

REVISTA PERUANA DE
DERECHO PÚBLICO

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

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 5, Número 9 • Julio-diciembre de 2004

Director
Domingo García Belaunde

Comité de Redacción
**Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren
Praeli, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich**

Secretario de Redacción
José F. Palomino Manchego

Comité Asesor Internacional

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

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



AGRADECIMIENTO



DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Carátula de Nicolás Gracey

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

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

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

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
Jr. Lampa 1221
Telf.: 427 3147 / Telefax: 427 6038
Web: www.grijley.com
E-mail: grijley@terra.com.pe
Jr. Azángaro 1077 - Lima 1, Perú
Telf.: 321-0258

SUMARIO

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

ENSAYOS

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

NECROLÓGICA

- RICARDO HARO En sentido recuerdo de Germán J. Bidart Campos	89
- FRANCISCO JOSÉ DEL SOLAR Bidart Campos	93

SUMARIO

- JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
Louis favoreu. In memoriam 95

CRÓNICA

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

DOCUMENTOS

- Discurso de Don Nicolás de Piérola en el banquete que le
ofrecieron sus correligionarios el 5 de enero de 1908, día
de su cumpleaños, en el hotel "Maury" 115

EDITORIAL

En el segundo semestre de este año, la comunidad constitucional ha sufrido la pérdida de grandes valores académicos, en mayor o menor medida vinculados a nosotros. La primera, es sin lugar a dudas, el fallecimiento del eminente constitucionalista argentino y gran amigo del Perú, Germán J. Bidart Campos. De él publicamos, en exclusiva y en carácter de póstumo, el pequeño artículo que nos envió especialmente para nuestra "Revista" y que aquí se incluye. En la parte pertinente hay una sentida nota necrológica escrita por Ricardo Haro, presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y otra de nuestro colega Francisco J. del Solar.

Otras dos pérdidas son las del profesor colombiano Vladimiro Naranjo Mesa, ex Presidente de la Corte Constitucional colombiana –al que dedicaremos una nota en próxima edición– y la del gran constitucionalista francés Louis Favoreu, también vinculado a nuestra "Revista" y que si bien nunca visitó el Perú, estuvo en varios de nuestros países, la última vez en el Congreso Internacional de Derecho Constitucional que se llevó a cabo en enero de 2004, en Santiago de Chile. Nuestro amigo y colaborador José Julio Fernández Rodríguez, nos ha preparado unas líneas en homenaje al jurista desaparecido.

Colabora igualmente con nosotros Jorge Basadre Ayulo, en un texto sobre Bartolomé Herrera, que en cierto sentido complementa los apartados dedicados a Herrera en números anteriores (6 y 7). Y dos colaboraciones de amigos de casa: Francisco Fernández Segado, del que reproducimos su discurso de agradecimiento al recibir el doctorado *honoris causa* en la Universidad de Messina. Y un sugerente texto del constitucionalista

argentino Eduardo P. Jiménez, sobre la reforma de 1994, que todavía da que hablar.

Cerramos el número con secciones destinadas a crónicas y documentos.

Desde el punto de vista legislativo, hay que llamar la atención sobre la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional el 1° de diciembre, del que se espera, por lo demás, que despliegue al máximo de sus virtualidades.

Lima, diciembre de 2004.

El Director

ENSAYOS

EL "ADENTRO" Y EL "AFUERA" DE LA POSITIVIDAD CONSTITUCIONAL

Germán J. Bidart Campos (*)

1. Empecemos por indagar a qué alude esto de "adentro" y "afuera". Seguramente, procura averiguar cuáles contenidos que se hallan "dentro" de la constitución provienen o ingresan desde "afuera" del texto.

Positividad constitucional es una expresión que equivale a derecho constitucional positivo, o sea, a la constitución codificada en un texto, del tipo de los que el constitucionalismo moderno difundió en el mundo, con muy escasas excepciones. Pero, a la vez, si enfocamos un derecho constitucional "positivo" ¿será porque somos iusnaturalistas que creemos en alguna extrapositividad, o porque por "afuera" de la positividad constitucional creemos que hay algo, o mucho –precisamente– algo o mucho que desde ese "afuera" entra a la positividad en uno o varios contenidos de la constitución?

El tema roza múltiples cuestiones. Una puede ser ésta: ¿hay un "afuera" que condiciona la positividad de algunos contenidos de la constitución? Si respondemos afirmativamente, hemos de admitir casi por necesidad otra cosa: que algunos contenidos de la constitución no son producto exclusivo

(*) El presente artículo fue remitido por el autor, poco antes de su sensible fallecimiento, del que damos cuenta en la sección Necrológica. Lo reproducimos aquí no sólo por su calidad intrínseca, sino en homenaje al autor, quien quiso distinguirnos con una colaboración preparada especialmente para nuestra Revista.

de un voluntarismo discrecional o arbitrario de su autor sino, más bien, a la inversa: el constituyente ausculta por "afuera" qué valores, qué principios, qué contenidos, qué normas es necesario, o conveniente, o bueno, que incorpore a la constitución. Y sobreviene otra pregunta: ¿por qué es necesario, o conveniente, o bueno, que los contenidos de la constitución no sean producto exclusivo de un decisionismo voluntarista de su autor?

Tal vez, aun sin acudir al iusnaturalismo, quepa contestar que es necesario, conveniente o bueno para que desde una "realidad" del entorno sociocultural se reclute todo cuanto pueda conferir mayor sinceridad y eficacia a la constitución. O sea, para aportar algo y mucho a su vigencia sociológica, a su cumplimiento, a su acatamiento obediencial. Todo porque una constitución que no refleja algo o mucho de la realidad que le da base y apoyo suele, generalmente, resultar enclenque, débil, propensa a recibir violaciones –por acción y omisión–, etc.

2. No es fácil dar respuestas seguras a todo lo que, dudosamente, plantea esta introducción, pero hay que intentarlo, con mucho margen de opinabilidad, pero a la vez con mucha adicción a las convicciones y creencias personales.

Somos iusnaturalistas, creyentes en un orden objetivo y trascendente de valores que, desde su deber –ser– ideal valiente y exigente, nos muestran algo y mucho de lo que pudo ser, o sigue siendo, el núcleo esencial del derecho natural clásico, comprendiendo el legado por la escolástica, la neoescolástica, el racionalismo dieciochesco, etc. Para citar un autor de nuestros días: John Finnis. En Argentina, Rodolfo L. Vigo (h.).

Nuestro iusnaturalismo sitúa "afuera" de la constitución algunas exigencias que la positividad debe receptionar "adentro" de su normatividad y de su axiología. El ejemplo más notorio a la fecha, es el de los *derechos humanos* que, al recalar en la codificación, son llamados por parte de la doctrina derechos "fundamentales".

Ese "afuera" de ascendencia iusnaturalista reviste, para nosotros, juridicidad propia. Pero concedemos que, analógicamente, pueda decirse que no se trata de exigencias jurídicas extrapositivas, sino de exigencias *éticas*. Y el tema de los derechos vuelve a la superficie, porque tesis como la de Nino sobre los *derechos morales* implican, a su modo, que esos derechos de raigambre ética deben positivizarse para adquirir juridicidad en la constitución.

Hasta acá, entonces, lo importante consiste en admitir que algunos contenidos de la constitución tienen una raíz *extrapositiva*, sea ésta de

naturaleza *jurídica* o *ética*. El "adentro" de la positividad constitucional reconoce un hilván con el "afuera". La memoria nos retrotrae a la superlegalidad de Maurice Hauriou; y a su modo, el constitucionalismo francés que reenvía a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y al preámbulo de la constitución de 1946, puede dar otro testimonio con su texto de 1958.

Pero no es indispensable confesarse iusnaturalista para encontrar en el "afuera" de la constitución numerosos condicionamientos para la positividad. Visiones realistas de tinte axiológico son asimismo capaces de coincidir en un "afuera" no oriundo del derecho natural, sino de otras cunas: el contexto cultural, la tradición, las valoraciones colectivas, la propia génesis del proceso constituyente (ejemplo muy claro y elocuente para el federalismo argentino recogido por la constitución de 1853, al menos desde los antecedentes de 1810 en adelante), etc. Esta serie de posibles "afuera" que no necesariamente guardan ligamen con el derecho natural dan constancia de que, según qué visión y qué técnica maneja un constituyente, los contenidos que vuelca a la constitución no son antojadizos, ni fruto unilateral de su voluntarismo, sino tributarios de ciertas realidades acumuladas en el entorno societario. Por supuesto, todo puesto bajo la lupa de una valoración objetiva suficientemente racional.

En el constitucionalismo democrático es normal que al contenido extrapositivo –o suprapositivo, como se prefiera– de los derechos humanos en todas sus generaciones hasta hoy visualizadas, se le añadan otros que también se enderezan a asegurar la primacía y la centralidad de la persona humana. Así, la limitación del poder, la distribución de sus funciones en órganos separados, el control de las decisiones –dentro del mismo poder, como es el caso del control de constitucionalidad, o desde fuera del poder, a través de mecanismos como algunas formas semidirectas, o de las opiniones públicas, o de organizaciones no gubernamentales, etc.–.

Tales contenidos parece que responden a una instancia no positiva, desde la cual el constituyente elabora las técnicas adecuadas al depararles ingreso a la constitución. O sea que tampoco son decisionismo puro.

3. El listado enumerativo se alarga mucho cuando pasamos revista a los contenidos que habitualmente encontramos en las constituciones actuales. El derecho de libre asociación, el de libertad de expresión, el de contraer matrimonio, el de acceso a la educación y a la salud, el derecho a la vida y al ambiente sano, el derecho de consumidores y usuarios en el mercado de bienes y servicios, el de participación política, el derecho al desarrollo personal, los derechos calificados como personalísimos, los

derechos de las comunidades aborígenes, los emergentes de la patria potestad, la prohibición de las discriminaciones arbitrarias, son algunos de los aspectos que, sin demasiado esfuerzo, podemos anexar a una ascendencia que trasciende a la positividad.

Otro ejemplo de suma patencia es el de los derechos no enumerados o derechos implícitos. Muchas constituciones cuentan con una cláusula según la cual la declaración de derechos formulada en el texto no agota el plexo de derechos: hay otros, cuya fuente (¿extrapositiva?) viene a veces citada, y otras veces no. Cuando se alude a la naturaleza humana, o a la dignidad de la persona, pareciera que la ascendencia extrapositiva se aproxima mucho al derecho natural.

No olvidemos, además, que el texto originario de Filadelfia de 1787 en Estados Unidos careció de declaración de derechos, cuya cobertura recién advino con las diez primeras enmiendas. Ese silencio normativo obedeció a la sólida creencia de que no hacía falta reconocer los derechos, porque la cultura social y la tradición les daban suficiente albergue. Quizá, otra alianza con el iusnaturalismo.

Textos como el de España de 1978, que define los valores superiores del ordenamiento, y los principios que son fundamento del orden político, nos confiesan qué valores y principios de alta alcurnia no son inventados ni creados por el arbitrio voluntarista del constituyente. Y, en concordancia, toda la doctrina del contenido "esencial" de los derechos parece ratificar que ese núcleo intangible que, como mínimo queda sustraído a toda alteración posible, es así porque responde a "la naturaleza de las cosas".

El principio que en el constitucionalismo norteamericano y argentino se conoce como debido proceso sustantivo, o principio de razonabilidad, al prohibir también –en sintonía con la doctrina del contenido esencial de los derechos– toda alteración infraconstitucional, muestra una bisagra con el derecho natural. En Argentina, el lúcido libro de Juan Francisco Linares sobre "Razonabilidad de las leyes", no vacila en reiterar las conexidades iusnaturalistas del constitucionalismo.

En fin, toda teoría de los valores que encumbra al valor justicia –al estilo de la egología de Cossio, confesado y acérrimo anti-iusnaturalista– tiene estrecho parentesco con las doctrinas del derecho natural, en la medida que no tolera que la justicia o la injusticia (valor y disvalor) dependan únicamente de lo que determine o defina el derecho positivo. Exigir que éste sea justo requiere un ancla que lo anude a una instancia por "afuera" de la positividad.

Entonces, lo que hay "adentro" ha sido "puesto" (¿"positivizado"?) porque alguna externalidad no positiva viabilizó el ingreso desde "afuera".

Actualmente, uno de estos "afuera" del derecho positivo estatal es el *derecho internacional de los derechos humanos*, con cuyos avances vamos lentamente accediendo hasta la incriminación de los delitos de lesa humanidad o contra el derecho de gentes, y a una jurisdicción penal universal.

La antropología puede, a su manera, dar idea de que cuando las teorías sobre el hombre se nutren desde una base ontológica, el constitucionalismo está en aptitud de recoger algo, desde "afuera", para situar a la persona en el centro del ordenamiento. Y toda explicación que, de un modo o de otro, comparte la afirmación de que el hombre "es" lo que es y "es" como es porque posee una naturaleza que le da el "ser", se desliza a propiciar que desde ese "ser" que "es" surge un "deber-ser" también acorde a la naturaleza humana. Y estamos en perspectiva de lo que definimos como el desarrollo humano o desarrollo personal, porque el "ser" del hombre no está acabado, sino que está "siendo". Y en este "estar siendo", aquel "deber-ser" lo orienta para ir perfeccionando su desarrollo personal.

¿Hay o no elementos naturales, o naturalidad en tal devenir del ser humano? Seguramente, sin enrolarse en el iusnaturalismo, es posible acercar respuestas afirmativas.

El análisis de las fuentes del derecho y de las causas del estado coopera en la búsqueda y el encuentro de los "afuera" que inoculan algo al "adentro" de la constitución. Todo cuanto implique una colaboración para erradicar los decisionismos y voluntarismos discrecionales debe ser auspiciado, porque la finalidad que un sistema axiológico democrático infunde a la constitución necesita propulsiones para, a la postre, revertir a la persona todo cuanto la naturalidad de su convivencia y de su sociabilidad política debe recibir y recaudar en la positividad del ordenamiento jurídico. No hay otra manera de dar efectividad positiva a los valores más que en el derecho positivo. De ahí que una afirmación formulada así desde nuestro iusnaturalismo tributario del trialismo de Werner Goldschmidt, sea a la vez un reconocimiento de la trascendencia institucional que le asignamos al derecho positivo. Si "adentro" de él no "ponemos" los valores que nos llegan desde "afuera", el constitucionalismo democrático contará con un escaso ámbito para la progresividad maximizadora de los derechos humanos.

Finalmente, todo lo que podemos colectar en el rubro de los *bienes jurídicos colectivos* de naturaleza constitucional (por ejemplo: la salud

pública, la comunicación social, la identidad cultural, el idioma, la información, etc.) nos permite decir que lo que como bienes tienen de bueno, lo tienen porque coordinan con cuanto de natural plasma la organización del ordenamiento positivo.

4. Este muestrario al que ponemos ahora término nos afianza en una convicción muy sólida: conviene auscultar los "afuera" múltiples que tienen capacidad para enriquecer el "adentro" de la Positividad.

EL JUEZ NACIONAL COMO JUEZ COMUNITARIO EUROPEO. SUS CONSECUENCIAS CONSTITUCIONALES ^(**)

Francisco Fernández Segado ^(**)

SUMARIO: 1. El ordenamiento jurídico comunitario. Sus principios estructurales. 2. El control de "comunitariedad" del ordenamiento interno llevado a cabo por los Jueces nacionales. Sus consecuencias. 3. La "cuestión prejudicial". Su función en el derecho comunitario. 4. La doble vertiente de la cuestión prejudicial. 5. Los órganos jurisdiccionales facultados para plantear una cuestión prejudicial. 6. Los órganos jurisdiccionales obligados a plantear una cuestión prejudicial y las consecuencias de su no planteamiento. Bibliografía.

1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO. SUS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES

I. En su célebre sentencia *van Gend & Loos* (5 de febrero de 1963) el Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas consideró que la Co-

(*) Conferencia pronunciada como "lección magistral" en el acto académico de investidura del autor como Doctor *honoris causa* por la Universidad de Messina. Messina (Italia), 11 de Noviembre de 2004.

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

munidad constituía “un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional [...] cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales”, consecuentemente con lo cual, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, “al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico”. Ello suponía el reconocimiento de que el ordenamiento jurídico comunitario estaba llamado a establecer relaciones jurídicas no sólo entre el Estado y sus ciudadanos, sino también de éstos entre sí.

En otra no menos conocida sentencia, la dictada en el caso *Flaminio Costa contra ENEL (Ente Nazionale de Energia Elettrica)* (15 de julio de 1964), el Tribunal señalaba que, “a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la Comunidad Económica Europea creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] que vincula a sus órganos jurisdiccionales”.

Al reemplazar con la calificación ‘ordenamiento jurídico propio’ la expresión ‘nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional’ que utilizara inicialmente el Tribunal, éste, como significara Guy Isaac, quería marcar especialmente la autonomía del ordenamiento comunitario en relación al ordenamiento jurídico internacional y subrayar el avanzado grado de centralización en la creación de normas, y también, muy probablemente, como dijera Paul Craig, posibilitar la diferente posición jurídica de los individuos ante el Derecho comunitario, pues en el ámbito del Derecho internacional público, hace años al menos, los individuos no adquirirían derechos ni tan siquiera cuando eran claramente los beneficiarios de las normas establecidas en un Tratado internacional, situación bien dispar a la dimanante del Derecho comunitario.

En definitiva, el Derecho comunitario, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados miembros, nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en los dos principios que vertebran las relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: 1) el principio de eficacia directa de aplicabilidad inmediata, y 2) el principio de primacía.

II. El Tribunal consagró por primera vez la eficacia directa en la ya citada Sentencia *Van Gend & Loos*, y lo hizo objetivando al máximo la voluntad de las partes contratantes, que consideró pretendieron involucrar no sólo a los respectivos gobiernos sino también a los ciudadanos mediante la búsqueda de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos. En su

fundamentación la Sentencia recurre al Art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad firmado en Roma en 1957, que contempla la "cuestión prejudicial", "cuya finalidad es garantizar la unidad de interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales", lo que venía a confirmar que "los Estados han reconocido al Derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos".

En su Sentencia *Franz Grad* (6 de octubre de 1970), el Tribunal extendería la eficacia directa a las Decisiones, pues "si bien los efectos de una Decisión pueden no ser idénticos a los de un Reglamento, esta diferencia no excluye que el resultado final sea el mismo que el de un Reglamento directamente aplicable: la posibilidad de que los justiciables los invoquen ante sus propios órganos jurisdiccionales".

Cuatro años después, en la Sentencia *Van Duyn* (4 de diciembre de 1974), el Tribunal admitió que las Directivas, la más peculiar fuente del derecho comunitario, podían contener preceptos que confirieran a los particulares derechos alegables ante los Tribunales de un Estado miembro y que éstos debían tutelar. Bien es verdad que el Tribunal de Justicia ha venido manteniendo que las Directivas sólo tienen efecto directo vertical. Dicho de otro modo, mientras las normas de los Tratados y los Reglamentos otorgan a los individuos derechos que pueden utilizarse tanto frente al Estado (efecto vertical directo) como frente a los particulares (efecto horizontal directo o efecto directo *inter privatos*), las Directivas sólo tienen efecto directo vertical, como el Tribunal dijera, entre otros, en el caso *Marshall vs. Southampton* (Sentencia de 26 de febrero de 1986), lo que no deja de ser una doctrina ciertamente discutible.

En su jurisprudencia ulterior, el Tribunal vino a exigir a las Directivas un conjunto de criterios a los que atender en orden a que la norma comunitaria tuviera ese efecto directo, entre ellos: que las disposiciones, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas (Sentencia *Becker*, de 19 de enero de 1982), que sean claras y precisas (Sentencia *Lück*, de 4 de abril de 1968), y que sean completas y jurídicamente perfectas (Sentencia *Molkerei Sentarle*, de 03 de abril de 1968).

Parece evidente, pues, por todo lo dicho, que la eficacia directa del Derecho comunitario es la consecuencia inexcusable de su pretensión de uniformidad en todo el ámbito territorial de la Comunidad (hoy Unión) y de su misma finalidad integradora.

III. En cuanto a la primacía del Derecho comunitario, significa, como es obvio, que sus normas tienen preferencia sobre las del Derecho nacional, de modo tal que en caso de colisión o conflicto entre unas y otras han

de prevalecer las normas comunitarias, cualquiera que fuere el rango de las normas internas, y con independencia de que hayan sido aprobadas con posterioridad, es decir, al margen de cualquier criterio de rango o temporal.

La primacía del Derecho comunitario dimana de modo inmediato de su propio efecto directo; es obvio que éste quedaría seriamente afectado si las normas comunitarias pudiesen verse desplazadas por otras de Derecho interno contrarias a aquéllas. Consecuentemente, la primacía es la resultante lógica de la eficacia directa.

Ya en su Sentencia *Flaminio Costa* (1964) el Tribunal vino a establecer este principio base, entre otros, a estos dos argumentos incontrastables: a) que al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica y de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, estos han limitado su soberanía en materias específicas, no pudiendo prevalecer contra tal limitación un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad, y b) que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado y sin causar una discriminación contraria al mismo.

En virtud del principio de primacía, como dijera el Tribunal en el caso *Simmenthal* (Sentencia de 9 de marzo de 1978), "las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros no solamente hacer inaplicables de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias".

IV. Problema distinto es el que plantea el ordenamiento constitucional de los Estados miembros, cuyo valor normativo superior sigue siendo defendido por los Tribunales Constitucionales o por los supremos órganos jurisdiccionales nacionales. Y es que, como dijera Alonso García, una cosa es que el parámetro de validez del Derecho comunitario derivado deba ser el propio ordenamiento jurídico comunitario –y no los ordenamientos jurídicos nacionales– con los Tratados constitutivos en la cúspide, y otra muy distinta que éstos impongan frente a su razón de ser, que no es otra que la cesión de soberanía esperada por los Estados miembros al amparo de sus respectivas Constituciones. Ello, en todo caso, exige

de una interpretación integradora al más alto nivel jurisdiccional, esto es, de una interpretación *pro constitutione* de los Tratados por el Tribunal de Luxemburgo y de una interpretación *pro comunitate* de las Constituciones nacionales por parte de los respectivos Tribunales Constitucionales o Supremos de los Estados miembros.

2. EL CONTROL DE “COMUNITARIEDAD” DEL ORDENAMIENTO INTERNO LLEVADO A CABO POR LOS JUECES NACIONALES. SUS CONSECUENCIAS

I. La doctrina del Tribunal de Justicia sobre la primacía del Derecho comunitario tiene como destinatarios primigenios a los Jueces nacionales. Ello, sin embargo, no se hará patente en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sino hasta la segunda Sentencia dictada en el caso *Simmenthal*, en marzo de 1978.

Ciertamente, no faltan autores, como es el caso de Ferreres en España, que entienden que, en puridad el principio de primacía no predeterminaba por sí mismo cuál debía ser el mecanismo jurisdiccional para hacer frente a la ley nacional contraria a Derecho comunitario.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, el hecho de que la Comunidad, hoy Unión, esté circunscrita, básicamente, a la creación jurídica, en el sentido de la elaboración de normas generales y abstractas, unido, en perfecta coherencia con ello, al carácter esencialmente descentralizado de la ejecución administrativa del Derecho comunitario y de su control jurisdiccional, convertía en poco menos que inexcusable la colaboración de los Jueces nacionales, con su subsiguiente protagonismo en el que bien podríamos denominar “control de comunitariedad”, más aún si se tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia sólo dispone de una competencia limitada al conocimiento de las materias que, de modo expreso, le confieren los Tratados constitutivos.

Si a todo ello se añade que el Derecho comunitario –como ya dijimos y es, por lo demás, reiterada doctrina del Tribunal–, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, crea derechos que entran a formar parte del patrimonio jurídico de los particulares, con la lógica consecuencia de que tal Derecho pueda ser invocado por los ciudadanos europeos, la conclusión es patente: el Juez comunitario de derecho común es el Juez nacional.

Ya en sus primeras Sentencias el Tribunal de Justicia puso de relieve, de modo implícito al menos, cuál debía ser la función del Juez nacional

como Juez comunitario; así, al subrayar (en la Sentencia *Comisión contra Francia*, de 4 de abril de 1974) que las autoridades internas venían obligadas a proteger los derechos engendrados por el ordenamiento comunitario a favor de los ciudadanos.

Sería no obstante en la ya referida Sentencia del caso *Simmenthal* donde el Tribunal iba a extraer del juego combinado del principio de primacía y del efecto directo unas consecuencias que, como dice Ruiz-Jarabo, van mucho más lejos que las que dimanarían tan solo del primero de esos principios; en efecto, tras la Sentencia *Simmenthal*, las normas comunitarias reciben *ipso iure* el estatuto de Derecho positivo en el orden jurídico interno de los países miembros. En razón de su superioridad en la jerarquía normativa, deben ser aplicadas por el Juez nacional, no obstante la existencia de cualquier otra norma interna contraria. Esta doctrina sería de una enorme trascendencia.

Recordemos los supuestos de hecho del caso. Desde el año 1973 la sociedad italiana *Simmenthal* venía importando carne bovina de Francia y pagando unos derechos de inspección sanitaria que la Administración italiana le exigía en virtud de una Ley de 1934 modificada en 1970. La sociedad recurrió ante el *Preotore de Susa* al entender que no venía obligada al pago de tales derechos por cuanto los mismos suponían un obstáculo a la libre circulación de mercancías, contrario al derecho comunitario.

La cuestión prejudicial planteada por el *Preotore de Susa* dio lugar a la Sentencia de 15 de diciembre de 1976, en la que el Tribunal consideró que los derechos de inspección sanitaria percibidos en la frontera por la Administración italiana eran medidas equivalentes a "restricciones cuantitativas a la importación", prohibidas por el art. 30 del Tratado de Roma a la "*Amministrazione delle Finanze dello Statu*" que reembolsara los derechos indebidamente percibidos, más los intereses.

La "*Amministrazione delle Finanze*" se opuso y a la vista de los argumentos aducidos por las partes en el curso del procedimiento siguió a dicha oposición, el *Preotore* constató la existencia de una contradicción entre determinadas normas comunitarias y una Ley nacional posterior, la mencionada Ley núm. 1239/1970. Y aunque en ese momento una reiterada jurisprudencia de la "*Corte Costituzionale*" (así, las Sentencias 205/1975 y 232/1975) se inclinaba por una solución de tales problemas basada, con apoyo en el art. 11 de la Constitución, en el planteamiento ante la propia "*Corte Costituzionale*" de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley controvertida, doctrina, que, como más tarde veremos, quebró con la importantísima Sentencia de la propia Corte núm. 170/1984

(caso *Granital*), el *Pretore* optó por plantear una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, en el sentido de si el art. 189 del Tratado constitutivo y la jurisprudencia sobre el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario que de él se derivan, significaban que las eventuales disposiciones nacionales posteriores contrarias debían ser consideradas de pleno derecho como inaplicables.

La respuesta del Tribunal de Justicia en su segunda Sentencia del caso *Simmenthal* (9 de marzo de 1978) fue rotunda e inequívoca: "El Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas, dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional".

La inaplicación es, pues, la solución que ha de adoptar el Juez nacional frente a las normas internas contrarias al Derecho comunitario. En principio, esta solución se aplica independientemente de que la norma estatal sea anterior o posterior a la entrada en vigor de la norma europea a la que se opone. Sin embargo, siendo esto así, en la misma Sentencia, como en un momento anterior señaláramos, el Tribunal de Justicia parece sugerir una solución más drástica respecto de las normas internas posteriores, al señalar que la primacía produce el efecto de "impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias" obviamente anteriores. Esta precisión parece estar apuntando hacia una radical ausencia de eficacia jurídica por parte de estas normas del Derecho interno.

III. El enorme impacto de esta doctrina en el orden constitucional de los Estados miembros ha sido unánimemente subrayado por todos aquellos autores que se han aproximado al tema. Se puede hablar así de una modificación de hecho de los sistemas constitucionales nacionales, que vendría dada por la que Theo Ohlinger denomina la "americanización estructural del Derecho europeo continental", que es la resultante del cambio del rol de los tribunales, que de órganos de aplicación del Derecho creado por el Parlamento, del Derecho legal, se convierten en órganos de revisión, de fiscalización del mismo. Con ello, la tradicional equiparación euro-continental entre Derecho y ley, siendo ya discutible desde una óptica teórico-jurídica, deja de ser válida también desde el punto de vista pragmático.

Por lo demás, esta concepción del “control de comunitariedad” impacta fuertemente sobre los presupuestos mismos en que se asienta el “control de constitucionalidad” en aquellos sistemas en que tal control se concentra en un único órgano, en Europa, aunque por poner un ejemplo contradictorio, no en muchos países de América Latina, normalmente, un Tribunal Constitucional. Encontramos aquí un nuevo argumento en qué apoyar la tesis que en otro lugar hemos sustentado de la inexcusabilidad de abandonar la tradicional contraposición paradigmática que desde decenios atrás se ha venido utilizando para el estudio comparado de los distintos sistemas de justicia constitucional, que se asienta, como es sabido, en la bipolaridad sistema americano / sistema europeo-kelseniano, o, con más impropiedad, en contraposición sistema difuso / sistema concentrado.

Ciertamente, podría defenderse la tesis de que el “control de comunitariedad” es también, en gran medida, un control concentrado, en tanto en cuanto en el Derecho comunitario existe un instrumento análogo al instituto procesal de la “*pregiudizialità*”, conocido en España como cuestión de inconstitucionalidad, y que, con una u otra denominación, hallamos, entre otros países, en Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Polonia, República checa, República eslovaca o España. Dicho instrumento procesal comunitario sería lógicamente la “cuestión prejudicial”, inicialmente contemplada por el art. 177 del Tratado de Roma, más tarde por el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea, con las modificaciones introducidas en él por el Tratado de Ámsterdam, y, con vistas al futuro, por el art. III-274 de la Constitución Europea.

Como nos vamos a ocupar más delante de la “cuestión prejudicial”, nos limitaremos ahora a señalar al respecto que aunque es evidente que la cuestión prejudicial es una técnica centralizadora que tiende a concentrar en el Tribunal de Justicia el “control de comunitariedad”, las diferencias que tal técnica nos muestra respecto de la cuestión de inconstitucionalidad son más que notables. Pensemos solamente en una de las varias divergencias que pueden apreciarse: mientras los Tribunales Constitucionales, por lo general, se pronuncian acerca de si la ley estatal es contraria a la Constitución, excepción hecha de algunos tipos peculiares de sentencias como por ejemplo, las interpretativas, el Tribunal de Luxemburgo se limita a pronunciarse acerca de cómo debe interpretarse el Derecho comunitario, al haber entendido, a lo largo de una dilatada jurisprudencia, que verificar la compatibilidad de una legislación nacional con el Derecho comunitario supondría tanto como una aplicación de este último, tarea reservada al Juez nacional, razón por la que el Tribunal de Justicia considera que ha

de limitarse a proporcionar los elementos de apreciación necesarios para aclararle el sentido y el alcance de las normas que lo integran. Ello se traduce, como dice Ruiz-Jarabo, en que los Jueces nacionales son soberanos en su orden jurídico en cuanto a la realización del Derecho comunitario. De lo expuesto creemos que se desprende una más que notable diferencia entre los dos institutos procesales a que venimos refiriéndonos.

Por lo demás, el “control de comunitariedad” que llevan a cabo los Jueces nacionales puede ser aportado como un argumento adicional a otros varios que revelan el progresivo deslizamiento del control de constitucionalidad de la ley al control llevado a cabo con ocasión de su aplicación, rasgo tendencial que a su vez se conecta estrechamente con el protagonismo cada vez mayor de una jurisdicción constitucional de la libertad, en perfecta coherencia con el lugar realmente de privilegio, con la centralidad, que los derechos y libertades ocupan en los códigos constitucionales de nuestro tiempo.

IV. El “control de comunitariedad” encomendado a los Jueces ha provocado por otra parte, como recuerda el propio Ruiz-Jarabo, lo que se ha dado en llamar “la rebelión de los Jueces inferiores contra sus superiores”, porque, consciente de que las decisiones de los Tribunales de última instancia no permitirían asegurar plenamente la aplicación íntegra del Derecho comunitario en el orden jurídico, el Tribunal de Justicia invita a “todo Juez nacional competente” a inaplicar “por su propia autoridad” cualquier ley estatal, incluso posterior, incompatible con el Derecho comunitario.

Ello ha ido unido al progresivo fortalecimiento del carácter comunitario del título habilitante del ejercicio de competencias jurisdiccionales por los Jueces nacionales. Tal circunstancia encuentra su razón de ser en el hecho de que los Jueces nacionales vienen obligados lógicamente a ejercer su función jurisdiccional en el marco regulado por la legislación procesal del propio Estado, lo que en ocasiones puede llegar a condicionar la plenitud de eficacia del Derecho comunitario. En tal situación, el acentuamiento de la “comunitariedad” del título puede contribuir a superar los mencionados condicionamientos. Buen ejemplo de ello lo constituye la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en el caso *Marguerite Johnston versus Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, autoridad competente para el nombramiento de miembros auxiliares de las fuerzas de Policía de Irlanda del Norte (Sentencia de 15 de mayo de 1986). A juicio del Tribunal, la Directiva 76/207, cuyo art. 1 contempla la aplicación del principio de

igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, obliga a los estados miembros a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por una discriminación "pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional" (art. 6 de la Directiva). Interpretada esta norma a la luz de ese principio de control jurisdiccional, principio básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, el Tribunal de Justicia entiende que "todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante el órgano jurisdiccional competente frente a aquellos actos que, en su opinión, vayan en contra de la igualdad de trato entre hombres y mujeres" prevista por la citada Directiva. Puede hablarse, pues, a nuestro juicio, de un derecho comunitario a la tutela judicial efectiva, que se nos presentaría como la expresión de un principio general del Derecho comunitario dimanante de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

Esta doctrina resultaría notablemente fortalecida por la importante Sentencia dictada en el caso *Factortame* (Sentencia de 19 de junio de 1990), en la que el Tribunal de Luxemburgo interpretaría que "corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, en virtud del principio de cooperación establecido por el artículo 5 del Tratado, proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario".

En definitiva, la doctrina expuesta corrobora cumplidamente cuanto hasta aquí se ha dicho: Tribunales nacionales tienen jurisdicción general sobre los asuntos de Derecho comunitario. Más aún, como significa Paul Craig, se ha demostrado que el rol jugado por los Tribunales nacionales ha sido inestimable para el Tribunal de Luxemburgo. La aplicación de los precedentes existentes por parte de los Tribunales nacionales no sólo ha aliviado la carga de trabajo del Tribunal de Justicia, sino, lo que aún importa más, ha mejorado la ejecución del Derecho comunitario. Por todo ello, no es aventurado decir que el sistema global de justicia dentro de la Unión Europea podría no haber funcionado como lo ha hecho si no se hubiese concedido a los Jueces nacionales este rol de aplicadores del ordenamiento comunitario por derecho propio.

El desdoblamiento del Juez nacional, que es, al unísono, Juez interno y Juez comunitario de derecho común, no deja de suscitar una paradoja, que proviene del hecho que cualquier ciudadano puede dirigirse al Juez, en cuanto integrante del complejo orgánico del Poder Judicial del Estado, con la pretensión de que inaplique normas de ese mismo Estado, del que recibe su

propia potestad jurisdiccional, lo que plantea dificultades que sólo cabe superar desde la vocación integradora que el Derecho comunitario presenta.

3. LA "CUESTIÓN PREJUDICIAL". SU FUNCIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO

La función ampliamente descentralizada del Derecho comunitario es la última *ratio* a la que responde el instituto procesal de la "cuestión prejudicial" que consagrara al art. 177 del Tratado de Roma, a cuyo tenor, el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado, b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad, y c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

En una Comunidad esencialmente legislativa como era la Comunidad económica Europea, con un sistema de aplicación de su ordenamiento llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales nacionales, y por lo mismo notablemente descentralizado, la importancia de salvaguardar un Derecho uniforme en todo su ámbito territorial se convertiría en consustancial a la propia existencia de la Comunidad. Como significara quien fuera presidente del Tribunal de Justicia entre 1967 y 1976, la piedra angular de la Comunidad no era tan sólo una misma horma común, sino que esa norma fuera interpretada y aplicada de igual manera en toda su extensión territorial por los Tribunales de los Estados miembros. De ahí la relevancia del instituto procesal instituido por el art. 177, cuya función primigenia era garantizar la unidad del Derecho comunitario en su aplicación por los Jueces nacionales, propiciando de esta forma una "aplicación uniforme" que, como dijera Pierre Pescatore, se refiere no sólo al contenido material de las disposiciones del Derecho comunitario, sino también, e incluso de modo especial, a la determinación uniforme de su alcance, de sus efectos y de su eficacia.

El art. 177 fue, en cierto modo, una fórmula de compromiso que, soslayando la configuración del Tribunal de Justicia como un órgano jurisdiccional de casación europeo –diseño que probablemente no hubieran aceptado los Estados miembros–, y en base a una sutil distinción entre aplicación e interpretación del Derecho comunitario, vino a establecer el principio de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia. Mientras a los primeros corresponde la aplicación de tal ordenamiento, el segundo confía su interpretación, que ciertamente

viene condicionada tanto por los límites del Tribunal de Luxemburgo ha de dar a su interpretación de modo tal que ésta no quede excesivamente constreñida a las circunstancias particulares del caso en que se planteó la cuestión.

El principio de cooperación entre Jueces nacionales y Tribunal de Justicia que posibilitó el art. 177 se iba a convertir de esta forma en la clave del arco de la preservación de la "comunitariedad", o dicho de otro modo, de la uniformidad del Derecho instituido por el Tratado constitutivo y del posterior Derecho derivado.

Ya en el caso *Schwarze* (Sentencia de 1 de diciembre de 1965), primera Sentencia en la que el Tribunal se pronunció sobre este punto, se atribuyó a la cuestión prejudicial la función de "garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros". En el caso *Rheinmühlen-Düsseldorf* (Sentencia de 16 de enero de 1974) el Tribunal consideró que el art. 177 tiene por finalidad garantizar al Derecho comunitario, en cualquier circunstancia, el mismo efecto en todos los Estados de la Comunidad, otorgando al Juez nacional un medio para eliminar las dificultades que pueda plantear la exigencia de dar al Derecho comunitario su pleno efecto en el marco de los respectivos sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros.

Por otro lado, no cabe olvidar que, como ha subrayado un sector de la doctrina (Pescatore, Everling), la cuestión prejudicial tiene otra función específica de particularísima relevancia: la de protección jurídica y judicial. En efecto, a través de este instituto procesal comunitario se proporciona a los justiciables una protección efectiva de los derechos e intereses que les reconoce el ordenamiento jurídico de la Comunidad, ofreciéndoles la posibilidad de someter sus litigios al examen del Tribunal de Justicia a través del Juez nacional.

En conferencia con todo ello, el Tribunal de Luxemburgo ha defendido una interpretación antiformalista en orden a propiciar la cooperación judicial establecida por el art. 177 y, lógicamente, con vistas a posibilitar la más eficaz protección jurídica de los ciudadanos europeos.

La praxis revela la enorme trascendencia que en la construcción del ordenamiento jurídico comunitario ha adquirido la cuestión prejudicial. La notable judicialización del Derecho comunitario se ha encauzado a través de este instituto procesal y ha tenido por virtud el notabilísimo protagonismo que el Tribunal de Justicia ha adquirido en dicha construcción.

4. LA DOBLE VERTIENTE DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

I. A tenor del art. 177, la cuestión prejudicial presenta una doble vertiente, de interpretación y de apreciación de validez del ordenamiento comunitario. La importancia de la distinción es notable no sólo porque el objeto de la misma es en cada caso diferente, sino porque también lo es el alcance o efectos de la sentencia.

La divergencia en cuanto a su ámbito normativo es nítida: la cuestión de interpretación puede tener por objeto tanto el Derecho originario como el derivado; por el contrario, la cuestión de apreciación de validez, por su propia naturaleza, sólo cabe respecto al Derecho derivado.

Bien es verdad que ambas cuestiones se encuentran estrechamente vinculadas no sólo porque pueden plantearse simultáneamente sino porque, por lo general, la solución a toda cuestión de apreciación de la validez implica un problema previo de interpretación que en ocasiones condiciona la existencia jurídica del acto controvertido. El Tribunal de Justicia, al igual que los Tribunales Constitucionales, recurre a ciertos casos a la técnica hermenéutica de la "interpretación conforme", sacando la validez del acto jurídico controvertido en tanto se interprete de un determinado modo.

Por otro lado, el Tribunal ha entrelazado en ocasiones ambas cuestiones, declarándose competente para pronunciarse sobre la validez de un texto aun cuando la cuestión suscitada por el Juez nacional viniera referida tan sólo a su interpretación; así sucedería, por ejemplo, en el caso *Schwarz* (Sentencia de 1º de diciembre de 1965).

Conviene por lo demás señalar con Pescatore que el concepto de interpretación se ha de entender no sólo en el sentido de aclaración del contenido material de las disposiciones comunitarias sino también en el de su modo de operar y sus efectos, tarea hermenéutica ésta de gran relevancia en orden a regular, a través del procedimiento prejudicial, las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional.

II. También los efectos de las Sentencias del Tribunal de Justicia se pueden matizar en función del tipo de cuestión de que se trate. La sentencia dictada en una cuestión de interpretación, lejos de tener un carácter consultivo, vincula al Juez nacional que ha planteado la cuestión, como dijera el Tribunal en el caso *Benedetti* (Sentencia de 3 de febrero de 1977). Aun cuando este tipo de sentencias tienen efectos *inter partes*, vienen a adquirir de hecho el valor de un precedente, al precisar el significado au-

téntico de una norma comunitaria, lo que, de hecho, otorga a la misma unos efectos generales.

El Tribunal nunca se ha pronunciado de manera concluyente acerca del carácter vinculante general, esto es, respecto de todas las jurisdicciones nacionales, más allá por tanto del órgano judicial que planteó la cuestión, de sus sentencias de interpretación, pero como advierte Alonso García, cabe extraer tal conclusión a través de una aproximación teleológica a su jurisprudencia. Así, en el caso *Molkerei-Zentrale* (Sentencia de 3 de abril de 1968) el Tribunal significó que “la utilización del art. 177 por las jurisdicciones nacionales, permitiendo al Tribunal asegurar la interpretación uniforme del Tratado, es susceptible de facilitar una aplicación idéntica del mismo”, que no podría derivar más que de la autoridad vinculante de la interpretación realizada con relación a *todos* los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

En las sentencias dictadas en una cuestión de validez es preciso diferenciar entre el supuesto más habitual de que el Tribunal no acoja las dudas que se le han planteado acerca de la validez de un acto institucional, supuesto que deja abierta la posibilidad de posteriores impugnaciones basadas en otros motivos, y el caso en el que el Tribunal declare la invalidez, en el que los efectos generales de la sentencia no parecen admitir duda. Formalmente, la sentencia sólo obliga al Juez nacional a inaplicar el acto declarado inválido; sin embargo, en la práctica, como el propio Tribunal admitiera en el caso *International Chemical Corporation* (Sentencia de 13 de mayo de 1981), “constituye una razón suficiente para que cualquier otro Juez considere el acto igualmente inválido, a los efectos de una decisión que deba dictar”. Puede hablarse aquí, consiguientemente, de un efecto *erga omnes* derivado de la propia naturaleza de la cuestión sobre apreciación de validez.

5. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES FACULTADOS PARA PLANTEAR UNA “CUESTIÓN PREJUDICIAL”

El art. 177 introdujo una importante innovación respecto del art. 41 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que le sirvió de inspiración. Mientras con arreglo a este último, la cuestión prejudicial resultaba obligatoria para cualquier órgano jurisdiccional al que se le planteara un litigio relativo a la validez de un acto de la Alta Autoridad del Conejo, el art. 177 introdujo una distinción entre la cuestión prejudicial facultativa, que puede plantear cualquier órgano jurisdic-

cional, y la cuestión obligatoria, que se impone a los órganos jurisdiccionales que se pronuncien en última instancia. Ahora nos referiremos a la cuestión facultativa.

La facultad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia corresponde, a tenor del párrafo segundo del art. 177, a cualquier órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros. La delimitación de qué se entiende por "órgano jurisdiccional" ha planteado numerosos problemas. Lo primero que ha de señalarse al respecto es que poco importa la denominación que el órgano que tenga en el Derecho interno, pues si se dejara a los Estados miembros la calificación, se correría el riesgo de que sectores enteros de la vida económica y social pudieran escapar al control del Tribunal de Luxemburgo. Consecuentemente, puede hablarse a nuestro juicio de un concepto comunitario de "órgano jurisdiccional".

Para la delimitación de tal concepto la jurisprudencia del Tribunal ha atendido fundamentalmente a dos rasgos: de una parte, a la independencia y obligación de pronunciarse con arreglo a Derecho, como criterio distintivo del "órgano jurisdiccional"; de otra, al carácter de órgano público, vinculado orgánicamente al Estado.

El primer pronunciamiento en el que el Tribunal abordó el problema fue el caso *Vaassen-Göbbels* (Sentencia de 30 de junio de 1966), fruto de una cuestión prejudicial planteada por un Colegio arbitral de la Seguridad Social de los Países Bajos, cuyo estatuto jurídico fue definido por el Tribunal como el de un órgano permanente constituido conforme a la legislación nacional, al que se ha atribuido una competencia vinculante, sometido a normas de procedimiento contradictorio análogas a las que rigen el funcionamiento de los Tribunales ordinarios, y que debe aplicar normas jurídicas.

Bien es verdad que el Tribunal no ha considerado necesaria la concurrencia de todos los rasgos mencionados para que pueda calificarse a un órgano jurisdiccional. Por el contrario, como señala Ruiz-Jarabo, en su ulterior jurisprudencia el Tribunal ha seguido un criterio muy elástico y en realidad bien poco científico. Un ejemplo de ello lo encontramos en el caso *Pretore di Salò* (Sentencia de 11 de junio de 1987), en donde pese a la ambigüedad de las funciones ejercidas por el *Pretore* en el asunto que dio lugar a la cuestión prejudicial, que se asemejaban, de un lado, a las del Ministerio Fiscal, y de otro, a las del Juez de instrucción, el Tribunal admitió la cuestión en la medida en que "procede de un órgano jurisdiccional que ha actuado en el marco general de su misión de juzgar, con indepen-

dencia y conforme a Derecho, en asuntos sobre los cuales la ley le confiere competencia, inclusión si alguna de las funciones que corresponden a dicho órgano jurisdiccional en el procedimiento que ha suscitado la cuestión prejudicial no tienen carácter estrictamente jurisdiccional”

En definitiva, el concepto comunitario de “órgano jurisdiccional” no incluye tan sólo a los órganos jurisdiccionales ordinarios sino también a los especializados como los contencioso-administrativos, los económicos, los laborales y los de la Seguridad Social. Incluso se ha de incluir entre tales órganos a los Tribunales Constitucionales.

Aunque del texto del art. 177 podría deducirse que la iniciativa del planteamiento de la cuestión corresponde tan sólo a las partes del proceso *a quo*, el Tribunal de Luxemburgo ha admitido en todo momento las cuestiones prejudiciales planteadas de oficio por el Juez, incluso contra las objeciones formuladas por una u otra parte. Más aún, en el caso *CILFIT* (Sentencia de 6 de octubre de 1982) el Tribunal consideró que el art. 177 no constituye un medio de impugnación ofrecido a las partes en un litigio pendiente ante un Juez nacional.

También es competencia exclusiva del Juez nacional decidir acerca de la pertinencia de la cuestión planteada, esto es, acerca de si requiere para la emisión de su fallo que el Tribunal de justicia se pronuncie sobre un determinado aspecto del Derecho comunitario. La apreciación acerca de la pertinencia es una prerrogativa exclusiva del Juez en la que no pueden inmiscuirse ni las partes de la *litis* ni los Gobiernos de los Estados miembros, ni tampoco, desde luego, el propio Tribunal de Justicia. Este se manifestó claramente en tal sentido en el caso *Pigs Marketing Board* (Sentencia de 29 de noviembre de 1978), dando respuesta así a una objeción suscitada por el Gobierno del Reino Unido, molesto por las cuestiones formuladas por un Juez de primera instancia de Irlanda del Norte.

De idéntica libertad goza el Juez nacional en lo que se refiere al ámbito material de la cuestión.

6. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES OBLIGADOS A PLANTEAR UNA “CUESTIÓN PREJUDICIAL” Y LAS CONSECUENCIAS DE SU NO PLANTEAMIENTO

I. En virtud del art. 177 se halla obligado a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia cualquier “órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de

Derecho interno". Como ha señalado Pescatore, la expresión "recurso judicial" debe interpretarse en el sentido de que incluye los recursos ordinarios, dicho de otro modo, aquéllos que pueden ser interpuestos sin requisitos especiales por todos los justiciables, a excepción por tanto de los recursos extraordinarios tales como los constitucionales o el "*recours en revision*" del Derecho francés.

Esta obligatoriedad en el planteamiento de la cuestión prejudicial se explica por la trascendencia de las sentencias de los órganos mencionados, que no sólo, al adquirir firmeza, ya no pueden ser revisadas, sino que, además, crean jurisprudencia a nivel nacional con lo que ello podría suponer de grave impacto sobre la unidad de aplicación en toda la Comunidad del Derecho comunitario. La cláusula normativa que nos ocupa trata, pues, muy particularmente, de evitar que se establezcan divergencias jurisprudenciales en el interior de la Unión acerca de cuestiones de Derecho comunitario.

El alcance de esta obligación planteó problemas delicados como consecuencia de la resistencia de algunos Tribunales nacionales a someterse a los criterios interpretativos del Tribunal de Luxemburgo, aduciendo la llamada doctrina del "acto claro" o del "sentido claro", o también la exigencia de una "duda razonable" de conformidad con la cual es necesario que concurra una dificultad real que por su naturaleza pueda propiciar una duda en un espíritu ilustrado, para que el órgano nacional que decide en última instancia se pueda considerar obligado a suscitar la cuestión prejudicial.

La praxis revela que, mediante la invocación de esta doctrina, cualquiera que fuere la denominación que a la misma se dé, se ha sustituido el pronunciamiento del Tribunal de Justicia respecto de un buen número de cuestiones interpretativas mediante apreciaciones apriorísticas de diversos órganos jurisdiccionales supremos.

La doctrina del "acto claro" surgió en una antigua Sentencia de la *Cour de Cassation* francesa (de 13 de mayo de 1824), siendo posteriormente desarrollada por Laferrière en 1896. El nacimiento de esta doctrina se vincula estrechamente con el reparto de poderes entre el Ejecutivo y el Judicial en orden a la interpretación de Tratados internacionales. En Francia, como recuerda Charles Rousseau, en base a las ideas de que el Ejecutivo es concerniente a la interpretación de Tratados; así, salvo en los litigios de interés privado, se entendió que los Tribunales administrativos debían suspender todo pronunciamiento hasta que les fuera aportada una

“interpretación oficial” del Tratado dada por el Ministerio de Asuntos Exteriores. Con la finalidad de limitar la función del Ejecutivo en este campo, con la influencia que ello le permitía ejercer sobre la misma jurisprudencia, los Tribunales desarrollaron la doctrina del “acto claro”, reservándose el control de la existencia o no de verdaderas dificultades interpretativas y, por lo mismo, una amplia facultad de apreciación.

La proyección de esta doctrina a la interpretación del Derecho comunitario por algunos órganos jurisdiccionales supremos de los Estados miembros –de lo que constituye ejemplo paradigmático la Sentencia del *Conseil d’Etat* francés de 19 de junio de 1964– llevó al Tribunal de Justicia a intervenir, lo que se produjo con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por la *Corte di Cassazione* italiana sobre la interpretación del párrafo tercero del art. 177, que fue resuelta en el llamado caso *CILFIT* (Sentencia de 6 de octubre de 1982). El Tribunal aborda el problema razonando que “la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna la solución de la cuestión suscitada”. Sin embargo, antes de arribar a tal situación, “el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia”. Sólo dándose estas condiciones, podrá abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad.

La necesidad de alcanzar esa suerte de certeza intersubjetiva, que exige al Tribunal nacional que consulte la jurisprudencia relevante de los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros parece más bien académica, pues en realidad, como la mayor parte de la doctrina cree, lo que la Sentencia *CILFIT* entraña es que el Tribunal de Justicia ha hecho suya la doctrina del “acto claro” quizá rodeándola de alguna mayor garantía.

La realidad, sin embargo, revela que bajo la doctrina del “acto claro” se esconde un problema que atañe a la eficacia del Derecho comunitario. De hecho, como advierte Pescatore, los órganos jurisdiccionales nacionales raras veces han hecho uso de la doctrina del “acto claro” o de la inexistencia de una “duda razonable” para evitar remisiones inútiles; en la mayoría de los casos se ha empleado el argumento con un fin por entero diferente: para resolver de manera unilateral, en beneficio de los Estados miembros, discusiones sobre el alcance de sus compromisos comunitarios. Significativo es el caso francés, en donde la doctrina del “sentido claro” se transformó en un mecanismo nacional de defensa contra la eficacia legítima del Derecho comunitario.

Bien reveladora de tal finalidad sería la Sentencia del *Conseil d'Etat* francés de 22 de diciembre de 1978, dictada en el conocido caso *Cohn-Bendit* (en "Boletín de Jurisprudencia Constitucional", núm. 60, abril de 1986, págs. 506-508), en la que se afirmaría que las autoridades nacionales, si bien están obligadas a adaptar la legislación y las normas reglamentarias de los Estados miembros a las Directivas comunitarias, "son las únicas competentes para decidir la forma en que se han de ejecutar las Directivas y para fijar por sí mismas, bajo el control de las jurisdicciones nacionales, los medios apropiados para hacerles surtir efectos en Derecho interno", no pudiendo tales Directivas, cualesquiera que fueren las precisiones que contengan hacia los Estados miembros ser invocadas por los ciudadanos de estos Estados en apoyo de un recurso dirigido contra un acto administrativo individual. Esta doctrina implicaba el establecimiento, a propósito de la no ejecución de una Directiva comunitaria, de una distinción ciertamente arbitraria, como con toda razón la consideraría Pescatore, entre decisiones individuales y actos reglamentarios, distinción que aunque possibilitaba enfrentar el problema de una adaptación incorrecta del Derecho interno a una Directiva, impedía, por el contrario, resolver el problema, ciertamente más grave por la afectación de derechos individuales, de la no ejecución de una Directiva, como acontecería en el caso en cuestión, en el que el *Conseil d'Etat* rechazaría la petición del Sr. Daniel Cohn-Bendit, de anulación de una resolución sancionadora adoptada contra él por el Ministro del Interior por su papel en los sucesos universitarios de mayo 1968, en base a que dicha resolución administrativa desconocía las disposiciones de la Directiva núm. 54/221, dictada por el Consejo el 25 de febrero de 1964, cuyo art. 6 preveía la comunicación al interesado de las razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública que justifican la decisión que le afecte.

La interpretación del *Conseil d'Etat* aún resultaría más chocante con el Derecho comunitario si se recuerda que el Tribunal de Justicia, en el caso *Roland Rutili* (Sentencia de 28 de octubre de 1975), había otorgado efecto directo a las normas de la mencionada Directiva, que, por lo mismo, imponían obligaciones a los Estados miembros, correspondiendo a sus respectivas jurisdicciones, en la hipótesis de actos legislativos o reglamentarios no conformes, hacer prevalecer, sobre las disposiciones de Derecho interno, las reglas de Derecho comunitario susceptibles de ser invocadas. Bien es verdad que desde 1989, por virtud en gran parte del cambio jurisprudencial del *Conseil d'Etat*, se ha producido un giro notable respecto de la precedente doctrina.

En último término, la doctrina del “acto claro” dista mucho de poder ser considerada como expresión de una voluntad de cooperación ideal exigida por el art. 5 del Tratado constitutivo, que requiere de los Estados miembros, y ello, obviamente, concierne también a sus órganos jurisdiccionales, que se abstengan de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado.

Innecesario es señalar que la obligación de planteamiento de la “cuestión prejudicial” se acentúa aún más si cabe cuando el ámbito material de la cuestión se refiere a la validez del acto de una institución comunitaria. En el caso *Foto-Frost* (Sentencia de 22 de octubre de 1987), el Tribunal declaró rotundamente que los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias. La unidad del ordenamiento comunitario y la exigencia fundamental de la seguridad jurídica así lo exigen de modo imperioso. Consecuentemente, el órgano jurisdiccional nacional puede desestimar los motivos de invalidez de un acto comunitario aducidos por las partes, concluyendo que el acto es plenamente válido, pero lo que no puede hacer es declarar su invalidez sin obtener con anterioridad el previo pronunciamiento en tal sentido por parte del Tribunal de Justicia.

II. Particular interés tiene hacer una referencia a la posición de los Tribunales Constitucionales en relación a la “cuestión prejudicial”, posición que podría compendiarse en la abstención, no obstante no cabe duda alguna de que, como entre otros muchos señalan Rodríguez Iglesias y Pescatore, los Tribunales Constitucionales deben ser calificados como “órganos jurisdiccionales” en el sentido del art. 177, norma en la que habrían de ser ubicados en su párrafo tercero, esto es, dentro de la categoría de los órganos que vendrían obligados al planteamiento de la cuestión. La realidad, sin embargo, revela que durante mucho tiempo los Tribunales Constitucionales han tratado cuestiones de Derecho comunitario sin hacer uso de la posibilidad de diálogo con el Tribunal de Justicia que el art. 177 ofrece.

Así, por poner un ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha rechazado en distintas ocasiones la posibilidad de que sea considerado órgano jurisdiccional comunitario a los efectos de poder plantear ante el Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial, posición que fundamenta en que el Derecho comunitario no es canon directo de constitucionalidad y en que su misión es la salvaguarda de la Constitución, no la de garantizar el respeto del Derecho comunitario.

En los últimos años los Tribunales Constitucionales han venido, sin embargo, matizando suposiciones, en lo que constituye un significativo

cambio de rumbo, bien al margen del marco de cooperación judicial establecido por el art. 177, bien dentro de dicho ámbito de cooperación.

A) Las Sentencias dictadas en el caso *Kloppenburg* por el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) (Sentencia de 8 de abril de 1987) y en el caso *Granital* por la *Corte Costituzionale* italiana (Sentencia núm. 170/1984, de 8 de junio), constituyen un buen ejemplo de tal cambio de orientación aun cuando el mismo se produzca al margen del art. 177. Aludiremos brevemente a la doctrina fijada en el caso *Granital* para referirnos en un momento ulterior a la mencionada Sentencia de 1987 del *Bundesverfassungsgericht*.

Para su mejor comprensión, conviene recordar de modo sumario la evolución jurisprudencial de la "Corte" italiana a lo largo de veinte años.

En su Sentencia núm. 14/1964, de 7 de marzo (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, págs. 144 y sigs.), la Corte se pronunció sobre las tachas de legitimidad constitucional realizadas respecto de la Ley de 6 de diciembre de 1962, creadora del Ente Nacional para la Energía Eléctrica, por violación, entre otras, de algunas normas del Tratado de Roma de 1957 y, por reflejo, por violación del art. 11 de la Constitución en el que se fundamentan las limitaciones a la soberanía del Estado italiano. La Corte rechazaría la tesis según la cual la violación por parte del Estado de las limitaciones impuestas a la propia soberanía determinaba un vicio de inconstitucionalidad por violación del art. 11. La lesión del Tratado desencadenaba una responsabilidad estatal en el ámbito internacional pero para nada afectaba a la plena eficacia de la ley interna.

En su Sentencia núm. 98/1965, de 27 de diciembre (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, págs. 1322 y sigs.), refiriéndose al ordenamiento de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, la Corte, aun no modificando su anterior doctrina, de conformidad con la cual la ley de ejecución de un Tratado, incluso en el caso de que halla su fundamento en el art. 11 de la Constitución, no posee eficacia superior alguna a la de las leyes ordinarias posteriores, introdujo un matiz importante en tal doctrina: el principio de la radical distinción entre el ordenamiento comunitario y el interno, el cual no lo habría "*inserito nel suo sistema*" sino sólo "*ricosciuto*" con el fin de hacer operativa la cooperación internacional que se encuentra entre los fines de la Comunidad, lo que traería consigo la intangibilidad del ordenamiento comunitario por parte del Derecho interno, rigibilidad del ordenamiento comunitario por parte del Derecho interno, rígida separación que Mazziotti di Celso consideraría insatisfactoria.

Ocho años después, en la Sentencia núm. 183/1973, de 27 de diciembre (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, págs. 2401 y sigs.), la Corte abordaba de nuevo la cuestión, en esta ocasión respecto del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Tras confirmar que el fundamento constitucional de esta norma se hallaba en el art. 11 de la Constitución, la Corte admitía que los Reglamentos emanados de los órganos de la Comunidad pertenecían al ordenamiento comunitario tras lo que reiterando la doctrina establecida en 1965, precisaba que el Derecho comunitario y el de los Estados miembros podían configurarse "*come sistema giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato*", tras lo que afirma la Corte que "*esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie -non qualificabili come fonte di diritto internazionale, nè di diritto straniero, nè di diritto interno dei singoli Stati- debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento, come arri avanti forza e valore di legge in ogni Paese de la Comunità*". Con esta Sentencia, diría Barile, la Corte avanzaba notablemente en su discurso comunitario.

En su sucesiva jurisprudencia (Sentencias números 232/1975, de 30 de octubre -*Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, págs. 2211 y sigs.- y 163/1977, de 29 de diciembre - *Giurisprudenza Costituzionale*, 1977, págs. 1524 y sigs.) la Corte iba abordar el delicado problema que se planteaba con el reconocimiento de la eficacia directa del ordenamiento comunitario: el problema de la sucesión temporal de las leyes en las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno. Para la Corte, es claro que cuando existe contradicción entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, es el primero el que debe prevalecer. La supremacía del ordenamiento comunitario se había de materializar a través de dos modos diferentes, dependiendo de que la norma interna fuera anterior o posterior en el tiempo a la comunitaria. En el primer caso, la norma interna había de entenderse derogada por el efecto de una norma comunitaria posterior y contradictoria con ella. En el segundo caso, por el contrario, se había de entender que la norma interna había vulnerado el art. 11 de la Constitución y, en consecuencia, requería para su declaración de nulidad del planteamiento ante la Corte de una cuestión de ilegitimidad constitucional.

Esta última tesis sería rechazada por la Corte en su importantísima Sentencia núm. 170/1984, de 6 de junio, caso *Granital* (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, págs. 1098 y sigs.) A partir del principio de que los ordenamientos comunitario e interno son distintos pero, al mismo tiempo, se hallan coordinados, la Corte entiende que las normas derivan del

sistema de fuentes comunitario "vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne; e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento".

La conclusión final de la Corte es que "il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che siga, sia che preceda nel tempo le leggi ordinaria con esso incompatibili; e il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art. 177 del Trattato".

Insomma, il controllo sulla compatibilità tra il regolamento comunitario e la norma interna, anche posteriore, è lasciato alla cognizione del giudice ordinario. L'effetto della diretta applicazione delle norme comunitarie non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima de parte del giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, che pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario.

B) Dentro del ámbito de la cooperación judicial del art. 177 también encontramos en los últimos años ciertas matizaciones en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales europeos. Algunos ejemplos pueden recordarse al respecto.

La *Cour d'Arbitrage* belga planteó la primera cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en lo que atañe a estos órganos constitucionales, propiciando la Sentencia de 16 de julio de 1998, dictada en el caso *Fédération des chambres syndicales de médecines*. La seguiría el *Verfassungsgerichtshof* austríaco (caso *Adria-Wien Pipeline*, resuelto por la Sentencia de 8 de noviembre de 2001). El Tribunal Constitucional portugués ha admitido la posibilidad de plantear una cuestión de este tipo en términos obligatorios en su Sentencia núm. 163/1990, de 23 de mayo. Y la propia *Corte Costituzionale* italiana dejó abierta igual posibilidad en su Sentencia núm. 168/1991, de 18 de abril, caso *Industria dolciaria Giampaoli* (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, págs. 1409 y sigs.) en el *obiter dictum* del punto 6 de la "motivazione in diritto", "circa la facoltà -piuttosto il dovere- della Corte di sollevare le questioni pregiudiziali di cui all'art. 177 del Trattato di Roma".

III. El incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial constituye un incumplimiento del Estado miembro contra el que puede interponerse el recurso por incumplimiento del art. 169 del

Tratado Constitutivo (art. 226 del Tratado de la Comunidad Europea), no obstante lo cual la Comisión, durante largo tiempo, se ha abstenido de recurrir a dicho recurso.

En 1983, la Comisión justificaría su posición al afirmar que el proceso por incumplimiento “no constituye la base más apropiada para una cooperación entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia” y, dado que este proceso no está concebido como un medio de revisión de sentencia de las jurisdicciones supremas nacionales, sólo procedería en el caso de una negativa sistemática y deliberada a cumplir con el (entonces) art. 177 del Tratado.

Recientemente se ha producido una Sentencia del Pleno del Tribunal del Justicia resolviendo un recurso de incumplimiento, en el caso *Comisión contra Italia* (Sentencia de 9 de diciembre de 2003) que, como advierte Cobreros, puede anunciar o significar un cambio de actitud de la Comisión.

La Comisión demandó a la República Italiana ante el Tribunal de Justicia para que éste declarara el incumplimiento de las obligaciones comunitarias por mantener en vigor en su ordenamiento un determinado precepto legal que, tal como lo interpretan y aplican la Administración y los órganos jurisdiccionales, resulta contrario al Derecho comunitario. El Tribunal estimaría este recurso y aplicada por la administración y una parte significativa de los órganos jurisdiccionales, incluida la “Corte Suprema di cassazione”, “de un modo que hace excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo las normas comunitarias”.

La Sentencia formula un reproche bastante claro a la interpretación realizada por los órganos jurisdiccionales italianos, y de modo muy particular, por la “Corte suprema di cassazione”, bien que el incumplimiento derive no sólo de la actuación jurisdiccional sino también de la práctica administrativa y de la propia inhibición del legislador.

Por lo demás, conviene no olvidar que en el caso *Brasserie du pacheur* (Sentencia de 5 de marzo de 1996), desarrollando la doctrina fijada en el caso *Franovich y Bonifaci* (Sentencia de 19 de noviembre de 1991), el Tribunal pudo rotundamente afirmar que el principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares “es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento”. Y más recientemente aun, en el caso *Kübler* (Sentencia de 30 de septiembre de 2003), avanzan-

do en la misma dirección, el Tribunal ha reconocido la responsabilidad estatal cuando el incumplimiento del derecho comunitario se impute a un órgano judicial en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

IV. Con anterioridad aludimos al cambio de rumbo que vino a significar en la jurisprudencia constitucional alemana la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 8 de abril de 1987 y a ella nos referiremos ahora.

Tal resolución tuvo un precedente importante en la Sentencia de 22 de octubre de 1986 (caso *Solange II*), en la que el Tribunal consideró que "entretanto" (de ahí el término *Solange* que identifica a esta Sentencia) la Comunidad cuente con un "standard" de protección de los derechos equiparable a la *Grundgesetz*, no corresponde al Tribunal Constitucional examinar la conformidad del Derecho comunitario con el Derecho alemán. Sin embargo, en lo que ahora interesa, la decisión más relevante de esta Sentencia fue la de incluir al Tribunal de Justicia en la categoría constitucional interna de "juez legal" a los efectos del art. 101.1, inciso segundo de la *Grundgesetz*, circunstancia de enorme trascendencia por cuanto suponía, como dice López Castillo, establecer un ensamblaje funcional entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción comunitaria encargada de pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del Derecho comunitario, y a partir de ello se abría paso la vía del *Verfassungsbeschwerde* (recurso de queja constitucional) en aquellos supuestos en que no se respetara la obligación de plantear dicha cuestión prejudicial. Los ciudadanos alemanes veían de esta forma consagrada una garantía de acceso, a través del Juez nacional, al Tribunal de Luxemburgo.

Una primera aplicación de la anterior garantía se encuentra en la Sentencia de 8 de abril de 1987. Recordemos los hechos que le sirven de presupuesto brevemente. El *Bundesfinanzhof* (Tribunal Federal en lo contencioso-tributario), apoyándose en la Sentencia *Cohn-Bendit* del *Conseil d'Etat*, se negaba, mediante una Sentencia de 25 de abril de 1985, a seguir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la eficacia, en favor de los particulares, de Directivas no ejecutadas por los Estados miembros. Tal Sentencia del *Bundesfinanzhof* venía precedida de la Sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el caso *Kloppenburger* (Sentencia de 22 de febrero de 1984), previo planteamiento en el mismo proceso de una cuestión prejudicial por el Juez de instancia alemán.

Ante esta situación el recurrente planteó un recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) por violación del art. 101 de la *Grundgesetz* con base en que el *Bundesfinanzhof* había tenido sólo en cuenta la legislación alemana, haciendo caso omiso a la interpretación fi-

jada por el Tribunal de Justicia en la cuestión prejudicial que el Juez de instancia había planteado en un momento anterior.

El Tribunal constitucional alemán estimó el recurso en base a un doble argumento: a) de un lado, el *Bundesfinanzhof* venía obligado a seguir la interpretación sostenida por el Tribunal de Justicia en la cuestión prejudicial planteada por el Juez de instancia; b) de otro lado, si el *Bundesfinanzhof* estimaba improcedente seguir la interpretación dada por el Tribunal de Luxemburgo estaba obligado a formular una nueva cuestión prejudicial ante éste. Al no hacerlo así, el *Bundesfinanzhof* incumplió de un modo objetivamente arbitrario esa obligación, vulnerando por lo mismo el derecho al juez legal reconocido por el art. 101 de la *Grundgesetz*.

En esta misma dirección jurisprudencial, que tiene como eje vertebrador el criterio de la arbitrariedad, se situaría la importante resolución de 11 de noviembre de 1987 del *Bundesverfassungsgericht*. En ella, el Tribunal precisará con una mayor concreción los casos característicos de un desconocimiento arbitrario de la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, casos que pueden, sin embargo, reconducirse a los dos supuestos que contemplara el propio Tribunal en su Sentencia de 8 de abril del mismo año, esto es: a) cuando, existiendo dudas manifiestas acerca de la interpretación de una norma comunitaria, el Juez nacional no plantee la cuestión ante el Tribunal de Justicia, y b) cuando el Juez nacional se separe de la interpretación fijada por el Tribunal de Luxemburgo sin formular una nueva cuestión prejudicial. Un sector de la doctrina (Alonso García, Baño León) añade a ese doble supuesto un tercero, quizás más difícilmente precisable: el caso en que pueda discutirse la oportunidad de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia, supuesto en el que como es lógico, el Juez nacional goza de un ámbito discrecional que sólo será constitucionalmente rechazable cuando exista un "error manifiesto de apreciación".

Esta doctrina ha sido también admitida por el *Verfassungsgerichtshof* austriaco desde su resolución de 26 de junio de 1997, en la que consideró violado el párrafo segundo del art. 83 de la Constitución (que dispone que: "Nadie puede ser privado de su juez legal") por parte del *Bundesvergabeamt*, autoridad federal competente para conocer de recursos interpuestos en materia de adjudicación de contratos públicos, que ya había sido considerada "órgano jurisdiccional" a los efectos del art. 177.3.

V. Entre la doctrina española la posición es absolutamente clara y mayoritaria en relación a la necesaria conexión entre el art. 24.2 de la Constitución, que contempla el derecho al juez ordinario predeterminado por la

ley, y el art. 177 del Tratado constitutivo, hoy art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea. La norma comunitaria ha de ser considerada como un precepto por el que se determina, con toda precisión, la competencia judicial para la interpretación del Derecho comunitario, competencia que es atribuida, con carácter exclusivo, al Tribunal de Justicia, de modo que todos los demás órganos judiciales que deciden en última instancia vienen obligados a someter al Tribunal de Luxemburgo la interpretación de las normas comunitarias que hayan de aplicar a la *litis* de la que estén conociendo. Ciertamente, como ya se dijo, el propio Tribunal de Justicia ha matizado el alcance de esa obligación, que ha de excluirse en aquellos supuestos en que exista una jurisprudencia consolidada y en aquellos otros en que los términos claros de la norma se impongan, con tal evidencia, que conviertan en inútil, por superflua, la cuestión prejudicial.

De esta forma, ignorar las consecuencias dimanantes del encadenamiento entre la norma comunitaria y el art. 24 de la Constitución, sería atacable por la vía del recurso de amparo constitucional del que es competente para conocer el Tribunal Constitucional, y ello tanto por violación del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley contemplado por el art. 24.2, como por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el art. 24.1 de la Norma suprema, pues parece claro que la inaplicación de una norma comunitaria vigente supondría una contravención del sistema de fuentes contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, que también resultaría violado cuando el Juez nacional resolviera en contra de la interpretación sostenida por el Tribunal de Luxemburgo.

No ha faltado algún autor (Córdoba Castroverde) que, atendiendo a que la obligación de sometimiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia presupone que el órgano judicial abrigue una duda razonable acerca de la interpretación de la norma comunitaria, cree necesario reconducir el problema a una cuestión de mera delimitación competencial entre el Juez nacional y el Tribunal de Justicia, en cuyo caso el Tribunal Constitucional no podría entrar a revisar el mayor o menor acierto de la decisión competencial adoptada, tesis que no podemos compartir.

El Tribunal Constitucional, en la primera ocasión en que se le planteó un problema de este tipo (Sentencia 111/1993, de 25 de marzo), tomando como punto de partida su reiterada doctrina (fijada ya en la Sentencia 28/1991, de 14 de febrero) de que ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el Derecho de éstas constituye "*per se*" canon de constitucionalidad, entendió que ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 de la Constitución

cuando el Juez estima, *razonadamente*, que no alberga dudas sobre la interpretación con los hechos enjuiciables en el litigio. A semejanza de lo que ocurre con la cuestión de inconstitucionalidad, la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en forma exclusiva e irrevisable al órgano judicial, si bien no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

Esta doctrina ya parecía poner el acento de la “razonabilidad” del no planteamiento por el Juez español de la cuestión prejudicial. Tal doctrina vendría desarrollada ampliamente por otra Sentencia del mismo año (STC 180/1993, de 31 de mayo). En ella, el Tribunal, a partir de la consideración de que la selección de la norma aplicable y su interpretación corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, entiende que ello no significa que tal determinación de la norma aplicable carezca en todos los casos de relevancia constitucional. Por el contrario, el Tribunal reclama para sí la realización de un control cuando la selección sea arbitraria o manifiestamente irrazonable, o sea fruto del un error patente, o cuando de dicha selección se haya seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo constitucional. Quiere ello decir que el recurso de amparo sería pertinente no tanto contra el incumplimiento de la supuesta obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, sino contra la irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente de la resolución judicial en cuanto al fondo del asunto. Así, la ausencia de motivación del no planteamiento de la cuestión prejudicial, existiendo una obligación en tal sentido, vulneraría los derechos del art. 24 en cuanto se trataría de una decisión judicial voluntarista y, por lo mismo, arbitraria.

En esta misma dirección se pronunciaría el Tribunal Constitucional en su Sentencia 35/2002, de 11 de febrero, bien que en relación a la cuestión de inconstitucionalidad, aunque la interpretación que realiza el Tribunal es perfectamente válida para la cuestión prejudicial. Tras recordar que la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, el Tribunal precisa que el hecho de que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se configure como una potestad exclusiva de los Jueces y Tribunales “no significa, en modo alguno, que no deba ser exteriorizado, de manera suficiente y adecuada, el razonamiento que, desde la perspectiva tanto fáctica como jurídica, ha llevado al órgano judicial a la decisión de plantear o no dicha cuestión de

inconstitucionalidad, pues no cabe olvidar que la exigencia de motivación de las Sentencias tiene rango constitucional (art. 120 de la Constitución)”.

Al no exteriorizar el Juez *a quo*, en el caso en cuestión, razonamiento alguno para justificar su decisión de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad instada por la parte demandante en el proceso *a quo*, el Tribunal Constitucional considera violado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1. *Mutatis mutandis*, creemos que esta doctrina es perfectamente aplicable a la cuestión prejudicial del art. 234 del tratado de la Comunidad Europea.

VI. A la vista de todo lo expuesto bien puede concluirse que no sólo los jueces nacionales se han convertido en los Jueces ordinario o “de derecho común” del Derecho comunitario en su aplicación de los distintos ámbitos nacionales, canalizándose su relación con el Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial, sino que más allá de ello, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha configurado un “derecho al juez” universal, sin zonas exentas, respecto a la totalidad de las decisiones de las autoridades nacionales en materia de Derecho comunitario. Este derecho al juez se ha constituido en un verdadero principio general del derecho comunitario que se ha hecho derivar de las tradiciones comunes a los Estados miembros. La importancia de este derecho al Juez comunitario que, en determinados supuestos, puede exigir de la propia intervención del Tribunal de Luxemburgo, se advierte fácilmente si se recuerda que el ordenamiento comunitario genera derechos que se incorporan al patrimonio jurídico de los ciudadanos europeos cuya violación por las autoridades estatales genera la obligación de reparación de los daños causados. Es coherente con todo ello que en los Estados que disponen de instrumentos procesales de garantía de los derechos de naturaleza constitucional, como el *Verfassungsbeschwerde* alemán o el recurso de amparo español, tales instrumentos estén progresivamente siendo utilizados también para garantizar este derecho al Juez comunitario.

Esta tendencia ha de acentuarse notablemente en el futuro. El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, remitido al Consejo Europeo de Roma el 18 de julio de 2003, mantiene lógicamente el instituto de la cuestión prejudicial (art. III-274), encomendándose la competencia para conocer de la misma al Tribunal de Gran Instancia modificación introducida en el art. 225.3 del Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Niza, siendo no obstante de reseñar que su ejercicio resulta disponible para el Tribunal de Gran Instancia, pues cuando éste considere “que el asunto requiere una resolución de principio que

puede afectar a la unidad o a la coherencia del Derecho de la Unión”, podrá remitir el asunto ante el Tribunal de Justicia Europeo para que éste resuelva, todo ello al margen ya de la posibilidad en verdad excepciones de que las sentencias dictadas por el Tribunal de Gran Instancia en el ejercicio de esta facultad sean susceptibles de reexamen por el Tribunal de Justicia Europeo.

A ello hay que añadir que el hecho de que la futura Constitución Europea incorpore a su articulado una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (Parte II) ha de acentuar notabilísimamente el rol de los Jueces nacionales como Jueces comunitarios, fortaleciendo aún más si cabe el instituto de la “cuestión prejudicial”, buena prueba de lo cual es el último párrafo que se incorpora al art. III-273, de conformidad con el cual, cuando se plantee una cuestión prejudicial en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de la libertad, el Tribunal de Justicia se pronunciará con la máxima brevedad.

En definitiva, como señalara García de Enterría, de todo lo expuesto bien puede desprenderse que en la Europa comunitaria se ha implantado ya el principio de la *rule of law* o de Estado de Derecho en su significado de justicia garantística, con unas pautas jurídicas que han venido a unificar en este punto todos los sistemas nacionales. El rol desempeñado por los Jueces nacionales como Jueces comunitarios ha sido en verdad decisivo en orden a conseguir tal objetivo. La Constitución Europea no va a hacer sino consolidar el proceso de formación de un auténtico *ius commune eurpaeum*.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, Ricardo: *El Juez español y el Derecho Comunitario (Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Alonso García, Ricardo: *Derecho Comunitario (Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea)*, Editorial de Estudios Ramon Areces, Madrid, 1994.
- Alonso García, Ricardo: “Derechos fundamentales y Comunidades Europeas”, en Sebastián Martín Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría)*, Tomo II (*De los derechos y deberes fundamentales*), Civitas, Madrid, 1991, págs. 799 y sigs.
- Alonso García, Ricardo: *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Madrid, 2003.

- Alonso García, Ricardo: *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Civitas - Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1997.
- Alonso García, Ricardo y Baño León, José María: "El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 29, mayo/agosto 1990, págs. 193 y ss.
- Baño León, José María: "Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del Juez nacional (Comentario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986)", *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 54, abril/junio 1987, págs. 277 y ss.
- Barile, Paolo: "Il camino comunitario della Corte (Osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale n. 183/1973)", en *Giurisprudenza Costituzionale*, año XVIII, 1973, fasc. 6, págs. 2406 y ss.
- Carmona Contreras, Ana M.: "El Poder Judicial europeo: renovación versus continuidad", en Esperanza Gómez Corona y otros (coords.), *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, Editorial Arazandi, Cizur-Menor (Navarra), 2004, págs. 283 y ss.
- Carro Marina, Marta: "El alcance del deber de los Tribunales internos de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad (El Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1990)", en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 66, abril/junio 1990, págs. 303 y ss.
- Cobrerros Mendazona, Edorta: *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1995.
- Cobrerros Mendazona, Edorta: "La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario", en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 10, abril/junio 2004, págs. 289 y ss.
- Córdoba Castroverde, Diego: "Algunas cuestiones relativas al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10 (monográfico sobre: "El artículo 24 de la Constitución: algunos problemas pendientes)", mayo/agosto 2000, págs. 89 y ss.
- Craig, Paul: "Gran Bretaña en la Unión Europea", en Francisco Fernández Segado (ed.) *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, págs. 371 y ss.

- Due, Ole: "La protection juridictionnelle dans les Communautés européennes", en la obra colectiva, *Hacia un nuevo orden internacional europeo (Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco)*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 1043 y ss.
- Embid Irujo, Antonio: "Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de organizaciones internacionales. El caso EUROCONTROL", en *Revista española de Derecho administrativo*, núm 38, julio/septiembre 1983, págs. 421 y ss.
- Ferreres Comella, Víctor: "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 65 (II), enero/abril 2003, págs. 73 y ss.
- García de Enterría, Eduardo: "Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea", en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 103, julio/septiembre de 1999, págs. 401 y ss.
- García de Enterría, Eduardo, Tizzano Antonio y Alonso García, Ricardo: *Código de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1996.
- Isaac, Guy: *Manual de Derecho comunitario general*, 3ª. Ed., Ariel, Barcelona, 1995.
- Lecourt, Robert: "Le rôle unificateur du juge dans la Communauté", en *Etudes de Droit des Communautés Européennes (Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen)*, Ed. Pedone, París, 1984.
- López Castillo, Antonio: "La cuestión de control de constitucionalidad de las normas comunitarias del Derecho derivado en la República Federal Alemana", en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 23, mayo/agosto 1988, págs. 207 y ss.
- López Garrido, Diego: *Código de la Comunidad Europea*, tomo II (*Derecho derivado. Sentencias del Tribunal de Justicia*), Eurojuris, Madrid, 1992.
- Manzini, G. Federico: "Corte Comunitaria e Corti Supreme nazionali", en la obra colectiva, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (Estudios en homenaje al Profesor don Manuel Díez Velasco)*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 1042 y ss.
- Mangas Martín, Araceli: "La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario (Comentario a la Sentencia del Tribunal español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral y General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo)", en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm 2, mayo/agosto 1991, págs. 587 y ss.
- Mangas Martín, Araceli: "Tribunal Constitucional español y Derecho comunitario europeo", en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional (Libro homenaje al profesor don Antonio Truyol Serra)*, vol. II, Centro de Estudios Constitucionales-Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, págs. 733 y ss.

- Mangas Martín, Araceli y Liñán Nogueras, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª. ed. Mc. Graw Hill, Madrid, 1999.
- Mannino, Armando: "Estudio preliminar a la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de de junio de 1984, Caso Granital", en Boletín de Jurisprudencia Constitucional, núm. 72, abril, 1987, págs. 529 y ss.
- Mazziotti di Celso, Manlio: "Osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale" n. 98/1965, Giurizprudenza Costituzionale, año X, 1965, fasc. 5-6, págs. 1329 y ss.
- Ohlinger, Theo: "La influencia del Derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de 'americanización' del Derecho europeo", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 8, 2004 (de próxima publicación).
- Pérez Bustamante R. y Alvarez Conde Enrique: *La Constitución Europea (Estudio introductorio, comentarios y fuentes)*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004.
- Pérez Tremps, Pablo: "Justicia comunitaria, Justicia constitucional y Tribunales ordinarios frente al Derecho comunitario (Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana número 170/1984, de 8 de junio)", en Revista española de Derecho Constitucional, núm. 13, enero/abril, 1985, págs. 157 y ss.
- Pescatore, Pierre: Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE, en Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego J. Liñán Nogueira (dirs.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, págs. 57 y ss.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos: "Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario", en la obra colectiva *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco)*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 1175 y ss.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos: "El ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas: caracteres generales y elementos constitutivos", en Revista de Instituciones Europeas, vol. I, núm. 2, Madrid, 1974, págs. 597 y ss.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos y Wolker, U.: "Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986", en Revista de Instituciones Europeas, Madrid, 1987, págs. 667 y ss.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos y Valle Gálvez, A.: "El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales", en Revista de Derecho Comunitario Europeo, 1997, núm. 2.
- Rousseau, Charles: *Derecho Internacional Público*, 3ª. ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1966.

Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso: *El Juez nacional como Juez comunitario*, Fundación Universidad Empresa-Editorial Civitas, Madrid, 1993.

Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso: "El Juez nacional como Juez comunitario. Valoración de la práctica española", en Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego J. Liñán Nogueira (dirs.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, págs. 653 y ss.

Sorrentino, Federico: "Abrogazione e inconstituzionalità nei rapporti tra leggi nazionali e regolamenti comunitari (Osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale n. 163/1977)", en *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXII, 1977, fasc. 10-12, págs. 1548 y ss.

Sorrentino, Federico: "Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili (Osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale n. 168/1997)", en *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXXVI, 1991, I págs. 1418-1419.

**NUEVAS FORMAS DE INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL LUEGO DE OPERADA LA REFORMA
CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994
REFLEXIONES ACERCA DEL ALCANCE DE LA JERARQUÍA
CONSTITUCIONAL OFRECIDA A LOS INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, Y SU
INFLUENCIA SOBRE EL RESTO DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO NACIONAL**

Eduardo Pablo Jiménez (*)

"Nothing refines but the intellect"

OSCAR WILDE

*"Si un sistema democrático se define
esencialmente como aquél que contiene a los
derechos humanos como núcleo, los valores de ese
sistema democrático han de tener y guardar una
cierta correspondencia con los derechos humanos"*

GERMÁN J. BIDART CAMPOS

(*) Abogado y profesor titular ordinario en las cátedras Teoría Constitucional en la Facultad de Derecho de la UNMDP y en la Universidad Atlántida Argentina. Es también director de un grupo de investigadores en esa Universidad. Fue asesor en la reforma constitucional argentina de 1994.

SUMARIO: 1. Nota introductoria: La reforma constitucional argentina de 1994. 2. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos indicados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional poseen jerarquía constitucional. 3. La definición por parte de la Corte Suprema de Justicia Argentina. 4. Nuestra interpretación. 5. Algunas conclusiones.

1. NOTA INTRODUCTORIA: LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994

Frente al proceso que culminó con la enmienda de la Constitución Nacional Argentina de 1994, queda claro que, según lo ha expuesto la doctrina de los autores en forma prácticamente uniforme, se ha tratado de una «reforma constitucional» y no de la generación de una «nueva constitución».

Tal planteo no debe ser interpretado como meramente académico, o simplemente teórico, ya que según la forma en que se lo resuelva, podremos verificar el modo en que deberán vincularse los nuevos contenidos al antiguo texto constitucional. A partir de lo expuesto, podemos sostener que si se hubiese tratado de una «nueva constitución»⁽¹⁾, los viejos contenidos tendrían que haberse adecuados al plexo normativo agregado, que ofrecería el concepto de «techo ideológico» a seguir en términos de adecuación constitucional.

Pero no fue así, ya que habiéndose tratado de una «reforma» los nuevos contenidos *han de ajustarse al molde de la constitución de 1853* que en lo que nos ocupa, participa de los conceptos de rigidez, consagrando un claro sistema de supremacía del propio texto por sobre el resto del ordenamiento jurídico *y más aún respecto del que sólo accediendo a su jerarquía, no ha sido incorporado a ella*. Por supuesto que esta circunstancia ha de ser propiciada por las tradicionales vías de «integración» e «interpretación dinámica» de la Constitución. A partir de allí, es claro para nosotros que en 1994 se produjo un proceso de reforma constitucional, y no la generación de una nueva constitución⁽²⁾.

(1) Circunstancia que, de todas formas, resultaba vedada por la propia ley de convocatoria a reforma constitucional, Nro. 24.309, aunque no puede descartarse desde esta mirada «teórica», la perspectiva de actuación del Poder Constituyente Revolucionario, que quebrase la lógica de sus antecedentes

(2) Ya lo hemos sostenido antes de hoy. Ver para cotejo, de nuestra autoría «Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994: los tratados

Avalando esta conclusión, ha expresado en su oportunidad Gregorio Badeni⁽³⁾ que “es incorrecto hablar de nueva constitución y sí de un texto reformado”, agregando además que luego de la reforma, el texto fundamental argentino “prosigue siendo una Constitución personalista, cuyo único objetivo es concretar la libertad y dignidad del hombre como máximo valor de una escala axiológica a la cual se subordinan la grandeza del Estado, la superioridad de una clase social y cualquier otro valor transpersonalista autoritario”.

En suma, la formulación de la propia ley de convocatoria, la actuación de la Convención Constituyente, elegida libremente y sin proscripciones, el modo de plasmación del art. 75 inc. 22 y la modalidad de jura del texto reformado, avalan la posición de que nos encontramos frente a una constitución reformada, y no frente a una nueva constitución.

Lo antes dicho resulta de importancia, pues nos permite afirmar que del contexto de la reforma, *no pudo haberse variado*, desde esta interpre-

sobre derechos humanos como pauta interpretativa obligatoria dirigida a los Poderes Públicos”, pub. en E.D., diario Nro. 8787 del 10/7/1995 y de autoría conjunta con Marcelo Riquert, en específica referencia al Derecho Penal, “Teoría de la pena y Derechos Humanos” Edit. Ediar, Buenos Aires, 1998. En igual sentido, Néstor Pedro Sagüés, indica que el texto reformado ha incrementado el articulado cuantitativamente en un 33%, pero en orden a la extensión de los artículos, los nuevos son mucho más largos y han abandonado la redacción breve y concisa que caracterizó a los de la Constitución 1853-1860, por lo que la reformada ha crecido en cerca de un 70%. Formula una interesante distinción en orden a la confusión de antecedentes que hablan de “ésta” Constitución como una nueva y los que se refieren a la “reforma” de la vieja constitución, para concluir que lo que ha mediado es esta última situación. Señala acertadamente que “Esta esquizofrenia jurídica no es meramente académica: si el cambio producido en 1994 significa una mera reforma, el operador de la Constitución debe compaginarlo no sólo con la letra, sino también con el espíritu de la tradicional Constitución de 1853/1860. El techo ideológico de ésta, por lo demás, deberá influir en la interpretación y funcionamiento de las normas recientes. En cambio, si estamos ante una nueva Constitución, el procedimiento puede ser el inverso: será el texto de reciente factura (y su filosofía) el que iluminará el sector *heredado* de la vieja pero prestigiosa Constitución” (en “Constitución de la Nación Argentina”, Edit. Astrea, Bs. As., 5ª edición actualizada y ampliada, 1996, págs. 27/28).

En diversa y solitaria posición, sosteniendo que el texto de 1994 puede ser calificado de *nueva constitución*, antes que de reforma constitucional, se expide Ernesto De la Guardia (“El nuevo texto constitucional y los Tratados” E.D. del 31/10/1994), aunque prefiere utilizar la denominación “el nuevo texto constitucional” que considera frente a las discrepancias doctrinarias, como “irrefutable”.

(3) Badeni, Gregorio: “Solo se hicieron reformas”, artículo publicado en el periódico capitalino “El Clarín”, del 23/8/94, pág. 19, reafirmando su postura ya anunciada en “Reforma Constitucional e Instituciones Políticas”, oportunamente citado.

tación, la relación de "supremacía constitucional" propiciada por la Constitución de 1853. Y de hecho, es nuestra posición, estimar que no lo hizo, como se lo explicará más adelante.

Ya en el intento de abordar la cuestión de la interpretación del sistema constitucional a partir de las reformas operadas en 1994 al texto fundamental problema, deberemos develar cual es el "status" que hoy los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y otros tienen en su seno ⁽⁴⁾.

La *ambigüedad* o quizás *defectuosa redacción* de la norma que motiva nuestro comentario (art. 75 inc. 22 del texto constitucional), nos lleva necesariamente a un esfuerzo interpretativo, a fin de definir el lugar que el sistema constitucional argentino ha ofrecido de esos instrumentos en su contexto, y a raíz de ello, cual será la fuerza que ellos irradian al resto del ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de ello, no hemos de dejar de reconocer con Nino ⁽⁵⁾ que al ser las constituciones en general resultantes de compromiso entre intereses e ideologías contrapuestos, las necesarias negociaciones ⁽⁶⁾ que luego culminan en la incorporación de nuevas normas al sistema, se plasman frecuentemente en normas contrapuestas o aun contradictorias. Así, muchas contradicciones reflejadas en el texto constitucional no siempre son el resultado de redacciones defectuosas, sino que en ciertas ocasiones significan recursos intencionales y funcionales para hacer un compromiso entre diversas exigencias y permitir la adaptación de la Constitución a las nuevas circunstancias institucionales.

Pero la realidad es que las ambigüedades existieron en el contexto de la actuación de los constituyentes reformadores de 1994, y en consecuencia, el desafío de su interpretación y coordinación no puede ser rechazado por quienes nos encontramos involucrados y comprometidos con el estudio del Derecho Constitucional y la temática de los Derechos Humanos.

⁽⁴⁾ Estamos hablando aquí de la supremacía constitucional, concebida como jerarquía, en los términos de relaciones de *supra* y *subordinación*.

⁽⁵⁾ Nino, Carlos Santiago: "Fundamentos del Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 89 y ss.

⁽⁶⁾ Habidas en el seno de la Convención Constituyente, y aun también fuera de él. Recomendamos a fin del cotejo con lo expuesto en estas líneas, la lectura de la obra de nuestra autoría "La reforma Constitucional de 1994/ Aspectos históricos y labor de la Convención Nacional Constituyente", Edit. Suárez, Mar del Plata, 1998.

La norma en estudio, expresa en lo pertinente, lo que sigue:

Art. 75: Corresponde al Congreso: ... inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los Tratados y Concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, *tienen jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, para gozar de la jerarquía constitucional" (el subrayado es propio).

2. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS INDICADOS EN EL ARTÍCULO 75 INCISO 22 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL POSEEN JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

Comenzaremos nuestro análisis destacando una coincidencia general en doctrina a este respecto, emparentada con la circunstancia cierta, indicativa de que el constituyente ha seguido una corriente que tiende a imponerse en el derecho constitucional comparado, que se resume en la "tendencia a la internacionalización de los derechos humanos", de lo que alcanzamos a derivar que las actuales vinculaciones entre los conceptos de Constitución, Proceso (Nacional y Transnacional) y Derechos Humanos, nos invitan ciertamente a frecuentar la denominada en doctrina como "nueva edad de las garantías constitucionales" (7). Nos referimos aquí al fenó-

(7) Para ahondar el concepto, recomendamos la lectura de la obra de Augusto Morello "Constitución y Proceso", Edit. Abeledo-Perrot, 1998.

meno que Mauro Cappelletti ha sindicado como la “dimensión transnacional del derecho y la justicia”.

Adentrándonos ahora en el contexto de las discrepancias doctrinarias, indicaremos en primer término que, según una posición minoritaria, el art. 75 inc. 22 ha incorporado al texto de la Constitución Nacional el articulado de los instrumentos internacionales de mención. Para ella, son sin más, parte de la Constitución, y comparten sus reglas de Supremacía⁽⁸⁾. En este contexto, sostuvo a su tiempo Colautti⁽⁹⁾ que la jerarquía constitucional de los instrumentos jerarquizados constitucionalmente implica que “son, fuera de toda duda, normas constitucionales, son parte de la Constitución formal.

Creemos que, en el punto, es el maestro Bidart Campos⁽¹⁰⁾ quien despeja con precisión este primer interrogante, al referir que una cosa es incorporar a esos instrumentos, haciéndolos formar parte del texto supremo, y otra distinta es depararles –fuera de dicho texto– idéntica jerarquía que la de la Constitución.

Estimamos nosotros, en plena concordancia con ésta tesis, que el punto en tratamiento –al igual que el referido al contexto que nos sitúa en el marco de una nueva constitución, o de una reforma a la norma fundamental vigente– no es meramente semántico o académico, sino que las consecuencias derivadas de la posición que se adopte al respecto nos situarán ante las diversas soluciones propuestas por la doctrina a éste planteo.

Ello toda vez que si tales instrumentos formasen parte de la constitución textual, ellos podrían ser modificados conforme el procedimiento establecido por el art. 30 de nuestra Carta Magna, lo que presentaría una definitiva colisión con reglas primarias derivadas del derecho internacional, a partir de las que los Estados parte no pueden modificar unilateralmente las estipulaciones contenidas en un Tratado.

⁽⁸⁾ Así, sostiene en este sentido Colautti, Carlos en su “Derechos Humanos” (Ed. Universidad, Bs. As., 1995, pág. 29), que “Los tratados internacionales enumerados son normas constitucionales dado que tienen “jerarquía constitucional” según lo expresa la propia Constitución”.

⁽⁹⁾ Colautti, Carlos: “Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución”, pub. en L.L. 1994-D-1145/1150.

⁽¹⁰⁾ Bidart Campos, Germán: “Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T. VI “La reforma constitucional de 1994”, Edit. Ediar, Bs. As., 1995, pág. 555.

Otra cosa es sostener –en nuestro criterio adecuadamente– que en la forma con que han sido estos instrumentos adoptados por nuestro Derecho Constitucional, el constituyente reformador podría sí, con base en el artículo 30, decidirse a *quitarles jerarquía constitucional*, lo que generaría efectos en el ámbito interno, pero sin alterar el esquema que informa al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es entonces que podemos concluir, en esta primera etapa del análisis, que la incorporación de ciertos instrumentos al derecho constitucional argentino con jerarquía constitucional, *no implica lisa y llana incorporación a la constitución*.

Sepa el lector que lo señalado párrafos más arriba no nos sitúa sino en el principio de esta discusión, pues hasta aquí sólo hemos descartado aquello que el término “jerarquía constitucional” *no significa*. Cabe entonces ahora meritar lo que sí ha significado, circunstancia que –como puede imaginarse– también ha merecido diversas respuestas por parte de la doctrina nacional.

Está claro que estos instrumentos enunciados en el art. 75 inciso 22 del texto supremo poseen *jerarquía superior a las leyes*⁽¹¹⁾, y también respecto de otros instrumentos internacionales que no revistan esa jerarquía⁽¹²⁾, aunque la duda que aquí se suscita es cuál es la relación que ellos poseen con el texto supremo.

El artículo e inciso de mención aclaran que ellos poseen jerarquía constitucional, lo que nos permite situarlos con claridad en el contexto de lo que la doctrina española denomina “bloque de constitucionalidad”. Entonces, ya ubicados estos instrumentos fuera de la Constitución textual, aunque compartiendo –de alguna manera– su status, ¿A qué apunta la expresión jerarquía constitucional?

(11) Esta ha sido, sin dudas, una adecuada recepción de la doctrina de los fallos “Ekmekdjian” y “Fibraca” ya antes reseñados.

(12) Que la doctrina, liderada por Sagüés y Oteiza, ha clasificado, al menos, en cinco categorías. *La primera*, aquella de los Tratados que no versan sobre derechos humanos, ni integración. *La segunda* es la de aquellos Tratados incluidos en el último párrafo del artículo 75 inciso 22 (de ellos podemos rescatar que los que consigan el voto de las dos terceras partes del Congreso, adquirirán la mentada “jerarquía constitucional”, y los que obtengan la de la mayoría absoluta del cuerpo, resultarán norma vigente, pero inferior en jerarquía a aquellos que la Constitución menciona expresamente). *La tercera*, nuclea a los Convenios sobre integración que se celebren con naciones latinoamericanas. *La cuarta* referencia a los Convenios sobre integración celebrados con Estados no latinoamericanos. *La quinta categoría* incluye a los Tratados que pueden celebrar las Provincias.

Las respuestas en doctrina a este interrogante han sido variadas, debiendo apuntarse aquí que en ocasiones algunas de ellas se complementan entre sí, aunque, en determinados casos, se descartan unas a otras por opuestas. Hemos de perfilar aquí suscitadamente el estado actual de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la cuestión, sugiriendo finalmente nuestra postura al respecto ⁽¹³⁾.

3. LA DEFINICION POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA

Con referencia a la actuación de la jurisprudencia, hemos de poner de manifiesto dos fases en el desarrollo de su interpretación respecto de la situación de la normativa de jerarquía constitucional frente a la Constitución textual, para luego explayarnos respecto de algunas precisiones que surgieron de ciertos precedentes en particular:

En primer lugar, hemos de recurrir a un importante pronunciamiento dictado en fecha 7 de abril de 1995 ⁽¹⁴⁾, cuando al ocuparse de algunas disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, reiteró una conclusión ya esbozada en 1992 ⁽¹⁵⁾, en el sentido de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales* ratificados por la Argentina ⁽¹⁶⁾.

Allí infirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la jerarquía constitucional de los Tratados en materia de Derechos Humanos, que es

⁽¹³⁾ Ello sin olvidar que -más allá de cualquier indicación doctrinaria, propia o ajena- es la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que, nos guste o no nos guste, define, en nuestro medio, la interpretación final del sentido de las normas constitucionales.

⁽¹⁴⁾ Nos referimos al precedente "Giroidi, Horacio David y otro s/ Recurso de Casación" (Causa N° 32/93), recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial, pub. en E.D., diario del 7/5/1995.

⁽¹⁵⁾ Autos "Ekmekdján...", ya citado antes.

⁽¹⁶⁾ En base a tal argumento, nuestro superior tribunal nacional *aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana* en el caso "Giroidi...", llegando a la conclusión de que sobre la base de lo dicho por ésta, en la O.C. N° 11/90, y lo expresado en el art. 8° inc. 2° ap. a° de la C.A.D.H., debía declararse la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 459° inc. 2° del C.P.P.N., en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales en lo criminal, en razón de la pena. Cabe recordar que este modo interpretativo había sido ya anticipado por nuestra Corte Suprema de Justicia en los Autos "Ekmekdján c/Sofovich" ya comentado con anterioridad.

guía interpretativa para el tribunal, la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para su interpretación ⁽¹⁷⁾.

De ello, pudo colegirse sin hesitación, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es hoy *fuerza o guía para la interpretación de los convenios y tratados sobre Derechos Humanos*, y al tener éstos jerarquía constitucional, aquella es válida también como guía ⁽¹⁸⁾ para interpretar a la Constitución Nacional.

Ha hecho lo propio nuestro más alto tribunal, respecto de la opinión o "jurisprudencia" ⁽¹⁹⁾ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando expresó que ella debe servir de guía para nuestros tribunales, en lo que hace a la interpretación de los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica ⁽²⁰⁾.

Creemos de utilidad rescatar esta toma de posición de nuestro superior tribunal nacional, en especial teniendo en cuenta que dicho instrumento integra y complementa hoy nuestra Carta Magna, en el contexto ya mencionado del art. 75 inc. 22 C.N.

Hoy, y ya ingresando en la segunda fase prometida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al ocuparse en particular, de los mentados instrumentos, ante supuestos de colisión entre ellos y la Constitución textual, ha especificado desde la formulación de dos pronunciamientos recientes ⁽²¹⁾,

⁽¹⁷⁾ Cfr. de Amanda Caubet y otro en "La Constitución, la Jurisprudencia y los Tratados concordados" Ed. Errepar, 1995, pág. 43/44, en referencia al ya citado Autos CSJN "Gioldi, Horacio David y otro s/Recurso de Casación" Exp. N° 32/93, considerandos 11 y 12.

⁽¹⁸⁾ En términos de Juan Carlos Hitters (La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución, E.D. del 24/10/1995), se trata de jurisprudencia, concebida en este caso y para nuestro sistema jurídico, como fuente de producción jurídica indirecta.

⁽¹⁹⁾ Enfatizamos el entrecomillado, ya que es sabido que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es un órgano jurisdiccional, actuando sólo a modo de "fiscal" del sistema de la C.A.D.H., por lo tanto no puede emitir "jurisprudencia" en el sentido que sí puede hacerlo la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁽²⁰⁾ Nos referimos a la causa "Bramajo", resuelta por la C.S.J.N. en 12 de setiembre de 1996 (JA 1996-IV-439), en su considerando N° 15.

⁽²¹⁾ Nos referimos al pronunciamiento vertido en Autos CSJN "Monges, Analía M. c/U.B.A." Resol. N° 2314/95 M.399.XXXII del 26/12/1996 y luego, CSJN diciembre 27-996 "Chocobar, Sixto C. c/Caja Nac. de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", LL. "Suplemento de Derecho Constitucional, del 21/3/1997, pág. 1 y ss.

el sentido del artículo e inciso en cuestión, definiendo su interpretación respecto de ciertas cuestiones que –como se vio– motivaron la generación de las antes detalladas posturas discrepantes en doctrina.

En reglas generales, no se ha apartado la Alta Corte de sus precedentes, en cuanto ha vuelto a indicar la regla de armonización, sobre la base de presunción de coherencia, en los designios del constituyente reformador de 1994, con los matices específicos que ahora describiremos:

Así, en el caso “Chocobar”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo al resolver acerca de un difundido caso sobre reajustes en movilidad previsional, que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado los derechos consagrados en ciertos Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que vinculan los beneficios sociales a las concretas posibilidades de cada Estado, agregando luego que esas referencias resultan idóneas para interpretar el alcance de la movilidad establecida en el artículo 14 “bis” de la Constitución Nacional, de modo que la atención a los recursos disponibles del sistema puede constituir una directriz adecuada para determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria”⁽²²⁾.

Y el complemento rescatado es relevante, ya que de la amalgama de la norma constitucional en cuestión (art. 14 “bis C.N.) e instrumentos con jerarquía constitucional arriba indicados, que sirven de pauta de interpretación (obligatoria, en nuestro sentir) para los poderes públicos, se sigue que –en el caso concreto– en el ámbito de la seguridad social ya no hay cabida para el voluntarismo, demagogia o privilegios que lamentablemente persisten aún en importantes sectores de nuestra sociedad.

Destacamos ahora en particular, el fallo “Monges” en donde el superior tribunal del país se explaya con mayor (aunque aún ambigua y conservadora) definición, respecto de la cuestión en estudio.

Comienza enfatizando en su considerando 20º que el art. 75 inc. 22 mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto⁽²³⁾, establece, en su última parte, que

⁽²²⁾ CSJN Diciembre 27-986 “Chocobar, Sixto C. c/ Caja Nac. de Previsión para el Estado y Servicios Públicos” LL. Suplemento de Derecho Constitucional, del 21 de marzo de 1997, con nota de Luis Bulit Goñi. Recomendamos su lectura.

⁽²³⁾ Recordamos que en este importante precedente, se debatía la constitucionalidad de ciertos aspectos de la Ley de Educación Superior, instrumentados por Resolución Nº

aquellos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Desarrolla a renglón seguido tal enunciado, interpretando que no significa ni más ni menos que un *juicio de comprobación* en virtud del cual el constituyente habría cotejado *a priori* los tratados y artículos constitucionales, verificando que entre ellos *no se produce derogación alguna*, juicio que en su entender, no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir.

De la afirmación antecedente, deduce la Corte Suprema que *la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución, es un juicio constituyente*, aclarando que por ello tales normas provenientes del Derecho Internacional, *no pueden ni han podido derogar la Constitución* (considerando 21) ⁽²⁴⁾.

Concluye la Corte destacando que de tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, *y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución [...] aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquella, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución.* (Considerando 22°).

Por el contrario –finaliza– debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen igual jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente (considerando 22°).

Es bueno poner aquí de resalto que en esta cuestión –y según nuestra lectura del caso “sub exámine”– la Corte Suprema ha descartado aquellas posturas que sostienen que las normas contenidas en la nómina de instru-

2314/95 del Consejo Superior de la U.B.A. por la que se creó el denominado “curso preuniversitario de ingreso”. En suma, podía darse en el caso, la colisión entre un artículo de la parte orgánica de la Constitución (art. 75 inc. 19) y ciertos instrumentos de jerarquía constitucional, referidos en el art. 75 inc. 22 C.N. (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 26 y C.A.D.H. art. 26).

⁽²⁴⁾ Justifica esta afirmación la Corte, indicando que una opción diversa sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir (consid. 21).

mentos internacionales en materia de Derechos Humanos insertos en el art. 75 inc. 22 C.N., se hallen por encima de la parte "orgánica" de la Constitución textual.

Como a renglón seguido indicaremos, es nuestro parecer que la posición de la Corte deja ciertos interrogantes que en el futuro, requerirán una mayor precisión conceptual ⁽²⁵⁾ a fin de ser develados.

4. NUESTRA INTERPRETACION

Nuestra inteligencia de la cuestión pretende ofrecer una solución particular al conflicto. Así, entendemos que los Tratados sobre Derechos Humanos no integran la Constitución, sino que *solo tienen su jerarquía, en los términos del "test" propuesto por la propia Carta Magna, que los invita a actuar desde un escalón superior, complementando su articulado, a modo de pauta valorativa, que -por su jerarquización- resulta ser de interpretación obligatoria para los poderes públicos que los apliquen.*

Insistimos en este modo de viabilizar a la nueva formulación normativa del texto supremo, pues entendemos que ella resguarda la regla originaria de la "supremacía de la constitución textual".

Entendemos que otra interpretación de los alcances de la norma en estudio, que invite a señalar que esta categoría de instrumentos internacionales se encuentre por encima, o en igual rango que la propia Constitución, equiparándose a ella, o superándola en jerarquía, habilitaría a sostener que se habría modificado la regla del art. 30 del texto supremo, el que reserva la función constituyente *sólo a una Convención Reformadora que debe ser convocada a tal efecto por el Congreso* ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ La que a la fecha, no ha sido ofrecida en el ulterior precedente del alto tribunal "Chocobar" ya referenciado más arriba.

⁽²⁶⁾ Obsérvese que la Convención Constituyente que reformó la Constitución en 1994, no se encontraba habilitada para modificar la norma que permite el cambio constitucional, ni directa ni indirectamente (ver al respecto, el texto de la Ley Nro. 24.309, que dispuso en su art. 7º que la Convención no podía modificar las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución, y su artículo 6º sancionaba con nulidad absoluta el acto de la Convención que se apartara de aquella disposición). Así, el artículo 30 de la Constitución Nacional, disponía antes y dispone ahora que la reforma a la Constitución Nacional *no se efectuará, sino por una Convención convocada a tal efecto*. Sin perjuicio de ello, invitamos a confrontar la opinión diversa sustentada por Daniel Sabsay (op. cit., pág. 92).

Creemos que adoptando la tesis propuesta, salvaríamos tal aparente desarmonía y podríamos arriesgar que el plexo normativo sobre Derechos Humanos, al igual que sucede en los sistemas español y alemán, una vez adquirida tal jerarquía constitucional, se constituiría, además de texto normativo supralegal, en *una pauta de interpretación obligatoria para los Poderes Públicos, al momento de aplicar la Constitución textual*⁽²⁷⁾.

Con ello se quiere significar que la normativa internacional sobre derechos humanos (en particular, los textos expresamente enunciados por el constituyente reformador en el art. 75 inc. 22, que solo perderían su jerarquía constitucional vía "reforma constitucional" activada por el art. 30) ya es derecho interno aplicable (con jerarquía supralegal). Pero además, *tiene jerarquía constitucional* lo que en modo alguno significa que compartan su característica de "ley suprema" en delegación que el Constituyente no ha hecho, sino que tal forma lingüística, que no ha significado adición al texto constitucional debe ser entendida como una *guía interpretativa obligatoria para los poderes públicos respecto de la materia de Derechos Humanos* que en cualquier caso de colisión con la constitución textual, habrá de ceder ante ella.

Ello así, pues es sabido que la norma contenida en el artículo 31 de la Constitución Nacional, debe –aún hoy– coordinarse con lo dispuesto en el artículo 27 de la propia norma fundamental, y así, al igual que para el caso de la restante legislación nacional, la validez constitucional de los Tratados y restantes instrumentos internacionales suscriptos por el Gobierno Nacional deben adecuarse a la norma fundamental⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Así lo expresa Klaus Tiedemann, en "Lecciones de Derecho Penal Económico", Ed. PPU, Barcelona, 1993, Cap. III (Marco e influencia constitucional), cuando refiere que las disposiciones surgentes de Tratados de Derechos Humanos suscriptos y ratificados por Alemania implican un sistema de valores y principios de carácter Universal que ofrece mandatos constitucionales expresos hacia los Poderes Políticos. Igualmente la Constitución Española, en su artículo 10, ofrece una pauta similar de interpretación, que ha sido utilizada por su Tribunal Constitucional, siempre en sentido "pro homine" (Cf. en este sentido Sentencias STC 14/7/81, 15/6/81, 23/11/81).

⁽²⁸⁾ No sólo desde el aspecto instrumental, por el que el mismo instrumento debe ser concluído y firmado por el PEN en los términos del art. 99 inc. 11 C.N. y luego aprobado por el Congreso de la Nación (arts. 75 inc. 22 y 24 C.N.), sino también *desde el aspecto sustancial*, ya que su contenido debe estar de acuerdo con los principios de derecho público establecidos en la Constitución (art. 27 C.N.).

A partir de tales referencias, es dable interpretar que las garantías y derechos constitucionales contenidas en los Tratados Internacionales suscriptos y aprobados por el país, constituyen derecho interno directamente aplicable, superior en jerarquía a las leyes del Congreso, pero sometidas al principio de la Supremacía de la Constitución Textual, ya que su jerarquía constitucional es al solo fin (e importante fin), como se ha dicho mas arriba, de ofrecer pautas valorativas obligatorias a los Poderes Públicos.

De este modo, la nueva formulación constitucional obligará a una construcción teórica de relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho infraconstitucional sobre la idea directriz del principio de "unidad del ordenamiento jurídico", que mandará interpretar el derecho "de fondo" en concordancia con la Constitución, por vía de la interpretación sistemática que ahora la propia norma fundamental indica ⁽²⁹⁾.

Podría algún contradictor argumentar frente a nuestra postura, que aún luego de lo dicho, subsiste una objeción fundamental a nuestro intento de dar coherencia armónica al marco de la Constitución textual con los instrumentos internacionales jerarquizados, desde que nosotros descartamos la hipótesis formulada por quienes originan relaciones de jerarquía intra-bloque de constitucionalidad que admiten colisiones entre estos instrumentos y el texto fundamental, con resolución a favor de los indicados Tratados, y aún más, no compartimos la solución de consenso ⁽³⁰⁾ con que Bidart Campos intenta dirimir el conflicto, según la versión de habilitación, en todos los casos, de la norma mas favorable para la vigencia de los Derechos Humanos.

Nosotros entendemos que cuando el texto supremo enfatiza que tales instrumentos *no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución*, está significando, por vía de inferencia, mucho más de lo que literalmente dice ⁽³¹⁾. En consecuencia, si damos por cierto que el artículo

⁽²⁹⁾ Cf. Tiedemann, Klaus (op. cit., pág. 134). Aclara el autor citado, como se dijo antes, que esta interpretación conforme a la Constitución es una idea común del derecho alemán y español.

⁽³⁰⁾ De neto corte Iusnaturalista, lo que destaca la coherencia filosófica y jurídica del querido maestro, con cuya posición hoy nos toca discrepar.

⁽³¹⁾ No nos alcanza el fácil (aunque realista) expediente de indicar como lo hacen ciertos ex convencionales constituyentes (Juan Pablo Cafiero y otros, op. cit., pág. 50) que la única razón que existió para agregar la locución en análisis fue la presión soportada por los

27 del texto fundamental (que, evidentemente, integra esta parte de la Constitución, y por ello no puede ser derogado por tal normativa internacional) expresa que el Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras *por medio de tratados que estén en conformidad a los principios de derecho público establecidos en esta Constitución* a lo que agregamos que *todos los enunciados contenidos en la Constitución son necesariamente de derecho público* (aun los que contiene su parte orgánica) ⁽³²⁾, hemos de concluir que un instrumento internacional con jerarquía constitucional que –en hipótesis– se contrapusiese a alguna cláusula de la parte orgánica de la Constitución Federal, violentaría –por inferencia– también su parte dogmática, circunstancia esta última prohibida por el propio texto supremo.

Un argumento adicional para sostener nuestra posición es el que nos hace ponderar que no cabe desentenderse del hecho concreto de que los artículos de la primera parte de la Constitución no solamente expresan derechos sino también *Declaraciones y Principios de Organización Estatal* entre los que se encuentra la trascendente enunciación del artículo 1º, por la que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana federal, que irradia su fuerza normativa a todo el

constituyentes por parte de los empresarios periodísticos, en el sentido de pensar, erróneamente, que la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con ello el derecho de rectificación y respuesta de su art. 14, de alguna manera podía significar la derogación del derecho de libertad de prensa consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional. A todo evento, la poco feliz frase se encuentra en el texto, y ha de ser armonizada con toda la estructura constitucional que integra.

⁽³²⁾ Comparte esta posición Gregorio Badeni (en el texto citado antes, pág. 143). Explicita la cuestión, presentando a la constitución textual como *norma de orden público* Reynaldo Vanossi, en su "Teoría Constitucional" (Edit. Depalma, 1971, T. II., pág. 21 y ss.). En la obra citada, y remontándose al Derecho Romano, aclara que ellos distinguieron al Derecho Privado del derecho Público, acordando que mientras el Derecho Privado regulaba las relaciones entre particulares, el Derecho Público tenía materias tales como *el Gobierno el Estado* (págs. 25/26). Y es precisamente de ello que se ocupa la segunda parte de la Constitución Nacional. Cabe finalmente dejar sentado que la legitimidad constitucional de los mentados instrumentos internacionales en materia de derechos humanos se asocia con la definición de esos principios de derecho público, a que la Constitución se refiere en su art. 27, pues en la Constitución, concebida como norma de orden público, la nutren estos *principios fundamentales del régimen, los que indudablemente se originan en el art. 1º de la Constitución, que -como dijimos más arriba– irradia sus rasgos a la parte orgánica, tornándola irreductible frente a las mentadas disposiciones de derecho internacional.*

contexto de la Constitución, particularmente a su parte orgánica, que es aquélla a través de la cual se organiza el Poder⁽³³⁾.

Debemos enfatizar que si bien creemos que nuestra postura posee importantes aristas de acercamiento a la interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia a la cuestión, advertimos una referencia –al menos oscura– en la solución jurisprudencial.

Así, no creemos que pueda inferirse de la expresión “tienen jerarquía constitucional” que ambos contextos –la constitución y los mentados instrumentos– no puedan, en hipótesis extremas, presentar soluciones antagónicas o disociadoras. La Corte Suprema ha “presupuesto” un cotejo normativo previo, efectuado por el Convencional Constituyente.

Nosotros también lo presumimos, aunque concluimos del mismo que el reformador de 1994 no se apartó de las reglas de supremacía constitucional dispuestas por los arts. 31 y 27 C.N. sino que indicó la unidad y supremacía de la Constitución textual sobre el contexto de tales instrumentos, y luego sí, una misma jerarquía entre ellos una vez evaluada la imposibilidad de confrontación normativa. De ello derivamos que en supuesto de colisión insalvable, cede –en todos los casos– la normativa internacional frente a la Constitución textual, sea cual fuere el párrafo de confronte.

En suma, rescatamos como dijimos antes el concepto “jerarquía constitucional”, a fin de unificar el bloque de constitucionalidad en su posición relevante respecto del restante ordenamiento interno, indicando a los mentados instrumentos, como un aporte de *complemento obligatorio* a la Constitución textual⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Así, estimamos que el mentado artículo 1° de la Constitución Nacional, integra, dentro de la clasificación de normas constitucionales efectuada por Vanossi (op. cit., pág. 18) a la que seguimos aquí, la categoría de las denominadas *declaraciones* (que en los art. 27 y 28 se enuncian como principios) considerados como decisiones políticas fundamentales, o normas de organización, por regular la constitución y el funcionamiento de los órganos del Estado.

⁽³⁴⁾ Por ello es que creemos adecuado sostener (como se lo dijo en el precedente “Girolodi”) que la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en referencia a cláusulas de la C.A.D.H. es para los poderes públicos, una *fuerza de interpretación*, aunque no obligatoria, como sí lo son los instrumentos incluidos en el art. 75 inc. 22 C.N., ya que ellos poseen una *jerarquía constitucional* que los fallos interpretativos de la Corte Interamericana respecto de las normas de la CADH no poseen para nosotros. Volvemos aquí a rescatar la posición de Juan Carlos Hitters (“La jurisprudencia...”) citada *supra* en

No alcanzamos a inferir, como sí lo hace la Corte Suprema, que la igualdad en jerarquía implica la imposibilidad de desplazarse o destruirse recíprocamente. En suma, entendemos que igualdad en jerarquía, dispuesta por la propia Constitución, no puede significar igualdad en supremacía.

Deberemos esperar a una hipotética situación de conflicto que –llevada a juicio– intente realzar un instrumento de jerarquía constitucional frente a la parte orgánica de la Constitución.

Imaginemos, por caso, que se diese –en teoría– un intento de levantamiento contra el orden constitucional, por parte de sectores facciosos militares, y que éste sea finalmente reprimido, por las fuerzas leales a la Constitución y las instituciones de la República.

Sigamos imaginando que, en tal intento, se den algunos hechos de sangre, y que los militares golpistas hubiesen dado muerte a algunos militares leales, y por ello sean llevados a juicio en el contexto del Código de Justicia Militar Argentino, y que en ese ámbito, ellos sean condenados a muerte.

Supongamos ahora que llevado el caso en apelación a la Cámara Civil, y luego a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se confirme esa pena de muerte legalmente impuesta⁽³⁵⁾. Supongamos que –como consecuencia lógica en esa instancia final– los golpistas condenados a muerte, intentan solicitar la Conmutación de Pena al Presidente de la Nación, alegando que el art. 4 de la CADH (de jerarquía constitucional) le otorga el derecho a todo condenado a muerte de solicitar tal beneficio.

Pero en tales circunstancias, el Presidente de la Nación sugiere que los condenados no pueden solicitar tal medida pues el artículo 36 de la C.N. excluye a estos delitos de la posibilidad de solicitar esos beneficios. Es ése un supuesto en el que nosotros encontramos colisión normativa

cuanto sostiene que aquellas interpretaciones son fuente de producción jurígena de nuestro derecho interno. Y nosotros agregamos, respecto de los instrumentos incluidos en el art. 75 inc. 22 C.N. que ellos generan pautas de interpretación para los Poderes Públicos, de carácter obligatorio, en razón de poseer la mentada jerarquía constitucional que la propia Constitución les concedió.

⁽³⁵⁾ Recordamos al lector que la República Argentina se encuentra entre aquellos países que contemplan la pena de muerte para algunos supuestos y que, por imperio de lo dispuesto por el art. 4° de la CADH (de jerarquía constitucional), no puede ampliarla a otros.

entre un instrumento internacional jerarquizado y lo dispuesto en la parte dogmática de la Constitución, insalvable por vía interpretativa.

Aquí, la solución armonizante y *pro hómine* propuesta por la Corte Suprema y también por el maestro Germán Bidart Campos choca con lo expresamente enunciado por la Constitución, en el sentido de que esas Convenciones Internacionales jerarquizadas no derogan artículo alguno de la parte dogmática de la Constitución (por caso, el art. 36).

Por ello entendemos nosotros que en ese y todo otro supuesto de colisión insalvable la solución habría de ser simplemente lo que también dijo la Corte en el precedente "Monges" en su considerando 22, aunque ampliando el concepto en su desarrollo. No solo se trata de que la normativa internacional jerarquizada *no se halla por encima de la Constitución*, sino que –además– *la Constitución es suprema a su respecto*.

En este sentido, y como hemos sostenido párrafos más arriba y ahora reiteramos, toda colisión de un instrumento internacional de los enunciados en el artículo 75 inciso 22 C.N., con el propio texto supremo, deberá resolverse a favor de la constitución textual⁽³⁶⁾, por las razones antes explicitadas, y de allí es que concluimos que no podrán existir matices de jerarquía interna entre el "bloque de constitucionalidad" mas allá de las que pudiesen surgir en la correlación e interpretación de los diversos tratados e instrumentos incluidos en el art. 75 inc. 22 *entre sí*. Para este punto, y solamente en caso de desarmonía imposible de compatibilizar (entre ellos), es que propugnamos la solución por medio de la aplicación del principio *pro hómine* propugnada por el maestro Bidart Campos.

Más aún, no debe olvidarse que tales instrumentos son *complementarios* de la constitución textual. Si bien Badeni⁽³⁷⁾ deduce de ello que son reglamentarios del texto supremo, nosotros nos apartamos de tal tesis. Complementar, no quiere decir reglamentar. Ya el Diccionario de la Real Academia Española nos enseña que el término significa "que sirve para completar o perfeccionar alguna cosa". Si correlacionamos su función complementaria de la constitución textual, con la implicancia no derogatoria, es dable sostener que la idea de complementariedad sugiere la exis-

⁽³⁶⁾ Como hasta ahora viene haciendo la jurisprudencia, pese a los fundamentos que se apuntaron.

⁽³⁷⁾ Badeni, op. cit., "supra", pág. 139 y ss.

tencia de una parte principal y una accesorio, y a partir de ello, lo accesorio complementa a lo principal ⁽³⁸⁾.

Seguimos entonces sosteniendo que los instrumentos sobre derechos humanos, pese a detentar jerarquía constitucional, se encuentran subordinados a una constitución que –hasta la fecha– no se encuentran en condiciones jurídicas de modificar, ni aun en caso de colisión, pese a los buenos intentos interpretativos sostenidos desde perspectivas de análisis diversas ya apuntadas.

Creemos en consecuencia que no se han modificado luego de la reforma constitucional de 1994 las reglas clásicas de supremacía constitucional a partir de las cuales la Constitución textual se mantiene inalterable y sigue detentando el vértice de la pirámide.

Sólo que ahora tales reglas se han adaptado a la idea de la constitucionalización de los derechos humanos, permitiendo el acompañamiento de estos once instrumentos con jerarquía constitucional que la secundan (situándose por debajo de ella, aunque por encima del resto del ordenamiento jurídico argentino). Concordamos entonces con Nilda Medici Paz y Eodoro Albo en cuanto refieren que la expresión *jerarquía constitucional* no implica *supremacía constitucional* ya que es este un atributo exclusivo de la Constitución nacional, la que asigna en suma un rango inferior a los Tratados ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Aun desde posición contraria, al considerar “poco feliz” la incorporación de esta frase, estiman Juan Pablo Cafiero y otros (op. cit., pág. 50) que “la idea de complementariedad sugiere la existencia de un principal y un accesorio, de algo que es y otro algo que lo completa”. Recomendamos asimismo la lectura del trabajo de Roberto García Martínez titulado “Los derechos humanos en la reforma constitucional de 1994 y el derecho del trabajo” (DT, 1995-B, pág. 1181 y ss.), quien sosteniendo una interpretación diversa a la nuestra, al concordar con la apreciación de Bidart Campos, cuando analiza el concepto de complementariedad, expresa que “No se trata pues, de subordinación, sino de complemento, es decir de lo que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta, para llegar a la plenitud”.

⁽³⁹⁾ Medici Paz, Nilda y Albo, Eudoro: “La supremacía constitucional y el Derecho Internacional”, publicado en J.A., Nro. 5983 del 1/5/96, pág. 17. Los autores citados agregan a lo expuesto que, manteniéndose los artículos 27, 28 y 30 de la Constitución Nacional inalterables, también se encuentran inmodificadas la obligación del estado federal de suscribir tratados de paz y comercio con las potencias extranjeras conforme los principios de derecho público establecidos en la Constitución, la inmutabilidad de los principios, garantías y derechos reconocidos en la parte primera del texto constitucional por la leyes que reglamentan su ejercicio y la posibilidad de reformar la Constitución sólo mediante una Convención convocada al efecto. De todos modos, hemos de explicitar que no coincidimos

De esta forma se armoniza la incorporación del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional con el hecho real de que no han variado las reglas expresas y particularizadas que la parte dogmática refiere acerca de la temática de reforma y supremacía constitucionales.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

En resumen, nosotros pretendemos resolver el conflicto apuntado indicando que debe avanzarse sobre la que estimamos una "tibia" interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sabemos que el propio texto constitucional nos informa que los instrumentos internacionales reseñados en las condiciones de su vigencia *tienen jerarquía constitucional*, adicionando que ellos *no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*. De allí inferimos que, luego de haberse integrado tales regulaciones internacionales en materia de Derechos Humanos al "bloque de constitucionalidad", existe *una limitante expresa a su respecto*: no derogan a la primera parte de la Constitución, y son su "complemento". La duda surge respecto de la segunda parte de la Constitución. Y es allí donde nos apartamos de la posición del maestro Bidart Campos y de alguna manera, también de la sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que sostenemos que *existen aquí planos subordinados y subordinantes*, pues la constitución textual, en su integridad, *es suprema* respecto de los instrumentos expuestos en el art. 75 inc. 22.

Llegamos a esta conclusión, como se vio, al discurrir que siendo tales instrumentos *complementarios* de los derechos y garantías de la primera parte de la Constitución y, no pudiendo derogar ellos artículo alguno de tal sección, la constitución textual *en su totalidad ha sido preservada de un eventual embate por parte de alguno de estos instrumentos, así la colisión se produzca respecto de la segunda parte de la misma*, ya que el

con ellos en cuanto *niegan la existencia del mentado "bloque de constitucionalidad federal"* sino que, aceptando su existencia, precisamos su alcance alertando que si bien conforman un conglomerado con la propia Constitución, no son supremos respecto de ella, y en consecuencia las únicas relaciones intra-bloque que admitimos son, por una parte, la de subordinación de tales instrumentos *a la totalidad de la Constitución textual* y, por otra, la resolución de conflictos entre instrumentos jerarquizados, sobre la base de la aplicación de la regla *pro-homine* en caso de conflicto inarmonizable.

artículo 1° de la Carta Fundamental al adoptar la forma representativa, republicana, federal *según lo establece la presente Constitución* (y no los Tratados adicionales), irradia su supremacía y vigor hacia la segunda parte del texto fundamental, que desarrolla tal principio que, por esa razón, no puede ser desarticulado por norma convencional alguna.

Sostenemos en definitiva que el plexo normativo incorporado sobre Derechos Humanos, una vez adquirida tal jerarquía constitucional, se constituye, además de texto normativo supralegal, en *una pauta de valoración obligatoria para los poderes Públicos*⁽⁴⁰⁾.

Es importante clarificar en este punto cuál es el contexto en que entendemos debe ser interpretado que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos implican, al poseer jerarquía constitucional, una *pauta de valoración obligatoria para los Poderes Públicos*. Nosotros creemos que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado y afianzado importantes bases de análisis en materia de interpretación constitucional, ya que como es sabido, de los fines de ella se desprenden los criterios que deben orientarla, los que pueden clasificarse, en el decir de Domingo García Belaunde⁽⁴¹⁾, en dos grandes rubros:

- a) los de carácter general, que conciernen a todo régimen constitucional en cuanto tal y de los cuales puede sostenerse que se consustancian con toda constitución, y
- b) los de carácter particular, propios de una determinada constitución, y que se corresponden a una Nación en su individualidad.

Es entonces sobre este último aspecto que debe jugar nuestra postura en relación al modo de actuación de los tratados con jerarquía constitucional, ya que tal modo de apoyatura del derecho internacional a la estructura constitucional del Estado Argentino, genera criterios de interpretación de carácter *particular*, los que –de todos modos– atenderán a las siguientes reglas de actuación:

- Al utilizar los instrumentos internacionales como pauta de interpretación obligatoria, no debe olvidarse que debe primar siempre la

(40) Así lo expresa la Constitución española, en su artículo 10°, al ofrecer una pauta similar de interpretación, que ha sido utilizada por su Tribunal Constitucional, siempre en sentido *pro homine* (ver al respecto, sentencias STC 14-7-81, 15-6-81, 23-11-81).

(41) García Belaunde, Domingo: "La interpretación constitucional como problema", publicado en la obra colectiva "Pensamiento Constitucional", Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1994.

presunción de constitucionalidad, que aquí se traduce en presunción de vigencia de la constitución textual. Ello implica tratar de arribar a un contexto de armonización con la constitución textual, preferente antes de descartar al instrumento de que se trate, por contrario a la Constitución.

- Igual regla debe seguirse antes de descartar una norma infra constitucional, cuando colisione con un Tratado Internacional de jerarquía constitucional, aún a sabiendas de que en caso de choque definitivo e insalvable, primará el instrumento jerarquizado.
- Tampoco huelga destacar que toda interpretación debe ser razonable, tal lo indica el texto constitucional. Ello significa, en buen romance, ofrecer soluciones sensatas ante las situaciones nuevas, tratando de superar el problema sin alterar el entramado normativo vigente.
- Asimismo, no ha de dejarse de lado que al utilizar los instrumentos referidos como pauta de interpretación obligatoria, deben preverse las consecuencias posibles del acto.
- También es bueno señalar que una vez salvadas las desinteligencias con la constitución textual, debe atenderse a la preferencia por la norma más favorable a los derechos humanos.
- Por último, pero no por ello menos importante, al propugnar la denominada "fórmula política" en materia de interpretación constitucional, debemos dar por seguro que cada constitución consagra una determinada fórmula política, que rigor implica un estilo de vida, una concepción de la sociedad y el Estado y una filosofía de lo que debe ser el manejo del aparato político. La nuestra ha sido muy precisa en materia de consagración de ciertas garantías en la órbita del derecho penal. Los instrumentos internacionales jerarquizados no han de morigerar tal garantista postura, sino más bien, desde esa perspectiva política, ampliarán las fronteras que ofrecen las normas pertinentes de la constitución textual a fin de garantizar tal fórmula ⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ En particular, la doctrina que surge de los artículos 17 a 19 de la Constitución Nacional.

**LAS IDEAS JURÍDICAS EN EL
INICIO DE LA REPÚBLICA PERUANA: SIGLO XIX.
EL REAL CONVICTORIO DE SAN CARLOS Y
MONSEÑOR BARTOLOMÉ HERRERA**

Jorge Basadre Ayulo (*)

Corifeos y alabarderos de dos ideologías distintas, una proveniente del Real Convictorio de San Carlos y la otra del Colegio de Nuestra Señora de Guadalupe, centros educativos de señera historia, tuvieron, promediando el siglo diecinueve peruano, notoria influencia en la vida pública, la ideología en boga, sedes principalísimas de inquietudes doctrinales, y en los destinos azarosos e inciertos del país, los que se remontan al movimiento independentista.

El Real Convictorio de San Carlos había representado en el tardío período indiano peruano el espíritu liberal: baluarte de la libertad y uno de los más activos focos de la efervescencia doctrinaria y de las conspiraciones, situado en el local que antes había constituido el Noviciado de los Jesuitas. Quedó fundado en el año 1770, "habiéndose unido a él los de San

(*) Profesor de las Facultades de Derecho de las Universidades Particular San Martín de Porres, Nacional Federico Villarreal (Maestría en Derecho), Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Universidad de Lima, Universidad Particular de Piura y Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

Martín y San Felipe ⁽¹⁾ ⁽²⁾ donde los alumnos “hicieron tertulia entre los naranjos y los jazmines de los patios, y paseaban en los barrios de Sagrario, San Sebastián y San Marcelo”.

El Convictorio de San Carlos estaba situado en el local que ocupó en los siglos diecinueve y veinte la vieja casona sanmarquina. En zonas contiguas encontramos las huertas y chacras que pertenecían a la referida orden religiosa que luego fueron urbanizadas.

Con el advenimiento y la consolidación de la nueva república, que, en buena parte era también obra suya, el Colegio de San Carlos adquirió, ocasionada por obra de la evolución social y del surgimiento con renovadas ideas, de nuevas normas de conducta y temperamento de vida, un espíritu conservador, aristocrático, colonialista y rígido. En cambio, la renovación, el liberalismo, las emergentes modalidades sociales y las ideas democráticas estaban representadas en el espíritu vocinglero que brotó del Colegio de Guadalupe.

Monseñor Bartolomé Herrera Vélez (Lima, 1808 - Arequipa, 1864) fue, en la cátedra, en la política y en la vida, la más alta expresión de la tendencia conservadora del convictorio carolino. Lorente y los Gálvez a su vez, constituyeron los voceros de la ideología guadalupana. La pugna de estas dos tendencias ideológicas llena, define y caracteriza la época inicial de nuestra historia republicana tan llena de profundos precipicios y de altas cumbres en un país desigual.

Los solemnes constituyentes del año 1823 declaran que “el Colegio de San Carlos había sido el semillero de los principios revolucionarios ⁽³⁾. Preside la Asamblea Nacional un ilustre ex rector carolino, don Toribio Rodríguez de Mendoza. Cincuenticuatro de sus discípulos en el Convictorio ocuparon entonces los escaños parlamentarios de la nueva república en abrumadora mayoría. Y los diez restantes, aún cuando no habían estudiado en sus aulas, estaban imbuidos del espíritu carolino.

(1) *Guía Histórico-Descriptiva administrativa, judicial y de domicilio de Lima* por Manuel A. Fuentes publicado por Felipe Baily. Lima, Central, 1860, p. 160.

(2) El prematuramente malogrado Jorge Guillermo Leguía constituyó el principal biógrafo de Bartolomé Herrera, escrutando su obra y desveló importantes aspectos de su vida, sin incurrir en cotilleos insignificantes.

(3) Jorge Guillermo Leguía. “San Carlos en los días de Herrera”. Boletín Bibliográfico de la Universidad de San Marcos. Lima, 1925, número 15.

Continuador de la obra de Rodríguez de Mendoza en el Convictorio de San Carlos fue él no menos eminente maestro y estadista, monseñor Bartolomé Herrera Vélez ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾. Rodríguez de Mendoza y Herrera viven dos épocas distintas en nuestra azarosa república y ambos fueron leales a la época histórica que les tocó transitar. En las postrimerías del virreinato, la libertad fue un incontenible anhelo público. Aspirar a realizarlo fue el deber ineludible de esos años. Ella constituyó la acción de Rodríguez de Mendoza y del propio Real Convictorio San Carlos portavoces de los nuevos focos republicanos. Herrera continúa la ruta trazada por la rica solera de este plantel.

El Perú nace a la vida de los pueblos libres en el siglo XIX. Pero éste, purga a fuego lento, sumido en la anarquía y en el caos, la iniciación del republicanismo. Tal espectáculo inquieto es el que conmueve e impresiona a Bartolomé Herrera. Era necesario contener con mano firme el desborde del libertinaje acaecido en los primeros años republicanos; colocarle a la libertad el límite de una disciplina que la hiciera eficaz y constructiva; no estimular inconscientemente los derechos democráticos en un pueblo que estaba demostrando su falta de preocupación para ejercitarlos. Esta fue la obra de monseñor Bartolomé Herrera en el Convictorio de San Carlos. Aparentemente contradictoria –liberal en las postrimerías del virreinato y conservador a la ultranza en los albores de la República– la acción carolina se mantiene, sin embargo, fiel consigo misma, lógica con su propio espíritu, conjugando siempre las ideas con sus propósitos de bien público.

El religioso Bartolomé Herrera Vélez reformó el sistema de estudios en el Convictorio de San Carlos, fundado después de la expulsión de los jesuitas quienes regentaban el noviciado de los hermanos de esta orden. Estudiante apasionado de las teorías que introdujera Rodríguez de Mendoza en el Convictorio, y siendo todavía alumno del mismo, Herrera se familiariza con “la filosofía de las luces”, el sistema jurídico de Heinecius,

⁽⁴⁾ Arnaldo Márquez. “El Dr. D. Bartolomé (Extracto de las memorias inéditas de uno de sus discípulos)”. El Nacional. Lima, 13 de diciembre del 1864.

⁽⁵⁾ Arnaldo Marquéz. “Tres sacerdotes peruanos: Aguilar, Herrera, Vigil”. El Comercio. Lima, 19 de enero de 1903.

“Esta última contribución periodística constituye un ataque feroz contra Bartolomé Herrera. Distribución de horas de aulas en el Convictorio de San Carlos según el Reglamento del Colegio, fechado el 9 de diciembre de 1836” en Juan de Oviedo, *Colección de leyes, decretos y órdenes publicados en el Perú*. Lima, edición de Manuel Atanasio Fuentes, 1862, p. 178.

las doctrinas regalistas. Estudia las nuevas corrientes en boga en Europa. Según Jorge Guillermo Leguía, bebe con fruición de las enseñanzas de De Maistre y Guizot y las opone a las de Rousseau.

Rector del Convictorio de San Carlos desde el 28 de octubre de 1842, Herrera Vélez introduce nuevas orientaciones en el Derecho de gentes, en la Filosofía, en el Derecho patrio⁽⁶⁾. Otorga especial importancia a las exposiciones orales⁽⁷⁾ a la Filosofía y al Derecho, incluyendo el conocido como el "patrio" que no era sino el sistema jurídico español entonces vigente por la inexistencia en esos momentos de códigos⁽⁷⁾.

Poniendo fin a la etapa del decaimiento educacional en los primeros años de la República, el convictorio carolino, por la disciplina férrea de Herrera, readquiere y acrecienta el prestigio que brilló en los últimos años de la colonia. En sus aulas severas implanta en Filosofía la corriente racionalista. Descarta a las posturas del jurista Heinecius en los estudios del Derecho común, sustituyéndolo por los nuevos libros en boga; bebe con fruición de las doctrinas de Guizot sobre "la soberanía de la inteligencia" que orientan el Derecho constitucional y divulga en Derecho internacional –llamado entonces "de Gentes"– las ideas de Pinheiro Ferreyra, un trotamundo portugués, cuya obra traducirá y verá la luz en la imprenta de San Carlos⁽⁸⁾. Herrera destierra el régimen memorista en la enseñanza carolina y selecciona, con severidad, a los maestros de sus aulas.

La flor y nata de la juventud capitalina acude a instruirse en el Convictorio de San Carlos carolino se espera la gran generación que refrene para siempre la anarquía, cohesione al país, expulse el empirismo, introduzca la moralidad y otorgue razón la de ser peruano, como

⁽⁶⁾ La noticia del nombramiento de Herrera como Rector del Convictorio de San Carlos en "El Comercio" de Lima el 3 de noviembre de 1842.

⁽⁷⁾ "El Peruano". Lima, 18 de enero de 1843.

⁽⁸⁾ Silvestre Pinheiro Ferreyra. *Compendio de derecho público interno y externo* traducido por Bartolomé Herrera, para el uso del Colegio de San Carlos. Lima, Imprenta del Colegio de San Carlos, 1848. 173 pp.

Existe otra edición del mismo libro, sin fecha, impreso en la Tipografía de Aurelio Alfaro, Lima, 132 pp. Este libro citado constituye el primer hito en Perú publicado sobre esta materia. Dentro de ésta aparece el libro de José María Pando, *Elementos de Derecho Internacional*. Obra póstuma. Madrid, Alegría y Charlain, 1843 (XXXIV, 700 pp.) Igualmente resulta conveniente mencionar el de José Silva Santisteban, *Curso de Derecho internacional o de gentes*. Lima, 1858, y del mismo autor *Curso de Derecho constitucional*. Lima, 1856. París, 1914.

enorgullecedores motivos e ideales de la nacionalidad fundada con hercúleos esfuerzos.

La organización interna del Convictorio, calcada entonces de los moldes alemanes, podía considerarse como la primera del país en disciplina e instrucción. Los alumnos quedaban divididos en cuatro departamentos, el primero lo integraban los “estudiantes de Facultad Mayor” que habitaban en aposentos particulares, abiertos durante las horas de recreo y sueño para que los inspectores, que estaban autorizados para ingresar a ellos en cualquier hora, pudiera vigilarlos constantemente. Cada uno de los alumnos eran agrupados en los actos del culto y a las horas de ingerir las comidas. Los jóvenes alumnos quedaban sin vigilancia a la hora de las clases cuando el cuidado del profesor, aunque recta y benévola, imperó en el Convictorio durante el período rectoral de Herrera.

Las lecciones de los profesores debían ser dictadas con puntualidad al toque de la campana y si alguno de ellos incurría en tardanza a clases, éstas eran dictadas por el propio Herrera quien en el momento de la improvisación demostraba amplia versación sobre el tema a tratarse, y que debió ser expuesto, no faltando las chanzas y mofas contra el indisciplinado maestro que incurrió en falta docente.

En el curso del año lectivo del Convictorio de San Carlos, existían exámenes parciales y privados, para acreditar la eficiencia del alumno, sin valor cancelatorio alguno. El examen promocional de fin de año trataba con rigidez el íntegro del curso, realizado en acto público. Herrera ordena desterrar la utilización de la memoria para los alumnos de San Carlos y la reemplaza por la espontaneidad oral como prueba de sus conocimientos ⁽⁹⁾.

Por el otorgamiento de los premios, los alumnos del Convictorio de San Carlos concurrían a una lúcida ceremonia, en la que no faltaba la presencia del presidente Ramón Castilla. Este solía premiar a los alumnos premiados a usar la calesa para conducirlos a Palacio de Gobierno donde eran agasajados con una frugal cena, sentándose ellos en las doradas sillas del gastado tapiz, el comedor con ventrudos jarrones que flanqueaban en una repisa junto con un viejo reloj en que abundaban los querubines. Al

⁽⁹⁾ El diario “El Comercio” en su edición del 20 de diciembre de 1852 consignó que “los alumnos de San Carlos comenzaron sus exámenes el día 18 del presente y deben concluirlos, el 24, examinados en las siguientes materias: Derecho canónico, penal, penal, civil, romano, natural, constitucional y de gentes; filosofía, religión, política, entre otras”.

terminar el café, Su excelencia entregaba a cada uno de los asistentes una medalla de oro, acompañándoles el edecán a sus respectivos domicilios.

Los carolinos gozaban de los domingos libres del rigor establecido en sus, e iban a las calles y al hogar uniformados de frac y tricornio, que según Angélica Palma, "en la vecindad se apresuraban a cambiar por el traje de calle ⁽¹⁰⁾.

Bajo el rígido cuño de Herrera, el Convictorio de San Carlos impuso una misión restauradora, enfrentándose a los extremos proclamados en la Revolución Francesa. Por ello algunos vocingleros acusaron al maestro carolino de haber retrasado la obra iniciada por Rodríguez de Mendoza en la evolución ideológica del Perú, tesis que no compartimos.

Sería injusto afirmar que la teoría aristocrática de Herrera hubiese cortado la evolución del pensamiento nacional. Los autoritarios que condujeron al poder, primero a Vivanco y luego a Castilla, pretendieron dirigir a la Nación por las sendas del progreso moral y material. Como condición indispensable propusieron constituir un verdadero gobierno, que no era la anarquía casi permanente de los primeros años republicanos, y Herrera en la cátedra tuvo que reflejar, aunque con individualidad superior e independencia, el parecer del alto medio social derivado de la aspiración del gobierno como necesidad primordial. Jorge Guillermo Leguía calificó severamente como "perniciosas" las prédicas encerradas en los discursos herrerianos, reconociendo que a pesar de todo "promovió una fecunda actividad mental".

Las doctrinas del Convictorio de San Carlos quedaron basadas en los conceptos de orden, disciplina, subordinación, respeto a la autoridad, y tradicionalismo contrarios a algunos prejuicios republicanos. En el movimiento de la "Restauración" que personificó Herrera y encarnó el Colegio Real de San Carlos, intervinieron también los que habían sufrido vejámenes de la revolución independentista y los que consideraban que la democracia no constituía entonces un progreso para el país.

Los liberales combaten, sin dar tregua, la obra educativa de Bartolomé Herrera con sus propias armas, tratando de atraer a la juventud. La acción docente de San Carlos, con un ceceo ingenioso, debía ser contrarrestada por otro centro de educación de igual mérito. Esta es la misión asignada al Colegio de Nuestra Señora de Guadalupe, entonces recientemente funda-

⁽¹⁰⁾ Angélica Palma. *Estudiantes de antaño*. Turismo, Junio 1957.

do en la década del cuarenta siglo diecinueve por el hacendado de Ica, don Domingo Elías y don Nicolás Rodrigo. Y resulta así como en esta contienda política en que se debate el país entre las dos tendencias antagónicas –conservadorismo y liberalismo– queda estimulado, en los campos de investigación y de la cultura, la marcha de ambos planteles que rivalizan en obtener el favor público, acrecentando cada vez más su prestigio académico.

Resulta apasionante y decisiva la hora que entonces vive el Perú a mediados del siglo diecinueve. Jorge Guillermo Leguía ha esculpido en frases marmóreas: San Carlos y Guadalupe marcan dos rumbos distintos en la vida nacional. San Carlos representa el orden; Guadalupe significa la libertad. San Carlos defiende la soberanía de la inteligencia. Guadalupe lucha por la igualdad de todos los ciudadanos. San Carlos constituye la tradición; Guadalupe, la renovación. La clerecía sostiene al uno, el otro es laicista. San Carlos es el pasado con todas sus oscuridades; Guadalupe es el porvenir con todas las esperanzas del futuro. San Carlos es aristocrático y Guadalupe popular. Rivales en esa época de vigorosa lucha, ambos constituyen dentro de las perspectivas históricas, la unidad espiritual del Perú naciente.

El 28 de julio de 1846, desde lo alto del púlpito de la Catedral de Lima, en presencia del Jefe del Estado y de su y de su séquito oficial, monseñor Bartolomé Herrera trazó descarnadamente, la línea divisoria entre el orden y el desorden, aconsejando, en vibrantes términos, la urgencia de imponer en el país un régimen político fuerte para mantener y garantizar el orden y la paz. Había utilizado antes el concepto metafórico del “amor a la patria” en el célebre discurso en las exequias del general Agustín Gamarra el 4 de enero del 1842. Concorde con sus ideas políticas, y figurando ya en el primer plano de la vida nacional, proyectaría Herrera más tarde al Perú la promulgación de una nueva Constitución política cuyos fundamentos serían la reelección presidencial indefinida con lo que tomó partido con las pretensiones de Castilla de permanecer en el poder; amplias facultades al Poder Ejecutivo; la negación de la ciudadanía a los soldados, marinos, policías, jornaleros y sirvientes; el restablecimiento de los diezmos eclesiásticos, y, la aplicación de la pena de muerte castigo capital. El ilusionismo de Herrera caló hondo en Castilla quien se propuso realizar una política de mejoramiento de la educación.

El liberalismo aceptó y reto y aprestó sus baterías para librar la lucha contra la ideología de los carolinos. Benito Laso intentó refutar los conceptos políticos de Herrera al establecer en la fuente suprema de la autori-

dad y quien la resistiera atentaba directamente contra la divinidad ⁽¹¹⁾. El debate llegó hasta el periodismo: Laso utilizó las páginas de "El Correo Peruano" y Herrera las de "El Comercio".

La rivalidad cada vez más ostensible, entre carolininos y guadalupanos se dejó sentir bien pronto. El Director de Guadalupe, doctor Sebastián Lorente, constituyó el adversario liberal y respetuoso del Rector del Convictorio, Monseñor Herrera. Cuando los quebrantos de su salud obligan al estudioso español a buscar cobijo bajo los climas tónicos y templados de la sierra, prosigue su obra Pedro Gálvez Egúsqüiza, oriundo de Cajamarca. Este obtiene en 1851 "resonante triunfo en la Convención Nacional inaugurada en 1856". Se declaren con valor oficial los estudios realizados en su plantel y que ese mismo año el Congreso expida una Resolución Legislativa asignándole algunas becas. Su obra la prosigue y acrecienta su hermano, don José Gálvez, quien desencadenada la lucha entre el Gobierno y la revolución, Guadalupe sufre las hostilidades y persecuciones consiguientes. Es nombrado director el doctor Juan Portal, a quien luego reemplaza el severo don Manuel Marcos Salazar.

Herrera estuvo en la dirección del Convictorio de San Carlos hasta el 6 de mayo de 1852, fecha en que viajó a Europa designado ministro plenipotenciario y enviado extraordinario del Perú en Roma para establecer las bases de un concordato, siendo reemplazado por el abogado limeño don Antonio Arenas.

Además de los cargos políticos que detentó Bartolomé Herrera, resulta además ser el artífice doctrinario del Código Civil que promulgó el presidente don José Rufino Echenique y Tristán y el sacerdote rubricó, como Ministro de Justicia, siendo el inspirador de su tónica conservadora. Igualmente intervino activamente en la dación del Código del Comercio de 1853, que es una "peruanización" de la ley española de 1829.

En abril de 1854, el Gobierno, en represalia contra el espíritu liberal de Guadalupe, elimina las becas concedidas anteriormente y dispone su adscripción al Colegio de San Carlos, bajo pretexto de que "la distribución de fondos no cumple la finalidad para la que fueron creados y que la Beneficencia que los proporcionó no estaba en condiciones de seguir haciéndolo". Discrepando de esta medida, el Director del Colegio de Nues-

⁽¹¹⁾ Bartolomé Herrera. *Escritos y discursos*. Lima, F. y E. Rosay, 1929-1934, pp. 14 y ss. Tomo I.

tra Señora de Guadalupe, don Juan Portal, realiza, a nombre del plantel, una exposición pública recordando su acción benéfica, abundando en que no existe desmedro económico con el otorgamiento de becas ni que se hay comprobado, ni mucho menos, que exista falta de orden o dilapidación de los fondos destinados a ellas. Agregaba "que Guadalupe continuará su misión docente a pesar de todos los obstáculos que se le opongan en el camino".

En el mes de mayo de ese mismo año ocurre un movimiento estudiantil en el Colegio de Guadalupe. El periódico "El Heraldo" condena esta actitud calificándola de "motín" y como "revoltosos" a los estudiantes. Los carolinos son opuestos a tales afirmaciones y explican su acción afirmando que "es la protesta de la inteligencia contra la insensatez". Las incidencias ocurrieron el 15 de mayo a las ocho de la mañana. Informaba el referido periódico que "esta desagradable ocurrencia, desorden que se puede calificar de asonada o tumulto, tomó cuerpo hasta el punto de temer una catástrofe. Pocos fueron los espíritus inquietos que la promovieron. El Vice - Rector y los profesores se unieron en la resolución de hacerse partícipes de las dificultades y peligros de la situación. A las 10 a.m., se presentó el intendente, a contener con autoridad y mano prudente a los alumnos, a los que al fin logró dominar. Luego el Rector ordenó a los colegiales salir junto con él para dirigirse a Palacio de Gobierno, con el objeto de entrevistarse con el señor Presidente de la República, siendo recibidos por su edecán y numeroso gentío. A la pregunta que hizo su Excelencia sobre la causa de este movimiento, respondió el Rector que era la consecuencia de llevar adelante el cumplimiento de algunos artículos del reglamento, a lo que el Presidente contestó, dirigiéndose a los alumnos: "Es preciso que aprendáis a obedecer, si más tarde queréis gobernar. Cuando en 1854, Domingo Elías revolucionó esta capital, estaba yo a las puertas del Colegio y algunos jóvenes hicieron algunas tentativas de desorden como ahora son los mismos que hoy están revolucionando la República".

Todavía bajo el predominio espiritual del conservador y como una nueva represalia contra el espíritu liberal de Guadalupe, quedó expedido el decreto supremo del 15 de abril de 1855 arrebatándole al plantel su carácter oficial y declarándolo empresa particular. El triunfo de la revolución encabezada por Ramón Castilla y Marquesado (1797-1867) reivindicó los fueros guadalupanos devolviéndole el valor oficial a sus estudios. El Perú vivió nuevos momentos con el fin de Echenique. Declina desde entonces el prestigio de San Carlos y su histórica rivalidad con Guadalupe culmina cuando en 1857 expide Castilla un reglamento destinando al Convictorio exclusivamente a la enseñanza superior e incorporándolo a

la Universidad de San Marcos ⁽¹²⁾. El Colegio de San Carlos y la Facultad de Jurisprudencia estructuraron entonces los estudios jurídicos en el ciclo de la cultura superior peruana. Años más tarde, durante el gobierno dictatorial del general Mariano Ignacio Prado Ochoa, quedaría reafirmada esta situación.

Actuando en órbitas distintas –la una correspondiente a la cultura universitaria y la otra a la instrucción media– desaparece así la tradicional rivalidad guadalupana-carolina en donde quedan conocidos los hechos, las figuras, los personajes decisivos del Perú, en el siglo XIX en el enfrentamiento con la realidad de una época de enorme desorientación, con un vigor extraordinario.

El Colegio de Nuestra Señora de Guadalupe continuó siendo un evidente signo de afirmación nacionalista. De sus claustros y de sus aulas emergen los soldados bravíos que forjaron, bajo el comando supremo del General Mariano Ignacio Prado Ochoa y la acción inmediata de José Gálvez, auténtica gloria del 2 de mayo de 1864. Años más tarde, en la hora infausta del dolor y de la adversidad de la guerra del Pacífico, los profesores y los estudiantes de Guadalupe formaron, con los universitarios, los batallones números 2 y 4, acudieron a los campos de batalla de San Juan y Miraflores y muchos de ellos quedaron inmolados en defensa de la Patria. Un guadalupano prócer, Leoncio Prado, quedó inmortalizado a la posteridad en Huamachuco. En la gloria como el infortunio, el espíritu del plantel supo identificarse con el espíritu del Perú.

Ocupada Lima por las tropas chilenas, el Colegio de Guadalupe abandonó el local ubicado en la Chacarilla, en el que había iniciado sus labores y se trasladó al recinto que ocupa la Cámara de Diputados. El profesor Manuel M. Salazar salvó el archivo del pillaje cuando los invasores incendiaron el Colegio. Dos años después, en 1883, el plantel, retornó a la casona de Chacarrilla. La trágica guerra y la ocupación habían concluido para ensombrecer nuestra república.

Es el Colegio de guadalupe la más genuina y reconfortante expresión de la democracia y de la nacionalidad. En sus aulas fraternizan, sin distinción de clases sociales ni de estatutos económicos, sin prejuicio étnico ni orgullos de casta, los jóvenes de todas las regiones de la Patria en un mismo anhelo y dentro de un idéntico fervor, compendio de la solidaridad

(12) "El Comercio". Lima, 24 de agosto de 1908.

peruana, crisol democrático donde son forjadas, pulen y robustecen la inteligencia que más tarde, ya en la plenitud de su madurez creadora, van a asumir la responsabilidad del progreso y de los destinos nacionales.

Tanto el Convictorio de San Carlos como el Colegio de Guadalupe constituyen expresiones de una promesa, una posibilidad abierta, una empresa que solo la muerte detiene o frustra. Fue la historia de lo que a veces llegó a ser el hombre peruano, que era esbozado en páginas estremecidas y estremecedoras.

NECROLÓGICA

EN SENTIDO RECUERDO DE GERMÁN J. BIDART CAMPOS

Ricardo Haro (*)

Un inesperado ataque cardíaco le produjo la muerte en el atardecer del viernes 3 de septiembre pasado a nuestro querido y entrañable amigo e ilustre Maestro del Derecho Constitucional, el Prof. Dr. Germán J. Bidart Campos.

Había nacido en la ciudad de Buenos Aires el 9 de diciembre de 1927, y poseedor de una marcada vocación por el Derecho, inició sus estudios recibiendo de abogado en 1949, para luego realizar estudios de postgrado en España y, más tarde, obtener el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en 1953, con una brillante tesis doctoral sobre "La democracia como forma de Estado". Ambos títulos los logró en la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA), en la cual pronto inició su larga carrera docente, transitando por todos los cargos del escalafón académico, llegando a ser Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos, hasta el año 1995, en el que fue laureado por la Universidad Nacional de Buenos Aires con el título y grado máximo de Profesor Emérito.

Ocupó asimismo diversos cargos en la conducción académica y, en tal sentido, se desempeñó durante numerosos años como Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Doctor Ambrosio L.

(*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Gioja", y por otra parte, entre los años 1962 y 1967, fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. (UCA), de la que fue también Vicerrector académico entre 1986 y 1990. Entre 1978 y 1996 ejerció la Dirección de la reconocida revista especializada "El Derecho" de dicha Universidad.

Atendiendo a su reconocida formación jurídica, fue designado con juez de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, tribunal que integró en diversas oportunidades en que fue convocado.

Desde joven aún, fue un investigador y un estudioso de muy amplio espectro, cuyos análisis, cuestionamientos y conclusiones en el Derecho Público fueron publicados en la extraordinaria cantidad de setenta (70) libros de su propia autoría y en más de tres mil quinientos artículos (3500) en revistas especializadas, tanto nacionales como extranjeras.

Por sus relevantes calidades académicas, fue designado Miembro de Número, tanto de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, como en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Reconocido jurista, fue laureado como profesor *honoris causa* por numerosas Universidades Nacionales y de Latinoamérica.

Más allá de estos datos biográficos y de sus antecedentes académicos, deseáramos profundizar más en la personalidad de Germán J. Bidart Campos.

Tenía una personalidad humana tan rica en talentos intelectuales, como en calidades humanas, pues en este sentido, Bidart Campos fue siempre el hombre bueno, notablemente cordial y afectuoso, con un permanente gozo por lo que hacía, con una facilidad excepcional para entablar una comunicación dialógica con el más joven estudiante, como con el más encumbrado profesor. Eso le permitió alcanzar un inusual grado de cariño por estudiantes y colegas. Su presencia en las aulas universitarias o en los Congresos y Seminarios, siempre despertaba la inmediata simpatía de sus interlocutores y cautivaba los auditorios en sus conferencias.

Pero en cuanto al "hombre real y concreto", "el hombre de carne y hueso" de que nos habla Miguel de Unamuno, no podemos dejar de mencionar una virtud que lo caracterizaba y planificaba las anteriores. Esa virtud era la de su profunda humildad, propia de los sabios y tan alejada de la soberbia y pedantería de los necios, que lo hacía mantener sus convicciones y sus posiciones, pero siempre con modestia y con una gran apertura hacia las ideas de los otros. Él que sabía tanto, escuchaba como aprendiendo, las reflexiones de sus alumnos!! Era plenamente consciente

de que, como dice Lacordaire, "El orgullo divide a los hombres, mientras que la humildad los une".

Asimismo, Germán J. Bidart Campos trasuntaba en toda su existencia una cosmovisión humanista y cristiana, porque creyó firmemente en el Hombre, como fundamento, sujeto y objeto de todo Derecho y de todo Estado, y en Dios Padre, como eje y centro vital que nutría todos sus comportamientos. Precisamente su penúltimo libro lo dedicó al estudio de la "Doctrina Social de la Iglesia y Derecho Constitucional".

Fue un verdadero intelectual, dotado de una inteligencia aguda, penetrante, lúcida. Vivió para el estudio, para la investigación, pero no se quedó en las especulaciones de "gabinete", sino que era un universitario comprometido con su prójimo, con la Sociedad y con el Estado, pues todo lo que pensó y escribió, lo hizo guiado por los ideales de ayudar a promover una sociedad más justa, donde los derechos humanos tuviesen la más plena vigencia, hasta superar los marginados, los desposeídos, los que no tienen nada y nada que perder.

Estudió, escribió y enseñó el Derecho Constitucional desde todas las perspectivas posibles e integradoras. No recordamos en nuestra historia académica argentina un caso similar de un jurista que abarque en la plenitud de su saber, tantas ramas y vertientes que alimentaban el caudal principal de su estudio. En realidad, en el Derecho Constitucional argentino, debemos hablar de un "antes" y un "después" de Germán Bidart Campos

Por ello es preciso destacar, solamente a título ejemplificativo y atendiendo a la cantidad de libros publicados, las siguientes obras: *I. Referidas al Derecho Constitucional*: 1) "Derecho Constitucional de la Libertad" (2 ts.); 2) "Derecho Constitucional del Poder" (2 ts.); 3) "Manual de Derecho Constitucional Argentino" para los alumnos en sus tres ediciones; 4) El "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino" en 5 ts., algunos con su segunda edición; 5) "Tratado Elemental de Derecho Constitucional "La Reforma Constitucional de 1994" T. VI; 6) "El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa"; 7) "Las Obligaciones en la Constitución Nacional"; 8) "La Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Garantías Constitucionales"; 9) "Derecho Constitucional Comparado" (2 ts.). *II. Referidas a la Ciencia Política*: 10) "Derecho Político"; 11) "Ciencia Política y Ciencia del Derecho Constitucional"; 12) "Las Élités Políticas"; 13) "El Régimen Político (De la Politeia a la República)"; 14) "Problemas Políticos del Siglo XX"; 15) "La Re-creación del Liberalismo (Política y D.C.)"; 16) "Los Valores de la Democracia". *III. Referidos a la Historia y Filosofía*: 17) "Historia e Ideología de la Constitución Argentina"; 18) "His-

toría Política y Constitucional Argentina (3 ts.); 19) "La Iglesia en la Historia"; 20) "Filosofía del Derecho Constitucional"; 21) "Marxismo y Derecho Constitucional" y 22) "Derecho Natural y Derecho Constitucional".

Para encarnar ese compromiso de servicio a la sociedad, adhirió a un estudio y aplicación "realista" del Derecho Constitucional, y a partir de las lecciones de su maestro Werner Goldschmidt, elaboró lo que se dio en llamar el "realismo jurídico" como método para el estudio del Derecho Constitucional, tanto desde la *normatividad*, como desde la *axiología y la realidad*. Sostenía que como ocurre siempre en el mundo jurídico, también en el Derecho Constitucional habremos encarar con tres órdenes íntimamente vinculados entre sí, pero diferenciables unos de otros: El *orden o sistema normativo*, el *orden de la realidad existencial* y el *orden axiológico de la justicia*.

Concluyendo ya, y recordando con profundo afecto la figura magistral del hombre, el jurista y el maestro, lamentamos y lloramos su muerte tan inesperada, tan súbita. Es inmenso el caudal enriquecedor con que alimentó a tantas generaciones de abogados y de universitarios, no sólo argentinos, sino de Europa y de toda Latinoamérica. Es maravilloso todo lo que nos enseñó con su maestría científica y su humanidad admirable, este gigante del Derecho Constitucional, tan humilde, tan bondadoso, tan pendiente de todos. Siempre estimulando, abriendo panoramas, marcando rumbos.

El mejor homenaje que le podemos brindar al amigo y maestro Germán J. Bidart Campos, es "encarnar" en nuestro diario vivir, todas las magníficas enseñanzas que nos brindó sobre esa "Arca de la Alianza" que es la Constitución, jugándonos en cada momento por la Libertad, la Justicia y la Solidaridad.

BIDART CAMPOS ^(*)

Francisco José del Solar ^(**)

Germán J. Bidart Campos, ilustre constitucionalista argentino, amigo entrañable del Perú, que fructificó jurídicamente los lazos de independencia y de defensa nacionales dejados por José de San Martín y Roque Sáenz Peña, falleció el 3 de septiembre pasado, en Buenos Aires.

Sin duda, Bidart partió a su reunión con Cristo plenamente satisfecho de haber cumplido con creces, una fructífera labor pluritemática, en bien del Derecho Constitucional argentino, peruano y latinoamericano, en general. Así, también, de todos los ciudadanos del mundo al erguirse como el más testarudo defensor de los derechos humanos.

Bidart conoció la realidad peruana por nuestro constitucionalista Domingo García Belaunde. Éste (al igual que el patriota peruano Ignacio Álvarez Thomas, quien en 1796 llegó a La Plata y en 1815 fue elegido Director Supremo de las Provincias Unidas) viajó a Buenos Aires y compartió sus conocimientos con la comunidad jurídica argentina y se ganó un merecido puesto dentro de ella, a la par que la amistad, sincera y profunda de Bidart, a quien conoció en 1975, en México.

El acercamiento intelectual y epistolar entre estos grandes juristas sirvió para que Bidart adoptara los problemas peruanos como si fueran suyos. Desde entonces, no escatimó esfuerzo para estar presente en cuanto

(*) "El Peruano", Lima, 20 de octubre de 2004.

(**) Periodista y abogado.

certamen constitucional organizáramos. No faltó a uno solo. Aportó con inmensa generosidad, ideas, planteamientos y conclusiones sumamente valiosas para nuestro desarrollo como Estado-Nación.

En este contexto, con la humildad y grandeza que le caracterizaba, Bidart brindó amistad y apoyo intelectual a cuantos le requerimos consejo. De ahí que, haciéndole justicia, la Pontificia Universidad Católica del Perú lo declaró Doctor *Honoris Causa* el año 2000. Y el destacado colega peruano José F. Palomino Manchego publicó un libro en homenaje a Bidart el año 2002. Asimismo, Palomino Manchego en un reciente y breve opúsculo, nos dio la infausta noticia que nos enluta con profundo dolor. Querido Germán, descansa en paz.

LOUIS FAVOREU. IN MEMORIAM

José Julio Fernández Rodríguez (*)

El fallecimiento del Prof. Dr. Dr. h. c. m. Louis Favoreu se ha sentido profundamente entre los iuspublicistas a nivel mundial. La deuda de gratitud que tenemos con su obra y persona es grande, de unas dimensiones que sólo seremos capaces de valorar en su exacta medida con el paso del tiempo. El luctuoso suceso tuvo lugar el 1º de septiembre de 2004, cuando el profesor contaba con 68 años de edad.

En las diversas ocasiones en las que tuve la fortuna de coincidir con el Prof. Favoreu, incluida una fructífera estancia de investigación en Aix-en-Provence, su trato siempre fue exquisito y amable, reflejo de un *savoir faire* encomiable, moldeado por su ejemplar dedicación al mundo académico. Generosidad y grandeza a un mismo tiempo que le han servido para revitalizar el constitucionalismo francés y europeo. Todo ello también se percibe en un *curriculum vitae* abrumador, del cual sólo destacamos lo que sigue: Decano (*Doyen*) de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Aix-Marseille, Rector (*Président*) de dicha Universidad, Presidente de la Asociación Francesa de Constitucionalistas, Director del *Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle*, Director de la colección "Derecho Público Positivo", Codirector de la *Revue française de droit constitutionnel*, Redactor Jefe

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional. de la Universidad de Santiago de Compostela (España)

del *Annuaire international de justice constitutionnel*, miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, condecoraciones diversas y doctorados *honoris causa* en universidades de la talla de Tubinga o Lovaina. Entre sus monografías encontramos títulos ya clásicos del Derecho europeo, como *Du déni de justice en droit public français*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *Les cours constitutionnelles* (en castellano, *Los tribunales constitucionales*, Civitas, Madrid, 1991), o *La politique saisie par le droit*. Títulos, en suma, de obligada consulta en nuestras investigaciones.

El gran prestigio que atesoró Louis Favoreu le sirvió para construir un destacado avance metodológico en los predios del Derecho Público Comparado y del Derecho Constitucional, al tiempo que convertía a su universidad en un centro de atracción para estudiosos de todo el planeta, dotándola de un congreso anual sobre justicia constitucional que ha marcado la evolución de la misma durante años. Firme defensor del carácter de Constitución como norma jurídica suprema de una sociedad democrática, sus posiciones se impusieron a las tradiciones interdisciplinarias de los publicistas galos, iniciadas en la segunda postguerra, para afianzar una rigurosa aproximación técnico-jurídica al fenómeno constitucional.

Sus trabajos nos recordarán para siempre, desde la elocuencia de su silencio, su figura, comprometida con el rigor intelectual y la honestidad científica. Todas estas cualidades son un ejemplo para las generaciones futuras, que encontrarán en su vida la grandeza de la dedicación universitaria y académica. Sirvan estas palabras de modesto homenaje a su persona, congratulándome de que se publiquen al otro lado del Atlántico en un país hermano como Perú, tan cercano también a las exigencias del Derecho Constitucional.

CRÓNICA

CRÓNICA DEL II ENCUENTRO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO Y SEMINARIO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL (*)

José F. Palomino Manchego (**)

SUMARIO: I. A manera de introducción. II. Breve recuento de la historia constitucional de Costa Rica y su presencia en las Cortes de Cádiz. III. Programa y desarrollo de la velada académica. IV. A modo de recapitulación.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Al cabo de 17 años he vuelto a la ciudad de San José, en esta ocasión para participar en el «II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional

(*) El desarrollo de la *Crónica del I Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (Rosario, Argentina, 21 y 22 de agosto de 2003) hemos dado cuenta en las columnas de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 1, Enero-Junio, México, D.F., 2004, págs. 305-310.

(**) Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima y de la Academia de la Magistratura. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Investigador visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Buenos Aires y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional» desarrollado durante los días 8 y 9 de julio de 2004, en homenaje a la Sala Constitucional – conocida coloquialmente como la Sala IV– de la República de Costa Rica, a propósito de haber cumplido 15 años de creación. La Sala en mención, que nace como producto de la Ley de reforma constitucional N° 7128 del 15 de junio de 1989, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, el Centro de Estudios y Capacitación Judicial de Centroamérica y Panamá y el Instituto Costarricense de Derecho Constitucional fueron los organizadores del evento internacional.

El contingente de profesores peruanos, al igual que en anteriores ocasiones, estuvo representada por Domingo García Belaunde e integrada por Ernesto Blume Fortini, Aníbal Quiroga León, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Joseph Campos, Dany Ramiro Chávez-López y el autor de estos folios. El Comité Organizador, a través de la Corte Suprema de Justicia, designó al Hotel Barceló Amón Plaza, para hospedar cómodamente a los expositores extranjeros. Enterado de nuestra presencia, hasta ahí llegó a saludarnos el iusfilósofo Enrique Pedro Haba (Berlín, 03-02-1934), con quien tuvimos un diálogo fructífero e intercambiamos últimas publicaciones. Es grato tener al frente a personalidades, sencillas pero de abundantes ideas, como es el profesor Haba.

Al mismo tiempo, comprobamos *in situ* que la ciudad San José, sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, había crecido mucho, pero siempre respetando su bello y agradable paisaje ecológico ¡Qué mejor ejemplo constituye el Parque Natural La Paz Waterfall Gardens, ubicado en Poás Volcano, con sus encantadores paisajes naturales, sus impresionantes cataratas, su fascinante observatorio de mariposas y una flora y fauna celosamente conservada! La fina deferencia de Hernández Valle y de su distinguida esposa contribuyeron para que los colegas extranjeros nos deleitemos con el capricho de la naturaleza *in vivo*. Con razón, hoy en día ya hay una corriente que empieza a hablar de la «Constitución ambiental» y de los principios rectores que la componen ⁽¹⁾. Costa Rica, ro-

⁽¹⁾ La Ley Orgánica del Ambiente N° 7554 de Costa Rica, en su artículo 2, apunta lo siguiente:

«Principios. Los principios que inspiran esta ley son los siguientes:

a) El ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación, con las excepciones que establezcan la Constitución Política, los convenios internacionales y las leyes. El Estado y los particulares deben participar en su conservación y utilización sostenibles, que son de utilidad pública e interés social.

deada de pequeñas islas, playas paradisíacas y de clima tropical lluvioso, es uno de los países privilegiados que tiene la más cotizada vegetación de la tierra.

II. BREVE RECUENTO DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA Y SU PRESENCIA EN LAS CORTES DE CÁDIZ

Ahora bien, Costa Rica –pequeña faja del Istmo Centroamericano– se independiza de España el 15 de setiembre de 1821, proclama que tuvo lugar en la ciudad de Guatemala. Y conforme recuerda Hernández Valle –sin obviar las fuentes foráneas como son la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787 y la Constitución de Cádiz de 1812– la historia constitucional de Costa Rica se divide en tres etapas bien marcadas:

- a) La etapa del ensayo (1821-1871) donde la inestabilidad política fue la regla y la estabilidad la excepción, período que dio como resultado la expedición de las constituciones de 1821 (Pacto de Concordia), 1823, 1824 (Constitución Federal Centroamericana), 1825 (Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica), 1841 (Ley de Bases y Garantías), 1844, 1847, 1848, 1859, 1869 y 1871 (fue el texto de mayor duración)⁽²⁾.
- b) La madurez constitucional (1871-1948) que dio nacimiento a la Constitución de 1917, de vida efímera (Constitución del General Federico Tinoco Granados).
- c) La Constitución vigente (desde 1949) con diversas reformas, especialmente, las de 1954, 1975 y 1989. Antes de seguir adelante, bueno será aclarar que en 1948 fue abolido el ejército, y como tal en Costa Rica las fuerzas armadas se reducen a la policía⁽³⁾.

b) Todos tienen derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para desarrollarse, así como el deber de conservarlo, según el artículo 50 de nuestra Constitución Política».

⁽²⁾ Cfr. Rubén Hernández Valle: «El sistema constitucional costarricense» en Domingo García Belaunde, Francisco Fernández Segado, Rubén Hernández Valle (Coordinadores), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, págs. 213-214 respectivamente. También puede verse Mario Alberto Jiménez Quesada: *Desarrollo constitucional de Costa Rica*, 4ª. edición, Editorial Juricentro, San José, 1992. Antecede Prólogo de Carlos José Gutiérrez.

⁽³⁾ Para mayor detalle, *vid.* Rubén Hernández Valle y Rafael Villegas Antillón: «El constitucionalismo costarricense en los últimos setenta años» en AA.VV., *El constitucionalismo en las postrimerías del Siglo XX*, t. III, UNAM, México, D.F., 1988, págs. 161-214.

De lo expuesto se desprende que la historia constitucional de Costa Rica, como observó en su día Adolfo Posada, «ha sido bastante accidentada»⁽⁴⁾, al igual que los otros Estados nacientes en América Latina.

Examinemos ahora la presencia de Costa Rica en las Cortes de Cádiz. En realidad, Costa Rica durante el Virreinato formó parte de la Capitanía General de Guatemala⁽⁵⁾, y estuvo representada por el canónigo y catedrático de geometría elemental y de filosofía Florencio del Castillo (1778-1834) en las Cortes doceañistas, en su condición de diputado propietario por la ciudad de Cartago, cargo que juró el 11 de julio de 1811 en el templo de San Felipe Neri. Tuvo una destacada participación en las diversas comisiones que se le encomendó, y especialmente cuando fue elegido, al igual que el limeño Vicente Morales y Duárez, Presidente de las Cortes, cargo que asumió el 24 de mayo de 1813. También se desempeñó como Secretario y Vicepresidente.

Su presencia y labor con treinta y tres años a costas en las Cortes gaditanas, se puede decir que, fue intensa. En especial, destacaron sus intervenciones cuando se discutió la proposición que él sustentó en defensa de la abolición de las mitas y de toda especie de servidumbre de los indios el día 21 de octubre de 1812. La ley abolicionista de la esclavitud de los indios fue votada el 9 de noviembre de 1812⁽⁶⁾. Encontrándose en Oaxaca (Estado de México durante la Nueva España) la muerte lo sorprendió el 26 de noviembre de 1834. Con ello, desapareció el más destacado defensor de los derechos de los indios en las Cortes liberales, donde sobresalió tanto por su contextura moral, por sus propuestas, como por sus discursos, llenos de humanidad y amor para aquellas gentes⁽⁷⁾. El 27 de octubre de 1971 sus restos fueron trasladados a Costa Rica.

⁽⁴⁾ Cfr. Adolfo Posada: *Instituciones políticas de los pueblos hispano-americanos*, Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1900, pág. 127.

⁽⁵⁾ Los Diputados titulares del Reino de Guatemala fueron Antonio Larrazábal y Arrivillanga, José Ignacio Ávila, José Francisco Morejón, Mariano Robles y José Antonio López de La Plata.

⁽⁶⁾ Para mayores datos explicativos, vid. Rafael María de Labra y Martínez: *Los presidentes americanos en las Cortes de Cádiz*, Imprenta de Manuel Álvarez Rodríguez, Cádiz, 1912, págs. 132-153. Hemos consultado la edición facsimil publicada por el Comité de asuntos editoriales de la Cámara de Diputados de la LIV Legislatura del H. Congreso de la Unión, México, D.F., 1989.

⁽⁷⁾ Cfr. María Teresa Berruero: *La participación americana en las Cortes de Cádiz (1810-1814)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pág. 200. Antecede Prólogo de José Luis Abellán.

Sin afán polémico, signifiquemos que la Constitución de Cádiz –ciudad catalogada como «cuna del periodismo político español» por Ramón Solís en su libro *El Cádiz de las Cortes*– constituyó una aspiración de los pueblos de América Latina que luego de haber sido los dominios de Ultramar de España adquirieron su carta de ciudadanía. En especial, se reconocieron sus derechos tales como la libertad de prensa, censurada hasta ese entonces, habiéndose consagrado en el artículo 371 de «La Pepa»: «Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes».

Y en lo que respecta a los diputados centroamericanos, conforme destaca Marina Volio, no fueron ajenos a la nueva identidad denominada *americanismo*, y mientras ardían en el debate parlamentario, el cuerpo sereno de la América hispana se agrietaba, y mientras en las Cortes los representantes buscaban fórmulas de entendimiento, allende el Atlántico había sonado la hora de la subversión⁽⁸⁾.

III. PROGRAMA Y DESARROLLO DE LA VELADA ACADÉMICA

A) *Día jueves 8 de julio de 2004*

Ante una crecida cifra de asistentes conformado por magistrados, abogados, profesores, alumnos y público en general el día 8 de julio siendo las 9:00 hrs. se dio inicio a la jornada académica en el cómodo auditorio del Poder Judicial. De acuerdo con el programa, previamente establecido, fue Rubén Hernández Valle –propulsor y coordinador eficiente del evento– quien dio el primer toque de clarín. Con las saluciones de rigor, manifestó su complacencia a todos los participantes por el hecho trascendente que en Costa Rica –como en efecto así ha sucedido, para lo cual nos remitimos a la extensa producción bibliográfica⁽⁹⁾– se ha llevado a cabo una «eclosión del Derecho Procesal Constitucional, rama novedosa adujo,

⁽⁸⁾ Cfr. Marina Volio: *Costa Rica en las Cortes de Cádiz*, Editorial Juricentro S.A., San José, 1980, pág. 194. Antecede Prólogo de Mario Hernández Sánchez-Barba.

⁽⁹⁾ Un comentario aparte merece la publicación periódica de la prestigiosa Revista Costarricense de Derecho Constitucional compuesta por las siguientes secciones: a) doctrina, b) legislación, c) jurisprudencia y d) comentarios, y que tiene como Director a Rubén Hernández Valle. A la fecha se han publicado los tomos I (2000), II (2001), III (2002), IV (2003) y V (2004). El tomo VI (2005) se halla en curso de publicación.

a raíz de la creación de la Sala Constitucional en 1989». Al final, Hernández Valle extendió, con palabras de generosidad sin igual, su agradecimiento a todos los colegas nacionales y extranjeros.

Acto seguido, se le cedió el uso de la palabra a Luis Fernando Solano Carrera, *a fuer*, Presidente de la Sala Constitucional de Costa Rica. Recordó que la Sala Constitucional ⁽¹⁰⁾ al cumplir 15 años de su creación ha estimado conveniente desarrollar la presente jornada académica de reflexión. ¡Qué mejor homenaje! Recordando a Mauro Capelletti, se refirió a la existencia hoy en día de los Tribunales Constitucionales, con lo cual la Justicia Constitucional ha cumplido a cabalidad su papel, luego de haber luchado contra los conceptos del Siglo XVIII. Inspirado en Peter Häberle, finalizó su intervención haciendo notar la marcha triunfal de la Justicia Constitucional en el mundo, y como consecuencia de ello, en Costa Rica la reforma constitucional más importante de la segunda mitad del Siglo XX ha sido la creación de la Sala Constitucional.

A continuación intervino Luis Paulino Mora Mora, en su condición de Presidente de la Corte Suprema de Costa Rica. Dio una calurosa bienvenida a todos los asistentes para después dar cuenta de las numerosísimas sentencias que durante 15 años ha pronunciado la Sala Constitucional de Costa Rica. De otro lado, recordó que estamos viviendo el fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, tomando como fundamento la idea de Constitución que fue planteada por Konrad Hesse, quien como se sabe ha sido maestro de Peter Häberle. Finalizó su intervención el magistrado supremo recordando a los autores de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, a saber, Rubén Hernández Valle y Néstor Pedro Sagüés, para quienes ha de tomarse en cuenta: a) el concepto de la supremacía constitucional en el Derecho Positivo, sin olvi-

Y por cierto, los libros AA.VV. *Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Homenaje al Dr. Rodolfo E. Piza Escalante* (Corte Interamericana, Sala Constitucional, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, San José, 2002) y AA.VV. *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante* (2 ts., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sala Constitucional, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 2003). Del título de estas dos obras se desprende el cariño y el aprecio permanente que se le guarda a Rodolfo E. Piza Escalante (1930-2002), quien fue recordado en el encuentro académico –mercedísimo homenaje– con emocionada gratitud, en especial por los colegas de Costa Rica.

⁽¹⁰⁾ Mayores datos explicativos sobre el origen y funcionamiento de la Sala se pueden ver en <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/>. La dirección del correo electrónico es sala-const-subscribe@yahoogrupos.com.mx.

dar a los valores superiores y *b*) el concepto del control de constitucionalidad, como controlador efectivo de las actividades públicas en defensa de los ciudadanos. Y como consecuencia de ello, tener que consolidar la Jurisdicción Constitucional.

Siendo las 9:30 hrs. se dio la lección inaugural –el público asistente estaba pendiente de escuchar sus pareceres– a cargo de Javier Jiménez Campo, Secretario del Tribunal Constitucional de España, cuyo tema a tratar fue «La relación entre los Tribunales Constitucionales y la jurisdicción internacional». Yendo al grano, Jiménez Campo, quien también es catedrático de Derecho Constitucional, sostuvo que los Tribunales Constitucionales en el ámbito europeo llevan a cabo su labor en el seno de una comunidad jurídica más amplia, o mejor dicho, en la «comunidad del lenguaje jurídico». Abogó que en Europa existen a nivel internacional los derechos humanos, y como tal, se deja notar un destronamiento de los Tribunales Constitucionales por los ámbitos de carácter supranacional: *a*) el Consejo de Europa a partir de la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) y *b*) la Unión Europea, ambas –añadía el catedrático español– coexistiendo una vez finalizada la II Gran Guerra, por eso es que son «hijas de la experiencia europea».

Después de un break, a las 10:45 hrs., las mesas redondas, 6 en total, empezaron a funcionar en estricto orden, y con una disciplina prusiana que pusieron de manifiesto los ponentes coordinadores, con el don de la ubicuidad, a todos los ponentes, a fin de no extenderse más allá de los 20 minutos, sin distingo alguno. Merece destacar que cada mesa de trabajo tenía un tema específico, el mismo que fue respetado por los jornalistas a la hora de las exposiciones.

En esa línea direccional, sin ánimo de confeccionar una crónica completa, antes bien, a título meramente indicativo, las mesas redondas empezaron a funcionar mediante equipos bien organizados, siendo agrupadas en 6 núcleos. Destaquemos a renglón seguido los temas que se abordaron en cada una de ellas ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Todas las ponencias se han publicado en un CD-Rom que fue distribuido al inicio del evento. De igual forma, el Presidente de la Sala Constitucional Luis Fernando Solano Carrera nos entregó un CD-Rom del libro: *La Sala Constitucional al alcance de todos*. Su contenido está pensado y dirigido al usuario cotidiano que necesita conocer los principios básicos de los procesos constitucionales y la forma de hacerlos valer ante la Jurisdicción Constitucional.

A) Primera mesa redonda

Tema: «Tipología de las sentencias constitucionales»

Ponente coordinador: Humberto Nogueira Alcalá (*Chile*) quien abordó el tema «Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América». Enseguida expusieron Paul Rueda Leal (*Costa Rica*): «Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad» y Víctor Bazán (*Argentina*): «Las omisiones inconstitucionales y su corrección a través de distintas técnicas normativas y modalidades de sentencias constitucionales».

El propio día 8, pero en horas de la tarde, siendo las 15:00 hrs., se reinició la jornada académica, luego de un merecido descanso.

B) Segunda mesa redonda

Tema: «Mecanismos de ejecución de las sentencias constitucionales»

Ponente coordinador: Domingo García Belaunde (*Perú*) cuyo tema de exposición fue «Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales». En ese orden, disertaron Hernán Olano García (*Colombia*): «Cumplimiento de los fallos constitucionales», Hugo Muñoz Quesada (*Costa Rica*), José F. Palomino Manchego (*Perú*): «La sentencia constitucional en los procesos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú» y Aníbal Quiroga León (*Perú*).

Era necesario hacer una breve estación para tomar un café e intercambiar publicaciones con los demás profesores tanto de Costa Rica como del extranjero. Está demostrado que los encuentros académicos, en gran medida, permiten acentuar el gratísimo compañerismo y ponernos al día de lo que sucede en el mundo académico: noticias nuevas, publicaciones recentísimas, próximos encuentros académicos, etc.

A las 16:45 hrs. se prosiguió con la sesión académica.

C) Tercera mesa redonda

Tema: «Legitimación activa y pasiva en la Jurisdicción Constitucional»

Ponente coordinador: Allan Brewer-Carías (*Venezuela*) quien sustentó en torno a «La legitimación activa ante la Jurisdicción Constitucional en Venezuela». A continuación, les cupo desarrollar sus ponencias respectivas a Ernesto Rey Cantor (*Colombia*): «Legitimación activa y legitimación pasiva», Alejandro Batalla Bonilla (*Costa Rica*), Ernesto Blume Fortini

(Perú): «El control de la constitucionalidad en el Perú» y Eduardo G. Esteva Gallicchio (Uruguay).

Bueno será subrayar que en horas de la noche, siendo las 19:30 hrs., la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional ofrecieron una extraordinaria recepción en el Salón de ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia. Fue un ambiente muy agradable donde los participantes y los representantes diplomáticos, entre ellos del Perú, que fueron también invitados, compartieron los saludos y la tertulia muy amena.

B) *Día viernes 9 de julio de 2004*

Por la mañana, siendo las 9:00 hrs. continuó la jornada académica.

A) *Cuarta mesa redonda*

Tema: «Poderes de Juez constitucional»

Ponente coordinador: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (*México*). En ese orden, pasaron luego a explicar sus ponencias Osvaldo Gozaíni (*Argentina*): «Funciones del Juez en los procesos constitucionales», Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (*Perú*): «El Juez constitucional en lucha por determinar su margen de acción y algunas reflexiones al respecto» y Boris Barrios (*Panamá*).

Siendo las 10:20 hrs., y antes de proseguir con el desarrollo de las mesas redondas, se abrió un paréntesis para llevarse a cabo la presentación de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, que a la fecha cuenta con los números: N° 1 (Enero-Junio 2004) y N° 2 (Julio-Diciembre 2004). Brindemos a continuación un resumen. En primer término, intervino Domingo García Belaunde –verdadero «revistólogo» y amante de las revistas jurídicas– quien manifestó que las revistas se adelantaban al tratado y al libro, dan noticias de primera mano, para lo cual hay que ubicarse en el tiempo y en el espacio. En su opinión, ello requiere un enorme esfuerzo por cuanto una revista jurídica es como una locomotora.

Hizo hincapié en la prolija *Crónica de la presentación de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, que había preparado el joven profesor mexicano, dueño de una gran calidad humana, José Alfonso Herrera García, a saber, Secretario del Consejo Editorial de la Revista en mención⁽¹²⁾. García Belaunde terminó su exposición reconociendo el

(12) *Vid.*, al respecto, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 2, Julio-Diciembre, México, D.F., 2004, págs. 333-342.

mérito de los directores de la Revista, Aníbal Quiroga León y Eduardo Ferrer Mac-Gregor quienes con ahínco han permitido darle prestancia a la nueva disciplina denominada Derecho Procesal Constitucional, ofreciendo la oportunidad a los cultores para que puedan difundir sus ideas desde un plano alturado y tolerante, como todo científico del Derecho, honesto y responsable, lo debe hacer.

A continuación, Néstor Pedro Sagüés se refirió en detalle a cada una de las dimensiones que tiene la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: *a) Doctrina, b) Análisis jurisprudencial, c) Apéndice legislativo, d) Varios y e) Reseñas bibliográficas.* Felicitó a los directores Quiroga León y Ferrer Mac-Gregor por la forma cómo han asumido la empresa. Producto de ello, sentenció que la continuidad, tarea difícilísima, está totalmente asegurada. Al final, destacó en líneas generales el empuje juvenil de los secretarios del Consejo Editorial de la Revista, es decir, Mariella Trujillo Württle y José Alfonso Herrera García.

La sesión se reinició a las 10:45 hrs., cumpliéndose así el horario programado.

B) Quinta mesa redonda

Tema: «La admisibilidad en los distintos procesos constitucionales»

Ponente coordinador: Rubén Hernández Valle (*Costa Rica*) a quien le tocó exponer «Los procesos de admisibilidad en los procesos constitucionales». En esa mira, le siguieron Ana Virginia Calzada (*Costa Rica*) y Hernán Salgado Pesantes (*Ecuador*).

En horario vespertino llegamos a la última sesión de trabajo, concretamente a las 15:00 hrs. Había expectativa entre los asistentes por escuchar los comentarios acerca de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica N° 7135, de parte de abogados, magistrados y académicos del referido país. Lo cual se hizo de manera amena, por cuanto se enfocó el tema desde diversos frentes, provocando animadísimos debates.

C) Sexta mesa redonda

Tema: «Debate sobre las reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional»

Ponente coordinador: Néstor Pedro Sagüés (*Argentina*). Luego se desarrollaron las intervenciones de Luis Fernando Solano Carrera (*Costa Rica*), Ernesto Jinesta Lobo (*Costa Rica*), Rodolfo E. Piza Rocafort (*Costa Rica*) y Marvin Carvajal Pérez (*Costa Rica*).

Siendo las 18:00 hrs. aproximadamente, la lección de clausura corrió a cargo de Giancarlo Rolla de la Universidad de Génova. El tema que sustentó fue: «Juicio de legitimidad constitucional en la vía incidental y tutela de los derechos fundamentales». No es la primera vez que Rolla se ocupa de estos menesteres. Con anterioridad, lo ha hecho de manera solviente apoyado en serias reflexiones, producto de las permanentes investigaciones que ha realizado, tal como lo atestigua su reciente libro *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*⁽¹³⁾ y los diversos artículos publicados en revistas especializadas españolas.

El profesor italiano esbozó su disertación sobre la base de siete grandes segmentos: 1) Las finalidades esenciales del proceso constitucional, 2) Hacia la convergencia progresiva de modelos originalmente contrapuestos, 3) La peculiaridad del control de la constitucionalidad en vía incidental, 4) Algunos institutos procesales aptos para favorecer la tutela concreta de los derechos fundamentales, 5) El control sobre la validez de la legislación anterior a la Constitución, 6) Técnicas y cláusulas de interpretación que favorecen, en los sistemas de justicia constitucional en vía incidental, una tutela concreta de los derechos fundamentales y 7) Consideraciones finales.

Las reflexiones finales a las que llegó Giancarlo Rolla demuestran a las claras, su talante de intelectual serio y preocupado por la problemática que ofrece el tema abordado:

- a) El siglo pasado se ha caracterizado por una amplia difusión de la justicia constitucional; y entre los motivos de tal desarrollo se debe tomar en consideración el hecho que la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático de Derecho a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales.
- b) La evolución de la justicia constitucional ha hecho que los sistemas, concretamente operantes en los diversos ordenamientos, corresponden siempre menos a las tradicionales históricas clasificaciones, las cuales están perdiendo su capacidad interpretativa de los procesos en acto. De ahí la oportunidad de introducir otras clasificaciones inspiradas en las diferentes finalidades del proceso constitucional.

⁽¹³⁾ En efecto, *vid.* Giancarlo Rolla: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 2002. Antecede un enjundioso Estudio introductorio a cargo de Miguel Carbonell.

- c) El juicio de legitimidad constitucional en vía incidental presenta aparentemente los caracteres de un proceso de Derecho Objetivo, cuyo fin es el de garantizar el interés del ordenamiento en la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, no se debe olvidar que el nexo particular que une la decisión del Tribunal Constitucional al juicio *a quo* a través del requisito de la relevancia, hace entrar en juego las posiciones subjetivas y los derechos que son objeto del proceso común.
- d) La discrecionalidad que los jueces constitucionales poseen según la interpretación y la aplicación de las reglas procesales atribuye al proceso en vía incidental una cierta flexibilidad, la cual consiente al Tribunal Constitucional reservar mayor atención a las posiciones subjetivas objeto del proceso *a quo*.
- e) La naturaleza subjetiva del proceso constitucional en vía incidental puede surgir también de la manera en que los diversos ordenamientos disciplinan la posibilidad de controlar las normas anteriores a la Constitución. Los procesos constituyentes codifican, en general, principios y valores alternativos a aquellos que conforman el ordenamiento anterior, y la ruptura política con el pasado requiere la plena preceptividad de las nuevas disposiciones constitucionales y la consiguiente posibilidad de controlar las leyes anteriores.
- f) El control de legitimidad constitucional en vía incidental opera muy bien si se instaura una relación de comunicación entre los jueces y el Tribunal Constitucional. Tal diálogo es favorecido por el desarrollo de las sentencias interpretativas, las cuales consienten hacer el juicio del Tribunal constitucional adherente a la situación concreta que ha originado el proceso constitucional.

También importa no olvidar que, una vez finalizada la jornada académica, la Sala Constitucional y el Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, siendo las 21:00 hrs., ofrecieron una cena a todos los participantes encontrándose entre los presentes la plana mayor del constitucionalismo iberoamericano en el Museo de Arte Costarricense, ubicado en el Parque Metropolitano La Sabana. Este detalle, sin olvidar la exquisita cortesía con que fuimos tratados por los organizadores, merece que redactemos algunas líneas.

En efecto, el edificio que alberga el museo con anterioridad fue el terminal del primer Aeropuerto Internacional de Costa Rica hasta 1955, año que se trasladó a su actual ubicación en Alejuela. Siendo Ministro de Cultura Guido Sáenz Gonzáles, se creó el museo de acuerdo con la Ley

Nº 6091, habiendo sido inaugurado oficialmente el 3 de mayo de 1978, y en 1986 se declaró de interés histórico y arquitectónico.

A los datos expuestos añadiremos uno más: el arte costarricense desde finales del siglo XIX se encuentra representado en el museo para el deleite de los visitantes. Las colecciones –sin olvidar la *cabeza monumental*/hecha con lava volcánica y que se encuentra a la entrada– que se exponen en cada una de las 10 salas en estricto orden y bien iluminadas, demuestran el grado de cultura humanista y creadora del pueblo de Costa Rica en el decurso de su historia.

IV. A MODO DE RECAPITULACIÓN

A la vista de lo sucedido, merece señalar ahora algunos comentarios marginales, ya que toda velada académica, tales como seminarios, simposios, cursos y encuentros como el presente, dejan siempre un mensaje y diversas enseñanzas. Ora, para seguir consolidando el desarrollo extraordinario del Derecho Procesal Constitucional, caro ideal que se viene cumpliendo debido al interés que pusieron de manifiesto de manera fecunda los asistentes, en especial a raíz del Código Procesal Constitucional del Perú, recientemente promulgado por la Ley Nº 28237, y que fue citado en diversas ocasiones por los expositores peruanos. Tanto al igual que sus fuentes de inspiración foráneas, en estricta justicia, el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán y la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica.

Meritísima función en sus respectivos países vienen cumpliendo las Salas Constitucionales autónomas que forman parte de la judicatura ordinaria (Poder Judicial): *a*) Honduras (1982, 2003), *b*) El Salvador (1983, 1991), *c*) Paraguay (1992), *d*) Nicaragua (1995), *e*) Venezuela (1999), sin olvidar a Costa Rica (1989) –verdadera línea modélica en la Jurisdicción Constitucional de América Latina– a la que ya hicimos alusión.

A nuestro juicio, el pensamiento apuntado para el próximo evento –el programa deberá estar previamente establecido y repartido– contribuirá de manera decisiva a la coordinación y unión de los cultores del Derecho Procesal Constitucional a través del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, cuyo Presidente Néstor Pedro Sagüés es garantía de organización y trabajo serio en el mundo académico, como lo demuestran sus publicaciones permanentes. Las influencias mutuas producto de las relaciones científicas contribuyen decididamente al campo del Derecho

Procesal Constitucional, que cada día viene ensanchando sus contenidos. Para lo cual, se debe seguir organizando encuentros de esta naturaleza.

Bien ha sentenciado Peter Häberle: ¡«No sólo la jurisdicción constitucional, *todos nosotros* somos, políticamente, “guardianes de la Constitución”!»⁽¹⁴⁾.

San José, agosto de 2004.

⁽¹⁴⁾ *Cfr.* Peter Häberle: «El Tribunal Constitucional como poder político», en *Revista de Estudios Políticos*, N° 125, Julio-Septiembre, Madrid, 2004, pág. 37. La traducción del alemán fue realizada por Joaquín Brage Camazano.

DOCUMENTOS

**DISCURSO DE DON NICOLÁS DE PIÉROLA EN EL
BANQUETE QUE LE OFRECIERON SUS
CORRELIGIONARIOS EL 5 DE ENERO DE 1908,
DÍA DE SU CUMPLEAÑOS, EN EL HOTEL "MAURY" (*)**

Señores y amigos míos:

El vivo y constante testimonio de vuestro personal afecto por mí, que habéis querido hacer público ahora, me penetra el corazón, y con intensi-

(*) El discurso de Piérola que aquí se publica, fue ampliamente difundido por el diario "La Prensa" de Lima, el lunes 6 de enero de 1908. Sus dos primeras páginas las dedican, en su totalidad, a reseñar el acontecimiento, a hacer un análisis del discurso de Piérola, a indicar que la presentación del acto estuvo a cargo del señor Pedro de Osma, y a describir, con mucho detalle, la lista de todos los asistentes y además la innumerable cantidad de congratulaciones por correo y telégrafo que había recibido Piérola, así como el inmenso gentío que lo acompañó, luego de terminado el banquete, a su casa en la calle El Milagro, muy cerca del Hotel Maury. El texto del discurso aparece con ligerísimos errores y además se indica entre paréntesis, cuando esto ocurre, los vítores o aplausos del público asistente, con lo cual da una descripción muy vivida de los acontecimientos. De toda la información proporcionada por "La Prensa", aquí solo transcribo el discurso, eliminando las referencias que hace el cronista sobre los aplausos o interrupciones al orador. Lo publicado por "La Prensa" lo he cotejado con la copia del texto original del discurso que tengo hace años en mi archivo personal, y que en vida me entregó mi tío Rafael Belaunde Diez-Canseco, fervoroso pierolista y muy cercano al Califa. Es evidente que Piérola preparó y redactó su discurso cuidadosamente, pero también que en su lectura añadió o quitó algunas palabras, que aquí se respetan. No obstante esto, ambas versiones son prácticamente idénticas, por lo que la referencia del diario es perfectamente fiel, pero en caso de duda, he recurrido a la copia que obra en mi poder. Lo que desconozco es si el discurso, que según Basadre es una de las piezas oratorias más significativas de Piérola, ha sido publicado como folleto o no,

dad tanto mayor, cuanto que en el fondo de ese afecto hay sentimiento mucho más alto, mucho más amplio, mucho más poderoso y duradero: el sincero amor a la patria.

Siéntome feliz en este recinto, que congrega espíritus varoniles y rectos. En medio de vosotros respiro ambiente de salud y de vida, porque es ambiente de verdad. Lejos, muy lejos, de esa atmósfera de mentira sistemada que está corroyendo las entrañas de la Nación, yo siento aquí palpitar, con el nuestro, el corazón del Perú.

Dejadme que os hable solamente de él.

Por el hecho grandioso de nuestra emancipación política, pasamos de improviso a la vida republicana, saliendo del régimen colonial, que a pesar de sus grandes merecimientos, era la peor escuela para ella.

En los pueblos que han de gobernarse por sí mismos, si sus miembros no cuidan de los comunes intereses, ¿quién habrá de curarse de ellos? Quedan necesariamente a merced de los audaces, ora empleen éstos la brutalidad de la fuerza, ora las alucinaciones del engaño; divididos en dos terribles campos: dominadores y dominados, con todos sus desastres.

Sin ciudadanos no hay República. Y no puede darse el nombre de tales sino a los que estén íntimamente penetrados de que el interés del individuo es solidario con el de los demás; de manera que todo ataque y todo servicio a la colectividad, es ataque o servicio necesario, inevitable, al interés de cada uno; que la ley honradamente cumplida, es condición de vida para todo pueblo; que sólo el imperio de la verdad y la justicia da fuerza, poder y prosperidad a las Naciones; que ningún pueblo alcanzó jamás otros bienes, que aquellos que por sí mismo supo conquistar y defender; que los indiferentes y los omisos son, el daño propio, los grandes cooperadores de la audacia dominadora, rebaño de insensatos o menguados destinado al sacrificio, historia apenas interrumpida por brevísimos intervalos en los pueblos hispano-americanos.

La fuerza irresistible de tales convicciones, en corazones heridos por el mal de la patria, que crecía sin esperanza de remedio, dio vida al Partido Demócrata, agrupación de hombres formados en la escuela del deber

aunque es probable que no lo haya sido, pues no existe hasta ahora un compendio de todos los textos de Piérola, si bien en su época tuvieron una gran difusión y son conocidos por los estudiosos del período (Domingo García Belaunde).

público, ajenos a toda concupiscencia, y resueltos a no economizar esfuerzo ni sacrificio de ningún género; agrupación que acometió conmigo, bien joven aún, la colosal tarea de hacer República, de formar ciudadanos.

¡La tarea ha sido ruda, pero no estéril!

Cuarenta años de vida nacional ha durado nuestra labor. Los millares de espíritus rectos y generosos que ha cobijado y cobija hoy la bandera Demócrata, los males que ha impedido o moderado, los bienes que ha conquistado para el Perú, los hombres que ha formado para la obra de la edificación nacional, responden de la verdad de aquella afirmación.

Invariable en su camino de salud pública, sirvió siempre de moderador o de estorbo a todos los desmanes de las audacias políticas.

El Partido Demócrata no tuvo jamás complacencias ni disimulaciones con la culpa: jamás llamó bueno a lo que juzgó malo. Sus miembros no se contaminaron nunca con las explotaciones fiscales, ni buscaron en el envilecimiento del favor, un lugar en el Presupuesto.

Pueden ser pasados en revista, sin excepción alguna, y yo lo proclamo bien alto, con íntima satisfacción en el alma; fuera del poder no han pedido sino a su brazo el sustento y el bienestar que asegura el trabajo, y en él han cumplido su deber con entera abnegación.

En el Partido Demócrata no caben ni especuladores ni logreros; no caben sino ciudadanos. Los que no se sienten tales, se marchan solos.

Conmigo a la cabeza y sin que le arredrara ninguna situación, por difícil que ella fuese, heroicamente empuñó más de una vez las armas; pero sólo cuando juzgó que una necesidad nacional se lo imponía, pero no en busca de medro ni de ventaja individual alguna, pero ni tampoco de dominación de los demás: luchó por la patria y para la patria.

Ahora que la historia está ya hecha y sin otro ánimo que sacar de ella lección dolorosa pero saludable, si la victoria hubiese premiado al patriótico esfuerzo demócrata en Arequipa o en Yacango, yo pregunto, señores: ¿Habría tenido el Perú la bancarrota, fuera; la miseria del billete fiscal inconvertible, dentro; la insensata guerra con Chile; la ruina y la mutilación nacional; el desastre...?

Por opuestos caminos no se llega al mismo término.

El Partido Demócrata ejerció el Poder, pero, únicamente para formar un régimen de orden, de rectitud y de justicia; porque lo tenemos proclamado muchos años ha:

“La educación no se hace sólo en el hogar y en los bancos de la escuela, sino y principalmente, en el grande y permanente escenario de la vida diaria. Si éste es de orden, de ley, de bien y de justicia, aún los que no traigan aquellos hábitos y aficiones, los cobrarán inevitablemente. Si es lo contrario, la obra penosa y lenta de la educación individual, caerá derribada, no resistiendo al imperio fatal de ese escenario, sino los espíritus muy preparados y excepcionalmente fuertes, extraordinarios, rarísimos. Los que parecen ufanarse por la educación del niño, cooperando al mismo tiempo al desorden político y social, se engañan a sí mismos o engañan a los demás. En todo caso, destruyen de un solo golpe y en grande escala, lo mismo que pretenden edificar en detal y poco a poco.”

Establecer ese medio ambiente de rectitud y de justicia para todos, hasta donde su acción pudo permitirlo, fue el empeño dominante del Partido Demócrata en el poder. Llegado a él en condiciones de ilimitada autoridad, sin ligaduras ni temores, puso en olvido completo la serie interminable de atropellos y desmanes sin nombre, de los que había sido objeto durante una serie de años. Estrechó en abrazo de concordia a la Nación, abrazo no calculado ni fingido, sino sincero, y no privando a éstos de lo que acordaba a aquéllos. Esforzándose por ennoblecer al ciudadano, dándole la conciencia de tal, y empujando a la Nación en rumbos nuevos, trajo para todos un sentimiento de alta dignidad y de bienestar moral y material no sentido hasta entonces.

Ni favores ni dádivas. La generosidad con lo ajeno, vicio inseparable de los gobiernos peruanos, quedó proscrita. Ni buscó otro título para las funciones públicas que las aptitudes de todo aquél en quien creyó encontrarlas. Pudo cometer yerros, pero yo puedo afirmarlo sobre mi conciencia: no practicó acto alguno, cuyo móvil fuese otro que el interés de la Nación.

Otros hombres lo sucedieron en el gobierno; y como día a día hiciesen tarea demoledora, volviendo con empeño a los viejos senderos, el Partido Demócrata, sin importarles de dónde venían ni cómo se llamaban, cumplió inflexible su deber de situarse en la oposición, en la que se halla todavía. La oposición a lo bueno es insensata y condenable, la oposición a lo que se juzgue malo, es deber de todo ciudadano.

No fatiga en la labor, que el deber señala sólo en la medida de las fuerzas de cada uno; no desaliento, que es enfermedad del ánimo; no indolencia cívica, que es torpeza y culpa; móvil más noble y de público provecho me aconsejó abstenerme de la acción política, confiando la jefatura

del Partido Demócrata a su Comité Directivo. Los hombres se van; los partidos no. Era útil entregarle toda entera la dirección de la marcha del Partido. Y a fe que no he hecho falta en ella.

Bajo su dirección, los demócratas, fieles a sus dogmas, permanecieron firmes y esforzados en el cumplimiento de su deber público; las enseñanzas demócratas no fueron por ellos olvidadas, ni se apartaron un punto de la senda trazada por sus nobles tradiciones. Sin odio por las personas, pero teniéndolo profundísimo por las cosas malas, hágalas quien las hiciere, sacaron el debate público del terreno personal, para emplear las armas de la razón y del convencimiento, con toda la incontrastable fuerza de aquélla, con toda la viril energía en éste.

En la tribuna y en la prensa, habéis dado, señores, honor al puesto que ocupáis; habéis llevado aliento y confianza al espíritu nacional, y en donde quiera que ha alcanzado vuestra acción, habéis dado enorme paso en la educación política de la República y demostrado, con la elocuencia de los hechos, que el Perú tiene ciudadanos.

Me siento orgulloso de vuestra acción lejos de mí. Los dolorosos vacíos que la segur del tiempo ha ido abriendo en nuestras filas, han tenido valiosos y numerosísimos reemplazos. Ni una sola de las raíces echadas en la masa nacional ha perdido vida. El que gana el sustento con su trabajo personal, sabe bien que, hoy como ayer, su hogar político es el nuestro.

En presencia de una tercera imposición presidencial, os habéis puesto en labor activa, para completar vuestro organismo, revisar a vuestros afiliados y alzar contra aquélla, enérgica protesta y resuelto combate.

Al Partido Liberal, tan gratamente para mí representado en este recinto, y cuyo deslinde político con el Demócrata no sería fácil establecer, corresponde el honor de haber sido el primero en asumir aquella actitud; actitud para la cual hay aún agrupaciones remisas, pero no disidentes, y que cuenta con el apoyo de todo espíritu digno y de recta voluntad.

He de repetirlo una vez más:

“La elección es la base sobre la que descansa, todo entero, nuestro edificio político. Falsearla en cualquier forma es, por lo mismo, minarlo desde sus cimientos, pervertir las instituciones, imposibilitar la ordenada y progresiva marcha del país, sustituir el imperio de la ley y del derecho por la opresión en los que mandan y la rebelión en los que obedecen; es atentar contra la vida nacional y el bienestar de los ciudadanos de la manera más grave y trascendente.

“Mientras la elección no tenga otro carácter que el de una farsa, la paz pública continuará no siendo otra cosa que un pasajero descanso entre dos sangrientos combates; no habrá ley ni autoridad respetable ni respetada, no quedará siquiera la posibilidad de que la república entre en camino de salud”.

Los Partidos Liberal y Demócrata tienen en sus manos el estandarte de la soberanía de la Nación, y lo tienen sin mancha que lo afee, porque no los anima el encumbramiento de un hombre: quieren a aquél que designe la voluntad nacional.

Hermosa situación, jamás vista antes, en la que ninguna ambición de hombre o de círculo, pretende nada para sí; en la que nada puede dividir al pueblo peruano. Sea designado quien quiera que él fuese, pero a condición de que lo sea en verdad, a condición de que el Perú tenga el gobierno que él quiera darse. Tal es vuestra aspiración y vuestra enseña, que yo bendigo de todo corazón.

Mantenedla resueltamente y habréis conquistado para la República el más grande de todos los bienes: la verdad de sus instituciones.

En la campaña de salud nacional abierta para la República, no me necesitáis al frente vuestro y es útil que no lo esté. No es menester añadirlo, porque lo sabéis bien, que no ha de faltarnos ni mi consejo, ni mi advertencia, ni mi acción entera, si el interés nacional la reclamase.

Permitidme ahora, señores y amigos míos, invitaros a levantar conmigo vuestras copas para beber a la salud de los liberales y demócratas de toda la República; a la de los ciudadanos de todos los matices que os presenten su patriótico concurso; a la salud también de los nobles huéspedes que cubren nuestro pabellón y que, amando de veras al Perú, os acompañan, estoy seguro de ello, con sus vivas simpatías.

¡Por todos ellos, señores!

NORMAS PARA LOS COLABORADORES DE LA «REVISTA PERUANA DE DERECHO PUBLICO»

- 1) Sólo se publicarán trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerán artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
- 2) Se recibirán artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
- 3) La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible, los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
- 4) La Revista sólo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idiomas extranjeros, podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
- 5) Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
- 6) Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posibles, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre de autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
- 7) Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un ejemplar, y de ser posible, un diskette word for windows, versiones 5, 6 o 7.
- 8) La dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
- 9) A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y 12 separatas.
- 10) El autor cuya colaboración haya sido publicada, se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original.

Notas

Esta Revista se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley
E-mail: grijley@terra.com.pe,
el día 31 de diciembre de 2004.

