

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
LUIS ELGUERA
SECRETARIO

AÑO 12, Nº 22
ENERO-JUNIO DE 2011

22 / 2011

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

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

El *justice* Oliver Wendell Holmes: "The great dissenter"
de la Supreme Court
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema
jurídico del Derecho positivo colombiano
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

GRILEY

Revista Peruana de
Derecho Público

EDITORIA JURIDICA GRIJLEY

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 12, Número 22 • Enero-junio de 2011

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: info@grijley.com

SUMARIO

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

ESTUDIOS

Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho (segunda parte) JOSÉ LUÍS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ	15
---	----

El <i>justice</i> Oliver Wendell Holmes: “The great dissenter” de la Supreme Court FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO	49
---	----

La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA	89
---	----

NOTAS

Semblanza de Diego García Sayán JAVIER DE BELAUNDE L. DE R.	137
---	-----

Organización y competencia de la jurisdicción militar en España ANTONIO MILLÁN GARRIDO	149
--	-----

SUMARIO

El precursor colombiano Antonio Nariño: constitucionalista
equinoccial
HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA 163

NECROLÓGICA

Sentido recuerdo de Pedro José Frías (1919–2011)
RICARDO HARO 181

EDITORIAL

El hecho más trascendente en el Perú durante este semestre fue la celebración de elecciones generales para elegir al Presidente de la República, a dos Vicepresidentes, 130 congresistas y a cinco miembros del Parlamento Andino. El proceso electoral se desarrolló con bastante normalidad y dio como vencedor a la Presidencia al ex militar Ollanta Humala Tasso. Si bien el éxito se definió en segunda vuelta, cabe destacar las diferencias entre las propuestas electorales hechas por este candidato, adoptando una postura bastante radical en la primera vuelta, en tanto que una más conservadora o prudente para la segunda. Una de sus propuestas en la primera vuelta, fue el “retorno” a la Constitución de 1979, cuestión bastante controvertida que ha desatado un interesante debate y dará qué hablar.

De otro lado, en este semestre se han dado avances en zanjar la cuestión sobre la sede del Tribunal Constitucional, al haberse resuelto un Proceso de Inconstitucionalidad (Exp. 00013-2010-AI), incoado a fin de que el extremo de su Ley Orgánica que señala que su sede radica en Arequipa, sea declarado inconstitucional, una pretensión que el propio Tribunal finalmente declaró infundada por una sentencia suscrita a fines del año pasado, pero divulgada en enero del presente año. Recordemos que, por mandato de la Constitución de 1979, el Tribunal de Garantías Constitucionales —denominación inicial de dicho órgano— tenía su sede en Arequipa, ciudad de señera tradición en la historia política del Perú. Pero dar un buen servicio, en vista de que sus causas se iniciaban mayoritariamente en Lima, llevó a centrar sus operaciones en la capital de la República, pues la Constitución de 1993 guarda silencio sobre la sede, que sí lo hizo la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La sentencia, referida, declara infundada una

demanda interpuesta por 5,492 ciudadanos contra el artículo 1º de su Ley Orgánica, interpretándolo en el sentido de que el Tribunal Constitucional puede sesionar tanto en su sede de Arequipa, cuanto en la de Lima y en las demás localidades de la República que fuere del caso, según la demanda procesal.

En relación a este mismo órgano, es de destacar que en el mes de marzo fue inaugurado el *Centro de Estudios Constitucionales* en la sede de Arequipa del Tribunal Constitucional, a fin de desarrollar actividades académicas en el rubro constitucional en la zona sur del país. En esta misma línea institucional, nos place dar cuenta que en abril fue relanzada la “Revista Peruana de Derecho Constitucional” en su *Nueva Época*, interesante publicación especializada de este órgano jurisdiccional.

También debemos dar cuenta de sucesos acontecidos en el semestre que no resultan tan edificantes. Es el caso de la sentencia (Exp. 03660-2010-PHC) del 25 de enero de este año, con la que el Tribunal Constitucional concluyó un proceso de Habeas Corpus incoado con la pretensión de anular una Resolución Suprema que dejaba sin efecto un indulto previamente otorgado a favor del demandante: el ex *broadcaster* de TV José Enrique Crousillat, quien venía cumpliendo una condena carcelaria por actos de corrupción. El enfoque adoptado por el Tribunal Constitucional en este caso no satisface ninguna expectativa de institucionalidad procesal. En este fallo, el TC no solo replicó el acto cuya nulidad fue objeto de la demanda de Habeas Corpus, sino que incluso, más allá de haber resuelto algo que no le fue siquiera solicitado, actuó positivamente contra los intereses del demandante en el ámbito de la protección pedida. Obviamente, esto no cabe en un proceso constitucional de garantía de derechos subjetivos, en que no se puede reconvenir al solicitante, y menos hacerlo a iniciativa y discreción del órgano jurisdiccional. A nuestro modesto entender, este fallo carece de sustento jurídico, al haberse actuado sin competencia procesal normativa.

En esta sentencia, el TC esgrime argumentos para fundamentar que se efectúe un control jurisdiccional del otorgamiento de indultos. Esto es insólito, pues en el Derecho Constitucional Comparado el Indulto es comprendido como un acto político enmarcado por el Derecho, por cuanto su otorgamiento no se basa en supuestos jurídicos materiales, sino en el arbitrio político. Con ello, resulta trasnochada la idea de que un indulto sea un acto administrativo, pues esto implicaría que toda solicitud de indulto que fuese justa debería ser concedida — como en toda solicitud administrativa — lo cual es un absurdo. Por esto, no existen en nuestro ordenamiento vías administrativas ni jurisdiccionales para revocar o declarar la nulidad de un indulto ya otorgado. No existe el indulto “justo” o el “antijurídico” por base fáctica; para ser arreglado a Derecho el indulto solo requiere

supuestos formales. Esto se fundamenta en la filosofía del Derecho Penal moderno, que esencialmente no es persecutorio de los delincuentes, sino del delito. Si bien existen excepciones, que no vienen al caso mencionarlas.

* * *

En este número publicamos la segunda y última parte del interesante ensayo del Prof. José Luis Martínez López-Muñiz, así como otros textos de interés. Quiero resaltar que en este periodo ha fallecido el eminente constitucionalista argentino Pedro J. Frías, que es recordado aquí por Ricardo Haro. Conocí a Frías en México en agosto de 1975, y lo traté y frecuenté muchas veces tanto en su nativa Córdoba, como en otras ciudades de América Latina y España. Hombre fino y culto, amante de los viajes y de la vida, fue cordial y consecuente con sus amigos, de lo que aquí doy fiel testimonio.

Lima, junio de 2011

El Director

ESTUDIOS

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

José Luís Martínez López-Muñiz

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. *

(segunda parte)

V. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Junto a la propiedad, pocas instituciones jurídicas tan propias, en principio, del Derecho privado como el contrato, muy especialmente desde que se generalizó la idea de entenderlo como acuerdo de voluntades entre dos o más personas constitutivo de obligaciones recíprocas. Es bien significativo que de los cuatro libros que componen el Código civil español, el segundo y el tercero giran en torno a la propiedad y el cuarto está dedicado muy principalmente a los contratos, además de tratarse también como contrato el matrimonio en una parte del libro primero. Una gran parte del Derecho mercantil es asimismo Derechos de contratos, y el Derecho laboral privado se concentra en el contrato de trabajo.

(*) En el presente número de la **Revista...** publicamos solo los acápitos V a VII de este estudio, habiendo sido los precedentes —I a IV— publicados en el Número 21, p. 13 a 56.

Si los seres humanos, como personas privadas, lo mismo que las personas jurídicas creadas libremente por ellos conforme a la ley, se encuentran entre sí en situación de igual independencia y libertad, es claro que ninguno podrá generar obligaciones en los demás ni imponerles derechos si no es contando en pie de igualdad con su libre consentimiento. Y si, como parece pertinente, reservamos la noción de contrato en su sentido más propio, para los vínculos jurídicos entre dos o más personas de carácter sinalagmático, determinantes de derechos y obligaciones recíprocos y equivalentes entre ellas, con la consiguiente exigencia de onerosidad que les sería esencial, parece claro que el consentimiento de las partes que habría de originarlos tendría que ser efectivamente constituyente en pie de igualdad, lo que explica que el artículo 1.258 del Código civil afirme que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan”, reiterando en realidad de otro modo lo ya dicho por el artículo 1.254, que inicia las disposiciones generales sobre los contratos estableciendo que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. Los contratos privados descansan, pues, con toda lógica —la lógica de la libertad de las personas privadas— en el libre consentimiento de las partes y en la autonomía de su voluntad que, como reconoce el artículo 1.255 del Código civil, les permite “establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”, de acuerdo con el principio de vinculación negativa de las personas privadas y de su libertad al ordenamiento jurídico, esencial al Estado de Derecho.

Esta misma lógica derivada de la independencia y de la igualdad de las partes explica la aplicabilidad sustancial de los criterios propios de los contratos privados a los peculiares contratos que son los tratados y acuerdos entre Estados independientes y soberanos que son propios del Derecho internacional y tienen hoy una regulación positiva en la Convención de Viena, de 1969, sobre el Derecho de los tratados. Esa regulación pertenece no obstante al Derecho público porque, en efecto, la formación de la voluntad contractual de esos Estados no puede por menos de atenderse a exigencias específicas del Derecho público. Pero la trascendencia del momento constitutivo de los vínculos internacionales correspondientes se rige por un criterio similar al de los contratos privados. Y lo mismo cabría decir, en el ámbito de los ordenamientos internos de cada Estado, en cuanto a los contratos puramente relacionales (llámense convenios o de otra forma) u organizativos (como las Mancomunidades municipales) que puedan ser constituidos entre entidades públicas en ejercicio de su independencia y de su igualdad respectiva respecto al objeto del contrato.

La mayoría, sin embargo, de los contratos públicos, es decir de los contratos en que una, al menos, de sus partes es una entidad pública, se constituyen con sujetos privados o con otras entidades públicas situadas en situación de subordinación o sujeción similar a la propia de los sujetos privados con respecto al Poder público. Son por esto contratos públicos entre personas o sujetos en posición desigual en cuanto al objeto del contrato, en los que está, por un lado, una entidad pública como Administración pública, en el ejercicio de tareas que el ordenamiento le ordena o permite para la consecución de los correspondientes fines públicos con los medios que la colectividad correspondiente ha puesto a su disposición para ello, y, por el otro, uno o varios sujetos generalmente privados, aunque también pueden serlo, en su caso, públicos, en situación de administrados, sujetos de ordinario a la supremacía general de aquélla en cuanto a la consecución de los fines de interés general de que se trate y, a la vez, en su condición de ciudadanos —o como prolongación o protección de este *status* de ciudadanía, en el caso de las personas jurídicas privadas o incluso de las públicas que ocupen una situación similar—, titulares de derechos públicos subjetivos ante la Administración actuante y destacadamente de los derivados del principio de igualdad ante las ventajas, beneficios u oportunidades favorables de todo tipo que puedan producirse en la gestión de los recursos públicos y con respecto a las posibilidades de colaboración en la ejecución de actividades de interés general propias de la Administración y de participación en sus servicios, bienes y prestaciones.

Si nunca la Administración, al contratar —como en cualquier otra actuación—, puede encontrarse en una situación de libertad como la que es propia de los sujetos privados, cuando contrata con sus administrados, que son siempre a la vez, en el Estado de Derecho, por decirlo así, sus “señores”, en razón de su condición de ciudadanos, tampoco se encuentra en la situación jurídica de igualdad que es propia de las personas privadas en sus contratos privados e incluso de ella misma o de las entidades públicas en general con respecto a los contratos interadministrativos de cooperación —como certeramente los denominara Entrena Cuesta hace años—¹ o los tratados internacionales.

Su falta de libertad hará que nunca pueda predicarse de la Administración pública una autonomía de su voluntad contractual o una libertad de pactos, propiamente dicha, a pesar de la errónea rúbrica del artículo 25 de la actual Ley 30/2007, de contratos del sector público, ya que, como dice este mismo precepto, desmintiendo realmente a su propia rúbrica,

⁽¹⁾ Vid. sus “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, nº 24, 1957, pp. 74–75.

aun con formulación de apariencia ambigua, “en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”. Se ha hecho notar otras veces el paralelismo aparente de esta fórmula — que procede de leyes anteriores de contratos públicos, aunque se ha introducido en 2007 algún retoque— y la del artículo 1.255 del Código civil antes citado, que, sin embargo, acude a unas nociones muy diferentes al establecer unos límites que, aunque formulados como si se tratara también de límites sólo externos y determinantes de una mera vinculación negativa, se revelan en realidad como las exigencias intrínsecas a las que toda actividad administrativa está vinculada positivamente: los límites, en efecto, de las leyes, la moral y el orden público, que vinculan a la libertad personal privada sólo negativamente en un plano jurídico propiamente dicho, se convierten aquí en el ordenamiento jurídico, los principios de buena administración y el interés público, que son, bien evidentemente, exigencias que vinculan positiva e íntegramente toda actuación de la Administración, tal y como, por lo demás, impone la propia Constitución en sus artículos 103.1 y 106.1. La Administración sólo puede celebrar los contratos y establecer el contenido de éstos que realmente requiera el cumplimiento de sus deberes competenciales. Por eso dice el artículo 22 de la misma Ley 30/2007 que “los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”. La causa determinante, pues, del contrato no será en último término sino la mejor adecuación de un determinado contenido contractual a los fines públicos que deban de alcanzarse con él, a la vista de las circunstancias en presencia. Algo que deberá quedar predeterminado en una u otra medida en el expediente de contratación, aunque termine de concretarse, conforme a las bases fijadas en él, en el procedimiento de selección del contratista y la definitiva adjudicación del contrato. Ni en las actuaciones preparatorias del expediente de contratación ni el procedimiento de adjudicación la Administración contratante es libre, aunque ejerza alguna discrecionalidad; está positivamente sujeta a los principios y reglas de la contratación pública y ha de constituir finalmente el contrato mirando a su justificación más plena en el interés general de que se trate. A diferencia de lo dispuesto sobre la causa de los contratos privados en el artículo 1.274 del Código

civil, para la Administración contratante la causa de sus contratos no estará en puridad en las obligaciones prestacionales que adquirirá el contratista o la persona con la que contrate, consideradas en sí mismas, sino en la relación de mayor adecuación que ellas guarden con los fines públicos a alcanzar, ponderadas a la vez con las que, en contrapartida, asuma la propia Administración en el mismo contrato, en comparación con las que hayan podido ofertar otros posibles licitadores.²

Pero es que, además de esa trascendental diferencia con los contratos privados, la desigualdad en la contratación de los contratos públicos a que nos estamos refiriendo, implica que la Administración contratante, al constituirlos, no puede hacerlo sino unilateralmente, por su sola voluntad, porque con ello siempre ejerce una potestad de distribución de cosas públicas, de oportunidades o de ventajas públicas, que ha de ajustarse a una justicia distributiva que no puede depender de acuerdos particulares con ninguna de las personas con derechos o intereses legítimos sobre esa distribución en condiciones de igualdad. De ahí que, como venimos sosteniendo desde hace años, estos contratos públicos no puedan ser en su *fieri* un acuerdo de voluntades.³ En ellos se pone de relieve que lo esencial del contrato es su acepción como vínculo sinalagmático de obligaciones intersubjetivas recíprocas y no su origen en un consentimiento libre e igualmente constituyente de las partes. Los contratos públicos son plenamente contratos en el primer sentido, pero no en el segundo, pues se originan o constituyen por un acto administrativo —unilateral, por tanto— para

⁽²⁾ Expuse ya estas ideas en “La causa de los contratos públicos”, Comunicación al V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho administrativo, Universidad de Barcelona, 7/8 de junio de 2002, que no ha sido publicada, pero de la que se han hecho eco Manuel REBOLLO PUIG (“Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública”, en AA. VV., *La contratación pública en el horizonte de la integración europea* (V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo), INAP, Madrid 2004, p. 55) y Víctor S. BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Madrid 2006, pp. 115 y ss.). REBOLLO recordó entonces el artículo 55 del derogado Reglamento de Contratos de las Corporaciones Locales de 1955 en el que se recogía —dice literalmente en el estudio citado— “un principio esencial cuya validez y vigencia actual no pueden ser discutidas”, cuando afirmaba que “para las Corporaciones locales, *la causa de los contratos deberá ser el interés público*, determinado, según los casos, por la mejor calidad, mayor economía o plazo más adecuado en la realización de las prestaciones que fueran objeto de cada uno de ellos” (p. 59).

⁽³⁾ *Vid.* nuestros estudios “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y consecuencias”, en Juan Carlos Cassagne (dir.), *Derecho Administrativo* (Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff), Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, pp. 947-969, “La adjudicación” en Juan Carlos Cassagne & Enrique Rivero Ysern (dir.), *La contratación pública*, 2, Hammurabi, Buenos Aires 2006, pp. 681-721, “La formación de la doctrina del contrato administrativo. Evolución legislativa”. *Materiales para el Estudio del Derecho* (Derecho administrativo II), <http://www.iustel.com>, PortalDerecho 2001 (adaptado en diciembre de 2007), y “Naturaleza jurídica del contrato público”, AA. VV., *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, Cameron May, London 2008, pp. 481-522.

el que la voluntad del contratista no es más elemento constitutivo que lo que pueda serlo en un acto administrativo de nombramiento la voluntad del nombrado, o en una concesión demanial la voluntad del concesionario, o en el acto administrativo de otorgamiento de una subvención la voluntad del subvencionado. Siguiendo una ya larga y certera tradición legislativa, el artículo 27 de la Ley 30/2007 dispone que “los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso (...), se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella”.⁴ Y es evidente que esta adjudicación definitiva es, en esta Ley, como lo ha sido tradicionalmente, un acto administrativo a todos los efectos, plenamente unilateral, aunque, como en los otros supuestos aludidos y en otros más, se requiera la previa expresión de la solicitud voluntaria y específica de tal acto y del correspondiente contrato que constituye su contenido, cuya ulterior formalización es tan sólo ya una de las obligaciones derivadas de él y no, en modo alguno, un requisito para su perfección ni, por tanto, para su validez.⁵

El Derecho administrativo español de la contratación pública ha prescindido completamente, con buen criterio, de la complejidad —perturbadora e innecesaria— del sistema de *double nivel* (o *Zweistufentheorie*) que se aplica en otros ordenamientos jurídicos y concretamente, en esta materia contractual, en el francés, donde hubo de generarse la doctrina de los *actos separables*, luego importada por nuestra doctrina y a nuestra legislación, aunque de modo más nominalista que efectivo.⁶ Con los planteamientos propios del doble nivel se diferencia entre el acto administrativo de selección del contratista y consiguiente adjudicación en su favor del derecho a un determinado contrato público, y el contrato propiamente dicho que se constituye mediante su formalización, teniéndose entonces por originado mediante la concurrencia formal de las voluntades de las dos partes contra-

⁽⁴⁾ Este mismo precepto extiende ahora indebidamente esta regla a “los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17”. En la medida en que no correspondan a entidades públicas, aunque, por extensión y por recepción innecesariamente acrítica e inadaptada del Derecho comunitario, se les llame también contratos públicos, carece de sentido trasladar a ellos una regla que sólo tiene justificación en la contratación de aquéllas.

⁽⁵⁾ Vid. el artículo 140 de la Ley 30/2007, que dispone la resolución del contrato para el caso de que se incumpla por culpa del contratista la obligación de proceder a su formalización, que es condición de eficacia en cuanto a la ejecución del contenido propiamente dicho del contrato. Vid. también el artículo 31 sobre los supuestos de invalidez de los contratos públicos, que netamente se concentran en la adjudicación. Sobre ello puede verse ampliamente BACA ONETO, Víctor S., *La invalidez...*, cit., Madrid 2006.

⁽⁶⁾ Vid. MACERA, Bernard F., *La teoría francesa de los actos separables y su incorporación por el Derecho público español*, Cedecs, Barcelona 2001, y BACA ONETO, Víctor S., *La invalidez...*, cit., pp. 113 y ss.

puestas, aunque ello sólo sea posible y válido tras aquella previa selección y adjudicación. El sistema se monta sobre la ficción de la distinción entre el nacimiento del derecho a determinado contrato —que tendrá también aspectos de obligación, pues la no formalización por causas imputables al contratista podría venir sancionada o generar obligaciones indemnizatorias en su caso— y el nacimiento del contrato mismo y de los derechos propios de su contenido; una ficción completamente innecesaria, ya que es evidente que, desde el momento de la adjudicación, las dos partes que van a quedar contractualmente enlazadas quedan ya vinculadas con cuanto comporta el contrato, aunque su eficacia, ejecución o cumplimiento se supediten a ulteriores requisitos; y una ficción, como decíamos, perturbadora, puesto que, como ocurre en Derecho francés —y a eso responde la teoría de los *actes détachables*, frente a la del *tout indivisible*, que, con mejor lógica, seguimos en realidad en España—, obtenida la anulación en su caso del acto de adjudicación, hay que emprender aún la correspondiente acción anulatoria contra el contrato para obtener la anulación de éste, tanto si es administrativo como si es privado, ante la Jurisdicción que en cada caso corresponda. Aunque formalmente se diga que el contrato nace de su formalización, en realidad, sustantivamente, el vínculo en que consiste —insistimos— nació con su adjudicación, por la voluntad unilateral de la Administración que así lo “concedió”, en ejercicio —si lo hizo válidamente— de la justicia distributiva correspondiente.

Aunque el constitutivo esencial de todo contrato, en su sentido más propio y estricto como vínculo sinalagmático, es el mismo en los contratos privados y en los públicos, vemos, en suma, que, por el modo de su constitución, siempre que surjan de una Administración pública en posición de supremacía respecto a quienes pueden contratar con ella el objeto y contenido de que se trate, los contratos públicos más comunes se diferenciarán de manera muy relevante de los contratos entre sujetos privados y aun de los públicos que se contraigan entre entidades públicas en posiciones respectivas de independencia e igualdad jurídica. Esa relevante diferencia en el origen, en su *fieri*, en su contratación, proyectará también consecuencias en toda la posible vida y extinción de los contratos. Comúnmente, los públicos no podrán ser modificados de modo que con ello puedan burlarse las condiciones en que fueron adjudicados, es decir salvo nuevas exigencias imprevisibles del interés público o cambios de circunstancias que, de haber podido preverse razonablemente al adjudicarse, hubieran determinado otras cláusulas o condiciones. Y no cabrá la extinción por mero mutuo acuerdo o por el simple interés del contratista, puesto que, como se dice en el artículo 207.4 de la Ley 30/2007 —aunque lo disponga sólo para los contratos administrativos— “la resolución por

mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato". Si el contratista obtuvo el contrato, impidiendo con ello que las necesidades y objetivos de la Administración contratante pudieran satisfacerse con uno de sus competidores reales o potenciales, no es difícil entender que su posición en el contrato siempre será un poco distinta a la que es normal en los contratos privados o entre iguales, pues sus derechos contractuales se encontraran penetrados de un carácter obligacional que los hará irrenunciables, reforzándose así sus obligaciones propiamente contractuales con la Administración. Y en cuanto a ésta, si el contrato celebrado y con quien lo celebró era el causalmente necesario para el fin público que con él debía atenderse, tampoco se justificaría que aceptase sin más una terminación prematura y, por lo mismo, un incumplimiento parcial del contrato, sólo porque dejara de convenirle al contratista o incluso porque además, con ello, ella pudiera obtener alguna ventaja. No cabe olvidar, en suma, que las decisiones de modificación y extinción de estos contratos pueden repercutir en los legítimos intereses y aun en los derechos de quienes pudieron ocupar el lugar del contratista.

Lo que queda expuesto es de aplicación, en su núcleo más esencial, tanto a los contratos de colaboración —que es a los que se aplica todo, sin embargo, más plenamente y a los que se refiere directamente la Ley de contratos del sector público, igual que lo hacían las leyes de la contratación pública que estuvieron vigentes antes—, como a los de atribución, que son mucho menos frecuentes e importantes y en los que, al ser la Administración la que se obliga a la prestación principal más determinante —dispensar un servicio, entregar unos bienes, proporcionar una financiación—, suelen regirse por un clausulado tipo que remite al régimen del servicio o de las prestaciones públicas correspondientes y, sin perjuicio de la aplicación de fórmulas de protección de la igualdad como la del llamado "régimen de cola", no suelen tener que someterse a los procedimientos y requisitos de adjudicación selectiva que son propios de los contratos de colaboración.⁷

⁽⁷⁾ El artículo 4.1.b) de la Ley 30/2007 excluye de su aplicabilidad directa "las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general". La mayor parte de estas relaciones no se contractualizan cuando la organización prestadora del servicio es una entidad pública, una Administración pública, sino que tienen un tratamiento específico administrativo-reglamentario, accediéndose a ellas mediante actos administrativos de admisión al servicio correspondiente, pero puede haber supuestos en que, en efecto, esas relaciones se constituyan como auténticos contratos públicos de atribución. También pueden entrar en esta categoría de los contratos de atribución los convenios interadministrativos de colaboración que puedan incluirse en la letra c) del mismo artículo 4.1, así como los convenios con sujetos privados a que se refiere la letra d), siempre, naturalmente, que unos y otros comporten verdaderos vínculos contractuales o al menos

Por supuesto, todo es tan aplicable a los contratos administrativos, en el sentido que esta expresión tiene en nuestro Derecho y en nuestra legislación positiva, como a los contratos públicos cuyos vínculos se remiten al Derecho privado, en cuanto a sus efectos (cumplimiento o ejecución) modificación y extinción, y que nuestra legislación — ahora la Ley 30/2007 — denomina contratos privados de la Administración pública:⁸ auténticos contratos públicos, por su *fieri*, pero privados *in facto esse*, aunque — conviene advertirlo — en cuanto lo permitan las consecuencias ya indicadas de su contratación, en todo caso, específicamente pública.

En los contratos administrativos, además, como es bien sabido —y hay que recordar que son, con diferencia, los más numerosos y los que canalizan las sumas más importantes del gasto público no empleado en retribuciones de los empleados públicos—, la configuración del vínculo contractual incluye unas cláusulas que se han calificado como *exorbitantes*, por consistir en prerrogativas o privilegios públicos que dotan a la Administración contratante de poderes de dirección, interpretación, suspensión, modificación y resolución unilateral del contrato correspondiente,⁹ que se ejercitan mediante actos administrativos ejecutivos y ejecutorios¹⁰ y que, desde luego, justificarían poner en cuestión e incluso negar netamente que esos contratos lo fueran realmente si no fuese porque se preserva, sin embargo, la equivalencia sinalagmática esencial a todo contrato mediante las correspondientes obligaciones de mantenimiento y restauración precisamente de la equivalencia económica de las prestaciones inicialmente establecida.¹¹ Tales prerrogativas públicas

se revistan formalmente *in facto esse* de tal condición sinalagmática. Sobre esta clasificación de los contratos públicos en “de colaboración” y “de atribución” Vid. BACA ONETO, Víctor S., *La invalidez...*, cit., pp. 135-136.

⁽⁸⁾ Vid. artículos 5, 18 y 20.1, párrafo 2 y 20.2.

⁽⁹⁾ Vid. artículos 194 y concordantes, y 203 y concordantes de la Ley 30/2007.

⁽¹⁰⁾ Vid. artículo 195 de la Ley 30/2007, en su relación con los artículos 56 y ss. y 94 y ss. de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Es este “privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de la impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad”, como con razón se ha dicho, “la prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos”, “formidable privilegio” que se aplica también a la recepción de las prestaciones del contratista y la consiguiente apreciación sobre su cumplimiento del contrato y la calificación de situaciones de incumplimiento y su posible sanción, la determinación de eventuales responsabilidades durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato o la apropiación o devolución final de las fianzas (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, I, 9ª ed., Civitas, Madrid 1999, p. 676).

⁽¹¹⁾ Vid. en este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, I, cit. pp. 717 y 724 y ss. Es obligada en este punto la referencia a la monografía de Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos*, IEA, Madrid 1968. La Ley 30/2007 sigue sin dar a este principio el tratamiento que como tal merece. Aunque no deja

se han justificado tradicionalmente en la especial tutela del interés público inherente a estos contratos, que la Administración no podría dejar de asegurar durante su ejecución y en todo lo a ellos concerniente,¹² por tratarse de contratos cuyo fin y objeto corresponden específicamente a la competencia de la Administración contratante de modo que es ella quien tiene la responsabilidad y el deber de asegurar su más efectiva realización.¹³

Qué duda cabe de que esto comporta una dinámica relacional, que, aun preservando la esencia de lo contractual, viene a diferenciarse de la más común a los contratos privados. Aparentemente los contratos administrativos se apartan del clásico principio contractual que recoge el artículo 1.256 del Código civil en cuya virtud “el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.¹⁴ Claro que no es que queden en manos de unas apreciaciones o decisiones de la Administración que pudieran juzgarse como arbitrarias, porque todo Poder público está constitucionalmente sometido al principio de interdicción

de requerir su aplicación, al regular específicamente los diversos tipos generales de contratos administrativos (especialmente artículo 226 para los ajustes por modificación del proyecto en las concesiones de obra pública y, de manera más general, en relación con el mantenimiento del equilibrio económico en este tipo de contrato, artículos 228,b) y 241, así como artículo 258 en cuanto al contrato de gestión de servicios públicos), ha introducido algunas reglas de fuerte tono restrictivo, no poco, cuando menos, discutibles en su justificación (artículo 217 para la compensación o no de las modificaciones en los contratos de obras, artículo 272 para el de suministro y 282 para los de servicios). Que haya que tratar, desde luego, de dificultar y aun imposibilitar los llamados “reformados” cuando con ellos lo que se pretenda sea burlar los principios más básicos de igualdad y pública competencia en la contratación pública, no justifica restringir injustamente la plena aplicación del principio del mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones.

⁽¹²⁾ Así se decía expresamente en el artículo 4, regla 2ª de la Ley de Contratos del Estado, derogada por la Ley de Contratos de las Administraciones públicas de 1995, que abandonó aquella certera fórmula, según la cual el carácter administrativo de un contrato público vendría determinado “por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato”.

⁽¹³⁾ Así viene a decirse ahora en el artículo 19.1.b) de la vigente Ley 30/2007 de contratos del sector público.

⁽¹⁴⁾ Por cierto que, no sólo en los contratos administrativos sino en todos los públicos constituidos por una Administración en situación de supremacía, su declaración de invalidez es, de suyo, competencia inicial suya y habrá de pronunciarse por acto administrativo conforme a las reglas que rigen la impugnación, en su caso, y la anulación de los actos administrativos (que es lo que son, como se ha dicho, esos contratos). Es verdad, con todo, que no cabe afirmar que en esos contratos la validez quede al arbitrio de la Administración, y, por tanto, de una de las partes, contra lo dicho por el artículo 1.256 del Código civil, que también se refiere a la validez y no sólo al cumplimiento. No hay que olvidar que los actos administrativos son siempre susceptibles de control, cuando menos, por la Jurisdicción contencioso-administrativa, que es la que podrá valorar finalmente la validez o invalidez de dichos contratos. También con respecto al cumplimiento, modificación o extinción, obviamente, de los contratos administrativos, la última palabra corresponde a los órganos jurisdiccionales, pero la carga de accionar ante ellos recaerá siempre en la otra parte y estos órganos han de respetar los ámbitos de apreciación discrecional de la Administración exentos de criterios reglados o deducibles de los principios generales del Derecho aplicables.

de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución; quedan sometidas, sin embargo, al poder unilateral de la Administración contratante, aunque éste sólo pueda ejercitarse del modo positivamente vinculado al ordenamiento y a los fines específicos de interés general de que se trate,¹⁵ cuyas exigencias deben ser valoradas objetiva y justamente y que podrán ser revisadas en vía judicial. Pero ¿en qué contrato privado ocurre algo de esto? Podrán darse cláusulas en contratos privados que reconozcan particulares derechos preponderantes a una parte, en la medida en que no choquen con la neta exigencia citada del artículo 1.256, lo que ya limita enormemente esa posibilidad, pero nunca las decisiones de esa parte o de cualquiera de ellas podrá tener respecto a la otra los efectos propios de los actos administrativos con que la Administración contratante ejerce sus prerrogativas en los contratos administrativos.

Se ha sostenido que la presencia de estas prerrogativas no determina una sustantividad jurídico-pública del contrato administrativo que lo distancie del contrato privado, porque no sería sino la consecuencia de la permanente posibilidad que tiene la Administración de ejercer sus potestades y prerrogativas para asegurar el interés público en lo que es de su competencia.¹⁶ Y es verdad que la peculiaridad que se produce de modo tan ostensible en los contratos administrativos trae causa de la específica condición subjetiva de la Administración pública, como venimos diciendo. Pero resulta artificioso negar que las prerrogativas que ella posee en los contratos administrativos, no forman parte de la estructura constitutiva de éstos, dotándoles de la sustantividad correspondiente, que, ciertamente, no los priva de su esencia contractual, común a la de los contratos privados, pero la modula intensamente. Tales prerrogativas no sobrevienen desde fuera de la relación contractual sino que forman parte de ella *ab initio*, y su justificación se integra en la causa misma del contrato,¹⁷ a consecuencia, por supuesto, de que es precisamente la Administración la que entra en ella para obtener unas prestaciones necesarias a los fines públicos que ella ha de asegurar. Podrá haber otros sistemas jurídicos en los que, en

⁽¹⁵⁾ “Una vez perfeccionado el contrato —dice el artículo 202 para los contratos administrativos— el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente”, añadiéndose ahora que “estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato”. Distintos preceptos de la regulación específica de los diversos tipos más importantes de estos contratos reiteran la expresada necesidad de justificación del ejercicio del *ius variandi*.

⁽¹⁶⁾ Como han propugnado destacadamente GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Vid su Curso...*, I, cit. pp. 668 y ss., 680 y ss. y 717.

⁽¹⁷⁾ Lo señalan acertadamente DE SOLAS RAFECAS, J. M^a, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid 1990, p. 33, y BACA ONETO, Víctor S., *La invalidez...*, cit., p. 99.

ausencia de un reconocimiento cabal de una figura contractual como la de los contratos administrativos de la tradición jurídico-administrativa de origen francés, tengan que acudir a explicaciones técnico-jurídicas como esa de la proyección de las prerrogativas propias de la Administración, el ejercicio de la potestad ablatoria o expropiatoria, o algo análogo para lograr garantizar el razonable interés general que esté en juego. Pero la acuñación de la figura del contrato administrativo comporta una solución jurídica coherente y razonable en su innegable especificidad, que no parece justificado cuestionar, aunque siempre, desde luego, quepa ajustar y perfeccionar.

Han sido siempre, por lo demás, las prerrogativas lo más destacado y discutido en la doctrina como elemento determinante de un Derecho público de los contratos públicos frente al Derecho privado.¹⁸ Una vez más se verifica que la atención a la hora de distinguir el Derecho público y el privado se ha concentrado en las potestades, en las manifestaciones de los denominados privilegios “en más” de la Administración. Y qué duda cabe de su importancia. Pero nos parece equivocada esa polarización. Ya hemos mostrado la muy especial naturaleza que tienen todos los contratos públicos por el hecho de ser una entidad pública quien los contrae, y especialmente cuando lo hace en situación de supremacía (y de su inevitable especial sujeción simultánea). Es algo que se traduce más en sujeciones y límites que en poderes, por más que la contratación pueda comportar ejercicio de potestad de distribución y asignación de cosas públicas. Son, también aquí, los privilegios “en menos” —repetimos— no menos importantes y significativos que los “en más”; incluso más fundamentales.

La particularmente intensa finalización de los contratos administrativos a determinados objetivos de interés público que justifica la peculiaridad indicada de su régimen *in facto esse*, explica también, por añadidura, la actual importancia que en ellos tienen además hoy, tras la evolución y maduración de esta institución, las especiales obligaciones —sujeciones— que en ellos asume la Administración contratante en orden a garantizar el buen fin del contrato, su más efectivo cumplimiento, ante cambios, alteraciones o riesgos con los que no pudo contarse de modo cierto al constituirlo: supuestos de fuerza mayor, de riesgo imprevisible, de alteración de los precios o de los salarios por *factum principis* o por la evolución incontrollable de la economía... La Administración contratante viene obligada, a través de técnicas concretas —entre ellas la revisión de precios, que se ha ido generalizando más y más desde los años sesenta—, a actuar como leal

⁽¹⁸⁾ En ello se centraría además la clásica discusión, sobre todo alemana, sobre si el contrato es o no posible al Poder público.

colaboradora y aseguradora de ciertos riesgos del contratista. ¿Pueden pactarse cláusulas similares en contratos privados? Sí, pero no pueden dejar de incluirse en el vínculo contractual jurídico-administrativo. Ello marca otro elemento de distinción no marginable.

En suma, mientras que el Derecho privado está presidido por la libertad de la contratación, aun con los límites que la ley por justas razones establezca, el Derecho público no reconoce tampoco aquí libertad alguna al Poder público sino que la conveniencia y aun la necesidad, en su caso, de que entre él y otros sujetos se constituyan verdaderos vínculos contractuales para obtener la colaboración o las prestaciones necesarias que puedan encauzarse razonable y eficazmente por tales relaciones sinalagmáticas, o para proporcionárselas él mismo a esos otros sujetos, ha de regirse por principios, sujeciones y exigencias específicamente jurídico-públicas, que mantienen la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, tienen en cuenta que ésta, al constituir tales contratos, administra —valga la redundancia— y distribuye fiduciariamente “cosas” públicas ante las que los administrados, y a la vez ciudadanos, se encuentran en una situación de igualdad de derechos e intereses legítimos que hay que respetar, y, en fin, tratan de asegurar en todo momento la efectiva consecución del interés general que aquella tenga encomendado.

Este es el marco en el que hay que encajar el alcance y sentido que pueda tener la denominada *terminación convencional del procedimiento administrativo*, introducida en nuestra legislación administrativa general por el artículo 88 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, no sin suscitar pocas cuestiones. Dicho precepto no deja de exigir “en cada caso” una previa norma o “disposición que lo regule” en cuanto “al alcance, efectos y régimen jurídico específico”, así como que, de todos modos, el objeto sea “satisfacer el interés público que tienen encomendado” las Administraciones públicas correspondientes y los “acuerdos, pactos, convenios o contratos” no “versen sobre materias no susceptibles de transacción”. Tampoco pueden traducirse estos en modo alguno en “alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos”, es decir, de las actividades de la competencia administrativa. A la postre, esta pretensión de formalizar de alguna manera la actuación administrativa de un modo como más convencional y acordado con los administrados, de apariencia menos “autoritaria”, no pasará de traducirse en la práctica en una audiencia más efectiva del interesado, cuyas propuestas podrán ser más intensamente tenidas en cuenta por la Administración actuante, siempre que no deje de tener no menos en cuenta otros legítimos

intereses o derechos contrapuestos, a la hora de tomar la decisión que corresponda en ejercicio de sus potestades públicas. Pero no puede ocultarse un grave riesgo de estas prácticas, que, so capa de tratar más “de igual a igual” al ciudadano y de contar más con su libre adhesión a las medidas de la Administración, pueden traducirse fácilmente en un medio de presión y hasta de inaceptable chantaje al administrado, a base de subordinar, sutil o descaradamente una medida administrativa debida (una autorización, una reversión, una ayuda, una determinada ordenación urbanística, etc.), a la aceptación “voluntaria” por su parte de determinadas condiciones o contenidos, quizás indebidamente restrictivos o gravosos (pero a los que el administrado puede resignarse para ahorrarse mayores males), tratando además de cubrirse la Administración de posibles impugnaciones ulteriores por invocación precisamente de “lo pactado”. Las diversas maneras con que la Administración puede en la práctica —a pesar de los esfuerzos del Derecho administrativo— retrasar el cumplimiento de sus deberes para con los administrados o utilizar sus márgenes discrecionales, pueden persuadir a los administrados de las ventajas “posibilistas” de aceptar lo que ella proponga a título de acuerdo, en vez de exigir la integridad de su derecho, con lo que podría suponerle de tener que sumergirse en las vías inciertas e inacabables en que fácilmente hoy se convierten los recursos judiciales. No puede olvidarse, por lo demás, la posición siempre privilegiada, única, del Poder público, que debe servir objetivamente con sus potestades y posibilidades operativas a los derechos de las personas a él sometidas —individualmente o en su adecuada integración en el interés general—, y no negociar, ni siquiera en apariencia, con aquellas para ajustarse supuestamente a lo que querrían unos u otros administrados. Si lo que estos pretenden les es debido, les debe ser otorgado, sin más: es un deber para la Administración que deriva de la ley y que no debe tratar de representar como basado en un pacto.

VI. RÉGIMEN ESTATUTARIO DEL EMPLEO PÚBLICO

Derecho público y Derecho privado se han revelado asimismo diversos en su respectiva ordenación de las relaciones de empleo o de trabajo subordinado por razón precisamente de la naturaleza pública o privada del sujeto con el que las personas humanas las establecen. Aunque hay posturas doctrinales que consideran contingente y sustancialmente injustificada esta diferenciación,¹⁹ lo cierto es que se trata de algo común en el

¹⁹ Como la sostenida por José María BOQUERA OLIVER, en coherencia con su concepción de la Administración pública y del Derecho administrativo en torno a su noción jurídico-formal del

Derecho comparado contemporáneo y no exclusivo del de matriz europea continental, aun sí sea, desde luego, muy característico de éste, que se ha incorporado, por cierto, al Derecho de la función pública al servicio de las Comunidades Europeas,²⁰ sin duda, por la común cultura jurídico-administrativa que al respecto compartían casi por entero — algo menos sólo Holanda— los 6 Estados fundadores.

Específicamente jurídico-público es, por descontado, el régimen del vínculo por el que determinadas personas ocupan “cargos públicos”, entendidos, en general —más allá del sentido restringido con el que ha propendido a entender el Tribunal Constitucional, aun con variaciones, esta expresión del artículo 23.2 de la Constitución vigente—²¹ como *puestos* (representativos o no) de designación *política*, que implican la titularidad o cotitularidad de órganos legislativos, de gobierno y dirección o de superior asesoramiento y control de las Administraciones públicas, o de participación orgánica en ellas, o, en fin, de los que tienen asignadas otras altas funciones del Estado (Jefatura del Estado o Tribunal Constitucional).

Jurídico-público es también el vínculo que surge en virtud de la ley en el caso de las llamadas prestaciones públicas obligatorias a que pueden verse requeridos los ciudadanos temporalmente al amparo de los artículos 30 (servicio militar obligatorio) y 31 (otras prestaciones personales como la que hoy exige la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para la formación de las mesas electorales, o la Ley de Haciendas Locales en los muy pequeños municipios o entidades locales menores).

Pero jurídico-público es también y sobre todo el vínculo que une al Estado o a las demás entidades públicas con sus funcionarios, en sentido propio, que incluye a cuantos les prestan sus servicios profesionales y retribuidos de carácter permanente en virtud de un nombramiento legal que les incorpora a tal condición en una relación de naturaleza estatutaria

poder administrativo, y su tesis de que la relación funcionarial surge de “un acuerdo de voluntades entre el individuo y la Administración” (cfr. su *Derecho administrativo*, I, 10ª ed., Civitas, Madrid 1996, pp. 228–229, 233–235).

⁽²⁰⁾ Vid. el artículo 283 actual (212, antes del Tratado de Amsterdam) del Tratado de la Comunidad Europea. Vid. Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *Función pública comunitaria*, prólogo de G. VANDERSANDEN, Marcial Pons, Madrid 2000, y *La Administración europea*, prólogo de R. PARADA, Thomson-Civitas, 2007, pp. 41 y ss, 73 y ss. y concordantes.

⁽²¹⁾ Vid. Javier GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Aranzadi, Pamplona 1999, *passim*, y más en concreto por ejemplo pp. 86–87. Es discutible que el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a los cargos públicos pueda entenderse plenamente satisfecho limitando a estos efectos el concepto de cargo público al representativo e ignorando que hay otros cargos públicos a los que también se accede por elección, aunque no sea una elección por toda una determinada colectividad territorial sino por colectividades o agrupaciones sectoriales determinadas por la ley, de las que también podría ser excluido alguien lesionándose la igualdad constitucionalmente protegida, es decir por una diferenciación ilegal o sin justa causa.

regulada por el Derecho administrativo, tal y como se dice hoy en el artículo 9.1 del Estatuto Básico del Empleado Público establecido por Ley 7/2007, de 12 de abril. No se trata solamente de los que sirven a las Administraciones públicas, sino también de los que lo hacen al Poder Judicial (jueces, magistrados, fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, dice el artículo 4.c) de la misma Ley), o a los Poderes legislativos y a los demás Poderes superiores del Estado distintos del Ejecutivo (Corona, Tribunal Constitucional), así como a las Fuerzas Armadas, aunque se rijan por sus peculiares disposiciones de rango legislativo y reglamentario, como ha sido tradicional y se sigue desprendiendo del citado artículo 4 de la Ley 7/2007.²²

Se trata del tipo de empleado público más propio y común. El artículo 103.3 de la Constitución ha dispuesto preceptivamente que “la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos”, marcando con ello una inequívoca voluntad de que el régimen del personal que se incorpore al servicio dependiente y subordinado de los Poderes públicos ha de responder normalmente a una características estatutarias propias, distintas de las que contendrá el estatuto de los trabajadores requerido por el artículo 35.2 de la misma Constitución. De no ser así no tendría sentido ni explicación esta duplicidad de mandatos constitucionales. Se ha entendido además desde un principio que ese estatuto de los funcionarios públicos debería radicarse precisamente en una configuración “estatutaria” y no contractual de la relación funcional, en la acepción con que se viene usando la expresión al aplicarse precisamente a esta relación y a otras de carácter específicamente jurídico-administrativo, cuya dinámica interna no responde a un sinalagma contractual aunque esté constituida por obligaciones y derechos recíprocos, determinados por el ordenamiento jurídico y por la potestad administrativa en cuanto lo requiera y justifique el interés público de manera proporcionada. La redacción del artículo 149.1.18^a confirma probablemente esta interpretación al referirse expresamente al *régimen estatutario* de los funcionarios de las Administraciones públicas como parte importante de “las bases” de su “régimen jurídico” que se reservan al Estado para, entre otras cosas, por cierto, garantizar “a los administrados

⁽²²⁾ Este precepto se refiere también a la normativa especial de los funcionarios de otros órganos o entidades de Estado o de las Comunidades Autónomas que no dejan de ser Administraciones públicas peculiares o formar parte de alguna de ellas, como el Centro Nacional de Inteligencia o el Banco de España, expresamente mencionados, o como el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo, o los órganos estatutarios análogos de las Comunidades Autónomas. Se refiere también a la regulación especial del Personal de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, que es personal funcional de la Administración del Estado, de algunas Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, y, en fin, a la del llamado personal retribuido por arancel, como Notarios y Registradores, que son tipos muy singulares de funcionarios, pero que no dejan de serlo por ello.

un tratamiento común, ante ellas". No en vano, el "derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones" públicas, "con los requisitos que señalen las leyes", es un derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2, que el mismo artículo 103.3 complementa con la exigencia de "los principios de mérito y capacidad", todo lo cual habrá de regularse como parte del estatuto funcionarial.

El estatuto funcionarial, por exigencia expresa constitucional, ha de regular también, cuando menos, en cuanto a los funcionarios "las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones". Así lo dice el citado artículo 103.1. También se pronuncia sobre alguno de estos mismos aspectos el artículo 28, que, en cuanto a la libertad sindical, autoriza a la Ley para "limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar" e insiste en que debe regular "las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos" en general.

Estos contenidos mínimos obligatorios del estatuto funcionarial ilustran en buena medida su justificación como específico régimen jurídico-público, que pivota, en efecto, sobre la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad de los ciudadanos —en razón a circunstancias personales objetivas de capacidad y mérito— en cuanto a la posibilidad de dedicarse al servicio público en "sus" entidades públicas y de obtener o participar en las "cosas" públicas que ello comporta (ocupación segura, retribución, reconocimiento, posición), así como sobre la necesidad de garantizar la profesionalidad y neutralidad o imparcialidad del servidor público con respecto tanto a posibles intereses de terceros (incompatibilidades) como con respecto a las eventuales tentaciones partidistas o de ocupación de las organizaciones públicas por parte de gobernantes y directivos políticos (*spoils system*). La primacía del servicio a los fines públicos, jurídica y democráticamente determinados, y, por lo mismos, a los derechos fundamentales en ellos implicados, explica también las limitaciones a las expresiones de la libertad sindical o más bien del poder sindical que de ella pueda resultar, así como las que deban imponerse al derecho de huelga, aunque la Constitución unifique estas últimas en su artículo 28.2 bajo la causa del necesario mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, entre los cuales estarán desde luego, en un sentido amplio y a estos efectos, las funciones públicas y los servicios esenciales propiamente tales que gestionen las entidades públicas.²³

⁽²³⁾ Sobre la importancia del concepto constitucional de los servicios esenciales nos hemos ocupado en diversos trabajos, especialmente en los últimos diez años. Puede verse el último de los publicados ("La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas", *Cuadernos de*

Todo esto determina unas exigencias jurídicas objetivamente imperativas en cuanto al acto jurídico de establecimiento del vínculo funcional y respecto al régimen de éste y por tanto sobre su naturaleza, que lo aleja y distingue inequívocamente de cuanto es propio del contrato de trabajo, aun contando con la densa regulación imperativa que hoy impone al vínculo laboral el actual Derecho del Trabajo. No se trata de una mera cuestión de mayor intensidad o densidad de la regulación de aquel vínculo con respecto a éste, sino de un cambio cualitativo, que sustrae la relación funcional, como decíamos, a la dinámica contractual, dotándola de unos contenidos específicos tendentes a asegurar del modo más eficazmente posible un correcto, imparcial, eficiente y profesionalmente cualificado desempeño de las tareas propias de los Poderes públicos, lo que requerirá destacadamente garantías de estabilidad y permanencia, particularmente reforzadas — que proteja su imparcial y objetiva profesionalidad —, junto con claras perspectivas atractivas de una “carrera” profesional progresiva bien reglada, con criterios y modos objetivos de promoción, y previsiones sobre las posibles situaciones que encaucen salidas y regresos al servicio activo, que la flexibilicen y adapten a las circunstancias cambiantes del personal, más un sistema adecuado de vacaciones y permisos, retribuciones, seguros sociales y derechos pasivos.

Aunque en el ámbito judicial rige un principio de completa independencia e inamovilidad en el puesto cuando se trate de jueces y magistrados (artículo 117.1), y, en el ámbito militar, regirá por el contrario un criterio de dependencia con respecto al “mando” (y solo a él, por cierto) especialmente intenso, sometido al régimen penal y disciplinario que le es propio, en el caso del común de los funcionarios, integrados en unas u otras Administraciones,²⁴ y tratándose de los que lo son en el pleno sentido, es decir, “de carrera”, rige un principio de inamovilidad en la condición funcional (artículo 14.a) de la Ley 7/2007), que se proyecta también en una situación de protegida estabilidad en el puesto de trabajo, aunque de mayor o menor consistencia según la naturaleza de éste y el modo como se accedió a él. El incremento de la estabilidad protegida de la relación

Derecho Judicial, 11 (2.007) (*Los derechos fundamentales en la educación*), CGPJ, Madrid 2008, pp. 60 y ss.), en que se mencionan varios de los anteriores. En su sentido más estricto, no comprenden las funciones públicas, entendidas también en sentido propio, como ejercicio de potestades públicas, puesto que tienen naturaleza prestacional, pero en un sentido amplio y, desde luego, a los efectos de aplicar las previsiones del artículo 28 CE no cabe duda de que debe entenderse que las incluyen.

⁽²⁴⁾ Remitimos al concepto de Administraciones públicas que expusimos en nuestra *Introducción...*, cit., pp. 83 y ss. y 109 y ss., sobre el que volvimos en “Delimitación del sujeto pasivo necesario de la Justicia administrativa”, en María Jesús MONTORO CHINER (Coord.), *La Justicia administrativa (Libro homenaje al Prof. Dr. Don Rafael Entrena Cuesta)*, Atelier, Barcelona 2003, pp. 301–326.

laboral no ha llegado nunca a alcanzar la rigidez del vínculo funcional frente a su disolución, que, en vida del interesado, no puede producirse — como puede verse de un modo general, significativamente, en el artículo 63 de la Ley 7/2007—²⁵ sino por jubilación por la edad reglamentaria, por pérdida de la nacionalidad o ciudadanía requerida, por renuncia propia en las condiciones legales o como consecuencia de pena firme de inhabilitación total o especial o de sanción disciplinaria firme de separación del servicio, sólo imponible por falta muy grave (artículo 96.1.a) Ley 7/2007), por más que la reciente tipificación de las faltas muy graves en el artículo 95.2 de la Ley 7/2007 deje mucho que desear en cuanto a las exigencias de su suficiente tipificación como conductas de una gravedad tan extrema como para resultar justificada la separación del servicio.

Es verdad que, en rigor, el acto jurídico por el que se constituya la relación de empleo público y los requisitos de capacidad, mérito y procedimiento selectivo abierto a la libre competencia que deban precederle, no tienen por qué ser sustantivamente diversos para la relación funcional y para la laboral, en cuanto también susceptible de ser constituida en el empleo público, como es sabido y enseguida comentaremos. Pero ello es así porque en ambos casos habrá de tratarse de un acto administrativo unilateral y sometido a las aludidas exigencias, que, en lo esencial, forman parte del contenido del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución. Unilateral inequívocamente es el acto administrativo de *nombramiento* del que nace la relación funcional, pero no lo es menos el acto de *adjudicación* del contrato de trabajo en que consiste la relación laboral con una Administración. Todo cuanto quedó dicho sobre los contratos públicos resulta aquí de plena aplicación, y por eso mismo los contratos públicos laborales se distinguen —cuanto menos, pues, en razón de su *feri*— de los contratos privados de trabajo, siendo en realidad uno de los supuestos, a lo más, de contratos públicos de régimen privado (en cuanto al vínculo), siendo este régimen privado el laboral.²⁶ Ocorre aún, con todo, que la propia relación laboral de empleo público comporta algunas modificaciones imperativas no pequeñas con respecto a la relación

⁽²⁵⁾ Hay que recordar que determinados colectivos funcionariales no se regirán por la Ley 7/2007, ni siquiera a nivel básico: funcionarios judiciales, parlamentarios, militares, etc. Pero sus diversas regulaciones contienen al respecto normas similares.

⁽²⁶⁾ No impide estas afirmaciones que, siguiendo una tradición que viene de la Ley de Contratos del Estado de 1965, el artículo 4.1.a) de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, excluya del ámbito de su directa aplicación a “los contratos regulados en la legislación laboral”, junto a “la relación de servicios de los funcionarios públicos”, pues, entre otras posibles consideraciones, el apartado 2 del mismo artículo 4 no deja de advertir que, sin perjuicio de su regulación “por sus normas especiales”, se les aplicarán “los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

laboral general con “patrones” privados. No en vano la Ley 7/2007, que nace con una inequívoca voluntad de emparejar lo más posible los regímenes funcionarial y laboral público, aun preservando las diferencias, dice en su artículo 7 que “el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. Especialmente relevantes son las disposiciones específicas de esta Ley que se le aplicarán en punto a los derechos a la negociación colectiva y los efectos de ésta (artículo 32 y concordantes), como serán, destacadamente los condicionamientos, derivados de la reserva de ley, de los efectos de los pactos y acuerdos a que pueda llegarse en materias (como las retribuciones) y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral (artículo 38.8), y, por lo mismo, cuanto se refiere a la competencia decisoria última de las Cortes Generales o, en su caso, del Parlamento autonómico correspondiente (artículo 38.4).

Pero, en fin, no cabe duda de que la plenitud jurídico-pública es exclusiva de la situación propia del funcionario, por más que, como acaba de indicarse, la especificidad del Derecho público obligue a distinguir también parcialmente los contratos laborales públicos y los privados. La Administración pública no puede recurrir, además, arbitrariamente al contrato laboral. Como confirmó el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1987, en cuanto se le dio oportunidad de hacerlo con motivo de enjuiciar aspectos de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, la Constitución ha optado “por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3. y 149.1.18ª)”, por lo que “habrá de ser (...) la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración pública”(FJ 3), que tendrán, por tanto, la condición de excepciones que además, por lo dicho, no dejarán de someterse a ciertas condiciones específicas exigidas por el Derecho público, en razón de ser precisamente con una entidad pública con quien se contrae la correspondiente relación de empleo.

La Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado público, con su peculiar técnica como ley básica que pretende mantenerse al máximo en esta condición, dejando diversos aspectos a la concreción de las leyes —estatales o autonómicas— de desarrollo, remite expresamente a éstas en su artículo 11.2 el establecimiento de “los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral”, pero “respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2”, que fija un mínimo básico: “en todo caso —dice, en efecto, este precepto—, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el

ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca". Nociones de halo no poco indeterminado, que corresponderá, por tanto, determinar a dichas leyes, aunque bajo el control, obviamente, del Tribunal Constitucional, en las que, aun sobresaliendo una vez más la prevalencia de las potestades en la consideración del núcleo más propiamente jurídico-público, no deja esta vez de tenerse en cuenta que tal núcleo no se agota en ellas, porque, ciertamente, aun cuando la actuación de las entidades públicas que deba asumir su personal no comporte ni directa ni indirectamente ejercicio de potestades públicas, puede estar implicado en ella una salvaguarda de intereses públicos para la que la Ley básica estima sólo idóneo al personal funcionario. No hace falta que nos alarguemos ahora más en este extremo.

Esta aún el personal eventual de confianza política (artículo 12 de la Ley 7/2007), cuya sujeción al Derecho público es evidente, y la nueva y polémica figura del *personal directivo profesional*, creada y escasamente regulada en un artículo 13, que parece claramente una cuña tardía en la redacción del texto que lo incluye, como contenido único, en un curioso Subtítulo I del Título III dedicado a las clases de personal, que parece querer diferenciarlo de las diversas modalidades de empleados públicos (artículo 8), que son los regulados de manera general por esta Ley. En cualquier caso estamos ante una nueva modalidad de servidor público, sujeto por ello mismo específicamente al Derecho público, al menos en los elementos que determina dicho artículo 13 (principio de mérito y capacidad e idoneidad, y procedimiento de pública concurrencia, sustracción a procedimientos de negociación colectiva, régimen de responsabilidad...) y en cuantos otros completen las leyes de la función pública que lo apliquen y desarrollen. Y aun cuando podrá tratarse de personas con contrato de alta dirección —laboral, dice el apartado 4 de este mismo artículo—, no dejará de someterse en la adjudicación del contrato y en el régimen de éste a dichas específicas exigencias. Dicho sea todo con independencia de la valoración que pueda merecer esta nueva figura y su regulación, a la luz de la doctrina jurisprudencial citada del Tribunal Constitucional sobre el ordinario régimen estatutario del empleo público, y particularmente quizás en relación con las perspectivas profesionales de la carrera propia de los funcionarios de las categorías superiores y de lo que ello pueda representar en el funcionamiento del conjunto del sistema.

Obviamente, determinar que unas determinaciones relaciones de empleo pertenecen al Derecho público y deben adecuarse a sus principios no resuelve sin más las dificultades que implica para esa parte del Derecho

acertar con la mejor ordenación en aplicación de esos principios. Los sucesivos legisladores aciertan o desaciertan en la identificación y determinación de lo mejor. Lo que ahora interesa es destacar tan sólo su entraña jurídico-pública, con sus tensiones bien distantes de las propias de las relaciones laborales entre personas privadas, aun con elementos también comunes. Sólo teniéndolo bien en cuenta se acertará jurídicamente y con ello política, económica y socialmente.

VII. PERSONIFICACIONES JURÍDICO-PRIVADAS INADECUADAS PARA LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

La justificación de la necesidad de diferenciar el Derecho público y el privado en razón de tratarse, en el primero, de actuaciones del Poder público, y, en el segundo, de actuaciones entre sujetos privados y libres, podría proseguir con el examen de otras de las muy diversas manifestaciones del actuar de la Administración pública: ayudas públicas, actividades prestacionales públicas, etc. No es posible detenernos aquí en todos los análisis que requeriría mostrarlo, aunque obedece siempre a exigencias similares a las ya expuestas, ancladas en lo más esencial, como decíamos, del Estado de Derecho.

Toda la organización y el actuar de los Poderes públicos, por tanto —y debe enfatizarse muy particularmente con respecto a su dimensión ejecutiva como Administraciones públicas—, no pueden sino estar sometidos al Derecho público, sin perjuicio de las remisiones o aperturas que este mismo determine no tanto al Derecho privado cuanto a los elementos más comunes del Derecho en su conjunto que, por no ser específicos de las relaciones entre sujetos privados, son también susceptibles de aplicación a las que comporta la organización y actuación de las entidades públicas, por más que sigamos considerándolos parte del Derecho civil, mercantil o laboral.

Contra lo afirmado alguna vez por algún autor, no es cierto que el sometimiento pleno a la ley y al Derecho de la Administración pública, requerido por el artículo 103.1 de la Constitución, pueda entenderse como algo distinto a su sumisión pura y simplemente al Derecho público, y, por lo mismo, tratándose de la Administración, precisamente al Derecho administrativo. Será también éste quien determine oportunamente la pertinencia de aquellas remisiones o aperturas, pero sólo si en la organización o actuación de la Administración puede afirmarse con certeza que no hay necesidad de atender jurídicamente a la especificidad que le es inherente, y sólo en la medida en que así sea. Recordemos que es la misma

Constitución la que marca estas exigencias, garantizando en consecuencia el sometimiento efectivo de la Administración al Derecho administrativo, que no cabe entender sino como Derecho público con todas las consecuencias.

Siendo esto así, debería resultar evidente la más que dudosa constitucionalidad y legitimidad jurídica de toda esa auténtica “huida” del Derecho administrativo que en particular se viene tratando de lograr desde hace años mediante la creciente desarticulación de las Administraciones públicas y la ficticia personificación separada de los múltiples conjuntos orgánicos resultantes, como personas jurídicas privadas (sociedades mercantiles o —en los últimos años— fundaciones privadas) o como curiosas personas jurídicas públicas cuya actuación quedaría sometida al Derecho privado. Este invento híbrido de las entidades públicas sometidas en su actuación al Derecho privado —las entidades públicas empresariales, como comenzarían a denominarse con la LOFAGE de 1997—²⁷ y el uso indiscriminado de personificaciones instrumentales jurídico-privadas para la realización de tareas propias de la Administración y bajo su dirección interna, vienen poniendo en cuestión postulados básicos del Estado de Derecho. La mayor parte de la doctrina ha reaccionado vivamente contra este riesgo de desmantelamiento de las garantías propias de este modelo constitucional de organización del Poder público, con el consiguiente perjuicio a la vez para los intereses generales y los derechos y libertades individuales. Como fruto de esa reacción a muy diversos niveles y con diversas motivaciones inmediatas, se ha ido produciendo un curioso proceso de progresiva reconducción del régimen de la actuación y del control de esas personificaciones instrumentales al Derecho público, limitando en consecuencia su sujeción real a sólo el Derecho privado. El resultado de esta chocante “ingeniería jurídica” es, obviamente, que las personificaciones jurídicas correspondientes se desvirtúan en su significación y régimen ordinarios, con el consiguiente poco favorable impacto para la seguridad jurídica. Queda cada vez más patente la artificiosidad de los artilugios resultantes y se deja oír aún más netamente la cuestión de la razón de ser

⁽²⁷⁾ Artículos 43 y 53 y ss. de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. *Vid* también artículos 2.1.c) y concordantes de la Ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre. La figura sería trasladada a la Administración Local con la reforma de a Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, operada en sus artículos 85.2.c) y 85 bis por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. La Ley 30/2007, de contratos del sector público, en su art.3.1.c) y 2 *in fine*, recoge la generalización de esa figura —que ciertamente es tal también por lo común en los ordenamientos autonómicos— con esa u otra denominación. La tipificación de este tipo de híbrido procede del artículo 6.1.b) la Ley General Presupuestaria de 1977 que anómalamente generalizó bajo el tipo de las “sociedades estatales”, junto a las clásicas mercantiles en mano pública, unas “entidades de derecho público cuya actuación queda sometida por Ley al derecho privado”, tomando, al parecer, como modelo, lo que había llegado a ser la RENFE.

de estas fórmulas, que parece, a la postre, no ser otra que el de obtener una retribución más libre para los administradores así como una operatividad más liberada de los procedimientos, controles y sujeciones típicamente jurídico-administrativos en todo aquello a lo que no llegue o vaya llegando la aludida “republicación” de su régimen jurídico.

Cabe reconocer, con todo, que, desde que apareció en el horizonte la necesidad de la disciplina presupuestaria y de limitación del endeudamiento público que impuso el Tratado de Maastricht (en vigor desde finales de 1993) para aspirar eficazmente a la integración en la Unión Monetaria Europea de la moneda única, y especialmente desde que tomaron expresión más concreta la instrumentación de los criterios de convergencia y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento en 1997, se ha acudido a estas personificaciones para sortear estas exigencias ante la necesidad de acometer costosas obras públicas consideradas. Nunca nos ha parecido justificable tratar de defraudar con subterfugios unos criterios de convergencia económica y de estabilidad, reconocidos como certeros y asumidos jurídicamente con todas las garantías jurídicas y democráticas. Si, en realidad, va a ser la caja común que se nutre principalmente de los impuestos la que tendrá que asumir finalmente el pago del coste de esas inversiones —y de su financiación por terceros—, ello habrá de traducirse, antes o después, en cargas presupuestarias en ejercicios económicos futuros de los Poderes públicos correspondientes, sea cual sea la más o menos original o compleja articulación jurídica del establecimiento de las correspondientes obligaciones. Podrá lograrse “pasar” ciertos controles comunitarios un número determinado de años, pero el crecimiento, quizás en exceso abultado, de los pasivos correspondientes no puede dejar de manifestarse a partir de cierto momento. Mientras la economía este boyante y el erario público incremente sus ingresos, esa carga podrá pasar inadvertida. El problema y no pequeño puede resultar cuando vengan las cosas mal dadas, disminuya la recaudación de manera importante y comience a aparecer la realidad de las deudas en toda su dimensión y crudeza, quizás con años por delante. No sé si se ha analizado el impacto de estos modos de actuar en las actuales extraordinarias dificultades económicas del sector público y del sistema financiero. Es posible que no sea menor. Y, en todo caso, desde la perspectiva del Estado de Derecho —y nunca es inocuo no respetar sus exigencias—, resultará que cuantiosas partidas de los gastos presupuestarios anuales vendrán ya determinadas por decisiones adoptadas de muy diversas maneras, no precisamente con las debidas garantías, en años anteriores, vaciándose de contenido en la misma medida el papel de las Cortes Generales, en el Estado, o de los Parlamentos autonómicos o de los órganos plenarios de las Corporaciones locales en el ejercicio de

su competencia para aprobar los Presupuestos anuales, de conformidad con la letra y el espíritu del artículo 134.1 y 2 de la Constitución. inaplazables, tratando de aprovechar los resquicios de los complejos sistemas de cómputo contable del déficit presupuestario y de la deuda nacionales por parte de las oficinas de la Comisión en Bruselas.²⁸ Cuando estas prácticas comenzaban a generalizarse ofrecimos ya nuestra opinión crítica en la *Revista de Administración Pública*.²⁹

Como venimos sosteniendo desde hace años, el recurso por parte de la Administración a las personificaciones jurídico-privadas debería reducirse a los supuestos de ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica, en el sentido con que ésta se reconoce en su legitimidad por el primer inciso del artículo 128.2 de la Constitución, en el marco de la economía de mercado, en que goza de un plus específico de garantía la libertad de empresa de los ciudadanos y aún de todas las personas, tal y como resulta del artículo 38 de la Constitución y de todo su contexto, incluido su artículo 13 en cuanto a los extranjeros. Son precisamente las exigencias de paridad de trato de empresas públicas y privadas en actividades económicas a desarrollar en régimen de competencia en los mercados, que el Derecho comunitario ha contribuido a configurar, en virtud principalmente de lo expresamente dispuesto en el actual artículo 86.1 del Tratado de la Comunidad Europea, lo que aconseja y quizás incluso exige que las actividades propiamente económicas de prestación de bienes o servicios en régimen de mercado por parte de los Poderes públicos se lleven a cabo mediante organizaciones empresariales propias, sometidas a su influencia dominante —por decirlo con la expresión acuñada en el Derecho comunitario—, con una personificación mercantil similar a la utilizada por los operadores privados, sin perjuicio, naturalmente, del específico control interno a que deban someterse por parte de las entidades públicas titulares y de las medidas también específicas a que deban someterse para la supervisión del cumplimiento efectivo de la paridad de trato por parte de autoridades dotadas de suficiente independencia respecto a aquéllas.³⁰

⁽²⁸⁾ Vid. al respecto Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Sociedades estatales de obras públicas*, Tirant lo blanch, Valencia 2008, pp. 32 y ss. y 207 y ss.

⁽²⁹⁾ 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* nº 144, 1997, pp. 45 y ss. y particularmente en pp. 72–73. El estudio resultó de una adaptación del antes publicado en la obra colectiva *En defensa de la libertad*, que el Instituto de Estudios Económicos dedicó a la memoria de Víctor Mendoza Oliván (Madrid, 1997).

⁽³⁰⁾ Santiago MUÑOZ MACHADO, que se muestra en general bastante más abierto a una utilización del Derecho privado por la Administración de lo que en este estudio se considera admisible, ha hablado, en cambio, certeramente, de una reserva al Derecho privado de las actividades económicas de la Administración en los mercados (*Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, I, Thomson-Civitas, Madrid 2004, p. 64). En la doctrina alemana, vid. la

Fuera de tales supuestos, carece de justificación la utilización por la Administración, por los Gobiernos, de personas jurídico-privadas instrumentales, tanto si se trata de la gestión directa de servicios públicos económicos o de otra índole, si fueran posibles,³¹ como de la prestación de servicios no económicos (educativos, sanitarios, sociales, culturales...), no reservados jurídicamente a la exclusividad de la Administración pública y que, por tanto, se ofrecen en real o potencial concurrencia con los que puedan ofertar agentes privados en ejercicio de sus propios derechos y libertades, enteramente a su cargo y a su riesgo y ventura o incluso con financiación pública (como en el caso de la educación obligatoria). Por no hablar, obviamente, del ejercicio de las funciones públicas en sentido propio, es decir, del ejercicio de potestades públicas que debe entenderse completamente reservado a las entidades públicas y a su específico régimen jurídico-público. Todas esas modalidades posibles de la actuación administrativa han de quedar sometida al Derecho público y es justamente para eso para lo que la cultura jurídica del Estado de Derecho ha perfilado la personificación jurídico-pública, aunque quepa admitir una diversidad de posibles entidades públicas o Administraciones públicas para ajustarse a su posible diversidad funcional en aplicación del principio de descentralización funcional, aludido implícitamente en el artículo 103.1 de la Constitución y que puede tener, en efecto, sus justificaciones precisas, aunque, desde luego, también limitadas.

Ningún sentido tiene, sin embargo, por otra parte, la configuración legal actual de un tipo de persona o de entidad jurídico-pública cuya actuación habría de someterse en principio al Derecho privado. Nos referimos a las que, al menos para el Estado y para el ámbito local, ya hemos recordado que se denominan desde hace un decenio entidades públicas empresariales. El artículo 3.2 *in fine* de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, aunque sólo a los efectos de lo en ella regulado en materia contractual, las despoja incluso de la condición de Administraciones públicas, lo que carece de toda justificación. No suelen ser objeto principal de este tipo de entidades, actividades mercantiles de mercado. Tampoco deberían serlo, porque, como hemos dicho, la figura jurídica más adecuada para llevar

posición próxima de SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo...*, cit., pp. 280 y ss.

⁽³¹⁾ De lo dispuesto por el artículo 128.2 de nuestra Constitución parece, por su contexto inmediato (Título VII, dedicado solamente a materias económicas) y por las implicaciones de las libertades públicas garantizadas en el Título I, que no cabe una reserva o *publicatio* de servicios esenciales que no sean propiamente económicos, por lo que sólo serían posibles en rigor los servicios públicos, propiamente dichos, de carácter económico. *Vid.* nuestros estudios "La *publicatio*...", cit. pp. 699 y ss. y 705 y s., y, más reciente y ampliamente, "La educación escolar, servicio esencial...", cit., pp. 56 y ss.

a cabo esas actividades — cuando esté justificado, por venir requerido de manera proporcionadamente necesaria por el interés general, como toda otra actividad pública — sería la sociedad mercantil. Según el artículo 53 de la LOFAGE son “Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”, pero habitualmente se trata de una prestación de servicios o bienes de competencia específicamente pública y que por tanto carece de posible competencia privada. Se darán, pues, todas las razones para que esa actividad prestacional se someta plenamente a las exigencias y garantías del Derecho público, sin paliativos, sin perjuicio de aquellas remisiones o aperturas a elementos comunes del Derecho privado a que ya nos referimos en su momento, que podrán ser incluso más frecuentes cuando la gestión de que se trate requiera adquirir y transformar bienes para luego asignarlos a destinatarios determinados o ponerlos a disposición del uso o del servicio público. Pero nada de esto debería llevar a aceptar que de modo general “se rigen por el Derecho privado”, como dice el artículo 53.2 de la LOFAGE.

Es de notar que la propia LOFAGE trató de recortar severamente ese supuesto régimen de Derecho privado de las entidades públicas empresariales, que venía ya siendo por entonces — mediada la década de los noventa del siglo veinte — blanco predilecto de las críticas a la “huida” de la Administración hacia el Derecho privado. De la sumisión al Derecho exceptúa, en efecto, nada menos que “la formación de la voluntad de sus órganos”, “el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas” y “los aspectos específicamente regulados” para ellas “en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria”. El alcance de estas excepciones no es cosa que se desprenda con evidencia ni de estas expresiones ni de las regulaciones a que remiten. Muy en particular: ¿Se refiere “la formación de la voluntad de sus órganos” sólo a lo específicamente propio de los órganos colegiados, cuando tal sea el caso, o comporta una remisión general a los requisitos de competencia, procedimiento y necesidad de motivación que rigen en realidad la formación de la voluntad de los órganos administrativos, siendo de aplicación toda la regulación general de los actos administrativos de la Ley 30/1992? De ser éste el alcance de esa primera excepción, ¿en qué queda el régimen privado de estas entidades?

Luego, el artículo 55 de la misma LOFAGE hace precisiones en cuanto al personal de estas entidades que comportan una sumisión al Derecho público no muy distinta de la general establecida para los empleados públicos, y en especial con respecto a los que lo sean en organismos autónomos, sometidos de suyo al Derecho administrativo. De hecho, posteriormente, el artículo 2 del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 somete

al personal de las entidades públicas empresariales al mismo régimen general de los empleados públicos.

En cuanto al régimen patrimonial, la disposición final 1ª de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones públicas, ha modificado el artículo 56 para remitir pura y simplemente a lo dispuesto en dicha Ley. Y la simple lectura del artículo 167 pone de manifiesto su sumisión prioritaria al Derecho administrativo en esta materia, porque nos dice que estas entidades “ajustarán la gestión de su patrimonio a esta Ley” y sólo “en lo no previsto en ella (ni en los principios generales del Derecho administrativo, habría que añadir como algo necesariamente implícito), se ajustarán al Derecho privado, salvo en materia de bienes de dominio público — dice aún — en que les serán de aplicación las disposiciones reguladoras de estos bienes”; aclaración, por cierto, esta última bien claramente superflua porque obviamente el dominio público en sí mismo no es objeto del Derecho privado. No hay pues, nada menos que en toda esta materia, más aplicabilidad del Derecho privado que la que es común a las titularidades reales administrativas en general. Lo que contrasta abiertamente con lo que el mismo artículo 167 citado dice en su apartado 2 con respecto al régimen de la gestión del patrimonio de las sociedades mercantiles en mano pública, que se declara expresamente de Derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de esta Ley que les resulten expresamente de aplicación”, es decir justo al revés.

Otra cosa viene a ocurrir con el paso regresivo que ha dado la Ley 30/2007 en materia de contratos, al someter la contratación de las entidades públicas empresariales al mismo régimen que la de las sociedades mercantiles en mano pública. No obstante, hay que recordar que, siempre que se trate de contratos de regulación armonizada por directiva europea, hay que someterse a las reglas de esa Ley sobre ellos, y que hay además toda una serie de otra reglas en esta misma Ley que son de aplicación a todos los contratos del sector público, lo que no deja de ser una novedad relevante, que, además tendrá más consecuencias en entidades públicas como son éstas que en personas jurídicas privadas.

Por lo que se refiere, en fin, a la aplicabilidad de la Ley General Presupuestaria, directamente a las del Estado y supletoriamente a las demás, las entidades públicas empresariales forman parte de lo que esta Ley denomina el sector público empresarial, lo que tiene sus especificidades regulatorias, y hay un capítulo del Título II que está dedicado a ellas (artículos 64 a 68), y a las sociedades mercantiles y fundaciones en mano pública, que tienden a ser objeto, por tanto, de normas presupuestarias y de control financiero similares. También hay normas específicas sobre su tesorería, pero emparejadas entonces con los organismos autónomos (artículos 111 y 112). Se trata en cualquier caso de regulaciones netamente jurídico-públicas.

Lo de la sumisión, pues, al Derecho privado de estas entidades públicas empresariales o similares no es sino algo, como se ve, bastante relativo, por más que, a nuestro juicio, debería desaparecer completamente su singularización por tal causa, aun con todo lo reducida que es hoy su real significación.

Volviendo ahora a las organizaciones instrumentales con personalidad jurídica privada, desde los años noventa, junto a las ya antes bien conocidas sociedades mercantiles, generalmente anónimas, han proliferado crecientemente las fundaciones privadas en mano pública llegando a formar largos listados en el Estado, en las Comunidades Autónomas y aun en algunas entidades locales más importantes. Tras unos primeros años en que fueron surgiendo sin base normativa específica alguna, la propia Ley estatal de fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, ha establecido alguna regulación sobre tal especie singular de fundaciones “privadas” y han ido apareciendo sucesivas previsiones legales, ya de un modo sistemático, en 2003, en la Ley General Presupuestaria o en la General de Subvenciones (disposición adicional décimo sexta), y en 2007, en la Ley de contratos del sector público, por referirnos ahora solamente a la legislación estatal, aun en parte básica (en el caso de las dos citadas en último lugar) y por tanto de general aplicación a todas las entidades públicas.

El artículo 2 de la Ley General Presupuestaria 47/2003, incluyó en el sector público estatal expresamente a “las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones”(ap.1, letra f), y el artículo 3 ha configurado incluso con ellas, dentro de aquél y junto al sector público administrativo y al empresarial, lo que denomina el sector público fundacional. Se da así a las fundaciones privadas en mano pública, por decirlo de algún modo, un estatuto de “normalidad”, al sistematizarse en una ley general como una modalidad organizativa más de las que pueden ser utilizadas para las actividades públicas. En la disposición final segunda se retocó la redacción del artículo 45 de la Ley de Fundaciones de 2002 para asegurar la presencia mayoritaria en sus patronatos de personas designadas por las entidades del propio sector público estatal así como la autorización del Consejo de Ministros para su creación o constitución como tales. Como ya dijimos, en el capítulo V de su Título II esta misma Ley establece ciertas reglas presupuestarias para ellas, junto con las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles estatales, y el artículo 121 determina sus reglas contables, que serán las que se aplican a las entidades privadas sin fines lucrativos y no los principios de la contabilidad pública, aunque el 129.3 les obliga a un informe anual sobre el cumplimiento de las obligaciones económico-financieras que asuman como consecuencia de su pertenencia al sector público. El artículo 167.3 puntualiza el objeto

de la auditoria anual a que deben someterse sus cuentas por parte de la Intervención General del Estado (artículo 168), que deberá extenderse a la verificación del “cumplimiento de los fines fundacionales y de los principios a los que deberá ajustar su actividad en materia de selección de personal, contratación y disposición dineraria de fondos a favor de los beneficiarios cuando estos recursos provengan del sector público estatal. Asimismo, se extenderá a la verificación de la ejecución de los presupuestos de explotación y capital”. El artículo 172 quiere que se llegue incluso a poder “informar sobre la adecuación a la realidad de sus objetivos y sobre la continuidad de las circunstancias que dieron origen a la creación del organismo público”, revisando con este “objetivo, las memorias establecidas para las fundaciones del sector público estatal”.

La disposición adicional 16^a de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, redefine las fundaciones del sector público “a los efectos de esta Ley” —reiterando en realidad lo ya dicho por la Ley 50/2002—, en razón de su constitución con aportación mayoritaria directa o indirecta de las Administraciones públicas o de la composición de su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, por bienes o derechos aportados o cedidos por entidades públicas, en más de un 50 por 100; y determina que “las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen” tales fundaciones “se registrarán por el derecho privado, si bien serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta Ley y los de información” de su artículo 20; además —pero esto ya no es una norma jurídico-pública sino común a toda fundación—, “en todo caso (...) habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos”.³²

La Ley 30/2007, en fin, de contratos del sector público, acogiendo expresamente la redefinición de las fundaciones en mano pública a que acabamos de referirnos, las incluye en su ámbito subjetivo como parte, a sus efectos, del sector público (artículo 3.1.f). No las considera —acertadamente, por cierto— Administración pública (artículo 3.2), pero pueden ser “poderes adjudicadores” en el sentido comunitario que esta Ley acoge en su artículo 3.3, cuando, como ocurrirá normalmente, “hayan sido creadas específicamente par satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, es decir, como viene entendiendo la jurisprudencia comunitaria, en régimen de competencia real en un mercado.

Por ser poderes adjudicadores —cuando lo sean— se les aplicará toda la normativa derivada de las directivas comunitarias de coordinación de

⁽³²⁾ Vid. nuestro comentario en “Sujetos y órganos competentes para establecer y otorgar subvenciones”, capítulo III de Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2005, pp.142 y ss.

la adjudicación de contratos públicos de obras, suministros y servicios, que se ha recogido en esta Ley en relación con los que llama contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 13 y ss.). Pero ésta sólo se aplica a esos contratos y cuando tengan la elevada cuantía que fija la propia Ley siguiendo las normas comunitarias. Tales contratos no dejan, sin embargo, por ello de ser contratos privados aunque ello sea en el ambiguo sentido con que se refiere a ellos el artículo 20 de esta Ley.

En cuanto al resto de su contratación, que desde luego será incuestionablemente privada, habrá que aplicar “los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”, y “los órganos competentes de las (propias fundaciones...) aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados (...) y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa”, y deberán “ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad” (artículos 175 u 176). Hay además algunas otras normas que la Ley 30/2007 dirige a toda la contratación en el sector público, que podrían considerarse también obligatorias. No nos detendremos en ello pues basta con lo expuesto para poner de relieve la tendencia a “republificar” lo tan anómalamente “privatizado” en cuanto a las formas jurídicas, aunque sin lograrlo plenamente y creando injustificados híbridos, frente a los que la seguridad jurídica, cuando menos, no habrá de quedar muy bien parada. Es lo mismo que se está haciendo con las sociedades mercantiles en mano pública.

Hace unos años nos pronunciamos sobre la inconstitucionalidad de las fundaciones en mano pública.³³ No se había producido aún toda esta regulación a la que acabamos de hacer sucinta referencia ni se había generalizado aún tanto como hoy en día el recurso a esta curiosa modalidad organizativa, en virtud de la cual, además de las entidades institucionales públicas, incluidas las nuevas Agencias de la Ley 28/2006, todas ellas de naturaleza fundacional, aun con toda la singularidad que comporta su permanente dependencia de un sujeto fundador que mantiene sobre ellas todos los poderes de dirección y control, se viene dando al Estado, a las Comunidades Autónomas, a ciertos entes locales, la posibilidad de realizar

⁽³³⁾ Vid. nuestro estudio “Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y Joaquín TORNOS MAS (eds.), *La enseñanza del Derecho Administrativo, Tercer Sector y Fundaciones, Rutas Temáticas e Itinerarios Culturales* (XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Salamanca, 9-11 octubre 2000), Cedecs, Barcelona 2002, pp. 301-332.

parte no pequeña de sus funciones adoptando la forma de fundaciones *privadas*, aun ciertamente sometidas progresivamente a ciertas importantes reglas jurídico-públicas que desmienten y adulteran en parte su condición formalmente privada.

El relativo embridamiento jurídico-público de que vienen siendo objeto —a semejanza, como decíamos, de las sociedades mercantiles en mano pública—, aunque atempera alguno de sus riesgos, no resuelve el problema de la radical ilegitimidad de la fórmula, por medio de la cual se sigue sustrayendo a la plenitud de garantías netamente jurídico-públicas partes de la actividad administrativa, sin ventaja discernible y menos de entidad tan considerable que permita justificarla en una hipotética necesidad proporcional del mejor servicio a los intereses generales.

Los fines aceptables de la descentralización funcional, o la posible conveniencia de articular patrimonios públicos con destino específico, o una hipotética articulación más pertinente de modelos de participación administrativa, etc., cualquiera de las posibles razones objetivables y constitucionalmente amparables que puedan argüirse a favor de las fundaciones privadas en mano pública pueden y deben alcanzarse sin marginar las exigencias insoslayables del Derecho público y, por lo tanto, con las personificaciones jurídico-públicas que proporciona el Derecho organizativo público. Nada, fuera de la actuación económica en el mercado —cuando sea necesaria— puede justificar que el Poder público se revista de persona privada y actúe como si lo fuera, aunque haya cada vez más normas que se lo limiten.

La Constitución de 1978 ha reservado al Estado, en su artículo 149.1.18^a, una importante competencia para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y precisamente para garantizar así en todo caso a los administrados un tratamiento común ante ellas, una igualdad básica. Las Comunidades Autónomas serán sin duda competentes para decidir sobre su organización interna dentro de lo que dispongan sus Estatutos, pero en el ejercicio de esa potestad autoorganizatoria habrán de respetar precisamente cuanto el Estado debe determinar como básico del Derecho administrativo aplicable a cuanto, por su naturaleza gubernativo-ejecutiva, haya de ser considerado como Administración pública. Pocas cosas más relevantes al respecto que la regulación de las eventuales posibilidades de optar por unas u otras modalidades organizativas instrumentales y el tipo de sus correspondientes personificaciones jurídicas, máxime si con ello se va a determinar la sustracción total o parcial de ámbitos de la actividad pública a las reglas básicas comunes que se fijen para el Poder público, para la Administración pública. Es por ello imprescindible que el legislador estatal básico fije la tipología general de las entidades instrumentales de las

entidades públicas territoriales, determinando sus condiciones y posibles objetos propios, garantizado en todo caso el cumplimiento de las garantías constitucionales del Derecho administrativo, tan relevantes para el Estado de Derecho. Carecemos hoy por hoy de esta regulación básica y no debiera prolongarse tan grave carencia. En el bien entendido además de que lo que reclama el orden constitucional del Estado de Derecho no es lo que en otras latitudes ha dado en llamarse, con expresión aquí chocante, Derecho privado administrativo,³⁴ sino una vigencia efectiva y plena del Derecho administrativo, sin más, que no puede ser sino Derecho público, por más que no debemos cejar en el empeño de su progresiva modernización, racionalización y ajuste desde el hontanar de sus irrenunciables principios, enraizados en la singular subjetividad esencialmente servicial de lo que llamamos el Poder público.

⁽³⁴⁾ Vid. la certera crítica que ya hace años resumiera José Carlos LAGUNA DE PAZ, en *Las empresas públicas de promoción...*, cit. pp. 305 y ss.

EL *JUSTICE* OLIVER WENDELL HOLMES: "THE GREAT DISSENER" DE LA SUPREME COURT

Francisco Fernández Segado *

SUMARIO: I. Introducción: el *dissent*, "the hallmark of the American judiciary". II. La "Marshall Court", las *opinions of the Court* y los primeros *dissents*. III. El paradigma de los "*dissenters*". Oliver Wendell Holmes y el realismo legal: 1. Holmes, el apóstol de la libertad. 2. Holmes, "The Great Dissenter". 3. Holmes y el realismo legal. 4. Los grandes *dissents* de Holmes: a) El *dissent* en el *Child Labor case* (1918). b) El *Lochner case* (1905): a') La posición de la Corte: La reconducción a la cláusula del *due process of law* de la *liberty of contract*. La absolutización de esta libertad y sus bases intelectuales. b') El *dissent* de Holmes y su trascendencia.

I. INTRODUCCIÓN: EL *DISSENT*, "THE HALLMARK OF THE AMERICAN JUDICIARY"

1. Un instituto de notabilísimo interés con el que nos encontramos en ciertos países al abordar las decisiones constitucionales es el de la *dissenting opinion*, voto particular, *opinione dissenziente*, *Sondervotum*, *opinion dissidente* o *voto de vencido*, que con todas estas denominaciones se le reconoce. La trascendencia de su acogida o rechazo es notable, pues no cabe ignorar que se trata de instituto bivalente, que aun cuando presenta una naturaleza jurídico-procesal, ofrece asimismo unos perfiles políticos indiscutibles.

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

Es opinión absolutamente común, como reconocen todos los comparatistas,² que la publicidad de las opiniones disidentes de los jueces representa la tradición inglesa recepcionada en los países de *common law* y después en los de la *Commonwealth*, pero no corresponde por el contrario a los países del llamado Derecho continental europeo. Esta idea tan sólo puede ser aceptada como punto de partida, aunque no absolutizada, pues lo cierto es que el instituto procesal en cuestión ha sido recepcionado en bastantes países con sistemas jurídicos de *civil law*, España entre ellos.

En cualquier caso, si el *dissent* se ha identificado con algún país, ése es sin duda los Estados Unidos, hasta el extremo de que bien puede afirmarse que si la *judicial review* es uno de los rasgos más identitarios del sistema jurídico norteamericano (“constitutional review by courts — ha escrito Ginsburg³ — is an institution that has been for some two centuries our nation’s hallmark and pride”), el *dissent* es a su vez el sello de calidad de las *opinions* o sentencias, muy particularmente de las de la *Supreme Court*,⁴ y, por lo mismo, bien podría sustentarse que del conjunto del sistema judicial norteamericano. Hasta tal punto se valora el instituto del *dissent* en los Estados Unidos que se ha llegado a afirmar que “America was founded in dissent”⁵ o que “America would not be America without dissenting opinions”, pues es a través de una constante y crítica supervisión como se descubren las goteras del tejado (“the leak in the roof”), como aparecen las roturas en las presas (“the break in the dam”) y como se ponen al descubierto los desgarros en el ropaje de la justicia (“the rent in the garment of justice”).⁶

En sintonía con todo ello, se constata la familiaridad con la que los *judicial dissents* se han incorporado desde el primer día al sistema judicial

⁽²⁾ Entre otros muchos, Gino GORLA: “Le opinioni non «segrete» dei giudici dissenzienti nelle tradizioni dell’Italia preunitaria”, en *Il Foro Italiano*, Anno CVII, Vol. CV, Roma, 1982, pp. 97 y ss.; en concreto, p. 97.

⁽³⁾ Ruth Bader GINSBURG: “Speaking in a judicial voice”, en *New York University Law Review*, Vol. 67, No. 6, December 1992, pp. 1185 y ss.; en concreto, p. 1205.

⁽⁴⁾ Para el actual *Associate Justice* Antonin Scalia, nombrado Juez del Tribunal Supremo en 1986, el sistema de las *separate opinions* ha convertido al Tribunal Supremo en el foro central del debate legal. Antonin SCALIA: “Remarks on dissenting opinions”, en la obra *L’opinione dissenziente*, a cura di Adele ANZON, Giuffrè Editore, Milano, 1995, pp. 411 y ss.; en concreto, p. 421. No distinto es el juicio de un autor foráneo como el italiano Vigoriti, para quien “le opinioni dissenzienti dei giudici supremi rappresentino, per la qualità delle stesse e la posizione dell’organo, la manifestazione più nota ed articolata dell’istituto, e quindi il punto di riferimento naturale di qualunque indagine sul tema”. Vincenzo VIGORITI: “Corte costituzionale e «dissenting opinions»”, en *Il Foro Italiano*, Anno CXIX, n° 7–8, Luglio/Agosto 1994, pp. 2060 y ss.; en concreto, p. 2061.

⁽⁵⁾ Edward C. VOSS: “Dissent: Sign of a Healthy Court”, en *Arizona State Law Journal*, Vol. 24, 1992, pp. 643 y ss.; en concreto, p. 643.

⁽⁶⁾ Michael A. MUSMANNO: «Dissenting opinions», en *Kansas Law Review*, Vol. 6, 1957–1958, pp. 407 y ss.; en concreto, pp. 408–409.

norteamericano,¹ lo que a su vez se ha puesto en conexión, de un lado, con el énfasis del individualismo y de la libertad de expresión que impregna el *American spirit*,² lo que ha tenido a su vez como lógica consecuencia la consideración del *dissent* como un auténtico derecho del juez ("the right to dissent")³ y de otro, con la idea de que no existe un permanente y básico dogma constitucional, lo que a su vez se traduce en que el principio vital de la *Supreme Court* sea no el de la unidad, sino el de la diversidad.⁴ Esta idea ya había quedado perfectamente expresada por otro de los grandes *Justices* de la Corte Suprema, el Juez Douglas, quien, nombrado por el Presidente Roosevelt en 1939, desempeñaría su cargo por un dilatadísimo período (hasta 1975). En un *speech* pronunciado en 1948, ya expresó con toda claridad que la certeza y la unanimidad en la interpretación del Derecho sólo son posibles bajo los sistemas fascistas y comunistas.⁵ Pero, por supuesto, nadie como ese gran *Justice* que fue Oliver Wendell Holmes ha puesto de relieve con mayor intensidad y con perfecta coherencia en su extraordinaria obra judicial, cuán ilusoria es la búsqueda de certeza por parte de los juristas. Pero a ello nos referiremos en un momento ulterior.

Es cierto, en cualquier caso, que no puede ignorarse el importante rol jugado al efecto por las preferencias ideológicas o políticas de cada Juez.⁶ Otro clarividente Juez, el *Justice* Cardozo, en 1921, antes de acceder al Tribunal Supremo (sería nombrado Juez del mismo en 1932 por el Presidente Hoover), expresaba con sencillas e irrefutables palabras el notable peso de

(1) "It is plainly evident — afirmaba Roberts hace más de un siglo — that the public has been familiar with judicial dissents from the first days of our American judiciary and that such opinions were viewed with no alarm by either the profession or laity". V. H. ROBERTS: "Dissenting Opinions", en *American Law Review*, Vol. 39, 1905, pp. 23 y ss.; en concreto, p. 29.

(2) Voss alude al "irrepressible instinct of expression" que, aplicado a los jueces, se manifestaría en las *dissenting opinions*. Edward C. VOSS: "Dissent: Sign of a Healthy Court", *op. cit.*, p. 647.

(3) Brennan, nombrado *Associate Justice* en 1956 por el Presidente Eisenhower, cargo que ejercería durante 34 años, calificaría el *dissent* como un derecho, tildándolo como "one of the great and cherished freedoms that we enjoy by reason of the excellent accident of our American births". William J. BRENNAN, Jr.: "In Defense of Dissents", en *The Hastings Law Journal*, Vol. 37, 1985-1986, pp. 427 y ss.; en concreto, p. 438.

(4) Charles AIKIN: "The role of dissenting opinions in American Courts", en *Il Politico*, Anno XXXIII, 1968, n° 2, pp. 262 y ss.; en concreto, pp. 264-265.

(5) William Orville DOUGLAS: "The Dissent: A Safeguard of Democracy". (Address before the ABA Section of Judicial Administration, Seattle, Wash., 1948). Inicialmente publicado en *Journal American of Judicial Society*, Vol. 32, 1948, pp. 104 y ss. Nosotros manejamos el mismo trabajo publicado bajo el título de "In Defense of Dissent", en la obra *The Supreme Court: Views From Inside*, edited by Alan F. WESTIN, W.W. Norton & Company, Inc., New York, 1961, pp. 51 y ss.; en concreto, p. 52. Existe una versión italiana de este trabajo bajo el título "Il «dissent»: una salvaguardia per la democrazia", publicada en la obra *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di Costantino MORTATI, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 105 y ss.

(6) De ello se ha hecho eco con algún detenimiento Lawrence BAUM: *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, pp. 192 y ss.

la tendencia filosófica o ideológica de cada Juez: “There is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals”.⁷ No debe extrañar por lo mismo que los niveles de acuerdo entre los magistrados sean más elevados entre quienes mantienen posiciones ideológicas más próximas.

La adecuada comprensión del instituto del *dissent* no puede prescindir de la consideración relativa a la naturaleza del sistema jurídico norteamericano. Nos hallamos como es de sobra conocido ante un sistema de *common law* históricamente connotado por el carácter personalizado de las decisiones judiciales, de las que constituye buena muestra la práctica inicial de la formulación de las sentencias a través de las llamadas *seriatim opinions*, que sólo quebraría con la llegada a la Corte Suprema como *Chief Justice*, de John Marshall (4 de febrero de 1801). Ello iba a suponer que los *dissents* encontrarán perfecto encaje en un sistema judicial personalizado, bien diferente del modelo judicial burocrático, unitario e impersonal de los sistemas de *civil law*, en los que la salvaguarda de la unidad colegial, protegida por el principio del secreto de las deliberaciones, obscurece todo atisbo personalista.

Al margen de ello, innecesario sería decirlo, la preferencia de los sistemas de *common law* por las *dissenting opinions* se debe también a la particular estructura de sus normas jurídicas y al rol que en relación a ellas ha venido desempeñando la jurisprudencia y, de modo muy particular, la fundamentación de las sentencias. En los sistemas de *civil law* el Derecho se halla codificado y, por lo mismo, vertebrado en un sistema orgánico de reglas precisa y rigurosamente formuladas; por lo mismo, la fundamentación de una sentencia opera en el ámbito de este conjunto de normas cuya existencia no está controvertida. La motivación —ha escrito Sereni⁸— consiste en un conjunto de silogismos que, partiendo de reglas fácilmente verificables, tiene por objeto dar una justificación lógico-jurídica a la decisión de un caso concreto. Por el contrario, en los sistemas de *common law*, en los que el Derecho no se halla codificado, el juez, ante un caso concreto, debe con frecuencia entregarse a la delicada y compleja función de búsqueda de las reglas jurídicas vigentes (“finding the law”); quiere ello decir que el juez, antes de interpretar la regla, ha de buscarla, con lo que desarrolla una función creadora más consciente e intensamente que el juez de los sistemas de *civil law*. Así las cosas, los *dissents* cumplen una

⁷ Benjamin N. CARDOZO: *The nature of judicial process*, Yale University Press, twenty-seventh printing, New Haven and London, 1967, p. 12.

⁸ Angelo Piero SERENI: “Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux”, en *Revue générale de droit international publique*, 1964, pp. 819 y ss.; en concreto, pp. 827–828.

función que se relaciona con la que es propia de la motivación en tales sistemas jurídicos. El juez de *common law* viene obligado, de resultas del peculiar rol que ha de cumplir, a invocar con mucha mayor frecuencia que su homólogo de los sistemas europeo-continental principios generales que aún no han alcanzado el estadio de la sistematización y rígida enunciación en forma escrita o, al menos, positivada. En tal contexto, los *dissents* encuentran su principal justificación en la posibilidad de que sean enunciadas (y en su día aplicadas) reglas diferentes de las que se invocan en la fundamentación de la sentencia.

Dicho lo que antecede, quizá convenga añadir una matización conceptual. Las *dissenting opinions* de que venimos hablando pueden incluirse dentro de una categoría más general, las *separate opinions*, que no sólo engloban el supuesto de disidencia, sino también el de concurrencia, pues en ocasiones la opinión disidente, técnicamente, se trata de una *concurring opinion*, o lo que es igual, de un desacuerdo con el razonamiento de la mayoría (*reasoning*),⁹ pero no con la parte dispositiva de la decisión; dicho de otro modo, la *concurring opinion* llega a iguales conclusiones que la posición mayoritaria, pero fundándose en un razonamiento diferente.¹⁰ Esta perspectiva de las *separate opinions* no deja de ofrecer un aspecto problemático, patológico incluso; nos referimos al caso en que el razonamiento mayoritario, esto es, el sostenido por el mayor número de jueces, no alcanza, sin embargo, una mayoría en el tribunal, lo que se traduce en que dicha *opinion*, no obstante ser mayoritaria, carezca de autoridad suficiente para establecer un precedente vinculante en el futuro, lo que en un país en que el principio *stare decisis* tiene una notable relevancia no deja de ser una grave disfunción. Nos hallamos, en definitiva, ante el fenómeno de las *plurality opinions*, también conocidas como las *no-clear-majority decisions*.¹¹

⁹ A su vez, dentro del *reasoning* se plantea la problemática de la distinción entre *holding* y *dictum*, un sub-aspecto del problema atinente al referente del *decisis*, de especial relevancia en los sistemas de *common law* si se tiene presente el principio *stare decisis*. Abordando la cuestión, Hardisty escribía: "under rule *stare decisis*, *decisis* refers only to those precedential rules of law labeled «holdings» (or *rationes decidendi*) not those labeled «dicta». "A «dictum» —añadía poco después— is a judicial statement of a legal rule which was not «necessary» to the judicial result". En definitiva, *holding* será aquella «rule of law» necesaria para el fallo o parte dispositiva de la decisión y, por lo mismo, será vinculante (*stare decisis*). Pero el problema, en ocasiones, puede seguir en pie a la vista de la dificultad que a veces suscita determinar lo que es "necessary". Cfr. al respecto, James HARDISTY: "Reflections on *Stare Decisis*", en *Indiana Law Journal*, Vol. 55, 1979–1980, pp. 41 y ss.; en concreto, pp. 57–58.

¹⁰ "Broadly speaking — escribe Abraham en su ya clásica obra, en alusión a las *concurring* — it usually signifies the concurrence of its author in the *decision*, but not *reasoning* of the Court". Henry J. ABRAHAM: *The Judicial Process (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France)*, seventh edition, Oxford University Press, New York/Oxford, 1998, pp. 225–226.

¹¹ "Plurality decisions, also called no-clear-majority decisions, are those in which a majority of the Court agrees upon the judgment but not upon a single rationale to support the result. Thus, there is no «opinion of the Court» in the ordinary sense. Plurality decisions are to be distinguished

En el dispar conjunto argumental que precede puede encontrar su sustento el hecho de que, frente a las prácticas restrictivas de otros sistemas legales, las tradiciones del *American Judiciary* nunca han insistido en que los *justices sitting in banc* oculten la existencia de divisiones entre ellos tras una fachada de pretendida unanimidad. Los jueces que disienten de una decisión de sus colegas pueden expresar su disenso y dar sus razones. Y esta práctica, señalaría un constitucionalista tan relevante como Pritchett,¹² ha tenido un incommensurable efecto en el crecimiento del Derecho y en la promoción de un principio de personalización de la responsabilidad del juez.

Para darnos una idea aproximada de la relevancia que en el plano constitucional presentan los *dissents*, recordaremos que en los debates académicos que periódicamente han tenido lugar en Norteamérica acerca de qué textos podían ser considerados canónicos, esto es, “canons of constitutional law”, no faltan autores que defienden la inserción de los *dissents* dentro de estos cánones, aunque sea más bien con el perfil de anti-cánones. En tal sentido, Primus entiende¹³ que la noción de un “canonical dissent” requiere de una explicación que se asienta en dos ideas, una acerca de la naturaleza del *dissent* y otra acerca de la forma del “constitutional canon”. La idea tradicional es la de que los *dissents* son declaraciones de puntos de vista (“statements of positions”) rechazados por el Derecho, a lo que se une la idea de que el canon está compuesto de aquellos textos a los que el Derecho ha dado autoridad. Sin embargo, para el mencionado autor, el canon es actualmente más amplio (“more capacious”). Su estructura es dual y su trayectoria anticanónica da asilo a muchas posiciones rechazadas. Por lo mismo, hay un sentido en el que es erróneo pensar que las posiciones expresadas en un *dissent* han quedado rechazadas. “Because the constitutional canon is dual, its authorities always keep us mindful of the set of their possible replacements”.

En definitiva, la escritura de *dissenting* o *minority opinions* se ha convertido en una fase normal del modelo de acción judicial norteamericano, utilizando los *Justices* numerosas vías para la formulación de su desacuer-

from affirmances by an equally divided Court, when there is no majority agreement even on the result, and from per curiam opinions in which a majority of Justices expresses at least summary agreement on the reasoning”. Con esta claridad se pronuncia Novak, una de las autoras que más certeramente ha estudiado esta problemática. *Cfr.* al respecto, Linda NOVAK: “The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions”, en *Columbia Law Review*, Vol. 80, No. 4, May 1980, pp. 756 y ss.; en concreto, p. 756, nota 1.

⁽¹²⁾ C. Herman PRITCHETT: “The divided Supreme Court, 1944–1945”, en *Michigan Law Review*, Vol. 44, 1945–1946, pp. 427 y ss.; en concreto, p. 427.

⁽¹³⁾ Richard A. PRIMUS: “Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent”, en *Duke Law Journal*, Vol. 48, 1998–1999, pp. 243 y ss.; en concreto, p. 301.

do, tal y como recuerda la doctrina:¹⁴ *separate opinion, concurring opinion, concurring in the result, dissent in part, dissent from a per curiam...*

El hecho de que el instituto en cuestión se considere en nuestro tiempo "a regular component of Supreme Court decision making"¹⁵ no debe hacer olvidar que no siempre en la vida del Tribunal Supremo fue visualizado así. Bien al contrario, en el curso de los primeros años de la *Marshall Court*, el Tribunal desarrolló una regla institucional que favorecía fuertemente las "opiniones únicas", viéndose las "opiniones disidentes" como una forma de desobediencia institucional, siendo por lo mismo desaconsejadas. Y aunque tal visión no dejara de ser fugaz, y, progresivamente, el *dissent* fuera incorporándose al paisaje natural del *American judiciary*,¹⁶ es lo cierto que no han faltado, ni faltan, percepciones críticas acerca de la institución. Como significara uno de los grandes Jueces norteamericanos, *Chief Justice* de la Corte Suprema de California, Roger Traynor,¹⁷ algunos miran la *dissenting opinion* como "l'enfant terrible of appellate practice". Sería otro bien relevante Juez, el *Judge Learned Hand*, quien formulara las más duras críticas hacia este instituto procesal,¹⁸ al tildar de desastrosa la división de la opinión de un tribunal que se anuda a un *dissent*, en cuanto que con él se anula "the impact of monolithic solidarity on which the authority of a bench of judges so largely depends". Y hace más de un siglo (en 1895), el *Justice* Edward White, en el caso *Pollock v. Farmer's Loan*, afirmaba: "The only purpose which an elaborate dissent can accomplish, if any, is to weaken the effect of the opinion of the majority, and thus engender want of confidence in the conclusions of the court of last resort". El argumento de que el *dissent* quiebra la autoridad del tribunal y de sus decisiones, engendrando la ausencia de seguridad, sigue siendo hoy el más repetido entre las minorías opuestas al mismo.

En cualquier caso, las consideraciones críticas no han hecho palidecer la trascendencia del instituto, en el que muchos ven una de las razones más relevantes, si es que no la que más, del secreto del éxito de los tribunales en el sistema norteamericano.¹⁹

⁽¹⁴⁾ Charles AIKIN: "The United States Supreme Court: The Judicial Dissent", en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 18, 1969, pp. 467 y ss.; en concreto, p. 468.

⁽¹⁵⁾ Matthew P. BERGMAN: "Dissent in the judicial process: discord in service of harmony", en *Denver University Law Review*, Vol. 68, 1991, pp. 79 y ss.; en concreto, p. 79.

⁽¹⁶⁾ Tan es así que, como destaca Abraham, un simple *dissent* sin explicación, tal como "Mr. Justice Butler dissents" (en *Palko v. Connecticut*, 1937), representa un voto en el lado opuesto a la opinión mayoritaria. Henry J. ABRAHAM: *The Judicial Process*, op. cit., pp. 222-223. Demás está añadir que ello presupone la innecesidad de la motivación de los *dissents*.

⁽¹⁷⁾ Roger J. TRAYNOR: "Some open questions on the work of State Appellate Courts", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 24, No. 2, Winter 1957, pp. 211 y ss.; en concreto, p. 218.

⁽¹⁸⁾ Learned HAND: *The Bill of Rights*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1958, pp. 72-73.

⁽¹⁹⁾ "In the dissent, —escribía Ganoë en 1941— perhaps, lies the secret of the success of the

II. LA “MARSHALL COURT”, LAS OPINIONS OF THE COURT Y LOS PRIMEROS DISSENTS

1. Una opinión por entero compartida por los historiadores es la de que la llegada de John Marshall a la presidencia de la *Supreme Court* en 1801 supuso el inicio del desarrollo de un nuevo proceso de deliberación del órgano, que, postergando las *seriatim opinions*, heredadas de la tradición inglesa, que entrañaban el pronunciamiento individualizado de cada uno de los jueces, vino a consagrar las *opinions of the Court*.²⁰ No cabe la más mínima duda de que la filosofía de Marshall se encaminó a fortalecer la Corte como una entidad con voz propia frente a un órgano concebido como la resultante de una suma de voces individuales. Ello fue acompañado de un dato especialmente significativo: el *Chief Justice* se convirtió en el principal portavoz de la *Supreme Court*.

Y junto a todo ello, ha de tenerse muy presente la adelantada visión que Marshall tuvo de la Constitución. El *Chief Justice* siempre se opuso a un entendimiento de la Carta de 1787 que condujera a equipararla a un mero código legal. “We must never forget —aduciría en el trascendental caso *McCulloch v. Maryland* (1819)— that it is a constitution we are expounding”. En esta familiar frase, diría quien habría de ser otro gran Juez, el *Justice* Frankfurter,²¹ Marshall expresó “the core of his constitutional philosophy”. Cualesquiera que fueren las esperanzas de los *framers* con el texto, Marshall asumió que ellos habían querido que el mismo permaneciera “for ages to come”.²² De ahí que el *Chief Justice* asumiera como tarea propia “to fix for all times the basic meanings of the Constitution, to establish the constitutional system so clearly and so authoritatively that attempts at deviation would prove futile”.²³

Marshall, escribiría Garfield,²⁴ se encontró con la Constitución de papel e hizo de ella poder; se encontró con un esqueleto y lo revistió de carne

Court in the American system”. John T. GANOE: “The passing of the old dissent”, en *Oregon Law Review*, Vol. XXI, 1941-1942, pp. 285 y ss.; en concreto, p. 295.

⁽²⁰⁾ “Enjoying a relatively homogeneous court —escribe Voss— *Chief Justice* Marshall developed the process of delivering an <opinion of the court>, an opinion usually presented by the *Chief Justice* with the majority’s assent”. Edward C. VOSS: “Dissent: Sign of a Healthy Court”, *op. cit.*, p. 645.

⁽²¹⁾ Felix FRANKFURTER: “John Marshall and the judicial function”, en *Harvard Law Review*, Vol. 69, No. 2, December 1955, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 218.

⁽²²⁾ “A Constitution —escribe Marshall en el caso *Cohens v. Virginia* (1821)— is framed for ages to come, and is designed to approach immortality as nearly as human institutions can approach it”.

⁽²³⁾ Donald G. MORGAN: “The Origin of Supreme Court Dissent”, en *The William and Mary Quarterly*, Vol. 10, No. 3, July 1953, pp. 353 y ss.; en concreto, p. 361.

⁽²⁴⁾ *Apud* Bernard SCHWARTZ: “The Judicial Ten: America’s Greatest Judges”, en *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 4, 1979, pp. 405 y ss.; en concreto, p. 408. Existe versión española de este trabajo con el título: *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980.

y hueso, o lo que es igual, le dio naturaleza humana. Marshall fue quien estableció el trascendental rol de la *Supreme Court* como intérprete autorizado de la Constitución ("authoritative expounder of the Constitution") y fue él asimismo quien asumió la función de asentar los fundamentos jurídicos de una nación fuerte, dotada de la autoridad necesaria para permitir gobernarla eficazmente.

El *rule of law* significa para toda persona que vive en una sociedad políticamente organizada, que ha conseguido un relativamente alto grado de objetividad e imparcialidad en su Derecho sustantivo, rasgos que resultan a su vez vitalizados por la existencia de un poder judicial independiente guiado por el procedimiento del *due process* y fiel a la perspectiva de que tanto el gobierno como los funcionarios públicos están sujetos al *rule of law*. Pues bien, la influencia de Marshall respecto de estos tres vitalizados elementos resultó sustancial y muy beneficiosa. Quien fuera Decano de la "Law School" de la Universidad de Pennsylvania compendiaría en la idea "equal justice under law" la aportación de Marshall al "American rule of law".²⁵

La Corte de Marshall, contra lo que pudiera pensarse por lo dicho, está lejos de presentarse como monolítica. Si acaso, por el alto grado de unanimidad alcanzado en las controversias suscitadas en cuestiones relativas al poder nacional, o federal, si así se prefiere, se podría visualizar como "an ideological monolith" hasta 1823,²⁶ pero nunca, desde luego, más allá de esa fecha. Por lo demás, las tensiones en la Corte fueron abundantes desde el primer momento de la llegada de Marshall a la presidencia, entre otras razones, por el complejo proceso de acomodo de las diversas filosofías en presencia.

Fue en el caso *Talbot v. Seeman* (1801) donde Marshall puso fin a la práctica de las *seriatim opinions*. A partir del mismo, la *Supreme Court* escribió como "a single unit", quedando toda disensión producida en su seno en secreto, circunstancia que se ha considerado²⁷ como una importante condición previa para la hábil asunción de poder por la *Supreme Court* en el celeberrimo caso *Marbury v. Madison* (1803).²⁸ De esta forma,

⁽²⁵⁾ Jefferson B. FORDHAM and Theodore H. HUSTED: "John Marshall and the rule of law", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1955-1956, pp. 57 y ss.; en concreto, p. 68.

⁽²⁶⁾ En tal sentido, Robert G. SEDDIG: "John Marshall and the origins of Supreme Court leadership", en *University of Pittsburg Law Review*, Vol. 36, No. 4, Summer 1975, pp. 785 y ss.; en concreto, p. 813.

⁽²⁷⁾ Matthew P. BERGMAN: "Dissent in the judicial process: discord in service of harmony", *op. cit.*, p. 81.

⁽²⁸⁾ Ello no obstante, hay quienes consideran que la primera *opinion of the Court* pronunciada por la *Marshall Court* se produjo en el caso *United States v. Schooner Peggy* (1801). Así se sostiene, por ejemplo, en el artículo que aparece dentro de las "Notes" de la *Harvard Law Review* (en adelante aludiremos a la autoría de este tipo de artículos bajo la rúbrica de "Harvard-Note"), Vol. 94, No. 5, March 1991, pp. 1127 y ss.; en concreto, p. 1127, nota 1.

se establecía el que iba a convertirse en uno de los postulados básicos del *American case-law system*: “the decision of a majority determines the result and establishes a precedent for use in subsequent adjudication (...). The result plus the reasoning found in the «opinion of the Court» determine the precedent value of any particular case.”²⁹

La unanimidad del Tribunal presidido por Marshall no se iba a prolongar mucho tiempo. La llegada de William Johnson a la Corte (nombrado por el Presidente Thomas Jefferson en 1804, ejercería el cargo de *Justice* hasta 1834), que ha sido considerado³⁰ como “his most independent colleague”, tuvo mucho que ver con ello. Johnson, efectivamente, formulaba la primera *separate opinion*, no bajo la forma de *dissenting*, sino de *concurring*, en el caso *Huidekoper’s Lessee v. Douglas* (1805). Pero al tratarse de una “concurcencia” y no de una “disidencia *stricto sensu*”, la doctrina ha venido a considerar de modo bastante generalizado que la primera quiebra formal de la tradición de unanimidad establecida con Marshall tuvo como responsable no a Johnson, sino al *Justice* William Paterson (que el Presidente Washington nombrara en 1793),³¹ quien en el caso *Simms & Wise v. Slacum* (1806) suscribió el primer auténtico *dissent*.

Tras las dos decisiones aludidas, que entrañaban la quiebra de la concepción de la disciplina judicial sustentada por el *Chief Justice*, los *dissents* dejaron de ser una rareza, Bien es verdad que hasta los primeros años del siglo XX su porcentaje fue bastante bajo. Evans,³² en un análisis que abarca el período que media entre 1789 y 1928, lo cifra en un 15, 21 por 100 del total de las *Supreme Court decisions*. En ninguna etapa de este período de tiempo, próximo al siglo y medio, el porcentaje de *separate opinions* superó el 20 por 100 del total de *opinions of the Court*, no llegando en muchos años ni siquiera al 10 por 100. El contraste de estos porcentajes con los de etapas sucesivas es impactante, creciendo las *separate opinions* de modo imparable en la Corte post-rooseveltiana,³³ hasta alcanzar su cima en la *Burger Court* (1969–1986), en la que tan sólo el 21.6 por 100 de las decisiones se adoptaron por unanimidad.

⁽²⁹⁾ “Supreme Court no-clear-majority decisions. A study in stare decisis”, Comments, en *The University of Chicago Press* (en adelante nos referiremos a la autoría de este tipo de artículos bajo la rúbrica de “Chicago-Comment”), Vol. 24, 1956–1957, pp. 99 y ss.; en concreto, p. 99.

⁽³⁰⁾ David P. CURRIE: “The Constitution in the Supreme Court: The Powers of the Federal Courts, 1801–1835”, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 49, 1982, pp. 646 y ss.; en concreto, p. 647.

⁽³¹⁾ Entre otros, Karl M. ZOBELL: “Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial desintegration”, *op. cit.*, p. 195. Asimismo, William J. BRENNAN, Jr.: “In Defense of Dissents”, en *The Hastings Law Journal*, Vol. 37, 1985–1986, pp. 427 y ss.; en concreto, p. 434.

⁽³²⁾ Evans A. EVANS: “The Dissenting Opinion—Its Use and Abuse”, en *Missouri Law Review*, Vol. III, 1938, pp. 120 y ss.; en concreto, p. 139.

⁽³³⁾ Cfr. al respecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, en especial, pp. 347 y ss.

En la etapa de la Corte Suprema que algún autor ha denominado "the golden age of constitutional interpretation (1811–1825)",³⁴ de las 492 decisiones dictadas, tanto en cuestiones constitucionales como en cualesquiera otras, sólo en 43 de ellas se suscribieron *separate opinions*, lo que supone un porcentaje relativamente bajo, de un 8,7 por 100 del total de resoluciones. La incorporación a la Corte de un grandísimo jurista como Joseph Story (en febrero de 1812, por nombramiento del Presidente Madison) iba a ser de enorme utilidad para Marshall porque Story se convertiría quizá en el mejor aliado del *Chief Justice*. De hecho, en 1818, Story mostraba claramente su preferencia por las reglas establecidas por Marshall y por el *Justice Washington*,³⁵ y en una carta dirigida a Henry Wheaton escribía: "At the earnest suggestion (I will not call it by a stronger name) of Mr. Justice Washington, I have determined not to deliver a dissenting opinion in *Olivera v. The United Insurance Co.* The truth is, I was never more entirely satisfied that any decision was wrong, than that this is, but Judge Washington thinks (and very correctly) that the habit of delivering dissenting opinions in ordinary occasions weakened the authority of the Court, and is of no public benefits".³⁶

La última etapa de la *Marshall Court*, que inicia su andadura en 1826, es la que muestra un mayor grado de disidencia. Según los datos que facilita Seddig,³⁷ de las 461 decisiones dictadas por la *Supreme Court*, 60 de ellas irán acompañadas de, al menos, un *dissent*, lo que supone un 13 por 100 del total.

La muerte del *Justice Washington* (en noviembre de 1829) asestó un fuerte golpe a la *Marshall Court*. En lugar del viejo Federalista, el Presidente Andrew Jackson nombró a Henry Baldwin, "an erratic individual whose behavior contributed greatly to increase internal disruption".³⁸ A tal circunstancia se unirían otras bien diferentes que contribuirían a explicar el progresivo incremento de la disidencia. La nueva importancia de las

⁽³⁴⁾ Robert G. SEDDIG: "John Marshall and the origins of Supreme Court leadership", *op. cit.*, p. 810.

⁽³⁵⁾ Bushrod Washington, sobrino del Presidente Washington, sería nombrado *Associate Justice* en 1799 por el Presidente Adams, permaneciendo en el cargo hasta 1829. Su actuación no dejaría de ser polémica en algún momento, como cuando, ofendiendo el sentido del decoro y oportunidad de una función como la judicial, descendió del *bench* a la arena política para hacer campaña activa en favor de un candidato a un cargo político. Cfr. al respecto, George L. HASKINS: "Law versus Politics in the early years of the Marshall Court", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, 1981–1982, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 3–4.

⁽³⁶⁾ Carta de Joseph Story a Henry Wheaton, fechada el 8 de abril de 1818. Recogida en la obra *Life and Letters of Joseph Story*, W. Story ed., 1851, pp. 303–304. Cit. por Robert G. SEDDIG: *John Marshall and the origins...*, *op. cit.*, p. 814.

⁽³⁷⁾ Robert G. SEDDIG, en *Ibidem*, p. 800.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, p. 824.

cuestiones de naturaleza constitucional en la agenda de la Corte y la propia actitud de los *Justices*, bien distinta de la adoptada por los integrantes del órgano de los primeros años de la presidencia de Marshall, son algunas de las razones aducidas al efecto.³⁹

De cuanto se acaba de exponer puede extraerse la conclusión de que no sería acorde con la realidad de la *Marshall Court* una visión monolítica de la misma, pues tal visualización no sólo ignoraría importantes cambios en la interpretación constitucional, sino, lo que ahora importa más, también alteraciones significativas en el liderazgo del *Chief Justice*, no obstante lo cual, en 1835, la desaparición de Marshall dejaba en herencia una posición para el presidente del Tribunal Supremo de la máxima importancia en el sistema político norteamericano.

2. El examen del recurso a las *separate opinions* en el período que media entre 1810 y 1910 revela la aparición de un histórico tipo peculiar de la *American jurisprudence*, el *dissenting Justice*,⁴⁰ que difiere no sólo de la opinión de la mayoría, sino también del espíritu que la informa, aun cuando en este período la literatura del *dissent* esté dominada por el trabajo de muy pocos hombres.

Muchos han sido los *dissents* expresados en la vida del Tribunal Supremo y muy numerosos también los jueces disidentes. Sin embargo, son pocos los que han pasado a la historia, circunstancia que, en gran medida, se ha debido a su visión profética. En expresión de Barth,⁴¹ se trata de los "Prophets with Honor". Se trata, dicho de otro modo, de los *dissents* que a menudo revelan la congruencia percibida entre la Constitución y los "evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society".⁴²

Profética sería la visión del *Justice* John Marshall Harlan (nombrado en 1877 por el Presidente Hayes, permaneciendo en su cargo hasta 1911, año de su muerte) en el celeberrimo caso *Plessy v. Ferguson* (1896), en el que, frente a la infame doctrina de la Corte, que apoyó la segregación racial impuesta por algunos Estados en base a la denigrante doctrina de que un trato "separado pero igual" no violaba el derecho de los ciudadanos a la

⁽³⁹⁾ Igor KIRMAN: "Standing Apart to Be Part: The Precedential Value of Supreme Court Concurring Opinions", en *Columbia Law Review*, Vol. 95, No. 8, December 1995, pp. 2083 y ss.; en concreto, p. 2087.

⁽⁴⁰⁾ Karl M. ZOBELL: "Division of opinion in the Supreme Court...", *op. cit.*, pp. 195-196.

⁽⁴¹⁾ Alan BARTH: *Prophets with Honor: Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*, 1974. Cit. por William J. BRENNAN, Jr.: "In Defense of Dissents", *op. cit.*, pp. 430-431.

⁽⁴²⁾ *Trop v. Dulles* (1958). En esta sentencia, decidida el 31 de marzo de 1958 por una escasa mayoría de 5 votos a favor frente a 4 en contra, en la que se acoge esa alusión a los "standards de decencia que el progreso de las sociedades va imponiendo", el Tribunal decidió que la expatriación por cualquier razón constituía un "cruel and unusual punishment" prohibido por la Octava Enmienda. Consecuentemente, el Congreso no podía imponer ese castigo sin violar la mencionada cláusula de la VIII Enmienda.

igual protección ante la ley, el Justice Harlan escribió unas memorables palabras: "Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens". El *dissent* de Harlan se convertiría medio siglo después en la doctrina unánime de la *Supreme Court* en el no menos célebre caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), que deshizo la doctrina "separate but equal". Harlan representó la quintaesencia de la voz que grita en el desierto,⁴³ pero esa voz resultó a la postre ser profética.

En forma análoga, por recordar otro caso histórico, Oliver Wendell Holmes, en su bien conocido *dissent* en el caso *Lochner v. New York* (1905), se convirtió en el guía de la crítica emitida por la generación siguiente respecto de la doctrina del *substantive due process* y de la libertad de contratación, pero de ello nos ocuparemos en detalle más adelante. En 1937, el argumento esgrimido por Holmes, del que puede recordarse ahora su famosa afirmación de que "la XIV Enmienda no ha constitucionalizado la teoría de los equilibrios sociales de H. Spencer", se convirtió en doctrina mayoritaria cuando la *Supreme Court*, en un trascendental *overruling*, derribó el precedente *Lochner*, que entrañaba la renuncia a toda interferencia judicial en el control de constitucionalidad de la legislación industrial y laboral de los Estados, en el bien conocido caso *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), sentencia de la que sería ponente el *Chief Justice* Charles Evans Hughes.

Es verdad que aunque uno de los fines del *dissent*, quizá el más relevante, sea el de persuadir a los colegas con vistas a que en el futuro puedan adscribirse a la posición sustentada en la disidencia, no siempre es ése el objetivo perseguido, o por lo menos la finalidad primigenia. De ello ilustra con nitidez la siguiente reflexión de Curtis:⁴⁴ "Dissents serve a large purpose than either to cover scruples of conscience or to save your judicial reputation as a good lawyer. Dissents are competing opinions in their own right. They are what the dissenter would have said if he had persuaded enough of his colleagues to agree with him". En definitiva, aunque la finalidad persuasiva⁴⁵ con vistas al futuro sea de enorme relevancia, en muchas ocasiones, el *dissent* revela la profunda convicción del disidente en torno a una determinada interpretación o postulado jurídico, a veces, incluso, por razones de conciencia, si bien es en algunos de estos casos cuando el *dissent* adquiere su más profunda proyección profética. Como escribe Kelman,⁴⁶ "deep conviction is the fuel that drives dissent past the

⁽⁴³⁾ William J. BRENNAN, Jr.: "In Defense of Dissents", *op. cit.*, p. 431.

⁽⁴⁴⁾ Charles CURTIS: *Lions Under the Throne*, 1947, pp. 74-75. Cit. por Maurice KELMAN: "The Forked Path of Dissent", en *Supreme Court Review*, Vol. 1985, 1985, pp. 227 y ss.; en concreto, p. 239.

⁽⁴⁵⁾ "The majority — escribe el propio Curtis (*Ibidem*)— exercise all the powers of the Court, but the minority have a curious concurrent jurisdiction over the future. For a dissent is a formal appeal for a rehearing by the Court sometime in the future, if not on the next occasion".

⁽⁴⁶⁾ Maurice KELMAN: "The Forked Path of Dissent", *op. cit.*, p. 257.

limits of hope, beyond appeal to the intelligence of a future day, and into the realm of the quixotic”.

Junto a los grandes *Justices* a que antes hemos aludido, que han marcado la historia del sistema judicial norteamericano, muchos otros han tenido un rol relevante en relación con el instituto en cuestión. Los hay, sin más, que han destacado por su enorme prolijidad en la formulación de *separate opinions*, aunque es cierto que, en ocasiones, los grandes *dissenters* han sido especialmente prolíficos en las disidencias. Un Juez del “United States Circuit Court of Appeals” (Seventh Circuit, Chicago), el *Judge Evans*, en un artículo publicado en 1938, procedió a computar el número de *opinions*, *dissents* y *concurrences* de la Corte Suprema, sistematizándolo en función de los volúmenes en los que se recogen las *opinions of the Court* (que agrupa, a partir del décimo volumen, de diez en diez) y englobándolos en tres grandes bloques: del volumen 5 al 100 (cronológicamente llega hasta 1879 y en esta etapa se contabilizan 5.419 *opinions*, 716 *dissents* y 142 *concurrences*); del volumen 101 al 187 (período que va de 1880 a 1902, en el que se computan 5.635 *opinions*, 649 *dissents* y 113 *concurrences*), y en fin, del volumen 188 al 279 (que se corresponde cronológicamente con los años 1903 a 1928, en el que Evans cuenta 6.065 *opinions*, 799 *dissents* y 184 *concurrences*).⁴⁷

Al margen ya de los datos precedentes, nos interesa aludir a lo que Evans denomina⁴⁸ “Justices Dissenting Record”, esto es, a los Jueces que mayor número de *separate opinions* formularon en el largo período estudiado (hasta 1928). Ese ranking, que el mencionado autor no ordena, podemos estructurarlo por nuestra parte como sigue: 1º) *Justice* Edward Douglas White (Juez entre 1894 y 1910), con un total de 285 *separate opinions*; 2º) *Justice* John Marshall Harlan (Juez entre 1877 y 1911), con un total de 284 *separate opinions*; 3º) *Justice* Stephen Johnson Field (miembro del Supremo entre 1863 y 1897), que totaliza 270 *separate opinions*; 4º) *Justice* David Josiah Brewer (Juez de la *Supreme Court* entre 1890 y 1910), con un total de 269; 5º) *Justice* Oliver Wendell Holmes (Juez de la Corte entre 1902 y 1932), con un montante total de 205 *separate opinions*; 6º) *Justice* Louis Dembitz Brandeis (Juez entre 1916 y 1939), con 197 *separate opinions*, como es obvio, hasta la fecha computada (1928); 7º) *Justice* Samuel Freeman Miller (Juez del Supremo entre 1862 y 1890), con 162 *separate opinions*; 8º) *Justice* James Clark McReynolds (Juez entre 1914 y 1941), con un total (hasta 1928) de 158; 9º) *Justice* Joseph P. Bradley (en el Tribunal entre 1870 y 1892), con un total de 154 *separate opinions*; 10º) *Justice* Nathan Clifford (Juez del Supremo entre

⁽⁴⁷⁾ Evans A. EVANS: “The Dissenting Opinions—Its Use and Abuse”, *op. cit.*, pp. 138–139.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 140.

1858 y 1881), que totaliza 141, y finalmente, 11^o) Justice John Hessin Clarke (Juez de la Corte entre 1916 y 1922), con un total de 107 *separate opinions*.

De los datos precedentes destacaríamos el hecho de que, con dos únicas excepciones (las de los Justices White y Clifford), todos los Jueces enumerados han ocupado el cargo por un período de veinte o más años, no obstante lo cual es sorprendente que quien encabeza el ranking tan sólo desempeñara su función de Juez del Supremo durante 16 años, lo que presupone que suscribiera un promedio de casi 18 *separate opinions* anuales. Por lo demás, el hecho de que los cálculos llevados a cabo por Evans y plasmados hasta ahora lleguen tan sólo hasta 1928, se traduce en que, en algunos supuestos, particularmente en los de los Jueces Brandeis y McReynolds, el ranking deba ser modificado. En efecto, con los datos que adicionalmente ofrece el mismo autor acerca de las *dissenting opinions* en el período que media entre el 8 de octubre de 1929 y el 1 de junio de 1937 (volúmenes de recopilación de *opinions* de la *Supreme Court* números 280 a 301), Brandeis, que en esta última etapa acumula 91 *separate opinions*, pasaría a ocupar el primer puesto de esa escala, totalizando 288 *separate opinions*. Y también ascendería en ella McReynolds, que entre 1929 y 1937 acumula 79 *separate opinions*, lo que le hace totalizar 237.

Tan sólo añadiremos que, si nos circunscribimos a esa última etapa computada por Evans, los cinco Justices que en ella acumulan mayor número de *separate opinions* son, por este orden: Harlan Fiske Stone (*Associate Justice* entre 1925 y 1941, año en que sería promovido por el Presidente Roosevelt al cargo de *Chief Justice*); Louis Dembitz Brandeis (Juez, como antes se dijo, entre 1916 y 1939); Benjamin Nathan Cardozo (*Justice* entre 1922 y 1938); James Clark McReynolds (como asimismo dijimos, Juez entre 1914 y 1941), y Pierce Butler (Juez del Supremo entre 1923 y 1939).

No vamos a detenernos más en estos datos numéricos, que en todo caso se cierran aproximadamente en el momento del triunfo de la que se conoce como "Revolución constitucional". Ya se ha señalado que el número de disidencias irá progresivamente en aumento a partir de 1937, encontrándonos en los años subsiguientes, a lo largo del siglo, con Justices que superarán de largo el número de disidencias del Juez Brandeis, que dijimos que era quien encabezaba ese escalafón, por así llamarlo. Así, por poner algunos ejemplos, el Juez John Marshall Harlan, o el segundo Justice Harlan, como también se le conoce, (Juez entre 1955 y 1971), y aún teniendo en cuenta que las cifras de cómputo de los distintos autores que de ello se han ocupado no concuerdan por entero, escribió más de 400 *separate opinions*, y un número aún superior sería el que suscribiría el Justice William Joseph Brennan, Jr. (Juez de la Corte entre 1956 y 1990), que supera el medio centenar.

Todo ello deja meridianamente claro que el *Justice* Oliver Wendell Holmes, del que vamos a pasar a ocuparnos de inmediato, no fue ni de lejos el mayor disidente, si se atiende a los datos cuantitativos, pero pocos dudan de que nadie como él merece el título de “the great dissenter”, no por la cantidad de sus *separate opinions*, sino por la enorme trascendencia e impacto de sus votos particulares. Ningún otro Juez vería sus posiciones disidentes convertidas, tan rápidamente y en tan gran número, en la doctrina oficial de la Corte a través lógicamente del pertinente *overruling*.

Posiblemente, ningún otro fue tan original, y al unísono tan rupturista en sus planteamientos como este inconmensurable jurista. En él nos centramos.

III. EL PARADIGMA DE LOS *DISSENTERS*: OLIVER WENDELL HOLMES Y EL REALISMO LEGAL

1. Holmes, el apóstol de la libertad

Nacido en Boston (1841) e hijo de un médico, profesor de Anatomía y Psicología de la Universidad de Harvard,⁴⁹ Oliver Wendell Holmes fue *Justice* de la Corte Suprema de Massachusetts (1882–1899) y Presidente de la misma (1899–1902) inmediatamente antes de ser nombrado por el Presidente Theodore Roosevelt, el 8 de diciembre de 1902, *Associate Justice* de la *Supreme Court*, cargo en el que permanecería hasta su retirada el 12 de enero de 1932, habiendo, pues, celebrado su nonagésimo cumpleaños como *Justice*, en plenitud de facultades, innecesario es decirlo. Fallecería en 1935. Holmes, diría ZoBell,⁵⁰ “was and remains the best known figure who has ever been connected with the Supreme Court and one of the four or five most widely regarded individuals in American government history”.

La llegada de Holmes al Tribunal Supremo anuncia una nueva era, la del llamado *liberal dissent*,⁵¹ lo que sin ningún género de dudas debe de ponerse en íntima conexión con su mismo talante. En el muy relevante

⁽⁴⁹⁾ Como recuerda Kurland, en su comentario bibliográfico a la obra de Mark De Wolfe Howe, *Justice Oliver Wendell Holmes: The Shaping Years, 1841–1870* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1957), la profesión jurídica no fue, sin embargo, completamente ajena a su familia, pues su abuelo materno fue un distinguido Juez de la *Supreme Judicial Court of Massachusetts*. Philip B. KURLAND: “Portrait of the Jurist as a Young Mind” (Book Reviews), en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 25, 1957–1958, pp. 206 y ss.; en concreto, p. 216.

⁽⁵⁰⁾ Karl M. ZOBELL: “Division of opinion in the Supreme Court...”, *op. cit.*, p. 201.

⁽⁵¹⁾ John T. GANOE: “The passing of the old dissent”, en *Oregon Law Review*, Vol. XXI, 1941–1942, pp. 285 y ss.; en concreto, p. 287.

homenaje que le dedicó la *Harvard Law Review* con ocasión de su nonagésimo cumpleaños,⁵² Cardozo — que al año siguiente, tras su retiro, sustituiría a Holmes en la *Supreme Court*, ubicándose, como se ha subrayado generalizadamente,⁵³ en la misma tradición— recordaba de Holmes que “Men speak of him as a great Liberal, a lover of Freedom and its apostle”, para apostillar de inmediato: “All this in truth he is, yet in his devotion to Freedom he has not been willing to make himself the slave of a mere slogan”.⁵⁴ El título de “gran liberal y apóstol de la libertad”, en último término, como el propio Cardozo reconocía, no era sino el resultado de un hecho inequívoco: nadie como Holmes había trabajado más incesantemente para demostrar la verdad de que los derechos nunca son absolutos, aunque siempre se encuentran en lucha y encaminados a que sean declarados en sí mismos como tales. A este respecto, es paradigmático el último párrafo del *dissent* que Holmes presentó en el caso *Truax v. Corrigan* (1921):⁵⁵ “Debo añadir una consideración general. No hay nada que lamente más que la utilización de la Decimocuarta Enmienda más allá de la estricta fuerza de sus palabras para evitar la realización de experimentos sociales que una parte importante de la comunidad desea, como manifiesta en los distintos Estados, aunque esos experimentos puedan parecerme a mí y a aquellos cuya opinión más respeto fútiles o incluso nocivos”.

En los años veinte, tras la incorporación de Brandeis a la Corte Suprema (en 1916 exactamente), las palabras “Justice Holmes and Brandeis dissented” llegaron a ser un estribillo familiar (“a familiar refrain”) en las discusiones acerca del trabajo de la Corte, y poco tiempo después, tras la llegada al Tribunal de Stone (en 1925), un nuevo estribillo se consolidó: “Holmes, Brandeis, and Stone dissenting”, convirtiéndose, como escribe Swisher,⁵⁶ en “the hallmark of liberalism with respect to constitutional issues”.

Algunos autores han subrayado la importancia de Brandeis en el liberalismo de Holmes. Así, Konefsky llega a decir que hay quienes sospechan que Holmes era en el fondo (“at heart”) un conservador y que su libera-

⁽⁵²⁾ *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930–1931, pp. 677–696. Colaboraciones de Charles Evans Hughes, C. Sankey, W. A. Jowitt, Benjamin Nathan Cardozo y Sir Frederick Pollock.

⁽⁵³⁾ “Cardozo — escribe, por ejemplo, Griswold — was appointed in his place and carried on the same tradition, though with his own lustre”. Erwin N. GRISWOLD: “Owen J. Roberts as a Judge”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1955–1956, pp. 332 y ss.; en concreto, p. 335.

⁽⁵⁴⁾ Benjamin N. CARDOZO: “Mr. Justice Holmes”, en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930–1931 (No. 5, March 1931), pp. 682 y ss.; en concreto, p. 687.

⁽⁵⁵⁾ A efectos de los *dissents* de Holmes, maneamos, indistintamente, estas dos obras: *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes*, estudio preliminar y traducción de César ARJONA SEBASTIÀ, Iustel, Madrid, 2006, y la obra publicada en Italia, Oliver WENDELL HOLMES: *Opinioni dissenzienti*, a cura di Carmelo GERACI, Giuffrè Editore, Milano, 1975.

⁽⁵⁶⁾ Carl Brent SWISHER: “The Supreme Court—Need for Re-Evaluation”, en *Virginia Law Review*, Vol. 40, No. 7, November 1954, pp. 837 y ss.; en concreto, p. 842.

lismo fue, de largo, producto de la influencia que Brandeis ejerció sobre él.⁵⁷ Incluso, se dice que el *Chief Justice* William Howard Taft (que presidió el Tribunal Supremo entre 1921 y 1930, y del que, como dato peculiar, recordaremos que, al margen de otros muchos y muy relevantes cargos, a fines de 1908 había sido elegido Presidente de los Estados Unidos, cargo que ejerció durante cuatro años, siendo derrotado al final de su mandato por el demócrata Wilson), a través de su correspondencia privada, fue parcialmente responsable de alimentar “el mito de la completa dependencia de Holmes respecto a Brandeis”.⁵⁸ Innecesario es decir que es imposible entrar a valorar tales especulaciones. Con todo, algunos datos objetivos sí pueden ser traídos a la memoria. Brandeis se incorporó a la Corte casi catorce años después que Holmes. Éste, al margen ya de su importante labor judicial ejercida en Massachusetts, era bien conocido por sus *dissents* en la *Supreme Court* de corte inequívocamente liberal con anterioridad a la llegada de Brandeis. Pensemos, por poner un único, aunque realmente paradigmático, ejemplo, en su celeberrima disidencia en el caso *Lochner v. New York* (1905). Y todo ello, al margen ya de sus bien conocidos escritos, entre ellos su famoso libro *The Common Law*, cuya 1ª edición es de 1881, y su célebre artículo “The path of the law”, que publica la *Harvard Law Review* el 25 de marzo de 1897,⁵⁹ y que a su vez reproducía una conferencia pronunciada el 8 de enero de ese mismo año con ocasión de la inauguración del nuevo “Hall” de la *Boston University School of Law*. A nuestro juicio, sería una trivialización hacer depender unilateralmente el liberalismo de Holmes del influjo de Brandeis, sin que ello deba entenderse en el sentido de que queramos negar toda influencia del último sobre el primero.

Por lo demás, las diferencias de carácter y de talante entre los dos grandes *Justices* parece que eran notables, incluso abismales. De Holmes se ha dicho⁶⁰ que era un “scholar and philosopher”, cuyo escepticismo respecto del hombre y de la sociedad lo convirtió en desdeñoso de los impulsos hacia delante y hacia atrás de los reformistas. Y de Brandeis, que era por naturaleza un luchador por las causas (“a fighter for causes”), cuya confianza en las posibilidades de una regeneración social derivó de su creencia en que a través del empleo de la inteligencia, los hombres pueden aprender a controlar su destino. Desde una óptica bien distinta, Freund marcó con gran agudeza las diferencias entre uno y otro. “Holmes and Cardozo —escribía hace poco

⁽⁵⁷⁾ Samuel J. KONEFSKY: “Holmes and Brandeis: companions in dissent”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 10, 1956–1957, pp. 269 y ss.; en concreto, p. 269.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*, p. 270.

⁽⁵⁹⁾ Oliver Wendell HOLMES: “The path of the law”, en *Harvard Law Review*, Vol. X, 1896–1897, pp. 457 y ss.

⁽⁶⁰⁾ Samuel J KONEFSKY: “Holmes and Brandeis: companions in dissent”, *op. cit.*, p. 281.

más de medio siglo el connotado Profesor de Harvard⁶¹— belonged to the school of Shakespeare, Brandeis to that of Balzac and Anatole France”.

2. Holmes, “The Great Dissenter”

Muchos han otorgado a Oliver W. Holmes el título de “*The Great Dissenter*”;⁶² sin embargo, y de ello ya nos hicimos eco, la realidad estadística nos muestra que Holmes no fue un gran disidente, por lo menos desde una óptica puramente cuantitativa. Los datos que ofrece la doctrina al efecto son significativos. Schwartz⁶³ recuerda que mientras Holmes ocupó su puesto en el Supremo, éste dictó unas 6.000 sentencias; Holmes sólo formuló *dissents* o se adhirió a los escritos por otros jueces en 70 ocasiones. Mello, a su vez, precisa⁶⁴ que durante sus treinta años en la Corte, Holmes escribió 975 *opinions of the Court*, 72 *dissenting opinions* y 14 *concurring opinions*; además, Holmes disintió sin formalizar por escrito su disidencia en un centenar de ocasiones. Los datos, como puede apreciarse, no son exactamente coincidentes, algo muy normal entre la doctrina norteamericana cuando se atiende a sus recuentos de disidencias o concurrencias de los Jueces del Supremo, pero la divergencia no es significativa. Sí lo es, por contra, si confrontamos los datos de Evans, ya transcritos en un momento precedente, que, recordémoslo, cuantifica en un total de 205 las *separate opinions* de Holmes. Este dato nos parece en exceso exagerado, y sólo admisible si se presupone que el autor ha tomado en cuenta las disidencias de Holmes que éste, finalmente, no plasmó por escrito. Pero incluso aunque se admitiera el número de dos centenares de *dissenting y concurring*, todavía el número total de disidencias de Holmes sería muy inferior al de otros grandes disidentes de la Corte. En definitiva, Holmes nunca podría ostentar el título que se le atribuye en atención al puro dato cuantitativo.

Lo que acabamos de decir ha sido puesto de relieve muchas veces y desde tiempos lejanos. Buen ejemplo de ello lo encontramos en las

⁶¹ Paul A. FREUND: “Mr. Justice Brandeis. A Centennial Memoir”, en *Harvard Law Review*, Vol. 70, No. 5, March 1957, pp. 769 y ss.; en concreto, p. 776.

⁶² Así lo reconocen, entre otros muchos, Karl M. ZoBELL, en su clásico y documentadísimo trabajo, “Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial desintegration”, en *Cornell Law Review*, Vol. 44, 1958–1959, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 202. En idéntico sentido y dentro ya de la doctrina europea, Carmelo GERACI, en la “Introduzione” a la obra del propio Oliver Wendell HOLMES: *Opinioni dissenzienti*, *op. cit.*, pp. VII y ss.; en concreto, p. XI. En este libro se recoge, en lengua italiana, gran parte de la obra escrita de Holmes, incluyendo su célebre artículo “La via del Diritto” (“The Path of the Law”).

⁶³ Bernard SCHWARTZ: “The Judicial Ten: America’s Greatest Judges”, *op. cit.*, p. 421.

⁶⁴ Michael MELLO: “Adhering to our views: Justices Brennan and Marshall and the relentless dissent to death as a punishment”, en *Florida State University Law Review*, Vol. 22, 1994–1995, pp. 591 y ss.; en concreto, p. 627.

reflexiones que realizara el relevante Profesor londinense Sir Frederick Pollock, gran amigo de Holmes, en el monográfico de homenaje al último que la *Harvard Law Review* le tributara con ocasión de convertirse en nonagenario, ejerciendo en plenitud las funciones de su cargo de *Justice*, un hecho, desde luego, digno de encomio y de admiración. “Some people — escribía Pollock⁶⁵ — seem to think that Mr. Justice Holmes is always dissenting. Does he really dissent much oftener than his learned brethren, or is the impression due to the weight rather than the number of the dissents?” Es innecesario responder a la pregunta que precede. En la propia interrogación ya está implícita la respuesta. No puede caber duda alguna de que la fama que siempre acompañó al *Justice* Holmes como *dissenter* es consecuencia del impacto, de la fuerza de sus *dissents*. Como señala Aikin,⁶⁶ si sus *dissents* fueron relativamente pocos, por el contrario, “his dissent were both challenging and powerful”.⁶⁷ Por todo ello, no puede aceptarse el criterio sustentado por algunos autores, en el sentido de que se habría exagerado notablemente el rol de disidente de Holmes. En cuanto asentado en un puro criterio numérico, tal juicio es erróneo, pues, como bien se ha dicho, “la evaluación de un fenómeno de profundidad intelectual y de significado histórico, no podría hacerse con base en las meras estadísticas”.⁶⁸

La misma fuerza de los *dissents* de Holmes permite explicar que un elevado número de ellos se convirtieran antes o después, a través del pertinente *overruling*, en Derecho vigente. ZoBell ha hecho hincapié⁶⁹ en el dato harto elocuente, de que el número de *dissents* de Holmes que llegaron a convertirse en Derecho es notablemente superior a la media de los que lo logran (“un uncommon degree, Justice Holmes dissenting opinions «became the law»”): algo menos de un 10 por 100 de los 173 *dissents* que cuantifica este autor (lo que da pie para pensar que, al igual que Evans, contabiliza las disidencias no escritas de Holmes) fueron reconocidos en su sustancia con posterioridad, o subsecuentemente declarados Derecho vigente. Si por establecer una comparación, se confronta este dato con el porcentajes de *dissents* del *Justice* Harlan — otro gran disidente — que llegaron a ser Derecho vigente, la confrontación revela no sólo un más elevado

⁽⁶⁵⁾ Frederick POLLOCK: “Mr. Justice Holmes”, en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, No. 5, March 1931, pp. 693 y ss.; en concreto, p. 695.

⁽⁶⁶⁾ Charles AIKIN: “The United States Supreme Court: The Judicial Dissent”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 18, 1969, pp. 467 y ss.; en concreto, p. 470.

⁽⁶⁷⁾ No deja de tener interés recordar la apreciación hecha por quien habría de ser otro gran *Associate Justice*, Felix Frankfurter, que ejerciera el cargo entre 1939 y 1962. “To consider Mr. Justice Holmes’ opinions — decía Frankfurter antes de su acceso a la *Supreme Court* — is to string pearls”. Cit. por Frederick POLLOCK: “Mr. Justice Holmes”, *op. cit.*, p. 695.

⁽⁶⁸⁾ Samuel F. KONEFSKY: “Holmes and Brandeis: companions indissent”, *op. cit.*, p. 277.

⁽⁶⁹⁾ Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, 2nd ed. (revised by Sanford LEVINSON), The University of Chicago Press, Chicago & London, 1994, pp. 124–125.

porcentaje a favor de Holmes, sino, lo que también resulta significativo, que esa conversión se produjo en un más reducido espacio de tiempo. "The post-1937 Court — escribe al respecto McCloskey, en la que es una de las obras clásicas sobre la Corte Suprema⁷⁰— in effect adopted the criterion urged by Justice Holmes in his classic series of dissents during the first three decades of the century"⁷¹

Mientras hubo de pasar una generación tras su muerte para que el gran Justice John Marshall Harlan, el primer Harlan (Juez entre 1877 y 1911), autor de uno de los más célebres *dissents* de la historia judicial norteamericana, del que ya nos hemos hecho eco, el formulado en la infame sentencia del caso *Plessy v. Ferguson* (decidido el 18 de mayo de 1896), fuera realmente (desde un plano jurídico) redescubierto, al producirse el *overruling* de *Plessy* en el no menos célebre caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (decidido el 17 de mayo de 1954), tan sólo tres años después del famoso *dissent* holmesiano en *Lochner v. New York* (1905), el Tribunal fundamentaba una excepción frente a la rotunda decisión del caso *Lochner*, al enfrentarse a una norma legal que regulaba las horas de trabajo de las mujeres. Como recuerda McCloskey,⁷² la Corte razonó en el sentido de que "the social and physical characteristics of women put them at a special disadvantage in the struggle for subsistence, and it is therefore reasonable for the state to limit the hours the can be worked". Pocos años después, en 1917, el caso *Bunting v. Oregon* suponía el *overruling*

⁽⁷⁰⁾ Bien significativa de este cambio de tendencia, en perfecta ósmosis con el pensamiento de Holmes, será la sentencia dictada en el célebre caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938), que escribe como *opinion of the Court* el muy relevante Justice Harlan Fiske Stone, posteriormente nombrado *Chief Justice*. En ella puede leerse lo que sigue:

"Sólo podemos declarar inconstitucionales las leyes que afecten a las transacciones comerciales ordinarias en caso de que, a la luz de los hechos conocidos o que puedan tenerse por ciertos, pueda descartarse que se fundamenten en una base racional, dados el conocimiento y la experiencia de los legisladores".

El Tribunal sentaba de esta forma un auténtico principio de presunción de la constitucionalidad, que aunque en la muy trascendental nota a pie de página núm. 4 de la sentencia ("a footnote that has become more important than the text", dirá de ella J. M. BALKIN, en "The Footnote", en *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, 1988–1989, pp. 275 y ss.; en concreto, p. 281) se vea un tanto aminorado, cuando la ley de que se trate parezca a simple vista referirse a alguna de las prohibiciones expresamente contenidas en la Constitución, como, por ejemplo, las establecidas en las diez Primeras Enmiendas (el conocido como *Bill of Rights*), regla que también puede extenderse a la Enmienda XIV, lo cierto es que ni tan siquiera en esos casos se prescinde por entero del referido principio.

⁽⁷¹⁾ Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, op. cit., p. 104.

⁽⁷²⁾ Kurt H. NADELMANN: "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 8, 1959, pp. 415 y ss.; en concreto, p. 419. Este artículo, uno de los más importantes sobre el tema del *dissent*, puede verse asimismo en versión italiana, "Il «dissenso» nelle decisioni giudiziarie (pubblicità contro segretezza)", en la obra *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di Costantino MORTATI, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 31 y ss. Asimismo, en versión alemana, "Das Minderheitsvotum im Kollegialgericht – Bekanntgabe oder Geheimhaltung?", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 86. Band, Heft 1, Juli 1961, pp. 39 y ss.

de la doctrina *Lochner*, en la línea defendida por el *dissent* de Holmes, al que nos referiremos con algún detalle más adelante. Y el conocidísimo caso *West Coast Hotel v. Parrish* (decidido el 29 de marzo de 1937) supondrá el punto de inflexión del Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre el *New Deal* rooseveltiano, tan combatida por Holmes, y con ello el triunfo de la que se conoce como “Revolución constitucional”.

La procedencia de Oliver W. Holmes de la Corte Suprema de Massachusetts no dejó de condicionarlo en su posicionamiento en torno al *dissent*. En Massachusetts era muy raro que los jueces disidentes hicieran público su *dissent*. No debe extrañar por ello que en su primer *dissent* en la *United States Supreme Court*, en el caso *Northern Securities Co. v. United States* (1903), afirmara Holmes: “I am unable to agree with the judgment of the majority of the Court, and although I think it useless and underisable, as a rule, to express dissent, I feel bound to do so in this case and to give my reasons for it”.⁷³

Por otra parte, su propia filosofía, tendente al compromiso y al intercambio de ideas, de la que encontramos una manifestación paradigmática en su conocido *dissent* en el caso *Abrams v. United States* (1919),⁷⁴ le conducirá una inequívoca posición de *self-restraint*. Y así podrá afirmar⁷⁵ que “imitation of the past, until we have a clear reason for change, no more needs justification than appetite”. En su voto disidente en el caso *Baldwin v. Missouri* (1930), refleja de modo inequívoco esta llamada a la prudencia: “Ahora bien, no creo que el constituyente haya entendido darnos carta blanca para introducir nuestras convicciones económicas o morales en sus prohibiciones”.⁷⁶

3. Holmes y el realismo legal

El *Justice* Holmes, a través de sus sucesivos pronunciamientos, muy particularmente de sus *dissents*, se convertirá en el más destacado abanderado de la Corte a favor del realismo legal, o lo que es igual, de un abandono

⁽⁷³⁾ Bien significativas al respecto son las siguientes reflexiones de Holmes en el *dissent* que suscribe en el mencionado caso, *Abrams v. United States* (1919): “Pero cuando los humanos se han dado cuenta de que el tiempo ha frustrado muchas doctrinas, pueden llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos mismos de su conducta, que la mejor manera de alcanzar el bien último es a través del libre intercambio de ideas, que el mejor test para la verdad es que la idea pueda ser aceptada en la competición del mercado, y que la verdad es la única base sobre la que sus deseos pueden realizarse. Esa es al menos la teoría de nuestra Constitución”.

⁽⁷⁴⁾ Oliver Wendell HOLMES: “Holdsworth’s English Law”, en *Collected Legal Papers*, 1920, pp. 285 y ss.; en concreto, p. 290. Cit. por Herbert WECHSLER: “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, Vol. 73, No. 1, November 1959, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 17.

⁽⁷⁵⁾ Puede verse el texto de este *dissent* en Oliver W. HOLMES: *Opinioni dissenzienti*, op. cit., pp. 250–252.

⁽⁷⁶⁾ Benjamin N. CARDOZO: “Mr. Justice Holmes”, en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930–1931, pp. 682 y ss.; en concreto, p. 688.

de la búsqueda del significado auténtico de las normas constitucionales y su sustitución por el acomodo de los principios constitucionales a las necesidades sociales y a los valores mutantes de cada momento histórico.

Holmes mostró un inequívoco escepticismo frente a los dogmas y las opiniones dogmáticas. "No hay una sola proposición general que valga lo más mínimo", escribía en una carta dirigida a su amigo Sir Frederick Pollock en 1919, tal y como ya tuvimos oportunidad de mencionar. Nadie, dirá Cardozo,⁷⁷ combatió más eficazmente que él la represión de una fórmula y la tiranía de las etiquetas ("the Tyranny of tags and tickets"). En la misma dirección, Frankfurter señalaba en 1916⁷⁸ que en los más variados casos el *Justice* Holmes mostraba el mismo realismo, el mismo rechazo a dejarse derrotar por la lógica formal, idéntica mirada hacia las necesidades y costumbres locales, la misma deferencia hacia el conocimiento del hecho local. Holmes reconoce que el gobierno significa necesariamente experimentación, y mientras lo esencial de las limitaciones constitucionales es confinar el área de experimentación, las limitaciones no vienen definidas "per se" y han sido proyectadas para permitir el gobierno. Necesariamente, por tanto, la puerta no estaba dirigida a ser cerrada a la prueba y al error. "Constitutional law — escribía nuestro *Justice* en el caso *Blinn v. Nelson* — like any other mortal contrivance, has to take some chances".

Las *dissenting opinions* de Holmes son mucho más que la notabilísima obra interpretativa de un gran Juez; son, como bien se ha dicho, una auténtica obra de filosofía jurídica,⁷⁹ lo que no debe extrañar si se advierte la sólida formación filosófica de Holmes desde sus años más jóvenes.⁸⁰ No es, por lo demás, una obra aislada, sino que debe conectarse estrechamente con sus escritos anteriores.

En su trascendental trabajo "The Path of the Law", retomando la idea que ya expresara en su obra más relevante y emblemática, *The Common Law*,⁸¹ cuya 1ª edición fue publicada en 1881, reiteraba⁸² la falacia de la noción de

⁽⁷⁷⁾ Felix FRANKFURTER: "The constitutional opinions of Justice Holmes", en *Harvard Law Review*, Vol. XXIX, 1915-1916, pp. 683 y ss.; en concreto, pp. 691-692.

⁽⁷⁸⁾ César ARJONA, en su "Estudio Preliminar" a la obra *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes*, *op. cit.*, pp. 11 y ss.; en concreto, p. 39.

⁽⁷⁹⁾ Kurland se ha hecho eco del profundo interés del joven Holmes por la filosofía, de lo que constituirían buena prueba sus lecturas de Platón, Comte, Fichte, Butler ("Ancien Philosophy"), Vaughan ("Hours with the Mystics") y Spencer, entre otros. Philip B. KURLAND: "Portrait of the Jurist as a Young Mind", *op. cit.*, p. 212.

⁽⁸⁰⁾ De esta obra diría Jowitt que era "one of the few legal textbooks which the courts have recognized". W. A. JOWITT: "Mr. Justice Holmes. On behalf of the English Bar", en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, No. 5, March 1931, p. 681.

⁽⁸¹⁾ Oliver Wendell HOLMES: "The Path of the Law", en *Harvard Law Review*, Vol. X, No. 8, March 25, 1897, pp. 457 y ss.; en concreto, p. 465.

⁽⁸²⁾ En el origen de este dominio de la lógica hay que retrotraerse a la rígida y dogmática

que “the only force at work in the development of the law is logic”.⁸³ Holmes aduce que aunque en un sentido amplísimo es cierto que el Derecho es un desarrollo lógico como cualquier otra cosa, existe un peligro evidente a su juicio, que no se encuentra en admitir que los principios que gobiernan los otros fenómenos gobiernen también el Derecho, sino en la idea de que un determinado sistema pueda ser tratado “like mathematics from some general axioms of conduct”. Es éste un error propio de las distintas escuelas, si bien el error no queda aquí confinado. Recuerda Holmes haber escuchado en una ocasión a un eminente juez afirmar no haber dictado jamás una decisión de cuya justicia no estuviese absolutamente seguro.

Este modo de pensar lo concibe enteramente natural, pues la formación de los juristas es una formación en la lógica. Los procedimientos de analogía, diferenciación y deducción son los más habituales. “The language of judicial decision —añade nuestro *Justice*— is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind”.⁸⁴ Sin embargo, este deseo de certeza y de tranquilidad es un tanto inconsistente, pues la certeza es generalmente ilusión y la tranquilidad no pertenece al destino del hombre. Es por ello por lo que Holmes entiende⁸⁵ que ninguna proposición concreta

concepción medieval, según la cual la jurisprudencia, que en cuanto norma de vida se reconducía a una de las especies de la filosofía, en tanto que *interpretatio verborum*, se insertaba en la lógica. De ahí que, como puede leerse en el Cod. Haenel, siempre “quod tractat de interpretatione verborum supponitur loice”. Cfr. al efecto, Mauro CAPPELLETTI: “L’attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico” (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale), en *Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. terzo, CEDAM, Padova, 1958, pp. 83 y ss.; en particular, cfr. el punto relativo a “conferme desunte dalle critiche alla teoria dell’interpretazione giuridica come «pura» attività logica o conoscitiva” (pp. 132–138).

⁽⁸³⁾ Oliver Wendell HOLMES: “The Path of the Law”, *op. cit.*, pp. 465–466.

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*, p. 466.

⁽⁸⁵⁾ Especialmente sugestiva sería la trayectoria de Roscoe Pound. En el homenaje que la *Harvard Law Review* le rindió en 1964, con ocasión de su fallecimiento, el *Justice* de la Suprema Corte Thomas Campbell Clark subrayaba la paradoja de que un Doctor en Botánica sea recordado impecablemente “as an architect of the law”. Tom. C. CLARK: “A Tribute to Roscoe Pound”, en *Harvard Law Review*, Vol. 78, No. 1, November 1964, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 1.

Desde que en 1896 publicara en *The Green Bag* su primer artículo, “Dogs and the Law”, hasta su desaparición en 1964, un millar de títulos vieron la luz, los cuales eran considerados por Griswold, en el mismo homenaje, como sus monumentos, “more durable than bronze and granite” (Erwin N. GRISWOLD: “Roscoe Pound—1870–1964”, en *Harvard Law Review*, Vol. 78, No. 1, November 1964, pp. 4 y ss.; en concreto, p. 4). “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, “Interpretations of Legal History” y “The Spirit of the Common Law”, este último traducido al español por José Puig Bretau (*El espíritu del “common law”*, Bosch, Barcelona, 1954).

En el Prefacio que el mismo Pound hacía de la mencionada edición española (escrito en Boston, en abril de 1954), el autor, en pocas palabras, condensaba lo que había sido su permanente visión del Derecho. Tras poner de relieve los enormes cambios producidos en la sociedad (la urbanización), en la economía (la industrialización, la mecanización total, la unificación económica...) y, de resultas de todo ello, en el propio Estado (el Estado se ha convertido en una empresa de servicios), desde

es "per se" evidente: "No concrete proposition is self-evident, no matter how ready we may be to accept it, non even Mr. Herbert Spencer's. Every man has a right to do what he wills, provided he interferes not with a like right on the part of his neighbors".

Aunque los primeros teóricos del realismo jurídico norteamericano, Karl N. Llewellyn, Profesor de la *Columbia Law School*, y el Decano Roscoe Pound, de la *Harvard Law School*,⁸⁶ no formalizarán, por así decirlo, su posición sino hasta los últimos años de la década de los veinte, o incluso en los primeros años de la década inmediata posterior,⁸⁷ sin embargo, como el propio Llewellyn admitía, desde el inicio del nuevo siglo, los seguidores de esta nueva forma de entender el Derecho se habían visto emulados por el fermento que había supuesto el liderazgo del Decano Roscoe Pound.

En su formulación de los puntos comunes de partida del realismo,⁸⁸ Llewellyn se hará eco, entre otros, de un punto que queremos ahora recordar: "The conception of the law as a means to social ends and not as an end in itself". Y Pound, en su esbozo de "a program of relativist-realist jurisprudence", que funda en siete puntos,⁸⁹ incluirá entre ellos: una actitud funcional que, por ejemplo, supone el estudio no sólo de lo que los preceptos, doctrinas e instituciones son y de cómo han llegado a serlo, sino de cómo operan,⁹⁰ y un reconocimiento del significado de cada caso individual, en contraste con el absoluto universalismo del pasado siglo, sin perder de vista el significado de las generalizaciones y conceptos como instrumentos encaminados hacia los fines del orden jurídico. Y en

que se publicara la 1ª edición de su libro (en 1921) hasta el momento en que escribe este Prefacio, Pound señalaba que, ello no obstante, "tenemos motivos para confiar en que la técnica del *common law*, la manera de aplicar la experiencia a nuevas situaciones, de buscar su desarrollo de manera racional y de someter la obra de la razón a la prueba de la ulterior experiencia, permitirán al jurista americano triunfar en la empresa de situar al *common law* a la altura de las necesidades de esta hora". Tras recordar unas conocidas palabras de Holmes ("la continuidad histórica no es un deber, es una necesidad"), Pound concluye: "No tenemos ninguna obligación de conservar las normas y los dogmas del pasado en la forma que los hemos recibido, pero nos incumbe el deber de trabajar con la experiencia del pasado y con el mismo espíritu del Derecho que nos la ha proporcionado" (Roscoe POUND, Prefacio a la traducción española antes mencionada, pp. 7-9; en concreto, p. 9).

⁽⁸⁶⁾ En 1931, Llewellyn reafirmaba que no existía una escuela de realistas, que no había un grupo con un credo oficial aceptado, ni tan siquiera emergente. "There is, however, a *movement* in thought and work about law. The movement, the method of attack, is wider than the number of its adherents". Karl N. LLEWELLYN: "Some Realism about Realism—Responding to Dean Pound", en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 1222 y ss.; en concreto, pp. 1223-1224.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. al efecto, Karl N. LLEWELLYN: "Some Realism about Realism...", *op. cit.*, pp. 1235 y ss.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. al respecto, Roscoe POUND: "The call for a realist jurisprudence", en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 697 y ss.; en concreto, pp. 710-711.

⁽⁸⁹⁾ "... our new realist in jurisprudence will urge particularly study of concrete instances of rules or doctrines or institutions in action". Roscoe POUND: "The call for a realist jurisprudence", *op. cit.*, p. 710.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 711.

definitiva, a modo de último *item* omnicompreensivo, “a recognition that there are many approaches to juristic truth and that each is significant with respect to particular problems of the legal order”.⁹¹

La lectura de estos rasgos referenciales del *realistic movement*, por utilizar la identificación que le da Llewellyn, revela bien a las claras la ubicación de Oliver W. Holmes. Bastante tiempo después, Bobbio, refiriéndose a aquellas corrientes sociológicas o neo-realistas que insisten de modo particularmente polémico en la separación entre lógica y Derecho, considerando que les compete el combate histórico por la “liberazione definitiva della giurisprudenza dall’abbraccio mortale con la logica”, ubicará a Holmes como abanderado de esta corriente al señalar: “Il motto di questa corrente può essere considerato una della più famose battute del giudice Holmes, le parole con cui inizia l’opera sulla *Common Law*: «Vita del diritto non fu la logica, ma l’esperienza»”.⁹² Cuando Holmes escribe esta reflexión (“the life of the law has not been logic: it has been experience”), y a ellas añade que el Derecho encuentra su filosofía en “considerations of what is expedient for the community concerned”, está haciendo sonar, dirá Schwartz,⁹³ el clarín de la jurisprudencia del siglo XX.⁹⁴

La desconfianza de Holmes en la lógica y en la “mathematical nicety” de las soluciones jurídicas se iba a traducir en su doctrina del significado vital, que no formal, de la Constitución, y en el acento que iba a poner sobre las cuestiones de grado o condición social.⁹⁵ Esa visión contraria a una jurisprudencia mecánica y, por lo mismo, abierta a la sociedad, a la realidad, que puede comprenderse perfectamente si se atiende a lo que muchos años después aducía otro enorme jurista, Calamandrei, para quien “la realtà è sempre più ricca di ogni previsione”,⁹⁶ y por lo mismo,

⁹¹ Norberto BOBBIO: “Diritto e Logica”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Anno XXXIX, fascicolo I-III, Gennaio/Giugno 1962, pp. 9 y ss.; en concreto, pp. 11-12. Añadamos, aunque sea de modo marginal, que en este clásico trabajo, Bobbio postulará la distinción entre lógica del Derecho y lógica de los juristas, análoga a la que postularía Kalinowski entre lógica de las normas y lógica jurídica.

⁹² Bernard SCHWARTZ: “The Judicial Ten...”, *op. cit.*, p. 424.

⁹³ En palabras de uno de los más brillantes realistas, Felix S. Cohen, formuladas en su etapa final, “las vivas ficciones y metáforas de la jurisprudencia tradicional no son más que poéticas y nemotécnicas estratagemas para formular decisiones sustentadas con base en otros fundamentos”. L. K. COHEN, ed.: *The Legal Conscience—Selected Papers of Felix S. Cohen*, Yale University Press, New Haven, 1960, p. 37. Cit. por Alexander M. BICKEL: *The Least Dangerous Branch* (The Supreme Court at the Bar of Politics), 2nd ed., Yale University Press, New Haven and London, 1986 (first published, 1962, by the Bobbs-Merrill Company, Inc.), p. 79.

⁹⁴ Análogamente, Carmelo GERACI, en su “Introduzione” a la obra de Oliver W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, *op. cit.*, p. XXXIX.

⁹⁵ Piero CALAMANDREI: “La funzione della giurisprudenza nel tempo presente”, en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, Anno IX, n^o 2, Giugno 1955, pp. 252 y ss.; en concreto, p. 258.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 253.

"il giurista non è infatti un conservatore di vecchie formule fuori d'uso, quasi come chi dicesse il conservatore di un museo di anticaglie",* tendrá su vivo reflejo en los *dissents* de Holmes.

Recordaremos a este respecto dos ejemplos bien significativos. El primero lo encontramos en el caso *Coppage v. Kansas* (1915), desencadenado por el despido de un guardagujas por una compañía ferroviaria por negarse a renunciar a su afiliación sindical, lo que acontece en 1911, despido que una ley de Kansas de 1909 consideraba una falta, Holmes, en un conciso *dissent*, expuso su visión hermenéutica abierta a la sociedad: "En las condiciones actuales, no es extraño que un trabajador piense que sólo perteneciendo a un sindicato puede asegurarse un contrato justo (...). Si esa creencia, sea correcta o errónea, puede mantenerla una persona razonable, considero que puede ser impuesta jurídicamente para garantizar la igualdad entre las partes que fundamenta la libertad contractual". "No me incumbe decidir si la promulgación de este tipo de leyes resultará a largo plazo beneficiosa o no para los trabajadores, pero opino firmemente que no hay nada en la Constitución de los Estados Unidos que lo impida". Frente a tal posición, el Justice Mahlon Pitney, escribiendo la *opinion of the Court*, y con fundamento en el derecho a comprar y vender mano de obra, entendió que el trabajador había tenido libertad de elección, por lo que su despido empresarial no podía ser considerado una falta.

Bien significativo será asimismo el posicionamiento de Holmes en el caso *Gitlow v. New York* (1925). El Sr. Gitlow había sido acusado de promover "anarquía criminal", que una ley de Nueva York definía como aquella doctrina que postulaba que el gobierno organizado fuera derrocado por la fuerza. La causa de la acusación era un panfleto escrito por el Sr. Gitlow, "The Left Wing Manifesto", publicado por el ala izquierda del partido socialista en Nueva York, en junio de 1919. El Justice Edward Terry Sanford, redactor de la *opinion of the Court*, reconoció que la ley no castigaba doctrinas abstractas, pero entendió que en su última frase ("La Internacional Comunista llama al proletariado del mundo a la lucha definitiva") el manifiesto contenía un lenguaje de instigación directa. Ante la cuestión realmente relevante de si la ley newyorkina privaba a Gitlow de su libertad de expresión en violación de la cláusula del *due process of law* de la Decimocuarta Enmienda, Sanford afirmó que había peligro "en una simple chispa revolucionaria" y confirmó la constitucionalidad de la ley.

En su *dissent*, suscrito conjuntamente con el Justice Brandeis, Holmes consideró que la decisión debía ser revocada. Tras reivindicar la aplicación del criterio utilizado por la Corte en el caso *Schenck v. United States* (1919) (atender a las circunstancias para apreciar si se ha creado realmente un peligro claro e inminente que el Estado tiene el derecho de impedir) y re-

lativizar la diferencia entre la expresión de una opinión y una instigación (en sentido estricto, la única diferencia es el entusiasmo del orador en relación con el resultado), Holmes sostendrá: “Si las creencias expresadas a través de la dictadura del proletariado están destinadas a ser aceptadas por las fuerzas dominantes de la comunidad, el único sentido de la libertad de expresión es que se les conceda su oportunidad y puedan abrirse camino”. La grandeza del pensamiento holmesiano aún se puede apreciar en mayor medida si se recuerda que no tenía ninguna simpatía respecto de la ideología comunista. Pero la tolerancia y el rechazo de cualquier absolutismo marcarían toda su vida. Felix Frankfurter, que habría de ser otro de los grandes *Justices* de la *Supreme Court*, así lo subrayaba en 1931, cuando concluía un estudio introductorio a la publicación de varios de los trabajos de juventud de Holmes, afirmando: “The philosopher’s stone which Mr. Justice Holmes has constantly employed for arbitrament is the conviction that our constitutional system rests upon tolerance and that its greatest enemy is the Absolute”.⁹⁷

Las reflexiones precedentemente transcritas en su *dissent* en el caso *Gitlow* no son sino una muestra más de su pragmatismo, de su rechazo de toda visión intransigente y absoluta y, en último término, de su visión de la Constitución como una norma abierta hacia el futuro, como a *living Constitution*.

4. Los grandes *dissents* de Holmes

a) El *dissent* en el *Child Labor case* (1918)

Hemos de ocuparnos finalmente de dos de los *dissents* más célebres, y a la par trascendentes, de Holmes. Su disidencia en el conocido como el *Child Labor case*, a la que se unieron los Jueces Brandeis, McKenna y Clarke, y la que quizá ha suscitado mayores comentarios de todas las opiniones divergentes expresadas por Holmes: su *dissenting opinion* en el caso *Lochner*.

1. En el caso *Hammer v. Dagenhart* (1918), también conocido como el *Child Labor case*, la Corte consideró que el Congreso había sobrepasado sus límites constitucionales al aprobar en 1916 una ley (la conocida como *Keating-Owen Child Labor Act*) prohibiendo el transporte interestatal de mercancías producidas con la ayuda del trabajo de los niños. La mayoría interpretó que la ley no pretendía regular el transporte interestatal, sino establecer un standard acerca de la edad a partir de la cual los niños podían

⁽⁹⁷⁾ Felix FRANKFURTER: “The early writings of O. W. Holmes, Jr.”, en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930–1931, pp. 717 y ss.; en concreto, p. 724.

ser empleados.⁹⁸ Los Jueces de la mayoría vinieron a entender que si la ley relativa al trabajo de los niños fuera apoyada, "the American system of dual governmental powers might be practically destroyed".

El *dissent* de Holmes en este caso es, ante todo, un argumento contra la inserción en las decisiones judiciales de puntos de vista personales sobre aspectos de política social. Significativamente, Holmes mencionaba en su disidencia la afirmación del *Chief Justice* Salmon P. Chase (que, nombrado por Lincoln, ocupó la presidencia de la Corte entre 1864 y 1873), realizada medio siglo antes, en el sentido de que "the judicial cannot prescribe to the legislative department of the governmental limitations upon the exercise of its acknowledged powers".

El motivo colateral para la anulación de la *Child Labor Act* fue su supuesto impacto sobre la economía interna de los Estados, consideración que el disidente juzgó por entero irrelevante, pues, a juicio de Holmes, "the Act does not meddle with anything belonging to the States". Los Estados "pueden regular sus asuntos internos y su comercio interior ("domestic commerce") como ellos quieran". Pero cuando los Estados traten de enviar sus productos más allá de la demarcación estatal, entonces estarán yendo más allá de sus derechos. Si no hubiera Constitución ni Congreso, sus poderes para traspasar tal demarcación dependerían de sus vecinos. Pero, añade Holmes, "under the Constitution such commerce belongs not to the States but to Congress to regulate. It may carry out its views of public policy whatever indirect effect they have upon the activities of the States".

En fin, en el *Child Labor case*, Holmes insistió en que los jueces no se encontraban en libertad para preocuparse por sí mismos de los motivos que pudieran inspirar una determinada legislación. Como dijera Konefsky,⁹⁹ "his call for judicial objectivity was stern and even sardonic". Algunas de las reflexiones del gran disidente corroboran tal apreciación:

"The notion that prohibition is any less prohibition when applied to things now thought evil I do not understand — escribe Holmes en su *dissent* —. But if there is any matter upon which civilized countries have agreed — far more unanimously than they have with regard to intoxicants and some other matters over which this country is now emotionally aroused — it is the evil of premature and excessive child labor. I should

⁽⁹⁸⁾ En la *opinion of the Court*, escrita por el Justice William Rufus Day, se puede leer lo que sigue: "The Act in its effect does not regulate transportation among the States, but aims to standardize the ages at which children may be employed in mining and manufacturing within the States. The goods shipped are of themselves harmless... When offered for shipment, and before transportation begins, the labor of their production is over, and the mere fact that they were intended for interstate commerce transportation does not make their production subject to federal control under the commerce power".

⁽⁹⁹⁾ Samuel J. KONEFSKY: "Holmes and Brandeis: companions in dissent", *op. cit.*, p. 286.

have thought that if we were to introduce our own moral conceptions where in my opinion they do not belong, this was preeminently a case for upholding the exercise of all its powers by the United States.

But I had thought that the propriety of the exercise of a power admitted to exist in some cases was for the consideration of Congress alone and that this Court always has disavowed the right to intrude its judgment upon questions of policy or morals. It is not for this Court to pronounce when prohibition is necessary to regulation if it ever may be necessary—to say that it is permissible as against strong drink but not so against the product of ruined lives”.

El rechazo de Holmes a que la Corte impregne su pronunciamiento de consideraciones políticas o morales es manifiesto, y constituirá una de las constantes de su posicionamiento judicial.

El Congreso reaccionaría con rapidez frente a la desafortunada decisión de la Corte, aprobando una segunda *federal Child Labor law*, utilizando para ello su *taxing power* para aplicar a los fabricantes los mismos standards normativos incluidos en la *Keating-Owen law*. La Corte, impertérrita, y dando una vez más muestra de su absoluta insensibilidad social, volvió a derribar la nueva ley protectora de los niños, en esta ocasión en el caso *Bailey v. Drexel Furniture Co.* (1922). Sin embargo, el tiempo terminaría dando la razón a Holmes dos décadas más tarde. En efecto, en el caso *United States v. Darby Lumber Co.*, una sentencia decidida por unanimidad el 3 de febrero de 1941, escribiendo para la Corte el *Justice* Harlan Fiske Stone, que justamente cinco meses después (el 3 de julio) sería nombrado *Chief Justice* por el Presidente Roosevelt, y en la que Stone aludiría de modo explícito al “poderoso y ahora clásico *dissent* de Holmes”, la Corte llevaba a cabo el *overruling* de la doctrina sentada en el *Child Labor case*, considerando plenamente conforme con la Constitución la *Fair Labor Standards Act* (también llamada la *Wages and Hours Act*), aprobada en 1938, y considerada el texto legal principal de la *New Deal legislation*. Añadamos que esta ley establecía un marco de salarios mínimos y de unos máximos de horas de trabajo para los empleados de las industrias cuyos productos fueren transportados y utilizados para el comercio interestatal. Poco más de 22 años después, la posición de Holmes en este punto, tan relevante socialmente, se convertía en la doctrina oficial de una Corte unánime, dato este último bien revelador del cambio de posicionamiento de sus miembros, nuevos en su gran mayoría.

b) El *Lochner case* (1905)

La sentencia del caso *Lochner*, que Rehnquist, quien fuera hasta su fallecimiento hace muy pocos años *Chief Justice* del Tribunal, calificara como

una de las más desafortunadas decisiones de la Corte,¹⁰⁰ representa uno de esos momentos de la historia de la *Supreme Court* en el siglo XX en que los jueces, temporalmente, se hicieron la ilusión de que el movimiento de progresiva normación de la vida social y laboral podía ser interrumpido más que retrasado por los pronunciamientos judiciales. Las excepciones que los jueces admitieron en sus decisiones frente a las leyes reguladoras de los horarios laborales (*hours laws*), particularmente el principio relativo a las ocupaciones insalubres, no podían ocultar, como reconocería McCloskey,¹⁰¹ el hecho de que una rigurosa línea había sido trazada.

De los muchos *dissents* que escribió Holmes, ninguno tan celebrado y conocido como el que formularía en un caso no menos comentado y, desde luego, emblemático de la reticente actitud de la Corte frente a la legislación social, como sería el *Lochner case*. El caso *Lochner v. New York* fue decidido el 17 de abril de 1905 por el voto de 5 frente a 4 Jueces, escribiendo la *opinion of the Court* el Justice Rufus W. Peckham y presentando sus *dissents* los Jueces Holmes y Harlan (uniéndose al del último los Jueces Edward D. White y William R. Day). La mejor comprensión de las posiciones de la Corte y de los disidentes creemos que exige hacer unas reflexiones previas sobre el que venía siendo (y sería hasta el triunfo en 1937 de la Revolución constitucional) el posicionamiento de la *Supreme Court* desde fines del siglo XIX en torno a los temas socio-económicos, absolutamente condicionado por el desmesurado y absolutista enfoque que, al amparo de la cláusula del *due process of law*, iba a dar a la *liberty of contract*. Ello puede contribuir a explicar, que no a justificar, el sistemático rechazo de la Corte a las leyes integrantes del *New Deal* rooseveltiano.

a') La posición de la Corte: La reconducción a la cláusula del *due process of law* de la *liberty of contract*. La absolutización de esta libertad y sus bases intelectuales.

1. En el tramo final del siglo XIX, la Corte Suprema había elaborado laboriosamente un "set of doctrines" que podía ser utilizado para el control judicial de las relaciones atinentes a los asuntos de gobierno. Con arreglo a estas doctrinas, las medidas económicas quedaban ahora sujetas a revisión judicial, con la particularidad de que esta supervisión, como señala McCloskey,¹⁰² podía ser estricta y constante o laxa y ocasional, como el Tribunal prefiriera. Esta libertad de opción en el control fue inherente, entre

⁽¹⁰⁰⁾ William H. REHNQUIST: *The Supreme Court. How It Was How It Is*, Quill/William Morrow, New York, 1987, p. 205.

⁽¹⁰¹⁾ Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 103.

⁽¹⁰²⁾ Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 108.

otras doctrinas, a las *tax doctrines*, a las *commerce doctrines* y, sobre todo, a las *due process doctrines*.

La cláusula del *due process of law* fue contemplada por la Enmienda V y reproducida más tarde por la sección primera de la Enmienda XIV,¹⁰³ visualizándose inicialmente dentro del ámbito del *criminal process* en un doble sentido: *procedural due process* y *substantive due process*, lo que no significaba un abandono del ámbito procesal penal, sino tan sólo que dentro del mismo algunas garantías tenían un contenido más sustantivo, como la no obligación de responder por un delito “unless on a presentment or indictment of a Grand Jury”. Sin embargo, ya antes de la Guerra Civil, y el caso *Dred Scott* (1857) es un buen ejemplo de ello, comenzó a acudirse a la V Enmienda como una garantía sustantiva de determinados derechos de propiedad.

La nueva jurisprudencia iba a consolidarse en 1897, en el caso *Allgeyer v. Louisiana*, decidido por unanimidad, escribiendo la *opinion of the Court* el Juez Peckham. En esta sentencia, la Corte, por primera vez, consideró inconstitucional una ley estatal (de Louisiana) por el hecho de que privaba a una persona de su derecho a contratar, de su libertad contractual. La Corte establecía de esta forma la *liberty of contract*, entendiendo que la libertad garantizada por la Constitución incluye el derecho de una persona “to be free in the enjoyment of all his faculties, to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts” que puedan ser apropiados para la realización de tales objetivos¹⁰⁴. La ley en cuestión, en pocas palabras, prohibía actuar como intermediarios de seguros a empresas que no estuviesen autorizadas para realizar operaciones en el Estado de Louisiana.

Progresivamente, el contenido sustantivo de la Quinta y Decimocuarta Enmiendas se acentuó, lo que, innecesario es decirlo, incrementó notable-

⁽¹⁰³⁾ Recordemos la dicción de esta bien conocida norma constitucional: “All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. La Enmienda XIV, a cuya sección 1ª pertenece el texto transcrito, fue ratificada en 1868, y forma parte del trío de Enmiendas (XIII, XIV y XV) que se ratificaron tras la Guerra Civil (en 1865, 1868 y 1870, respectivamente). En cualquier caso, ya el texto de la Enmienda V —que en cuanto integrante de las diez primeras Enmiendas (ratificadas en 1791) constituye el llamado *Bill of Rights*, que inicialmente se consideró de aplicación tan sólo a la Unión— incluye la cláusula del *due process of law* (“No person... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...”).

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. al efecto, Charles Evans HUGHES: *The Supreme Court of the United States (Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation)*, Columbia University Press, New York, 1928, pp. 204–205. Existe asimismo una edición en español, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed. española, México, 1971.

mente el activismo judicial. La *liberty of contract* se convirtió en algo sagrado, con la sola excepción de los "business affected with a public interest", anudándose a tal visión la consideración de que cualquier interferencia gubernamental con las relaciones económicas esenciales, tales como los precios o los salarios, violaba esa misma libertad de contrato.

El caso *Adair v. United States*, decidido el 27 de enero de 1908 por 7 votos frente a 2, expresando Harlan la *opinion of the Court*, y manifestándose en *dissent* Holmes y McKenna, es verdaderamente paradigmático de este posicionamiento de la Suprema Corte. En este caso se enjuició la llamada *Erdman Act* de 1898, que trataba de prevenir la ruptura del comercio interestatal de resultas de disputas laborales. John Marshall Harlan, escribiendo para la Corte, razonaría como sigue: "The right of a person to sell his labor upon such terms as he deems proper, is in its essence, the same as the right of the purchaser of labor to prescribe the conditions upon which he will accept such labor from the person offering to sell it. So the right of the employee to quit the service of the employer, for whatever reason, is the same as the right of the employer, for whatever reason, to dispense with the services of such employee (...). In all such particulars the employer and the employee have equality of right, and any legislation that disturbs that equality is an arbitrary interference with the *liberty of contract*, which no government can legally justify in a free land".

El Justice Joseph McKenna, en su disidencia, clamó en favor del *judicial realism*, mientras que Oliver W. Holmes se hizo eco de la posición que ya había manifestado con toda nitidez en su *dissent* en el *Lochner case*. Para Holmes, no cabía duda: el legislativo era el árbitro adecuado de las políticas públicas y, en cuanto tal, podía razonablemente limitar la libertad de contrato. Añadamos que Roscoe Pound consideraría esta sentencia como el emblema de la "mechanical jurisprudence", en cuanto que, a su juicio, la misma recurría a tecnicismos y conceptualizaciones ("technicalities and conceptualizations") cuyo fin último no era otro que hacer fracasar los fines exigidos por la justicia.

Los sociólogos y los partidarios de un enfoque realista del Derecho se situarían a años luz del enfoque del *Adair case*. "Much of discussion about *equal rights* — escribe Ward, un conocido sociólogo¹⁰⁵ — is utterly hollow. All the ado made over the system of contract is surcharged of fallacy". Pound, de cuya dura crítica a la sentencia acabamos de hacernos eco, se situaba de modo inequívoco en la misma posición. A su juicio,¹⁰⁶ para cualquier persona bien informada acerca de las actuales condiciones de la industria,

⁽¹⁰⁵⁾ WARD: *Applied Sociology*, p. 281. Cit. por Roscoe POUND: "Liberty of contract", en *Yale Law Journal*, Vol. XVIII, 1908-1909, pp. 454 y ss.; en concreto, p. 454.

⁽¹⁰⁶⁾ Roscoe POUND: "Liberty of contract", *op. cit.*, p. 454.

la precedente afirmación no tenía vuelta de hoja (“goes without saying”). ¿Por qué entonces los tribunales persisten en la falacia? ¿Por qué imponen muchos de ellos una teoría económica de la igualdad frente a las condiciones reales de desigualdad?

2. Creemos de interés ahora detenernos brevemente en las bases intelectuales y en el proceso histórico que conducen a una visión tan irreal del Derecho.

Como soporte último de esta visión nos encontramos con la teoría del *laissez faire*, que, como recordara uno de los mayores constitucionalistas norteamericanos, Corwin,¹⁰⁷ dominó el pensamiento de la *American Bar Association*, fundada en 1878, y posteriormente el de la propia *Supreme Court*. Se trataba de una construcción pretenciosa y compleja que se presentó de la noche a la mañana al pueblo norteamericano como si de una nueva doctrina de Derecho natural se tratase, una doctrina que, innecesario es decirlo, otorga al mantenimiento de la competitividad económica el “status of a preferred constitutional value”.

En el trasfondo de todo ello hemos de remontarnos a Adam Smith (1723–1790) y a su obra clave, *Wealth of Nations* (Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones), publicada en Londres en 1776, en la que, a partir de la sencilla idea de que la fuente de toda riqueza es la actividad, el trabajo del hombre, de resultados de la cual, la mejor organización económica se alcanza de modo espontáneo cuando el hombre puede actuar bajo el impulso de su interés personal, se vienen a fijar unos principios del orden económico llamados a asegurar automáticamente el bienestar social. En 1857, John Stuart Mill, en su *Political Economy*, planteaba una visión revisada de la obra smithiana, proponiendo el principio del *laissez faire* como un principio útil tanto para la política como para la legislación. Esta filosofía era seguida asimismo por Charles Darwin (1809–1882) en su obra capital, *Origins of Species* (1859), e igualmente por el sociólogo y filósofo Herbert Spencer (1820–1903), —objeto en los *dissents* de Holmes de algunas célebres referencias— en cuya obra *Justice* (1891) se planteará por vez primera con cierta amplitud la cuestión de si “the right to free contract” podía ser considerado como un derecho fundamental.

En Norteamérica, uno de los discípulos de Spencer, John Fiske, contribuiría a que se reforzara la noción de la “governmental passivity”. Spencer vino a deducir de su doctrina, comúnmente conocida como del *laissez faire*, su formulación de la justicia, de modo tal que llegó a ser un principio

⁽¹⁰⁷⁾ Edward S. CORWIN: “John Marshall, Revolutionist *malgré lui*”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1955–1956, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 17.

fundamental del credo de quienes pretendían minimizar las funciones del Estado, que la más trascendente de sus funciones era reforzar a través del Derecho las obligaciones creadas por los contratos. Sin embargo, como recordaba Pound,¹⁰⁸ no cabía olvidar que con su filosofía los individualistas ingleses pretendían abolir un cuerpo institucional anticuado que impedía el progreso humano. A tal efecto, "the freedom of contract" pareció ser el mejor y más operativo instrumento. Ello, por supuesto, propició que el *common law* llegara a ser completamente individualista. Pero es obvio que las circunstancias de fines del siglo XIX eran muy distintas a las de un siglo antes, no obstante lo cual tal concepción iba a mantenerse en las instituciones clave de la vida jurídica norteamericana,¹⁰⁹ De esta forma, como pusiera de relieve Corwin,¹¹⁰ tras algunas vacilaciones, la *Supreme Court* iba a terminar admitiendo que "the term *liberty* of the «due process» clause was intended to annex the principles of *laissez faire* capitalism to the Constitution and put them beyond reach of state legislative power".¹¹¹

b') El *dissent* de Holmes y su trascendencia

1. El conocido como "caso de las panaderías" (*bakeshop case*) se produjo a raíz de una ley del Estado de Nueva York que estableció la prohibición de que los panaderos trabajaran más de diez horas al día o sesenta a la semana. Hacia fines del siglo XIX no era infrecuente que los trabajadores cualificados de las panaderías trabajaran más de un centenar de horas sema-

⁽¹⁰⁸⁾ Roscoe POUND: "Liberty of contract", *op. cit.*, p. 457.

⁽¹⁰⁹⁾ Edward S. CORWIN — en *The Twilight of the Supreme Court* (A History of our Constitutional Theory), Archon Books (first edition by Yale University Press, 1934), 1970, pp. 20–21 — se hace eco de cómo el principio del *laissez faire* también interfirió sobre "the power to regulate commerce in the sense of governing it", lo que ocurrió por vez primera en el *Sugar Trust case*, que concernía a la *Sherman Anti-Trust Act* de 1890.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*, pp. 77–78.

⁽¹¹¹⁾ Quizá no deba extrañar por ello mismo que en 1913 Beard, en su célebre libro *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, incluyera entre sus conclusiones la siguiente: "La Constitución es fundamentalmente un texto económico que parte del principio según el cual los derechos esenciales de propiedad son anteriores a todo gobierno y moralmente se hallan fuera del alcance de las mayorías populares". Manejamos la versión francesa de la obra. Charles A. BEARD: *Une Relecture Économique de la Constitution des États-Unis*, Economica, Paris, 1988, p. 297.

En sintonía con la idea precedente, aún debe extrañar menos que Beard sostuviera en su obra que la separación entre legislativo y ejecutivo formalizada en la Constitución de 1787 fuera en último término la resultante de que los propietarios, los capitalistas, quisieran asegurarse frente a la supremacía del legislativo, impidiendo así que pudiera atentar contra sus intereses de resultados de los impulsos democratizadores del pueblo. Ello, por supuesto, no significaba postergar la influencia de Montesquieu, sino tan sólo, como bien adujera Cotta, explicar que tras la aceptación del célebre principio de Charles Louis de Secondat existía un puro determinismo económico. Cfr. a este respecto, Sergio COTTA: "Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la Constitution Fédérale des États-Unis", en *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1951, pp. 225 y ss.; en concreto, p. 245.

nales. En las ciudades, las panaderías se hallaban generalmente localizadas en los sótanos de las casas de vecindad, con lo que la combinación de un largo número de horas expuestos al polvo de la harina, la humedad y las temperaturas extremas de calor y frío de esos sótanos, hizo pensar a los legisladores que tendría efectos nocivos sobre la salud de esos trabajadores, circunstancia que condujo a la Legislatura del Estado de Nueva York, en 1895, a dictar una ley regulando las condiciones sanitarias a que había de acomodarse el trabajo de los panaderos, incluyendo en esa regulación el establecimiento de unos límites máximos de horas de trabajo.

Una empresa de panadería de Utica, que había sido multada en dos ocasiones por contravenir las previsiones de la Ley de 1895, planteó un litigio aduciendo que la ley era inconstitucional al establecer una regulación discriminatoria en cuanto vulneradora del principio de igualdad. La *litis* llegó a la *Supreme Court*, y la problemática que se planteó el ponente de la sentencia, el Juez Peckham, fue la de qué debía prevalecer: si la libertad de contratación o, por el contrario, el *police power* estatal.

Definiendo la posición ajustadamente mayoritaria, Peckham consideró que la ley traspasaba el límite marcado constitucionalmente frente al ejercicio por parte de los Estados de sus competencias de policía. La mayoría iba a rechazar que la ley tuviera un fundamento razonable, pues no podía considerarse que una ley de sanidad pudiera entrañar una injerencia ilegítima en los derechos de los ciudadanos (tanto trabajadores como patronos) a pactar sus horarios de trabajo como mejor les conviniera. “Leyes como ésta — puede leerse en la sentencia — que limitan las horas que los adultos con plena capacidad pueden trabajar para ganarse la vida, no son sino intromisiones ilegítimas en los derechos de los ciudadanos”. En definitiva, la ley sería declarada inconstitucional al ser considerada como una innecesaria, irrazonable y arbitraria interferencia sobre la libertad de contratación y, por lo mismo, como una norma legal vulneradora de la Decimocuarta Enmienda.

Sería justamente esta sentencia, junto a otras dos dictadas en la misma época por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, los casos en que ya el Presidente Theodore Roosevelt fundamentó las bases de su crítica a los tribunales, propiciando su famosa “Charter of Democracy”, discurso pronunciado en Columbus (Ohio), en 1912, en el que se manifestó a favor del *recall* de los jueces.¹¹²

2. En su celeberrimo y ensalzado *dissent*, el *Justice* Holmes comenzará señalando que el caso en cuestión se había decidido en base a una teoría económica que una gran parte del país no compartía. A la posteridad

⁽¹¹²⁾ Thomas Jefferson KNIGHT: “The dissenting opinions of Justice Harlan”, en *The American Law Review*, Vol. LI, July/August 1917, pp. 481 y ss.; en concreto, p. 504.

pasaría su bien conocida afirmación de que "the Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's *Social Statics*", alusión con la que Holmes se refería a la obra que Herbert Spencer había publicado en 1851 (*Social Statics or The Conditions Essential to Human Happiness Specified, and the First of Them Developed*). En ella, el ya antes mencionado filósofo defensor del evolucionismo (de hecho, este libro era uno de los varios de Spencer en que el sociólogo inglés plasmaría las doctrinas del darwinismo social) sostendría una radical defensa del principio del *laissez faire*. Como ya dijimos, en su clásico trabajo, "The Path of the Law", Holmes se había hecho eco de la tesis spenceriana de que "todo hombre tiene el derecho a hacer lo que quiera, con tal que no interfiera en el mismo derecho que tienen sus vecinos", considerando que ni siquiera tal propuesta era por sí misma evidente. Este libro de Spencer, como gran parte de su obra, alcanzó una gran popularidad tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos durante el último tercio del siglo XIX, no sólo a un nivel estrictamente científico, sino asimismo sobre la propia opinión pública norteamericana.¹¹³

Más adelante, Holmes expresa su rechazo respecto de la idea de que una Constitución encarne una determinada teoría económica: "A Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar, or novel, and even shocking, ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States".

"Creo — manifestaré para concluir su voto disidente — que la palabra «libertad», tal como consta en la Decimocuarta Enmienda, es tergiversada cuando se la toma para impedir las consecuencias naturales de una opinión dominante, a no ser que pueda afirmarse que una persona sensata y razonable necesariamente reconocería que la ley propuesta infringe principios fundamentales tal como han sido entendidos por las tradiciones de nuestro pueblo y de nuestro Derecho. No se requiere investigación alguna para demostrar que no puede pronunciarse tan radical condena contra la ley que nos ocupa. Una persona razonable podría considerarla una medida adecuada en pro de la salud".

El *dissent* de Holmes no sólo sentó las bases para la posterior retirada por parte de la Corte de la peculiar interpretación del *substantive due process* que venía manteniendo, sino que se convirtió en un elemento decisivo en

⁽¹¹³⁾ Así lo reconocería Rehnquist, quien se hace eco al efecto de un juicio de Hofstadter, para quien: "In the three decades after the Civil War it was impossible to be active in any field of intellectual work without mastering Spencer". William H. REHNQUIST: *The Supreme Court, op. cit.*, p. 208.

la legitimación de las *dissenting opinions*, e incluso, como diría Ray,¹¹⁴ en que éstos se vieran rodeados de un aura de fantasía. En análoga dirección, Palmer puso de relieve¹¹⁵ que el vigor de la argumentación holmesiana, la fascinación de su personalidad y, sobre todo, el triunfo posterior de sus ideas en materias de profundo significado, condujo a revelar y confirmar la capacidad de las *dissenting opinions* para operar como “a powerful instrument of change in the law”. Pero por encima de todos los demás *dissents* de Holmes, éste, como reconocería otro de los grandes *Justices* de la Corte, Benjamin Nathan Cardozo, marcará el inicio de una nueva era.¹¹⁶

Aunque la idea ya ha quedado plasmada, vale la pena insistir en ella en los términos en que lo ha hecho Kurland,¹¹⁷ para el que una de las consecuencias de la contribución de Holmes al Derecho anglo-americano fue la destrucción del mito de la certeza del Derecho. Realmente, ya en esta trascendental etapa de la vida de la *Supreme Court* esa idea de certeza era cuestionada. En coherencia con ello, se veía como algo natural que los

⁽¹¹⁴⁾ Laura Krugman RAY: “Justice Brennan and the jurisprudence of dissent”, en *Temple Law Review*, Vol. 61, No. 2, Summer 1988, pp. 307 y ss.; en concreto, p. 310.

⁽¹¹⁵⁾ Ben W. PALMER: “Supreme Court of the United States: Analysis of Alleged and Real Causes of Dissents”, en *American Bar Association Journal*, Vol. 34, 1948, pp. 677 y ss.; en concreto, pp. 680–681.

⁽¹¹⁶⁾ Los cambios sociales de fines del siglo XIX y principios del XX iban a tener un reflejo en la reformulación de los derechos fundamentales. Hough fijará el alba de una nueva época en 1883, de resultas de la sentencia dictada en el caso *Hurtado v. California* (1884). Charles M. HOUGH: “Due Process of Law—To Day”, en *Harvard Law Review*, Vol. XXXII, 1918–1919, pp. 218 y ss.; en concreto, p. 227.

En el caso que acabamos de mencionar, la Corte Suprema reconoció que las Constituciones escritas en los Estados Unidos fueron consideradas esenciales para la protección de los derechos y libertades del pueblo frente a los abusos del poder delegado a sus gobiernos y que las previsiones de los *Bill of Rights* “were limitations upon all the powers of government, legislative as well as executive and judicial” (Charles Evans HUGHES: *The Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 194). Si la nueva época de las libertades podía entenderse que ya había sido esbozada, aún habría de verse oscurecida por brumas y nieblas. Todavía en 1905 la decisión dictada en el *Lochner case* mantenía un discurso insensible a la luz del nuevo espíritu. Sin embargo, no se podía decir otro tanto del *dissent* de Holmes. Todo lo contrario. Como escribiría Cardozo, “it is the dissenting opinion of Justice Holmes which men will turn to in the future as the beginning of an era”. (Benjamin N. CARDOZO: *The nature of the judicial process*, *op. cit.*, p. 79).

El antes citado Hough escribiría al respecto: “No man has seen more plainly that the court was measuring the legislature’s reasons by its own intellectual yardstick than has Justice Holmes; none more keenly perceived that the notations thereupon marked those results of environment and education which many men seem to regard as the will of Good or the decrees of fate” (Charles M. HOUGH: “Due Process of Law...”, *op. cit.*, p. 232). En fin, quien habrá de ser otro gran *Justice*, Frankfurter, subrayará el crudo empirismo latente en otra de las conocidas afirmaciones que Holmes hace en su *dissent* del *Lochner case*, aquella en la que dice: “General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise”. (Felix FRANKFURTER: “The constitutional opinions of Justice Holmes”, en *Harvard Law Review*, Vol. XXIX, 1915–1916, pp. 683 y ss.; en concreto, p. 687.

⁽¹¹⁷⁾ Philip B. KURLAND: “The Supreme Court and the Attrition of the State Power”, en *Stanford Law Review*, Vol. 10, 1957–1958, pp. 274 y ss.; en concreto, p. 277.

jueces discrepan. No faltó incluso quien considerara¹¹⁸ que lo extraño no era que los jueces discreparan, sino que no se produjeran tales divergencias de criterio.

En el trasfondo de todo ello se trasluce una transformación del instituto del *dissent*, que va a pasar a convertirse en un instrumento a cuyo través los jueces van a afirmar su personal responsabilidad, que entendían como perteneciente a un orden más elevado, el de la responsabilidad institucional asumida ante la Corte por cada uno de ellos, o por la propia Corte ante la ciudadanía. Así las cosas no ha de extrañar lo más mínimo que el *Justice Jackson* escribiera en 1955 que "the Court functions less as one deliberative body than as nine". Nadie puede dudar, apostillaría ZoBell,¹¹⁹ de que tal proposición reflejaba una situación de hecho, o por lo menos un deseable estado de cosas, y es por lo mismo por lo que el propio autor entiende que a partir de los años treinta puede hablarse de un retorno a las *seriatim opinions*.

En todas estas transformaciones, no podemos en modo alguno dejar de reconocerlo, el rol que desempeñará Holmes será de la mayor relevancia. El decisivo cambio jurisprudencial que tendrá lugar en la *Supreme Court* tras el triunfo de la *Constitutional revolution* (1937) debe mucho al pensamiento holmesiano. Pero para concluir con este breve aproximación a su trayectoria judicial como *dissenter* y a su pensamiento, quizá nada sea tan oportuno como recordar nuevamente la que Frankfurter considerara como su piedra filosofal: "The philosopher's stone which Mr. Justice Holmes has constantly employed for arbitrament is the conviction that our constitutional system rests upon tolerance and that its greatest enemy is the Absolute".¹²⁰ Y es que esta afirmación, con simplicidad y brillantez, muestra, a nuestro entender, la clave de bóveda de la arquitectura holmesiana.

⁽¹¹⁸⁾ "In the reports of the courts of last resort — escribe Stager — there are many decisions by a divided court. That judges frequently do not agree, is not at all strange — it would be strange if it were otherwise, for the law is not an exact science, like mathematics, but, at the last analysis, it is merely some person's or person's opinion, judgment". Walter STAGER: "Dissenting Opinions", en *Illinois Law Review*, Vol. XIX, 1924–1925, pp. 604 y ss.; en concreto, p. 604.

⁽¹¹⁹⁾ Karl M. ZoBELL: "Division of opinion in the Supreme Court...", *op. cit.*, p. 203.

⁽¹²⁰⁾ Felix FRANKFURTER: "The Early Writings of O. W. Holmes", en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930–1931, pp. 717 y ss.; en concreto, p. 724.

LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS EN EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO *

Jaime Orlando Santofimio Gamboa **

SUMARIO: I. Problema Jurídico. II. Introducción. III. El concepto de precedente administrativo en el trasfondo de la jurisprudencia constitucional sobre precedente judicial. IV. La construcción del concepto propiamente de precedente administrativo en la reciente jurisprudencia constitucional. V. Análisis y crítica a recientes disposiciones normativas y algunos proyectos de reforma constitucional del código contencioso administrativo que incorporan referencias al precedente en relación con la administración pública. VI. Conclusiones: respuestas a los interrogantes formulados en el problema jurídico.

I. PROBLEMA JURÍDICO

Se pretende con el presente trabajo determinar el alcance que el concepto de precedente administrativo ha adquirido en el ámbito de nuestro sistema de Derecho positivo. Se busca esclarecer si realmente el denominado precedente administrativo configura un elemento autónomo, con dinámica y efectos jurídicos propios, directos y vinculantes en la construcción del sistema, o si por el contrario, el mismo configura un mero elemento coadyuvante o de colaboración para la consolidación, en la base del sistema, de elementos sustanciales del mismo, como lo son la constitución política, la ley y el acto administrativo. En este sentido, y de manera concreta, se buscan respuestas adecuadas y precisas en relación

(*) Ponencia presentada a: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010; XI Jornadas de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Septiembre de 2010.

(**) Universidad Externado de Colombia.

con la fuerza que puede tener el concepto de precedente administrativo respecto de la actividad de quienes ejercen la función pública administrativa en todos los órdenes. Bajo estas consideraciones el problema jurídico propuesto se concreta en el siguiente marco de interrogantes:

- 1) ¿Cuál sería un concepto adecuado de precedente administrativo dentro de nuestro Derecho positivo?
- 2) ¿Constituye en la realidad de las cosas jurídicas, el precedente administrativo, un elemento fundamental del sistema jurídico del Derecho positivo? O, por el contrario, ¿constituye el precedente administrativo un simple instrumento coadyuvante en la consolidación de los elementos básicos del sistema jurídico del Derecho positivo como lo son la constitución política, la ley y el acto administrativo?
- 3) ¿Cuál debe ser la relación entre el concepto de precedente administrativo con los principios generales del Derecho y en especial con principios como los de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y buena fe?

Para resolver lo anterior se hacen las siguientes consideraciones de orden jurídico.

II. INTRODUCCIÓN

1. El Derecho Administrativo en el sistema anglosajón. El *common law* en la base del precedente judicial. Claridad necesaria para su debido entendimiento

1. El precedente —*precedent*— entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico de influencia anglosajona —*common law*— o sistema del Derecho de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos —*case law*— dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de Derecho.¹

⁽¹⁾ RADBRUCH, Gustav. “El espíritu del Derecho inglés”, en *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, p. 37 ss. Puede consultarse igualmente, WHITTAKER, Simon. “El precedente en el Derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, en *Revista Chilena de Derecho*, V. 35, No 1, 2008 (el texto original puede verse en: WHITTAKER, Simon. “Precedent in the English Law: A view from the Citadel”, en *European Review of Private Law*. No. 5, 2006, pp. 705–745); ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*, Gipuzkoako Foru Aldundia Diputación Foral de Gipuzkoa, Civitas, Madrid 1995. Vid. WADE, H. R. *Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

Intentar, por lo tanto, una aproximación al estudio del precedente en general, y sobre todo, procurar su referencia al Derecho Administrativo, implica abordar de alguna manera los rasgos fundamentales del Derecho anglosajón, en especial al Derecho administrativo que puede predicarse dentro de él, lo cual, de por sí, significa adentrarse en ámbitos poco pacíficos de la doctrina jurídica comparada, sobre todo, cuando se tiene como punto de referencia, como es nuestro caso, el sistema continental o europeo de influencia francesa.² El sistema anglosajón de sometimiento de la administración pública al Derecho corresponde a una evolución diferente del régimen continental europeo de Derecho Administrativo, con principios, reglas y evolución distinta, por lo tanto, con fuentes en muchos casos incomparables con las del sistema continental, de aquí la necesidad de entender bajo este contexto y circunstancias la configuración de la institución del precedente cuando se intenta su predica a nuestro Derecho.³

⁽²⁾ DAVID, René. *O direito inglês*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. VI: “El derecho inglés es el derecho aplicado en Inglaterra y el país de Gales. No es el derecho de los países de lengua inglesa o del commonwealth, ni del Reino Unido o de la Gran Bretaña. Los derechos del commonwealth son, en algunos casos, próximos al derecho inglés sin embargo, pueden diferir sustancialmente de él. El derecho de Irlanda del Norte y de la isla de Man, son bastante próximos al derecho inglés, sin embargo, el de Escocia es muy diferente, como también el de las islas anglo-normandas”. De todas maneras, como lo señala RENÉ DAVID, en Inglaterra también se ejercen funciones públicas y existen servidores administrativos, sujetos al control de autoridades jurisdiccionales, conforme a sus propios principios y respetando el principio de legalidad: “En Inglaterra, como en Francia, reina al fin de cuentas la misma creencia de que la administración debe actuar siempre de acuerdo con el derecho”.

^(2 bis) Ibid. p. 90. Puede consultarse CASSESE, Sabino. “La costituzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito”, en *Diritto amministrativo*. T. I, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 1–88,

⁽³⁾ Esta circunstancia fue resaltada por la doctrina clásica individualista inglesa, encabezada por ALBERT VENN DICEY, en sus trabajos sobre la constitución inglesa (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cuya primera edición corresponde a 1885 y la última a 1915), al sostener que en Inglaterra históricamente no había existido un régimen jurídico especial para la administración a la usanza francesa, encontrándose en consecuencia su Administración Pública sujeta al Derecho común y a la justicia ordinaria. Los postulados de esta corriente doctrinaria clásica provienen en buena parte del particular entendimiento de DICEY de la Inglaterra victoriana del siglo XVIII, heredera de las viejas instituciones de aquella nación y, básicamente, de su preocupación de comparar su realidad institucional con la de la Francia posrevolucionaria, en la cual se había desarrollado el concepto de dualidad de jurisdicción y de régimen jurídico propio para las entidades públicas administrativas diferentes del Derecho privado, y totalmente divorciado para efecto de control de la justicia ordinaria. En sus conclusiones, la concepción clásica del sistema anglosajón reafirma la inexistencia de un Derecho Administrativo en Inglaterra. Se sostiene que el sistema de Derecho público inglés se caracteriza por estar sujeto a un principio de legalidad fundamentado en la supremacía y dominio de la ley común, al que se denomina sistema *rule of law*, que en opinión de DICEY es mucho más democrático y garantista que el Derecho Administrativo desarrollado por los franceses. En este sentido, para los clásicos anglosajones el *rule of law* resulta desde todo punto de vista superior al Derecho Administrativo francés, en cuanto que este es por esencia autoritario y despótico. Fundamenta estos calificativos desautorizadores del sistema continental en una especial caracterización del sistema inglés, según el cual no existen privilegios para la administración; se carece por completo de tribunales especializados para juzgar las entidades públicas. Los únicos tribunales competentes para ocuparse de los litigios de la administración son los ordinarios, con el fin de evitar la arbitrariedad (*from bureaucracy to autocracy, to dictatorship is a simple transition*). Y por último, cabe señalar la ausencia de un sistema de protección especial para los funcionarios en el

2. El sustento del sistema jurídico anglosajón está ubicado en los desarrollos que se dieron en Inglaterra por el llamado *common law*, o Derecho común de carácter consuetudinario, formado principalmente a partir de la influencia del Derecho normando.⁴ A este sistema se unió históricamente otro mecanismo de resolución de conflictos de base jurídica más flexible, al que se denominó *equity*. En la conjugación de estas dos modalidades se desarrolló el Derecho común inglés, y podríamos considerarlo así mismo como el punto de partida de lo que habría de denominarse, posteriormente, el Derecho propio de la administración, que en su concepción clásica no se apartaba de modo sustancial de sus principios y conceptos.

a) Destaca Cavanna que el *common law* corresponde a una especial evolución del Derecho inglés, que no se ha detenido en su desarrollo prácticamente desde el siglo XII, y ha llegado a nuestros días con un acervo de técnicas, experiencia y reglas no escritas; esto en contraposición al Derecho continental que fue objeto de profundas transformaciones propiciadas por

desempeño de sus cargos: el ciudadano podía acusar libremente a un servidor público ante los jueces civiles o penales. Esta concepción de la *rule of law* es diseñada por el pensamiento jurídico inglés, en especial por DICEY a partir de sus observaciones acerca del régimen jurídico inglés del siglo XVIII, en el cual el escaso desarrollo de la administración pública hacía que se pudiese generalizar el concepto de *rule of law* y encontrar diferencias abismales con el régimen continental. Situación que, como veremos más adelante, cambia a partir del surgimiento de Estado interventor y procurador de servicios del siglo XX. Según las conclusiones de esta escuela, el sometimiento de la administración al Derecho implicaba la existencia de un solo régimen sometedor y unos pocos tribunales, los ordinarios. La administración y sus agentes no podían, en esta concepción clásica, regirse por un Derecho propio, estaban siempre sujetos al imperio de la ley general y a la jurisdicción común de todos los sujetos del ordenamiento. Dentro de esta doctrina, el sistema continental es visto como “un residuo regresivo” del antiguo régimen. Una verdadera negación del Estado de Derecho en cuanto significaba, según DICEY, una clara intromisión del absolutismo de la administración que se tornaba en depositaria de poderes excepcionales o privilegios exorbitantes que la situaban en un plano de superioridad frente a los asociados.

^(3 bis) VILLAR PALASÍ, José Luis. Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas, Madrid, Universidad de Madrid, 1968, pp. 224–232. Justificando las razones de las profundas divergencias entre el sistema continental y el anglosajón, sostiene este autor: “Nos estamos refiriendo a otra mentalidad administrativa distinta. Estamos ante una construcción jurídica y política, no solo del derecho administrativo, sino de todo el derecho, completamente diversa a la del derecho continental”.

^(3 ter) RIVERO, Jean. Curso de direito administrativo comparado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. La doctrina francesa reaccionó abiertamente contra los anteriores postulados, que en opinión de DICEY hacían de la *rule of law* un sistema superior y mucho más garantista que el francés. JEAN RIVERO, en sus estudios de Derecho comparado, sostiene que las premisas expuestas por la concepción clásica inglesa de la unidad de Derecho y jurisdicción resultan ser argumentos supremamente débiles, si se tiene en cuenta que la realidad jurídica inglesa de la época de DICEY comenzaba a mostrar cosas distintas a las presentadas por este autor. Por lo menos, frente al tema de la aplicación de un Derecho común a la administración, demuestra RIVERO que por la época en que DICEY elaboró su obra el más importante de los sujetos justificable dentro de un Estado de Derecho, como lo es el mismo Estado (la Corona), se encontraba protegido por especiales excepciones provenientes de la ley.

⁽⁴⁾ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, pp. 283 ss.

los partidarios del Derecho escrito. La gran revolución del siglo XIX que abanderó la concepción codificadora produjo en el continente europeo una evidente mutación del Derecho romano *aun antes que un nuevo derecho o una diferente funcionalidad ética y jurídica de las categorías del derecho romano transvasadas en los códigos*; el Derecho comienza a identificarse con la norma positiva, un sistema virtualmente cerrado de preceptos legislativos.⁵

En Inglaterra, el proceso de formación del Derecho permaneció intacto, no fue objeto de las embestidas codificadoras del Derecho continental. Obtiene sus fuentes romanas en el *Corpus iuris*, inspirado en la sistematización justiniana del Derecho que correspondía a la idea bizantina de lo textual, legislativo y dogmático; de aquí el desarrollo que anotábamos a propósito de la unidad del poder, de las técnicas jurídicas de glosadores y comentaristas (cuya base de trabajo era precisamente el texto escrito).⁶

El Derecho anglosajón aborda al Derecho romano desde otro punto de vista; en la concepción clásica, ausente del fenómeno justiniano. El Derecho inglés, según Losano, se nutre tanto de normas de origen germánico, heredadas de la dominación danesa, como de los Derechos canónico y normando.⁷ En opinión de Cavanna, el Derecho inglés se encuentra ... *singularmente vecino del espíritu del derecho romano clásico, introducido en la época de la cristianización de las islas por el año 664 d. C.; inspirada en una concepción fundada en casos, no escrita, y donde la jurisprudencia se sustenta y se hace norma en las soluciones a los casos específicos. Esta adopción de la esencia clásica del derecho romano llevó a sostener que los juristas ingleses son los más romanos de todos los romanistas (Frederic William Maitland)*.⁸

La influencia romana clásica fue absorbida por el Derecho anglo-normando que comenzó a dominar a Inglaterra desde el siglo X. De esta absorción también emanó la tendencia opositora al Derecho romano justiniano, situación que permitió el afianzamiento y desarrollo del Derecho común de los ingleses, como Derecho general y unificador del régimen jurídico en las islas. Los juristas lograron decantar una jurisprudencia creativa, metódicamente similar a lo que tiene que ver con la casuística y la jurisprudencia romana clásica, y por lo tanto técnicamente autosuficiente. El *common law* logra de esta manera identidad como un Derecho de fuente judicial y común, opuesta

⁽⁵⁾ CAVANNA. *Storia*. p. 479. El Derecho inglés, señala, "no ha conocido desde el siglo XXI ninguna solución de continuidad y llega hasta hoy manteniendo intacta la riqueza de su enorme patrimonio histórico de técnicas, experiencias y reglas no escritas: como un río cada vez más amplio que a partir de su surgimiento ha avanzado sin abandonar nunca su lecho y sin dejar nada seco".

⁽⁶⁾ *Ibid.* pp. 480 y 482. "en los países del continente fue la adopción del *corpus iuris* como derecho positivo, como modelo de razón de un acto europeo de juristas, y el desarrollo de un *ius commune* a cuya formación contribuyeron con su autoridad los juristas mismos".

⁽⁷⁾ LOSANO. *Los grandes sistemas jurídicos*. p. 166.

⁽⁸⁾ CAVANNA. *Ob. cit.* p. 481.

a los derechos y costumbres locales, que habían crecido en la isla durante los tiempos anárquicos anteriores a la unificación y dominación normanda.⁹

Desde esta época el *common law* se ha basado en la autoridad vinculante del precedente judicial que le otorga certeza jurídica al sistema y en cuyos valores ético-jurídicos pretende crear un orden jurídico auténtico. De esta forma se aparta radicalmente del Derecho continental, que dentro de su concepción legalista encuentra la certeza del Derecho únicamente en el texto escrito de la ley. Condensando la dicotomía entre el sistema continental y el *common law* inglés encontramos tres aspectos que los hacen diferentes: la ausencia del elemento romano justiniano en la formación del *common law*, provocada por la reacción anglonormanda a esta modalidad jurídica; el origen jurisprudencial de las normas del *common law*, frente al origen legal del régimen europeo; la ausencia de ideas codificadoras en el régimen inglés, en contraposición a la consolidación del sistema continental que se hace sobre la idea codificadora y del Derecho escrito.

Cavanna intenta aproximarse al concepto de la expresión *common law* como producto de la conjunción de fuentes del Derecho y principalmente del Derecho romano clásico. Para estos efectos propone tres puntos de partida: un sistema amplio, otro estricto y en contraposición al concepto de *statutory law*. De acuerdo con el primer sentido, el *common law* constituye un concepto genérico que caracteriza el Derecho propio de los países de influencia anglo-americana. Desde este punto de vista, *common law* se contrapone a *civil law*, esto es, a la expresión con que se identifica el sistema de Derecho desarrollado en el continente europeo y que tiene por fundamento el Derecho romano justiniano también conocido como *ius comune*, y que modernamente tiene sus sustentos en el Derecho escrito, la ley y la codificación.

En sentido estricto, la expresión *common law* es usada en contraposición al concepto de *equity* o sistema jurídico, en el que predominan, desde el punto de vista sustancial, los elementos morales y éticos, frente a los prece-

⁽⁹⁾ Sobre las relaciones entre la evolución política de Inglaterra y sus relaciones con la formación de su Derecho puede consultarse CAVANNA. *Ob. cit.* pp. 491-529. Igualmente LOSANO. *Ob. cit.* pp. 166 y ss: "antes del año 1000 d. C., en territorio británico coexistían normas de origen germánico, ligadas también a la dominación danesa en la parte oriental de la isla, y normas de derecho romano y canónico, introducidas en el momento de la cristianización (664 d. C.) y destinadas a estar en vigor hasta nuestros días (...) A estos derechos y a los heterogéneos usos locales en vigor en los distintos Estados de las dos mayores islas británicas se superpone, en 1066, el derecho introducido por la conquista normanda. La unidad política de la Gran Bretaña (a excepción de Escocia) realizada por GUILLERMO EL CONQUISTADOR tuvo como directa consecuencia también la unificación del derecho. Este derecho unificado fue llamado 'derecho común', esto es, *common law*, porque sustituía los derechos particulares precedentes en vigor (...) El acoplamiento de la denominación normanda en Inglaterra también venía facilitado por el hecho de que las normas consuetudinarias propias de los normandos eran germánicas, al ser los normandos una población originaria de Noruega". De esta forma, en la conjugación del Derecho romano clásico y germánico-normando tomó forma el núcleo originario del *common law*.

dentes judiciales del *common law*. En su tercera acepción, la confrontación del concepto se produce frente al *statutory law*, es decir, al Derecho que se produce en Inglaterra a partir del órgano legislativo (leyes especiales, ordenanzas, reglamentos, etc.). La parte escrita del Derecho inglés se produce por vía jurisdiccional, mediante la resolución de casos concretos.¹⁰

Ahora bien, como concepto formador del Derecho, el desarrollo del *common law* se ligó irremediamente a las mismas instituciones creadas por los normandos después de su triunfo; la institución básica que empezó el arduo trabajo de desarrollar este sistema, según los historiadores, fue la corte real o curia regia, también conocida como consejo real o, específicamente en Inglaterra, como *King's Council* (organismo que fue característico de la organización política de los inicios del bajo medioevo). Para Cavanna, el verdadero diseñador de la estructura ósea del sistema del *common law* fue la curia regia, que en tiempos de los normandos constituía el centro motor de las funciones y de los oficios del gobierno y la sede de varias actividades decisorias relativas a los negocios del reino. Fue el centro de las competencias reales, la dirección del Estado y el funcionamiento de las instituciones públicas. Entre estas funciones naturales le correspondía la actividad judicial, que como se recordará era típica del rey como responsable de la *pax* pública, pero que ejercía con la colaboración de la curia regia.

Para el cumplimiento de estas funciones la curia regia generó tres grandes cortes judiciales de Westminster: (1) La *Exchequer*, corte creada en la primera mitad del siglo XII y cuyo oficio específico consistió en el juzgamiento de la actividad contable y financiera del Estado; con posterioridad también se extendió su competencia a la actividad privada; (2) La *Court of Common Pleas* (corte de la audiencia común), creada como parte del *King's Council* por el rey Enrico II en 1178; se caracterizaba porque acompañaba al rey en su administración de justicia por todo el reino; estaba compuesta por cinco jueces (dos eclesiásticos y tres laicos) y fue asignada a Westminster después de la Carta Magna de 1215; le correspondió el conocimiento de prácticamente todos los litigios entre particulares; fue, por así decirlo, la depositaria de la jurisdicción ordinaria; y (3) La *Court of Ecclesiastical Bench*, que era el organismo más vinculado al rey: sus miembros, se suponía, debían deliberar en presencia del rey; le fueron asignadas las causas más importantes del reino, tanto civiles como criminales, principalmente en materia de daños y de actos ilícitos realizados con violencia o cuando turbaran el orden y la paz del reino.

Estas tres cortes dieron forma con sus decisiones al *common law*; prácticamente, hasta la reforma judicial de 1873, constituyeron la esencia misma de las fuentes formadoras del sistema inglés de justicia común para el reino.¹¹

⁽¹⁰⁾ CAVANNA. *Ob. cit.* pp. 488 y 489.

⁽¹¹⁾ *Ibid.* pp. 497 y 498.

El *common law* se relaciona necesariamente con los órganos y autoridades administrativas y constituye la base más importante del Derecho anglosajón en todos sus aspectos. El *common law* y las decisiones especiales del Parlamento constituyen un solo Derecho al cual se encuentra sometida la administración pública. Si bien es cierto que con anterioridad a la Gloriosa Revolución de 1688 y 1689, el *common law* era el único punto de referencia para la legalidad,¹² con posterioridad, y por las razones expresadas, constituye un todo con los *statutes* (normas legales propiamente) que rigen la actividad pública administrativa en lo que la doctrina inglesa ha denominado como *rule of law* o sometimiento de los poderes públicos: en especial de la administración al imperio de la ley común, en contraposición al régimen continental que también es de sometimiento, pero a leyes especiales.

En este sentido, señala René David que el *common law* se tornó en un sistema general integrando reglas para todas las situaciones, tanto de Derecho público como de Derecho privado.¹³ En esta misma dirección señala Murillo Ferrol, invocando a Hatschek,¹⁴ a propósito de las discusiones sobre la posible existencia autónoma de un Derecho Administrativo inglés, que de todas maneras lo que no se puede negar es que la administración pública inglesa durante años produjo infinidad de decisiones que en su conjunto constituyen importantes precedentes, los cuales integran una “rutina administrativa”, la cual hace parte integrante del Derecho común, *common law*, otorgando al sistema administrativo unidad, continuidad y, sobre todo, garantías y certeza jurídica.¹⁵

⁽¹²⁾ VARANO. *Problemi Attuali della tutela del cittadino*, cit. Si bien es cierto que el *common law* era el único punto de referencia sustancial, desde el punto de vista del control se había desarrollado por los Estuardos una especie de vía jurisdiccional o corte de conciliación (*prerogative o conciliar courts*) que fue abolida al convertirse en convalidadora de los actos arbitrarios de los monarcas. Consolidando de esta manera la única jurisdicción y el único Derecho de que hablaba DICEY: “La alianza del Parlamento y de las cortes de *common law* no podía dejar de comprometer también este aspecto del absolutismo regio: la malformada corte de la *star chamber* fue la primera abolida, en 1641; y muchas otras cortes conciliares correrían la misma suerte en 1688. Estos sucesos, reforzados por el prestigio excepcional y por las garantías de independencia de que se vieron rodeados los jueces de las cortes ordinarias con el Act of Settlement de 1701, contribuyeron sin duda a mantener vivo hasta nuestros días un insuperable y cada vez menos justificable prejuicio contra todo aquello que es ajeno al *common law*” (pp. 906 y 907). La Gloriosa revolución, agrega VARANO, generó un efecto negativo evidente para el desarrollo del Derecho Administrativo en Inglaterra. A partir de este hecho histórico las cortes del *common law* y el Parlamento se repartieron el control sobre el ejecutivo. Los primeros conociendo de la legalidad de sus actos, y el segundo el control sobre la actividad política (p. 908).

⁽¹³⁾ DAVID, René. *O direito inglês*. p. 4.

⁽¹⁴⁾ De acuerdo con MERKL, en el Derecho continental se hablaba de *prácticas administrativas y judiciales*, que “pueden designarse las reglas que se forman en la práctica de las autoridades administrativas que se forman en la práctica de las autoridades administrativas o de los Tribunales mediante ejercicio constante”. MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 144 – 145.

⁽¹⁵⁾ MURILLO FERROL, Francisco. “El régimen jurídico de la administración inglesa”, en

b) Ahora bien, de manera paralela al *common law* creció otro tipo de justicia producida fundamentalmente en razón de los recursos presentados frente a las decisiones de los tribunales reales. Esta justicia, que correspondía directamente al rey (delegada en el secretario, *Chancellor*), se caracterizaba por apartarse de los antecedentes jurisprudenciales y motivarse ante todo en normas morales y éticas; de aquí que se le otorgara el nombre de *equity*. Carecía de las ritualidades procesales del *common law*, lo que le proporcionó un impulso importante que la colocó en situación de claro antagonismo con este sistema del Derecho. Según Losano, “este desarrollo llevó a la *equity* no solo a suplir sino, incluso, a entrar en concurrencia con el *common law*, lo que hacia finales del año 1500 condujo a sentencias contrastantes en casos análogos. El conflicto fue resuelto en 1616 por Francis Bacon, al que Jacobo I había hecho someter un clamoroso caso de conflicto, el *Earl of Oxford Case*; en caso de conflicto, la *equity* debía prevalecer sobre el *common law*. Esta decisión redujo los casos de conflicto, pero no los eliminó; la armonización de los dos elementos se produjo claramente con su fusión regulada por el *Judicature Act* de 1873. De todas formas la *equity* siempre se consideró un complemento del *common law*.¹⁶

La esencia de la *equity* gira en torno a la idea de conciencia: de aquí que inicialmente la competencia para conocer de la equidad se le hubiera asignado a la *Court of Chancery* que estaba en cabeza del Canciller, esto es, en manos del rector de la conciencia del reino.

En este sentido se contraponen un Derecho superior, el de la conciencia, al de los preceptos y antecedentes judiciales. Sin embargo, para sus decisiones la equidad siempre debía seguir el Derecho, y fundamentalmente defender a la persona. *El Canciller no podía crear derecho al estilo del common law ni modificarlo o ignorar el generado por los jueces de ese derecho. Solo se podía fallar en conciencia, lo que hacía de la equidad un medio altamente creativo.*¹⁷

Los sistemas de *common law* y *equity* fueron objeto de un gran proceso de revisión y adaptación, entre 1873 y 1907, que es considerado como el de la gran integración de la justicia inglesa contemporánea. El *Judicature Act* de 1873 fusionó la *equity* y el *common law* y reformó el sistema judicial del país. En sus relaciones con el Derecho de sometimiento de la administración pública inglesa el punto de partida indiscutible lo constituyen estos

Revista de Administración Pública, No. 1, enero-abril de 1950, pp. 48 y 49: “Hasta el comienzo del siglo IX, las decisiones de las autoridades investidas de poderes administrativos creaban poco a poco un cuerpo de derecho sobre materias de la administración que se iban concentrando en los archivos (...) Estos precedentes daban continuidad y unidad a la acción administrativa y eran, por entonces, la más importante y casi única garantía de los súbditos frente a la arbitrariedad de las autoridades (...) No forman un específico derecho administrativo, sino un complejo de normas que se integran en el derecho común”.

⁽¹⁶⁾ LOSANO. *Los grandes sistemas jurídicos*. p. 127.

⁽¹⁷⁾ CAVANNA. *Storia*. pp. 530 ss.

dos sistemas judiciales. La interrelación entre el Derecho común inglés y la figura del sometimiento de las instituciones a la ley creó un binomio rector indiscutible de la actividad pública de aquel país. En su concepción clásica corresponde al juez juzgar también a la administración pública, teniendo en cuenta el principio de legalidad, emanado de la evolución política inglesa.

El concepto de jerarquía normativa o de supremacía jurídica se desarrolló en Inglaterra de manera simultánea con el *common law* precisamente, y esta fue una idea que predominó hasta el siglo XVII; el *common law* era considerado como ley fundamental en la medida que tenía preeminencia respecto del Derecho dictado por el Parlamento, ya que en la práctica constituía un sistema excepcional, y correspondía a la costumbre creada desde el inicio mismo del sistema que el Derecho general y unificador de las islas lo daba la división judicial y el precedente, en la medida de su carácter de Derecho común.

El *statutory law* debía sujetarse al *common law*: jurisdiccionalmente esta fue la tendencia que predominó durante casi seis siglos. Indicaban los jueces en esos años que "...la *common law* controla los actos del Parlamento y puede considerarlos como ajenos al Derecho (nulos). Cuando una decisión del Parlamento desconoce el Derecho común o la razón común, o repugna frente a ellos, o es imposible de cumplir, se puede confrontar con el *common law* para que este la juzgue o la anule si es necesario" (caso Bonham, 1610, juez Edward Coke). Por vía de *equity* se hacían similares planteamientos: un acto del Parlamento producido contra la naturaleza de las cosas podía resultar contrario a la *equity*.

El concepto de supremacía del *common law* frente a las decisiones del Parlamento entra en evidente conflicto a partir de la Gloriosa Revolución de 1688 y 1689, que dio lugar al surgimiento del Parlamento como depositario de la soberanía, relegando el poder real a situación de dependencia institucional del Parlamento y de sus leyes. Creó de paso una interesante división de poderes de la Corona que constituyó el punto de partida de los planteamientos ideológicos de Locke y Montesquieu, inspiradores de la institucionalización del poder americana y francesa.

Con la Gloriosa Revolución, los ingleses rompieron el absolutismo real y dieron paso a un sistema institucionalizado de separación de poderes. A diferencia de lo ocurrido en Francia cien años después, el sometimiento del monarca se produce en Inglaterra por las comunas o ciudades y los señores o *lores*, no directamente por la burguesía. Este proceso se vive en Inglaterra cuando en el resto de la Europa continental se trataba de consolidar el Estado absoluto precisamente frente a los estamentos feudales, lo que, como advertíamos, significó el surgimiento de los Estados nacionales y el fortalecimiento del monarca. Mientras en Europa se fortalecía el monarca, en Inglaterra su poder se trasladaba al Parlamento, que se consideró

depositario de la soberanía, dándose así inicio a una interesante división del poder.¹⁸

A partir de la revolución inglesa, la supremacía del *common law* es cuestionada por el Parlamento que considera que sus decisiones son prevalecientes en todos los casos. No existe, en consecuencia, distinción formal entre leyes ordinarias y constitucionales: de aquí la inexistencia y no necesidad de constitución escrita. El Parlamento en ejercicio de su soberanía podía hacer o deshacer cualquier ley impidiendo incluso que fueran objeto de control. Desde este planteamiento resulta entonces que la innegable supremacía del *common law* inicia su descenso en favor de la ley.

c) El precedente, conforme lo anterior, se le tiene bajo la construcción jurídica del sistema del *common law*, como una fuente formal de creación del Derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la mismas —*ratio decidendi*— esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual por efectos de la evolución del sistema pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad —*stare decisis*— configurando de esta manera, dentro del ordenamiento

⁽¹⁸⁾ La división inglesa de poderes resulta particular y especial: establece un sistema de pesos y contrapesos entre los poderes públicos como garantía de libertad. “La palabra Estado es extraña al derecho inglés, mucho más el concepto. En vez de este encontramos el de ‘Corona’ al que se refiere toda la organización administrativa (...) Pero junto a la Corona está el Parlamento como órgano del pueblo. Corona y Parlamento (pueblo) (...) no son elementos parciales de una realidad superior, el Estado según las ideas más o menos místicas del monarquismo continental, sino que tienen sustantividad independiente, no interiorizada en ninguna parte de la unidad del poder. Ambos sujetos están simplemente en relación como lo están las partes en un contrato, nexa en el cual cada una mantiene íntegra su individualidad. Concretamente, rey y pueblo son reciprocally trustees for each other (...) No tiene objeto que intentemos ahora precisar el contenido de esa relación de trust o de fiducia (...) Basta notar que esa relación que afecta a ambos sujetos afirma y no disuelve su respectiva individualidad (...) Por su parte, los tribunales tampoco son órganos de la Corona, sino órganos o expresiones del derecho de la tierra (the law of the land), derecho que por su parte —y esta es la idea esencial del common law— no está estatizado, no es un producto de la voluntad del pueblo, sino obra de las costumbres y decisiones judiciales (las leyes no forman parte, como es sabido, del common law, sino de un statute law, carente de principios generales y, por ello, interpretado normalmente con un criterio restrictivo ...) Las leyes no integran por eso un verdadero ius orgánico y general, sino que se limitan a resolver local conditions and situations: pound. La idea esencial de la independencia de la magistratura —y así fue en la famosa polémica de *Сокре*— no es más que una implicación natural de la independencia del derecho respecto del principio, pero expresa certeramente que el juez es visto como un órgano propio no del Estado ni de la Corona (aunque siga actuando nominalmente en nombre de ésta) sino de la *lex terrae*, como *viva lex regis* o *lex locuens*, teniendo en cuenta que aquí *lex* no expresa la voluntad de un imperante sino el derecho establecido en la comunidad y por ella misma aceptado y vivido. Si el juez no puede recibir órdenes del rey es porque el rey no tiene la disponibilidad sobre el derecho, porque el juez no está según la voluntad del rey”; en estos términos los poderes ingleses serían “pluralidad que se unifica en la idea de Constitución, que es una idea simple y confesadamente estructural” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Civitas, Madrid, 2001, p. 27).

jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica.¹⁹

La doctrina del precedente en este sentido se afirma en el efecto de autoridad de las decisiones previas, esto es, en la predica según la cual los fallos anteriores, por lo menos una parte de los mismos, su *ratio decidendi*, pueden obligar a los tribunales posteriores, vinculación que implica acogerse a lo decidido previamente, reconociendo de esta forma legitimidad al Derecho de creación judicial, a partir de una profunda aceptación a la individualidad y personalidad judicial, previo el agotamiento de las reglas que el sistema ha desarrollado para estos efectos, que en líneas generales y en relación con una visión formal del mismo, se resumen en la concurrencia de dos claros elementos que lo configuran: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*.²⁰

La *ratio decidendi* hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene la fuerza suficiente para obligar y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares. Whittaker, retomando la doctrina inglesa y entendiendo por precedente una declaración sobre un punto de Derecho, establecida en una sentencia judicial, y que se resume en la justificación del resultado que se alcanza en ese caso, entiende, por *ratio decidendi*, la proposición, o el conjunto de proposiciones de Derecho, necesarias para disponer del caso conforme a los hechos que le dieron lugar.²¹

El concepto se edifica a partir de una simple proposición de Derecho, en la medida en que la *ratio decidendi* puede tener diversas formas de manifestación: sea construyendo una verdadera regla de Derecho; definiendo un concepto jurídico, o, simplemente proponiendo un enunciado jurídico mucho mas amplio configurando las bases de un principio en Derecho. Esta la razón por la cual la doctrina inglesa prefiera hablar de “disposición del caso” al referirse a la *ratio decidendi*, dando a entender que materialmente la misma puede comprender diferentes sustancias o remedios jurídicos.²²

Lo trascendente en el concepto de *ratio decidendi* es también y de manera significativa el componente fáctico que hubiere motivado y llevado a la decisión correspondiente. Tan solo configurará la *ratio* lo que corresponda en Derecho en relación con los hechos involucrados en la decisión; lo demás, no es, ni puede considerarse técnicamente como verdadera *ratio*, en cuanto no corresponde al análisis jurídico obvio y necesario para resolver en Derecho lo que corresponda en relación con los hechos del caso. Para

⁽¹⁹⁾ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. p. 31

⁽²⁰⁾ WHITTAKER, Simon. “El precedente en el Derecho Ingles: una visión desde la ciudadela”. pp. 37 y 49.

⁽²¹⁾ *Ibid.* p. 50.

⁽²²⁾ *Loc. Cit.*

el Derecho inglés esto es significativo al momento de la construcción de un verdadero precedente, en la medida en que las proposiciones jurídicas contenidas en una sentencia se supeditan, es decir, están determinadas por los hechos del caso, de aquí que, la fuerza vinculante del precedente, o para un mejor entendimiento de la *ratio decidendi*, ...*depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación.*²³

Los precedentes pueden ser declarativos si se limita a aplicar una norma ya existente, y creativos el que crea y aplica una nueva norma; obligatorio es aquel que inevitablemente los jueces deben seguir lo aprueben o no y persuasivos esta dado por aquel que los jueces no deben seguir pero que dada su existencia de alguna manera deberían tomar en consideración.²⁴

Por otra parte, en esta secuencia descriptiva de la institución a los ojos del Derecho inglés, el *obiter dicta*, al contrario de la *ratio decidendi* configura el componente o elemento de la sentencia que no obliga, pero que dadas las circunstancias, básicamente jurídicas, nunca fácticas, fueron necesarias de incluir en la providencia dada su fuerza de persuasión, es decir, se ubican en este apartado, todas aquellas proposiciones de Derecho que carecen de la fuerza de la *ratio decidendi*, en cuanto no corresponden con el análisis fáctico del caso puesto a consideración del juzgador.²⁵

2. Las tentativas de construcción de una teoría sobre el precedente administrativo

Desde la perspectiva de la doctrina del Derecho Administrativo,²⁶ salvo algunos trabajos aislados,²⁷ no existe una sistemática en relación con el precedente

⁽²³⁾ WHITTAKER, Simon. "El precedente en el Derecho Ingles: una visión desde la ciudadela". pp. 50 y 51. "...Sin embargo el aspecto crucial de la definición arriba enunciado es que la *ratio* de un caso vincula las proposiciones de Derecho discutidas en una o mas sentencias con los hechos y las reclamaciones de las partes...".

⁽²⁴⁾ ITURRALDE SESMA, Victoria. *Ob. Cit.* pp. 33-39.

⁽²⁵⁾ WITTAKER, Simón. "El precedente en el Derecho Ingles: una visión desde la ciudadela". pp. 49, 50 y 52.

⁽²⁶⁾ MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. pp. 144-145. En su momento ADOLF MERKL señaló: "Mientras que en los ordenamientos jurídicos que reconocen la fuerza obligatoria de los precedentes y, sea cualquiera la forma de este reconocimiento, la decisión anterior del caso constituye una máxima obligatoria para la solución autoritaria de casos iguales, la fuente jurídica que designamos como uso administrativo presupone una práctica anterior constante. No es posible transferir la obligatoriedad jurídica de las prácticas de las autoridades, reconocida en los ordenamientos jurídicos que admiten los precedentes, a ordenamientos jurídicos que no los admiten o que los rechazan expresamente, valiéndose de la forma modificada - que la ciencia jurídica eleva a la categoría de fuente - de prácticas de las autoridades. Usos judiciales y administrativos significan, en sí mismos, sin que sean reconocidos por una forma jurídica superior, solamente una coacción psíquica que actúa como fuerza motivadora, junto a otros "factores", en el procedimiento judicial y administrativo".

⁽²⁷⁾ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. "El precedente Administrativo", *Revista de Administración Pública*, No 24, 1957, pp. 75-115. De acuerdo con ORTÍZ DÍAZ el "«precedente» administrativo opera en el ejercicio de la potestad discrecional y se basa, a nuestro juicio, en el principio de igualdad de los administrados ante la

administrativo,²⁸ ni mucho menos unificación conceptual de su procedencia bajo el sistema continental o europeo del Derecho Administrativo, al cual, de por sí, resulta extraño, y para algunos, contrario a la misma estructuración del principio de legalidad,²⁹ que se encuentra en la base de este sistema y que constituye una de las fuentes directas de Derecho, considerando a la jurisprudencia como un simple instrumento auxiliar en la construcción jurídica del Derecho positivo.³⁰

Bajo los presupuestos de esta concepción formalista del Derecho se entiende al precedente aplicado a la actividad administrativa, como una simple práctica de actos reiterados y sucesivos que no pueden apartarse, ni mucho menos entenderse más que vinculados al principio de legalidad.³¹ En este sentido la fuente dominante y determinante de los mismos no es otra que la ley, careciendo el precedente por lo tanto de un valor autónomo, en consecuencia sin poder vinculante diferente al que pueda tener la fuente legal.³²

Esta postura formal y excluyente ha venido en los últimos años siendo recogida en favor de un tesis mucho más amplia y dinámica en la confor-

Administración, en la necesidad de que ésta trate igualmente a los que se encuentran en la misma situación. Mas la concreción del principio de igualdad no supone siempre la figura del «precedente». Este actúa en la aplicación del principio de igualdad en el tiempo. Cuando la Administración aplica o desarrolla el principio de igualdad simultáneamente o al mismo tiempo, sin relación a situaciones pasadas o anteriores, no aparece el precedente'. DIEZ PICAZO, Luis M. "La Doctrina del Precedente Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, No 98, 1982, pp. 7-46. En este trabajo DÍEZ PICAZO señala que VILLARPALASÍ entendió como precedente "el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar", a lo que se añade por ORTÍZ DÍAZ que "para que el precedente goce de relevancia jurídica, debe tener una cierta, aunque no siempre bien delimitada, fuerza vinculante. El precedente administrativo es, por tanto, aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares".

⁽²⁸⁾ DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 21.

⁽²⁹⁾ MERKL, Adolf. *Ob. Cit.* p.145. En su momento MERKL advertía: "Supongamos que la práctica administrativa, en una serie ininterrumpida de casos, ha hecho uso, en una dirección determinada, de su poder discrecional, de forma que podemos hablar de la existencia de un uso administrativo. Nada se opone en derecho a la autoridad administrativa que, en virtud de su poder discrecional, lo utilice en un sentido que se desvía del habitual hasta el momento. No es posible, suponiendo que el órgano administrativo se haya movido dentro del campo discrecional, condenar el uso nuevo de este poder como abuso de poder. ¿Se puede admitir que las prácticas de las autoridades posean la capacidad de limitar o de excluir el poder discrecional a partir de un caso determinado? ¿Y desde cuándo? Si es ya problemático que un uso judicial o administrativo conforme a derecho pueda crear derecho de tal clase que, entre varias posibilidades de aplicación del derecho, no se reconozca más que una sola, todavía es mucho más difícil reconocer la fuerza creadora de un uso hasta ahora contrario a derecho. ¿Cómo es posible que si la autoridad se ha conducido en noventa y nueve casos en forma antijurídica, el caso cien adquiera patente limpia? Pues la teoría jurídica que otorga a las prácticas de las autoridades fuerza derogatoria de la ley nos obliga a creer todo esto".

⁽³⁰⁾ DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 22.

⁽³¹⁾ De acuerdo con MERKL, la "aplicación de única o general de la concepción jurídica comprendida en una decisión única anterior, o también en una práctica corriente de las autoridades, requiere de la delegación jurídica por parte de una fuente jurídica enraizada en la Constitución, para que de este modo esa manifestación que pretende alcanzar fuerza obligatoria se halle conectada con la Constitución y formando parte, por lo tanto, del total ordenamiento jurídico". MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. p. 146.

⁽³²⁾ DIEZ SASTRE, Silvia. *Ob. Cit.* p. 23.

mación de las bases sustentadoras del sistema positivo, dentro de la cual se retoma el concepto anglosajón de precedente, se le reconoce su procedencia a la actividad propiamente administrativa, bajo las estructuras jurídicas del sistema continental o europeo del Derecho Administrativo, no como excluyentes de la legalidad, sino como creadoras autónomas de reglas, principios y conceptos precisamente para hacer viable bajo contexto de seguridad jurídica, buena fe, igualdad, el principio de legalidad.³³

Se destaca al respecto por la doctrina, que de aceptarse la existencia jurídica del precedente el mismo no puede en ninguna manera configurarse como una práctica contraria a la ley.³⁴ El precedente opera bajo nuestras estructuras jurídicas produciendo el efecto de todos los actos propios con posibilidad de que sus consideraciones jurídicas en relación con los hechos y conflictos resueltos por la administración puedan ser invocados posteriormente por terceros en procura de seguridad e igualdad, en la medida en que el precedente así visto, contiene materialmente el sentido y alcance que la administración le ha dado a la aplicación de las normas superiores — constitución, ley y actos administrativos — a las que estaba sujeta para la resolución del caso en concreto. En consecuencia la invocación del precedente administrativo solo es legítima dentro de la legalidad, o dicho de otro modo, su invocación tan solo es posible si el mismo está conforme a Derecho³⁵ (e incluso al interés público, como originalmente lo planteó Ortíz Díaz³⁶). Su fuerza vinculante esta sujeta y condicionada por su adecuación a la legalidad.³⁷

Algunas posturas fundamentan el concepto en teorías poco comprometedoras con su fuerza vinculante. De manera operacional, algunos sectores de la doctrina, proponen para la conceptualización de la expresión *precedente administrativo* la idea de que el mismo encierra ante todo una técnica comparativa de providencias administrativas tendiente a la protección de inviolables derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad de los asociados en tratamiento por las autoridades,³⁸ sin condicionarla a la legalidad.

⁽³³⁾ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, Madrid 2003, p. 351.

⁽³⁴⁾ HUERGO LORA, Alejandro. "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", en *Revista de Administración Pública*. No. 137, mayo – agosto, 1995, p. 193. "la llamada doctrina del precedente administrativo consiste en que, cuando ante una Administración se reproduce un caso sustancialmente idéntico a otro anterior, debe resolverlo del mismo modo, salvo que la resolución del caso anterior haya sido ilegal, o salvo que un motivo de interés público justifique un cambio de criterio".

⁽³⁵⁾ MERKL, Adolf. *Ob. Cit.* p. 146. "Puede llegar a adquirir fuerza obligatoria, aún en el mismo Estado "legalista", por ejemplo, el precedente, debido a que la ley puede disponer que algunas autoridades tendrán que apoyar sus actos en la concepción jurídica, que se revelan en actos de otras autoridades sobre casos idénticos".

⁽³⁶⁾ ORTIZ DÍAZ, José. "El precedente Administrativo". pp. 99 ss.

⁽³⁷⁾ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo*. p. 351. DIEZ PICAZO, Luis M. "La Doctrina del Precedente Administrativo". p. 13. "Con sus actuaciones precedentes, la Administración crea una apariencia jurídica y suscita una confianza en los administrados que no puede violar impunemente".

⁽³⁸⁾ *Vid.* ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia de 20 de febrero de 1991. Ar. 1053.

En esta dirección se entiende al ...*precedente administrativo como una técnica de comparación entre una y varios actos anteriores y otro presente, que juega un papel fundamental en el conjunto del ordenamiento jurídico como garantía de diversos principios generales del derecho consagrados constitucionalmente...*³⁹ principalmente los de igualdad, buena fe e interdicción a la arbitrariedad, generando en consecuencia condiciones de seguridad jurídica.

Algunos otros sectores van mas allá en la conceptualización de la institución retomando de alguna forma la preceptiva descriptiva que del precedente judicial se hace por parte de la doctrina anglosajona, entendiendo por precedente administrativo *el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar sin mayores consideraciones en relación con la ley y sobre todo con la adecuación, de lo ya resuelto, con el principio de legalidad, pero con fuerza vinculante para efectos de hacer viables los principios de igualdad, interdicción a la arbitrariedad y buena fe: El precedente administrativo es, por lo tanto, aquella actuación pasada de la administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares...*,⁴⁰ sin requerir necesariamente que se hubiere repetido en su aplicación una pluralidad de veces, lo importante es que de algún modo, la administración hubiere fijado en providencia anterior, el alcance del ordenamiento jurídico en relación con determinada situación fáctica.⁴¹

Precisamente, es la fijación de la postura, del desdoblamiento de la actuación de la administración la que constituye el centro o base del precedente, y es lo que verdaderamente debe encaminar la tutela de la igualdad ante la ley, la interdicción de la arbitrariedad y la consistencia en las decisiones administrativas que puedan resolver situaciones fácticas similares. El límite a esta construcción se encontraría en el concepto de gestión pública, en virtud del cual la administración actuando estratégicamente debe adaptarse a los nuevos escenarios, lo que debe pivotar en torno a la racionalización y la planificación.⁴²

Esta última postura que realmente retoma el alcance del precedente judicial anglosajón para el Derecho Administrativo, en especial para las decisiones administrativas, es el prevaleciente y dominante en las cons-

⁽³⁹⁾ DÍEZ SASTRE, Silvia. *Ob. Cit.* pp. 24 y 25.

⁽⁴⁰⁾ DIEZ PICAZO, Luis M. "La Doctrina del Precedente Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, No 98, 1982. En este trabajo se retoman las elaboraciones del profesor ORTIZ DÍAZ, José. "El precedente Administrativo", *Revista de Administración Pública*, No 24, 1957.

⁽⁴¹⁾ SCHMIDT-ASSMAN, E. "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", citado en DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante.* p.27. Precisamente, el autorizado autor alemán resalta que debe criticarse "la excesiva tendencia a analizar la actividad administrativa desde una perspectiva de control, que toma como referencia exclusivamente la actividad de los tribunales y olvida la perspectiva de la actuación de la Administración".

⁽⁴²⁾ DÍEZ SASTRE, Silvia. *Ob. Cit.* p. 43.

trucciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el precedente administrativo.

III. EL CONCEPTO DE PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL TRASFONDO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE PRECEDENTE JUDICIAL

1. El concepto de *precedente administrativo* en el sistema del Derecho positivo nacional no ha tenido mayor desarrollo doctrinal. Prácticamente, se puede sostener sin lugar a equívocos, que el tema se encuentra ausente de la discusión doctrinal ordinaria en relación con las materias básicas de nuestro subsistema del Derecho Administrativo,⁴³ habiéndole correspondido su desarrollo básicamente a la jurisprudencia constitucional a partir de la remisión a los elementos que estructuran el concepto de precedente judicial, que de vieja data ya se habían incorporado a la legislación nacional, pero que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se fortalecieron con la adopción por la corporación de la doctrina anglosajona en la materia.

Desde el punto de vista legal, el precedente o, como se vino a denominar en nuestro ordenamiento, “doctrina legal más probable”, vino a consagrarse como fuente de Derecho en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 cuyo tenor rezaba: *en casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina legal más probable.*

A este primer antecedente, posteriormente se agrega lo establecido por la Ley 105 de 1890 (en materia de reformas a los procedimientos judiciales) en cuyo artículo 371 en el que se empleó el concepto de “doctrina legal”, estableciéndose: *es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la mismas Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso* (debe destacarse que la norma en mención estableció, en su artículo 369, que la violación de la doctrina legal se entendía como causal de casación).

Luego, con el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 se vino a reemplazar el concepto de “doctrina legal” por el de “doctrina probable” (manteniéndose como causal de casación la interpretación errónea de la misma doctrina) estableciéndose: *Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina*

⁽⁴³⁾ Alguna referencia en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I., Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003, p. 445.

*probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.*⁴⁴

Cabe decir, que en el marco de la Constitución de 1886 (art. 16) el concepto de “doctrina probable” operó y se hizo aplicable gracias a que la jurisprudencia de la Corte Suprema fue incorporando paulatinamente el principio de igualdad ante la ley. Con ello fue desarrollando sus diversas facetas, y dándole un carácter material, cuya aplicación el juez está obligado a argumentar en sus decisiones, anticipándose al concepto de igualdad de trato en casos iguales que quedaría posteriormente plasmada en el artículo 13 de la Constitución de 1991 como obligación para todas las autoridades del Estado.⁴⁵

2. Como lo advertía, las escasas referencias al concepto de precedente administrativo, por lo demás recientes entre nosotros, devienen, de la generalización y extrapolación a la gestión y actividad administrativa, de los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el concepto de *precedente judicial* o *jurisprudencial* derivados del concepto de doctrina probable,⁴⁶ latente en el marco material de la Constitución Política

⁽⁴⁴⁾ Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. “De tal modo, la Ley 169 de 1896 pretendió flexibilizar la obligación de los jueces de seguir la doctrina legal dictada por la Corte Suprema abriendo la posibilidad de transformar el Derecho por vía jurisprudencial, sin que ello significara prescindir de la casación como mecanismo para unificar la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico, centralizando dicha función en la Corte Suprema de Justicia. El que en el momento de expedición de la Ley 169 de 1896 la contradicción de la doctrina probable fuera considerada una “violación de la ley”, y constituyera causal de casación, pone de presente que, en su sentido originario, el concepto de ley al que hace referencia la norma iba más allá de su acepción en sentido formal, y que interpretarla erróneamente o aplicarla indebidamente al caso concreto era contradecirla. Con todo, posteriormente la Corte Suprema interpretó dicha expresión como una figura optativa para el juez, restringiendo de ese modo la causal de casación por violación de la ley y descartando la contradicción de la jurisprudencia — en las modalidades de interpretación errónea o aplicación indebida de la ley— como causales de casación, o de revisión”.

⁽⁴⁵⁾ Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. Cabe advertir que desde “un punto de vista orgánico, es necesario tener en cuenta que para el año de 1896, la Corte Suprema de Justicia era la cabeza única de la jurisdicción y que, a pesar de que el Consejo de Estado también contaba con un fundamento constitucional como cabeza de la justicia contencioso administrativa, el ejercicio de esta competencia estaba supeditado constitucionalmente a que la ley estableciera dicha jurisdicción. Posteriormente, en 1905, el Acto Legislativo No. 10 suprimió el Consejo de Estado, sin que jamás hubiera ejercido su función jurisdiccional. No fue sino hasta el año de 1910, mediante el Acto Legislativo 03, desarrollado por la Ley 130 de 1913, que se dispuso la creación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, restableciéndose el Consejo de Estado a través del Acto Legislativo 01 de 1914. Fue sólo hasta entonces que se estableció en nuestro país la dualidad de organizaciones jurisdiccionales. En la medida en que el Consejo de Estado carecía legalmente de funciones jurisdiccionales en el momento en que fueron expedidas las normas que crearon la doctrina legal y la doctrina probable, estas dos instituciones, y los grados de autonomía que conferían, resultaban aplicables a toda la actividad judicial. Con todo, la regulación actual de los procedimientos judiciales ante las diversas jurisdicciones y de las facultades de los jueces pertenecientes a cada una de ellas son independientes. A pesar de ello, y sin desconocer que la autonomía judicial varía dependiendo de la jurisdicción y de la especialidad funcional, el análisis general de dicha prerrogativa es predicable de los jueces que integran la administración de justicia, tanto los que corresponden a la denominada jurisdicción ordinaria, como a los que pertenecen a la justicia administrativa y constitucional”.

⁽⁴⁶⁾ Referente básico en relación con esta importante creación jurisprudencial lo constituye la aclaración de voto de la sentencia de la Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 4 de mayo de 1995

de 1991,⁴⁷ institución retomada de los desarrollos judiciales anglosajones, y que fundada entre nosotros en los principios constitucionales de legalidad, igualdad,⁴⁸ buena fe,⁴⁹ pretende ofrecer seguridad jurídica a los asociados,⁵⁰

en la que se consideró que *“si bien en Colombia no existe un rígida regla de stare decisis, tal y como opera en los países de common law, debemos aceptar que en principio todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus precedentes. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica — pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles — sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. En el caso de la Corte Constitucional, este principio de respeto al precedente opera con mayor vigor, por la particular fuerza normativa de las decisiones de este tribunal en materia de control abstracto, puesto que ellas obligan a todos los poderes, pues sus fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Además, como las normas constitucionales tienen mayor trascendencia — por ser la base de todo el ordenamiento — y vocación de permanencia, la exigencia de seguridad jurídica en las interpretaciones constitucionales es aún mayor”*. Así mismo, es referente la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001. En esta providencia la Corte se pronuncia en relación con la constitucionalidad del artículo 4 de la ley 169 de 1886 en el cual se incorporó por aquella época el concepto de doctrina probable en materia judicial, que materialmente corresponde a los contenidos propios de la teoría del precedente judicial.

⁽⁴⁷⁾ De manera extensa el tema es desarrollado en el Derecho colombiano por el profesor Diego Eduardo López Medina. LÓPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Universidad de los Andes – Legis, Bogotá, 2009. Del mismo autor puede consultarse *El Derecho de los Jueces en America Latina*, Programa de USAID para el fortalecimiento de la justicia laboral para CAFTA-DR. 2010, por publicar.

⁽⁴⁸⁾ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. *“... La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrada en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley...”*

⁽⁴⁹⁾ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. *“... En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme. En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción...”*

⁽⁵⁰⁾ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. *“La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos*

reconociendo fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional en los eventos en que un caso o asunto a ser resuelto por la autoridad judicial coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por la Corte Constitucional,⁵¹ sin que dicho precedente sea inmutable, ya que la propia Corte Constitucional ha reconocido que *por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales puede modificar un precedente constitucional*.⁵²

3. En materia judicial, el imperativo del precedente constituye una determinante para la motivación de decisiones judiciales posteriores que aborden la misma materia previamente tratada y resuelta por la Corte Constitucional.⁵³ La motivación de la decisión judicial esta predeterminada, en estos casos, por las directrices jurisprudenciales previamente establecidas, en casos similares, de manera que se pueda generar continuidad en los criterios constitucionales establecidos por la corporación.⁵⁴

y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley...

⁽⁵¹⁾ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 6 de abril de 2006: “26. En este sentido, y dada su importancia, surge, sin embargo, la siguiente inquietud a la hora de determinar un precedente: ¿Debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio? La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no: (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente” Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla —prohibición, orden o autorización— determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”.

^(51 bis) LÓPEZ MEDINA, Diego. El Derecho de los Jueces. pp. 73 ss.

⁽⁵²⁾ Corte Constitucional. Auto 138 de 28 de mayo de 2008.

⁽⁵³⁾ Corte Constitucional. Sentencia T-014 de 22 de enero de 2009. “... al emitir sus providencias, los jueces deben tomar en cuenta los precedentes existentes en relación con el tema, que pudieren resultar aplicables, especialmente aquellos que han sido trazados por las altas corporaciones judiciales que, en relación con los distintos temas, tienen la misión de procurar la unificación de la jurisprudencia. Hacer caso omiso de esta consideración puede implicar entonces la afectación de derechos fundamentales de las personas que de buena fe confiaban en la aplicación de los precedentes conocidos, entre ellos el derecho de acceder a la administración de justicia y el derecho a la igualdad, los cuales serían protegibles mediante la acción de tutela”.

⁽⁵⁴⁾ Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 2006. “un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia

Sobre estas consideraciones la Corte Constitucional ha edificado y sustentado el concepto de precedente judicial o jurisprudencial en materia constitucional, entendidos estos como reglas judiciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, que genera contenido vinculantes en relación con decisiones posteriores de los jueces,⁵⁵ de manera concreta se le ha conceptualizado como *aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla — prohibición, orden o autorización — determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes*,⁵⁶ de aquí que las decisiones previas que determinen el derrotero de la interpretación de las norma y principios constitucionales debe ser lo suficientemente consistente en cuanto constituirá la base de la seguridad jurídica y de la coherencia del sistema jurídico, sobre el supuesto de un especial y sólido entendimiento del principio de legalidad pertinente y, por lo tanto, aplicable a un caso determinado.⁵⁷

El carácter vinculante del precedente judicial está en directa relación con los razonamientos obligatorios incorporados de la parte motivadora de las sentencias, relacionados con la situación fáctica que envuelve el caso y que fueron determinantes para la solución del litigio, esto es, en la denominada *ratio decidendi* de la misma, cuya identificación si bien es cierto debe ser el producto de la interpretación constitucional,⁵⁸ de todas maneras

jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación". Vid. Corte Constitucional. Sentencia T-766 de 31 de julio de 2008.

⁽⁵⁵⁾ Corte Constitucional. Auto 209 de 27 de mayo de 2009.

⁽⁵⁶⁾ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006.

⁽⁵⁷⁾ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006. El precedente judicial tiene "... como propósito principal, orientar el ordenamiento jurídico hacia los principios y valores constitucionales superiores. No reconocer entonces el alcance de los fallos constitucionales vinculantes, sea por desconocimiento, descuido, u omisión, genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica...".
^(57 bis) BERNAL PULIDO, Carlos. Estudios al Precedente Constitucional. Palestra, Lima, 2007, pp. 180 ss.

⁽⁵⁸⁾ LÓPEZ MEDINA, Diego. *Ob. Cit.* pp. 193 ss. Corte Constitucional. Sentencia T-086 de 8 de febrero de 2007. La Corte Constitucional hace distinción entre los argumentos en los que se sustenta la fuerza vinculante y la pertinencia del precedente. En cuanto a los primeros señala la "fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser "razonablemente previsibles"; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C. P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico". En tanto que, la pertinencia del precedente "se predica de una sentencia previa, cuando: "(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del

la jurisprudencia ha decantado reglas para su ubicación e identificación en aras de la seguridad jurídica,⁵⁹ y su perfecta delimitación con los aspectos de la sentencia no vinculantes.⁶⁰

Así las cosas, el precedente judicial en materia constitucional está llamado a permanecer en cuanto especie de norma contentiva de parámetros de comportamiento constitucional, en este sentido su no acatamiento o variación caprichosa, puede ser fuente de arbitrariedad y por lo tanto de desconocimiento del ordenamiento jurídico y de las bases mismas del sistema jurídico positivo y, en consecuencia, cauce desmedido e incontenible de inseguridad jurídica.

El capricho del operador judicial desconociendo el precedente judicial constitucional, no puede explicar más que situaciones de abuso de poder y de posible desvío del mismo, que pone en riesgo no solo el interés general de la comunidad, los derechos de la colectividad, sino también, los derechos subjetivos de los asociados (debido proceso y acceso a la administración de justicia),⁶¹ la libertad individual, la estabilidad de los contratos y de las

caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”.

⁽⁵⁹⁾ Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 29 de enero 1999. En este aspecto es importante destacar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hace clara diferencia entre los diversos componentes de las providencias judiciales: (i) *decisum* o parte resolutive de la sentencia dentro de la cual se ubica la *ratio decidendi* o razón de la decisión, esto es, “*la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica...El fundamento normativo directo de la parte resolutive*”, y (ii) los *obiter dicta* o dichos pasajeros, es decir, “*toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario*”. La parte resolutive o *decisum* hace tránsito a cosa juzgada, con efecto *erga omnes*, en los juicios de constitucionalidad; la *ratio decidendi* tiene efectos vinculantes por constituir la cosa juzgada implícita, y los *obiter dicta* sólo tienen fuerza persuasiva pero no obligatoria. Postura recogida en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de febrero de 2002. Exp. PI-163.

^(59bis) Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006. “Conforme a este análisis general, quien deba aplicar una sentencia tiene la posibilidad de establecer de manera directa, *prima facie*, lo que se considera como *ratio decidendi*. Sin embargo, esa determinación no puede ser caprichosa en el sentido de sobreestimar los aportes de una sentencia que le parezcan más llamativos, subestiman los que realmente fueron determinantes, ni desconocer la reiterada jurisprudencia sobre un punto, para sobrevalorar una sentencia poco significativa. Al respecto esta Corporación ha señalado que para establecer la *ratio decidendi* de una providencia, en principio, deben tenerse en cuenta las sentencias posteriores (Sentencia SU-058 de 2003). —esto es las “posteriores” a la cuestión constitucional inicialmente tratada, pero anteriores al caso que se habrá de decidir—, sobre el mismo asunto, proferidas por la Corte. De hecho, esta Corporación ha indicado que la *ratio decidendi* sobre un tema jurídico puede consolidarse “en una oportunidad posterior” (Sentencias SU-047 de 1999 y SU-1300 de 2001), esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, si bien la *ratio* de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha *ratio*; de manera tal que le permiten al juez o a quien habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada”.

⁽⁶⁰⁾ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. p. 83 y ss. Se incorpora en este trabajo una serie de reglas metodológicas para efectos de la identificación de la *ratio decidendi*.

⁽⁶¹⁾ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 28 de mayo de 2009. Exp. AC-460. “*Los jueces tienen la obligación positiva de atender los*

transacciones económicas,⁶² de tal manera que los asociados no pueden quedar bajo estas circunstancias sometidos a los cambiantes criterios de los jueces, en detrimento de la autonomía individual; y, sobre todo, violentando el principio constitucional de igualdad, en la medida en que se estaría sometiendo a tratamientos jurídicos diferentes situaciones fácticas similares.⁶³

El precedente judicial así entendido no es absoluto, puede ser objeto de revisión y reconsideración de manera excepcional por la Corte Constitucional en pleno, por razones de justicia material y de necesaria adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales, providencias debidamente sustentadas y motivadas.⁶⁴

instrumentos legitimados en los cuales se expresa el derecho, entre los que se encuentra la jurisprudencia, por consiguiente, el deber de observarlo, resulta consustancial al ejercicio armónico de tal función, no sólo respecto de las decisiones propias sino también de las tomadas por los superiores. El respeto por el precedente judicial, máxime si se trata de quien ostenta la calidad de Tribunal Supremo es un deber, como quiera que a través del ejercicio de esta actividad, se asegura la eficacia de los derechos legales y constitucionales de las personas y se genera seguridad jurídica. En conclusión, el respeto del precedente judicial implica la prohibición a las autoridades judiciales para desligarse injustificadamente de los antecedentes dictados por sus superiores salvo que mediante una justificación debidamente fundada, el operador decida apartarse de la posición fijada por el superior, la cual en el presente caso no se evidencia. Finalmente es preciso señalar que el desacato al precedente en esas condiciones lleva implícita la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia”.

⁽⁶²⁾ Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 16 de abril de 2008. “La creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema jurídico de origen romanista, legislado y tradición continental europea como el colombiano, no sólo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, sino que además asegura la vigencia de los derechos fundamentales, y por ende el carácter normativo de la Constitución”.

⁽⁶³⁾ Corte Constitucional, Auto 149 de 2008. “... El respeto a los precedentes constitucionales, entendidos como reglas judiciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto (Auto A-208 de 2006), cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas (Ver, por ejemplo, entre otras, las sentencias T-93 de 1995 y C-400 de 1998), debido a (i) elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico; (ii) una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades (Sentencia SU 047 de 1999); y (iii) en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. De allí que, si bien la Sala Plena puede, excepcionalmente, por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales, modificar un precedente constitucional, tal decisión le está vedada a las Salas de Revisión, so pena de incurrir en una causal de nulidad”.

⁽⁶⁴⁾ Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999. “... El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica —que implica unos jueces respetuosos de

4. La anterior doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional se desarrolla, no obstante el origen continental-europeo y de profunda raigambre romano-germánica de nuestro Derecho y del carácter legislado de nuestras instituciones jurídicas, que teóricamente se distancian de las fuentes anglosajonas y del sistema del Derecho común que engendra la teoría del precedente judicial. Desde una óptica crítica, resulta paradójico que la construcción del precedente judicial entre nosotros se incorpora muy a pesar del contenido del artículo 230 constitucional según el cual: *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*,⁶⁵ lo que vino a generar fraccionamientos en

los precedentes — y la realización de la justicia material del caso concreto — que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas —. Conforme a lo anterior, en general la doctrina y la práctica de los tribunales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez puede distanciarse de sus propios precedentes. Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuente esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas...". Vid. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 28 de agosto de 2008. Exp. AC – 523. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de mayo de 2007. Exp. 32711. "Además, la misma jurisprudencia constitucional, y también la doctrina, no solo permiten el alejamiento de las subreglas, sino que es más, lo demandan cuando existen argumentos o ponderaciones valiosas que superan la línea jurisprudencial de cualquiera de las altas cortes, eso sí, cumpliendo el deber de justificación, de argumentación, en cuanto a la modificación del criterio. Podría hablarse, entonces, no de una facultad sino de un deber de racionalidad, el no asumir posturas que ni en lógica ni en justicia se comparten. En este mismo sentido dice Robert Alexy, comentando el uso de los precedentes judiciales, y la regla de la carga de argumentación relacionada con él, que "...En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse. Rige pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello".

^(64 bis) BERNAL PULIDO, Carlos. Estudios al Precedente Constitucional. pp. 184 ss. Puede verse también BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.153–165.

⁽⁶⁵⁾ *Ibid.* pp. 177 ss. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto a la sentencia de 4 de marzo de 2008. Exp. 31120. No se puede "desconocer la discusión seria y profunda que se ha venido dando tanto en la jurisprudencia como en la doctrina acerca de los alcances que deben reconocerse al valor y a la fuerza jurídica del "precedente" en un ordenamiento jurídico como el colombiano, de marcada raigambre romano-germánica y con evidentes particularidades que lo distancian del sistema de derecho común anglosajón, caracterizado este último, precisamente, por el indudable carácter vinculante y la centralidad del papel que en él desempeña la noción de precedente judicial. Así pues, quienes se muestran reacios a aceptar algún grado de obligatoriedad del precedente en el derecho colombiano, señalan que es la naturaleza primordialmente jurisprudencial del sistema de common law el rasgo que explica el valor que, dentro de él, se atribuye al precedente, mientras que al hundir sus raíces, el ordenamiento jurídico colombiano, en la tradición romano germánica fundamentalmente legislada, la posición de preeminencia en nuestro sistema la ocupa la ley, razón por la cual se entiende que adscribir, en el Derecho nacional, valor de precedente a las sentencias judiciales, resulta extraño a los rasgos identificadores más inherentes a aquél. En apoyo de esta perspectiva negadora de efectos vinculantes al precedente judicial suele invocarse el tenor literal del artículo 230 de la Constitución Política, por cuya virtud se afirma la Carta estableció un sistema de fuentes dentro del cual sólo constituye fuente formal de derecho la ley y, por tanto, el juez, en sus providencias, sólo se encuentra obligado a sujetarse a ella".

la doctrina nacional, en especial en la formación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el tema existencia y aplicabilidad de la teoría de los precedentes al sistema jurídico del Derecho positivo nacional, aplicabilidad referida a su entendimiento como una fuente formal de Derecho vinculante.⁶⁶

⁽⁶⁶⁾ La no recepción pacífica de la teoría del precedente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se deduce de los salvamentos de voto suscritos por los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis, a la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001. Se parte en estos salvamentos no solo de la incompatibilidad de los sistemas jurídicos en cuestión, sino también, y de manera principal en el papel de la ley como fuente y en la duda absoluta de los disidentes en relación con el apremio e imperatividad dentro de un esquema de fuentes en donde el precedente puede ser variado justificadamente por el juez o funcionario correspondiente. De esta misma providencia es importante destacar los aportes de la aclaración de votos de los magistrados José Manuel Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra, en relación con el valor normativo y el carácter de fuente formal de Derecho del precedente, al igual que con el carácter dinámico de la tradición jurídica colombiana, que permiten sustentar la presencia inevitable de la teoría del precedente entre nosotros. En ese sentido, es preciso, también, tener en cuenta la sentencia C-335 de 2008 en la que se dijo: “... La creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema jurídico de origen romanista, legislado y de tradición continental europea como el colombiano, no sólo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, sino que además asegura la vigencia de los derechos fundamentales, y por ende el carácter normativo de la Constitución...”. Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 16 de abril de 2008.

(66 bis) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 11493. Salvamento de voto. “... Pero la anterior es, precisamente, una de las razones que justifica que de ningún modo pueda entenderse que la inclusión de la palabra “ley” en el texto del comentado artículo 230 de la Carta suponga que el juez, en sus providencias, sólo se encuentre compelido a respetar los contenidos de la fuente formal de derecho integrada por los preceptos con rango formal de ley; semejante inteligencia conduciría al absurdo de sostener que el juez, por expreso mandato constitucional, se encontraría exento de observar el contenido, para empezar, de la Ley de Leyes, vale decir, de la propia Constitución Política —cuya supremacía en el orden interno garantiza e impone el artículo 4 de la propia Carta—; que no necesariamente debería atender, además, a los preceptos de los tratados internacionales, cuya preponderancia en el ordenamiento jurídico nacional también estatuye el artículo 93 constitucional, ni tendría el deber de observar y aplicar los decretos que carecen de fuerza de ley, los cuales, junto con las demás normas de naturaleza administrativa, igualmente, forman parte del derecho positivo e incluso en ciertos casos se ocupan de reglamentar la ley con el único propósito de asegurar su debida y cumplida ejecución. En consecuencia, el entendimiento quizás más apropiado de la expresión “imperio de la ley” preconizada por el artículo 230 de la Constitución debe apuntar a una noción amplia o genérica de la ley, esto es del ordenamiento vigente, lo cual no excluye en forma absoluta el reconocimiento de cierta fuerza vinculante a los antecedentes jurisprudenciales, cuestión que, a mi juicio, no resulta ajena a o contradictoria con la tradición jurídica colombiana —o a cualquier otra cultura jurídica—, si se tiene en cuenta que esa obligación de respetar el sentido y las razones que sustentan las decisiones previas se encuentra íntimamente ligada a una exigencia que cabe formular respecto de toda actuación judicial con el fin de que pueda catalogarse como ajustada al ordenamiento y que no es otra distinta a que la decisión del juez debe venir fundamentada no en criterios ad-hoc, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales o reglas que puedan ser “universalizables” en la medida en que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se hayan construido para fallar un supuesto específico, pero con la perspectiva de poder aplicarlos a hipótesis semejantes en el futuro...”.

5. Conforme lo anterior, se puede concluir, sin mayor dubitación, que la tesis dominante en los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en cuanto respecta al precedente judicial es el de su carácter de fuente de Derecho, en cuanto poseedor de fuerza normativa suficiente para imponerse en cuanto las razones fácticas del caso lo permitan, en la motivación de las decisiones judiciales, configurando por lo tanto, regla aplicable por los operadores del Derecho.

Ahora bien, se deduce de los anteriores trabajos de la jurisprudencia constitucional que, si bien es cierto se le adjudica al precedente el valor que se ha indicado, corresponde al intérprete entender que no todo el contenido decisorio es vinculante para efecto de la teoría del precedente; el mismo tan solo se deduce de la *ratio decidendi* de los fallos; es de aquí donde surgen las reglas obligatorias que reiteradamente deben ser invocadas en la motivación de las providencias con el fin de mantener la seguridad jurídica, y los principios de igualdad, buena fe y debido proceso dentro del Estado de Derecho, en cada providencia judicial.

Por esta razón, se deduce de los trabajos jurisprudenciales que, no obstante la redacción del artículo 230 constitucional, no puede predicarse que el sistema de fuentes en Colombia excluya a los precedentes judiciales, o les otorgue un tratamiento meramente secundario, en cuanto la ley bajo estas circunstancias no es la única fuente formal de Derecho y que la calificación constitucional de criterios auxiliares a las fuentes ordinarias deba entenderse en el sentido de que no excluye su carácter también de principal cuando de acuerdo a su trascendencia adquiera este papel en el conformación del Derecho positivo.⁶⁷

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-1300 de 6 de diciembre de 2001. *“En primer lugar, la Sala Plena considera oportuno reiterar su jurisprudencia sobre el valor normativo de los precedentes constitucionales en materia de control abstracto de constitucionalidad, ya que el peticionario alega que la regla de derecho que fue inaplicada en su caso, es una supuesta regla establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-127 de 1993. La Corte Constitucional ha dicho reiteradamente, desde sus comienzos, que las decisiones de la Corporación que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional son fuente formal de Derecho, y constituyen doctrina constitucional obligatoria (C-131/93, C-083/95, C-037/96, SU-047/99, C-836/2001). En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de Decisum, ratio decidendi, y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación. (se sigue aquí la sentencia SU-047/99). En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que “tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutoria; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutoria de las sentencias y que incida directamente en ella”.*

Lo anterior es ratificado recientemente con lo establecido en los artículos 4 inciso tercero y 115 de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010, según los cuales respectivamente: *A solicitud del Magistrado sustanciador, la sala plena especializada podrá decidir los recursos de apelación interpuestos contra autos o sentencias, cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial*, de donde se concluye que el legislador, no solo hace diferencia entre jurisprudencia y precedente, reconociendo autonomía a esta última figura en materia judicial, sino que adicionalmente le está otorgando a este medio, constitucionalmente auxiliar, un papel principal en la determinación del Derecho aplicable a un caso concreto y de contera también el papel estelar del juez en su creación, indicando que para el Derecho nacional resulta de la mayor trascendencia el papel del juez en la construcción del sistema jurídico a través del establecimiento de precedentes jurisprudenciales.

En esta dirección el precedente judicial en el Derecho colombiano, pasa de ser una simple creación jurisprudencial, a convertirse de manera expresa en una institución de reconocimiento legal, con contenido propio y naturaleza diferente a las simples y tradicionales construcciones jurisprudenciales. El precedente es ante todo, desde esta perspectiva, la razón misma de la decisión, independientemente de cualquier otra consideración propia de una estructura jurisprudencial, por lo tanto una figura autónoma con contenido y caracterización propia, conceptualmente diversa a la simple fuente jurisprudencial, derivada del reconocimiento constitucional de la independencia y autonomía de los jueces determinante de una vinculación jerárquica formal.⁶⁸

En la segunda de las disposiciones se faculta *... a los jueces, tribunales, altas Cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso*. En esta última disposición queda borrada cualquier duda de un entendimiento del precedente como criterio principal en la determinación del orden positivo a cargo de los jueces consolidando lo que la doctrina nacional ha dado en llamar como un verdadero Derecho de los jueces.⁶⁹

⁽⁶⁸⁾ DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*. p. 137. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 63/1984 de 21 de mayo. "... cuando los Tribunales comienzan a interpretar y aplicar una nueva normativa no es realista exigir que todos sus pronunciamientos sean idénticos o que cada uno de ellos haya de estimarse precedente obligado de los que le siguen, pues las diferencias que puedan existir inicialmente parten de un razonable proceso de ajuste interpretativo y no vulneran el derecho a la igualdad".

⁽⁶⁹⁾ LÓPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. pp. 73 ss. Del mismo autor puede consultarse *El Derecho de los Jueces en America Latina*, Programa de USAID para el fortalecimiento

IV. LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO PROPIAMENTE DE PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. La construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con el precedente judicial, entendiéndolo como un instrumento material y sustancial del Estado de Derecho, para la consolidación de la seguridad jurídica, la igualdad, la buena fe y la confianza legítima en el ejercicio de la función judicial, constituye en el Derecho colombiano el fundamento teórico y doctrinal para la predica y sustentación de la existencia, también, de una teoría sobre el *precedente administrativo*, construido a partir de una particular evolución de la jurisprudencia constitucional,⁷⁰ en donde se considera que la figura no es de exclusiva predica de la actividad judicial del Estado, sino que envuelve y cobija, también, a otras autoridades determinadas, que deban proferir o dictar decisiones, como es el caso indiscutible de las autoridades administrativas.⁷¹

de la justicia laboral para CAFTA-DR. 2010, por publicar. HART., H. L. A. *El concepto de derecho*. 2ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961. “*La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de standards variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso*”.

⁽⁷⁰⁾ Vid. Corte Constitucional. Sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004. Esta providencia que indudablemente constituye un hito en cuanto a la aplicación del precedente administrativo en nuestro ordenamiento jurídico positivo es el producto de una acción de tutela intentada por un funcionario al servicios de la estatal INVIAS que alegó el desconocimiento y vulneración de sus derechos laborales, a partir del cambio injustificado de interpretación por la administración, del régimen jurídico aplicable para efectos de su pensión convencional. “...*Para el demandante, el INVIAS acoge una interpretación del Decreto 2171 de 1992 según la cual, para contabilizar el tiempo para acceder a la pensión convencional en el caso de los trabajadores oficiales, deben tenerse en cuenta los días efectivamente laborados de cada mes respectivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, que ordena que a los trabajadores les computen el tiempo de servicios sobre la base de 365 días. Esta interpretación implica modificar el entendido acerca del número de días exigidos por la norma convencional, que según otra interpretación de dicho decreto es de 10.080 días laborados, que corresponden a 28 años de 360 días. Finalmente, Muñoz González indica en su solicitud de amparo no haber recibido respuesta alguna al respecto. De otro lado, Muñoz González indica que en el presente asunto se presentó una situación que vulnera su derecho a la igualdad, pues en un asunto similar, en el contexto de un procedimiento administrativo de reconocimiento de pensión convencional, al ciudadano Ramón Morera Rojas, trabajador oficial del INVIAS, le fue reconocida dicha prestación tomando como base años laborados de 360 días (en este sentido se requiere para cumplir el requisito de los 28 años completar un total de 10.080 días, que es el resultado de multiplicar 360 días por 28), y no sobre los años de 365 días, según lo prescribe la Ley 153 de 1887...*”

⁽⁷¹⁾ A partir de la sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004 la jurisprudencia de la Corte se preocupa de no hacer exclusiva referencia, al teorizar en materia de precedentes, a los jueces, sino que también, predica los mismos en relación con otras autoridades. Véase Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006, donde se “... reconoce como precedente aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o

2. Se trata de una clara y evidente aplicación horizontal del contenido sustancial de la concepción del precedente, que se invoca de manera directa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no en relación, propiamente, con la actividad decisoria de los jueces, sino con las decisiones de las autoridades investidas de potestades públicas administrativas, tendiente a garantizar similares principios de los predicados en la sustentación del precedente judicial, pero que ahora buscan dotarle de entidad, cuerpo, fuerza y sobre todo estabilidad a las relaciones propias de la administración y los asociados, procurando y buscando siempre el respeto a los derechos e intereses tanto subjetivos como colectivos, sin desconocer el principio de legalidad material característico de toda organización sujeta a los marcos del Estado social y democrático de Derecho.

Se fundamenta este traslazo conceptual, y de principios, en la imperiosa necesidad de reconocer algo vital y connatural a nuestro modelo de Estado Social de Derecho, como es, el papel vital que cumple la organización administrativa del Estado en la generación de condiciones de estabilidad y seguridad suficiente para el sistema jurídico positivo, por lo tanto, a la plenitud de los asociados.

En consecuencia, lo que se busca con la elaboración de un concepto de precedente administrativo es que a través de decisiones administrativas sujetas a la legalidad, pero también, respetuosas de los principios constitucionales de igualdad y buena fe, se ofrezca plena seguridad jurídica a los asociados, para lo cual inevitablemente se le debe reconocer fuerza vinculante a las decisiones administrativas que fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en Derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la reiteración de sólidos

una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia. En ese sentido, lo vinculante de un antecedente jurisprudencial es la *ratio decidendi* de esa sentencia previa, —o de varias si es del caso—, que resulta ser uno de los referentes fundamentales que debe considerar necesariamente un juez o autoridad determinada, como criterio de definición de la solución de un caso específico. Es decir, la *ratio decidendi* de una providencia, puede ser un precedente de aplicación vinculante en un caso posterior, para un juez o una autoridad determinada. Esta relación entonces, entre una y otra figura, es lo que ha favorecido que se usen comúnmente los dos conceptos como semejantes, —*ratio decidendi* y precedente. Usualmente se dice que el precedente es la sentencia anterior que es pertinente para resolver una cuestión jurídica y lo que tiene fuerza vinculante es su *ratio decidendi*. De ahí que, en sentido técnico, lo que tiene valor de precedente es la *ratio decidendi* de la(s) sentencia(s) pertinente(s)”.

y razonables⁷² argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad.⁷³

3. Esta idea de precedente administrativo, en cuanto base indiscutible de seguridad jurídica, no puede, en manera alguna, quedar al capricho o arbitrariedad subjetiva de quienes ejercen las funciones públicas administrativas. En el entender de la Corte Constitucional, las fuentes normativas constitucionales que sustentan la teoría del precedente en todos sus ordenes, ofrecen garantías suficientes tendientes a que los postulados que se guardan en los mismos, en relación con el alcance e interpretación sólida y razonable del ordenamiento jurídico, permanezcan y se apliquen de manera pacífica cuando se den los presupuestos fácticos y jurídicos en ellos contenidos, no pudiendo impunemente ser objeto de arremetidas arbitrarias por parte de los operadores administrativos, modificándolos o desfigurándolos a su antojo o en actitudes subjetivas fundadas en su mero libre entender, carentes de sustantividad y objetividad.

En estas hipótesis para la Corte Constitucional se estaría actuando por fuera de los presupuestos garantistas del debido proceso que exige que toda decisión administrativa este debidamente motivada. En este sentido, el concepto de precedente administrativo propuesto se enmarca dentro de los senderos de las plenas garantías institucionales a los asociados, configurando una clara hipótesis de imperativo para todo tipo de operador en sus relaciones con las personas dentro de los marcos del Estado social y democrático de Derecho.⁷⁴

⁽⁷²⁾ Corte Constitucional. Sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004. "...Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales..."

⁽⁷³⁾ Corte Constitucional. Sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004. "...El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico..."

⁽⁷⁴⁾ Corte Constitucional. Sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004 "... Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia. Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver..."

4. Esta línea de interpretación constitucional, en relación con el precedente y el ejercicio de la función pública administrativa, se consolida de manera sustancial, y sin lugar a mayores equívocos, en recientes trabajos de la Corte Constitucional,⁷⁵ cuando al definir los destinos constitucionales de la remisión legal, que el artículo 24 de la ley 1340 de 2009⁷⁶ efectuaba al concepto de la doctrina probable y al principio de la confianza legítima, como determinantes y rectores de la motivación, fundamentación y razonabilidad de las decisiones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal y protección al consumidor, reiteró que el alcance de la teoría del precedente no se agotaba en relación con las decisiones simplemente judiciales, a partir de una construcción estrictamente constitucional, determinando que su ámbito comprendía de similar manera y bajo la misma preceptiva justificante, la actividad propiamente de las autoridades administrativas y lo esbozado por ellas en relación con el principio de legalidad, para darle así continuidad a los motivos y fundamentos en los que las autoridades apoyan sus decisiones administrativas, lo que significa que estas tienen en sus manos la responsabilidad, y el deber funcional constitucional, de garantizar los principios de legalidad, igualdad, buena fe, debido proceso en aras de la consolidación de la seguridad jurídica.⁷⁷

Para la Corte Constitucional, de ninguna manera la doctrina contenida en su sentencia C-836 de 2001 —a través de la cual apuntaló de manera definitiva la teoría del precedente en el sistema del Derecho positivo nacional— excluía de su aplicación la actividad de las autoridades adminis-

(74 bis) Corte Constitucional. Sentencia T-334 de 6 de julio de 1998. "... La observancia del principio en manera alguna implica que todas las decisiones de la administración en la aplicación de una norma deban ser necesariamente iguales; pues el dinamismo de los hechos y variedad de situaciones que sirven de sustento a la subsunción de las hipótesis legales puede dar lugar a diversos puntos de vista en la definición de la situación concreta. Es más, puede existir divergencia de interpretación en las normas por los distintos funcionarios encargados de ejecutarlas; inclusive el funcionario puede variar su criterio sobre la forma en que ha venido interpretando una determinada disposición. En consecuencia, lo que importa, con miras a asegurar la vigencia del principio, es que las interpretaciones que se apartan de un precedente administrativo se justifiquen en forma razonada y suficiente para que el trato diferente sea legítimo..."

(75) Véase al respecto Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010.

(76) Ley 1340 de 24 de julio de 2009. Artículo 24. "... *Doctrina Probable y Legítima Confianza: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable...*"

(77) Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010. "*En síntesis, a juicio de la Corte, no existe prohibición constitucional para que a través de la ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo, la cual se establece en desarrollo de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta en situaciones específicas, evento en el cual se debe motivar el acto con razones suficientes por parte de la entidad supervisora*".

trativas y sus decisiones; en consecuencia, que la procedencia de la denominada y definida en la misma ley como doctrina probable, y sobre todo el acatamiento del principio de la confianza legítima, no podía ser extraño o incompatible con el ejercicio de la actividad pública administrativa,⁷⁸ entendiendo para estos efectos como doctrina probable, nada más y nada menos, que una clara modalidad de precedente administrativo, sujeta a la construcción doctrinal vinculante sobre el precedente en general, en especial, en lo que tiene que ver con el precedente judicial, en los términos expuestos en la primera parte del presente estudio.⁷⁹

⁽⁷⁸⁾ Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010. “...Sobre estas consideraciones, la Corte estima que se debe precisar la correcta interpretación de la Sentencia C-836 de 2001. Dicha Sentencia en el numeral 6º establece que la fuerza normativa de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia proviene,“(1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”. ...Observa la Corte que esta serie de características que se especifican en el estudio de constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896 pueden ser tenidos en cuenta en la interpretación del apartado del artículo 24 de la Ley 1340. En este caso la autoridad creada constitucionalmente por la vía del artículo transitorio 20 de la Constitución fue la Superintendencia de Industria y Comercio, que tiene el deber de vigilancia y control de la libre competencia en Colombia... En este caso no es cierto, como afirman los demandantes, que la vinculación a la doctrina probable solo pueda ser creada por una norma constitucional. El artículo 4º de la Ley 169 de 1896, que vincula a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, tiene jerarquía legal y no constitucional, y se relaciona con principios constitucionales como el derecho a la igualdad (art. 13), confianza legítima, buena fe (art. 83) y seguridad jurídica. Por esta razón estima la Corte que la interpretación de los demandantes de que en la Sentencia C-836 de 2001 se estableció que dicha doctrina solo puede ser establecida por la Constitución, es errada...”

⁽⁷⁹⁾ Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010. “...La doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la perpetuo similiter iudicatarum. En Colombia, como se indica en la Sentencia C-836 de 2001, la figura tuvo origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887. Posteriormente en la Ley 105 de 1890 se especificó aun más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal. Finalmente en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia... Considera la Corte, que con el apartado sobre doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, se establece la posibilidad de crear doctrina probable en sede administrativa, cuando se ejerce la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la SIC en materia de protección a la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal. En ese caso lo que se presenta es una vinculación más formal al precedente administrativo que se desarrolla en consonancia con los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. En ese caso se debe aplicar la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable debe ser motivada, pero especialmente de que la vinculación a ésta, no debe ser óbice para que teniendo en cuenta el caso concreto, la entidad administrativa se pueda apartar de dicha doctrina motivando con razones suficientes el acto para evitar las modificaciones intempestivas y descontextualizadas... En suma, la Corte estima que no existe prohibición constitucional para que a través de la Ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta por parte de la entidad supervisora en

5. De acuerdo a lo anterior, resulta claro que en el Derecho nacional el precedente administrativo no es el producto o resultado de la costumbre o de la simple y reiterada práctica administrativa. En estricto sentido, dentro de un contexto de legalidad formal, la costumbre no puede generar norma de Derecho público. Una afirmación en este sentido podría ser violatoria del principio de legalidad. No obstante, su valía como criterio auxiliar para medir el alcance de las normas es indiscutible. La Ley 153 de 1887, en su artículo 13, establece a este respecto, en concordancia con el artículo 230 constitucional, que *...la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva*, predicado este perfectamente válido para las relaciones entre particulares, pero que en tratándose de las relaciones e intereses públicas, en donde predomina el interés público y general y sobre todo en donde reina el principio de legalidad, lo consideramos inaplicable y carente de cualquier tipo de fuerza para una vinculación válida y constitucional de quienes ejercen funciones público administrativas.

Conforme los diseños de este planteamiento, no se podría predicar la costumbre en la base del precedente en cualquiera de sus modalidades, sea este judicial o administrativo, en cuanto el precedente está vinculado de manera directa con problemas de legalidad y no con la especulación arbitraria propia de la aplicación sistemática de una conducta. El precedente conforme a las construcciones jurídicas de la Corte Constitucional configura reglas emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, y no propiamente de la aplicación de la etérea, subjetiva, inmaterial y metafísica de la moral cristiana.⁸⁰ Tratándose de un problema vinculado al principio de legalidad, el precedente genera en consecuencia contenidos vinculantes —*ratio decidendi*— aplicables en las decisiones posteriores de los jueces, configurando, tal como lo resaltamos de conformidad con los desarrollos de la jurisprudencia constitucional, reglas —prohibición, orden o autorización— determinantes para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica semejante,

situaciones específicas, caso en el cual debe motivar el acto con razones suficientes para evitar la vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima...'

⁽⁸⁰⁾ La Corte Constitucional, en sentencia del 5 de mayo de 1994, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 153 de 1887, la encontró ajustada a la Carta: interpretó la moral cristiana como la moral común, genérica, que incluye a todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos. En sus relaciones entre la Constitución y la costumbre, la Corte hace énfasis en la plena vigencia del artículo 13, e incluso en su necesidad de admitirla como creadora de norma objetiva. El pueblo puede generar costumbre, a la cual le puede imprimir fuerza vinculante: *"De otra parte, hay que afirmar con toda claridad que negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo, representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita por la actual"*. Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 5 de mayo de 1994.

de aquí que las decisiones previas —precedente— determinen el derrotero de la interpretación de las norma y principios constitucionales hacia el futuro.

Estos planteamientos de la Corte Constitucional, sin embargo, debemos acogerlos con supremo recelo frente a la función pública administrativa, en la medida que podrían ser fuente de arbitrariedad y posiblemente corrupción en detrimento del interés general si se le otorga el carácter de fuente principal de nuestro Derecho y no secundaria, restringida exclusivamente a los casos en que esté autorizada expresamente por el legislador, como en las hipótesis en que el Derecho comercial deba aplicarse a la administración pública, en la medida en que en este ordenamiento es admitida la costumbre para precisos efectos probatorios.

No discutimos la procedencia de la costumbre en el Derecho privado, pero en materia de asuntos públicos tendría la capacidad suficiente para deteriorar profundamente el Estado de Derecho. Incluso la Corte la admite con restricciones: *La costumbre solo es fuente de derecho en Colombia a falta de norma legal expresa sobre el asunto; nunca (...) puede aceptarse que una costumbre contraria a expresa norma legal prime sobre esta última. La repetida violación de la ley no la deroga ni la excepciona, y el alegato de la propia ilegalidad no se hace de recibo cuando se le añade la confesión de su práctica inveterada.*⁸¹

V. ANÁLISIS Y CRÍTICA A RECIENTES DISPOSICIONES NORMATIVAS Y ALGUNOS PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE INCORPORAN REFERENCIAS AL PRECEDENTE EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En las recientes disposiciones normativas y proyectos de reforma constitucional del Código Contencioso Administrativo y de la Justicia se evidencia cierto interés por regular el precedente judicial y el precedente administrativo, lo que exige revisar de manera crítica si se corresponde con los postulados en los que se sustenta conceptual y materialmente, y si es necesario proponer su modificación, e incluso presentar la redacción alternativa de los textos legales que se están tramitando legislativamente.

1. Análisis y crítica en relación con el manejo del precedente en el artículo 114 de la ley 1395 de 2010. El viejo error de la *reiteración* para la conformación de un precedente

La pretensión de reconocer el precedente como instrumento para el logro de la coherencia y continuidad en la adopción de decisiones de la

⁽⁸¹⁾ Corte Constitucional. Sentencia T-340 de 1 de agosto de 1995.

administración — en materias tan disímiles como el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales, definición del pago frente a daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, solución de peticiones o expedición de actos administrativos — puede verse comprometida, desde la perspectiva legal, al prescribirse que solo adquiere la forma de precedente aquella reiteración que se presente en un mínimo de casos análogos, limitando así su alcance solo a la repetición de ciertos supuestos fácticos, dejando de lado la consolidación de una coherente *ratio decidendi* en determinado tema, independiente del número de veces que se hubiere invocado por la jurisprudencia. Se desconoce con estas actitudes del legislador el carácter sustancial del precedente, tal como se ha expuesto en las páginas anteriores y no su procedencia formal.

Esta profunda imprecisión en la concepción del precedente se evidencia en la redacción del artículo 114 de la ley 1395 de 2010 cuando establece que las entidades públicas de cualquier orden *...tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismo hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos* cae en el error de acudir a la idea de línea o reiteración jurisprudencia, que puede desencadenar efectos perversos, ya que como la doctrina lo sostiene si *...siempre se requiere más de un precedente en el mismo sentido, entonces se permite la existencia de oscilaciones en la aplicación de las normas por los órganos judiciales hasta asentar un criterio determinado en más de una decisión. Así, se acepta y justifica la existencia de supuestos en los que la jurisprudencia puede calificarse de “errática” o “no consolidada”, con los efectos que ello tiene sobre la protección del principio de igualdad y, especialmente, de la seguridad jurídica.*⁸²

No debe confundirse la norma del precedente con la costumbre y la práctica judicial. El precedente como razón de ser de la decisión en relación con los hechos y circunstancias del litigio, esto es, como instrumento de control de la aplicación de las normas, no tiene que encontrar su justificación en la repetición o reiteración para operar, para ser mejor en lo propuesto en relación con la solución del caso respectivo,⁸³ sino que encuentra su validez en la consolidación que ofrezca la *ratio decidendi*

⁽⁸²⁾ DÍEZ SASTRE, Silvia. *Ob. Cit.* p.137.

⁽⁸³⁾ *Ibid.* p. 92–93. “...es común que la doctrina y la jurisprudencia... entiendan que los precedentes han de ser reiterados, teniendo en común con la costumbre “el hecho de que procedan de la reiteración de comportamientos con un mismo contenido”... Este hecho puede interpretarse como una reminiscencia de la analogía creada entre precedente y costumbre, pues lo cierto es que mientras la reiteración es un rasgo inherente a la idea de costumbre, no lo es en el caso del precedente... Las razones por las que en un sistema jurídico puede exigirse la reiteración de un precedente podrán responder a la inercia, a la confusión con la costumbre, o bien a alguna razón de orden práctico, como, por ejemplo, facilitar la identificación de la verdadera *ratio decidendi*, de la regla central de un precedente. En cualquier caso, la reiteración será un dato fáctico a tener en cuenta con fuerza persuasiva, pero no *condictio sine qua non* para que el precedente pueda desplegar sus efectos, tal y como sucede con la costumbre”.

respecto a una construcción jurídica que merece proyectarse en el tiempo para permitir la plena efectividad de los principios de seguridad jurídica (confianza legítima) e igualdad ante la ley.

Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del texto legal (que debe tenerse en cuenta también en las reformas que operen y afecten la ley 1395 de 2010) en los siguientes términos:

Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que la justicia ordinaria o la contenciosa administrativa hubieren proferido.

2. Análisis y crítica en relación con el artículo 10 del proyecto de código contencioso administrativo que actualmente cursa en el congreso nacional. Una crítica y una propuesta que merecen ser oídas por el gobierno y los legisladores

El análisis y discusión acerca de la naturaleza e importancia del precedente administrativo como instrumento unificador y articulador, no ha sido ajeno a la actividad desarrollada por el legislador colombiano, en atención a la relevancia que este tema reviste respecto de la fundamentación coherente y garantista que ha de caracterizar a las decisiones adoptadas por la administración y adicionalmente como presupuesto básico, tanto de su correcto y continuo funcionamiento, como de la garantía y protección de los derechos de los administrados; cuestión que se ha visto reflejada en iniciativas tales como el proyecto de reforma del Código Contencioso Administrativo, teniendo cabida en lo consagrado en el artículo 10 donde se señala que al *...resolver los asuntos de su competencia las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares. Igualmente, estarán obligadas a decidir de conformidad, con las sentencias de unificación del Consejo de Estado, la jurisprudencia reiterada de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la jurisprudencia constitucional en materia de Derechos Humanos.*⁸⁴ No obstante lo anterior, y a renglón seguido, el proyecto agrega como inciso final del citado artículo 10 que *...sin perjuicio de lo anterior, las autoridades no podrán exigir la*

⁽⁸⁴⁾ En el proyecto inicial (artículo 9) se propuso que cuando se trate del precedente que debe ser aplicable por la jurisdicción contencioso administrativa, el proyecto establece que para *“garantizar el respeto a las decisiones judiciales que constituyen jurisprudencia reiterada o de unificación, se propone como mecanismo el derecho a solicitar la extensión y adaptación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en un fallo de unificación jurisprudencial en el que se haya reconocido una situación jurídica, siempre que, en lo pretendido exista similitud de objeto y causa con lo ya fallado”*.

aplicación de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares en virtud de un concepto jurídico emitido por estas mismas. El proyecto así visto padece de serias fallas de orden jurídico que pueden dar lugar a que los efectos esperados con su incorporación al proyecto no se cumplan cabalmente, en cuanto confuso e impreciso. La idea que se desprende de la disposición, indudablemente no es otra, que la de hacer mucho más ágil y seguro el funcionamiento del aparato estatal administrativo a través de la garantía del principio constitucional de igualdad, para lo cual, se quiere evitar a toda costa la improvisación en la motivación de las decisiones administrativas, sin embargo, el proyecto no cumple con este objetivo y por el contrario, puede llegar a constituirse, de prosperar el artículo como fue propuesto, en fuente inagotable de inseguridad jurídica e improvisación por la administración al momento de proferir las decisiones que le correspondan.

Al parecer lo que quisieron incorporar en el proyecto fue la figura del precedente, pero de las expresiones contenidas en la disposición, este propósito puede verse frustrado, si se analizan con detenimiento y profundización, en cada una de las ideas motoras del mismo, que si se visualizan en escenarios dinámicos, sustancialmente pueden ir más allá, de lo que la jurisprudencia ha delineado en relación con el concepto de precedente administrativo y de su núcleo central la *ratio decidendi*.

Definitivamente, al indicar el proyecto en el artículo citado, que para los efectos previstos las autoridades *aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares*, puede estar estableciendo un despropósito jurídico en cuanto está incorporando la costumbre, o si se quiere, la simple práctica administrativa como fuente del sistema del Derecho positivo aplicable a la administración pública, con claro desconocimiento del principio de legalidad, en la medida en que la simple reiteración de una conducta, como lo ha sostenido nuestra Corte Constitucional, por sí sola no puede ser fuente de nada en este ámbito del Derecho positivo.

Se trata de una afirmación regresiva, y por lo demás de una visión desfigurada y confusa, en relación con los progresos de la jurisprudencia constitucional en torno a la figura del precedente, de la seguridad jurídica y del principio de igualdad que debe dominar en toda relación entre la administración y los asociados. Lo importante y trascendente bajo las estructuras del Estado social de Derecho, no es tanto, que una visión o concepción de la legalidad hubiere sido reiterada por la administración —costumbre o práctica— sino que ésta sea el producto de una sólida y coherente visión y adecuación al orden jurídico y constitucional, así no se hubiere reiterado o no hubieren sido muchos los casos en que se hubiere aplicado. Pero adicionalmente que esta sólida argumentación hubiere surgido de la

confrontación de los hechos de un caso concreto con el Derecho y no de una simple generalización de apreciaciones y conceptualización jurídica en el tiempo como lo pretende el proyecto.

Se agrega en la norma criticada que, igualmente, estarán obligadas las autoridades administrativas a decidir de conformidad ...*con las sentencias de unificación del Consejo de Estado, la jurisprudencia reiterada de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la jurisprudencia constitucional en materia de Derechos Humanos...* aquí el error también es de magnitud, en cuanto parte el proyecto, en primer lugar de insistir en el tema de la reiteración como referente objetivo para la determinación de la jurisprudencia como norma vinculante en las decisiones administrativas, lo cual consideramos un despropósito formalista, y en segundo lugar, de un profundo desconocimiento de la estructura propia de toda providencia judicial o administrativa, que conforme lo ha reconocido y adoptado la doctrina y la jurisprudencia, tanto constitucional como administrativa, ampliamente expuesta en los numerales anteriores, implica un todo complejo integrado materialmente de *ratio decidendi*, pero también de *obiter dicta*, en donde el primero es claramente el componente vinculante en cuanto concentra el debate fáctico-jurídico del caso, y el segundo un simple complemento especulativo de raíces no fácticas.

De aquí se concluye que lo imperativo para la administración, en la estructuración de toda decisión creadora de situaciones jurídicas subjetivas, no es en su integridad la providencia judicial o la sentencia en sí misma, sino simplemente si *ratio decidendi*, esto es lo que verdaderamente configura un antecedente vinculante de la misma o precedente propiamente dicho.

Es preciso concluir que lejos de brindar mayor claridad acerca del papel que juega el precedente administrativo dentro del ordenamiento jurídico, y en especial en lo concerniente a la práctica del Derecho Administrativo, el proyecto incorpora un concepto confuso y ambivalente respecto a su aplicación e interpretación, elevando a fuente la jurisprudencia reiterada y no propiamente la idea vinculante de *ratio decidendi* articulada dentro del concepto de precedente.

Pero lo que resulta aún más criticable es que insiste el proyecto en el tema de la reiteración mediada por la uniformidad para la configuración de la imperatividad de un antecedente jurisprudencial. La aplicación uniforme del ordenamiento jurídico, por sí solo, no puede llevar a distorsionar la idea de precedente. Lo lógico es que la norma simplemente se remita al precedente como entidad definida y con contenido propio de conformidad con los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y no a una simple unificación o reiteración jurisprudencial como fundamento de las decisiones de la administración, que lo único que intentan incorporar en

el ordenamiento jurídico no son otra cosa que la costumbre y la práctica administrativa que tan lejanas están del marco conceptual objetivo y cierto de lo que venimos entendiendo por precedente administrativo.

Se reitera, el precedente tiene como virtud la consolidación de las construcciones jurídicas que ofrece la *ratio decidendi* en la resolución de caso a caso, de manera que el alcance de la teoría del precedente no se agota en relación con las decisiones simplemente judiciales, sino que puede comprender de similar manera y bajo la misma preceptiva justificante, la actividad propiamente de las autoridades administrativas y, lo esbozado por ellas en relación con el principio de legalidad, para darle así continuidad a los motivos y fundamentos en los que las autoridades apoyan sus decisiones administrativas, lo que significa que estas tienen en sus manos la responsabilidad, y el deber funcional constitucional, de garantizar los principios de legalidad, igualdad, buena fe, debido proceso en aras de la consolidación de la seguridad jurídica.

Lo anterior exige que se revise, con base en similares argumentos, lo establecido en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 respecto a la doctrina probable, ya que induce no a la aplicación del precedente administrativo, sino a la operatividad de la denominada “práctica administrativa”, que por mecánica y automática no reviste la entidad de precedente, lo que no implica desestimarla puesto que puede servir como instrumento probatorio y de legitimación de la confianza de los administrados. Debe, por tanto, la doctrina decantar la discusión del análisis o bien por la defensa de un solo acto como constitutivo de precedente, o la exigencia de reiteración como prueba no del precedente sino como criterio de actuación para la administración.

a) Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del artículo 10 del proyecto de Código Contencioso (se propone suprimir el inciso 2º), en los siguientes términos:

Artículo 10. Deber de aplicación del precedente administrativo y judicial. Al resolver los asuntos de su competencia las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares conforme a los precedentes administrativos existentes. Igualmente, estarán obligadas a decidir de conformidad, con los precedentes judiciales pertinentes.

b) Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, en los siguientes términos:

Artículo 24. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Los precedentes administrativos son vinculantes en toda decisión posterior en donde se resuelvan situaciones fácticas similares.

VI. ANÁLISIS Y CRÍTICA EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA GUBERNAMENTAL DE REFORMA AL ARTÍCULO 209 CONSTITUCIONAL QUE ABORDA EL CONCEPTO DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y DESCONOCE LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO. UNA CRÍTICA Y UNA PROPUESTA QUE MERECE SER OÍDAS POR EL GOBIERNO Y LOS LEGISLADORES

La propuesta del gobierno de reforma del artículo 209 constitucional desconoce la amplia construcción jurisprudencial que existe en materia de precedente judicial, y la que viene emergiendo acerca del precedente administrativo, al establecer que las "...autoridades administrativas están sometidas a la Constitución, al ordenamiento jurídico, a la jurisprudencia y a su propia doctrina. La ley definirá los casos en que la propia doctrina tendrá fuerza vinculante. Los cambios doctrinales no podrán tener efecto retroactivo". Los defectos de la propuesta de reforma constitucional radican en dos aspectos fundamentalmente:

El primero, la incorporación de la jurisprudencia como fuente directa para la construcción de las decisiones administrativas, haciendo vinculante la totalidad de sus elementos estructurantes —*ratio decidendi* y el *obiter dicta*— de manera indiscriminada, generando inseguridad en la medida en que las razones imperativas derivadas de la solución del conflicto y de los hechos controvertidos directamente en el fallo esto es la *ratio decidendi*, que como hemos estudiado configura por las múltiples y profundas razones expuestas el elemento realmente cierto y vinculante de la providencia, aparece diluido ante la falta de técnica utilizada en la referencia a la jurisprudencia como fuente directa para las decisiones administrativas, pudiendo generar esta situación un efecto no deseado y nocivo para las decisiones administrativas, el de que la administración termine motivando y decidiendo, no por las razones objetivas de las *ratio decidendi* previas, esto es, realmente por sus precedentes administrativos, sino, por las marginales y muchas veces impertinentes razones de adorno incorporadas en los *obiter dicta*, que se acompañan tradicionalmente en nuestras providencias judiciales y administrativas, es decir, especulando y no fallando sobre la base de la igualdad y la seguridad jurídica que es

realmente lo que se espera de la administración pública según los designios del Estado social y democrático de Derecho.

Agregaría a este marco de críticas, que las observaciones efectuadas en relación con el numeral anterior, esto es, en cuanto se refiere al tratamiento de la jurisprudencia en el proyecto de código contencioso administrativo. Planteamientos que tienen plena aplicación para efectos del presente análisis, en cuanto en la realidad de las cosas el efecto perseguido en el proyecto de reforma constitucional no es otro que el de hacer imperativo para la administración los trabajos jurisprudenciales y no propiamente los precedentes judiciales y administrativos.

El segundo la elevación a rango constitucional de la fuente doctrinal, esta vez no como creación e ideación jurídica de los tratadistas y estudiosos de los temas y problemas jurídicos, sino, como el resultado de las elaboraciones de la misma administración, con el agravante de que se imprime fuerza vinculante a los misma, generando un caldo impredecible e inadmisiblemente de confusión entre doctrina y precedente, cuando a ésta altura de nuestra cultura jurídica se han decantado suficientemente ambas figuras.

Es más, se acude a este tipo de redacción, cuando los trabajos jurisprudenciales y precisamente los realmente doctrinales, le han dado cuerpo y naturaleza jurídica propia a cada una de ellas permitiéndonos identificarlas y ubicarlas perfectamente dentro de la secuencia de nuestro Derecho positivo. En definitiva lo único que tendría que agregar aquí, es que realmente doctrina no es precedente y que la administración en sus decisiones no genera doctrina sino precisamente precedentes — *ratio decidendi* — o eventualmente especulación *obiter dicta*, pero nada más.

Con esta norma se estaría confundiendo la doctrina como precedente, porque como lo ha resaltado la sentencia C-037 de 2000: *Prima facie, excluye que la norma se refiera a los conceptos vertidos por los tratadistas en sus estudios o publicaciones, pues nuestra tradición jurídica colombiana no ha considerado a la doctrina así entendida como fuente formal del derecho, aunque si como fuente material. En este sentido es considerada como factor o elemento que puede llegar a determinar el contenido de las normas, mas no como expresión de preceptos vinculantes propiamente dichos,*⁸⁵ poniéndose en riesgo la seguridad jurídica de los asociados.

Debe, por tanto, reiterarse, que si se quiere elevar a norma constitucional el precedente administrativo, se precisa que se delimite su concepto y alcance, recurriendo a la decantación que la jurisprudencia constitucional ha efectuado al respecto, ya que lo que se busca con la elaboración de un concepto de precedente administrativo es que a través de decisiones administrativas sujetas a la legalidad, pero también, respetuosas de los principios constitucionales de

⁽⁸⁵⁾ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 26 de enero de 2000.

igualdad y buena fe, se ofrezca plena seguridad jurídica a los asociados, para lo cual inevitablemente se le debe reconocer fuerza vinculante a las decisiones administrativas, específicamente, la *ratio decidendi* de las providencias administrativas que fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en Derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad.⁸⁶

Se requiere advertir que la definición legal de los casos en los que la doctrina revista carácter vinculante, afecta la construcción dogmática de las fuentes del Derecho, de manera que solapada en dicha doctrina la jurisprudencia adquiere la connotación de fuente formal, lo que puede ocurrir con la doctrina legal, que hasta la fecha se consideraban fuentes materiales, y cuyo carácter vinculante no puede llevar a crear un nivel normativo adicional, al que se le daría capacidad reglamentaria de las normas, consolidando el papel de colegislador del juez o autoridad administrativa, generando como resultado el riesgo en el que queda comprometido el principio de igualdad en sus nuevas concepciones (encaminadas al reconocimiento de la diferenciación), a la afectación de la justicia material y, a la deformación de la seguridad jurídica.

Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del inciso 3º del artículo 9 de la Reforma de Justicia que modifica el artículo 209 de la Constitución, en los siguientes términos:

Artículo 9. El artículo 209 de la Constitución Política quedará así: Las autoridades administrativas están sometidas a la Constitución, la Ley y a los precedentes administrativos y judiciales.

VI. CONCLUSIONES: RESPUESTA A LOS INTERROGANTES FORMULADOS EN EL PROBLEMA JURÍDICO

1) *¿Cuál sería un concepto adecuado de precedente administrativo dentro de nuestro Derecho positivo?*

Se entiende el precedente administrativo, la decisión administrativa que fija de manera consistente y vinculante a partir de una solución jurídica

⁽⁸⁶⁾ DÍEZ SASTRE, Silvia. *Ob. Cit.* pp. 62–63. “...los precedentes se emplean como parte de la justificación jurídica que se realiza en el razonamiento argumentativo necesario en la aplicación del Derecho.”

a una situación fáctica específica, el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en Derecho, —*ratio decidendi*— no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la exposición de sólidos y razonables argumentos jurídicos que hacen vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad, legalidad, seguridad jurídica y el debido proceso.

Dentro dicha definición debe reiterarse, críticamente, que no puede operar como criterio determinante de la definición del precedente administrativo la concurrencia de un mínimo de decisiones coincidentes, ya que puede ocurrir que la doctrina probable, o precedente administrativo, no tenga ocurrencia en períodos consecutivos, esto es, que no es un elemento esencial para la construcción de un concepto válido entre nosotros, de precedente administrativo el que el mismo hubiere sido reiterado para efectos de garantizar su carácter vinculante y su debida aplicación por las autoridades administrativas en sus decisiones. Una decisión contentiva de una sólida *ratio decidendi* es suficiente para determinar y abrir un camino de aplicación de una solución jurídica para los múltiples casos futuros.

2) *¿Constituye en la realidad de las cosas jurídicas, el precedente administrativo, un elemento fundacional del sistema jurídico del derecho positivo? O, por el contrario, ¿constituye el precedente administrativo un simple instrumento coadyuvante en la consolidación de los elementos básicos del sistema jurídico del Derecho positivo como lo son la constitución política, la ley y el acto administrativo?*

Si se acoge la jurisprudencia constitucional en materia de precedente judicial o jurisprudencial, y se traslada al debate del precedente administrativo, cabe afirmar que este solo será elemento fundamente del sistema jurídico si se entiende que tiene como propósito y objetivo fundamental de la consolidación de los principios de seguridad jurídica, buena fe e igualdad ante la ley de todos los asociados, de manera que el precedente forme parte de un todo sistémico donde la constitución, las leyes y su aplicación por esta técnica ratifiquen el respeto y precedencia de los principios mencionados. De aquí que sostengamos en la construcción del concepto su carácter de vinculante en nuestro Derecho.

Luego, el precedente administrativo tiende a acogerse como elemento en el que pueda fundarse el sistema jurídico, entendido como instrumento material y sustancial del Estado de Derecho, de manera que opere, a su

vez, como una suerte de control de la discrecionalidad administrativa, reforzando las garantías de los asociados y, permitiendo el desdoblamiento de la tutela efectiva de los derechos en el marco del ejercicio de las actividades administrativas.

El concepto de precedente administrativo propuesto se enmarca dentro de los senderos de las plenas garantías institucionales a los asociados, configurando una clara hipótesis de imperativo para todo tipo de operador en sus relaciones con las personas dentro de los marcos del Estado social y democrático de Derecho.

3) *¿Cuál debe ser la relación entre el concepto de precedente administrativo con los principios generales del derecho y en especial con principios como los de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y buena fe?*

Se busca con la elaboración de un concepto de precedente administrativo que, a través de decisiones administrativas sujetas a la legalidad, pero también, respetuosas de los principios constitucionales de igualdad y buena fe, se ofrezca plena seguridad jurídica a los asociados, para lo cual inevitablemente se le debe reconocer fuerza vinculante a las decisiones administrativas que fijan de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en Derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad.

Se exige, por tanto, que las decisiones administrativas respondan con certeza y concreción a la necesaria coherencia a la que debe corresponderse, de manera que la uniformidad de criterios permita consolidar una protección adecuada a los fines estatales, y se revierta la tendencia hacia la creación de beneficios y de situaciones jurídicas que pronto se ofrecen contradictorias unas a otras. Lo anterior, además, puede representar la afectación patrimonial de la administración pública, y la pérdida de eficiencia y de eficacia a la que debe obedecer la actividad administrativa (y que es reconocida constitucionalmente en nuestro artículo 209 CP). Todo lo cual se sostiene, sin desconocer el principio de legalidad material característico de toda organización sujeta a los marcos del Estado social y democrático de Derecho.

En ningún caso, la aplicación del precedente administrativo puede socavar la primacía del principio de legalidad en razón de favorecer a las

actividades, o prácticas que autorizadas, permitidas o no sancionadas se constituyan en regla amparada por la decisión administrativa (precedente ilegal), sino que, por el contrario, el precedente administrativo debe convertirse en la reafirmación y consolidación de dicho principio, y en límite adicional al ejercicio discrecional de las decisiones que adoptan las autoridades administrativas.

Salvo que haya cambios históricos, sociales, culturales, o sea indispensable por razones de interés público, la aplicación del precedente administrativo debe permitir que opere un verdadero criterio de justicia en las decisiones administrativas, de manera que haya igualdad de trato y de consideración, e incluso que se puedan consolidar eventos de discriminación positiva que exigen que dicha igualdad se representen en condiciones excepcionales que son aplicables en atención a criterios subjetivos, colectivos o culturales especiales y específicos.

Finalmente, de dotarse de carácter vinculante al precedente administrativo se lograría la seguridad jurídica, creando estabilidad y ponderación adecuada de los intereses que estén en juego, de manera que se permita darle sentido al Estado Social de Derecho y, permitiendo que se acreciente la confianza de los asociados en sus autoridades administrativas, lo que tiene como principal, y máspreciado, resultado permitir que el ordenamiento jurídico se respete y madure de manera sinérgica con las propias aspiraciones, demandas y necesidades de la sociedad, y la coherencia de las decisiones administrativas.

Bogotá D. C., agosto de 2010

NOTAS

SEMBLANZA DE DIEGO GARCÍA SAYÁN *

Javier de Belaunde L. de R.

El afecto y admiración por Diego García Sayán hizo que recibiera con gran satisfacción el encargo de la Junta Directiva para hacer su semblanza en la ceremonia de hoy, en la que el Colegio de Abogados de Lima reconoce acertadamente con la Condecoración “Francisco García Calderón”, una trayectoria intelectual, profesional y de vida caracterizada por su compromiso con los derechos humanos, los valores democráticos y la defensa del Estado de Derecho.

Semblanza, dice el Diccionario, es un bosquejo biográfico. Dada la amplitud, diversidad y riqueza de la trayectoria y aportes de Diego, tan grato encargo, no resulta nada fácil. Por ello, después de dar cuenta brevemente de su formación universitaria he escogido cinco rubros en los que estimo que la personalidad y aportes de nuestro homenajeado se expresan plenamente: a) en la construcción de institucionalidad desde la sociedad civil; b) en la asunción de misiones y tareas internacionales; c) en la función pública en situaciones complejas; d) en el ámbito académico; y e) como juez, y ahora Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Diremos antes que estudió Letras y Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde se graduó de abogado en 1975, en tiempos en que se implementaba una importante reforma de la enseñanza del Derecho en esa Facultad, habiendo realizado también estudios de Ciencias Políticas en la Universidad de Texas (Austin). La vida universitaria en la Católica fue

(*) Leída el 10 de diciembre de 2009 en el Colegio de Abogados de Lima con motivo de la imposición de la Condecoración “Francisco García Calderón”

alternada con la dirigencia estudiantil y marcada por el interés en lo social y político. Su tesis para obtener el Bachillerato, resultó un magnífico trabajo de investigación desde una perspectiva socio-jurídica, en la que el Derecho no sólo interesa en sus aspectos normativos, sino fundamentalmente en su vigencia social, tal como funciona efectivamente en la realidad.

La visión del Derecho como un instrumento de construcción de sociedades más justas, antes que de órdenes lógicos perfectos, adquirida, a no dudarlo, tempranamente por las enseñanzas y ejemplo de su ilustre padre, el jurista Enrique García Sayán, fue cultivada y consolidada en su formación universitaria y estimo que viene siendo el hilo conductor en los diversos aspectos de la actuación de Diego.

1. Construcción de institucionalidad desde la sociedad civil

García Sayán no sólo ha trabajado al inicio de su carrera en importantes proyectos de investigación y promoción social en el Centro de Estudios y Promoción de Desarrollo (DESCO), sino que ha participado en la constitución de organizaciones como el Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES) y el Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI). Si bien podemos sumar a este aporte a la institucionalidad desde la sociedad civil, su presencia en la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima (1985–1986), su pertenencia a la Sociedad Peruana de Derecho Internacional y la Presidencia de la Defensoría del Asegurado (1999 a 2006), nada es más significativa que su decisiva participación en la formación y desarrollo de la Comisión Andina de Juristas, a la cual Diego se halla vinculado intensamente, en realidad, apasionadamente, con algunos necesarios intervalos, desde 1982.

En el marco del auspicio de la prestigiosa Comisión Internacional de Juristas, se constituyó la Comisión Andina de Juristas en 1980, la cual sólo adquiriría viabilidad cuando en 1982 Diego acepta ser su Secretario Ejecutivo estableciendo su sede en Lima. La Comisión se establece como una asociación internacional que brinda servicios jurídicos de interés público para el fortalecimiento y vigencia del Estado de Derecho y la difusión de las instituciones democráticas, en la perspectiva del respeto a los derechos humanos; su ámbito de operación son seis países, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela.

García Sayán ha plasmado en 1998 en ese estupendo testimonio que constituye el libro “Vidas Paralelas”, el itinerario de esta institución que en los primeros años puso su énfasis en los derechos humanos desde una perspectiva jurídica, para luego centrar sus esfuerzos “en la modernización, reforma o creación de instituciones democráticas y eficientes dentro del Estado”. En ese contexto aparece como tema central la preocupación por la

administración de justicia cuyos aportes continúan siendo hoy referencia obligada. Pero la Comisión se propuso estar “en capacidad de influir más y de mejor manera en la dinámica de los hechos y del Estado de Derecho en los diferentes países de la región”, en esa línea un tema central de trabajo resultó “la aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno”. La protección internacional de derechos humanos, a través de cursos, foros, debates, se fue introduciendo poco a poco en el país con el objetivo de que los diversos operadores jurídicos y los ciudadanos aprendieran a hacer uso de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos y en el caso de jueces y fiscales, para que apliquen en su quehacer cotidiano tales instrumentos como parte de un solo orden jurídico con el derecho interno. Creo que la exitosa vigencia que hoy encontramos muy difundida en nuestro país de esta unidad, se debe en gran medida al impulso y al rol jugado por la CAJ.

La Comisión ha contribuido importantemente a la coordinación de instituciones nacionales de la región andina que trabajaban en el campo de la defensa de los derechos humanos a través del intercambio de experiencias y de la organización de reuniones para trazar perspectivas comunes.

En realidad, no hay tema vinculado con la vigencia del Estado de Derecho y de los derechos humanos que no haya sido tema materia de agenda de la Comisión. La pobreza, la constitucionalización de los derechos fundamentales, la problemática indígena, las drogas y el Estado de Derecho, la violencia interna, los desplazados de la guerra, la problemática de órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional, la participación ciudadana han sido materia de estudio y de propuestas para la acción. Todo ello en tiempos no siempre tranquilos. La voz democrática y de paz de la CAJ se oyó en tiempos de la guerra interna, tanto como de la ruptura del orden constitucional en el Perú, y fue un referente en los tiempos de la autocracia de los noventa.

En fin, no podemos agotar en pocos minutos la enorme vigencia de esta institución que cuenta con estatus consultivo ante la ONU y la OEA y que está afiliada a la Comisión Internacional de Juristas. Una adecuada referencia a ella, impone destacar finalmente otro aspecto importante: su rol en la formación de personas. Podríamos decir que la Comisión se ha convertido en una fuente de producción de personas y profesionales comprometidos con la defensa del Estado de Derecho, que hoy actúan en diversos ámbitos de la vida nacional e internacional. A no dudarlo, la presencia en ella de personas como Enrique Bernales resulta fundamental en este y otros roles, pero hoy debemos reconocer la enorme interrelación entre la personalidad y los intereses de García Sayán con la institución a modo de verdaderas vidas paralelas. La Comisión ha constituido la

columna vertebral de este hombre de acción, con especiales dotes para la organización y la promoción.

2. El desarrollo de misiones y tareas internacionales

Diego ha sido Presidente del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas (hasta 2003). En el año 2006 Miembro del Comité designado por el Secretario General de la ONU para rediseñar el Sistema de Administración de Justicia de la Organización de Naciones Unidas. Jefe de la Misión de Observación Electoral de la OEA en Guatemala entre mayo y noviembre de 2007. Es desde el 2005, árbitro de la Corte permanente de Arbitraje de La Haya.

Pero en éste ámbito, creo fundamental destacar su actuación en Guatemala y El Salvador por encargo de Naciones Unidas.

Asumió graves responsabilidades que él ha descrito como un privilegio personal. Participó activamente desde 1991 en el apoyo al desarrollo de algunos temas en la negociación de paz entre el gobierno de El Salvador y la guerrilla del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional. Luego formó parte del equipo negociador de la ONU entre el Gobierno de Guatemala y la guerrilla de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, para acabar conduciendo durante cerca de tres años una experiencia fascinante –al decir de Diego- de verificación de acuerdos de paz en El Salvador.

Participó pues activamente del papel decisivo que asumió Naciones Unidas para facilitar el diálogo y para concretar avances de las conversaciones de paz en El Salvador, en fórmulas que eran alcanzadas a las partes para su discusión, revisión y aprobación. Su aporte en el borrador de acuerdo sobre derechos humanos constituyó una base fundamental en todo el proceso salvadoreño. Algo parecido ocurrió con el proceso guatemalteco, respecto al cual el “Acuerdo Global de Derechos Humanos” en cuya redacción tuvo protagónica participación en 1992, resultaría un elemento fundamental en todo el proceso.

Pero quizás la etapa más importante de estas misiones internacionales se da cuando García Sayán es invitado por el Secretario General de la ONU, Javier Pérez de Cuellar, a formar parte de la misión que visitaría El Salvador con el propósito de explorar las posibilidades de iniciar la verificación del acuerdo de derechos humanos y de los demás acuerdos sucritos entre el gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí, antes del cese de fuego. Era novedoso que un acuerdo de este tipo estuviera abierto a una verificación internacional de Naciones Unidas, encabezada por un Director designado por el Secretario General y que tendría no sólo amplias atribuciones para desplazarse por el país ingresando a todo tipo de instalaciones, sino que sus recomendaciones serían obligatorias para las partes.

La misión importó que Naciones Unidas tome contacto por primera vez con los guerrilleros en territorio salvadoreño. El texto escrito por García Sayán que da cuenta de esta experiencia, dentro de la cual describe la entrevista en plena zona rural con el comandante que actuaba bajo el pseudónimo de “Jesús Rojas”, quien semanas después caería abatido en una emboscada y que fuera el último comandante guerrillero del Frente Farabundo Martí en morir durante la guerra, es realmente conmovedor, y nos permite medir no sólo la valentía de quienes integraron esa misión sino su enorme servicio a la causa de la paz.

El informe de esa misión, verificada la voluntad de las partes en conflicto, permitió que el Consejo de Seguridad adoptara la decisión de que el componente de derechos humanos de la Misión de Observadores de las Naciones Unidas (ONUSAL) se instalara en 1991. Diego fue designado por el Secretario General de ONU como su Representante como Director de la División de Derechos Humanos de ONUSAL. Se traslada con su familia a El Salvador a formar parte de esa tan trascendental como no exenta de riesgos, misión de paz en un país desangrado por una larga guerra interna. Se trataba de contribuir a cambiar radicalmente la situación existente de violación masiva y sistemática de los derechos humanos, pero también de coadyuvar a cambiar y revitalizar instituciones básicas de la sociedad salvadoreña como el sistema judicial, la policía y la Fuerza Armada.

ONUSAL y el proceso de “verificación activa”, ha marcado un hito, sobre la base de la existencia de voluntad política de los actores nacionales, de una participación eficaz de la ONU en la construcción de la paz. A ello, dedicó García Sayán dos años de su vida.

3. Ejerciendo funciones públicas en situaciones difíciles

Ha puntualizado Diego que “la violencia política, entendida como la acción armada de grupos subversivos y la consiguiente respuesta del Estado, es el marco general en el que a menudo se vulneran derechos fundamentales”. Durante la década del 80 en el Perú, la participación de García Sayán y de la CAJ en el análisis objetivo y en la búsqueda de alternativas, permitió avances en diagnósticos y lineamientos de respuesta a la situación que se enfrentaba en ese momento. Tal vez ello, motivó que Diego fuera llamado en septiembre de 1985 por el Presidente García a formar parte de una “Comisión de Paz” a partir del descubrimiento de las fosas de Pacayacu en Ayacucho y de la masacre de Accomarca. Diego, no rehuyó la responsabilidad, pero ante la inoperancia y falta de perspectivas reales de la Comisión se vio forzado, junto con otros, a dejarla en enero de 1986.

Este quizás fue un asomo de Diego por funciones públicas, que sirve para dar cuenta de su indeclinable compromiso por la defensa de los derechos humanos en toda las etapas de su vida, pero ciertamente, el desempeño de la función pública que es menester destacar por la importancia y magnitud de sus realizaciones es como Ministro de Estado en dos oportunidades; en la cartera de Justicia entre el 2000 y 2001, formando parte del Gobierno de Transición presidido por Valentín Paniagua y en la cartera de Relaciones Exteriores, entre el 2001 y 2002, en el gobierno presidido por Alejandro Toledo.

a) En el Gobierno de Transición: el Ministerio de Justicia

No está de más recordar las circunstancias de extremo quebranto moral y político en las que se instala el Gobierno de Transición. Un calculado proceso de desconstitucionalización se había operado en la década del 90 en el Perú. La Constitución escrita fue vaciada paulatinamente de contenido a través de prácticas o de leyes abiertamente contrapuestas a los principios y a la norma constitucional. Así, el texto constitucional permaneció formalmente inalterado, pero su vigencia en la realidad fue cada vez menor. Un proyecto político autoritario se abrió paso desde el Poder Ejecutivo, teniendo como instrumento al Congreso unicameral, al sistema de justicia sometido y a un amplio y variado sistema de corrupción que enroló a variados medios de comunicación.

Así, se destruyeron las instituciones democráticas; quizás por la tenaz convicción de Jorge Santistevan como Defensor del Pueblo, fue la Defensoría la única que sobrevivió el huracán autoritario. Los derechos humanos fueron ignorados y frecuentemente pisoteados. La desconfianza ciudadana hacia los gobernantes y hacia el sistema legal se agudizó.

En este contexto, el Gobierno del Presidente Valentín Paniagua asume el compromiso de conducir al país a un proceso electoral legítimo y de iniciar un proceso de reconstrucción democrática y moral, que devolviera a las instituciones su sentido y que propiciara la reconstrucción de la confianza ciudadana en el sistema democrático de gobierno.

Nuestro amigo Diego, de quien ya nos hemos podido dar cuenta, que le gustan las tareas difíciles, asumió la convocatoria del insigne demócrata Valentín Paniagua, llevando a cabo una brillante gestión como Ministro de Justicia. Si analizamos esos pocos meses de actuación, no podemos ocultar sorpresa y admiración por todo lo avanzado. No sólo ejerciendo esa virtud de convocar a las personas adecuadas para las tareas indicadas, como es el caso de su Vice-Ministro, Juan Jimenez Mayor, sino volcando toda su experiencia previa en el ámbito nacional e internacional en ese difícil período

de nuestra República, García Sayán realizó una gestión que, trascendió el ámbito del Ministerio, generando una dinámica de concertación, diálogo y búsqueda de consensos en temas centrales como la justicia, la democracia y los derechos humanos, dejando como principal aporte la contribución a la devolución al país de una institucionalidad democrática.

Así en la senda de esa reconstrucción, promovió la normalización de las relaciones del Perú con la Corte Interamericana de Derechos Humanos e impulsó la reconstrucción de nuestro sistema de administración de justicia que había llegado a su más bajo nivel de independencia de la historia; así construyó una relación con el Poder Judicial y el Ministerio Público basada en el respeto de sus fueros y en la colaboración activa del Gobierno al proceso de recuperación de su autonomía e independencia; impulsó el diseño de las bases para la reforma constitucional a través de una Comisión de expertos de muy ancha base que produjo un documento fundamental; promovió un detallado estudio para identificar las leyes inconstitucionales o contrarias a las normas internacionales de derechos humanos que se habían dictado desde el golpe de Estado del 5 de abril de 1992.

Aspecto central de esta gestión fue la lucha contra la corrupción que había alcanzado durante la década del 90, características de una organización criminal formada desde el Estado. Este nuevo fenómeno hacía insuficientes los mecanismos que brindaban los procedimientos penales tradicionales; por ello desde el Ministerio se elaboraron proyectos que luego fueron leyes del Congreso, entre ellos, por ejemplo el de colaboración eficaz; pero quizás lo más importante fue la generación de un verdadero fiscal anti-corrupción que luego se complementaría con un sub-sistema judicial anti-corrupción, que hasta el día de hoy muestra sus frutos, la ampliación del mandato de la Procuraduría ad-hoc establecida para investigar a Vladimiro Montesinos extendiéndola al ex Presidente Alberto Fujimori. Este impulso y la generación del marco legal adecuado, fue sin duda determinante para que el sistema judicial, con las garantías del debido proceso, incautara más de 200 millones de dólares de la corrupción y pusiera en prisión a un número importante de funcionarios que habían desempeñado elevadas funciones públicas, hecho sin precedentes en nuestro país.

De otro lado, la Iniciativa Nacional Anticorrupción impulsada desde el Ministerio, fue integrada por destacadas personalidades, quienes como una propuesta del Estado y de la sociedad civil, lideraron un proceso que coadyuvara a sentar las bases de un Plan Nacional Anticorrupción. Se trata del más completo estudio sobre corrupción que se haya hecho en el Perú y que fue discutido en múltiples foros regionales. Su informe final de julio de 2001, continúa siendo una obligada referencia.

Le correspondió también al Ministerio de Justicia asumir el liderazgo en el impulso de una política de derechos humanos que, como hemos dicho, implicó su reinserción en la comunidad democrática internacional y una consistente estrategia y actuación en múltiples campos entre otros, el de la vigilancia del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de organismos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos, el del estudio para la suscripción del Estatuto de la Corte Penal Internacional (“Estatuto de Roma”). Pero cabe destacar especialmente, el proceso que culminó con la constitución de la Comisión de la Verdad y Reconciliación para el esclarecimiento de los graves crímenes cometidos tanto por los grupos terroristas como por funcionarios del Estado entre mayo de 1980 y noviembre del 2000, como herramienta fundamental para la construcción de la paz y la reconciliación en el país. Esta comisión, presidida por Salomón Lerner Febres, produjo el Informe que constituye un hito en la vida nacional como un profundo análisis de aquellos aspectos de nuestra realidad que han estado y que lamentablemente están aún, en las bases de la guerra interna vivida en nuestro país.

Es claro que el paso de Diego García Sayán por el Ministerio de Justicia fue pues, particularmente relevante en un momento especialmente trascendente; a lo dicho habría que añadir muchas cosas más, como el impulso a la liberación de inocentes injustamente acusados por delitos de terrorismo; la solución dialogada en casos especialmente sensibles, como el de la matanza de Barrios Altos; obras efectivas de rehabilitación en los centros penitenciarios; la descentralización eficaz de los programas de titulación de tierras; leyes que restablecieron derechos conculcados. Pero el tiempo no nos lo permite. Pero resulta del todo evidente que en un momento de prueba, desplegó toda su convicción y eficacia en el compromiso por la reconstrucción del Estado de Derecho.

b) Como Ministro de Relaciones Exteriores

En julio del 2001, el Presidente Alejandro Toledo, elegido en elecciones pulcras y ejemplares, llamó a Diego a ocupar la cartera de Relaciones Exteriores que, con la trascendencia histórica de haber formulado la Tesis de las 200 millas marítimas, había ocupado con singular brillo su padre, Enrique García Sayán, hacía más de 50 años.

Indudablemente el contexto era distinto al del Gobierno de Paniagua y las metas ya no podían tener el corto plazo de la transición, sino deberían ser a mediano plazo. Según da cuenta Diego en su obra “Una Política Exterior Peruana”, que es una suerte de memoria de su paso por la Cancillería,

uno de los ambiciosos objetivos trazados a iniciativa del Presidente Toledo, “fue la reducción de gastos militares en América Latina, anunciada el día de la asunción de la presidencia”.

Durante esta etapa García Sayán trabaja en precisos “objetivos fundamentales que articulados entre sí –nos dice- vertebran la lógica de la nueva política exterior: promoción activa de la democracia y los derechos humanos; lucha contra la pobreza; asociación preferencial con los países vecinos; reducción de gastos de defensa; unidad e integración andina; intensificación de las relaciones con los países industrializados y con los de Asia Pacífico; promoción económica del Perú en el mundo; prestar activo servicio a las comunidades peruanas en el exterior y, la reinstitucionalización de la Cancillería”.

Como podemos apreciar, las preocupaciones centrales de la trayectoria de García Sayán están presentes, las cuales se insertan en la proyección de una política exterior. Es el hombre que ha estado pensando en el Perú pero que no ha circunscrito la mirada a lo local.

A no dudarlo uno de los logros más importantes de su gestión en Cancillería fue la aprobación por la Asamblea de la OEA en Lima de la carta Democrática Interamericana el 11 de setiembre de 2001. La Carta es el instrumento que proclama como objetivo principal el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática. Establece que la ruptura del orden democrático o una grave alteración del mismo constituye un obstáculo insuperable para la participación de un gobierno en las instancias de la OEA. Así, permite a los Estados recurrir a la OEA para conseguir asistencia en la preservación de la democracia. Por otro lado, plasma definiciones, objetivos y compromisos de acción conjunta en temas como derechos humanos, observación electoral, combate a la pobreza, promoción de la cultura democrática, entre otros. El liderazgo nacional mostrado en el impulso a la Carta Democrática Interamericana, también se manifestó durante su gestión en la adhesión del Perú a la Corte Penal Internacional.

4. Actividad Académica

La tarea académica no es ajena a Diego, es profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1987, lo ha sido también de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; profesor visitante en la Academia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario de American University y profesor invitado del Instituto de Altos Estudios de América Latina, de la Universidad de la Universidad de Paris III. Sorbote Nouvelle.

5. Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Resulta natural que después de una trayectoria con los niveles de compromiso que ha mostrado la vida de Diego García Sayán con los derechos humanos, fuera elegido por la Asamblea General de la OEA, en el año 2004 como uno de los 7 jueces que integran la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El rigor de su labor dentro de esta institución judicial autónoma encargada de la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, valió que fuera reelegido para un período más.

Como juez, transitando por viejas inquietudes, ha mostrado una especial preocupación en la viva interacción entre las decisiones de la Corte Interamericana y el derecho interno de los países de la región, particularmente en el impacto que en torno a temas fundamentales de derechos humanos viene teniendo la jurisprudencia de la Corte en los tribunales nacionales.

Pero cuando el Colegio de Abogados de Lima ya había acordado la imposición de la más alta condecoración de la Orden a García Sayán por sus sobrados méritos profesionales, nos llegó la grata noticia de que sus colegas habían elegido a Diego como Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; ello importa un reconocimiento que no nos sorprende, pero que como peruanos nos enorgullece. Estamos seguros que su gestión importará innovación y abrirá nuevas rutas a su contribución al Sistema Interamericano de Defensa de los Derechos Humanos.

Señor Decano, el acierto de la fecha escogida para esta ceremonia es evidente; hoy se celebra el Día Internacional de los Derechos Humanos, porque el 10 de diciembre de 1948 se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en París. El Perú fue suscriptor de dicha Declaración. Pocos saben que la delegación peruana que había participado en las negociaciones fue presidida por don Enrique García Sayán, pero, el periodista Ramiro Escobar recuerda una historia significativa. Cuando la misión peruana ya se encontraba en París, se produjo en el Perú el golpe de Estado del General Manuel A. Odría, quien depuso al Presidente Bustamante e instauró una dictadura. García Sayán indignado por el golpe renunció al cargo. La Declaración la firmó otro. Acto seguido, mostrando dramática y tempranamente la tensión entre este instrumento del Derecho y la fuerza, violando el artículo 9 de la naciente Declaración, García Sayán fue deportado.

La anécdota histórica no queda acá. "Tras la ceremonia de París, se formó en la sede central de la ONU la primera División de Derechos Humanos, instancia precursora de lo que hoy es la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; John Humphrey, quien había participado en la elaboración de la Carta, la dirigía y contrató a García

Sayán para que trabajara a su lado”, nos relata Escobar (<http://caretas.com.pe/1998/1546/ddhh/ddhh.htm>).

Esta anécdota no pretende darnos al final de una semblanza, quizás el dato inicial, por qué Diego nació en Nueva York, sino fundamentalmente quiere mostrar como la lucha por la vigencia del Estado de Derecho ha tenido y tiene tantos avatares en el Perú y como hace bien nuestra Orden en imponer esta condecoración a Diego, por la amplitud de su trayectoria, por la terca eficacia de su trabajo y porque en su homenaje estamos homenajeando también la trayectoria de defensa de los derechos humanos de otros que, como su padre y los colaboradores institucionales de Diego luchan por un Perú mejor.

ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN ESPAÑA

Antonio Millán Garrido

SUMARIO: I. El artículo 117.5 de la Constitución Española. II. La jurisdicción militar como integrante del Poder Judicial del Estado. III. Organización de la jurisdicción militar. IV. Marco competencial de la jurisdicción militar. V. Conclusión.

I. EL ARTÍCULO 117.5 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El artículo 117.5 de la Constitución española, tras declarar que «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales», establece que «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

Este precepto contiene, ante todo, el reconocimiento mismo de la jurisdicción militar, de forma que estamos ante una institución consagrada constitucionalmente, aun cuando no pueda considerarse componente esencial del orden jurídico-político establecido en la Constitución.*

Por lo demás, el artículo 117.5 impuso al legislador —y no podía ser de otra manera— una transformación sustancial de la configuración y el alcance de la jurisdicción militar, que se traduce, de una parte, en su

(*) Cfr. F. López Ramón, «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar», en *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 2627; y F. Fernández Segado, «El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia», en *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 26.

integración en el Poder Judicial del Estado, con el lógico sometimiento a los postulados constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías básicas del proceso y de los derechos de defensa, y, de otra, en la drástica reducción de su marco competencial. De ambos aspectos nos ocupamos, con brevedad, en los apartados que siguen.

II. LA JURISDICCIÓN MILITAR COMO INTEGRANTE DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO

Según observa Jiménez Villarejo, la caracterización de la jurisdicción militar como jurisdicción integrante del Poder Judicial del Estado es consecuencia necesaria de la confluencia de los principios de división de poderes y unidad jurisdiccional: en el Estado de Derecho el ejercicio de la jurisdicción es monopolio del poder judicial y éste es el único. Ello constituye, además, «un presupuesto de la independencia de los jueces —condición imprescindible de su imparcialidad— toda vez que el fraccionamiento de la justicia en jurisdicciones especiales ha sido históricamente un medio para la creación de sectores jurisdiccionales especialmente dóciles a las sugerencias del poder político, y, por consiguiente, de imparcialidad menguada».¹

La integración de la jurisdicción castrense en el Poder Judicial se consigue, en efecto, con la creación de una Sala de lo Militar, la Quinta, en el Tribunal Supremo, que, de esta forma, se configura plenamente como «el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 CE).

No cabe desconocer, sin embargo, que la jurisdicción militar —por sus propios particularismos— continúa siendo, aun integrada en el Poder Judicial, una jurisdicción especial, que, además, permanece vinculada más allá de lo necesario y —tal vez— de lo conveniente a la Administración militar. Lo que no es sino consecuencia del afán de moderación y propósito conciliador que presidió la reforma de la Justicia militar y al cual se deben casi todos los aspectos deficitarios del nuevo sistema normativo.

Así, la función jurisdiccional queda atribuida, exclusiva y excluyentemente, a los órganos judiciales, sin participación de la Autoridad militar, a la que hasta ahora se le reconocía potestad jurisdiccional, por considerarse la misma imprescindible para el efectivo ejercicio del mando. En principio, como «compensación», el legislador confirió a la Autoridad militar una legitimación especial para que, a través del recurso de casación, «pudiese velar

⁽¹⁾ J. Jiménez Villarejo, «La jurisdicción militar», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, coord. por E. Sánchez Guzmán, t. I, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, p. 64.

por los intereses esenciales de las Fuerzas Armadas». ² Dada la innecesariedad de tal medida y, sobre todo, su carencia de fundamento dogmático, ³ tal legitimación especial fue suprimida en el año 2003, confiriéndose a determinadas autoridades del Ministerio de Defensa la mera posibilidad de «solicitar a los distintos órganos de la Fiscalía Jurídico Militar las actuaciones que puedan proceder en defensa del interés público en el ámbito militar». ⁴

En otro orden, se establecen los principios de inamovilidad, responsabilidad y sumisión exclusiva al imperio de la ley de quienes desempeñan funciones judiciales en la jurisdicción militar. Pero tales principios —y la misma independencia del órgano judicial— resultan, cuanto menos, desvirtuados en tanto tales juzgadores son militares de carrera, integrados en las Fuerzas Armadas y sometidos, por tanto, a la potestad ejecutiva y reglamentaria de la Administración.

Parece, en efecto, evidente —y así lo puse de manifiesto al promulgarse la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM) ⁵— que sus declaraciones formales y programáticas, en esta materia, difícilmente iban a corresponderse con la realidad, porque ni los principios indicados ni el tímido estatuto contenido en el título VIII de la Ley pueden garantizar la independencia material del juzgador cuando éste, en su carrera militar y, a la postre, en su promoción dentro de la jurisdicción castrense, sigue vinculado a las decisiones que, respecto de él, adopten las Autoridades y Mandos militares. No propicia, desde luego, la independencia judicial —añadía— el que los nombramientos, incluidos los de los Magistrados de la Sala Quinta del Tribunal Supremo (a través de la terna), dependan de decisiones administrativas en las que, entre

⁽²⁾ Los artículos 111 a 114 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM), confirieron, en efecto, a determinados mandos militares superiores la legitimación especial para, en defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la institución militar, interponer recurso de casación contra las sentencias y autos de sobreseimiento definitivo, recaídos en procedimiento por delito sustanciado en la jurisdicción militar, cuando el inculcado les estuviese jerárquicamente subordinado o el hecho se hubiese cometido dentro del territorio de su mando y el inculcado perteneciese al mismo ejército.

⁽³⁾ La carencia de fundamento de esta previsión normativa, ciertamente innecesaria, la puse de manifiesto, entre otros, en «La jurisdicción militar en el actual ordenamiento constitucional», en *Constitución y jurisdicción militar*, presentación de M. Ramírez Jiménez, Cuadernos Lucas Mallada, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, p. 63.

⁽⁴⁾ La reforma la materializó el artículo 3.º de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, que afectó a diversas normas procedimentales y de organización. Por Real Decreto 492/2004, de 1 de abril, se designaron las autoridades del Ministerio de Defensa facultadas para dirigirse a los órganos de la Fiscalía Jurídico Militar.

⁽⁵⁾ A. Millán Garrido, *Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 25–26; y en «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53 (1989), p. 118.

otros, pueden primar los condicionamientos militares a los estrictamente judiciales.

Con posterioridad, si bien algún autor sostiene que «el esquema actual jurisdiccional militar (...) se adecua plenamente a los principios constitucionales, expresamente incorporados al Título Preliminar de su normativa orgánica de tribunales»,⁶ en general se reconoce que «el estatuto jurídico de los jueces militares no está rodeado de las mismas garantías que el de los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria»,⁷ llegándose a considerar que la «actual estructura orgánica absolutamente administrativizada compromete la vigencia de los principios constitucionales de independencia, inamovilidad e imparcialidad que resultan requisitos previos de toda función jurisdiccional».⁸

Esta última consideración constituyó la base de los recursos de amparo originarios de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 204/1994, de 11 de julio.⁹ Entendían los recurrentes que determinados pronunciamientos de un Juez Togado Militar «vulneran los derechos fundamentales al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), toda vez que proceden de un órgano que, realizando funciones judiciales, no es independiente del poder ejecutivo (no es autoridad judicial independiente en el sentido del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos), ni goza del *status* propio de la carrera judicial». Los recursos fueron desestimados por el Tribunal Constitucional, manifestando, en síntesis, que «el principio de independencia judicial no viene determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el estatuto que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas». La cuestión no se contrae, pues, a «si el estatuto del Juez Togado es distinto al de un Juez ordinario, en lo que difícilmente puede no haber acuerdo, sino [a] si ese estatuto vulnera o no los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución». Y, en ese punto, el Alto Tribunal estima que «el Juez Togado Militar es, con arreglo a su configuración estatutaria, independiente en el ejercicio de sus funciones, no estando sometido a instrucciones del poder ejecutivo y sin que

⁽⁶⁾ Cfr. P. García Ballester, «Jurisdicción militar y Constitución española», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 58 (1991), p. 168.

⁽⁷⁾ Cfr. J. Jiménez Villarejo, *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, Colex, Madrid, 1991, p. 60.

⁽⁸⁾ Cfr. J. M. Ramírez Sineiro, «Consideraciones acerca de la constitucionalidad de la estructura orgánica de la Jurisdicción Militar con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho*, núms. 574-575 (1992), p. 7183.

⁽⁹⁾ Esta Sentencia, de la que fue ponente P. Cruz Villalón y a la que formularon voto particular los magistrados C. de la Vega Benayas y V. Gimeno Sendra, está publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, suplemento al núm. 185, de 4 de agosto de 1994. Asimismo, en el *Boletín Judicial Militar*, núm. 11 (1994), pp. 220-229.

esta afirmación, siempre desde la perspectiva del artículo 24 deba verse desvirtuada por la existencia de un específico régimen disciplinario que pueda serle aplicable, con específicas garantías, en su condición de militar».

En la misma línea, aunque en ámbito diverso y con tres votos particulares, se pronunció el Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia 113/1995, de 6 de julio,¹⁰ y, de nuevo, su Sala Primera en Sentencia 161/1995, de 7 de noviembre.¹¹

Con una orientación bien diversa, un sector de nuestra doctrina ha criticado la reforma de la jurisdicción militar, que considera inconstitucional. Sostienen estos autores «la tesis de que la Constitución salvó, al mencionarla como una excepción implícita al principio de unidad judicial, la esencia orgánica de la Justicia militar, que descansa en el principio de que quien manda debe juzgar»,¹² esto es, que la Constitución optó por la continuidad de la jurisdicción militar «en su forma arquetípica, según los perfiles en que se encarnó históricamente», una *Justice under fire*, una Justicia, en definitiva, servida básicamente por profesionales de la milicia y no una Justicia — como ha conformado la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, contrariando el mandato constitucional — a cargo de juristas, asesados, y tan sólo en ocasiones, por militares de armas.¹³ Se habría configurado, pues, en opinión de estos autores, una jurisdicción doblemente inconstitucional. Por una parte, porque, conforme a lo ya expuesto, el artículo 117.5 exige un modelo de justicia militar — el tradicional — que no se ha respetado; y, por otra, porque el sistema adoptado — y aquí conecta este sector doctrinal con las restantes posiciones críticas — no respeta tampoco los principios orgánicos constitucionales de la jurisdicción ordinaria, destacándose la falta de independencia, mayor, si cabe, que en el anterior régimen normativo.¹⁴

Esta tesis ha sido rebatida por diversos autores, pero, especialmente, de modo directo, por Mozo Seoane,¹⁵ quien destaca cómo, si bien el artículo 117.5 deja abierto el modo concreto para la incardinación de la jurisdicción

⁽¹⁰⁾ Fue ponente de esta Sentencia F. García-Mon y González-Regueral. Los votos particulares los formularon los magistrados V. Gimeno Sendra, P. Cruz Villalón y T. S. Vives Antón. Está publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, suplemento al núm. 184, de 3 de 1995.

⁽¹¹⁾ Esta Sentencia, de la que fue ponente P. Cruz Villalón, está publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, suplemento al núm. 298, de 14 de diciembre de 1995, pp. 3–12.

⁽¹²⁾ Cfr. R. Parada Vázquez, «Toque de silencio por la Justicia Militar», en *Revista de Administración Pública*, núm. 127 (1992), p. 34.

⁽¹³⁾ Cfr. R. Parada Vázquez, «Toque de silencio por la Justicia Militar», cit., pp. 34–38; y J. Rojas Caro, *La coerción directa del superior jerárquico en el Ejército*, tesis doctoral inédita, Sevilla, 1994, pp. 134–135.

⁽¹⁴⁾ Vid. R. Parada Vázquez, «Toque de silencio por la Justicia Militar», cit., pp. 39–43; y J. Rojas Caro, *La coerción directa del superior jerárquico*, cit., pp. 134–135.

⁽¹⁵⁾ A. Mozo Seoane, recensión crítica al trabajo de R. Parada, en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 59–60 (1992), pp. 646–650.

militar en el Poder Judicial, esto es, el modelo organizativo, tal modelo ha de ser respetuoso con los propios principios constitucionales, incluido el de unidad de jurisdicción. Y ésta fue, además, la posición del legislador postconstitucional, según se desprende del artículo 40.2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio. No es el caso, efectivamente, de traer a colación la reforma operada, también en 1980, en el Código de Justicia Militar para sostener que «los actos legislativos posteriores a la Constitución confirmaron la intención del constituyente de respetar el perfil institucional e histórico de la justicia militar».¹⁶ Ello implica el desconocimiento del sentido y alcance de dicha reforma. Es sabido que el propio Gobierno, para hacer viable el proyecto, reconoció la insuficiencia de la reforma y, a la vez que proclamó su provisionalidad, afrontó la tarea de «elaborar un nuevo Código de Justicia Militar que responda plenamente a los postulados constitucionales y a los principios por los que la jurisdicción militar se rige en los países pertenecientes a nuestro ámbito socio-cultural».¹⁷

Respecto a la denunciada quiebra, en la nueva organización judicial militar, de los postulados constitucionales que han de informar la actividad jurisdiccional y, en concreto, del de independencia de los jueces y tribunales, resulta obvio que donde tales postulados aparecen vulnerados, en su integridad, es en el sistema tradicional propugnado, que, en sí mismo, se muestra incompatible con los referidos principios constitucionales.¹⁸

De hecho, el modelo orgánico del derogado Código de Justicia Militar era radical y sustancialmente inconstitucional y, por ello, su sustitución resultaba obligada. Es cierto que el nuevo sistema no llega a comportar una ruptura respecto a la situación normativa anterior, pero el avance no puede desconocerse. Se trata, en suma, de una reforma a la que no es ajena la tradición y un «ponderado eclecticismo», pero en la que puede constatar una alteración integral de la orgánica jurídico militar con criterios profundamente innovadores.¹⁹

De aquí que por la mayoría de la doctrina se reconozca la necesidad de «dar algunos pasos adelante», especialmente en lo atinente al estatuto jurídico de los jueces militares,²⁰ pero sin minusvalorar, en ningún caso, los avances

⁽¹⁶⁾ Cfr. R. Parada Vázquez, «Toque de silencio por la Justicia Militar», cit., p. 36.

⁽¹⁷⁾ Cfr. A. Millán Garrido, «Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar», en *Revista de Derecho Público*, núm. 87 (1982), p. 291. Y en el prólogo a la primera edición del *Código penal militar y legislación complementaria*, 5.ª edic., Tecnos, Madrid, 1995, p. 18.

⁽¹⁸⁾ Cfr. F. Fernández Segado, «Extensión de la jurisdicción militar», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, t. I, cit., p. 101.

⁽¹⁹⁾ Vid., en este sentido, J. Jiménez Villarejo, «Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53 (1989), pp. 17-18.

⁽²⁰⁾ Vid. A. Fernández Benito, «La determinación del estatuto personal de Vocales y Jueces Togados: un imperativo constitucional», en *La Jurisdicción Militar*, cit., pp. 157-168.

de la reforma, «que han conducido a un diseño de la jurisdicción castrense que, aunque perfectible, se acomoda a grandes rasgos a las previsiones del constituyente».²¹

Por lo demás, la Ley establece un sistema de constitución de los órganos judiciales que garantiza su predeterminación y, en orden distinto, consigue un nivel de tecnificación jurídica —que no de especialización en las diversas funciones jurisdiccionales²²— realmente encomiable, a la vez que, con acierto, mantiene, en sus justos términos, la composición mixta de los Tribunales militares.

III. ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La jurisdicción militar está integrada por los jueces y tribunales militares, a los que asisten los secretarios con el resto del personal auxiliar y la Policía Judicial. Asimismo forma parte de la estructura jurisdiccional castrense la Fiscalía Jurídico Militar.

1. *Órganos básicos de la jurisdicción militar* son la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y los Juzgados Togados Militares.

a) La Sala 5.^a, de lo Militar, del Tribunal Supremo, sujeta, en su régimen y en el estatuto de sus miembros, a las mismas normas que las demás Salas, comporta la unidad, en el vértice, de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial. Componen la Sala ocho magistrados, cuatro de ellos procedentes de la Carrera Judicial y otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar. Estos últimos son nombrados por el Ministro de Justicia, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, que elige entre una terna de Generales Consejeros Togados y Generales Auditores con aptitud para el ascenso. El nombramiento de un General Auditor como Magistrado del Tribunal Supremo determina su ascenso a General Consejero Togado, máximo empleo del Cuerpo Jurídico Militar. Por otra parte, la toma de posesión de los miembros de la Sala procedentes del Cuerpo Jurídico Militar les confiere de forma permanente la condición y el estatuto personal de Magistrados del Tribunal Supremo a todos los efectos, pasando a la situación de retirado o equivalente y sin poder volver a la situación de actividad en las Fuerzas Armadas.

El Presidente de la Sala de lo Militar es nombrado de acuerdo a las reglas generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, a propuesta

⁽²¹⁾ Cfr. F. Fernández Segado, «Extensión de la jurisdicción militar», cit., p. 102. En el mismo sentido, J. Jiménez Villarejo, «La jurisdicción militar», cit., p. 67.

⁽²²⁾ Vid., sobre este punto, A. Millán Garrido, *Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*, cit., nota 18, en p. 26.

del Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados del Tribunal Supremo que cuenten con tres años de servicio en la categoría.

Cuando la Sala de lo Militar no se constituya con la totalidad de sus miembros, habrá paridad de magistrados de una y otra procedencia, excluido el Presidente. Normalmente, para conocer de los recursos de casación y revisión, la Sala se constituye con tres miembros: el Presidente, un Magistrado procedente de la Carrera Judicial y otro procedente del Cuerpo Jurídico Militar. La integrarán cinco miembros cuando la Sala conozca en única instancia por delitos y faltas no disciplinarias y también serán cinco sus miembros cuando se trate de recurso de casación dimanante de un procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. En cualquier caso, la paridad es meramente formal y la Sala se constituye siempre con la mayoría que determina la presidencia, que nunca ha recaído en un magistrado procedente del Cuerpo Jurídico Militar. De aquí que, sean tres o cinco los miembros que integren la Sala, la mayoría siempre fue, hasta el momento, de magistrados procedentes de la Carrera Judicial.

Como competencias básicas de la Sala, pueden destacarse, en el ámbito penal, el conocimiento de los recursos de casación y revisión contra las resoluciones del Tribunal Militar Central y de los Tribunales Militares Territoriales, y la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos y faltas penales competencia de la jurisdicción militar contra Generales de Ejército, Almirantes Generales y Generales del Aire, Tenientes Generales y Almirantes, miembros del Tribunal Militar Central, Fiscal Togado, Fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y Fiscal del Tribunal Militar Central. En el orden disciplinario, conoce de los recursos jurisdiccionales formulados contra sanciones disciplinarias impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, y de los recursos jurisdiccionales entablados contra sanciones disciplinarias judiciales impuestas a quienes ejerzan funciones judiciales, fiscales o de secretarías y no pertenezcan a la propia Sala (arts. 22 a 31 LOCOJM).

b) El *Tribunal Militar Central* tiene su sede en Madrid y competencia sobre todo el territorio nacional. Lo integran un Auditor presidente (General Consejero Togado), cuatro Vocales Togados (Generales Auditores) y los Vocales Militares que se designen (Generales de Brigada o Contraalmirantes).

El Tribunal Militar Central actúa en Sala de Justicia para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y en Sala de Gobierno para el control e inspección de todos los tribunales y órganos judiciales militares.

Este alto Tribunal conoce básicamente, en el ámbito penal, de los procedimientos que, siendo competencia de la jurisdicción militar y no estando atribuidos al Tribunal Supremo, se instruyan por delitos imputados

a militares con empleo igual o superior al de Comandante o Capitán de Corbeta, a los poseedores (a título individual) de la Cruz Laureada de San Fernando, a autoridades y funcionarios civiles con aforamiento personal especial, y a los presidentes y vocales de los Tribunales Militares Territoriales, Jueces Togados Militares, fiscales y secretarios relatores en el ejercicio de sus funciones, de los incidentes de recusación en órganos inferiores, de los recursos contra las resoluciones de los Jueces Togados Centrales y sus apelaciones en procedimientos por falta común, de los recursos de apelación en materia de conflictos jurisdiccionales contra las resoluciones de los Tribunales Militares Territoriales, y de las cuestiones de competencia suscitadas entre Tribunales Militares Territoriales, entre Juzgados Togados Militares pertenecientes a distinto territorio o entre aquéllos y éstos.

En el orden disciplinario, el Tribunal Militar Central conoce de los recursos jurisdiccionales interpuestos contra sanciones disciplinarias impuestas o reformadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Jefes de Estado Mayor de cada Ejército, Subsecretario de Defensa, Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales (arts. 32 a 43 LOCOJM).

c) Los *Tribunales Militares Territoriales* son cinco, con sus sedes en Madrid, Sevilla, Barcelona, A Coruña y Santa Cruz de Tenerife, y ámbito territorial específico.

Integran los Tribunales Militares Territoriales un Auditor presidente (Coronel Auditor), cuatro Vocales Togados (dos con el empleo de Teniente Coronel Auditor y dos con el de Comandante Auditor) y los Vocales Militares (Comandantes o capitanes de Corbeta) que se designan.

Los Tribunales Militares Territoriales conocen, en el ámbito penal, de los procedimientos por delito no reservados a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ni al Tribunal Militar Central, de los incidentes de recusación de miembros del propio Tribunal y Jueces Togados de sus territorios, de los recursos contra las resoluciones de los Jueces Togados Militares y de las apelaciones en procedimientos por falta común, y de las cuestiones de competencia entre los Jueces Togados de su territorio.

En el orden disciplinario, los Tribunales Militares Territoriales conocen de los recursos jurisdiccionales que procedan por sanciones impuestas por los mandos militares y que no sean de la competencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ni del Tribunal Militar Central (arts. 44 a 52 LOCOJM).

d) Los *Juzgados Togados Militares Centrales* (2, servidos por Coroneles Auditores) y los *Juzgados Togados Militares Territoriales* (18, servidos por Comandantes o Capitanes Auditores) tienen como competencia básica la de instruir todos los procedimientos judiciales penales cuyo conocimiento

corresponda, respectivamente, al Tribunal Militar Central o a los Tribunales Militares Territoriales. Se atribuye, asimismo, a los Juzgados Togados Militares Territoriales el conocimiento de la solicitud de hábeas corpus, la vigilancia judicial penitenciaria, las actuaciones a prevención y prórrogas de jurisdicción y la práctica de las diligencias que otro órgano jurisdiccional les encomiende (arts. 53 a 62 LOCOJM).

2. La *Fiscalía Jurídico Militar* depende del Fiscal General del Estado, formando parte del Ministerio Fiscal. Ejerce sus funciones y desarrolla sus actividades con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad y observancia de los de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

Los órganos de la Fiscalía Jurídico Militar son la Fiscalía Togada, la Fiscalía del Tribunal Militar Central y las Fiscalías de los Tribunales Militares Territoriales (arts. 87 a 101 LOCOJM).

IV. MARCO COMPETENCIAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Según se ha advertido, el artículo 117.5 de la Constitución impuso al legislador una drástica reducción del marco competencial de la jurisdicción militar, ciñéndola, en tiempo de paz, al «ámbito estrictamente castrense».²³ Con ello, por una parte, le prohíbe la creación de un fuero privilegiado que excluya de la jurisdicción ordinaria a los miembros de las Fuerzas Armadas. Por otra, le impide la extensión indebida a cuestiones que excedan del referido «ámbito estrictamente castrense». Se trata, además, tan sólo de un límite negativo para el legislador, al que está vedado ampliar la competencia de la jurisdicción militar más allá de ese límite, pero que, por el contrario, no obsta para que, por razones de política legislativa, en suma, de oportunidad o conveniencia, someta a la jurisdicción ordinaria asuntos estrictamente militares.²⁴

En tiempo de paz, la jurisdicción castrense conocerá, básicamente, de los delitos comprendidos en el Código penal militar. La competencia puede ampliarse, durante el estado de sitio, a cuantas infracciones se determinen en su declaración. Y respecto de las fuerzas destacadas fuera de nuestras

⁽²³⁾ Vid., especialmente, J. Galán Cáceres y M. Ayuso Torres, «Notas sobre la complejidad de la delimitación competencial de la jurisdicción militar a la luz de la Constitución de 1978», en *La Jurisdicción Militar*, cit., pp. 171–178; C. M. Aláiz Villafáfila, «El ámbito estrictamente castrense como marco constitucional de la competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz», en *La Jurisdicción Militar*, cit., pp. 181–191; M. Mata Guerras, «En torno al ámbito competencial de la jurisdicción militar: reflexiones al hilo de la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1990», en *La Jurisdicción Militar*, pp. 195–205.

⁽²⁴⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1991, de 14 de marzo (BOE núm. 91, de 16 de abril). Fue ponente M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y formuló voto particular el magistrado C. de la Vega Benayas. Vid. los comentarios, a ese trascendente pronunciamiento, de F. Fernández Segado (*Revista General de Derecho*, núm. 562–563, 1991, pp. 5847–5867) y J. M. García Labajo (*La Ley*, 1991–3, pp. 3–13).

fronteras, serán de aplicación los tratados, acuerdos o convenios internacionales suscritos por España, extendiéndose, en su defecto, la competencia a todos los delitos o faltas tipificados en la legislación española siempre que el inculcado sea nacional «y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades militares españolas» (art. 12 LOCOJM).

En tiempo de guerra y en el ámbito que determine el Gobierno, la jurisdicción militar conocerá también de los siguientes delitos y faltas: los que se determinen en tratados con potencia u organización aliadas, los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las leyes, por las Cortes Generales o por el Gobierno, cuando estuviese autorizado para ello, todos los tipificados en la legislación española, si se cometen fuera del suelo nacional y el inculcado es militar español o persona que siga a las Fuerzas o Unidades españolas y todos los cometidos por prisioneros de guerra (art. 13 LOCOJM).

En todo caso, la jurisdicción militar conocerá de los delitos conexos (arts. 14 y 15 LOCOJM)²⁵ y de los incidentes procesales (art. 16 LOCOJM), correspondiéndole, asimismo, la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial o en aplicación del régimen disciplinario castrense y de los derechos que conceden «las normas de su desarrollo» (arts. 17 y 18 LOCOJM).

En este marco competencial, la jurisdicción militar se limita, de modo efectivo, al ámbito estrictamente castrense, que, en lo sustancial, en tiempo de paz, no debe ser otro que el determinado por la legislación penal militar, aquella que tiene por objeto la específica tutela, en todos sus órdenes, del potencial bélico del Estado.

Por ello, los delitos comunes cometidos en acto de servicio o en lugar militar, aun cuando afecten al buen régimen de las Fuerzas Armadas, no son competencia de la jurisdicción militar. En tales supuestos, los hechos exceden del ámbito estrictamente castrense, porque la conducta entraña, ante todo, un delito común, la infracción de una norma del Código penal con la que se protegen bienes no militares, y el que con ella resulte también afectado el servicio o la disciplina —lo que, en su caso, será relevante en cuanto a la eventual aplicación del régimen disciplinario militar— no puede ser razón determinante, como tampoco ninguna otra de índole pragmática, para excluir estos hechos de su conocimiento por la jurisdicción ordinaria.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional acogió esta concepción objetiva del «ámbito estrictamente castrense», que atendía tan

⁽²⁵⁾ Vid. G. Martínez Aznar, «Competencia de la jurisdicción militar: delitos comunes “conexos”», en *La Jurisdicción Militar*, cit., pp. 113-130.

sólo a la naturaleza militar del bien jurídico lesionado.²⁶ Sin embargo, con posterioridad, ha ido afirmando el carácter restrictivo que debía conferirse a este concepto jurídico indeterminado,²⁷ hasta llegar a una orientación que lo limita no sólo de modo objetivo (por el bien jurídico protegido), sino también en un sentido subjetivo (por el carácter militar del agente) y funcional (por la naturaleza militar de los derechos y obligaciones afectados).

En esta línea, sumamente restrictiva, el Tribunal Constitucional considera que, «como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido, con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8.º y 30 CE), con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto del delito sea considerado *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense».²⁸

V. CONCLUSIÓN

La valoración crítica ha de abarcar dos extremos generalmente cuestionados: la misma existencia de la jurisdicción militar y el estatuto de los órganos judiciales militares.

Respecto al primer punto, queda claro que la jurisdicción militar no constituye un componente esencial del orden político configurado por la Constitución y que nada impediría su supresión en tiempo de paz, como ha acontecido, entre otros países, en Alemania o Francia. Considero, sin embargo, que la jurisdicción castrense debe mantenerse y no sólo por motivos coyunturales o estrictamente políticos, como los que concurrieron en la transición y, sin duda, condicionaron al constituyente, sino por razones sustanciales y utilitarias.

Entre tales fundamentos estarían la especialidad de la legislación sancionadora —penal y disciplinaria— militar, los particularismos que deben

⁽²⁶⁾ Sentencia del TC 75/1982, de 13 de diciembre (ponente: A. Latorre Segura). *Vid.* el texto íntegro en *Sentencias del Tribunal Constitucional en Defensa y Fuerzas Armadas (1981–1984)*, coord. por J. J. del Solar Ordóñez, Ministerio de Defensa, Madrid, 1989, pp. 169–175.

⁽²⁷⁾ *Vid.* F. Fernández Segado, «El marco constitucional», cit., pp. 31–32.

⁽²⁸⁾ Sentencia del TC 60/1991, de 14 de marzo, citada. *Vid.* F. Fernández Segado, «La jurisdicción militar en la doctrina constitucional», en *Revista General de Derecho*, núm. 562–563 (1991), p. 5859.

reconocerse al enjuiciamiento, las peculiaridades organizativas y, de modo especial, la necesidad de tutelar, de la forma más adecuada, la eficacia de las Fuerzas Armadas.

Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, al afirmar que las Fuerzas Armadas «necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8.1 de la Constitución española les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria».²⁹

En cuanto a la segunda cuestión, no queda, tras lo expuesto, sino insistir en la necesidad de continuar avanzando en la conformación de un estatuto para los jueces y tribunales militares, que, sin contrariar los particularismos fundadores de la misma existencia y reconocimiento de la jurisdicción militar, garantice los principios constitucionales inherentes a la función jurisdiccional y, en especial, los de inamovilidad, independencia e imparcialidad, exigidos, además, por los artículos 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁽²⁹⁾ Sentencia del TC 97/1985, de 29 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto. Ponente: M. Díez de Velasco Vallejo). *Vid.*, asimismo, el texto íntegro en *Sentencias del Tribunal Constitucional en Defensa y Fuerzas Armadas (1985–1988)*, coord. por J. J. del Solar Ordóñez, Ministerio de Defensa, Madrid, 1989, pp. 69–74.

EL PRECURSOR COLOMBIANO ANTONIO NARIÑO: CONSTITUCIONALISTA EQUINOCCIAL *

Hernán Alejandro Olano García **

*No podemos dar la última mano a la obra,
No podemos dar la última pincelada a la Constitución;
dejémosla acabada hasta donde
las circunstancias nos lo permiten,
sin manchas que desfiguren.*

Antonio Nariño

(*) El presente artículo de revisión, es una aproximación del tema a cargo del autor, dentro del proyecto de investigación titulado: "Historia de las Instituciones", que bajo la dirección del mismo, se realiza dentro del Grupo de Investigación en Derecho Público "Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé", en la Universidad de La Sabana de Chía, Colombia. La Universidad de La Sabana financia en tiempo la presente investigación.

(**) Abogado, con estancia Post Doctoral en Derecho Constitucional como Becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España; Doctor *Magna Cum Laude* en Derecho Canónico; es Magíster en Relaciones Internacionales y Magíster en Derecho Canónico y posee especializaciones en Bioética, Derechos Humanos, Derecho Administrativo y Gestión Pública, Liderazgo Estratégico Militar y Derecho Constitucional. Es el Director del Grupo de Investigación en Derecho Público "Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé", en la Universidad de La Sabana, donde además hace parte del Grupo de Investigación en "Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos" y dirige el Área de Derecho Administrativo y Tributario. Imparte las asignaturas: Derecho Administrativo General y la electiva Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de La Sabana. Es además el Vicecónsul Honorario de la República de Chipre en Colombia. En postgrados y maestrías nacionales e internacionales imparte la asignatura Historia Constitucional Colombiana. Fue Secretario General (e.) de la Corte Constitucional de Colombia, Director General Jurídico y Asesor del Despacho del Viceministro en el Ministerio del Interior; Director Nacional para la prevención del lavado de activos en la Caja Agraria de Colombia y Director de Control Interno en el Concejo de Bogotá. Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Miembro Correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales y Miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Es Cabildero inscrito ante la Cámara de Representantes del Congreso de Colombia y Columnista del Diario "El Nuevo Siglo" de Bogotá. Integra la Agrupación Cundinamarquesa de Estudiosos del Derecho Administrativo – ACUDA. <http://hernanolano.googlepages.com> <http://hernanolano.blogspot.com> Correo electrónico hernan.olano@unisabana.edu.co Dirección: Universidad de La Sabana, Km. 7 Autopista Norte, Costado Occidental, Chía, Cundinamarca, Colombia.

Por derecho propio ocupa don Antonio Nariño sitio de preeminencia en la galería de los héroes tutelares de la gente colombiana. En un discurso de 1872, Miguel Antonio Caro diría: *Si atendemos a intenciones, podemos subir más buscar la cuna de la República en la biblioteca de Nariño.*³ Y, Guillermo Hernández de Alba, el Cronista de la ciudad de Bogotá, expresó: *Cuantos patriotas alientan en Colombia tienen por la memoria de don Antonio Nariño singular admiración no sólo por la atrayente personalidad humana que lo distingue entre los demás próceres de la Independencia Nacional, sino por el recuerdo de sus luchas e infortunios sufridos con estoicismo hasta entregarnos una Patria libre y soberana. Dondequiera se ganó la simpatía de cuantos tuvieron la fortuna de conocerlo. Ídolo de las clases populares, así como de sus soldados y tenientes que lo veneraron y amaron hasta el sacrificio... Así, don Antonio, antes que el de General, es el vocativo usual para evocarlo. Don Antonio Nariño, expresión que implica la respetabilidad, el señorío y aquella suma de condiciones que solían los caballeros calificados con el entrañable epíteto de santafereños o cachacos.*⁴

Y es que... Ningún hombre nacido en Colombia que haya llenado más años de historia patria que don Antonio Nariño. Testigo fue de los tiempos de mayor esplendor del régimen colonial; se adelantó a adivinar la libertad antes que todos sus contemporáneos; fue el mayor de los precursores; estrenó la independencia; combatió en armas por la patria y sufrió por ella prolongado martirio, y le alcanzó el tiempo para instalar el primer Congreso de Colombia —la grande—, para padecer persecución política, para defenderse con elocuencia y para morir con austera dignidad en un retiro campesino, sin tener otra cosa que legar a la posteridad que su recuerdo y sus cenizas. Nadie simboliza mejor a la patria. Alternativamente hombre de pluma y hombre de espada, decididor infatigable, periodista cáustico, polemista, parlamentario habilísimo, gobernante en momentos de extrema dificultad y comandante valeroso en acciones de guerra, negociante frustrado, hoy rico hasta varear la plata, mañana pobre hasta vivir de milagro, caballero en todos los momentos, patriota hasta el sacrificio.⁵

El haber sido no solo el precursor de nuestra Independencia, el mantenedor heroico de la libertad y en Colombia el *Fundador de la Nacionalidad*, son hechos suficientísimos para venerar la memoria de Nariño, pero, además, realizó la traducción, divulgación y publicación el domingo 15 de diciembre de 1793⁶ en estas tierras de cien ejemplares de la *Declaración de los Derechos*

⁽³⁾ RUIZ MARTÍNEZ, Eduardo. *La Librería de Nariño y los Derechos del Hombre*. p. 15.

⁽⁴⁾ HERNÁNDEZ DE ALBA, Guillermo y Fernando RESTREPO URIBE. *Iconografía de Don Antonio Nariño y Recuerdos de su Vida*. p. 7.

⁽⁵⁾ DÍAZ DÍAZ, Oswaldo. "Conferencia Nuevo Encuentro con Don Antonio Nariño" en *Boletín de Historia y Antigüedades*, Academia Colombiana de Historia, Números 606 - 608, abril a junio de 1965, p. 286.

⁽⁶⁾ Conforme a la Resolución de la Academia Colombiana de Historia de 4 de octubre de 1966, que señaló este día de 1793 como fecha de la traducción y publicación por don Antonio

del Hombre y del Ciudadano, cuyas señales eran hallarse en un papel grande, grueso y prieto en cuarto, y con mucha margen; todo en letra bastardilla y de tres clases, de mayor a menor, siendo la más pequeña la de una nota o especie de adición con que finaliza la cuarta y última hoja, los que aprobados por la Asamblea Nacional de Francia el 4 de agosto de 1789, vieron la luz en la imprenta "La Patriótica", por él importada y de las que se conocen con el nombre de imprenta de husillo o *tórculo*, muy parecida a la traída por la Compañía de Jesús en 1738 e instalada frente a la Iglesia de San Ignacio, en la Calle de los Carneros, Plazoleta de San Carlos, en el interior de la casa del médico francés Louis de Rieux, bajo la administración y manejo del impresor Diego (otros dicen Antonio) Espinosa de los Monteros, y de los tres oficiales asistentes Pedro José Vergara, Juan Fulgencio Tomapasca y Manuel Torres, le valió a don Antonio Nariño el inicio de un proceso por conato de sedición, circulación de pasquines y libelos y nuda publicación de los Derechos, que culminó con la confiscación de sus bienes,⁷ el extrañamiento perpetuo de su patria, la prisión y luego de un largo proceso en el que fue asistido por varios abogados (que incluso llegaron a ser condenados por defenderlo), los ministros de la Real Audiencia el 28 de noviembre de 1795, lo condenaron a pena de exilio en España a donde fue remitido bajo partida de registro con el objeto de ser juzgado como reo de Estado por el Consejo de Indias para purgar pena de presidio por diez años en África, a extrañamiento perpetuo de los dominios de América, y a la confiscación de todos sus bienes y utensilios de su imprenta para la Real Cámara. También se ordenó que fuesen quemados por el verdugo en la plaza mayor de aquella ciudad, el libro de donde se copió el de los derechos del hombre, con el alegato, contestación a la acusación final y todas sus reproducciones.⁸

Nariño de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y, al Acuerdo del Círculo de Periodistas de Bogotá, C. P. B., el 15 de diciembre de cada año es el *Día de la Prensa Americana*, por iniciativa de Germán Arciniegas.

⁽⁷⁾ Se dice que siendo recién casado, habitaba un caserón de los más vastos y suntuosos de entonces, siendo su área tan extensa, que en ella se levanta actualmente el edificio del Jockey Club de Bogotá. Además, el inventario de los bienes confiscados a Nariño durante el proceso por sedición, se conserva; es muy extenso y minucioso, y da la idea de su carácter y costumbres. Según Lozano y Lozano, *en decenas de páginas se enumeran los muebles y adornos de las veintiocho alcobas de la residencia. Arañas, tapetes, cornucopias, espejos, cuadros, cortinas, mobiliarios, platería, adornos de mesa... Todos los haberes de Nariño, relativamente cuantiosas para su sociedad y su época, estaban invertidos en los bienes materialmente improductivos de casa, muebles, libros y atavíos. He aquí algunas piezas de vestir del armario del dueño de casa: ...casaca y calzón de paño blanco, bordado de oro, y chupa de raso liso, blanco, bordado de oro; casaca y calzón de terciopelo azul, de vivo forrado en raso liso, blanco, y chupa de lama de plata, bordada de oro; un vestido entero de terciopelo, buche de paloma, forrado en raso liso verde...* También encontraron mapas, un barómetro de bronce, unos anteojos, una jeringa de estaño, una romana grande, un violín, dos sortijas de oro, una biblioteca de 1200 volúmenes, quinas y té, etc.

⁽⁸⁾ HERNÁNDEZ DE ALBA, Guillermo. *Proceso de Nariño*, T. II, Biblioteca de la Presidencia de la República, Bogotá, 1984, p. 273.

Nariño tenía dos opciones. La primera, ser consecuente y dar la pelea por lo que él creía justo, y correr los riesgos, que no solo caerían sobre él, sino sobre su familia, devastarían lo que más amaba, su mujer y sus hijos; y la segunda, recular a toda prisa, prosternarse ante la Real Audiencia, maldecir el momento en que había traducido los Derechos del Hombre, pedir perdón, y para ganárselo, señalar con dedo acusador a sus compañeros del cabildo a los que la Real Audiencia ansiaba procesar.⁹

En “La Bagatela”,¹⁰ el primer periódico político que se estableció en la Nueva Granada, expuso sus ideas, luchó con coraje y labró en la conciencia popular el prestigio que lo condujera a la más alta magistratura y con su pluma y sus editoriales buscó con afán la consecución de la declaración de Independencia absoluta de Cundinamarca. Desde su columna “Mi dictamen sobre el gobierno que conviene al Reino de la Nueva Granada”, propugnó sin desfallecimiento por el imperio de un régimen de gobierno unitario. *Su aparición la motiva la necesidad que existe de que el país tome conciencia de lo urgente que es la unión de todos para formar un frente común a la segura reconquista española o a la posible invasión de Inglaterra o Francia, que tenían a cual más apetencia de apoderarse de las riquezas y los mercados de América.*¹¹ Posteriormente vendrían nuevas prisiones y excarcelaciones de Nariño en América y en España.

Después de su estancia en Londres, se fue a París y regresó a América por Martinica, ingresando al continente por tierras venezolanas donde fue recibido con honores por Bolívar,¹² quien por Decreto de 4 de abril de 1821, expedido en el Cuartel General de Achaguas, le designó interinamente vicepresidente de la República, participando como tal en el Congreso Constitucional de Cúcuta de 1821 y despachando los más urgentes negocios del Estado que en ese momento estaban pendientes.

Luego de escribir desde Angostura el 25 de febrero de 1821 una carta Nariño a Bolívar, éste le contestó que deseaba conocerle y tenerlo por primera vez frente a frente y entre sus brazos, pues: *No es la amistad sola*

⁽⁹⁾ SANTOS MOLANO, Enrique. *Antonio Nariño, filósofo revolucionario*. Colección Biografías, Editorial Planeta S. A., Santa Fe de Bogotá, D.C., 1999, p. 219.

⁽¹⁰⁾ De éste periódico aparecieron 38 números, el primero el 14 de julio de 1811 y el último, el 12 de abril de 1812. Contaba con 116 suscriptores, entre los que se cuenta a don Mariano Olano. Además, CACÚA PRADA, *Op. Cit.*, p. 74, comenta que el título de “La Bagatela”, según el historiador nariñista y académico Eduardo Ruiz MARTÍNEZ, lo tomó de un diálogo de Don Quijote con el autor de un libro que en toscano se llama “Le Bagatelle”. En el Ingenioso Hidalgo se lee: “¿Y qué responde Le Bagatelle en nuestro castellano? Preguntó Don Quijote. Le Bagatelle, dijo el autor, es como si en castellano dijésemos juguetes; y aunque este libro es en el nombre humilde, contiene y encierra en sí cosas muy buenas y sustanciales”.

⁽¹¹⁾ HERNÁNDEZ DE ALBA, Guillermo y Fernando RESTREPO URIBE. *Iconografía de Don Antonio Nariño y recuerdos de su vida*. p. 34.

⁽¹²⁾ RESTREPO CANAL, Carlos. “Bolívar, Nariño y Santander” en *Cauce*, # 45 y 46, enero a junio de 1965, p. 26.

la que me instiga estos deseos, el bien de la Patria se mezcla también en ellos. Ocupado en estos momentos de negociar la paz con los comisionados españoles, y de instalar el Primer Congreso General de Colombia, las noticias y luces que V. S. puede suministrarme facilitarían el término de estas transacciones.

El 5 de julio, con pretexto de estar gravemente hinchado de medio cuerpo para abajo, Nariño renuncia a la vicepresidencia ante los diputados del Congreso, y se le acepta el mismo día.

De regreso a Bogotá gravemente enfermo quedó en la ciudad de Pamplona inmovilizado por algunos días. Estaba afrentosamente hinchado por la hidropesía. Las fiebres llaneras debilitaban su organismo cada vez más... y así continuaría prácticamente hasta su deceso.

Entre tanto, el 6 de mayo de 1821, Nariño había declarado constitucionalmente instalado el primer Congreso de la Gran Colombia, como Encargado del Poder Ejecutivo, por hallarse el Presidente de la República al frente de los ejércitos.

Su discurso, es considerado como una de las piezas clásicas de la filosofía política del siglo XIX, donde expresaba que no basta, ser independientes para ser felices, pues lo requerido era Instituciones sabias que asegurasen al hombre el goce pacífico de sus derechos; un sistema de administración que repartiera sin arbitrariedad las cargas de la República y una fuerza física organizada que nos pusiera a cubierto de los peligros de nuevas invasiones españolas.

Y agregaba en su discurso:

Para tratar cada uno de esos puntos es preciso remontar al origen de donde dimana hoy vuestra autoridad. Disueltos los vínculos sociales del modo que se ha verificado entre nosotros, es indubitable que no sólo los pueblos, sino los individuos, quedan en un estado de aislamiento, hasta que la voluntad general se manifiesta. Esta voluntad individual de todos forma la ley suprema o soberanía, y como el ejercicio de la soberanía no puede practicarse por toda la comunidad, ésta nombra una parte escogida que a su nombre la ejerza. Así es que la Representación nacional, o el Congreso, ejerce la soberanía representativa; pero sus facultades no son ilimitadas, tienen un término que no se puede traspasar, sus atribuciones están dentro del círculo de las leyes políticas: formar la Constitución y nombrar sus agentes, son todas las funciones que tiene que cumplir. ¡Dichosa la comunidad en que sus representantes llenen tan augustas funciones!

(...)

El gobierno se compone de tres elementos: de la voluntad, que hace la ley; de la ejecución, que le da su cumplimiento, y del juicio, que aplica las penas a los infractores de ellas. Estas tres funciones deben estar separadas, porque si

a un solo hombre o corporación se le confiere la facultad de ejecutar y juzgar conforme a su voluntad, es claro que se sustituye la voluntad particular a la voluntad general, que la seguridad personal desaparece y la libertad muere. El *maximun* pues, de una Constitución, está en demarcar bien estos tres poderes, señalar con claridad sus atribuciones y contrapesar su autoridad haciéndolos depender los unos de los otros.

Criticaba además la existencia de cargos hereditarios o perpetuos, lo cual destruiría la esencia de la soberanía y haría nulo el régimen electoral, proponiendo además un sistema unicameral que tendiese a la *unidad de voluntad*, aclarando que *el gobierno representativo bien organizado es el gobierno de todos los países, de todos los climas* y, eso lo hacía estable, tanto en los pueblos, como en las grandes ciudades, pues *“el hombre” que vive bajo el imperio de la ley que él mismo se ha formado, si se ha acostado inocente puede levantarse tranquilo.*

Efectuó también una crítica a las elecciones como manantial de desórdenes y abusos, por ocasionar intrigas, cohechos y desórdenes, generados por los poderosos que pueden seducir a la multitud, lo cual no sucede en pueblos pequeños cuando los electores se conocen, entonces: *Para que las elecciones se hagan con facilidad y sin que los pueblos sufran los inconvenientes de reuniones lejanas, es preciso que el territorio de la República está dividido y subdividido proporcionalmente; por ejemplo, en Estados; los Estados en provincias; las Provincias en departamentos; los Departamentos en Municipalidades; las Municipalidades en judicaturas* y señaló la importancia de que *Todo ciudadano en el ejercicio de sus funciones debe votar, y todo el que vota debe tener opción a ser elegido* y, señaló que debemos apartar de nuestra mente esa creencia de que solo los codiciosos con dinero atesorado pueden ser elegidos, pues *¿Qué vendrán a ser entre nosotros los hombres virtuosos y desinteresados que, como Cincinato y Foción, no conocen más caudal que el de sus virtudes?*, aunque desafortunadamente, los corruptos son hombres ineptos y usureros, que no ven en los cargos públicos sino un nuevo campo para su avaricia.

En cuanto a las instituciones de la sociedad, Nariño resaltó que éstas son su fuerza moral, pero que también es necesario contar con un ejército o fuerza física para defenderse, así como de las rentas públicas, aunque concretando a un sector la preservación de las instituciones, pues se pregunta: *¿qué era lo que íbamos a defender, si todos éramos soldados?* Por tanto, *el resto de los ciudadanos debe formar la milicia nacional, para que, instruyéndose lentamente, y en los días desocupados, pueda estar en estado de aumentar el ejército permanente en los casos de necesidad.*

En cuanto a la teoría del contrato social, el Precursor hace las siguientes anotaciones:

El pacto social es una cosa tan clara y tan sencilla, que ha sido preciso que la pedantería y la ambición lo hayan embrollado, para que se vuelva una ciencia oscura y complicada. Cada hombre, al constituirse miembro de una sociedad, se ofrece a defender a los otros, con tal que los otros lo defiendan a él; y ya se ve que la ganancia es inmensa, porque toda la sociedad que pudiera oprimirlo, se convierte en su favor para defenderlo. Lo mismo sucede con sus propiedades, él ofrece dar una parte porque se le conserve y protege el resto; pero esta parte debe ser proporcional y con arreglo a las necesidades de la comunidad.

Otro tema que le preocupaba era el recaudo de impuestos y la formación de las rentas públicas, como una de las tareas más difíciles del gobierno, pues no todos los ciudadanos son conscientes de la necesidad de sostener a los funcionarios encargados de sostener el orden, la justicia y la seguridad interior y exterior del Estado y, esos mismos ciudadanos, los pocos son sacrificados por pagar sus tributos y los demás brillan como son elusores y evasores, práctica que desafortunadamente ha sido reiterada desde esas épocas, pues Nariño dice: *Estos mismos hombres que convienen en una verdad tan obvia y tan sencilla, si se les pregunta cuál es su capital y sus rentas, para asignarles la parte que les toca contribuir, no lo querrán decir, o la disminuirán en su declaración. Los hombres, en general, quieren sacar las mayores ventajas con los menos sacrificios posibles; y de aquí viene que quieran ganar la seguridad de sus propiedades sin hacer los justos sacrificios que para mantenerla se necesitan.*

Igualmente, hizo mención acerca de las contribuciones parafiscales, diciendo que, muchas veces éstas generan verdaderos ahorros a los contribuyentes *tales son las de la amonedación, las de los correos, postas y caminos, y entre nosotros las de las minas de sal, gema y platina. No es posible en este ligero discurso desenvolver cada uno de estos puntos, y así me limitaré a un solo ejemplo que se puede aplicar a los otros, tomando el más claro y común. Supongamos que no hay correos establecidos entre nosotros, ¿cuánto tiempo, cuántos gastos y perjuicios no experimentaríamos cada individuo de la sociedad, si por sí solo tuviera que mantener una correspondencia a doscientas, trescientas o mil leguas de distancia? Se establecen los correos y con una pequeñísima cantidad, y en muy poco tiempo mantiene correspondencias seguidas a largas distancias y en el menor tiempo posible; seis u ocho reales le ahorran cuarenta o cincuenta pesos, y un tiempo quizá más precioso que el dinero que economiza. La misma aplicación se puede hacer a los otros ramos indicados. Los buenos caminos acercan los pueblos, disminuyen los gastos de producción, aumentan la circulación y proporcionan comodidades personales al contribuyente que los transita.*

Además proclamaba Nariño que *los gobiernos no deben ser comerciantes ni monopolistas; que se deben repartir los impuestos proporcionalmente entre todos los propietarios, en razón de las necesidades del gobierno; que se deben desechar*

todos los que ocasionan vejaciones o grandes gastos en su recaudación; que en las contribuciones indirectas se debe atender a que no entorpezcan ninguna de las tres industrias; que los impuestos sobre las transmisiones de propiedad, si son más fáciles de recaudar, también atacan directamente a los capitales; y finalmente, que la nación que pudiera acumular en su gobierno una gran cantidad de tierras, no para administrarlas, sino para percibir sus rentas, aliviaría a los pueblos en una cantidad igual a sus productos. Nosotros, señores, nos hallamos en este último caso; por las circunstancias de nuestra transformación; y este es un punto que pide la mayor atención del Soberano Congreso.

Y, agregaba que la República de los Estados Equinociales de Colombia, deba al ejército su paz y su gloria, y a vosotros, su libertad y esplendor. ¡Quiera el cielo que con tan clara protección se ha mostrado por nuestra causa, llenar de bendiciones vuestras tareas; y que los que hemos escapado del naufragio, establezcamos unas instituciones que nos prometan la felicidad de nuestros hijos!

Junto a su discurso ante el Congreso de Cúcuta, en el que hizo referencia a las naciones equinociales — nombre que derivaba del impuesto a estas naciones por el Barón Alexander Von Humbolt —, y como Vicepresidente de la República, Antonio Nariño presentó un proyecto de constitución federal al Congreso, algo sorpresivo en él, quien durante los años de 1810 a 1813, había luchado tenazmente contra tal forma de organización nacional, como líder de los centralistas, ahora presentaba un proyecto federalista.

Su proyecto de constitución para las Repúblicas Equinociales de Colombia, proponía un sistema de gobierno para poder cimentar tan basta y extensa nación, en el cual la ley, su ejecución y su juicio estén separados y expresen más seguridad para el ejercicio de la libertad a través de un sistema federal, en el que la ley fundamental debe tener el carácter de eterna e invariable.

El plan de Nariño buscaba no ser impuesto, sino que el Congreso lo tuviera en consideración para conciliar las opiniones de quienes lo integraban y así, de algún modo, como lo expresaba, en forma trascendental, contribuir a la felicidad de la Patria, como lo vemos en la justificación que hizo del mismo.

Pidió a los Representantes de Colombia, que a pesar de su divergencia hicieran honor a su sabiduría y dignidad para considerar la división del territorio centralizado, pero federal en un futuro, pues una masa capaz de resistir a toda fuerza que se quisiera imponer sólo podría formarse de la reunión de los pueblos, de los hombres, de los recursos, de las luces, de las voluntades, pues *la libertad, o la felicidad, que es lo mismo, no dependen de un gobierno central ni de uno federal, sino de un gobierno en que la ley, su ejecución y su juicio están separados.*

Y, quiso hacer notar la inconveniencia de una constitución pétreo, como al final lo fue la Carta de Cúcuta, la cual llevó a la disolución posterior de Colombia, la Grande, integrada por los departamentos de Cundinamarca, Venezuela y Quito, pues allí se consignó la imposibilidad de enmendar la constitución sino sólo hasta diez años después de haber sido expedida: *La Constitución, pues, lo que debe hacer es, que sin contradecirse deje preparados todos los caminos a la mayor libertad posible.*

Así, la constitución comenzaba por establecer los principios fundamentales de los derechos individuales y públicos sobre que la misma constitución debía estribar y formarse; y estos principios, deducidos los unos de los otros, eran fundamentados por la felicidad pública.

Propuso de igual manera trazar un mapa de la República de acuerdo con ciertos intereses, pues *no es posible gobernar bien masas desproporcionadas, incoherentes y mal deslindadas, proponiendo entonces divisiones proporcionadas a su población... deslindes naturales y aun geniales, que no sólo facilitan la marcha del gobierno actual, sino que si en lo sucesivo se creyere conveniente la federación sin alterar nada, está hecha la federación; sin que nosotros digamos ahora bueno ni malo sobre lo que en este particular deba hacerse.*

Para evitar que fuese la masa ingente e inculta la que llevara las riendas del poder, aunque lo detentase, consideró que dicha soberanía popular se ejercería a través de representantes que pudieren además legislar y establecer el gobierno que llegasen a decretar: *De donde se sigue que esta representación no es el edificio sino el arquitecto que lo dirige; que no debe gobernar sino formar el gobierno; y como el edificio no quedaría terminado si no nombrara las personas que lo deben componer, de ahí su derecho de nombrar, y la necesidad de muchos representantes, de tiempo en tiempo, para reponer los funcionarios y corregir cualquier defecto que en las leyes reglamentarias y convencionales le hubiere manifestado la experiencia, que debe quitar, añadir o mudar.*

El gobierno representativo, un órgano legislativo unicameral para evitar el aumento de funcionarios; un Senado que ejercía simplemente tribunal de justicia para la infracción de las leyes políticas, como la Alta Corte de Justicia lo es para la de las leyes gubernativas, y que también le está subordinado, eran los órganos principales de la administración. Pero, algo para resaltar era que cuando se presentaran situaciones de alteración del orden público, debería consagrarse un sistema para efectuar a los ciudadanos las restituciones a sus facultades y sus garantías; y el nombramiento de un dictador en los grandes peligros de la patria como una necesidad indubitable, nombrado por el poder legislativo o la representación nacional si estuviere reunida.

Aclaró Nariño que la constitución debería ir motivada, de acuerdo con tres razones que expuso en la presentación del texto: *primera, que no siendo*

los Diputados que las forman el mismo Soberano, sino sus representantes, parece que deben dar una razón por qué dictan más bien esta ley que la otra, y que esta especie de satisfacción se extiende a todo el mundo; segunda, que de este modo se quitan las interpretaciones arbitrarias a los motivos con que se hizo la ley; y tercera, que es la más importante que los legisladores venideros, que encuentran la razón de la ley, verán en ella si subsiste o no la misma razón para continuarla, derogarla o variarla, sin andar adivinando el motivo porque se dictó, como comúnmente sucede.

Ya cerrando su prolegómeno al proyecto de constitución, el precursor Nariño escribió estas sabias palabras:

He procurado en este trabajo precaverme, cuanto me ha sido posible, de la contagiosa manía de abrazar ciegamente los usos y las prácticas de las naciones extranjeras, sólo porque son más antiguas e ilustradas que nosotros. Su antigüedad nada prueba, cuando vemos los Gobiernos de la China, del Indostán y Constantinopla, que seguramente no son dignos de imitarse, no obstante su mucha antigüedad; y la grande ilustración de la sabia Europa, yo creo que está más en el cuerpo de la Nación que en sus gobiernos, a pesar de la gran prosperidad que algunas de ellas presentan, pues ésta no se debe a otras causas que los mismos gobiernos no han podido sofocar. No sucede lo mismo con todos sus escritos luminosos que nos describen sus defectos, y aunque sé que se dice que estas son teorías impracticables, también sé que este es el lenguaje de los enemigos de la libertad, que quisieran ver eternizados sus envejecidos errores. Así, sin dejar de adoptar lo que debe imitarse cuando la razón está de acuerdo con la experiencia, nada he adoptado, por la sola razón de que lo hacen así naciones más ilustradas.

En cuanto al texto del articulado, Nariño lo presentó ante el Soberano Congreso General de la República de Colombia, reunido en la Villa del Rosario de Cúcuta, durante cinco meses, entre el 6 de mayo y el 14 de octubre de 1821 y, el 30 de agosto aprobó la Constitución de la República de Colombia o Constitución de Cúcuta, finalmente sancionada por el gobierno el 6 de octubre de 1821. En ese período, precisamente el 12 de julio de 1821, también se firmó la Ley Fundamental de la Unión de los pueblos de Colombia, por la cual, los pueblos de la Nueva Granada y Venezuela quedan reunidos en un solo cuerpo de nación, bajo el pacto expreso de que su Gobierno será ahora y siempre popular representativo bajo el nombre de República de Colombia y cuyo Poder Supremo Nacional se dividía en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Como quiera que sea, por su importancia, la propuesta de mi pariente, en octavo grado de consanguinidad por vía agnada colateral, don Antonio Nariño encierra un alcance político que por entonces no fue bien comprendido por los odios de Santander y sus seguidores y propendía

una reforma fundamental que mejor meditada y con algunas variaciones, hubiera quizá podido implantarse. Sumado a la no aceptación del proyecto, se presentaron sucesos desagradables encabezados por los santanderistas, así fue como renunció, y se designó en su lugar como vicepresidente al cartagenero José María del Castillo y Rada, a quien correspondería sancionar la Carta de 1821, que firmó Miguel Peña como Presidente del Congreso.

Según se dijo,

El proyecto de Nariño era una verdadera novedad en la materia. Dividíase en partes y éstas en capítulos. Titulábase la primera "Principios fundamentales", y era ella una recopilación de definiciones, apotegmas, nociones de ética y máximas antiguas en que quiso fundir los derechos individuales y los derechos públicos de las naciones a que se refiere cada sección de esta parte sin el método y la concisión que requieren prescripciones fundamentales relativas a estos puntos. Allí se habla de federación y de relaciones internacionales en forma didáctica la más extraña. Trata la segunda parte del territorio, la soberanía, el Gobierno y el Poder Legislativo. En cuanto al territorio, después de señalarlo como en un texto de geografía, lo divide en siete Estados: Cundinamarca, Panamá, Popayán, Quito, Caracas, Mérida y Orinoco, arreglándose de modo que todos tengan puertos marítimos. Los representantes de cada uno de estos "Estados Equinocciales", elegidos directamente por el pueblo, ejercerían la soberanía, dictarían leyes y nombrarían los gobernantes. El Poder Legislativo se formaría por una sola Asamblea Nacional, con las atribuciones que luego se han señalado siempre a aquel poder, pudiendo además nombrar un Dictador en los grandes peligros de la Patria. El Poder Ejecutivo se compondría del Presidente de la República y cinco ministros consejeros. El Poder Judicial Supremo, de un Senado conservador y de la Alta Corte de Justicia, correspondiendo al primero resolver en definitiva sobre la constitucionalidad de las leyes objetadas por el Ejecutivo. No peca este proyecto de excesiva reglamentación como los que le precedieron, pero sí contiene algunos detalles insignificantes ajenos al carácter de un Estatuto Fundamental.¹³

El preámbulo del proyecto de Constitución, invocaba a Dios como *Padre de las Luces, único y Supremo Soberano*, incluyendo una primera parte con 48 artículos divididos estos Principios Fundamentales en dos secciones: De los derechos individuales y De los derechos públicos o de los nacionales, donde se refiere a la inviolabilidad de sus bienes, industria y propiedades a través de la protección de la igualdad social con unos límites de protección ubicados donde comienzan los deberes, a los que define como los mismos derechos pero reclamados por otros. Sin embargo, dice que los deberes y

⁽¹³⁾ POMBO y GUERRA. *Constituciones de Colombia*. Tomo III, p. 48.

derechos para todos no pueden ser iguales, tanto que si se es magistrado del pueblo, solo se poseen deberes y sólo derechos en consideración al cargo que ocupa, así el pobre tiene más derechos que reclamar y el rico más deberes que cumplir.

Propuso crear el código civil con los derechos y deberes de cada ciudadano; el código penal con los casos en que se infringen los derechos de los otros; las leyes políticas para formar la constitución y, en todo caso, basadas todas en las leyes de la naturaleza.

El bien público o común también fue factor preponderante en la redacción del proyecto, que ejercida es la ley suprema o soberanía, la cual por esencia es general, indivisible y ejercida por unos representantes que han de prescribir el modo como la comunidad debe ser gobernada para conservar y defender sus derechos. Ese poder, lógicamente no puede ser ilimitado ni arbitrario, sino basado en principios fijos, que corresponden al desarrollo de tres elementos: de la voluntad, que forma las leyes, de la ejecución, que les da su cumplimiento, y del juicio, que impone las penas a los infractores de las mismas leyes. Dichas funciones o elementos, no pueden confiarse a una misma persona o corporación porque así, muere la seguridad personal y desaparece la libertad. Por otro lado, ni permanentes, ni hereditarias ha de ser el ejercicio del gobierno, pues se abriría la ambición y el camino para violar leyes.

En cuanto a los derechos públicos o de los nacionales, Nariño resalta como el principal poder disponer voluntariamente de sus propiedades, así como ejercer los derechos y cumplir con los deberes, por ser una misma cosa, diversamente reclamada. Hace énfasis en las leyes de la represalia, basadas en la ley del talión, ley de venganza que sólo es propia de los pueblos salvajes y que lo único que permite es agravar las acciones atroces mediante las represalias, que sólo reprimen los males hechos, más no los previenen. Sin embargo, consagra igualmente la definición para el derecho de guerra a la cual se subordinan la justicia y la razón.

Acerca del sistema de gobierno, expone las ventajas de la federación, fundada en la razón, la justicia y el interés común, factores que propiciarían el ensanchamiento de sus límites, siempre y cuando posea los elementos del Estado: territorio, población y luces suficientes para gobernarse, que le permiten gozar de independencia y libertad.

La moral universal es la única ley que puede dirigir las naciones y por tanto, ninguna nación puede engrandecerse con el pillaje o con las invasiones o la guerra, circunstancias que violarían el Derecho de Gentes y que demostrarían es que el país no ha salido de su infancia o de la condición de no ser más que un pueblo salvaje.

La segunda parte del proyecto trata sobre la república y se divide en cuatro capítulos, de los cuales, a su vez el cuarto se divide en cuatro secciones, todas relacionadas con el poder legislativo.

El primer capítulo, en seis artículos, nos dice que el territorio estaría de acuerdo con unos límites, comprendiendo una extensión de ciento quince mil leguas, con un costa de más de 900 leguas, población de más de cuatro millones de habitantes, grandes riquezas minerales y naturales y una propuesta para dividir esos Estados Equinocciales de Colombia en siete estados: Quito, Popayán, el Istmo, Cundinamarca, Mérida, Caracas y Orinoco, deslindados por hojas cortadas desde el interior hasta los mares, de modo que todos poseyeran puertos.

Cada uno de los Estados se dividiría en provincias, éstas en departamentos, estos en municipalidades y cada municipalidad en judicaturas.

La nación sería titular de la soberanía, la cual se ejercería por representantes elegidos y nombrados por todos los integrantes de los Estados Equinocciales obrando el bien conforme a la voluntad general y a los principios de la moral universal, siendo inviolables en su persona y opiniones todo el tiempo del ejercicio del cargo, e incluso en cuanto a su opinión expresada, perpetuamente, o a sus deudas contraídas.

La denominada Representación Nacional tendría el tratamiento de Suprema Majestad Nacional y su seguridad sería responsabilidad de la sociedad entera.

El gobierno, de corte representativo se integraría de una Asamblea Legislativa, de un Poder Ejecutivo, del Poder Judicial y de un Senado Conservador de la Constitución, todos los cuales serían elegidos y nombrados por la Representación Nacional, a excepción de los ministros confirmados por la legislatura luego de su designación por el Ejecutivo.

Los siguientes 68 artículos, en cuatro secciones, corresponden al Poder Legislativo, excesivamente detallado por Nariño en cuanto a sus atribuciones, restricciones, garantías y el procedimiento para la formación y sanción de las leyes.

De ese amplio catálogo, se resalta el artículo 19, que facultaba al Poder Legislativo en los grandes peligros de la patria, para entre los ciudadanos de la República, nombrar un dictador.

Y es que el Poder Legislativo, que adoptaba el nombre de Gran Consejo Nacional, con el tratamiento de Respetable Cuerpo, poseía otras funciones, que aunque no eran ilimitadas, tenían por talanquera las leyes de la naturaleza humana y la Constitución.

Igualmente en este capítulo se encuentran las atribuciones consagradas a los demás órganos en relación con el Congreso y las leyes, e incluso el

trámite de control de constitucionalidad, previsto para ser ejercido por el Senado en un plazo muy breve.

Vencido su proyecto de constitución y los 144 artículos que la componían, el 5 de julio de 1821, el Precursor renunció al cargo de Vicepresidente de la República, a causa de la grave enfermedad que lo aquejaba, siendo reemplazado por el doctor José María del Castillo y Rada, retirándose de la política a la vida privada en Santafé, no sin antes haberle tributado manifestaciones de adhesión entusiastas en los lugares de su paso. Por ejemplo, en carta fechada 25 de septiembre de 1821, los señores Antonio Forero y Juan Nepomuceno Salazar, vecinos de Chiquinquirá, le pidieron encarecidamente que al dirigirse a Bogotá por aquel lugar, se dignara aceptar la hospitalidad que la ciudad le brindaba en una de sus casas, *albergues pobres y miserables para contener a V. E., pero grandes y opulentos si se cuenta con la inclinación decidida con que este pueblo le ha amado*,¹⁴ decían los oferentes.

Ya en Bogotá, elegido por acta de octubre 9 de 1821 como senador por el Departamento de Cundinamarca para el Congreso de 1823, fue acusado de supuestos delitos por dos de sus gratuitos enemigos,¹⁵ Vicente Azuero Plata, Francisco Soto y Diego Fernando Gómez, entre otras cosas por malversación en la Tesorería de Diezmos, de traidor a la patria, por haberse entregado voluntariamente en Pasto al enemigo durante la Campaña del Sur de 1814 y *por haber permanecido seis años fuera del territorio de la República por su voluntad y sin permiso del gobierno*.¹⁶

Nariño se presentó a defenderse ante el Senado apareciendo “cojo y casi ciego” en las barras con el rostro quemado por el sol de las campañas y de los viajes; envejecido por los sufrimientos, minado por la tuberculosis pulmonar y la artritis, mal cerradas las heridas que las cadenas de los tiranos habían dejado en las piernas del valiente soldado. Apenas podía andar, y cada paso que daba era una elocuente desmedida a las calumnias de sus enemigos, y levantando altiva su noble frente, recordaba los primeros esfuerzos hechos por la Independencia y por la Libertad, y las inmensas pérdidas y crueles sufrimientos que ellos le acarreaban, preguntaba: *¿En dónde estaban entonces esos hombres que hoy me calumnian? ¿Qué era de ellos cuando yo perdía hacienda, salud y libertad por dar prosperidad, independencia*

⁽¹⁴⁾ RESTREPO CANAL, Carlos. “Bolívar, Nariño y Santander” en *Cauce*, # 45 y 46, enero a junio de 1965, p. 36.

⁽¹⁵⁾ Se dice que el General Santander guardaba también una clara aversión a Nariño, sin duda, por el antagonismo en que los colocaba su posición política con respecto a la Vicepresidencia, “porque Nariño en realidad aspirase a ella, o porque Santander supusiera que aquél deseaba arrebatarla”, según dice Carlos Restrepo Canal en el artículo citado, p. 42. Esto se ratificó con la ausencia de decreto de honores del Ejecutivo a la muerte del Precursor.

⁽¹⁶⁾ ORTEGA RICAURTE, Daniel. “Antonio Nariño” en *Cauce*, # 45 y 46, enero a junio de 1965, p. 21.

y libertad a la Patria? Para luego pronunciar durante más de tres horas su admirable discurso de defensa, calificado como una de las piezas más elocuentes de la oratoria colombiana.¹⁷

Pocos meses después empezaría el camino hacia su destierro definitivo dentro de nuestra propia patria, culminando sus días el 6 de diciembre de 1823 en Villa de Leiva, habiendo pronunciado allí su última frase: *Amé a mi Patria, ¿cuánto fue ese amor? Lo dirá algún día la historia. A mi Patria le dejo mis cenizas, a mis hijos, mi recuerdo.*

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ DÍAZ, Oswaldo. "Conferencia Nuevo Encuentro con Don Antonio Nariño" en *Boletín de Historia y Antigüedades*, Academia Colombiana de Historia, Números 606 – 608, abril a junio de 1965.

HERNÁNDEZ DE ALBA, Guillermo y Fernando RESTREPO URIBE. *Iconografía de Don Antonio Nariño y recuerdos de su vida*. Publicación auspiciada por la Empresa de Teléfonos de Bogotá, Bogotá, 1983.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *El Constitucionalista Antonio Nariño*. Colección Portable, Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, D. C., 2010.

ORTEGA RICAURTE, Daniel. "Antonio Nariño" en *Cauce*, Revista de la Secretaría de Educación de Boyacá, # 45 y 46, enero a junio de 1965.

POMBO y GUERRA. *Constituciones de Colombia*. Tomo III, Editadas por el Fondo Cultural Popular del Banco Popular, Bogotá, D. C., 1986.

RESTREPO CANAL, Carlos. "Bolívar, Nariño y Santander" en *Cauce*, Revista de la Secretaría de Educación de Boyacá, # 45 y 46, enero a junio de 1965.

RUIZ MARTÍNEZ, Eduardo. *La Librería de Nariño y los Derechos del Hombre*. Planeta Editorial Colombiana, Bogotá, 1990.

SANTOS MOLANO, Enrique. *Antonio Nariño, filósofo revolucionario*. Colección Biografías, Editorial Planeta S. A., Santa Fe de Bogotá, D. C., 1999.

⁽¹⁷⁾ Dos de los Senadores que tacharon de inconstitucional la elección de Nariño, los señores Francisco SOTO y Diego Fernando GÓMEZ, cometieron la falta de ausentarse de la sesión, durante la defensa de aquél, y de votar luego contra el acusado.

NECROLÓGICA

SENTIDO RECUERDO DE PEDRO J. FRÍAS (1919–2011)

Ricardo Haro

A título de proemio deseamos manifestar que, dada la múltiple y amplia proyección que tuvo la personalidad de Pedro José Frías, las presentes líneas solo pretenden ser una visión reseñada y panorámica de sus perfiles más sobresalientes.

Pedro José Frías nació en Córdoba el 24 de Mayo 1919 y falleció el 2 de abril del presente año. Cursó sus estudios secundarios en el Colegio Nacional de Monserrat, del que egresó obteniendo el máximo galardón: el premio “Duartes Quirós”. Coronó sus estudios de abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales con el premio “Universidad Nacional de Córdoba”, para luego obtener el título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales con su tesis *El ordenamiento legal de los Partidos Políticos*.

Estas circunstancias ponen de relieve que, ya desde muy joven, Pedro José Frías se manifestó con una personalidad rica en talentos que lo harían sobresalir cualquiera fuere el ámbito en que actuara. Así, en el ejercicio de una activa vida profesional que desarrolló aproximadamente tres décadas en el estudio de su señor padre.

Pero, su vocación definitoria lo convocó a vivir en los ámbitos universitarios y académicos. Fue así como, siguiendo un innato llamado hacia la educación, ingresó a la docencia e investigación universitaria, llegando a ser profesor de Derecho Constitucional en las universidades Nacional y Católica de Córdoba, asumiendo posteriormente en la primera, por concurso, la titularidad de la Cátedra de Derecho Público Provincial y

Municipal, y la dirección de su instituto. Años después crea, en la misma Universidad Nacional, el Centro Interdisciplinario de Federalismo, desde el cual comenzó su ardua y sabia lucha en defensa de un auténtico y actualizado federalismo. Su pasión universitaria lo llevó a desempeñarse como miembro del H. Consejo Directivo, siendo elegido más tarde vice-decano de la facultad. Al cumplir la edad reglamentaria renuncia a la cátedra y el H. Consejo Superior de la Universidad Nacional le designa profesor emérito. Fue laureado doctor *honoris causa* y profesor extraordinario en diversas universidades.

Por su solvente competencia en Derecho Público Provincial, se desempeñó como asesor *ad honorem* de varias convenciones Constituyente Provinciales a partir de la década de 1980.

Su reconocida entidad como jurista lo llevó a tener relevante actuación académica, siendo designado miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, desde 1964, en la que fundó el Instituto de Federalismo, ejerció la Vicepresidencia desde 1971, y la Presidencia de 1986 a 1994, fecha a partir de la cual es designado presidente honorario.

La trascendencia de su brillante trayectoria fue la razón por la cual se le designó, asimismo, miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, y de Educación de Buenos Aires, y miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Inviestió igualmente la calidad de miembro honorario de la Academia de Ciencias Sociales, Morales y Políticas de Chile.

Desde otra perspectiva, tampoco le fueron ajenos a Pedro J. Frías los ámbitos de la justicia y de la diplomacia. En efecto, se desempeñó varios años como juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y como embajador de la República ante el Gobierno de Bélgica, y ante la Santa Sede.

De suma importancia fueron sus valiosas intervenciones, tanto en la firma del concordato con la Santa Sede, cuanto como consultor de la delegación argentina, en la mediación papal por el conflicto con Chile, que arribó al Tratado de Paz y Amistad en 1984.

Otra faceta sobresaliente de su personalidad fue la de publicista, lo que muestra con una producción de libros, estudios, artículos, etc., de una calidad y cantidad realmente excepcional. Publicó una veintena de libros personales y coordinó otros cuatro, algunos con varias ediciones. De los personales, entre otros, destacamos: "La Defensa Política argentina" (1951), "El Comportamiento Federal Argentino" (1970), "Introducción al Derecho Público Provincial" (1980), "Sobre Poder y Sociedad" (1983),

“Aproximaciones” (1989), “La Vida Pública y sus Protagonistas” (1995), “Tiempo Pasado” (1996), “Conductas Públicas” (1997), “El Proceso Federal Argentino” (1998), “Cuestiones de Estado” (1998), “Protagonistas del siglo que paso” (2001), “Política y Sociedad, 1980–2002” (2003), “Una experiencia diplomática a 30 años de la Mediación Papal” (1999 y 2008). Los libros colectivos que coordinó fueron “Derecho Público Provincial” (1985), “La Nueva Constitución de Córdoba” (1988), “Las Nuevas Constituciones Provinciales” (1989), y “La Constitución de Córdoba Comentada” (2000).

Publicó alrededor de dos mil artículos en los más importantes diarios nacionales y los de numerosas provincias, e integró el consejo de redacción de numerosas revistas especializadas nacionales y extranjeras.

Pedro J. Frías cumplió una proficua labor en el campo institucional, tanto en la creación y promoción de numerosas e importantes instituciones. Entre muchas otras, fue fundador, presidente y presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y fundador y miembro del Comité Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Desde joven fue un activo dirigente de la Acción Católica Argentina y posteriormente, del Partido Demócrata Cristiano, por el cual fue candidato a convencional constituyente, senador nacional y gobernador de Córdoba.

Promotor tanto de las Jornadas de Federalismo, como de las Jornadas Nacionales de Regionalización, que se reiteraron en diversas oportunidades; participó como conferencista, panelista o expositor en innumerables congresos, cursos, seminarios, etc.

La vida diplomática y académica le permitió no sólo ser galardonado con numerosas distinciones institucionales y condecoraciones de diversos gobiernos, si también el afecto y diálogo con notables personalidades del mundo político, religioso y cultural; entre muchos otros, podemos mencionar los siguientes: Rey Balduino y la Reina Fabiola; SS. SS. Pablo VI y Juan Pablo II; cardenales Samoré y Casaroli; Joseph Folliet, Giulio Andreotti, Manuel Fraga Iribarne, Jean Guilton, Jorge Luis Borges, Heryk Szering.

Luego de esta reseñada información biográfica, bueno es que realicemos algunas reflexiones en torno a las facetas más distintivas de su paradigmática figura.

En primer lugar y a modo de medular síntesis que resuma su prominente personalidad, podemos afirmar que bien le corresponde como al que más, aquella tan decidora expresión de haber sido *Maestro de la Vida y el Derecho*, y como todo Maestro primero daba testimonio de sus ideas y sus valores.

Los relevantes talentos intelectuales que poseía Pedro José Frías, lo mostraron ya desde su adolescencia secundaria, con una excepcional y lúcida inteligencia, que le permitió siempre desempeñarse en las prominentes

funciones que, en cada etapa de su vida, le requirieron los más diversos contornos de su existencia. Era un agudo observador, reflexivo y crítico de las cambiantes circunstancias sociales en que desarrolló su vida, y a las que siempre supo dar respuestas agudas, profundas e invariablemente orientadas hacia el bien de las instituciones y el bienestar del pueblo.

Pero su vida, ya sea tanto personal, académica, política, judicial, diplomática y en sus convicciones religiosas, no se quedó en el mero campo de las disertaciones y debates, sino que muy por el contrario, asumió siempre un compromiso vital y concreto con el *hacer* y con el *servir*.

Por ello sirvió, con su pensar y su obrar y con admirable pasión, a la Constitución, a la República, al federalismo y a los eminentes fines que, para el logro del bienestar general, proclama nuestro Preámbulo. Frecuentemente nos decía con esperanzada convicción: *Lo que hoy parece utópico, sólo requiere un poco más de tiempo.*

Ejerció una docencia que al ser una vocación tan plenaria en él, se constituyó en su estilo de vida, porque en cada palabra y en cada gesto transmitía creencias, ideas, valores y sentimientos. Era connatural en Frías su brillante lucidez, su solidaria generosidad, su pedagógica transmisión de conocimientos e inquietudes, siempre con un alegría y un gozo existencial, que contagiaba a su interlocutor, con una cordialidad sincera tan lejos de los formalismos.

Sus agudos y enjundiosos aportes al Derecho Público fueron profundos y realistas, porque siempre estuvo en la "trinchera" por la lucha de los valores y fines constitucionales, a menudo tan impudicamente violados en nuestra anómica historia argentina. Esa lucha persuasiva pero con firme convicción, la libró ya sea recorriendo la latitud y longitud del país interior, enseñando e inculcando las ventajas de un verdadero y prospectivo "comportamiento federal y republicano" a la altura de los tiempos que vivía; la libró asesorando convenciones constituyentes; la libró enseñando desde la cátedra universitaria, en los encuentros de la AADC, en las academias a las que perteneció tan mercedamente; en los seminarios, congresos, cursos y, finalmente, la libró a través de sus numerosas obras dirigidas fundamentalmente tanto a la problemática del federalismo, como a la salud republicana de los comportamientos sociales, gubernamentales e institucionales.

Esta notable mentalidad del hombre-jurista, no se acotaba en el Derecho, sino que lograba plenitud en la vasta formación cultural de Pedro José Frías, que se nutría de la Historia, la Sociología, la Filosofía y, asimismo, de la Literatura, la Arquitectura, la Música, la Poesía, la Pintura, y cualquier otra manifestación artística. Era realmente un hombre culto, que tenía una cosmovisión sublime de la vida y para quien "nada de lo humano le era extraño" (Terencio).

Tenía una grandeza de alma que lo llevó a compartir sus reflexiones institucionales, con coincidentes y disidentes. Su sencilla pero verdadera humildad favorecía que se hiciese todo a todos, integrando sin unificar, respetando la opinión propia de la dignidad humana, siempre en diálogos fecundos y cordiales, dando autenticidad a la expresión de Lacordaire cuando señala: el orgullo divide a los hombres y la humildad les une.

Cuánta transmitía con el testimonio de su vida y de su palabra! Cuánta apertura de espíritu, que lo alejaba de estructurados dogmatismos! Cuánta sobriedad y modestia en el decir y en el vivir, tan lejos de la soberbia y la frivolidad!

Hizo del servicio una norma de vida, por eso le gustaba tan a menudo recordar fervorosamente los versos de Tagore cuando nos dice: Soñé que la vida era alegría. Desperté y vi que la vida era servicio. Serví y vi que el servicio era alegría.

Por tan eminentes calidades morales e intelectuales que tanto nos enriquecieron, bien la cabe a Pedro José Frías las palabras evangélicas: Felices los pacientes, los que tiene hambre y sed de justicia, los de corazón limpio, los que trabajan por la paz, porque de ellos es el Reino de los Cielos.

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)