alemana de 1949. Magníficamente, en el artículo 19, apartado 2 se dispone: "En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial". La regla constitucional alemana ha significado un paradigma para la comprensión y desarrollo de los derechos fundamentales, felizmente imitada. Particularmente, usted planteó en su tesis doctoral la doble dimensión de los derechos fundamentales: la subjetiva o plurisubjetiva y la institucional.

Después de sesenta años desde la sanción de la regla constitucional y medio siglo de su tesis doctoral: ¿qué balance hace de la aplicación de la regla en el Derecho Constitucional alemán? ¿Qué horizonte de proyección se atreve a pronosticar para el siglo XXI, para estados como el argentino, por ejemplo, cuya Constitución federal a partir de 1994 ha dotado de jerarquía constitucional a los más importantes instrumentos internacionales de Derechos Humanos y son Derecho directamente aplicable?

Ha sido una gran suerte para mí, haber podido proponer a mi maestro académico K. Hesse en Freiburg, la elección de la famosa "Garantía del contenido esencial" del Art. 19 II de la Constitución alemana (GG) para mi tesis doctoral. A su compleja pregunta responderé en tres pasos: la garantía del contenido esencial se basaba en estudios previos sobre la dogmática en tiempos de la República de Weimar. La Constitución la normó con la intención de poner un límite a todos los socavamientos abiertos y encubiertos de los derechos fundamentales. A efectos de la comparación de las constituciones, en muchos continentes y en muchas Constituciones Nacionales, y recientemente incluso en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se encuentran diferentes formulaciones del Art. 19

II GG. Las Constituciones de los cantones suizos hablan de las garantías del contenido esencial. Algunas Constituciones del este europeo, como la de Polonia y la de Estonia protegen el contenido esencial. Incluso en la Constitución de España de 1978 se puede reconocer el modelo del art. 19 II GG. Finalmente, también encontramos artículos que siguen a este modelo en las Constituciones de las provincias sudafricanas. En otras palabras, la garantía del contenido esencial probablemente se haya tornado en el mayor éxito de exportación del GG.

En Alemania existen tres teorías: La garantía del contenido esencial absoluta, según la cual la esencia última de los derechos fundamentales está protegida en forma intangible aún con respecto al legislador, luego la teoría de la garantía esencial relativa, que trabaja con una valoración de los bienes jurídicos, y finalmente una solución combinada, que propuse yo mismo en 1962 y que fue adoptada por mi gran maestro K. Hesse en su obra *Grundzüge* (1967). Me alegra que la Constitución Argentina de 1994 haya colocado a los derechos humanos como de aplicación directa en la instancia superior de la jerarquía normativa.

PREGUNTA 5

Su tesis sobre la sociedad abierta de los intérpretes de la constitución fue inaugurada en 1975.³ Allí usted plantea la ampliación de la interpretación del Derecho Constitucional a todos los ciudadanos y no restringir, solamente, a los operadores, es decir jueces y constitucionalistas. Su "sociedad abierta de los intérpretes de la constitución" es una comunidad luminosa si se la compara con la sociedad que limita la interpretación del Derecho Constitucional. La tesis de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución fue enunciada al mismo tiempo que el mundo asistía al comienzo de un profundo cambio tecnológico, especialmente, en las comunicaciones. Concretamente, la información y la comunicación en 1975 no eran ni remotamente lo que es hoy en día; las posibilidades que permiten los medios de comunicación actualmente han crecido exponencialmente en los últimos cuarenta años.

Consecuentemente, teniendo en cuenta que hoy que el hombre siempre debe enfrentar la dificultad gnoseológica de lo que no conoce: ¿Cree usted que el cambio radical en las comunicaciones facilita la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución? O dicho de otro: ¿Considera Usted atinente la actualización de su

⁽³⁾ Ver, por todos, Peter Häberle: "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución", traducción del Prof. Xabier Arzo Santiesteban, fue publicada en Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 6, número 11, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2008, pp. 29-61.

tesis teniendo en cuenta la globalización de la información y, en paralelo, que no todo se conoce?

El paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución lo desarrollé en 1975. Recién veinte años después tomé conciencia de que, desde el punto de vista de la historia de la cultura, detrás de esta idea podría hallarse la tesis protestante de Martín Lutero acerca del sacerdocio de todos los creyentes. Realicemos una mirada retrospectiva: En la antigua Roma, el conocimiento del Derecho estaba reservado a la casta de los sacerdotes. La Ley de las Doce Tablas trajo consigo el conocimiento público del Derecho para los ciudadanos romanos, la que, como es sabido, fue creada por un grupo de juristas y políticos que viajó a Atenas, y se orientó en la legislación de Solón, que la gobernaba. El carácter público del Derecho es característica fundamental de todo Estado constitucional hasta hoy en día. Lo novedoso del paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución, es que ya no se trata del conocimiento público del Derecho, sino de que todos los ciudadanos tengan acceso al proceso interpretativo. La Corte Suprema del Brasil, bajo su presidente Mendes, fundamentó la aplicación del *amicus curiae* teóricamente a partir del concepto de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. El Tribunal Constitucional Federal alemán procede de manera pragmática y desde hace mucho tiempo otorga la palabra a grupos pluralistas, como por ejemplo, los sindicatos, las entidades empresariales, la Iglesia y otras comunidades religiosas en algunos procesos judiciales importantes, en audiencias públicas.

En 1975 no imaginaba los tremendos desarrollos que, especialmente en el ámbito técnico, podrían desafiar o quizás poner en duda mi paradigma.

Ya en la primera edición de mi obra *Europäische Verfassungslehre* de los años 2000/2001, así como también en la 6ª edición de 2008, proyecté la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales a la Unión Europea. Actualmente ya existen indicios de una sociedad abierta de intérpretes constitucionales en Europa. Esto se puede constatar a través de la participación vía Internet de algunos ciudadanos en el proyecto de la Constitución de 2004. Si esa constitución europea hubiera entrado en vigencia, ya podríamos hablar de una sociedad abierta de constitucionalistas en Europa. En Suiza, por ejemplo, existen procedimientos de audiencia pública: ciudadanos y grupos pluralistas pueden opinar acerca de proyectos de ley y revisiones de la Constitución. A nivel mundial debemos hablar de un conjunto de Constituciones parciales. Aún no existe un Derecho Constitucional mundial completo y probablemente tampoco se debería tender hacia él. Solamente existen Constituciones parciales como la Carta de las Naciones Unidas, la Convención de Derecho del Mar o el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, proyectado en Roma y llevado a la práctica en La Haya.

Mi concepto ideal de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es puesto en riesgo tanto en pequeña como en gran escala. A través de los procesos de concentración de poder por un lado, y por los lamentables procesos de economización, por el otro. Sin embargo, también podemos hallar aspectos positivos: organizaciones no gubernamentales participan de los procesos de información mundiales, como por ejemplo, en el derecho de protección al medio ambiente o en los derechos humanos.

PREGUNTA 6

Hacia fines de la década de 1970 usted presentó un nuevo paradigma: la constitución como proceso público. Estimo que su tesis, singularmente, es un desarrollo de su postulado de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. Lamentablemente, todavía, su contribución sobre la constitución como proceso público no ha sido traducida al castellano: ¿Podría usted trazar los rasgos básicos de su construcción teórica sobre la Constitución como proceso público?

Mi paradigma de la Constitución como proceso público se basa en los aportes científicos de R. Smend (*Zum Problem des Öffentlichen*, 1955) así como también de la obra de J. Habermas, *Zum Strukturwandel der Öffentlichkeit*, que data de fines de la década del 60. En un principio otorgué especial importancia a la vinculación con la corriente tradicional de la antigüedad, especialmente de Cicerón: *salus publica, res publica, res populi*. En textos constitucionales más contemporáneos, lo público se refleja en las normas constitucionales de la tradición francesa y española, que hablan de la libertad pública. Me gusta distinguir entre la así llamada tríada republicana: el ámbito privado personal protegido por el derecho fundamental, como el matrimonio, la familia, la protección de los datos personales y la protección de la palabra personal, también en el Derecho Penal. Protección de los sistemas tecnológicos de información (como por ejemplo, el examen *online*). Protección de la autodeterminación informativa.

El segundo ámbito es el público-social. Con esto me refiero al estatus público de los partidos políticos y de los diputados en el Parlamento, de las actividades públicas de corporaciones como los gremios, por ejemplo, los sindicatos (derecho de huelga), hasta el así llamado derecho público de las iglesias, que fue desarrollado por Rudolf Smend en los años 50.

El tercer ámbito es el público-estatal, es decir, el carácter público del Parlamento, el carácter público del Tribunal de Cuentas y las audiencias públicas ante un Tribunal Constitucional.

La idea de proceso me resulta de importancia a causa del principio democrático. La democracia vive gracias a los procesos, que en definitiva

deberían conducir a compromisos. Como la Constitución en tanto marco normativo realiza solamente, en parte, presupuestos de carácter sustantivo, lo demás deberá desarrollarse a lo largo del tiempo mediante la estructuración justa de una gran diversidad de procesos. Un ejemplo es mi reflexión: *salus puplica ex processu* (1970). Los procesos precisan, por supuesto, de una protección gradual de las minorías. Piénsese por ejemplo en los derechos constitucionales de la oposición en el Parlamento. El carácter público de la Constitución es un aspecto de mi idea acerca de la Constitución como proceso público. Este carácter público por supuesto no es ilimitado, ya que existen valores materiales fundamentales que no son negociables y que preexisten a la Constitución como proceso público: aquí pienso sobre todo en la dignidad humana como premisa cultural y antropológica del Estado constitucional, dignidad humana en el sentido de I. Kant. La idea de proceso además es especialmente conocida en el derecho angloamericano (*fair, due process*). Es más, esta idea ya existía en el derecho romano (*audiatur et altera pars*). Piénsese también en el proceso de prueba y error en Popper. Hasta podría agregar como ejemplo un texto clásico de F. A. Hayek: el mercado como proceso de descubrimiento. Esto último a pesar de que el mercado, en mi opinión, solamente posee un significado instrumental y que no comparto, especialmente hoy en día, la ideología liberal de mercado.

PREGUNTA 7

La dogmática constitucional del siglo XXI en América Latina ha recibido un muy importante estímulo con la publicación de su obra "El Estado constitucional", primero en México⁴ luego en Lima (2003) y ahora en la Argentina. Usted plantea y desarrolla la existencia de un nuevo tipo de Estado, el Estado constitucional. Este tipo de Estado, admite tanto el sistema de gobierno presidencialista como parlamentaria. En Europa el modelo presidencialista es desconocido en la práctica. No sucede lo mismo en América Latina, donde lo desconocido es la práctica del parlamentarismo. El parlamentarismo, rudimentariamente, exige cooperación de los partidos políticos; en cambio, el presidencialismo la confrontación. Desde hace quince años, nuestro amigo Eugenio Raúl Zaffaroni ha insistido repetidamente que en América Latina la inexistencia de golpes de estado no significa la debilidad de los gobiernos; precisamente, los gobiernos constitucionales en América Latina caen, por su propio peso, por su raíz presidencialista, que impediría la participación

⁽⁴⁾ Ver, por todos, Peter Häberle. *El Estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D. F., traducción de Héctor Fix-Fierro y estudio introductorio de Diego Valadés, 2003.

de todas las fuerzas en el escenario político. Zaffaroni propone la reforma constitucional en América Latina, especialmente en la Argentina, y la adopción de los sistemas parlamentarios. Nuestro amigo en común, Diego Valadés, por su parte, desde México, en una obra reciente propone examinar la "parlamentarización del presidencialismo". Acertadamente, Otto Bachof advirtió que no existen patentes de invención que aseguren el funcionamiento de un determinado sistema de gobierno; creo, por mi parte, que es inmediatamente necesario el cambio constitucional en la Argentina y la salida urgente y ordenada del hiperpresidencialismo.

Sin ingresar en el debate doctrinario parlamentarismo-presidencialismo, siendo usted un teórico del Derecho Constitucional y de su cambio formalizado: ¿Cuales son las luces y cuales son las sombras del funcionamiento durante sesenta años del parlamentarismo en Alemania?

Conozco la discusión latinoamericana con respecto a los conceptos planteados por el gran juez Zaffaroni y el autor mexicano Valadés. También sé, que en América Latina se discute mucho en torno a las ideas de presidencialismo y parlamentarismo. Creo que es probable que los países jóvenes que atraviesan situaciones difíciles, en especial aquellos países llamados emergentes como Brasil, precisen de un presidente con poderes limitados, pero importantes. Decisiva es justamente aquí la circunscripción del mandato a cuatro o cinco años y la limitación de la reelección a dos períodos de gestión consecutiva. Un contraejemplo catastrófico: Venezuela bajo el gobierno de Chávez hoy.

Los sistemas presidenciales en países jóvenes precisan una contraparte por fuertes tribunales constitucionales, como podemos observar con alegría actualmente en el Brasil gracias al Tribunal Supremo Federal bajo G. Mendes. Los sistemas parlamentarios tienen la gran ventaja de ser un reflejo pluralista de la sociedad abierta. En esto sin embargo podemos hallar un debilitamiento de los procesos de decisión.

Permítame una comparación con Francia. Usted sabe que De Gaulle adecuó la Constitución de la Quinta República de 1958 a sus propios intereses y que en el fondo despreciaba el sistema parlamentario de partidos. Hoy tenemos en Francia, la patria de los derechos humanos, tendencias hacia una república monárquica (Presidente Sarkozy-Bruni). España puede llamarse una monarquía republicana. Aquí como allá existe un Parlamento, aunque con diferente vitalidad y fuerza.

La teoría y la práctica del parlamentarismo en nuestra —desde hace sesenta años— exitosa democracia de acuerdo con la Ley Fundamental presenta más luces que sombras. Nombraré algunas sombras: la democracia partidaria domina en parte al Parlamento y los diputados en el Parlamento en demasiado pocas ocasiones pueden hacerse oír de manera espontánea e independiente. Esto es expresión de la oligarquía de los partidos políticos

ya existente en tiempos de la República de Weimar. Sin embargo, aún hoy en día tienen lugar importantes decisiones parlamentarias. Por lo general gracias a oradores individuales. Inolvidables son algunos discursos del importante jurista de la SPD, Adolf Arndt, así como también los discursos del diputado Ernst Benda, recientemente fallecido, con relación a la imprescriptibilidad y a los crímenes capitales.

El parlamentarismo de nuestra Constitución intenta siempre nuevas reformas parlamentarias con el objetivo de reanimar la discusión (por ejemplo, las actuales horas de planteo de preguntas). El parlamento alemán es considerado un activo parlamento de trabajo, es decir, el trabajo principal es realizado en las comisiones. Actualmente se discute la instalación de una televisión propia del Parlamento. El Presidente alemán se ve acotado a tareas representativas de acuerdo con la propia Constitución. Solo en casos excepcionales puede disolver el Parlamento. Esto es una antítesis con respecto a la República de Weimar. Cabe agregar que desde K. Adenauer se habla de una "democracia del Canciller". No oculto que estoy en contra de la opinión generalizada de que las mociones de desconfianza presentadas por los cancilleres H. Kohl y G. Schröder, que luego tuvieron éxito, sean formas de abusar de la Constitución. Lamentablemente el Tribunal Constitucional Federal no se opuso a este abuso de las formas. En realidad ambos cancilleres tenían la confianza de la mayoría de sus respectivos partidos políticos, pero pretendían "por la fuerza" un nuevo mandato del pueblo alemán.

PREGUNTA 8

Una de las discusiones en Derecho Constitucional podría ser presentada del este modo: un grupo de teóricos asume y respalda la idea de que la Constitución expresa un orden de valores dispuesto por el poder constituyente en el momento fundacional; otro grupo, por su parte, sostiene que la Constitución lejos de expresar un orden de valores, constituye uno básico que es asegurar que gobernarán quienes obtengan la mayoría de acuerdo al proceso fijado por la propia constitución. De manera esquemática, el primer grupo de opinión puede ser caracterizado como "valorativistas" y el segundo de "formalistas". Consecuentemente, entre formalistas y no formalistas: ¿Qué grano de verdad atribuye usted a uno y a otro grupo, especialmente teniendo en cuenta su tesis sobre texto y contexto constitucional?

Desde mi punto de vista, la Constitución expresa una pluralidad de valores fundamentales: comenzando con la dignidad humana, pasando por los derechos fundamentales individuales hasta llegar a la democracia como consecuencia organizacional de los derechos humanos. A esto se suma

la genial idea de Montesquieu con relación a la división de los poderes. Entendemos esta horizontalmente en el sentido de los tres poderes. Pero también la entendemos verticalmente en las formas del federalismo, de las corporaciones territoriales autónomas en España y de la autogestión comunal. A esto se suman funciones del Estado: del Estado social, pasando por el Estado cultural hasta llegar al Estado ecológico. La Constitución es en distinto grado un ordenamiento marco. Algunos principios son inmodificables, otros pueden ser modificados con la mayoría de dos tercios. Mi tesis de los niveles textuales involucra también siempre a los contextos. Con esto me refiero al hecho de explicar a través de aportes reflexivos, lo cual tiene sus límites. El paradigma de los niveles textuales significa que muchas veces sucede que un constitucionalista concreta con posterioridad en un texto, lo que ya fue fijado por sentencias judiciales o ya ha sido puesto en práctica por la realidad constitucional.

PREGUNTA 9

La jurisdicción constitucional, esto es la invención de que la Constitución establece un ordenamiento jerárquico en cuya cima, precisamente, esta la Constitución y consecuentemente, pueden inaplicarse todas las leyes que se le opongan, cumplió doscientos años. El célebre fallo "Marbury vs. Madison" en 1803 inauguró la jurisdicción constitucional. En 2009 se cumplen sesenta años de una de las jurisdicciones constitucionales más desarrolladas del Mundo, la alemana; y, concretamente, dentro de dos años se cumplirán ochenta años de una de las polémicas más famosas del Derecho: Hans Kelsen vs. Carl Schmitt: ¿quién debe ser el guardián de la Constitución? Usted ha anotado, con objetividad y rigor, que los aniversarios son útiles para recrear y repensar las bases emocionales de consenso comunitario.

Desde dicha perspectiva y sin pasar por alto las objetivas diferencias que existen en el ámbito de la jurisdicción constitucional —entre jurisdicción que adopta el modelo difuso y jurisdicción que adopta el modelo concentrado: ¿cuál es el inventario de la jurisdicción constitucional en nuestro tiempo? Dicho de otro modo: ¿Qué avances se aprecia en el control de la ley inconstitucional y que desafíos o retos quedan por delante en el siglo XXI?

Todo Estado constitucional debería poder decidir si elige una jurisdicción constitucional difusa o una jurisdicción constitucional concentrada. El grado de efectividad del modelo difuso es demostrado en el caso *Marbury vs. Madison* (1803) en Estados Unidos. El grado de efectividad para una jurisdicción constitucional autónoma es demostrado por la Corte Constitucional en Roma (1947), la Constitución alemana (1949); el Tribunal

Constitucional Federal comenzó en 1951, y muy especialmente el Tribunal Constitucional en Lisboa y en España. En nuestros días, los instrumentos de la jurisdicción constitucional se han perfeccionado enormemente. Con relación a esto solamente algunas ideas claves: la contemplación de las consecuencias de un fallo de un juez, la exigencia de la comparación constitucional como quinto método de interpretación, lo cual fue propuesto por mí en 1989, adoptado por el Tribunal Estatal en Lichtenstein en los años 90, haciendo referencia a mi persona, y llevado a la práctica por muchos Tribunales Constitucionales europeos. Lamentablemente en este punto la Corte Suprema de los Estados Unidos, a la que tenemos tanto que agradecer, se encuentra especialmente rezagada. Solamente la jueza Ginsburg expresó hace poco en una entrevista para un periódico americano, que en la Corte Suprema americana debería realizarse más derecho comparado y que los Tribunales Constitucionales nacionales deberían preocuparse más por comprenderse como instrumentos en un sistema mundial. Tengamos en cuenta que en primera instancia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Luxemburgo también formula peticiones jurídicas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El concepto alemán de Estado de Derecho y la *rule of law* de los países anglosajones se encuentran, conjuntamente con la defensa universal de los derechos humanos, en la vanguardia. Finalmente: a los instrumentos de la jurisdicción constitucional también pertenece la posibilidad de votos judiciales particulares, creados en los Estados Unidos, implementados también en el Tribunal Constitucional Federal (aún no en Italia) y llevado al plano constitucional en la Constitución de España. Existen ejemplos para demostrar que el voto singular de *hoy* se constituirá en un voto mayoritario de *mañana*, gracias a la dimensión pública en la dimensión temporal. En mi opinión, esto constituye una prueba para la existencia de la "Constitución como proceso público".

PREGUNTA 10

En Latinoamérica, los mecanismos democráticos (sufragio) y la división de poderes se ven muchas veces afectados por intereses particulares o sectoriales. Está surgiendo un importante activismo judicial, como reacción que llega, incluso a normar explícitamente antes las falencias de los otros poderes. ¿Considera usted que esto promueve la consolidación institucional o es un retrotraimiento del sistema republicano?

Gracias a las invitaciones a México, Brasil y ahora felizmente a la Argentina, es de mi conocimiento que la división de poderes en América Latina muchas veces se encuentra amenazada por intereses políticos reales.

Como observador participante estoy contento de que los tribunales constitucionales practiquen el *judicial activism* y que obliguen a los demás poderes a actuar. Desde un punto de vista comparativo podemos aprender que en los estados constitucionales existe una interacción entre *judicial activism* y *judicial restraint*. Esto lo encontramos en la historia de la Suprema Corte americana. También el Tribunal Constitucional Federal alemán atraviesa distintos momentos con diferentes grados de actividad. Probablemente sea únicamente el espíritu del mundo el que pueda reconocer cuándo resulta conveniente la actividad y cuándo la pasividad. Lo que es seguro es que el Tribunal Constitucional húngaro había sido bien asesorado tras la caída del muro en 1989–1990 y se animó a una postura muy activista, ya que los demás poderes aún no podían trabajar conforme a la Constitución. Según mi conocimiento, el Tribunal Constitucional de Budapest hoy en día actúa de manera más moderada. Esto merece la aprobación, ya que el Estado constitucional húngaro se encuentra bien establecido. Se hablaba entonces de una Constitución invisible inventada o hasta puesta en práctica por el Tribunal Constitucional. En mi opinión, para Argentina vale lo siguiente: El activismo jurídico de su Corte Suprema reside actualmente en la consolidación del orden institucional. El sistema republicano no se ve debilitado por una actividad jurídica temporal, sino fortalecido. Más específicamente: en una etapa de transición o de madurez los demás órganos estatales deben y pueden aprender de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina.

PREGUNTA 11

¿Qué propuestas podría formular en torno a la concretización de su idea de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales en democracias "jóvenes" como la Argentina?

El paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales debería constituirse en objeto de la pedagogía. En otras palabras: los derechos humanos deberían ser aprendidos en la escuela como objetivos de la educación, como ya fue propuesto tempranamente por las Constituciones del Perú y de Guatemala. En la Argentina se debería incentivar a la juventud tempranamente a participar de los procesos de creación e interpretación del Derecho a través de peticiones y discusiones. Es posible que esto aún sea una utopía. Al menos las universidades deberían ser exigidas en este sentido. En 1974, en una conferencia en Berlín, me animé a formular la siguiente hipótesis: de las escuelas depende la teoría constitucional que podamos desarrollar en el futuro.

PREGUNTA 12

Alemania y la Argentina han tenido relaciones desde el siglo XIX. Sin embargo, las relaciones académicas son de más reciente data y, quizás, consecuencia de la globalización y de la nueva sociedad de la información. A lo largo de su vida, usted siempre ha desistido, tanto del ejercicio profesional de la abogacía como ocupar cargos públicos electivos. Dicho prontamente: usted ha dedicado su vida a la academia, privilegiando la unidad en la investigación y asegurando la imparcialidad y el rigor científicos. Naturalmente, a lo largo de su vida ha obtenido méritos académicos de diferente naturaleza y en diferentes lugares y en diferentes momentos. Los profesores Atilio A. Alterini y Eugenio Raúl Zaffaroni son, seguramente, dos de los más distinguidos juristas de Iberoamérica. Ellos, desde la Universidad de Buenos Aires, Alterini como Decano y Zaffaroni como Director del Departamento de Derecho Penal han impulsado y liderado, junto a un grupo nutrido de profesores que integramos, el otorgamiento del Doctorado Honoris Causa.

¿Cuál es la representación singular que este Doctorado significa en su valiosísima trayectoria de estudio e investigación científica? ¿Cree usted que es posible profundizar las relaciones académicas entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el mundo académico alemán? En caso afirmativo: ¿Qué itinerarios sugiere para el desarrollo de las relaciones institucionales académicas?

- Programas de intercambio, tanto de estudiantes como de doctorandos y docentes. Decisivo es el acompañamiento por un profesor individual del Tribunal constitucional.
- ¡Las personas logran mejores instituciones!
- A través de convenios de cooperación
- La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires debería vincularse con alguna de las mejores Facultades alemanas.

PREGUNTA 13

Al comenzar esta entrevista, se hace mención a distintas experiencias constitucionales: la estadounidense, la alemana y la argentina. Los tres estados tienen una nota en común: la orientación jurídica del Estado es la federal. El cambio constitucional formalizado, la reforma constitucional, ha observado a lo largo del tiempo diferentes itinerarios: en los EE. UU. la Constitución ha sido reformada en menos de dieciocho oportunidades en más de doscientos años; la Argentina reformó la Constitución federal en cinco oportunidades en 156 años y, significativamente, Alemania la ha modificado en muchísimas más oportunidades que los cambios constitucionales en la Argentina y EE. UU. sumados. Si se compara la experiencia

alemana con la estadounidense, la flexibilidad constitucional alemana no ha sido superior a la rigidez constitucional estadounidense, si lo que se pretende comparar es la estabilidad de los sistemas constitucionales. Tanto los alemanes desde 1949, como los estadounidenses desde 1789, estrictamente, en lo relacionado con la estabilidad apuntada, con medios e instrumentos distintos lo van logrando. Pareciera, pues, para un observador externo del sistema jurídico alemán que los alemanes adaptan su Constitución todas las veces que sea necesario y los estadounidenses sin llegar a la reforma igual viven dentro del perímetro constitucional. Consecuentemente, no hay una única fórmula vinculada a la reforma constitucional. No obstante, el Derecho Constitucional implica un diálogo intergeneracional: las generaciones venideras se verán beneficiadas y perjudicadas, tanto por lo satisfactorio que se establezca como por las asignaturas pendientes o los errores en la configuración constitucional. Asimismo, hoy se asiste a la fantástica irrupción del Derecho Comunitario y del Derecho Internacional de los Derechos humanos.

¿Cuál piensa que será el escenario en el mundo del siglo XXI: "la internacionalización del Derecho Constitucional o la "constitucionalización del Derecho internacional"?

Ambas cuestiones son correctas: por una parte, una apertura del Derecho Constitucional nacional hacia el Derecho Internacional. Mi expresión clave "estado constitucional cooperativo" (1978) o la expresión del ya fallecido colega K. Vogel de "estatalidad abierta". En Europa hablamos de la europeización de las normativas jurídicas nacionales y de los tribunales constitucionales. Al mismo tiempo podemos hablar de manera limitada y solo puntualmente de una constitucionalización del Derecho Internacional. Para ello se debería clarificar el concepto de Constitución. En este caso sólo se puede tratar de Constituciones parciales. Un postulado clásico sigue siendo la paz perpetua de Kant (1795) y su concepto del propósito cosmopolita. Yo mismo defino el Derecho Internacional público como derecho de la humanidad universal. El Derecho Internacional público es hoy en día la disciplina parcial más interesante de las ciencias jurídicas. Yo mismo estoy muy viejo como para impulsar este proceso. La próxima generación tiene este desafío. Precisamos de una nueva Escuela de Salamanca, que por ejemplo, como ya fue esbozado, defienda el principio de Estado Constitucional en el Derecho Internacional público y que cree garantías para el respeto de los derechos humanos universales. En América Latina esto es especialmente válido para la población aborígen oprimida. Me alegra que, al menos a nivel de textos constitucionales, muchas Constituciones latinoamericanas tengan en cuenta a los pueblos aborígenes. La realidad constitucional presenta grandes déficit en este sentido. Felicito al amigo Raúl G. Ferreyra, por ocuparse desinteresadamente de los derechos vulnerados y de las condiciones de vida de los pueblos indígenas en el

norte argentino,⁵ y espero que la Corte Suprema de Justicia de la Nación encuentre aquí un camino que al mismo tiempo signifique un aporte a mi idea acerca de un *derecho constitucional común para toda América Latina*.

PREGUNTA 14

Usted en casi toda su obra hace constante agradecimiento y reconocimiento a su maestro, Konrad Hesse, constitucionalista y juez del Tribunal Constitucional alemán.

¿Cuáles son las afirmaciones básicas en cuanto al método de la investigación científica que usted recuerda de su maestro? ¿Cuáles son las proposiciones capitales, en cuanto al objeto de estudio, el Derecho constitucional, que lo han influido más marcadamente? ¿Sigue pensando que los maestros aprenden de sus discípulos? En caso afirmativo: ¿qué aconsejaría a quienes hoy comienzan su estudio del Derecho Constitucional?

Agradezco esta pregunta final acerca de mi maestro K. Hesse, que también abarca cuestiones de índole más personal. Su *opus magnum* son los "*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*" (1ª edición 1967, dedicada a R. Smend, 20ª edición 1995). Se trata de un clásico joven, convincente en la estructuración de su objeto de estudio y en el análisis sistemático del tema, ¡menos adecuado para los estudiantes de los primeros semestres que para los doctorandos y los colegas!

Aportes originales de este libro, que no presenta un abordaje comparativo, sino que se dedica exclusivamente al derecho fundamental, son:

- La fuerza normativa de la Constitución, Lección inaugural 1956, antítesis a la idea de la fuerza normativa de lo fáctico de G. Jellinek;
- El principio de la concordancia práctica, es decir, el equilibrio cuidadoso a través de la valoración de los bienes jurídicos de principios en conflicto, como los derechos fundamentales por un lado, y las situaciones de estatus especial, como en el caso de los funcionarios de carrera y el ejército, por el otro lado;
- Su principio de "concretización" en el proceso de interpretación de las normas constitucionales, por ejemplo, a través del legislador (mi tesis acerca de la necesidad de estructuración de todos los derechos fundamentales) y jurisprudencia constitucional.

Adopté muchas de estas ideas como fundamento de mis reflexiones. Además, según el prólogo de Hesse, pertenezco al grupo de asistentes que

⁽⁵⁾ Ver, por todos: Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re: "Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional", resoluciones del 19 de diciembre de 2008 y del 26 de marzo de 2009.

acompañó el largo proceso de formulación de estas ideas. Mi intento en el año 1965, de entusiasmarlo por el tema de la cultura, lamentablemente fracasó.

En efecto, creo en el *contrato científico generacional* entre maestros y estudiantes. Ya en la Antigüedad (Sócrates, Platón, Aristóteles), o en las escuelas monacales, y también en los creadores de las grandes catedrales existían vínculos entre maestros y alumnos. En principio estos vínculos versarán en torno a la adquisición de herramientas jurídicas básicas, más adelante podrán adquirir mayor complejidad conceptual.

Mis consejos para estudiantes del primer semestre: en primer lugar una opinión personal, buscarse tempranamente un maestro. Y en paralelo comenzar inmediatamente con la lectura de los clásicos, es decir, desde textos de Montesquieu, Rousseau y Kant hasta J. Rawls y H. Jonas.

Luego, paralelamente al estudio del Derecho Constitucional de su país, profundizar en el estudio de otro Derecho Constitucional nacional, según la influencia de personas de su conocimiento.

MANIFESTACIÓN FINAL DEL PROFESOR PETER HÄBERLE

Permítanme ustedes, don Raúl y don Sebastián, abordar un tema personal para finalizar este impactante conjunto de preguntas. Creo en el *futuro del Estado constitucional* en toda América Latina. Existirán retrocesos, como en el caso de Venezuela hoy, algunas veces las posibilidades podrán superar a las utopías concretas, como sucede actualmente en algunos textos constitucionales de Colombia, pero en la realidad constitucional se encuentran cada vez más salidas positivas. Stefan Zweig hablaba ya hace décadas de Brasil como el “país del futuro”. Después de mi segunda visita a este país puedo suponer que hoy la Argentina también es un país del futuro. Esto por varias razones: la Argentina posee excelentes textos constitucionales, los cuales presentan muchas posibilidades en términos de la interpretación de los mismos, esto en el sentido de mi pensamiento sobre las posibilidades. La Argentina cuenta con una Corte Suprema con un gran maestro como el juez Zaffaroni, quien gracias al *judicial activism* puede salvar algunos déficit del sistema. Además existe en la Argentina una comunidad científica nacional activa e innovadora en lo que respecta al tema del Estado constitucional. He leído varios libros y he tenido varias conversaciones que me vuelven optimista en este sentido. La nueva generación da lugar a grandes expectativas. Pude vivenciar esto ayer en el seminario del “Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires”,⁶ al que yo llamo “círculo sagrado”. Los

⁽⁶⁾ Ver, por todos: www.circulodoxa.org.

jóvenes doctorandos, también algunos estudiantes, formulaban preguntas muy específicas que demostraban cuán informados estaban con respecto al tema del Estado constitucional y más allá del caso de su propio país: desde preguntas acerca de la Unión Europea, hasta la pregunta delicada, pero crucial, acerca de la incorporación de Turquía en la UE o cuestiones referidas a al proceso de integración europeo (palabra clave: el tratado de Lisboa) o haciendo alusión a procesos culturales de rechazo, que deben haber tenido lugar en el transcurso de la rápida y a nivel político necesaria, reunificación alemana. En tanto existan estos seminarios en el sentido del W. v. Humboldt, de unidad entre investigación y docencia, en tanto exista una comunidad de educadores y educandos, no temo por la Argentina. Los excesos del presidencialismo pueden ser limitados justamente por las Universidades y los jóvenes abogados constitucionalistas. Agradezco la hospitalidad, la recepción amable de mis ideas y las ricas enseñanzas. Asimismo deseo que la Argentina continúe ejerciendo un rol preponderante en el largo proceso de conformación de su Estado constitucional y que realice aportes creativos para la conformación de un *derecho constitucional común para toda América Latina*, como ya lo he expresado en una jornada realizada en México D. F. hace aproximadamente ocho años.

¡Muchas gracias!

INFORME A LA MINISTRA DE JUSTICIA SOBRE ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO Y ANÁLISIS DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Lima, 30 de noviembre de 2010

Sra. Dra.
ROSARIO FERNÁNDEZ
Ministra de Justicia
Presente.

De mi consideración:

Me es grato dirigirle la presente en mi calidad de Presidente de la "Comisión de Estudio y Análisis del Código Procesal Constitucional" que el Ministerio de Justicia tuvo a bien conformar durante la gestión del Dr. Aurelio Pastor Valdivieso, y hacerle llegar el Informe Final preparado por la Comisión, que contiene el proyecto de reforma de varias disposiciones del referido Código. Nos hemos excedido del plazo que nos fuera concedido, pero ello se debió a la envergadura del encargo y la necesidad de coordinar criterios sobre temas jurídicamente sensibles.

A continuación enumeramos los antecedentes y metodología de trabajo, así como algunos de los temas que fueron analizados por la Comisión y que se recogen en el Informe Final.

I. CONVOCATORIA Y CONFORMACIÓN DE LA COMISIÓN

Mediante Resolución Ministerial N° 0201-2009-JUS, de fecha 20 de octubre de 2009, se creó 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 de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. Se fijó un plazo de 90 días calendario a partir de la fecha de su instalación, con el encargo de presentar al Ministerio de Justicia las iniciativas y propuestas que se considerasen pertinentes.

Su conformación es la siguiente:

Dr. Domingo García Belaunde, Presidente
Dr. Juan F. Monroy Gálvez
Dr. Arsenio Oré Guardia
Dr. Alberto Borea Odría
Dr. Jorge Luis Cáceres Arce
Dr. Aníbal Quiroga León
Dr. José F. Palomino Manchego
Dr. Nelson Ramírez Jiménez
Dr. Ernesto Blume Fortini
Dr. Juan Carlos Morón Urbina
Dr. Natale Amprimo Plá

Con posterioridad y mediante Resolución Ministerial N° 0079-2010-JUS, se incorporó a ella al Dr. Luis F. Castillo Córdova.

Como personal de apoyo se nombró a los Dres:

Edgar Carpio Marcos : Secretario Técnico de la Comisión
Jhonny Tupayachi Sotomayor : Secretario Técnico Adjunto de la Comisión

Con fecha 21 de enero del año en curso, en el despacho del Ministro de Justicia, se llevó a cabo la instalación y primera sesión de la Comisión, con la presencia del Dr. Aurelio Pastor, Ministro de Justicia en ese momento, quien declaró formalmente instalada la misma.

II. DE LA METODOLOGÍA DE TRABAJO Y DE LOS GRUPOS DE TRABAJO

Se consideró necesario fijar la metodología de trabajo y distribuir tareas entre sus miembros, así como los plazos en que debían cumplimentar los encargos.

Se acordó formar Subcomisiones de trabajo, que son las que se detallan a continuación:

1. Tema: Título Preliminar y Principios Generales

Integrantes: Dr. Aníbal Quiroga León
Dr. Nelson Ramírez Jiménez

2. Tema: Disposiciones Generales. Procesos de tutela de Derechos

Integrantes: Dr. Alberto Borea Odría
Dr. Natale Amprimo Plá

3. Tema: Procesos de tutela de Derechos

3.1. Tema: Habeas Corpus

Integrantes: Dr. Arsenio Oré Guardia
Dr. Alberto Borea Odría

3.2. Tema: Proceso de Amparo

Integrantes: Dr. Alberto Borea Odría
Dr. Natale Amprimo Plá

3.3. Tema: Habeas Data

Integrante: Dr. Juan Carlos Morón Urbina

3.4. Tema: Proceso de Cumplimiento

Integrantes: Dr. Jorge Luis Cáceres Arce
Dr. Juan Carlos Morón Urbina

4. Tema: Disposiciones Generales de procesos orgánicos

Integrantes: Dr. Ernesto Blume Fortini
Dr. Jorge Luis Cáceres Arce

5. Tema: Procesos Orgánicos

5.1. Tema: Proceso de Inconstitucionalidad

Integrantes: Dr. Jorge Luis Cáceres Arce
Dr. Ernesto Blume Fortini
Dr. José F. Palomino Manchego

5.2. Tema: Acción Popular

Integrantes: Dr. Ernesto Blume Fortini
Dr. Juan Carlos Morón Urbina

5.3. Tema: Proceso Competencial

Integrante: Dr. Ernesto Blume Fortini

6. Tema: Cumplimiento de Sentencias

Integrante: Dr. Aníbal Quiroga León

7. Tema: Jurisdicción Supranacional

Integrantes: Dr. Aníbal Quiroga León
Dr. Alberto Borea Odría

Debo precisar que por razones de fuerza mayor, el Dr. Juan F. Monroy Gálvez no ha podido participar en el desarrollo de las sesiones, de lo que dejé constancia en su oportunidad. Por otra parte, la participación del Dr. Luis Castillo Córdoba fue por vía electrónica (dado que su residencia habitual es la ciudad de Piura), quien enviaba sus comentarios sobre los puntos a debatir en la agenda programada para cada sesión. En el caso del Dr. Jorge Luís Cáceres Arce, quien reside en la ciudad de Arequipa, colaboró igualmente por vía electrónica, pero vino a Lima en la sesión correspondiente en que se trataron los temas bajo su responsabilidad.

III. OPINIONES SOLICITADAS E INCORPORACIÓN DE NUEVOS MIEMBROS

La Comisión acordó enviar comunicaciones a la Corte Suprema de Justicia, Cortes Superiores de todo el país, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Colegio de Abogados de Lima, Colegio de Abogados del Cusco, Colegio de Abogados de Tacna, Colegio de Abogados de Piura, Colegio de Abogados de Trujillo, Colegio de Abogados de Arequipa, Defensoría del Pueblo, Jurado Nacional de Elecciones, Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales y Universidades Privadas de todo el país con más de 30 años de antigüedad, solicitándoles su colaboración. Se enviaron más de cincuenta comunicaciones en ese sentido.

Por Resolución Ministerial N° 0019-2010-JUS, de fecha 22 de enero de 2010, se designó al Dr. Edgar Carpio Marcos como Secretario Técnico de la Comisión.

Dado el escaso tiempo que se otorgó a la Comisión para la revisión y formulación de propuestas sobre el Código Procesal Constitucional, se solicitó la ampliación del plazo para la entrega del informe final de la Comisión, la que fue coordinada con el Dr. Víctor García Toma, Ministro de Justicia en ese entonces, mediante Resolución Ministerial núm. 0079-2010-JUS de fecha 21 de abril de 2010.

Adicionalmente, la Comisión solicitó el nombramiento del Dr. Jhonny Tupayachi Sotomayor como Secretario Técnico Adjunto de la Comisión,

quien fue designado mediante Resolución Directoral N° 007-2010-JUS/DNAJ, de fecha 21 de abril de año en curso.

La mayoría de las reuniones de la Comisión se llevaron a cabo en el local del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, agradeciendo el apoyo brindado por su Director, Dr. Gerardo Eto Cruz, quien también participó en las sesiones en calidad de observador.

Se recibieron sugerencias y aportes de: Corte Superior de Justicia de Lima, Octavo Juzgado Constitucional de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, Corte Superior de Justicia de Tumbes, Editora Perú, Academia de la Magistratura, Corte Superior de Justicia del Cusco, Universidad San Martín de Porres, Colegio de Abogados de Arequipa, Corte Superior de Justicia de Amazonas, Corte Superior de Justicia de Huaura, Corte Superior de Justicia de Tacna, Ministerio Público (a través de la Fiscalía Suprema en lo Civil), Corte Superior de Justicia de La Libertad y Corte Superior de Justicia de Ucayali. A título personal y por propia iniciativa, se recibieron colaboraciones del Dr. Elvito Rodríguez Domínguez, Dra. Silvia Libertad Flores Viamont y Dr. Fernando Bustamante Zegarra. Se adjuntan como anexos dicha correspondencia.

La Comisión ha sesionado en pleno en catorce (14) oportunidades, donde se ha recibido el aporte y sustentación de cada uno de sus miembros. Se debatió cada propuesta y en los casos de opiniones divergentes se sometió a votación determinados temas. Debemos agradecer la activa y eficiente participación de la Sra. Luz Benites, representante del Ministerio de Justicia, quien apoyó a la Comisión no solo con las coordinaciones respectivas, sino también con la preparación y envío de las comunicaciones, el control de asistencias, así como el cumplimiento de diversos encargos de orden administrativo. Para tales efectos, asistió a todas las sesiones de la Comisión.

Terminado el debate y aprobadas por el Pleno las propuestas presentadas, se acordó conformar un Sub grupo de trabajo, denominado "Sub Comisión revisora y redactora", cuyo trabajo era revisar la redacción de las propuestas aprobadas y afinar algunos detalles, así como revisar concordancias y subsanar omisiones que pudieran existir. Este Sub grupo estuvo integrado por el Presidente de la Comisión, Dr. Domingo García Belaunde e integrado por los doctores Nelson Ramírez Jiménez, José F. Palomino Manchego y Juan Carlos Morón Urbina, contando con el apoyo del Dr. Jhonny Tupayachi Sotomayor.

La Sub Comisión tuvo siete (7) sesiones, en la cuales se corrigieron algunas contradicciones del texto aprobado, se subsanaron varias omisiones detectadas y se introdujeron algunos ajustes, los que fueron puestos en conocimiento de los miembros de la Comisión, quienes a través de comuni-

caciones escritas y electrónicas, participaron activamente en esta etapa final.

Fruto de todo ello es el texto final de propuestas de reforma que se acompaña a la presente y que presentamos a su Despacho. Cabe anotar que cada una de las propuestas que se formulan fueron objeto de un análisis detenido por cada uno de sus miembros, siendo casi todas ellas aprobadas por unanimidad, salvo en algunos casos en que esto no se alcanzó. En tal sentido, se quiere dejar expresa constancia que los miembros de la Comisión no se identifican necesariamente con todos y cada uno de los puntos aprobados y que constan en el Informe final, pero si representa un texto de consenso que deja a salvo las discrepancias eventuales que existen o puedan existir y que algunos de sus miembros mantienen o pueden mantener en el futuro.

IV. PROPUESTAS DE REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

A efectos de resaltar las principales propuestas de la Comisión, procedemos a detallarlas en el siguiente orden:

4.1. Título Preliminar de C. P. C.

- Es de conocimiento general la recargada carga procesal que tiene el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, pero ello, no puede significar excusa para la demora en resolver casos de urgencia, que merecen ser priorizados, por lo que se adiciona el principio de urgencia en la tramitación y resolución de las causas. (art. 111)
- El reconocimiento de la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por órganos supranacionales y la interpretación en base al principio pro homine, constituyen una garantía para la mayor protección de los derechos constitucionales. (Art. V)
- La incorporación del precedente vinculante a la jurisdicción constitucional es de gran valía al momento de homogenizar la jurisprudencia y preceptos establecidos por el Tribunal Constitucional. Pero también es necesario establecer mecanismos precisos al momento de emitir un precedente vinculante, siendo potestad única del Pleno del Tribunal Constitucional y no de las salas, con lo cual, su expedición requerirá de un mayor debate entre los magistrados. (art. VII)

4.2. Disposiciones generales de los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento

- La impunidad por la afectación de los derechos constitucionales merece protección del Estado. Por eso se faculta al afectado a iniciar acciones que correspondan a la naturaleza del agravio, como también se permite al Juez la remisión de los actuados al Fiscal Penal correspondiente para determinar la eventual sanción penal. (art. 1°)
- La delimitación de la legalidad normativa se hace necesaria cuando parte de la invocación de una norma que contraviene la Constitución, más aún, la protección de los derechos fundamentales por la afectación de una norma infralegal, es propia de protección mediante los procesos de Amparo y Acción Popular, de darse el caso. (art. 3°)
- Amparo contra resoluciones judiciales. Se ha establecido un procedimiento diferente para estos casos, que entendemos será más acorde con las jerarquías del Poder Judicial y la necesidad de ajustar las competencias.
- El requerimiento de rectificación al Director del medio que atente contra el honor del afectado como requisito para iniciar un proceso de Habeas Data. Se destaca la improcedencia de procesos constitucionales entre entidades públicas. (art. 5°)
- Dada las condiciones de rotación o variabilidad en el ejercicio del cargo de los funcionarios públicos, y frente a su responsabilidad en procesos constitucionales, se estipula que la notificación se hará en el domicilio consignado en su documento nacional de identidad o carné de extranjería, a fin de evitar la evasión de responsabilidades que pudieran derivar de una notificación incorrecta (art. 7°)

A efecto de hacer más efectivo el proceso, se ha establecido:

- Se faculta al Juez a ordenar la exhibición de documentos. En caso que se trate de entidades estatales, puede apersonarse a ella, de ser necesario.
- En base al principio de celeridad procesal. (art. 8°) se establece que las excepciones y defensas previas se resuelven en la sentencia, en los procesos de Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento. (art. 9°)
- La integración de decisiones puede darse en cualquier grado o instancia, incluido el Tribunal Constitucional, frente a las omisiones existentes.
- Se limita el conocimiento del Hábeas Corpus al juez penal del mismo distrito judicial en el que se dictó la resolución cuestionada o quien haga sus veces. (art. 12°)

- Se sanciona los actos dilatorios previstos en el artículo 112° del Código Procesal Civil, con una multa no menor de veinte ni mayor de sesenta unidades de referencia procesal. (art. 13°)
- Se hacen diversas precisiones sobre las medidas cautelares y la actuación de sentencia, de la que existe jurisprudencia constitucional, que hemos tratado de seguir.

4.3. Proceso de Hábeas Corpus

- Se precisa el lugar donde se puede presentar una demanda de Hábeas Corpus, ya sea en donde se haya ejecutado la medida, o se haya dictado o donde tenga su domicilio el afectado. (Art. 28°)
- Se corrige el error de numeración del artículo 33°.
- Se establece la elevación de los autos de primera a segunda instancia automáticamente en la fecha de apelación, independientemente del envío de las notificaciones que correspondan. (art. 36°)

4.4. Proceso de Amparo

Se establece:

- La obligación del juez de integrar a los terceros no emplazados en un proceso de Amparo, siempre y cuando la decisión que se adopte los vaya a afectar. (art. 43°)
- Se considera el hecho que el afectado haya solicitado aclaración, integración o corrección, caso en el cual se computa el plazo para interponer la demanda, desde que se notifica o publica su denegación. (art. 44°)
- Establecida la improcedencia liminar, la resolución debe ser notificada a todas las partes, debiendo adjuntarse la demanda y todos sus recaudos, precisando que en ningún caso se rechazará la demanda por causales de improcedencia establecida en otras leyes. (art. 47°)
- Para evitar la denegación de la demanda por ambigüedad, puede solicitarse la aclaración de la demanda en el plazo de tres días, bajo apercibimiento de declararse improcedente. (art. 48)
- Procede el desistimiento, tanto del proceso como de la pretensión. La acumulación es obligatoria cuando se trata de procesos en los que se discute la defensa de los mismos intereses difusos. (art. 49 y 50°)

- Si el Amparo se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior respectiva, la cual designará a uno de sus miembros. La procedencia de la misma se deberá resolver en el plazo de cinco días de interpuesta la demanda. (art. 51°)
- Se mejora la redacción correspondiente al artículo 53° (trámite del Amparo), estableciendo la posibilidad de subsanar los defectos en la relación procesal. Caso contrario, se declarará improcedente la demanda.
- Ante la incorporación de un litisconsorte, el juez ordenará se le notifique las resoluciones que se emitan a partir del apersonamiento. (art. 54°)
- La apelación de una sentencia no requiere fundamentación (art. 57°)
- Los abogados tienen derecho a un tiempo razonable para expresar con suficiencia los fundamentos de su posición en la audiencia de vista de la causa. Las discordias serán notificadas a las partes mediante resolución, señalándose también la fecha y hora para la nueva vista. (art. 58°)
- Se precisa el Amparo contra resoluciones judiciales. (Art. 58°)
- Se establece un "proceso constitucional extraordinario". (Se incorpora el art. 59° – A)
- Se incorporan reglas que deberán ser aplicadas al momento de interponerse el proceso de Amparo Electoral. (art. 59° – B)
- Frente a la denegatoria del pedido ante segunda instancia, en caso de represión de actos homogéneos, se podrá interponer Recurso de Agravio Constitucional. (art. 60°)
- Las notificaciones deben ser por escrito y bajo cargo, y no solo por la página web. Entendemos que ésta es una corruptela que debe enmendarse y no está permitida por el Código Procesal Constitucional.
- Puede implementarse la notificación electrónica, previo señalamiento de una casilla procesal para tales efectos.

4.5. Proceso de Hábeas Data

- Es procedente el Hábeas Data, frente a afectaciones expresas u omisiones, renuncia o retardo por el demandado, así como las decisiones denegatorias fundadas en exigencias irracionales. (art. 61°)

- Se incorpora y se amplía la legitimidad a representantes, herederos y en caso de personas jurídicas, a su representante legal o apoderado designado al efecto. (art. 61° – A)
- Se especifica la procedencia de medidas cautelares que tengan por objeto la suspensión provisional de la difusión del dato o información sometida a litigio, cuando esta pueda causar un daño irreparable. (art. 63° – A)

4.6. Proceso de Acción Popular

- Se ha delimitado los efectos de la retroactividad de la sentencia, quedando sin efecto la norma desde la fecha de la interposición de la demanda, exceptuando la norma de contenido tributario, en cuyo caso la Sala determinará sus efectos temporales.
- Es procedente la medida cautelar cuando la inconstitucionalidad de la norma cuestionada fuera notoria y directa y así lo considere la Sala competente.
- Se establece la obligatoriedad de la difusión de las sentencias estimativas, en la página web del Ministerio de Justicia y del Poder Judicial, al margen de su publicación en el diario oficial.

4.7. Disposiciones generales a los procedimientos ante el Tribunal Constitucional

- Antes de pronunciar sentencia, el Tribunal Constitucional, deberá subsanar cualquier vicio de procedimiento, sin perjuicio de la integración de su decisión.
- De existir discordia en la sentencia del Tribunal Constitucional, las aclaraciones serán resueltas por los magistrados que hicieron resolución, la cual debe ser resuelta en el plazo de diez días. Si este plazo no fuese respetado, lo resuelto carece de efecto vinculante para las partes.

V. CONCLUSIONES

- La importancia de los procesos constitucionales y la manera como se hacen efectivos, ha sido la prioridad de la Comisión, tratando al mismo tiempo que no sean desnaturalizados.
- Como todo cuerpo normativo es perfectible, los aportes que se consignan en las propuestas de reforma al Código se sustentan en

la necesidad de hacer más operativos los procesos constitucionales, propuestas que han surgido de la praxis judicial y de la interpretación de la norma, elementos que el legislador al momento de dar la norma en revisión, no contempló por diversas razones, y que ahora se pretende remediar, habida cuenta de la experiencia de estos últimos años.

En cualquier caso, creemos que el trabajo de la Comisión que me honro en presidir, significa un avance importante en relación con lo existente.

Sin más sobre el particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle las seguridades de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente

(firmado)

Domingo García Belaunde

Presidente

**Comisión de Estudio y Análisis del Código
Procesal Constitucional**

ANEXOS:

A. Texto del proyecto de propuestas de reformas al Código Procesal Constitucional, elaborado por la “Comisión de Estudio y Análisis del Código Procesal Constitucional” (anillado).

B. Textos en físico de los aportes enviados por instituciones varias a la Comisión (15 documentos anillados).

HOMENAJE A JORGE AVENDAÑO VALDEZ *

Baldo Kresalja Roselló

Señor Decano del Colegio de Abogados de Lima José Antonio Ñique de la Puente, Señor ex Decano doctor Jorge Avendaño Valdez, Señor ex Decano doctor Felipe Osterling Parodi, Señores miembros de la Junta Directiva, estimados colegas, Señoritas y Señores:

Esta es para mí una ocasión muy especial porque me permite en un solo acto agradecer en mi condición de discípulo las enseñanzas que en variadas materias me ha dado el Dr. Jorge Avendaño Valdez y, además, poderle rendir homenaje como colega y amigo.

Como bien lo señala el reglamento de la Condecoración “Francisco García Calderón”, la más alta distinción de nuestra orden, se hacen merecedores a la misma aquellos abogados que luego de treinta años de servicios profesionales hayan destacado por su labor intelectual, profesional, moral y de manera extraordinaria en la defensa del Estado de Derecho y la forma democrática de gobierno. Y son a esas calidades a las que me voy a referir, poniendo de relieve su carácter especialísimo, esto es, singular y notable, que se diferencia de lo común y ordinario, y que es propio para poner de relieve algún afecto; en este caso, el afecto que la corporación que nos une tiene por uno de sus miembros más distinguidos.

Hay tres actividades interrelacionadas en la vida no privada de Jorge Avendaño: la docencia, el ejercicio profesional y su actuación como hombre público. Y voy a referirme en este mismo orden a cada una de ellas en forma

(*) Discurso pronunciado con ocasión de la imposición de la condecoración “Francisco García Calderón” Al Dr. Jorge Avendaño V. (Colegio de Abogados de Lima, 24 de noviembre de 2010)

necesariamente sintética, no solo porque así podré poner de relieve lo que considero más trascendente, sino porque hacerlo de otro modo haría mi intervención muy extensa dada la variedad de acciones e iniciativas que ha emprendido en su vida.

Avendaño, bachiller en Derecho, abogado y doctor en Derecho privado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha ejercido varias cátedras en distintas universidades, en especial la de Derechos Reales, en la que fui su alumno allá en 1962. En ellas se ha caracterizado por su claridad expositiva y el énfasis en los institutos fundamentales. Ha ejercido también muchos cargos, tales como el doble decanato de la Facultad de Derecho de la referida universidad en los años 1964 a 1970 y de 1987 a 1993, el prorectorado de la misma, la presidencia de la Academia Peruana de Derecho, del Comité de Reforma de Enseñanza del Derecho en los Países en Desarrollo creado por el International Legal Center, del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo y el decanato de este Colegio en los años 1993 y 1994, años éstos últimos en que se había roto la legalidad por quien más adelante con sus allegados dirigiría la más grande operación cleptocrática en la historia de la República, y frente al cual, como veremos, tuvo una oposición principista propia de un hombre de bien, demócrata y defensor del entonces conculcado Estado de Derecho.

Se ha dicho, con razón, que la Facultad de Derecho de la PUCP, puede dividirse en un antes y después de las iniciativas promovidas en 1969 por el entonces joven Decano Jorge Avendaño, acompañado inicialmente de un reducido número de profesores.¹ Se inició entonces una confrontación entre las prácticas y enfoques que había que superar por las nuevas ideas jurídicas y académicas nacidas en la segunda mitad del siglo XX. En ese intento se puso de relieve la desvinculación entre lo que se enseñaba y la realidad en que se vivía, y la necesidad también de cómo el alumno debía aplicar los conceptos abstractos que recibía para aplicarlos en la realidad, siendo para ello necesario despertar y cultivar sus habilidades y destrezas intelectuales. La reforma emprendida promovió la presentación de propuestas curriculares innovadoras, alentó la participación de los alumnos en clase, la utilización de lecturas seleccionadas y de sentencias de los tribunales en los llamados materiales de enseñanza. Ese intento fue apoyado por jóvenes profesores y recientes egresados, entre los que me encontraba, también por la Fundación Ford y la facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin en los Estados Unidos.²

⁽¹⁾ Vid. Discurso del Dr. Fernando de Trazegnies en el Homenaje a Jorge Avendaño por cumplir 50 años de profesor en la PUCP.

⁽²⁾ Vid. Discurso del Dr. Marcial Rubio en la ceremonia de imposición de la medalla Jorge Dinthilhac al Dr. Jorge Avendaño, 23 de mayo de 2008.

Por cierto, una propuesta de esa naturaleza, que fue expuesta en detalle en su discurso de inauguración del año académico de 1969 y más adelante en la ponencia *“La reforma de la enseñanza del Derecho en la Universidad Católica del Perú”* que preparó el Dr. Avendaño con los profesores Fernando de Trazegnies y Lorenzo Zolezzi, y que fue presentada en la primera Conferencia sobre Enseñanza de Derecho y Desarrollo llevada a cabo en la ciudad de Valparaíso en abril de 1971,³ despertó reacciones, en sus inicios radicales, y se le achacó, sin fundamento, tener connotaciones políticas específicas. En esa ponencia se expuso las causas de la reforma (tales como la ruptura entre el carácter teórico de los estudios y las exigencias de la vida práctica y las apremiantes necesidades sociales), las metas de la misma y los medios escogidos para alcanzarlas (nuevo currículum, nuevo contenido de los cursos y nuevas técnicas de conducción de la clase, reforma del sistema de calificaciones y reorganización del cuerpo de profesores).

En la segunda Conferencia sobre Derecho y Desarrollo⁴ que se llevó a cabo en Lima en 1973, en el discurso inaugural pronunciado por el Dr. Avendaño se advirtieron las dificultades que llevaba consigo la puesta en marcha de esa radical reforma, la necesidad de superarlas y el objetivo de formar un nuevo abogado para una sociedad en rápida transformación, lo que obligaba a la revisión del concepto y el rol del Derecho, y que tenía como premisa lograr que sus efectos beneficien a la gran mayoría de los miembros de una sociedad. Dijo Avendaño en esa oportunidad: *“los cambios en la enseñanza del Derecho deben pues estar orientados a promover cambios sociales destinados a la liberación de los hombres. Una educación legal que no cuestiona ni se plantea, en términos auténticamente políticos, cuál es la concepción ideológica de los legisladores y de los intérpretes del Derecho; que no hurga en los intereses que el derecho cautela en la realidad; que no analiza los efectos socioeconómicos de la norma; que, en definitiva, acentúa conciente o inconscientemente el acceso a los servicios de la justicia a favor de un sector minoritario de la población, es una educación legal al servicio de la inmovilidad y no del cambio”*.

En esa misma conferencia el Rector de la Universidad, R. P. Felipe Mc. Gregor, quien fuera destacadísimo profesor de Educación Cívica de mi promoción en el Colegio de los Jesuitas en Lima, dirigiéndose a los participantes, dijo que el tema de la misma *“Derecho, desarrollo y cambio social”* y los planteamientos sobre cuál era el mejor método de enseñanza eran de gran actualidad, pero también antiguos, pues los maestros de Coimbra al

⁽³⁾ Consejo de Decanos de las Facultades de Derecho (Chile) e Instituto de Docencia e Investigación Jurídica (Chile), *“Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo”*, Ed. Andrés Bello, Santiago, 1973.

⁽⁴⁾ PUCP, Programa Académico de Derecho, *“II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo”*, Lima, 1975

final del siglo XVI y comienzos del XVII se congregaban para estudiar temas y metodologías semejantes. Hizo mención al maestro Fernando Suárez y a las innovaciones que introdujo a finales del siglo XVI, que consistían en disputas o discusiones en clase, enfrentando a los alumnos con casos reales o imaginarios. Es importante recordar que Mc. Gregor afirma que la labor de los profesores en esa conferencia celebrada en Lima tiene el valor de reafirmar la continuidad de la institución universitaria, porque ella es importante para la ciencia pero lo es también para el gobierno de los pueblos. Y alienta el trabajo de todos aquellos involucrados en la reforma para encontrar la verdad y no condicionarla a intereses o grupos, a partidos o posiciones irracionales pseudo-científicas. Así, pues, puso de relieve que la reforma en la Facultad de Derecho promovida por Jorge Avendaño se encontraba estrechamente unida al espíritu universal que guía la tarea universitaria y que era perfectamente lícito el contraste entre lo que se proponía y una tradición inmovilista que merecía cuestionarse radicalmente.

A pesar de que con el paso del tiempo las iniciativas que impulsó Avendaño han sufrido modificaciones, el espíritu esencial de esa reforma es hoy reconocido como positivo, y vinculado estrechamente a los intereses de los ciudadanos de todos los estratos sociales y al porvenir del país.⁵ Y lo que es obvio es que los alumnos que han seguido cursos de Derecho bajo esos métodos de enseñanza son bastante mejores abogados que los que no lo han hecho. En otras palabras, han tomado conciencia de las implicancias éticas de los problemas cotidianos y han desarrollado habilidades que les permiten ejercer mejor la profesión en la sociedad en la que les ha tocado vivir.

Es necesario puntualizar que desde el inicio de esa reforma se logró una renovación en la plana de profesores y se enriqueció notablemente la biblioteca de la Universidad Católica. También que se promovieron diversas investigaciones, entre ellas algunas pioneras sobre jueces y administración de justicia,⁶ así como las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes, las que han alcanzado después notoriedad por el importante rol que cumplen.

⁵ Vid. El discurso del Dr. Marcial Rubio, actual rector de la PUCP, en la ceremonia de imposición de la medalla Jorge Dinthilhac al Dr. Jorge Avendaño, 23 de mayo de 2008. Dice Rubio que se trata de una tarea épica y correcta. Afirma textualmente: *"No se puede resumir la variedad de cambios que se introdujo en la reforma de Derecho de aquellos años, pero sí se puede afirmar que, en relación al pasado, fue como la caída de un 'antiguo régimen' en manos de una joven generación de modernizadores y, en más de un aspecto, de verdaderos revolucionarios académicos"*.

⁶ Por ejemplo, la de Luis Pásara, *"Perú: Administración de Justicia?"* Y de Teresa Ciudad y Alonso Zarzar, *"El Juez Peruano en el Banquillo"*, que fueron presentadas en la V Conferencia de Derecho y Desarrollo organizada por el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo en San José de Costa Rica en 1980, siendo todos los trabajos de este evento publicados en 1984 en Lima. En ese mismo evento el profesor Fernando de Trazegnies presentó el trabajo: *"Ciriacó de Urtecho, litigante por amor; reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico"* que fue publicado independientemente. Posteriormente, entre otros, Luis Pásara, *"Tres claves de la justicia en el Perú"*, 2010; y Javier de Belaunde, *"La reforma del sistema de justicia"*, 2006.

Una consecuencia del programa de reforma y que fue punto central de su interés desde el inicio fue el referente a la calidad de la enseñanza. Esta preocupación ha dado como resultado que los profesores vinculados a la facultad de derecho de la PUCP sean prácticamente los únicos que han estudiado en profundidad las condiciones en las que se desarrolla nuestra profesión, tal como se pone de relieve en los estudios de los profesores Lorenzo Zolezzi (*"La profesión de abogado en Lima"*, 1982 "Formación del abogado y sociedad. Balance y perspectivas", Revista PUCP, n° 45), Luis Pásara (*"La enseñanza del Derecho en el Perú, su impacto sobre la administración de justicia"*, 2004), Gorki Gonzales (*"La enseñanza del Derecho o los molinos de viento"*, 2008) y de otros más.⁷

En el año 2004 la PUCP publica dos tomos en homenaje a Jorge Avendaño conteniendo una amplia gama de temas provenientes de 49 distinguidas personalidades del país y del exterior, una buena proporción ex alumnos suyos, y bajo un comité editor íntegramente de antiguos alumnos.⁸

En resumen, en el amplio currículum de Avendaño puede apreciarse su continua participación en temas vinculados a la enseñanza y también su interés en seguir en la brega, lo que ahora hace no solamente con su clásico curso de Derechos Reales, sino además dirigiendo en la Escuela de Graduados de la PUCP la Maestría en Derecho de la Empresa. En esa tarea ininterrumpida hasta hoy, que ha sabido combinar adecuadamente modernidad e historia, lo ha guiado una visión humanista de la vida, que fomenta el libre intercambio de ideas y reclama respeto al pensamiento ajeno, y ha siempre promovido una relación estrecha, horizontal y amigable con los alumnos. Pero *"dando prioridad a una formación que siempre intentó*

⁷ A ello se agregan discursos y estudios de otros, entre los cuales se encuentran los de Jorge Avendaño (discurso en II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo, PUCP, Lima, 1973), Beatriz Boza (*"La abogacía: ¿profesión o empresa? Nuevos desafíos para el ejercicio profesional del abogado"*, *Homenaje a Jorge Avendaño*, Tomo I, Lima, 2004), Mario Castillo y Ricardo Vásquez (*"La reforma de la enseñanza del Derecho en debate. Métodos y contenidos en la facultad de Derecho de la PUCP"*, Lima, 2005), Fernando de Trazegnies, Jorge Avendaño y Lorenzo Zolezzi (*"Nuestra reforma de la enseñanza del Derecho"*, *Derecho PUC* N° 29, Lima, 1971), Fernando de Trazegnies (*"La enseñanza del Derecho como actividad subversiva"*, en II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo, PUCP, Lima, 1973), Carlos Fernández Sessarego, Felipe Osterling y Jorge Avendaño (*"Informe sobre la visita realizada por una comisión de catedráticos de la facultad a universidades norteamericanas"*, *Derecho PUC* N° 25, Lima, 1968), Carlos Fernández Sessarego (*"Bases para la reestructuración académica de la facultad de derecho de la PUCP"*, *Derecho PUC* N° 26, Lima, 1968), René Ortiz (*"Universidad y modernización en el Perú del siglo XX"*, *Biblioteca de Derecho Político* Vol. III, PUCP, Lima, 1998), Marcial Rubio (*"El Poder Judicial que queremos: una perspectiva desde la docencia"*, I Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho, Arequipa, 1997 / *"Proyecto de nuevo sistema de enseñanza del Derecho en la PUCP"*, *Derecho PUC* N° 52, Lima, 1998 / *"Ideas sobre qué es aprender [y enseñar] Derecho en un pregrado"*, PUCP, Lima, 2001), Armando Zolezzi (*"Memoria del Decano"*, PUCP, Lima, 2002) y Shoschana Zusman (*"Nuevas tendencias en la enseñanza del Derecho: la destreza legal"*, *Derecho PUC* N° 52, Lima, 1998).

⁸ *Homenaje a Jorge Avendaño*, 2 tomos, PUCP, Lima, 2004.

*trascender la exigencia de la ley*⁹ puedo decir con firmeza que ha influido mucho y positivamente en el carácter y en la vocación de muchos colegas y que esa influencia también se ha asentado en experiencias variadas poco conocidas que le han hecho comprender las vocaciones e interés de nuestros semejantes. No por nada ha sido un enamorado del vértigo de la velocidad, motociclista y automovilista entusiasta, eventual periodista gráfico y temerario fotógrafo aficionado.

Así, pues, en el ámbito docente, Jorge Avendaño ha sido, en palabras de Javier de Belaunde, un reformador por convicción y un realizador exitoso, difícil combinación —si la hay— y ha luchado para que nuestra profesión esté al servicio de una sociedad más justa.¹⁰

El segundo aspecto que quiero poner de relieve es el de abogado, el de *homo forensis*, pues a su tarea como profesor ha sabido aunar su éxito profesional, lo que es ampliamente reconocido, más aún cuando se trata de la columna vertebral de su interés y actividad.¹¹ La defensa profesional, sea en el ámbito administrativo o judicial o en el consejo oportuno y maduro en las controversias patrimoniales o familiares, debe tener siempre presente la realidad de los hechos y la naturaleza y carácter de los seres humanos en ellos involucrados, con sus virtudes y sus debilidades. Si ello no es así, entonces el consejo no será apropiado y la recomendación caerá en el vacío, será olvidada o no tendrá efecto alguno. Nuestro homenajeado ha sabido bien que el ejercicio profesional se vive en el territorio de las realidades, y si bien jamás ha puesto de lado los ideales de una vida buena o de una sociedad mejor, no ha caído en el error de brindar consejos sin asiento en la realidad y sin conocimiento de las leyes que nos gobiernan.

Por cierto, el logro mayor en este campo es el haber sido elegido Decano de nuestra orden en 1993 y reelegido en 1994, con cerca del 90% de los votos. En su discurso de juramentación afirmó la línea de independencia del Colegio frente a la entonces reciente ruptura del orden constitucional, interrupción a la que calificó como *“un duro revés en el arduo proceso de construcción y afianzamiento de las instituciones democráticas en nuestro país”*. En esa ocasión ponderó las cualidades de la Carta de 1979 y rechazó los argumentos que justificaban el golpe de Estado. Abogó por la separación y equilibrio de poderes y puso de manifiesto el importante papel de nuestro Colegio en el restablecimiento del orden constitucional, el Estado de Derecho y la legalidad en el país. Como ha sido habitual en su comportamiento

⁽⁹⁾ Discurso del Dr. Javier de Belaunde en el acto de develación del retrato del Dr. Jorge Avendaño en la galería de decanos del Colegio de Abogados de Lima, 4 de enero de 1996.

⁽¹⁰⁾ Vid. Discurso del Dr. Javier de Belaunde en la presentación del libro Homenaje a Jorge Avendaño, 15 de julio de 2004.

⁽¹¹⁾ Vid. Discurso ya citado del Dr. Javier de Belaunde, 1996.

profesional y público, abogó por una eficiente y razonable administración de justicia. Alertó tempranamente sobre el problema del narcotráfico y criticó duramente la intromisión legislativa en procesos judiciales vigentes y la desactivación del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales. También se refirió al acceso a la justicia en condiciones de igualdad y equilibrio, a la promoción de la carrera judicial y a la necesaria capacitación de los magistrados, y aprovechó esa ocasión para criticar duramente a los abogados intermediarios de la corrupción.

Fue su junta directiva la que estableció la medalla Francisco García Calderón que recibe hoy día, siendo el primero que la recibió nuestro distinguido compatriota Javier Pérez de Cuellar. En su discurso, Avendaño tuvo ocasión de ponderar la importancia que tiene el diálogo para la solución de disputas o conflictos, la conveniente presencia de la mediación, pues al recoger las posiciones de las partes ayudan a la conciliación: y para ello se requiere que el buen mediador sea oportuno, prudente, paciente, flexible, independiente, honrado y realista, porque la solución del conflicto debe siempre referirse a lo posible y a lo viable. Y todo ello para preservar la paz, que es en definitiva la vigencia del Derecho y la razón.

Y en otro homenaje, al abogado y policía Ketín Vidal, por su destacado papel en la pacificación del país, afirmó Avendaño que sin legalidad y sin respeto a los Derechos Humanos no hay democracia, y que esos derechos corren el riesgo de ser violentados allí donde las instituciones democráticas no están plenamente enraizadas. Fue esa también ocasión para señalar qué es lo que entendía por democracia y por sistema legal; dijo: *“la democracia es todo un andamiaje de derechos y garantías, de obligaciones, de sistemas de sanción y de mecanismos de control del poder, todo ello regulado por las normas que constituyen el sistema legal, que es el conjunto de normas, usos y costumbres, sentencias judiciales, resoluciones administrativas, contratos celebrados y opiniones jurídicas de la vida en sociedad”*.

En su memoria correspondiente al ejercicio de 1993 puso de relieve el significativo papel que había tenido nuestro colegio en el debate constitucional en el denominado Congreso Constituyente Democrático, al alcanzar propuestas concretas en los rubros de Poder Judicial, Ministerio Público y Tribunal Constitucional, así como al respeto de los Derechos Humanos, solicitando mayores rentas para el Poder Judicial y el Ministerio Público y la introducción de modernos sistemas de gestión, la formación y capacitación permanente de jueces y fiscales, un mejor proceso de selección para sus nombramientos; en fin, lo que es propio de nuestra misión, que es buscar contar con un Poder Judicial honorable.¹² No puedo menos de

⁽¹²⁾ Este parecer de Jorge Avendaño fue compartido tanto por personas como organizaciones

recordar la victoriosa batalla de nuestro Colegio durante su decanato para superar el recorte de rentas que había sufrido en virtud de un dispositivo legal (Decreto Ley 26092).

Deseo ahora referirme a la labor de Jorge Avendaño como hombre público y es para ello una guía muy estimable su libro *“A la luz del Derecho”* en que relata sus cinco años en el Congreso de la República, donde fuera una de sus más destacadas figuras. En ese libro, Avendaño da cuenta de lo que han sido sus intervenciones en el pleno del Congreso, sus dictámenes en minoría, los proyectos de ley que presentó individual o conjuntamente con otros parlamentarios en el ejercicio del Derecho de Iniciativa Legislativa, aquellos que no fueron aprobados y aquellos que se convirtieron en ley.

Comenzaré diciendo que en su presentación Avendaño dedica ese libro a los ciudadanos que lo eligieron congresista y afirma que durante esos cinco años siguió una norma, que en mi opinión debe destacarse, sobre todo en nuestro medio: hablar y opinar solamente de lo que sabía, descartando la improvisación, por inconducente e inútil. Y hablar solo lo necesario, afinando la capacidad de síntesis.

Sus intervenciones orales y sus dictámenes estuvieron vinculados fundamentalmente a temas jurídicos y educativos, y a la defensa del Estado de Derecho. Así, intervino en varias ocasiones en el debate sobre la reforma del Poder Judicial, insistiendo en que la organización de éste no debía quedar en lo meramente administrativo y que circunscribirla a ello fue, durante el fujimorato, una excusa para justificar la intromisión de otros poderes del Estado. Intervino también en el debate sobre las atribuciones del Ministerio Público y del Consejo Nacional de la Magistratura, a los cuales se les habían cercenado sus facultades.¹³

Tuvo una intervención descollante en la sustentación del dictamen en minoría sobre el retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, poniendo de relieve el carácter inconstitucional de la iniciativa. Afirmó en esa ocasión: *“por eso somos subdesarrollados, (...) no solamente por la pobreza, no solamente por el desempleo, no*

defensoras del sistema democrático. Años después, la Comisión de la Verdad y Reconciliación señaló que: *“... Deja constancia de que la situación judicial del Perú se agravó luego del golpe de Estado de 1992, cuando (a los problemas estructurales que determinaban su ineficiencia) se sumaron: una clara intromisión en la capacidad de autogobierno a partir de ceses masivos de magistrados, nombramientos provisionales y la creación de órganos de gestión ajenos a la estructura del sistema judicial, además de la inoperancia del Tribunal Constitucional”*. (Informe Final 2003, Tomo 8, pág. 375, conclusión general 1.25)

⁽¹³⁾ El profesor Luis Alberto Huerta ha señalado que, en efecto, en el gobierno de Fujimori existía una fuerte tendencia contraria al Derecho Internacional, cuyos débiles argumentos se basaban en el respeto a la soberanía nacional, situación que llegó a su extremo más delicado durante el pretendido “retiro” del Perú de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Luis A. Huerta, *“La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos”*, en Revista de Derecho, Universidad de Piura, Vol. 7, 2006, pág. 169.

*solamente por la falta de educación, somos subdesarrollados también por la falta de respeto al sistema legal y a los derechos”.*¹

Tuvo intervenciones también significativas sobre los tribunales sin rostro, recordando que no se podía seguir apoyando una medida que fue temporal y que era violatoria de la Constitución y de los convenios internacionales en materia de Derechos Humanos que tenía celebrados el Perú, refiriéndose específicamente al juzgamiento en el Fuero Común y no en el Fuero Militar.

En el Congreso de la República de esa época, donde imponía sus puntos de vista una mayoría servil a la autocracia y que actuó, sin duda, con *animus nocendi*, Avendaño hizo defensa también del Derecho que tiene toda persona a su nacionalidad y a que nadie puede ser despojado de ella. Se enfrentó asimismo a esa mayoría parlamentaria que buscaba entorpecer la investigación sobre espionaje telefónico de la que había sido objeto, entre otros, el candidato presidencial embajador Javier Pérez de Cuellar.

Por cierto, tuvo éxito con algunos importantes proyectos que presentó y que se convirtieron en ley, como el referente a la reducción de cargas judiciales no contenciosas, la modificación en el proceso de selección de candidatos a Defensor del Pueblo. También sobre Conciliación Extrajudicial, evaluación de indultos por terrorismo, la importante Ley de Arbitraje N° 26572 que significó un avance considerable para el mejor funcionamiento de este fuero, la Ley General de Sociedades Mercantiles N° 26687, la Ley Procesal del Trabajo y la reforma parcial del Código de Niños y Adolescentes.

Avendaño tuvo una intervención de gran importancia en el tristemente famoso debate sobre la interpretación auténtica del artículo 112 de la Constitución, que dio lugar a la reelección de Fujimori, argumentando que la ley propuesta por la mayoría pretendía modificar el efecto jurídico de un hecho ya producido, modificando así la Constitución. Cuando en 1998 presentó un proyecto de ley para restablecer el Estado de Derecho y derogar varias leyes inconstitucionales, afirmó que *“la función pública está encarnecida y degradada por insaciables apetitos de poder”*. Recordó al candidato Fujimori como uno premunido de todos los recursos del Estado, incluyendo el espionaje telefónico y la colaboración que le brindó la cúpula militar; que los Derechos Humanos estaban avasallados y que — cito textualmente — *“son muchos [más] los recursos exentos de ética y ahítos de cinismo e inverecundia que el régimen actual está empleando para perpetuarse en el poder, a despecho de la voluntad del pueblo”*. Nadie pues podrá acusar a Jorge Avendaño de no haberse enfrentado al gobierno autocrático de Fujimori, cuando estaba en la cima del poder y con apoyo extraordinario de los poderes fácticos. Defendió así, con valentía y gallardía, su condición de abogado demócrata.

No quisiera, señor decano, terminar esta reseña de los aportes que ha realizado Jorge Avendaño a la educación, a la abogacía y a la función

pública, sin hacer una brevísima mención a las consecuencias o efectos posteriores que han tenido esas tareas. Pero antes deseo resaltar que sus actividades han estado eslabonadas y han sido coherentes a través de los años: no lo ha abandonado su interés por el Derecho, por la educación legal, por la práctica profesional y la administración de justicia; todo ello acompañado de la ilusión de contribuir a edificar una sociedad más digna.

En lo que se refiere a su tarea como abogado, ella ha sido y es muy exitosa y ampliamente reconocida. No hay mucho que agregar en este ámbito a lo que se sabe y se reconoce.

En su rol como educador y promotor del cambio en la enseñanza jurídica, puede afirmarse que sus iniciativas tuvieron un gran impacto en el contenido y método de enseñanza en la Facultad de Derecho de la PUCP, y en muchos profesores, alumnos y jóvenes profesionales de otras facultades que percibieron sus beneficios. Sin embargo, esta es una tarea inacabada, pues la proliferación en el país de facultades de Derecho sin profesores capacitados y con ausencia de bibliotecas e infraestructura física, lo que ha sido puesto de relieve principalmente por los profesores beneficiarios e impulsores de esa reforma, nos lleva a afirmar que la educación legal en el Perú pasa por una crisis superior a la que había cuando se inició la reforma promovida y conducida por Avendaño. Se necesita, entonces, iniciar una mucho más drástica que la anterior y con una actuación más dinámica de los colegios de abogados y con una decisión preliminar impopular pero necesaria en el ámbito regulatorio por parte del Estado, pues muchas de esas facultades no deberían existir y muchos de sus estudiantes carecerán de las condiciones mínimas para la futura práctica profesional. Esta nueva reforma debería asumir, críticamente, la que inició y promovió Jorge Avendaño, pues no hay otra vía para mejorar la administración de justicia en el Perú.

Finalmente, considero que el balance de su actuación como congresista ha sido enormemente positivo, pues su defensa de la constitucionalidad, del Estado de Derecho y del bien común ha podido victoriosamente superar las horas negras de la corrupta autocracia de los noventa y encaminarnos, en el largo trecho que todavía hay que recorrer, hacia los ideales que dieron origen a la República y al funcionamiento eficaz del sistema democrático.

Como hemos tenido ocasión de constatar, son muchas y variadas las iniciativas y logros de Jorge Avendaño Valdez. Es, pues, un ejemplo a seguir y debemos por ello agradecersele. Señor Decano, la Condecoración "Francisco García Calderón" está plenamente justificada.

Lima, 24 de noviembre de 2010

MEMORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010)

Carlos F. Mesía Ramírez
Presidente

PRESENTACIÓN

Antes de dar a conocer la presente Memoria, que no es sino la relación pormenorizada de las actividades desarrolladas sobre la base de objetivos trazados en el marco del Plan Estratégico Institucional del Tribunal Constitucional 2008–12, elaborado juntamente con la Cooperación Internacional, debemos subrayar que se trata de tareas concatenadas y que apuntan a un objetivo común; el de continuar en el camino trazado. En ese sentido, no podemos dejar de mencionar que la gestión de la que hoy damos cuenta la inició el Presidente del Tribunal Constitucional, doctor Juan Francisco Vergara Gotelli y que la continuó el infrascrito a partir del mes de junio, fecha en que asumió tan honroso cargo ante su renuncia.

I. OBJETIVOS

- Para el año 2010 la Institución se propuso lograr los siguientes objetivos:
- Optimizar los procesos jurisdiccionales y administrativos para brindar a la colectividad un servicio de justicia con calidad.
- Fortalecer la imagen institucional ante la sociedad.
- Resolver con la mayor brevedad los procesos comunes.

- Sentenciar oportunamente en el caso de conflictos graves.
- Continuar con el proceso de acercamiento a la ciudadanía.
- Llevar a cabo seminarios de capacitación en derechos fundamentales y derecho constitucional, dirigidos a jueces, fiscales, abogados y defensores de oficio, entre otros.
- Celebrar un mayor número de Audiencias Públicas descentralizadas.
- Seguir con el proceso de modernización del Tribunal en cuanto a tecnologías de la información e infraestructura.
- Para lograr estos objetivos se establecieron las siguientes estrategias:

II. ESTRATEGIAS

Mejorar el diseño y la ejecución de todos los procesos (jurisdiccionales y administrativos), orientándolos al justiciable y a la ciudadanía.

La mejora se apoyó significativamente en el uso intensivo de las tecnologías de la información.

Redactar las sentencias utilizando un lenguaje de fácil comprensión para el justiciable.

Dispensar una mejor atención a los usuarios afrontando exitosamente la carga procesal mediante la optimización en el uso de los recursos materiales, la calidad de los procesos internos y la capacidad de los recursos humanos, el mantenimiento del alto nivel del Gabinete de Asesores y del personal administrativo.

Consolidar las tareas de difusión de las funciones y la labor del Tribunal Constitucional, ante la ciudadanía, los operadores jurídicos, entidades del Estado y Comunidad Internacional, mediante el programa televisivo Tus Derechos y el Boletín Institucional.

Alcanzar niveles óptimos en la atención de los servicios que presta la Institución, a fin de lograr el cumplimiento oportuno de los plazos establecidos y reducir la carga procesal.

Brindar atención especial a los expedientes originados en provincias y celebrar Audiencias Públicas en dichos lugares.

Terminar con la carga heredada en años anteriores.

Concluir la implementación del sistema computarizado de expedientes que permita agilizar el seguimiento y control de los mismos.

Capacitar a las áreas jurisdiccionales y difundir la doctrina y jurisprudencia institucional.

Lograr el apoyo de más agencias de cooperación internacional, con vistas a financiar iniciativas de modernización institucional, mejorar el servicio de justicia e instruir a la ciudadanía en derechos fundamentales y derecho constitucional.

Para la consecución de lo señalado precedentemente, se establecieron las siguientes metas:

III. METAS JURISDICCIONALES

Resolver 6,500 causas, a fin de disminuir la carga procesal en un 50% y lograr que en el año 2011, esta haya sido atendida dentro del plazo establecido en las normas legales. No obstante, no solo hemos alcanzado la meta antes de fenecer el año, sino que estamos en condiciones de afirmar que en el mes de abril del próximo año, tendremos carga cero, es decir, expediente que ingresa, expediente que se resuelve.

Logros en el ámbito administrativo

Se ha conseguido un incremento de 20% en el Presupuesto para el año 2011 (veinticuatro millones de nuevos soles), lo que permitirá invertir en tecnología de la información, y mejorar no solo la infraestructura de la Institución, sino también la remuneración de toda la plantilla.

Asimismo, se ha renovado casi íntegramente el parque de computadoras.

Se ha proporcionado *laptops* a todos los Magistrados y altos funcionarios del Tribunal con el propósito de ponerse al día en las nuevas tecnologías de la información.

Fortalecimiento de nuestra sede de Arequipa

Se ha creado la Macrorregión Sur, que comprende los departamentos de Arequipa, Moquegua, Tacna, Madre de Dios, Apurímac, Puno y Cuzco, de modo que los expedientes de tales zonas son vistos en Audiencias Públicas en la sede de Arequipa, al igual que todas las demandas de inconstitucionalidad de todo el país.

El Centro de Estudios Constitucionales (CEC) tendrá marcada presencia en Arequipa organizando cursos de capacitación y diplomados para jueces y fiscales, a fin de que se constituyan en aliados valiosos en tanto es allí donde empiezan los procesos.

Se ha logrado que los cursos y diplomados del CEC tengan valor y puntaje en los cursos del Consejo Nacional de la Magistratura.

Para concretar este objetivo se está en conversaciones con el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México para que el CEC cuente con una plana docente internacional.

Se ha llegado a un acuerdo con las Cortes Superiores de Arequipa y Moquegua para cofinanciar la capacitación de jueces y fiscales.

Se ha contratado a la Universidad Nacional de Ingeniería para que lleve a cabo el estudio de preinversión del futuro Palacio de la Constitución y los Derechos Fundamentales con sede en Lima y la remodelación completa de nuestro inmueble en Arequipa.

Se ha iniciado la transmisión de las audiencias en vivo desde la ciudad de Arequipa vía Internet. Se ha acordado que todas las acciones de inconstitucionalidad y los procesos competenciales sean vistos en la sede de Arequipa.

Se ha modernizado totalmente el software del Tribunal Constitucional con la adquisición de licencias.

Se ha ejecutado el presupuesto asignado.

Se ha suscrito Convenio con la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la realización de pasantías y seminarios de capacitación de los asesores y practicantes. Asimismo se capacitará a los trabajadores administrativos.

Se han llevado a efecto los Proyectos del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

El PNUD aportará un fondo de veinte mil dólares destinados a la capacitación del personal.

El Banco Mundial también proporcionará al Tribunal la suma de cien mil dólares para proyectos de difusión y capacitación de la ciudadanía.

Mediante la ejecución de un proyecto con el Banco Interamericano (BID) se ha logrado concluir los estudios de preinversión para dotar al Tribunal de un nuevo sistema de gestión de expedientes (el objetivo se ha denominado expediente virtual-papel cero).

Mediante un convenio marco suscrito con el Ministerio Público, dicha entidad se compromete a colaborar con el Tribunal para informatizar el sistema de atención a los ciudadanos en la Oficina de Trámite Documentario y Archivo.

Se ha creado un sistema de monitoreo de productividad de los Magistrados y asesores jurisdiccionales, lo que ha dado como resultado la consecución de la meta antes de fin de año.

Por segundo año consecutivo el Tribunal ha difundido su labor a través de su programa televisivo Tus Derechos vía TV Perú – Canal 7 y el Canal de Cable del Congreso de la República.

El 23 de noviembre último el Tribunal Constitucional presentó ante distinguidas autoridades del ámbito jurídico un disco compacto que con-

tiene toda la jurisprudencia constitucional. El Tribunal ha editado seis mil ejemplares que están a disposición de todos los peruanos con la finalidad de que profundice en el conocimiento de los temas relevantes tratados en sus sentencias.

Logros en el ámbito jurisdiccional

El Tribunal Constitucional ha sentado jurisprudencia en el asunto relacionado con la Consulta a los Pueblos Indígenas.

En el tema relativo a los autos de segundo uso se han eliminado los lobby y las mafias subrayando la obligación de acatar la Ley.

En el caso de los Contratos Administrativos de Servicios (CAS) se ha resuelto una demanda de inconstitucionalidad con pragmatismo defendiendo los derechos de los trabajadores, pero previendo las consecuencias mediante el ejercicio de la ponderación.

En el caso Salazar Monroe y el plazo razonable, el Tribunal emplazó a la Sala presidida por la jueza Inés Villa Bonilla para que en un plazo máximo de 60 días naturales resuelva la situación jurídica de Julio Salazar Monroe, bajo apercibimiento de tenerse por sobreesido del proceso penal.

En el caso Accomarca, el Tribunal ha precisado que la renuencia del Estado a investigar las graves violaciones de los derechos humanos no puede contabilizar para fines de prescripción de los delitos como lo ocurrido en el caso conocido como "Accomarca". Por regla general, la acción penal prescribe desde la comisión del ilícito; sin embargo, en este caso el Tribunal Constitucional ad-vierte características especiales, pues el Estado peruano encubrió hechos a través del concurso de órganos jurisdiccionales incompetentes y de leyes de amnistía inconstitucionales.

Con respecto al plazo para la investigación preliminar, el Tribunal ha dicho que el Ministerio Público puede investigar en un plazo razonable y que si se excede, el juez es el único facultado para ordenar si en un plazo razonable excepcional el Ministerio Público denuncia o no.

En cuanto al Recurso de Agravio Constitucional en los casos de narcotráfico y lavado de activos, el Tribunal ha establecido que "En los procesos constitucionales relacionados con el tráfico de drogas y/o lavado de activos en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada —independientemente del plazo— para la interposición del recurso de agravio constitucional.

Por lo que se refiere a la apelación por salto, el Tribunal Constitucional, en la búsqueda por erradicar de una vez las dilaciones indebidas en la etapa de ejecución, recordó que se emitió la RTC 00168-2007- Q/TC, en

la que se instituyó el Recurso de Agravio Constitucional; sin embargo, en la práctica este recurso no ha podido erigirse como solución eficaz, por ello el Tribunal ha pronunciado sentencia estableciendo que, en la etapa de ejecución de las sentencias estimativas del Tribunal Constitucional, las Salas se encuentran exoneradas de conocer el recurso de apelación contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado, y que dicho recurso será conocido por salto por el propio Tribunal Constitucional.

En el tema concerniente a la homologación de los docentes universitarios, cabe recordar que desde el año 2002, el Congreso de la República venía dando leyes que impedían la homologación de los profesores universitarios. El Tribunal procedió a constitucionalizar la homologación por etapas que el Ejecutivo concretizó mediante Decreto Supremo, de modo que la homologación empieza el próximo año 2011.

En el asunto relacionado con la creación de filiales universitarias, el Tribunal Constitucional se pronunció a favor de que existan filiales universitarias, pero destacó que ello debe realizarse dentro del marco constitucional, a cuyo efecto es menester la creación de una Superintendencia que supervise la calidad de la enseñanza.

Todo esto no hubiera sido posible —ni se podrá concretar lo que falta por hacer— sin un Pleno cohesionado de Magistrados, comprometido con la protección de la Constitución y los derechos fundamentales, con la democracia del país y su desarrollo económico, social e institucional.

NECROLÓGICA

ALFREDO QUISPE CORREA (1936–2010)

Hondo pesar es el que ha generado en la comunidad académica el reciente e imprevisto deceso de Alfredo Quispe Correa, maestro universitario de generaciones y estudioso permanente de nuestra Ciencia Constitucional. Quienes de una o de otra manera formamos parte de dicha comunidad, nos hemos sentido profundamente conmovidos, pues a él nos unía no solo una gran amistad sino el legado de una vocación intelectual que desde las aulas universitarias nos supo en todo momento impregnar.

Es innecesario que se tenga que mencionar aquí a la inmensa cantidad de alumnos que desde años lejanos recibieron su magisterio. Baste con puntualizar que muchos de ellos hoy son sin disputa cabezas visibles de lo que se ha dado el llamar como movimiento constitucional peruano. Sea para coincidir, sea para discrepar, es difícil no haberse encontrado en algún momento con un texto suyo que nos despertara la inquietud en torno de algún tema relevante que él, acucioso por excelencia, lo supiera transmitir de la manera más elegante a la par que sencilla. Mucho ayudaba a tal objetivo, su nunca abandonado oficio de periodista, valor agregado en quien siendo esencialmente jurista, quiso que el pensamiento muchas veces abstracto, se transformara en una bocanada de ideas elementalmente prácticas y sugestivas.

Como docente de Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Quispe Correa se inicia desde principios de la década de los sesenta en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la que fuera su alma *mater*, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En dicha labor empieza apoyando a quien por entonces fuera el profesor principal en dicha casa de estudios, don Darío Herrera Paulsen. Similar experiencia repetiría años más tarde en la Pontificia Universidad Católica del Perú, esta vez acompañando a don Raúl Ferrero Rebagliati, otro notable constitucionalista de la época.

En San Marcos ejerce la docencia por espacio de treinta años ininterrumpidos, incluyendo aquellos complicadísimos de la década de los setenta en los que la realidad política de nuestro país, aquejado por una de las dictaduras más largas, hizo que la enseñanza del derecho constitucional se transformara en algo verdaderamente exótico y, para algunos, hasta utópico. A pesar de ello, en ningún momento se vio desalentado, sino antes bien, motivado a creer en el ideal democrático como derrotero que sustenta la vida de todo buen jurista. Sus enseñanzas por entonces no fueron un pretexto para justificar la realidad vivida, sino una invitación para reparar las fisuras en búsqueda de reconstruir el modelo anhelado. Lo suyo siempre apuntó hacia la constitucionalidad del sistema.

Hacia fines de los años setenta, se convierte en Profesor Principal de la cuatricentaria, siendo uno de los referentes más destacados e influyentes del pensamiento constitucional durante dicho periodo. En esa labor se proyecta hasta el año 1989 en que pasa a retirarse como Profesor Emérito. Desde entonces y a dedicación exclusiva retomaría el ejercicio docente pero esta vez en la Universidad Particular San Martín de Porres. Posteriormente y por mérito propio se convertiría en Decano de su Facultad de Derecho (1994) y no dejaría de ser docente hasta el último de sus días.

Como publicista o divulgador de ideas, puede decirse que Quispe Correa arranca desde muy temprano, aun cuando con un matiz que es preciso señalar. No fue propenso durante muchos años a difundir su pensamiento a través de libros o monografías orgánicas. Más bien optó por hacerlo a través de ensayos incorporados en revistas jurídicas especializadas, en textos que adoptaron el formato de folletos (como ocurrió durante los setenta con "Problemas Constitucionales" o "Temas de Sociología del Derecho") pero, por sobre todo, a través de artículos publicados en diversos medios periodísticos. Durante un largo periodo, diarios históricos como *La Prensa* o *El Comercio*, o durante un breve lapso, el desaparecido diario *La Noticia* (más contemporáneamente también, el diario *Expreso*), fueron su Tribuna de pensamiento permanente. Ello sin embargo empezaría a cambiar desde la década de los noventa en que inicia una secuela de publicaciones ininterrumpidas, empezando por la difusión de su propia y muy bien lograda Tesis Doctoral (Cfr. "Mitos y Realidades en el Mundo del Derecho"), de libros que abarcan prácticamente todos los aspectos de la Constitución Peruana (Cfr. "Constitución y Defensa Nacional", "Temas Constitucionales", "Apuntes sobre la Constitución y el Estado", "La Constitución en la Mesa Redonda", "La Constitución Económica", "Los Derechos Humanos", "Las Garantías Constitucionales", "El Estado Peruano", "La Constitución Peruana", "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas"), de textos escritos a partir del debate o la polémica sobre asuntos de enorme trascendencia

(Cfr. “Fronteras Constitucionales”, “Estado, Constitución y Política”, “La Infracción Constitucional”, “Indulto: Acto de Gobierno”, “El Ocaso de los Dogmas”, “La Constitución en Debate”) e incluso de un manual de nuestra disciplina en todo el sentido de la palabra (Cfr. “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”). Buena parte de las cosas que en algún momento escribió para los medios de difusión nacional puede decirse que están contenidas en la mayoría de estos libros, otras permanecen inéditas a la espera de ser en algún momento compiladas.

Conviene también destacar que Quispe Correa extendió su magisterio a niveles distintos al universitario, habiendo sido por varios años, Profesor de la Academia Diplomática del Perú así como conferencista permanente en el Centro de Altos Estudios Militares, donde tanta influencia tuvieron sus ideas sobre el proyecto nacional, sin duda, una de sus preocupaciones mejor desarrolladas. En otros rubros, sobresale el papel aperturista que mantendría como Director del antiguo diario *La Prensa*, en una época en la que tanto se necesitaba rescatar las ideas del largo oscurantismo al que nos condenó la dictadura de los setenta.

Imposible ignorar su rol como Presidente de la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional hacia la segunda mitad de la década de los ochenta. Gracias al mismo se sentarían las bases de lo que más adelante serían los grandes eventos de integración en materia constitucional.

Aunque algunas personas suelen recordar como un episodio no muy grato de su vida pública, su paso como Ministro de Justicia durante la época del fujimorismo, conviene aclarar que Quispe Correa mantuvo en todo momento y muy a pesar del momento crítico por entonces vivido, una constante línea independiente y ética frente al autoritarismo en aquel momento imperante. Basta recordar como muestra, su abierta oposición a toda pretensión reeleccionista o su cerrada defensa del derecho a la vida ante las frecuentes intenciones por reimplantar la pena de muerte en nuestro país.

En suma y si se tuviera que sintetizar la trayectoria de Quispe Correa, saltaría a la vista su enorme capacidad para formar, su deseo de apoyar aquello en lo que creía y su indeclinable vocación de Justicia. Ello quedara reflejado en la mayoría de sus escritos y por supuesto, en los episodios más importantes de su vida profesional

Esta breve síntesis, inevitablemente incompleta, es para quienes hemos sido sus colegas, motivo de recuerdo, pero por sobre todo un breve reconocimiento al amigo que durante muchos años nos acompañó en los avatares de nuestra Asociación Peruana de Derecho Constitucional a la cual tanto contribuyó, apoyándola decididamente en los momentos difíciles y

robusteciéndola de esa dosis de entusiasmo y optimismo que nunca olvidaremos. Muchas gracias Maestro. Hasta siempre amigo.

Luis Sáenz Dávalos

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 y se le remitirán separatas electrónicas.
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.



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)