



PRUDENTIA IURIS

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia
Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*

Mayo de 1993

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

Decano:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

CONSEJO DIRECTIVO

Por los Directores de Instituto, Departamentos y Cursos de Doctorados:

Dr. FRANCISCO ARIAS PELERANO y Dr. JUSTO LÓPEZ

Suplente:

Dr. SANTIAGO SINÓPOLI

Por los profesores titulares:

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,

Dr. JOAQUÍN R. LEDESMA

Suplentes:

Dr. OSCAR AMEAL, Dr. JOSÉ OCTAVIO CLARÍA, Dr. JULIO M. OJEA QUINTANA

Por los profesores protitulares y adjuntos:

Dr. ERNESTO B. POLOTTO

Suplente:

Dr. GERARDO DONATO

Secretario Académico :

Lic. ROBERTO EDUARDO ARAS

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

Director:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

Secretario de Redacción:

Dr. SANTIAGO M. SINÓPOLI

Junta asesora:

Monseñor Dr. NÉSTOR D. VILLA, DR. HUGO R. CARCAVALLO,
Dr. JUSTO LÓPEZ, Dr. JOAQUÍN RAFAEL LEDESMA, Dr. NÉSTOR P. SAGÜES,
Dr. JOSÉ O. CLARÍA, Dr. GERARDO DONATO, Dr. CARLOS STORNI.

PRUDENTIA IURIS
(JURISPRUDENCIA)

NUMERO XXXI

MAYO DE 1993

SUMARIO

Notas de la Redacción.	6
<i>Eloy Espinosa</i> : El tratamiento de la constitucionalidad en el Perú: Balance y perspectiva.	7
<i>Nestor Pedro Sagues</i> : El rol subsidiario de la acción de amparo	51
<i>Alberto B. Bianchi</i> : El certiorari before judgement o recurso per saltum en la Corte de los Estados Unidos.	57
<i>Sergio Dugo</i> : La trascendencia como casual de admisión del recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN).	77
<i>Narciso J. Lugones</i> : El recurso extraordinario interpuesto in forma pauperis.	87
<i>Santiago Mario Sinopoli</i> : El habeas corpus contra limitaciones a la libertad impuesta por la justicia militar.	93
<i>Francisco J. D'Albora</i> : El habeas corpus correctivo.	97
<i>Nestor O. Losa</i> : El habeas corpus y las autoridades municipales	105
<i>Susana Lima</i> : Algunas reflexiones sobre el Superior Tribunal de la Causa.	111
<i>Roberto O. Berizonce</i> : Las vias procesales potencialmente aptas para acceder a la decisión del Superior Tribunal Provincial.	119
<i>Tomás Hutchinson</i> : La acción de amparo y el contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires.	123
<i>Oswaldo Alfredo Gozaini</i> : El derecho procesal constitucional, hoy: contenidos	131
<i>Eduardo Oteiza</i> : Derecho procesal transaccional	137
Sección Ciencias Políticas	
<i>Sebastián Mocorra</i> : Los medios de comunicación de masas y la legitimidad de los gobernantes	143
<i>F. Arias Pellerano</i> : Finalización del marxismo	155
<i>Julio R. Lascano</i> : "El libertador: ilustrado guerrero cristiano ¿republicano o monárquico?	161
INFORME	
Instituto de Filosofía del Derecho y Derecho Natural de Rosario de Santa Fe - Nueve años de actividad-	169
NOTA BIBLIOGRÁFICA	
<i>Zarini, Helio Juan</i> , Derecho Constitucional. Astrea. 1992. 813 págs.	180

Registro Nac. de la Prop. Intelectual N° 83289. Queda hecho el depósito que previene la ley.

Durante los días 15 y 16 de octubre del año próximo pasado, nuestra Facultad organizó las *Segundas Jornadas de Derecho Procesal Constitucional*, junto con el auspicio de la Fundación para la Educación la Ciencia y la Cultura (FECIC); evento éste que fue declarado de Interés Nacional por el Ministerio de Justicia de la Nación.

A lo largo de las Jornadas expusieron más de treinta panelistas -entre los cuales se encontraban invitados especiales del Chile, Perú y Costa Rica- a un público conformado por doscientos veinte inscriptos, tratándose temas tales como: El Derecho Procesal Constitucional en la Actualidad, Habeas Corpus, Acción de Amparo, Recurso Extraordinario y Tribunales Constitucionales.

En virtud de esta interesante actividad académica, *Prudentia Iuris* ha querido aprovechar el material resultante de la misma y ponerlo a disposición de sus lectores. Por tal motivo este número de la revista está dedicado fundamentalmente a reflejar lo expuesto y debatido en las Jornadas que nos ocupan, mediante los distintos trabajos que nos hicieran llegar algunos de los panelistas.

También queremos comentar, que en esta edición de *Prudentia Iuris* incorporamos un informe sobre las actividades desplegadas por el *Instituto de Filosofía del Derecho y Derecho Natural de Rosario de Santa Fe* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UCA en Rosario. Entendemos que la colaboración de docentes y alumnos de esta querida Casa de Estudios, nos ayudará en el cumplimiento de los fines de nuestra Universidad Católica, de los cuales es menester recalcar que uno de ellos es:

"Promover por todos los medios adecuados, el progreso de las ciencias, contribuir al perfeccionamiento de sus métodos, ampliar el ámbito de sus conocimientos, formar grupos docentes competentes, multiplicar el número de calidad de las vocaciones intelectuales y estimular la intensificación de la cultura bajo el signo y la unidad integradora de la sabiduría cristiana.

La Redacción

EL TRATAMIENTO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ: BALANCE Y PERSPECTIVAS

“Si quienes han construido un edificio legislativo pudiesen al mismo tiempo dictar una ley ordinaria para derribarlo, ese orden constitucional sería una simplemente cuerda podrida”. Cronwell.

En estos últimos años, la preocupación por instituir mecanismos que dentro de las ciencias jurídicas pudieran asegurar el cumplimiento y efectividad de las normas supremas de cada país, ha venido convirtiéndose progresivamente en una situación más bien generalizada. Ello ha llevado a destacados juristas como Fix Zamudio a hablar ya no de la constitución de un Estado democrático y social, sino de la construcción de un “Estado de Justicia, a través del cual se busca consagrar los ideales que inspiran al nuevo Derecho Contemporáneo¹. El principio de la supremacía constitucional va paulatinamente abriéndose paso dentro de los ordenamientos jurídicos de estados ubicados en los más diversos lugares del planeta. Y este fenómeno va indudablemente aparejado a la institución de mecanismos que aseguran la protección de lo que con tanto trabajo (sobre todo en nuestros países latinoamericanos, donde la inestabilidad política y la falta de respeto a los derechos individuales y sociales han sido lamentablemente constantes históricas a lo largo de nuestra existencia como repúblicas) se ha podido conseguir.

En el Perú, tanto la clase política como los estudiosos del Derecho Constitucional, no han estado ajenos a este tipo de preocupaciones. Nuestro último texto constitucional de 1979 es una prueba palpable de ello. Es indudable percibir cómo ha existido la intención de fortalecer lo que, en términos de mismo Fix Zamudio² son, por un lado los medios protectores de la carta fundamental (ya sea los de carácter político, económico o social-jurídico) y por otro, las garantías constitucionales. En estos últimos mecanismos, las garantías constitucionales, cuyo papel es el de buscar reintegrar las normas constitucionales violadas en caso de que los medios de Defensa de la Constitución hayan sido rebasados por los titulares del poder, es que nuestra última Carta Magna consignó un avance que al aparecer iba a tener gran relevancia institucional dentro de nuestro país: la Constitución de un sistema de control de constitucionalidad concentrada a través de un Tribunal Constitucional al que se denominó Tribunal de Garantías Constitucionales,

¹ FIX ZAMUDIO citado por QUIROGA, Aníbal, en *La Justicia Constitucional* Revista Derecho. N° 41, Dic. 1987. p. 323.

² FIX ZAMUDIO citado por DANOS, Jorge y SOUZA, Martha en *El Control Jurisdiccional*.

complementado por algunas acciones de control difuso de la constitucionalidad a cargo de nuestro Poder Judicial, en lo que Domingo García Belaúnde ha denominado "un sistema dual de control de constitucionalidad".

Pero hoy, a casi trece años de este hecho, la perspectiva de los acontecimientos ha variado. Aquél fenómeno mundial de "surgimiento y notable desarrollo de la Jurisdicción Constitucional en los diversos países en los que ha sido incorporada" con un rol de "contribución al fortalecimiento y consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho basado en el respeto a la Constitución y a los valores democráticos hacia los que se encamina una Sociedad" al que hace referencia nuestro Centro de Estudios Constitucionales ³ en su proyecto de reforma del título V de nuestra Constitución publicado recientemente ⁴, no ha ocurrido en el Perú. Todo lo contrario. Incluso antes de la ruptura del orden constitucional ocurrida en abril de 1992, las críticas a la ineficiencia de nuestro modelo de control de constitucionalidad eran (y ahora, con mayor razón, continúan siendo) una posición generalizada. Nos hemos empeñado entonces en asumir la difícil tarea de intentar dar algunas luces a sobre el porqué de esta situación, al parecer contraria a lo que podría calificarse de un fenómeno internacionalmente generalizado, para posteriormente exponer una serie de propuestas que, modestamente, creemos puedan servir para solucionar la desalentadora situación actual. El desarrollo de este planteamiento nos lleva pues, primero a plantear un breve esbozo sobre cómo se trató el tema del control de la constitucionalidad de las normas en el Perú antes de 1979, para luego de presentar el modelo consagrado en nuestra última Carga Magna, hacer un balance del funcionamiento del sistema lo más objetivo posible y plantear las sugerencias que sobre este punto se ha venido trabajando, consignando nuestra opinión al respecto. Esperemos estar a la altura del desafío asumido.

³ Instancia conformada por algunos de los más destacados constitucionalistas de nuestro país, dedicada al estudio y difusión de los conceptos e instituciones más relevantes de esta rama del Derecho.

⁴ CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES - Proyecto de Reforma del Título V de la Constitución. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 8. Lima, Comisión Andina de Juristas, junio 1992, p.255.

EL TRATAMIENTO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN EN EL PERÚ ANTES DE 1979

En nuestro país, siguiendo el criterio expresado entre otros autores por Jorge Danós y Martha Sousa en su importante trabajo al respecto⁵, podemos señalar que ha existido siempre una preocupación plasmada en diversa forma en nuestros diversos textos constitucionales por ciertos hechos que podríamos vincular al control de la constitucionalidad en un verdadero sistema de Justicia Constitucional.

En nuestras primeras constituciones (las de 1823, 1828 y 1834) se puede apreciar una reiterada preocupación por incluir en el articulado de nuestras Cartas Magnas de aquel entonces, la facultad de vigilar el respeto al texto y contenidos de dichas Constituciones, siendo ésta labor encomendada al Poder Legislativo, indiscutible detentador de la soberanía nacional y recipiendario más auténtico de las diferentes corrientes de opinión a nivel popular. Se puede encontrar aquí algunos rasgos de lo que podríamos llamar un control de constitucionalidad de corte político, aunque asistemáticamente planteado y, la mayoría de las veces, limitadamente ejercido.

Es recién en el Texto de la Constitución liberal de 1856 a través de su Art. 10º que dice a la letra: "Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución" que podemos encontrar por primera vez expresado, aunque en sentido negativo, el principio de supremacía constitucional. Ahora, al no reglamentarse el ejercicio de este artículo constitucional ni tener significativa vigencia el texto constitucional antes mencionado, (fue derogado en 1860) la existencia de esta disposición legal no vino acompañada del establecimiento del sistema de control constitucional.

La institución de la Acción de Habeas Corpus, incluida en nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley del 21 de octubre de 1897 como forma de reglamentar el artículo 18º de la entonces vigente Constitución de 1860 (referido a la defensa de la libertad corporal individual), se convirtió sobre todo a partir de 1920, como bien anota García Belaúnde, en el canal por el cual tímidamente se ejercieron algunas pautas de control difuso de constitucionalidad.

Esto queda reflejado en resoluciones como la planteada al Habeas Corpus interpuesto por Cecilia Althaus de Pardo el 6 de agosto de 1920. La sentencia respectiva señalaba que: "*A la ley suprema fundamental se encuentran fatalmente subordinadas todas las demás, siempre secundarias (...)* Aún la soberanía del Congreso para el ejercicio de sus funciones legislativas está sujeta a sus preceptos, cuyas reformas requieren la intervención de 2 legislaturas (...) Si bien la Corte Suprema no tiene la facultad de observar las leyes anticonstitucionales, al ejercer jurisdicción en asuntos contenciosos no puede menos que apreciar, lo mismo que los Tribunales inferiores, el alcance infractorio de las declaraciones

⁵ DANOS Y SOUZA. Op. cit., p. 287. Cabe señalar que ambos autores consignan a autores como M. Antonio Zárate Polo como precursores de esta perspectiva que ellos desarrollan cabalmente. Una orientación muy similar a la empleada por Jorge Danós y Martha Souza ha sido también planteada por muchos otros constitucionalistas en nuestro país.

de la Carga que impusiere alguna ley común o de excepción (...) *En la administración de justicia carecen de aplicación las leyes anticonstitucionales*".

En la práctica, el Habeas Corpus fue durante mucho tiempo el principal mecanismo de control de constitucionalidad de normas en el Perú. El mismo García Belaúnde en su exhaustivo estudio sobre el Habeas Corpus⁶, señala que de las 213 ejecutorias de Habeas Corpus que analizó, más o menos un 25% de ellas buscaban impugnar normas.

En 1923, la Comisión Reformadora del Código Civil propuso también elaborar una fórmula que facultase a los jueces a desaplicar normas institucionales bajo las pautas del Sistema Americano. Aquí encontramos el germen de lo que se plasmará posteriormente como parte del Código Civil de 1936, más precisamente en el Art. XXII de su Título Preliminar, donde se señalaba que: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera".

El Anteproyecto de Constitución de 1931, planteado por una comisión de destacados juristas encabezada por Manuel Vicente Villarán (para muchos con un contenido jurídico superior al que posteriormente alcanzó la Constitución de 1933) proponía un control difuso de la constitucionalidad con la posibilidad de revisión por la Corte Suprema en última instancia, en los siguientes términos:

"Los jueces y tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, no aplicarán las leyes contrarias a la Constitución las sentencias de 1era. instancia que declaren que una ley se opone a la Constitución se elevarán en consulta a la Corte Superior, si no hubiere apelación, en la forma ordinaria.

Las sentencias de segunda instancia dictadas en consulta o en apelación, que declaren que una ley se opone a la Constitución, se elevarán en consulta a la Corte Suprema, si no se interpusiera recurso de nulidad.

Estas consultas se someterán a la Corte Suprema en pleno. Igualmente se someterán en consulta a la Corte Suprema en pleno, las cuestiones sobre anticonstitucionalidad de una ley que se originen en la sala respectiva al conocer de los recursos o juicios que son competencia ordinaria de la Corte Suprema. En todas estas consultas se requerirá el voto de las dos terceras partes del pleno de la Corte Suprema para que se declare la anticonstitucionalidad de una ley. Esta declaración regirá exclusivamente para el caso particular en el cual haya sido dictada.

Los jueces y tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquiera otra autoridad, contrarios a la Constitución o a las leyes".

La Constitución de 1933 finalmente no recogerá esta propuesta, pero va a preveer alguna forma de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas emanadas por el Ejecutivo a través de la acción popular, reglamentada a posteriori por los Artículos 7º y 8º de la ley orgánica del Poder Judicial vigente en aquella época.

Luego de este desarrollo histórico, que nos demuestra como antes de la dación de

⁶ GARCÍA BELAUNDE, *El Habeas Corpus en el Perú*.

nuestro último Texto Constitucional existían hasta tres medios para el control de constitucionalidad, cabría preguntarse el porqué de la preocupación de algunos constituyentes de 1978-1979 por dejar un sistema de control de constitucionalidad difuso y pasar a uno concentrado. La razón es muy simple: el pobre ejercicio de los jueces (tanto cuantitativa como cualitativamente), de su facultad de controlar la constitucionalidad de las normas involucradas con los casos que fueron puestos a su cargo.

Javier Valle Riestra, destacado constitucionalista y entusiasta promotor del Tribunal Constitucional durante la Asamblea Constituyente de 1978-1979, hace en su libro "El Tribunal de Garantías Constitucionales: el caso de los votos..." una relación de casos que ejemplifican (a pesar de valiosos fallos judiciales que son las excepciones que confirman la regla) la falta de voluntad del Poder Judicial para ejercer el control constitucional de las leyes. Así, por ejemplo, está la resolución del 16 de agosto de 1935, en donde los Tribunales señalan que no ha lugar al Habeas Corpus planteado por Luis Antonio Eguiguren, en el cual el señor Eguiguren invoca la preeminencia de la Constitución frente al cierre de su diario "Ahora", porque "el Parlamento dio voto de confianza al Ministro que clausuró dicho periódico". Pero éste no es el único precedente en ese sentido: en 1950, cuando Felipe Barreda invoca la preeminencia de la Constitución frente a la multa impuesta al diario "La República" (consecuencia de la aplicación de la Ley de Seguridad Interior impuesta por la dictadura de aquella época), la Corte señala que no cabe el Habeas Corpus ni declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior, porque en el Perú "la Cortes no tienen la facultad de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes". Muy lejana está la resolución que acabamos de mencionar de aquel fallo jurisdiccional que siete años después, el 27 de diciembre de 1957, emitiera la Corte Suprema Argentina frente a aquel caso en que el ciudadano Ángel Siri, director propietario de una imprenta y del periódico "Mercedes", reclamase por la clausura de su periódico realizada en enero de 1956. A pesar de que el Juez y la Cámara Federal de Apelaciones que vieron el caso denegaron su pedido, señalando que ese recurso no existía en la Constitución, la Corte Suprema de aquel entonces (quien conoció el caso vía recurso extraordinario) luego de constatar *in situ* la afectación de los derechos constitucionales de libertad de imprenta y de trabajo invocados por el accionante, resolvió amparar el requerimiento planteado señalando que:

(...) "basta esta comprobación inmediata (...) para que la garantía invocada sea restablecida en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la constitución, independientemente de las leyes reglamentarias; la Constitución contiene derechos y garantías que deben ser aplicados por los jueces sin alterar ni debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de sus textos"⁷.

⁷ VALLE RIESTRA, Javier: *El Tribunal de Garantías Constitucionales: El Caso de los Votos Nulos y Blancos*, Lima. Labrusa, 1986, p.9-10.

⁸ SAGUES, Néstor Pedro: *Acción de Amparo*, Bs. As., Astrea, 1988.

BIDART CAMPOS, Germán: *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Bs. As., Edial, 1985, p.437.

Pero emitir una sentencia de este tipo que, además de significar la creación jurisprudencial del Amparo, nos importa fundamentalmente como fórmula que consagra el principio de Supremacía Constitucional y la posibilidad jurisdiccional de hacer viable un control difuso de la constitucionalidad a pesar de las limitaciones del marco legal en que está inmerso, (cosa que en su momento ya había hecho la Suprema Corte de los Estados Unidos a través del célebre caso *Marbury vs. Madison*⁹, fue impensable en nuestro país. Como corroboración de esta afirmación, señalaremos otras resoluciones más como la que en 1956 se emitió frente al Habeas Corpus planteado por Luis Bedoya en la cual se invocaba la preeminencia de la Constitución frente a aquellas normas que impidían el regreso de José Luis Bustamante y Rivero, presidente derrocado por la dictadura de Odría, al Perú. El fallo de marras señalaba que “no estando el Tribunal facultado para derogar leyes vigentes, ni para discutir la constitucionalidad de sus disposiciones, el Habeas Corpus no prospera; además, porque el regreso de Bustamante y Rivero provocaría una serie de delitos” (sic). Ni siquiera comentario alguno merecen ciertos fallos denegatorios basados en pretextos como la no presentación del original de partida de matrimonio o la no prestación de no ser reo rematado por el exiliado (caso Idiáquez); ni aquellas resoluciones judiciales emitidas durante el autodenominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980) en las que se decía que “la Constitución no puede ser incompatible con el Estatuto del Gobierno Revolucionario” o que “los Decretos-Leyes dados por el Gobierno Revolucionario, que de hecho ha asumido funciones legislativas, no son normas que puedan verse a la luz de la constitucionalidad”. Por otro lado, el empleado por la Acción Popular hasta 1979 fue por decir lo menos poco frecuente y creativo.

Un comportamiento reiterado del Poder Judicial en este sentido al que Eguiguren denomina “pasivo, formalista, falto de creatividad jurídica y sumiso al poder político” es el que explica la opción del constituyente a la hora de delinear los mecanismos necesarios para el control constitucional. Si como bien dice Benites¹⁰, “nuestra Corte Suprema jamás tuvo la facultad de inconstitucionalizar leyes” concordamos también con él cuando señala que “nunca intentó autofabricarse pretorianamente ese poder. Al contrario: lo rehuyó” y no por mala intención. Por ello, a continuación consignamos un texto de Aníbal Quiroga que bien puede explicar las múltiples razones, aparte de las ya expuestas, que llevaron a que la mayoría de los jueces en nuestro país tuvieran un desempeño tan deslucido en

⁹ El caso es tan conocido dentro del Derecho Constitucional que no vamos a entrar en detalles al respecto; solo para hacer nuestra la afirmación del destacado jurista peruano Domingo García Belaúnde, cuando en su ensayo incluido en el libro compilado por Aníbal Quiroga, *Sobre la jurisdicción Constitucional* señala que “*Bien es sabido que el móvil que llevó a Marshall a tal declaración, fue netamente político, pues de esa manera evitó un enfrentamiento frontal como el nuevo presidente Jefferson. Pero eso no le impidió dar tal descomunal salto y crear una institución que por encima de diversas vicisitudes (...) se ha afirmado como un órgano de importancia vital para el pueblo norteamericano*”. Sobre la Jurisdicción Constitucional, Lima, Fondo Editorial, PUC, 1990, p. 42.

¹⁰ BENITES, Heriberto: Prólogo al libro de VALLE RIESTRA, Javier: *El Tribunal de Garantías Constitucionales: El caso de los Votos Nulos y Blancos*, Lima, Labrusa, 1986 p.VII.

materia de control de constitucionalidad: "(...) porque el sistema judicial ordinario en el Perú no ha ejercido debida y adecuadamente la facultad del control de la constitucionalidad (...) No es tampoco por defecto de la norma legal positiva o constitucional, que como hemos visto es por demás clara y completa. Tampoco lo es por ausencia de real independencia frente al poder. Lo es, en mucho, por una evidente falta de percepción histórica del rol del juez en el Perú, por un claro defecto de conciencia del papel controlador de la constitucionalidad -y del poder político, por ende- y por una notoria ausencia de bondad jurídica en sus agentes, que sólo la capacitación y la mejor selección pueden subsanar.

La timidez frente al poder, la ausencia de una definición clara y valiente de su propio rol y la inexistencia de una verdadera preparación y capacitación judicial han contribuido, en mucho, para esta situación que es de lamentar muy de veras".

EL MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1979

A - La discusión en la Constituyente.

En los estertores del régimen dictatorial más largo de nuestra historia (doce años, siete con Velasco y cinco con Morales Bermúdez) y bajo la presión de importantes sectores sociales, el presidente de facto de aquel entonces, el General Francisco Morales Bermúdez, convoca a una Asamblea constituyente como un primer paso dentro de un proceso de retorno del poder a la civildad. No viene al caso detallar aquí las implicancias de dicho momento histórico dentro de la vida republicana de nuestro país, pero si cabe señalar que dicho contexto socio-político explica la predisposición del constituyente de 1979, por consagrar dentro de la Carta Magna, entonces en elaboración, una amplia relación de derechos y garantías protectoras del ciudadano, tanto a nivel individual como en su ejercicio de vida en comunidad.

Esta situación demandaba entonces, como bien anota Francisco Eguiguren¹¹ "el diseño de un sistema de jurisdicción constitucional destinado a preservar la supremacía de la Constitución y de los derechos recogidos en ella". Y en el contexto descrito en un punto anterior de este trabajo (revisar por ello lo expuesto bajo el Título "El Tratamiento del control de la constitucionalidad en el Perú antes de 1979") era muy difícil que dicha labor pudiera ser desempeñada por los miembros del Poder Judicial de aquel entonces.

Javier Valle Riestra, tal vez el más versado constituyente en materia de Justicia Constitucional¹², haciendo un recuento de muchos de los puntos que ya hemos desarro-

¹¹ EGUIGUREN, Francisco: *Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 8*. Lima, CAJ, p.17.

¹² No hacemos en este trabajo ninguna distinción entre los conceptos de justicia y jurisdicción constitucional, a pesar de que somos conocedores de la importante discusión que en nuestro medio existe al respecto. Para mayor detalle, sobre este punto, revisar el sobresaliente ensayo elaborado por Domingo García Belaúnde: *Sobre la Jurisdicción Constitucional* e incluido en el libro compilado por Aníbal Quiroga *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Lima, Fondo Editorial PUC, 1990, p.30-31.

llado, señalaba entonces que: "es sumamente difícil pedirle [al juez] que le diga a un poder usurpador, que tal norma legal está reñida con la Constitución [...]; la tarea de defender la Constitución debe estar a cargo de gente de probada trayectoria democrática [...] pero aquí a los jueces se les ha entrenado en la politicidad y se les ha entrenado en la obsecuencia"¹³.

Haciendo a continuación una referencia a la tristemente célebre anécdota de la Corte Suprema peruana y su, por llamarlo de alguna forma "opción por la quincena" luego del golpe de estado de Oscar R. Benavides contra Billinghurst en 1914 (¹⁴) señalar que: "El juez es prisionero de un sistema; vamos a crear otro sistema a cargo de un juez no profesional para que éste se encargue de inconstitucionalizar las leyes, sin ningún riesgo para su persona"¹⁵.

El tema de Control Constitucional de las normas fue abordado por dos comisiones: la de Derechos y Deberes Fundamentales-Garantías; y la de Poderes del Estado-Poder Judicial. Ambas habían optado por implementar un control de constitucionalidad de las normas con efectos generales anulatorios, pero manejaban diferentes criterios acerca del órgano que debía estar a cargo de dicha función: para unos, una Sala Constitucional de la Corte Suprema; para otros, un Tribunal Constitucional. Es indudable que los argumentos esgrimidos fundamentalmente por Valle Riestra llevaron a la Comisión Principal de la Constituyente a optar por esta segunda posición ¹⁶.

En la 22ª Sesión de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente (miércoles 14 de febrero de 1979), Valle Riestra presenta su propuesta al Tribunal Constitucional para el Perú, al cual, recogiendo el espíritu del Tribunal Constitucional Español anterior al franquismo, denominó Tribunal de Garantías Constitucionales.

En la propuesta original presentada a la Comisión Principal, el Tribunal de Garantías Constitucionales era una instancia compuesta por doce miembros: dos designados por la

¹³ VALLE RIESTRA, Javier. Op. cit., p.13.

¹⁴ Cuenta la anécdota en cuestión que el 4 de febrero de 1914 cuando se reúnen los magistrados de aquel entonces en *Sala Plena* para contemplar la actitud que asumiría el Supremo Tribunal frente a Benavidez, se escuchaban altisonantes discursos de defensa de la democracia y rechazo al dictador. Luego de haberse acordado no marchar a Palacio de Gobierno para realizar un besamanos que legitime al presidente de Facto, el Vocal más antiguo -que hasta ese momento se había mantenido en silencio- pide la palabra y dice: "Señor Presidente: Todo esto está muy bien pero, quién nos paga la próxima quincena" Continúa la anécdota de marras diciendo que luego de esa profunda reflexión, los Supremos de aquel entonces revocaron su decisión anterior y asistieron a saludar al dictador. En lo personal opino que, de ser cierta esta anécdota, en ninguna medida mella la imagen de gran cantidad de magistrados probos, capaces e independientes que a lo largo de su historia también ha tenido nuestro Poder Judicial.

¹⁵ VALLE RIESTRA, Javier. Op. cit., p.16.

¹⁶ La información que a continuación detallamos ha sido extraída del Diario de Debates de la Asamblea Constituyente, así como de los artículos de Francisco Eguiguren y el elaborado conjuntamente entre Jorge Danós y Martha Souza. Ambos artículos ya han sido citados a lo largo de este trabajo.

Federación Nacional de Colegios de Abogados, dos por el Consejo de la Magistratura (instancia creada por la Constitución de 1979 en reemplazo del pre-existente Consejo Nacional de Justicia y cuya función más relevante es la de proponer ternas de candidatos para la posterior elección de los Magistrados de la Corte Suprema y las Cortes Superiores), dos por el Senado, dos por la Cámara de Diputados, dos por la Sala Plena de la Corte Suprema y dos por las Facultades de Derecho del país. Los miembros de dicho tribunal debían cumplir con los mismos requisitos exigidos para ser Vocal de la Corte Suprema (peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de 50 años, etc.) pero resaltándose la necesidad de que fueran abogados de destacada trayectoria sobre todo en la defensa de los Derechos Humanos ¹⁷.

Las competencias propuestas para dicho tribunal eran, en líneas generales, las siguientes:

1. Declarar la anticonstitucionalidad de leyes y resoluciones del Congreso; decretos, reglamentos y resoluciones del Poder Ejecutivo y demás entes públicos.
2. Declarar en vía de casación, la inconstitucionalidad de las resoluciones denegatorias de las resoluciones judiciales definitivas, a solicitud del "Fiscal General de la Nación".
3. Conocer, en vía de apelación, las resoluciones denegatorias o de acciones de Habeas Corpus y Amparo expedidas por las Cortes Superiores, donde proponía se iniciaran estos procesos.
4. Conocer de juicios por responsabilidad penal y constitucional seguidos contra el Presidente de la República, Ministros y altos funcionarios.
5. Conocer, en apelación, de las sanciones impuestas a los Magistrados por el Consejo Nacional de la Magistratura.
6. Conocer resoluciones que disuelvan sindicatos o personas jurídicas.
7. Conocer y resolver las excepciones sobre inconstitucionalidad de alguna ley deducidas por las partes en el desarrollo de cualquier proceso judicial.
8. Conocer, en vía de apelación, las resoluciones de Jurado Nacional de Elecciones (como ejemplo, aquellas por las que se anula un proceso electoral).
9. Resolver los conflictos de competencia que pudieren surgir en el Poder Central, los Consejos Municipales y las regiones, así como de éstos entre sí.
10. Dictaminar sobre consultas que puedan tener acerca de la constitucionalidad de un proyecto de ley o una ley aprobada por las Cámaras.
11. Absolver consultas del Presidente de la República o del Congreso sobre constitucionalidad de tratados internacionales.

¹⁷ DIARIO DE DEBATES - Comisión Principal de la Asamblea Constituyente de 1978-79. Tomo III, p.354-355; EGUIGUREN, Francisco. Op. cit., p.23.

Como bien apunta el autor de la propuesta, así como diferentes constitucionalistas nacionales, el Tribunal de Garantías Constitucionales reunía facultades desempeñadas por el Tribunal español de 1931 así como las que actualmente desempeña el Consejo Constitucional francés. (Control Constitucional de leyes orgánicas *a priori* a su promulgación, pero también control *a posteriori* respecto a aquellas leyes que usurpan la esfera o competencias de los reglamentos).

Si bien se aceptó la propuesta de implementar un Tribunal Constitucional, esto no ocurrió con facilidad: surgieron múltiples objeciones a la propuesta original, que llevaron a lo que en nuestra opinión significó, entre otras cosas, un excesiva reducción de las competencias de esta institución, hecho que para muchos de nosotros es un elemento de vital importancia para comprender las limitaciones de su accionar luego de implementado. Según el autor de la propuesta. “[...] hubo hurañez y desconocimiento en los constituyentes de la jurisdicción constitucional concentrada, a la austríaca. Unos la tacharon por onerosa, otros la llamaron “Tercera Cámara productora negativa de normas” y no faltó quien dijese que sería una “argolla superpoderosa”¹⁸.

Sin querer entrar nosotros a juzgar las motivaciones que estuvieron detrás del comportamiento del constituyente, pasaremos, por considerarlo sumamente ilustrativo, a elaborar una breve síntesis de las diversas objeciones planteadas en 1979⁽¹⁹⁾ y cuyo resultado fue, finalmente la aprobación de un Tribunal de Garantías Constitucionales dentro de las pautas y con las competencias señaladas por los artículos 296° y 298° de nuestra actual Constitución Política.

‘Artículo 296. El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la constitución. Se compone de nueve miembros. 3 designados por el Congreso, 3 por el Poder Ejecutivo, y 3 por la Corte Suprema de Justicia’.

“Artículo 298. El Tribunal de Garantías tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para:

1. Declarar a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo, y conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de Habeas Corpus y la acción de Amparo agotada la vía judicial”.

La objeción con respecto al número de miembros propuestos.

El constituyente Ortiz de Zevallos planteó que el número propuesto de miembros

¹⁸ VALLE RIESTRA, Javier - “El fracaso de la constitución” Artículo reproducido en *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 8. p. 21-22.

¹⁹ Para ello recurrimos nuevamente al *Diario de Debates de la Constituyente* y a EGUIGUREN, Francisco. Op. cit., p.25 y ss.

(doce) era excesivo y que además, podía ser generador de dos situaciones riesgosas: la primera, que por cuestión de su alto número dicho Tribunal pueda constituirse en un Poder alternativo fundamentalmente al Parlamento; la segunda, que un alto número de miembros en un Tribunal Constitucional conspira contra la cantidad y selectividad de los mismos. Sin embargo, no propuso un nuevo número. El constituyente Cornejo Chávez propuso una configuración del Tribunal de Garantías Constitucionales con once miembros, para facilitar la toma de decisiones. Es el constituyente Polar que plantea la fórmula de nueve miembros, elegidos en igual proporción por los tres poderes del Estado.

Si bien se aprobó en principio la propuesta de doce miembros, en la sesión del cinco de junio de 1979, luego de la sustentación hecha por Valle Riestra ante el Pleno de la Constituyente, se llegó al texto final del artículo que hoy conocemos ²⁰.

La objeción con respecto a la composición del Tribunal Constitucional.

La discusión y objeciones realizadas al tema se desarrollaron dentro de un proceso muy similar al descrito en el punto anterior. Al mismo tiempo que el constituyente Cornejo Chavez señalaba la conveniencia de un número impar de miembros del Tribunal, pidió una menor presencia del Legislativo y del Ejecutivo en la designación de los miembros de esta instancia jurisdiccional. Argumentaba con la composición por él propuesta para el Tribunal de Garantías Constitucionales (tres miembros designados por las Universidades, tres por los Colegios de Abogados, tres por el Poder Judicial, uno por el Ejecutivo y uno por el Poder Legislativo) evitaría la politización a futuro del Tribunal Constitucional. A esta opinión responde el constituyente Ortiz de Zévallos señalando que, en su opinión, los Colegios de Abogados y las Universidades son más bien los espacios más politizados. Es en este contexto en el cual el constituyente Polar plantea su propuesta de un Tribunal de Garantías Constitucionales compuesto por nueve miembros designados en igual número por los tres poderes del Estado. A pesar de que esta alternativa es inicialmente dejada de lado por la Comisión Principal, debido a la motivación que ya señalamos al hablar sobre el número de miembros previsto para el Tribunal de Garantías Constitucionales, es que llegamos a su composición actual.

Las objeciones con respecto a la duración del mandato de los miembros del Tribunal Constitucional.

Valle Riestra propuso inicialmente que cada integrante del Tribunal de Garantías

²⁰ En el desarrollo de la discusión sobre este tema dentro de la Comisión Principal se generaron tantas diferencias que al parecer se hizo un trabajo de coordinación entre el constituyente Valle Riestra, ponente de la propuesta y el constituyente Ramírez del Villar, también destacado constitucionalista nacional, buscando así que la institución planteada por Javier Valle Riestra pudiera generar menores resquemores y discrepancias al interior de la Asamblea. Esta afirmación se puede desprender del seguimiento de los hechos descritos en el *Diario de debates de la Constituyente*, así como por comentarios realizados por el hasta hace poco Senador del Partido Aprista Peruano y en ese entonces entusiasta promotor del Tribunal Constitucional.

Constitucionales fuese elegido en su cargo por diez años, renovables por tercios cada tres (luego, recogiendo la propuesta del constituyente Chirinos Soto sólo habló de nueve años como el tiempo de extensión del mandato) y sin posibilidad de reelección inmediata, para evitar un ánimo de perpetuarse en el cargo que lo haga proclive a perder independencia frente a la instancia que le eligió.

Al final se impusieron los criterios esgrimidos por los constituyentes Cornejo Chávez (elección por seis años con renovación por tercios cada dos) u Ramírez del Villar (posibilidad de reelección inmediata).

La objeciones con respecto a las competencias previstas para el Tribunal Constitucional.

En lo referente a la posibilidad de inconstitucionalizarse diversas normas de alcance general: Frente a la propuesta original presentada a la Comisión Principal, los constituyentes Aramburú Menchaca y Cornejo Chávez pidieron se explicitase que la disposición en cuestión solo se refería a normas de carácter general, suprimiéndose la referencia a *los entes públicos*. Pero el cuestionamiento que evidentemente tuvo más relevancia fue el realizado por los constituyente Enrique Chirinos Soto y Ramírez del Villar, quienes objetaron el conocimiento por el Tribunal de Garantías Constitucionales de aquellas normas de alcance general dictadas por el Ejecutivo o por la Administración Pública, pues éstas podían ser trabadas por el Poder Judicial vía acción popular.

Una transacción aceptada por Valle Riestra nos llevó finalmente al texto (cuya formulación se debe a los constituyentes Francisco Chirinos Soto y Ernesto Alayza) hoy recogido en el Art. 298° de nuestra actual Carta Constitucional.

Con respecto a la posibilidad de declarar a pedido del Fiscal General de la Nación la inconstitucionalidad de las resoluciones judiciales definitivas: Se impuso el criterio de suprimir este inciso, recogiendo la opinión de los constituyentes Alayza y Enrique Chirinos Soto, quienes lo consideraban atentatorio del principio de la *cosa juzgada*. Fueron desestimados los argumentos de Valle Riestra y Conejo Chávez, quienes señalaban que la cosa juzgada no es absoluta (ello dice, se aprecia incluso en nuestro proceso civil, en el cual cabe contradicción de sentencia), añadiendo que si es posible el Tribunal de Garantías Constitucionales declare inconstitucional a una Ley de Congreso, mayor razón puede realizar la misma labor frente a una sentencia inconstitucional.

En lo referente al conocimiento de las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus y Amparo, éste se mantuvo, pero ya no en vía de apelación (se proponía que los procesos respectivos se inicien en la Corte Superior para allí en apelación ir al Tribunal de Garantías Constitucionales), si no en *Casación* (situación que, como luego veremos, va a tener gran importancia). Se acogía así el reclamo efectuado por el Presidente de la Corte Juzgada y se ponía las decisiones de la máxima instancia de nuestro Poder Jurisdiccional -que debían ser definitivas- bajo las emitidas por otra institución ²¹.

Recogiendo la propuesta del Senador Aslayza, se señaló la conveniencia de mantener el desarrollo de los juicios por responsabilidad penal y constitucional a los más altos

funcionarios del Estado Peruano dentro de los canales en los que tradicionalmente se había venido dando a lo largo de nuestra historia republicana; asimismo, otro reclamo del Presidente de la Corte Suprema llevó a la supresión de la facultad propuesta de *conocer en apelación de las resoluciones que expida el Consejo Nacional de la Magistratura imponiendo destitución a cualquier magistrado*²².

Con respecto al conocimiento de resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE): El proyecto de Valle Riestra asignaba al Tribunal de Garantías Constitucionales la posibilidad de conocer en vía de apelación (en 48 horas primero y luego en siete días) resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, pero esta propuesta fue dejada de lado por considerarse que atentaba contra la naturaleza del Jurado Nacional de Elecciones y sus decisiones, asumidas como definitivas a nivel electoral. NO se recogió la argumentación por la cual se señalaba que si los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial se encontraban sujetos al Tribunal de Garantías Constitucionales, nada impedía estar al Jurado Nacional de Elecciones en una situación similar, máxime si con ello se aseguraba la revisión del proceso electoral nacional.

En lo referente a la resolución de los conflictos de competencia entre instancias del Gobierno Central, Regional y Local: se dejó de lado lo que algunos autores nacionales como César Landa llamaba *acción de autonomía*⁽²³⁾ ante el riesgo expresado por el constituyente Alayza, de que el Tribunal de Garantías Constitucionales se convierta en un *superpoder dirimente con competencias "muy elásticas y por ello, más peligrosas"*²⁴.

Con respecto a la facultad de dictaminar sobre consultas acerca de la constitucionalidad de leyes o proyectos de leyes Esta facultad, más cercana a las funciones del Consejo Constitucional Francés, fue considerada por el constituyente Aramburú como inconveniente, pues daría el riesgo de tener que discutir la constitucionalidad de una norma sobre la cual el Tribunal ya adelantó opinión antes de resolver la controversia sometida a su despacho. A estas afirmaciones se añadieron las de Cornejo Chávez, quien señalaba que este sistema de consulta o control de constitucionalidad a priori llevaría a prolongar el proceso de elaboración y aprobación de las leyes.

Finalmente, en lo referente a la posibilidad de absolver consultas del Presidente de la República o el Congreso sobre la constitucionalidad de tratados internacionales, esta propuesta también fue dejada de lado por considerarse que ya la Constitución, dentro del proceso previsto para la aprobación y ratificación de los Tratados, preveía la existencia de suficientes mecanismos para la evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dichas normas legales.

Aparte de las modificaciones ya expuestas a la propuesta original, se van a hacer una

²¹ EGUIGUREN, F. - Op. cit., p.29 y ss; DANOS, J. y SOUZA, M. - Op. cit., p. 295

²² DIARIO DE DEBATES ... Tomo VII, p. 576.

²³ LANDA, César: *Las Normas Regionales dentro del Ordenamiento Jurídico Nacional*. Tesis de Bachiller PUC, 1984.

²⁴ DIARIO DE DEBATES... Tomo VII, p. 577; 678 y EGUIGUREN, F. Op. cit., p.29 y ss.

serie de alcances y precisiones dentro de la Asamblea Constituyente a éste de por sí disminuido en competencias Tribunal Constitucional, los cuales tendrán también incidencia en la consolidación del modelo que, luego de caracterizar, procederemos a evaluar. De estos aportes uno de los que tiene más relevancia es, sin duda alguna, el de la designación de la ciudad de Arequipa como sede del Tribunal de Garantías Constitucionales. El 6 de marzo de 1979 el constituyente Lozada propone, con el apoyo del constituyente Townsend, designar como ciudad en la que se instale el Tribunal Constitucional no a Lima, capital de la República, centro de la vida política nacional y localidad ubicada en la región central del país sino (argumentándose bien intencionados criterios descentralizadores) a Arequipa, ciudad ubicada al sur de nuestra patria y con un peso bastante menor que el económico del Perú. Veinte días después de formulada esta iniciativa, los constituyentes Valle Riestra y Sotomarino van a hacer explícita y pública su oposición a la propuesta de Lozada, considerando que, ya sea por las limitaciones de acceso a Arequipa o por la necesidad de asegurar desde el texto constitucional un papel gravitante para el Tribunal de Garantías Constitucionales dentro de la vida política peruana, el Tribunal Constitucional que venía configurándose debía instalarse en Lima.

La propuesta de Lozada causó gran polémica dentro de la Comisión Principal, pero las discrepancias existentes al respecto siempre se manejaron con mucha discreción, buscándose así evitar un perjuicio electoral a las fuerzas y figuras políticas involucradas en esta situación. Es Ramírez del Villar, con la colaboración del mismo Lozada, quien finalmente redacta la norma que incluye el cambio de la sede oficial del Tribunal de Garantías Constitucionales a Arequipa, señalando además que excepcionalmente y con acuerdo de la mayoría de sus miembros, los integrantes del mencionado Tribunal puedan sesionar en cualquier otra ciudad de la República.

Encontrándonos frente a los resultados de lo ocurrido en la Constituyente de 1979 podemos fácilmente concluir que las características y competencias previstas para el Tribunal de Garantías Constitucionales no solo fueron mucho menores que las incluidas en la propuesta original, sino que en la práctica se constituía una institución disminuida y con limitadas posibilidades de concentrado. Finalmente, en forma paralela a la existencia de este Tribunal Constitucional de limitadas atribuciones, la Constituyente de 1978-1979 decidió mantener el ejercicio -via el Poder Judicial- Del control difuso de la constitucionalidad de las normas para el caso concreto, consagrándolo posteriormente en el Artículo 236° de nuestra Carta Magna de 1979, el cual a la letra dice:

“En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda norma subalterna”.

Se constituye dentro de nuestro ordenamiento jurídico lo que podríamos considerar un sistema mixto de control de constitucionalidad, con un Tribunal de Garantías Constitucionales cuyas decisiones en materia de inconstitucionalidad de las leyes son *Erga Omnes* y un poder Judicial ejerciendo el control difuso para el caso concreto. Esta propuesta, similar a la desarrollada en otras naciones, va a tener en los hechos problemas para lograr los objetivos inicialmente previstos. Una de las razones que a nuestro entender puede explicar esta situación es el modelo peruano de Tribunal Constitucional consagrado

en la constitución de 1979 (y complementado por la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales o LOTGC del 19 de mayo de 1982) a cuyo análisis vamos a pasar de inmediato.

ANÁLISIS CRÍTICO DEL MODELO PERUANO DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1979 (Y COMPLEMENTADO POR LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. LEY Nº 23.385 DEL 19.5.1982)

Sin intentar agotar una caracterización al respecto, creemos necesario anotar como rasgos fundamentales del Tribunal de Garantías Constitucionales peruano los siguientes:

1. Se define al tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de control de la Constitución, sin explicitarse en ningún momento -tal como se ha hecho en otros países con jurisdicción constitucional concentrada- su carácter de supremo intérprete de dicha Carta Magna (art. 296° de la Constitución y también artículo 1° de la LOTGC). Como ya hemos señalado en el punto anterior, no tiene el monopolio de la función jurisdiccional en materia de control de la constitucionalidad. Además, su labor se circunscribe a actos de control *a posteriori* y siempre a partir de acciones judiciales concretas promovidas a instancia de parte. Finalmente, carece de funciones consultivas sobre normas ya emitidas o acerca del proyecto de Ley.

2. La composición de este Tribunal es de nueve miembros, designados a partes iguales justamente por aquellas instancias cuyos actos son los que van a estar bajo el análisis del Tribunal de Garantías Constitucionales: los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (art. 296° de la Constitución y también el primer párrafo del Art. 10° de la LOTGC). Esta decisión, manifiestamente inconveniente para asegurar que cualquier Tribunal Constitucional cumpla a cabalidad y con independencia de criterio las funciones a su cargo, era una alternativa que en su momento tuvo la opinión contraria de Hans Kelsen, durante aquellos años en que aquel eminente jurista diseñaba los parámetros de lo que hoy conocemos como Jurisdicción Constitucional concentrada, tal como lo recuerda Carlos Cárdenas Quirós en un excelente artículo sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales peruano²⁵; y no sólo él, sino la inmensa mayoría de los constitucionalistas peruanos y extranjeros que han estudiado nuestro modelo de Control de Constitucionalidad. Así por ejemplo, Marcial Rubio y Enrique Bernaldes en su libro, *Constitución y Sociedad Política*²⁶ han calificado este sistema de composición del Tribunal de Garantías Constitucionales como *corporativo* y que además, garantiza la dependencia del Tribunal Constitucional de los poderes públicos; Benites, en un párrafo del prólogo que realiza a un libro de Javier Valle Riestra, anota con claridad lo

²⁵ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos: *El Tribunal de Garantías Constitucionales y la Constitución Política del Perú de 1979*. Revista del Foro, Lima, Colegio de Abogados de Lima, julio/diciembre 1981.

²⁶ Lima, Mesa Redonda, 1983.

que primero fue especulación teórica y luego, salvo honrosas excepciones, lamentable constatación práctica:

“Los magistrados elegidos por el Parlamento rara vez se atreverán a cuestionar una ley. Los electos por el Poder Judicial a casar una sentencia en casos de Amparo o de Habeas Corpus, Y los del Poder Ejecutivo tendrán proclividad a servir a los intereses del partido gobernante”.²⁷

3. El artículo 297° de la Carta Magna de 1979 señala como requisitos para ser miembro del Tribunal de Garantías Constitucionales, los mismos previstos para ser integrante de la Corte Suprema de la República (que son, entre otros según el Artículo 244° del Texto Constitucional, ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cincuenta años, etc.). Se señala asimismo que la duración del mandato de dichos magistrados es de seis años, renovándose el Tribunal por tercios cada dos años; para finalmente anotarse que los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales pueden ser reelegidos inmediatamente concluido su período. Esta serie de disposiciones constitucionales recogidas también en los artículos 10° (2° párrafo) y 12° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, tienen sus detractores. Se señala por ejemplo, que el establecimiento de una edad mínima (que por cierto, resulta elevada en proporción a la densidad demográfica de nuestro país y priva al Perú de la posibilidad de que muchos de sus juristas actualmente más destacados puedan en corto plazo ser miembros del Tribunal Constitucional) mas no de una máxima para acceder a la condición de miembro de nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales, genera el riesgo de que el Tribunal Constitucional peruano se convierta en lo que alguien denominó *un jubiladero con honores*²⁸.

La posibilidad de reelección inmediata de los miembros es sin duda otro punto de controversia. El ponente en la Constituyente y buena parte de los estudiosos del Derecho Constitucional señalaban la inconveniencia de esta situación, pues podía significar que el Magistrado del Tribunal sacrifique algo de la autonomía de su accionar para así mantener las simpatías de quienes lo eligieron (y a quienes él está tentado a agradar para mantenerse en el cargo), pero el pronunciamiento de la mayoría de los asambleístas fue contrario a esta pretensión. El tiempo parece haber demostrado que en algunos casos esta especulación se convirtió en una preocupante realidad.

4. En cuanto a sus competencias, según el Art. 298° de nuestra Carta Magna (y el Art. 2° de la LOTGC), el Tribunal de Garantías Constitucionales tiene sólo dos atribuciones: la primera, declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad de las leyes, Decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, que por la forma o por el fondo contravengan la Constitución: la segunda, conocer en casación las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus y Amparo, una vez agotada la vía judicial. Con estas competencias, nuestro Tribunal Constitucional combina elementos de jurisdicción Constitucional Orgánica con elementos de la Jurisdicción Constitucional de la libertad. No

²⁷ Benites, Heriberto. Op. cit., p. XV-XVI.

²⁸ VALLE RIESTRA, Javier: *El fracaso...* p.15.

se prevee en nuestro texto constitucional funciones como las de resolver las contiendas de competencia entre los Gobiernos Central, Regional y Local, acción tradicionalmente propia de cualquier Tribunal Constitucional. Nuestra Constitución ni siquiera tiene una norma como el Art. 161.1 de la Carta Magna española, que dice a la letra lo siguiente: "El tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer...D) de las materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas".

Criticar el limitado marco de atribuciones concedido al Tribunal de Garantías Constitucionales ha sido, desde la creación de este organismo, un tema en el cual hay casi unanimidad en la doctrina nacional. Así por ejemplo, Cárdenas Quirós -autor del proyecto de LOTGC- señala que *debe censurarse la brevedad de atribuciones concedidas al Tribunal*²⁹; Alberto Bustamante Belaúnde opina que *la Constitución es exageradamente restrictiva en lo que toca a atribuciones del Tribunal*³⁰ y podríamos así seguir citando opiniones, pero nos parece que si hay alguna afirmación que sintetiza mejor el sentir existente al respecto es la señalada por Alberto Eguren Bresani, ex-Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, quien en su *Memoria* al dejar con importante cargo anotaba que:

*Es fácil notar que la Carta Política ha sido bastante severa en cuanto a los requisitos que se exige para el ejercicio de la Acción y avara en cuanto a las Facultades que concede al Tribunal*³¹.

En nuestra opinión el estrecho margen de competencias previsto para el Tribunal es, tal vez, conjuntamente con la limitada posibilidad permitida para accionar ante el Tribunal Constitucional (aspecto que luego veremos con más detalle), el hecho que compromete más a fondo no sólo el mejor trabajo sino la viabilidad misma de nuestro Tribunal Constitucional, siendo un tema en donde se requiere realizar urgentes modificaciones.

5. En cuanto a la posibilidad de recurrir a las diferentes acciones previstas en el Art. 298° de nuestra Carta Magna, lo menos que podemos decir es que el acceso que el texto constitucional concede es limitado. En el caso de la acción de inconstitucionalidad, el problema está vinculado al reducido número de sujetos con legitimación procesal para plantear ese recurso (según el Artículo 299° de la Constitución, el Presidente de la República, la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación, sesenta diputados, veinte senadores o cincuenta mil ciudadanos). Como bien señala Eguiguren en su excelente artículo "El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad"⁽³²⁾, esta disposición constitucional, recogida también por el Artículo 24° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales desconoce la diferente relevancia material y de contenido existente entre las normas sujetas a control de constitucionalidad vía acción de

²⁹ CARDENAS QUIROS, Carlos: Op. cit.

³⁰ BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto: *Un Tribunal Limitado* Artículo periodístico publicado en el diario *La República* del jueves 17 de noviembre de 1983.

³¹ EGUREN BRESANI, Alberto: *Memorias del Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales*. Diario Oficial *El Peruano* de los días 3 y 4 de marzo de 1984.

³² EGUIGUREN, F. - Op. cit., p.43.

inconstitucionalidad. Un análisis objetivo de las cosas aconseja no pedir la misma legitimación para interponer la acción antes mencionada. Esta circunstancia ha hecho que en la práctica sea inviable la interposición de acciones de inconstitucionalidad contra normas regionales y municipales, justamente las más cercanas a la vida cotidiana de la población.

En lo referente a las acciones de Habeas Corpus y Amparo, las causas que generan las dificultades de acceso son diferentes, pero no por ello menos importantes. El inciso 2º del art. 298º de nuestro texto constitucional exige el agotamiento de la vía judicial, es decir, la existencia de una sentencia denegatoria de la Corte Suprema de la República para poder recurrir al Tribunal de Arequipa; lo cual no sólo alarga y encarece el proceso, sino que probablemente -por el tiempo transcurrido- ponga en situación de desprotección al ciudadano frente a la violación de sus derechos. Cabe aquí anotar que el Tribunal de Garantías Constitucionales conoce estas causas en casación, lo cual ha creado no pocas dificultades. La principal que podemos señalar es que, a pesar de los precedentes existentes en otros Tribunales Constitucionales (el Tribunal Español, por ejemplo) se ha optado por una comprensión de la casación dentro del modelo tradicional francés, de no pronunciarse acerca de los hechos de caso ni sobre el fondo de la litis. La lógica consecuencia de este planteamiento es que cada vez que se produce un fallo casatorio, debe devolverse la causa a la Corte Suprema para que ésta rectifique los términos y alcances de la sentencia impugnada en lo que sea pertinente.

La alternativa de una casación que incluye un reenvío a la Corte Suprema tiene la dificultad de, como lo señalan importantes constitucionalistas³³, generar fricciones entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, sobretodo cuando estamos frente a errores in iudicando³⁴. Frente a este tipo de problemas, instituciones como el Tribunal Constitucional Español o la Sala Constitucional de la Corte Suprema Colombiana frente a casaciones por error *in iudicando* han optado por conocer sobre el fondo de la causa impugnada, como instancia, sin reenvío a la Corte Suprema. Sugerente, pero digna de un mayor análisis, nos parece la opción planteada por Valle Riestra en su proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de permitir una casación *per saltum*, por la que se pueda recurrir al Tribunal Constitucional luego de una denegación del Habeas Corpus por el Juez Instructor (dejándose así de lado las demás instancias del Poder Judicial).³⁵

6. Con respecto a los alcances de la acción de inconstitucionalidad, así como los de las normas susceptibles de impugnarse a través de este recurso y el plazo para plantearlo existe también una opinión claramente determinada por el ordenamiento jurídico nacional. Con

³³ EGUIGUREN, F. - Ibid p. 43; VALLE RIESTRA, Javier - *El Tribunal...* p.74.

³⁴ Como bien sabemos, la doctrina en materia de casación distingue entre el error *in procedendo* (violación en la forma de tramitación y resolución del proceso) y error *in iudicando* (violación del Texto de una Ley o aplicación falsa o distorsionada de dicha disposición legal).

³⁵ VALLE RIESTRA, Javier: *El Tribunal...*

respecto al primer punto, podemos señalar que la acción de inconstitucionalidad contra una norma puede sustentarse tanto en vicios de forma (principio de inconstitucionalidad formal de las leyes, recogido por el inciso 2º del Art. 20 de la LOTGC), como de fondo (principio de inconstitucionalidad material, recogido en el primer inciso del mismo Art. 20º de la LOTGC).

Los supuestos de inconstitucionalidad formal de Decretos Legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales están referidos en el primer caso al incumplimiento de lo previsto en los Arts. 218º inciso 2º (conocimiento y aprobación por el Consejo de Ministros); en el segundo, a la infracción de las pautas generales previstas en el Art. 267º de nuestra Carta Magna o de aquello que es señalado en las leyes orgánicas de creación de cada región; y en el tercero, al quebrantamiento en lo previsto dentro del Capítulo III y el Artículo 112º de la ley 23.853 (Ley Orgánica de Municipalidades)³⁶.

En lo referente a las normas objeto de la Acción de Inconstitucionalidad, el primer inciso del Art. 298º de la Constitución y el Art. 19º de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales dispone que son susceptibles de impugnación vía acción de inconstitucionalidad las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Esta relación de disposiciones legales ha sido muy cuestionada por los constitucionalistas nacionales. Valle Riestra, por ejemplo, señala que *la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad debería extenderse a todas las normas con fuerza de ley*³⁷. No se ha incluido de manera expresa la posibilidad de impugnar Decretos-leyes, los cuales -gústenos o no- son ya un elemento de nuestra realidad constitucional latinoamericana; tampoco los tratados han sido incluidos, a pesar de ser Leyes en sentido material y de existir el precedente de la institución del control constitucional de este tipo de normas en otros países (³⁸); son dejados de lado también los reglamentos internos de las Cámaras, normas con indudable fuerza de ley [tanto que en la práctica representan una suerte de Ley Orgánica del Poder Legislativo]³⁹ a pesar de que reputados autores como Lucas

³⁶ Este tema ha sido desarrollado con mayor detalle por DANOS, Jorge y SOUZA, Martha - Op. cit., p. 331-335.

³⁷ VALLE RIESTRA, Javier - *El Tribunal...* p. 49

³⁸ Cabría aquí notar experiencias como la austríaca, la alemana, la española o la chilena. El Tratado declarado inconstitucional carecería de vigor externamente al perder validez internamente. Frente a esta posibilidad, algunos autores como Vanossi (*Teoría Constitucional*. Buenos Aires, De Palma, 1976. Tomo UU, p.251) anotan que podrían surgir algunos problemas internacionales como consecuencia de este tipo de decisiones, y no les falta razón. Es por ello que estamos con quienes consideran oportuno y conveniente permitir que en estos casos exista un control preventivo de constitucionalidad, tal como el que ejerce el *Tribunal Constitucional Francés*. (Danos, J. y Souza, M. Op. cit., p.345).

³⁹ En este sentido se pronuncian BOREA, Alberto *La Ley Orgánica del TGC*. Lima, p.132; y VALLE RIESTRA, Javier: *El Tribunal de Garantías Constitucionales* Lima ABC Editores, 1981 p.32.

Murillo de la Cueva ⁽⁴⁰⁾ nos informan que esta es una práctica mundialmente aceptada y que en ningún lugar se considera como una afrenta a la autonomía parlamentaria. Los decretos aquí denominados "de necesidad y urgencia", dictados por el Ejecutivo al amparo del inciso 20° del Art. 211° de nuestra Carta Constitucional y considerados por nuestros más destacados constitucionalistas ⁽⁴¹⁾ como leyes en sentido material, también han sido dejados de lado.

Es más, ni siquiera se ha planteado la posibilidad, desarrollada por Jorge Danós y Martha Souza ⁽⁴²⁾, de un eventual control de constitucionalidad vía acción de inconstitucionalidad de las enmiendas planteadas al Texto Constitucional facultad que actualmente ya se ejercita en Italia ⁽⁴³⁾. Se deja así abierta la posibilidad de una falta de defensa del ciudadano ante la inconstitucionalidad de dispositivos de indudable importancia para el desarrollo de su vida diaria, ya sea a nivel individual o en el plano colectivo.

En mérito a argumentos que invocan la necesidad de un contexto de seguridad jurídica, se ha señalado un plazo de caducidad para interponer las Acciones de Inconstitucionalidad, el cual, según el Artículo 25° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, es de seis años. A pesar de que reconocemos la relevancia de los argumentos señalados por destacados constitucionalistas nacionales en el sentido de que el plazo, por largo que sea, no puede convalidar lo nulo y que el mayor atentado a la seguridad jurídica es la vigencia de las leyes o tratados inconstitucionales ⁽⁴⁴⁾, creemos que los fundamentos esgrimidos en el texto de Hans Kelsen, y que a continuación reproducimos, es lo suficientemente claro al respecto para hacernos notar la conveniencia de que existe un plazo de caducidad para plantear una acción de inconstitucionalidad.

"Es también conveniente examinar si no sería bueno, en interés de la seguridad jurídica,

⁴⁰ MORILLO DE LA CUEVA, LUCAS: *El examen de la Constitucionalidad de las Leyes y la Soberanía Parlamentaria*. Revista de Estudios Políticos N° 7, Madrid, enero-febrero 1979, p. 216.

⁴¹ Al respecto, son de indispensable consulta los trabajos de García Belaúnde, Domingo: *Constitucionalidad versus Inconstitucionalidad de los Decretos de Urgencia*. Revista Peruana de Derecho de la Empresa N° 5, Lima, marzo-abril de 1984; y de Eguiguren, Francisco: *Normas contrarias a la Constitución o a la Ley*, Revista del Foro Lima, CAL, año LXXI N° 1, p.109.

⁴² DANOS, J. y SOUZA, M. Op. cit., p. 342.

⁴³ Como los autores antes mencionados señalan en su trabajo *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las normas de carácter General*, aparte del caso italiano, ya en países como Panamá, Colombia o Turquía se ejerce un nivel de control, pero circunscripto en estos casos a supuestos de inconstitucionalidad formal (vigilancia del cumplimiento de las formalidades propias de la Reforma Constitucional). La discusión que genera este tipo de posiciones es si es posible ejercer algún nivel de control sobre el Poder Constituyente, tema en el que no vamos a profundizar porque excede largamente los límites de este trabajo.

⁴⁴ VALLE RIESTRA, JAVIER: *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Lima, A.B.C. Editores, 1981 p.37; CORSO MASIAS, ALFREDO: *El Tribunal de Garantías Constitucionales Prontuario*. Arequipa 1984 p. 106.

que la anulación, en particular de las normas generales y principalmente de las leyes y Tratados internacionales, no procediera sino dentro de un plazo fijado por la Constitución, por ejemplo, de tres a cinco años a partir del momento de la entrada en vigor de la norma irregular. Ya que sería extremadamente lamentable tener que anular una Ley, o aún peor, un tratado por inconstitucionalidad después de que han estado en vigor durante largos años sin haber sido criticados⁴⁵.

Finalmente, debemos anotar que en el caso peruano, bajo ningún supuesto la caducidad de la acción dejaba desprotegida a la ciudadanía, pues quien se sentía perjudicado por los efectos de una norma anticonstitucional podía plantar al Poder Judicial la inaplicabilidad de dicha disposición a su situación particular.

7. En lo referido a los efectos de los fallos emitidos por el Tribunal, el Art. 300° de la Constitución señala que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma no tiene efectos retroactivos. Si bien el testimonio del ponente ante la Constituyente nos parece indicar que la motivación de esta norma fue más que jurídica⁴⁶, la solución recogida en el artículo constitucional es una posición mayoritaria en la doctrina ante la imposibilidad de restarle virtualidad jurídica a todos los actos ocurridos durante la vigencia de una ley anticonstitucional. En nuestro país, a respecto Blume Fortini señala que "si el Tribunal de Garantías Constitucionales tuviera facultad de resolver con efectos retroactivos, el Sistema Jurídico perdería eficacia y seguridad y tanto gobernantes como gobernados no tendrían garantías para desenvolverse dentro de un ámbito de respeto a los derechos y a las obligaciones señaladas en las leyes vigentes"⁴⁷. César Landa añade que la inconstitucionalidad de una norma desde su origen "crearía una inseguridad permanente" [...] "los derechos adquiridos legal y legislativamente al amparo de una norma legislativa, tienen que ser respetados"⁴⁸. Pero en el Perú existen también posiciones discrepantes al respecto, como la de Alberto Bustamante⁴⁹. El se opone a los criterios expuestos en el Artículo 300 de la Constitución de 1979 y en el Art. 41° de la LOTGC, los cuales son diferentes a los recogidos por el Art. 187° del mismo Texto Constitucional⁵⁰, pueden servir para consagrar arbitrariedades originadas por normas de valor constitucional espúreo. Esta situación se agrava si nos ceñimos a lo dispuesto en el Art. 41° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC) en el que se señala que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos ya fenecidos en los que se haya hecho aplicación

⁴⁵ Kelsen, Hans: *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*. Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas N° 1. México, UNAM, 1974 p. 504.

⁴⁶ Testimonio recogido de una exposición de 1982 del entonces diputado Valle Riestra ante su Cámara. DANOS, Jorge y SOUZA, Martha. Op. cit., 381-382.

⁴⁷ Blume Fortini, Ernesto: *El Tribunal de Garantías Constitucionales*. Ius Praxis N° 3, Revista de la Universidad de Lima, 1984.

⁴⁸ LANDA, César - Op. cit.

⁴⁹ BUSTAMANTE BELAÜNDE, Alberto: *La irretroactividad de los fallos del TGC*. DERECHO. Lima. PUC, diciembre de 1982, p. 55 y ss.

⁵⁰ Normas que consagra tres supuestos de retroactividad benigna (en favor del reo, trabajador o contribuyente).

de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en los supuestos previstos en la segunda parte del artículo 187° de la Constitución de 1979⁵¹. Este artículo 41°, según Bustamante, podría afectar la cosa juzgada porque, de plantarse y concederse una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 41° de la LOTG, podría darse la ultractividad de una norma inconstitucional. Se estaría abriendo pues una brecha en la jerarquía de las fuentes del Derecho, al decirse prácticamente que normas de inferior categoría infractoras de la Constitución son válidas hasta el momento de ser declaradas inconstitucionales.

Respetando lo sostenido por Bustamante creemos que la fuerza de los hechos nos lleva en la mayoría de los casos a señalar nuestra adhesión a lo previsto en este punto dentro del Texto Constitucional, haciendo la salvedad de que sería interesante acompañar esta opción con el sistema utilizado en Guatemala, donde la Corte Constitucional tiene la posibilidad de suspender provisionalmente la norma acusada. Se permite así que los efectos del fallo puedan retrotraerse al momento en que se produjo la suspensión⁵².

Lo que si nos parece completamente cuestionable es el procedimiento previsto en el Art. 301° de nuestra Constitución (trámite a seguir frente a la declaración de normas inconstitucionales emanadas del Poder Legislativo). Siendo cierto que este Tribunal Constitucional *no deroga normas; sólo reconoce la autoridad de una ley cuando dicha ley se enfrenta a la Constitución y por lo tanto, es inexistente*⁵³ es entonces bastante discutible, por decir lo menos, pedirle al Congreso que dicte una ley derogatoria de una norma que, para efectos constitucionales, no existe; y evidentemente poco sustentable darle al Congreso un plazo de cuarenta y cinco días para que efectúe dicha labor. Concordamos así con quienes argumentan que este tipo de disposiciones (redactadas según se dice, para *evitar un maltrato al Congreso*) son innecesarios y hasta riesgosos, pues permiten que una norma inconstitucional siga causando efectos, los cuales luego serán irreversibles⁵⁴. En nuestro criterio, nada obsta para que el TGC publique directamente sus sentencias declaratorias de inconstitucionalidad y, que a partir de ese momento, la disposición legal impugnada pierda toda virtualidad jurídica.

8. El artículo 304° de la Constitución peruana de 1979 fija como sede del Tribunal de Garantías Constitucionales a la ciudad de Arequipa, punto también ratificado en el primer artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A pesar de considerarnos fervientes partidarios de la descentralización de nuestro país, estamos de acuerdo con la posición -casi unánime entre los constitucionalistas nacionales- que señala la inconveniencia de lo dispuesto por el Constituyente. Lima es la capital de la República y centro de las decisiones políticas del país. Asimismo, los diferentes estudios realizados acerca de la frecuencia y circunstancia en que se emplean las acciones de Habeas Corpus y Amparo demuestran que

⁵¹ Ver lo señalado en la nota N° 50.

⁵² En similar sentido se pronuncian DANOS, Jorge y SOUZA, Martha. Op. cit. p. 383.

⁵³ VALLE RIESTRA, JAVIER: *El Tribunal de Garantías Constitucionales: El Caso de los Votos Nulos y Blancos*. Lima, Labruca, 1986.

⁵⁴ En similar sentido se pronuncia Eguiguren, F. *El Tribunal de Garantías Constitucionales; Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 7*. Lima, CAJ. 1992 p.46.

la incidencia de acciones interpuestas en Lima es inmensamente superior a la del resto de distritos judiciales del país⁵⁵.

Por último, la ubicación geográfica de Lima (en el centro del país) facilita el acceso a los litigantes de todos los lugares de la República. No ocurre lo mismo con Arequipa, ubicada en el sur de nuestra Nación.

9. La Ley 23.385 (Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales) es la disposición legal que permite encuadrar el funcionamiento y atribuciones de nuestro Tribunal Constitucional. Como era de esperarse, muchas de sus normas recogen literalmente lo dispuesto en los diferentes artículos constitucionales referidos al Control de la Constitucionalidad y otras desarrollan aspectos ya previstos en la Carta Magna. Creemos que lo señalado en los puntos anteriores nos exime de un mayor comentario sobre el contenido de estas disposiciones. Hay sin embargo, otros artículos dentro de la LOTGC en los que si se amerita realizar algunos alcances. Así por ejemplo, la regulación de los contenidos en la demanda por acción de inconstitucionalidad se encuentra en los artículos 28° y 29° de la LOTGC. Los requisitos para la admisibilidad de dicha demanda y en el artículo 30°; y el trámite del proceso, entre los arts. 31° y 33°. La posibilidad dentro de una acción de inconstitucionalidad de declarar la inconstitucionalidad de otra norma, incluso aunque no haya sido invocada en la demanda, está prevista en el artículo 40°. Con respecto a la casación de Habeas Corpus y Amparo, el plazo para resolver está en el artículo 44° y la imposibilidad de presentar pruebas o alegar hechos nuevos, en el artículo 45°. Tanto en el caso de la acción de inconstitucionalidad como frente a la casación en acciones de Habeas Corpus y Amparo es posible acumular procesos, según lo dispuesto en el artículo 48°. Pero hay un punto sobre el cual creemos indispensable hablar más en detalle: el del número de miembros necesario para adoptar acuerdos..

El artículo 8° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales señala que:

El Tribunal resuelve y adopta acuerdos con un mínimo de cinco votos conformes, salvo para resolver los casos de inconstitucionalidad de la acción que exigen seis votos conformes.

Este texto se completa con lo señalado en el Art. 50° de la LOTGC, el que a la letra dice:

“Cuando el Tribunal decida apartarse de la jurisprudencia constitucional precedente sentada por él, la resolución se adopta por no menos de ocho votos conformes.

La idea en sí no es mala: pedir votaciones calificadas para darle mayor legitimidad a los acuerdos tomados. Pero esta opción implicaba una serie de previsiones como por ejemplo, qué ocurría con las causas planteadas si no se conseguían los votos conformes (en uno u otro sentido) legalmente solicitados. Asimismo los efectos que los artículos 8° y 50° podrían tener en caso de muerte o imposibilidad material de algún miembro del Tribunal de

⁵⁵ Múltiples trabajos efectuados por Marcial Rubio, Samuel Abad y Francisco Eguiguren corroboran estas afirmaciones.

Garantías Constitucionales de ejercitar sus funciones. No se contempló la posibilidad de designar miembros suplentes o de diferenciar entre las tareas que podían ser desempeñadas por la totalidad de integrantes del Tribunal de Garantías Constitucionales y aquellas acciones que bastaría con el concurso de solo algunos de ellos. Este aspecto en teoría, subalterno a otros que hemos venido desarrollando, tuvo, una vez instalado el Tribunal Constitucional, funestas consecuencias para su imagen dentro de la ciudadanía en general, como veremos más adelante.

La instancia con la cual se buscaba asegurar un ejercicio de control de la constitucionalidad concentrado en el Perú había nacido, pero con menos luces que sombras. Sólo la voluntad política de hacer urgentes rectificaciones a lo dispuesto en la Constitución (y la LOTGC) sobre este tema, y un comportamiento de quienes fueran miembros del Tribunal que estuviese a la altura de las grandes responsabilidades que la Nación les había encomendado, podían darle al Tribunal de Garantías Constitucionales posibilidades de legitimarse ante el ciudadano promedio, estando esta institución imperfectamente constituida y con un marco de atribuciones más bien limitado. Sin querer adelantar elementos del balance que a continuación desarrollaremos, la experiencia concreta es que durante el funcionamiento de nuestro Tribunal Constitucional no se supo, en algunos casos no se quiso revertir las dificultades pre-existentes. Por otro lado, no se tenía ningún indicio de que las labores de control difuso que nuestra última Constitución otorgaba al Poder Judicial se fueran a cumplir con mayor independencia de criterio y mejor manejo de las instituciones jurídicas que lo hecho antes de 1979.

ALGUNAS NOTAS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PERUANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DESDE 1980 HASTA LA FECHA

Como bien sabemos, el sistema peruano para el control de la constitucionalidad de las normas recoge instituciones de un modelo concentrado (un Tribunal de Garantías Constitucionales cuyas decisiones en materia de inconstitucionalidad poseen efectos *erga omnes*) al mismo tiempo que mantiene en los jueces y Tribunales Ordinarios facultades propias de un control difuso de constitucionalidad como la inaplicación de una norma inconstitucional al caso concreto y, a diferencia de un sistema americano *puro*, para el caso concreto⁵⁶. Intentaremos aquí acercar e informar al lector sobre cual ha sido el derrotero seguido tanto por el Tribunal Constituyente Peruano como por el Poder Judicial Ordinario en el desempeño de sus funciones de control de la constitucionalidad desde 1979, para luego hacer un breve balance al respecto.

I. El Tribunal de Garantías Constitucionales en el ejercicio de su labor (desde 1982 hasta la actualidad).

Como bien sabemos, múltiples factores que ya no viene al caso detallar en esta parte

⁵⁶ Al respecto, ver el interesante trabajo de Quiroga, Aníbal: *La Justicia Constitucional*. Derecho-41, Lima, PUC, diciembre 1987, p.347.

de nuestro trabajo, llevaron a la creación en el Perú de un Tribunal Constitucional con solo dos competencias: la primera, declarar a petición de parte la inconstitucionalidad parcial o total de aquellas leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan a la Constitución por la forma o por el fondo; la segunda, conocer en casación las resoluciones denegatorias de la Acción de Habeas Corpus así como de la Acción de Amparo, una vez agotada la vía judicial. Mucho se ha dicho y escrito al respecto: pero antes de caer en la tentación del impreciso discurso (tan frecuente en nuestros países latinoamericanos) dejemos que sea el mismo trabajo de nuestro Tribunal Constitucional el que hable por sí solo. Comprobemos a través de la obra realizada si, dentro de cada una de sus atribuciones el Tribunal de Garantías Constitucionales estuvo a la altura del esfuerzo requerido, y luego opinemos.

A. En torno a la Acción de Inconstitucionalidad

Como bien señala Eguiguren⁵⁷, el número de acciones interpuestas ante el Tribunal de Garantías Constitucionales es muy reducido si tomamos en cuenta la cantidad de veces que en el debate público diversos actores sociales (parlamentarios, grupos políticos, instituciones gremiales, etc.) ha cuestionado la constitucionalidad de muchas leyes. De hecho, como también anota el mismo Eguiguren, ha habido un uso abusivo del término *inconstitucional*; el cual se convirtió en mero recurso para descalificar el accionar del contendor político o gremial. Pero pensar que ésta es la única explicación a este fenómeno, es un absurdo. Las limitaciones del modelo plasmado en 1979 (sobre todo en este caso, las referidas a dificultades de legitimación procesal para accionar ante el TGC), así como ciertas actitudes y comportamientos de algunos miembros del Tribunal también han tenido su cuota de responsabilidad en la obtención de tan magros resultados.

Samuel Abad, en un excelente trabajo de recopilación y análisis de la labor del Tribunal de Garantías en torno a Acciones de Inconstitucionalidad (pronto a publicarse) señala que, desde su creación hasta febrero de 1992, el Tribunal Constitucional Peruano, únicamente había conocido y emitido pronunciamientos finales (no necesariamente sentencias, como luego vamos a ver con detalle) en once procesos⁵⁸. Tenemos conocimiento de que el momento del cierre de Tribunal, ya se habían resuelto tres casos más y que al cinco de abril, fecha en que por obvios motivos se suspendió la actividad del Tribunal de Garantías Constitucionales, habría unas once demandas de inconstitucionalidad en trámite⁵⁹.

⁵⁷ EGUIGUREN, FRANCISCO: *Los restos de una Democracia Insuficiente*. Lima, CAJ, 1990 p. 65-66. Incluso Leyes cuya constitucionalidad fue muy discutida, como la de *Estatización de la Banca, Financieras y Compañías de Seguros de 1987*, jamás fue vista por el TGC.

⁵⁸ Samuel Abad, en un gesto muy especial que agradecemos, ha tenido la gentileza de facilitarnos su libro *Acción de Inconstitucionalidad: Jurisprudencia Constitucional*, el cual esperamos, a pesar de los acontecimientos político-sociales ocurridos recientemente en nuestro país, ver publicado próximamente. El dato que consignamos en este trabajo se encuentra en la página dos de la Introducción a su investigación.

⁵⁹ Datos proporcionados a Samuel Abad por miembros de la Secretaría del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Las normas impugnadas han sido fundamentalmente leyes: sólo en tres casos se impugnaron Decretos Legislativos. En el único caso que se planteó ante el Tribunal la posibilidad de discutir la constitucionalidad de un decreto de *necesidad y urgencia* (ley en sentido material según la gran mayoría de nuestros constitucionalistas) la demanda respectiva fue declarada inadmisibile. La duración de los procesos, como bien señala Abad, salvo en los primeros casos vistos por el Tribunal de Garantías Constitucionales, se mantuvo dentro de lo razonable. Es más, en algunos casos el desarrollo de la controversia dentro del Tribunal duró poco más de dos meses⁶⁰. Para poder visualizar mejor las demás características y calidad de los fallos emitidos, hemos preparado una pequeña sumilla sobre cada una de las acciones del Tribunal a las que hemos tenido acceso, labor que pasaremos a apreciar de inmediato⁶¹.

La primera acción de inconstitucionalidad presentada al Tribunal, el Expediente N° 001-83-1/TGC⁶², no fue precisamente un debut muy auspicioso para los propugnadores en el Perú de una jurisdicción constitucional concentrada. La demanda planteada por un número de Senadores contra los artículos 2° de la Ley 23.321 y 6° del Decreto Legislativo N° 046 (Normas en que se regulaban los alcances de lo que se entiende por apología del terrorismo), va ser declarada inadmisibile por no haber sido suscrita por el número de veinte o más Senadores exigido por el artículo 299° de la Constitución ni haber señalado domicilio legal en la ciudad sede del Tribunal (Arequipa), tal como lo dispone el artículo 28°, inciso 1°, de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Es este mismo asunto el que va a originar el Expediente N° 002-84-1/TGC, en donde se sientan dos precedentes: uno que podemos calificar como positivo (que el retiro de la firma de uno de los Senadores que suscribió la demanda no extinguió la acción ante el TGC) y otro que va a resultar un pésimo precedente para este Tribunal Constitucional: el no dictar sentencia por no alcanzar el número de seis votos conformes en un sentido dispuesto por el Art. 8° de la LOTGC.

Esta situación va a recibir la crítica generalizada de todos los vinculados de una u otra forma con el quehacer del Derecho Constitucional⁶³.

⁶⁰ Abad, Op. cit., p.4-5 de la Introducción.

⁶¹ Demás está decir que la base de la información en este punto ha sido extraída del trabajo antes mencionado del Samuel Abad; pero también hemos recogido las opiniones de destacados especialistas del medio y plasmado las nuestras.

⁶² Es cierto que entre la fecha de instalación del TGC y el término del año 1982 se presentaron dos recursos a este Tribunal Constitucional invocando ser tramitados como Acciones de Inconstitucionalidad. El primero fue interpuesto por Julio Armaza Chambi contra la resolución que no lo ratificó como Juez de 1ª Instancia. El segundo fue planteado por Reynaldo Naupay contra una resolución municipal. En realidad se trata de reclamos que no logran configurar los marcos de competencia y legitimación procesal en los cuales puede desenvolverse la acción del TGC y por ello no los toma en cuenta dentro de la cronología de causas resueltas vía acción de inconstitucionalidad.

⁶³ Académicamente hablando, el punto más alto en esta situación se desató a través de la polémica generada entre el doctor Manuel Antonio Aguirre Roca, magistrado del TGC y el Doctor Aníbal Quiroga, catedrático de la Universidad Católica, en el N° 3 de *Themis*, revista estudiantil de la Universidad Católica, Aguirre Roca señala sus puntos de vista

Es en este contexto, en el cual el TGC iba perdiendo más su credibilidad ante los diferentes actores sociales, que se va a plantear una acción de inconstitucionalidad promovida por sesenta y un Diputados contra el primer párrafo del Art. 6° de la Ley 23.903 (del 24 de Agosto de 1984), el cual señalaba lo siguiente:

Para los efectos del Art. 203° de la Constitución, se entiende por votos válidamente emitidos, la totalidad de sufragios computados, incluyendo los que resulten nulos y en blanco.

Se remarcaba que con esta disposición se violaba lo dispuesto en el Art. 203° de nuestra Carta Magna.

Por el contexto en el que esta acción se planteaba, fue sin duda la acción de inconstitucionalidad más polémica que ha conocido el TGC. Lo que en esta coyuntura estaba en juego era nada menos que la Presidencia de la República⁶⁴. Ante esta situación, como bien dice Abad. para el TGC sentenciar *no sólo era imperativo constitucional, sino además era sustantivamente relevante para reforzar una legitimidad que paulatinamente iba decayendo*⁶⁵. Pero pasó lo increíble, frente a una causa que tenía a todo el país a la expectativa y en la cual, la credibilidad misma del Tribunal estaba en juego, el TGC no dictó sentencia por no alcanzar el número de votos conformes exigidos por el Art. 8° de la LOTGC⁶⁶.

frente, entre otras cosas, a la posibilidad de que causas presentadas ante nuestro Tribunal Constitucional se queden sin una sentencia, sin importar si ésta resulta positiva o negativa para el accionante. En el número siguiente de la revista antes mencionada, Quiroga expresa su preocupación ante la situación que se ha generado, dejando entrever que Aguirre Roca y los miembros del TGC no podían eludir su responsabilidad de sentenciar. De no hacerlo, incurrirían en responsabilidad funcional (Art. 17°, inc. 5) de la LOTGC) exigible ante el Parlamento. Estas afirmaciones propician una enérgica respuesta de Aguirre Roca en *Thémis* N° 7 y otras publicaciones jurídicas.

⁶⁴ La norma impugnada ante el TGC, tenía una intencionalidad muy clara: impedir que el candidato de oposición Alan García, amplio favorito en las encuestas de opinión de aquellos años, pueda ganar la Presidencia de la República en primera vuelta. El añadir en el cómputo general de votos a los nulos y en blanco hacía prácticamente imposible ello. Ahora, la clara intencionalidad política de la norma no la hace por ello inconstitucional. De allí la importancia de un pronunciamiento jurídico del TGC. ABAD, Samuel: Op. cit. p.202.

⁶⁵ Tres magistrados votaron por declarar fundada la Acción (Peláez Bazán, Corso Masías y Aguirre Roca); dos por declararla fundada en parte (Eguren y Basombrío) y tres por declararla infundada (Osores, Silva Salgado y Rodríguez Mantilla). Uno de los miembros del Tribunal había fallecido, y al no preverse la figura de un miembro suplente, su cargo había quedado vacante. Pero no se vaya a creer que este caso sólo era relevante por sus implicancias políticas. La norma propuesta sustentaba una fundamentación distinta y creativa de una disposición constitucional. Es más, muchos autores consideran que constituía *una opción discutible pero legítima dentro del marco constitucional* (Al respecto ABAD, Op. cit., p.203; EGUIGUREN: *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima. CAJ, p. 144). Sin embargo, algunos de los votos de los miembros del Tribunal parecen no aprovechar la riqueza de la situación planteada para sentar importantes criterios a nivel jurisprudencial.

Para Tirios y Troyanos, esta situación deterioró gravemente la legitimidad del Tribunal de Garantías Constitucionales. Este Tribunal comienza a ser percibido por la opinión pública como una instancia alejada del ciudadano común y corriente a quien le es prácticamente imposible obtener la legitimación procesal para plantear una acción de inconstitucionalidad, o sumamente oneroso. Luego de un dilatado proceso judicial solicita la casación de una sentencia de Habeas Corpus o de Amparo, a la cual puede acceder con gran esfuerzo pero sin la menor seguridad de ver allí acogidos sus requerimientos. Esta percepción se agrava con lo ocurrido en la siguiente causa (Exp. N° 004-84-1/TGC) en la cual una Senadora y veintiún Senadores contra los Arts. 10° (2° párrafo), 11°, 12° y 20° de la Ley N° 23.903, por sostener que dichas normas vulneran los Arts. 64°, 65°, 69° y 175° de la Constitución Peruana de 1979. En este caso, a través del cual se objetaba la existencia del *voto preferencial* para las elecciones parlamentarias de 1985, tampoco el Tribunal dictó sentencia por no haber alcanzado el número de votos conformes que exige el artículo 8° de las LOTGC.

Con estos antecedentes, es comprensible pensar que el flujo de Acciones de Inconstitucionalidad planteadas al Tribunal bajó ostensiblemente. Se entiende pues que debió esperarse hasta 1987 para tener otro pronunciamiento del Tribunal. En este año, veintiún Senadores interponen acción de inconstitucionalidad contra la Ley 24.617 y el Decreto Legislativo N° 371 (ambos de 1986) por considerar que violan los arts. 2°, inc. 18; 67°, inc. 1°; 194°; 233°; 278°; 282°; 284°; 285°; y 295° de nuestra Carta Magna. Uno de los temas controvertidos en esta causa, planteada contra un conjunto de normas con las que se buscaba la reorganización de las Fuerzas Policiales, era que se alegaba la invalidez del Decreto Legislativo N° 371 por haberse emitido éste cuando el plazo de habilitación concedido por el Congreso al Ejecutivo ya había vencido. Sobre el punto, el TGC, por mayoría, hace una interpretación errónea y señala que el plazo de delegación de facultades se computa por días hábiles tal como ocurre con los plazos administrativos, a pesar que de una interpretación sistemática de lo previsto en nuestro texto constitucional se desprende que el plazo en este caso debe computarse por días calendario⁶⁷. Otro elemento cuestionable en lo argumentado es señalar que en el proceso de selección implementado en las Fuerzas Armadas no se viola Derechos Constitucionales fundamentales pues está expedito el ejercicio del derecho de defensa, lo que cualquier ciudadano peruano que apreciase la forma en que se hizo esta evaluación sabía que no era cierto⁶⁸. Frente a estas afirmaciones realmente discutibles, se puede señalar que la sentencia del TGC tuvo como hecho meritorio la consagración de la

Sobre este polémico caso se ha escrito muchísimo. De lectura obligatoria al respecto son, aparte de los trabajos de Abad y Eguiguren ya antes mencionados, el libro de VALLE RIBSTRA, Javier: *El Tribunal de Garantías Constitucionales el caso de los Votos Nulos y Blancos*, Lima, Labrusa, 1986, en donde el autor desarrolla su posición a favor de la inconstitucionalidad del artículo 6° de la Ley 23.903 (no en balde él fue el representante legal de lo 61 diputados accionantes y principal propulsor de esta causa); asimismo, el importante trabajo de GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Una democracia en Transición. Las elecciones peruanas de 1985*. Lima, Okusa, 1986.

⁶⁷ Criterio recogido por el fallo del magistrado Diez Canseco. Al respecto, revisar ABAD, Op. cit. p. 327 y ss.

⁶⁸ ABAD. Ibid p. 330.

teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales, al reconocerse que un derecho en ocasiones puede limitarse en aras de asegurar su funcionalidad y eficacia⁶⁹.

La siguiente causa que conoció el Tribunal (Expediente N° 001-90-1/TGC) fue una acción interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ley 25.051 que declaró de necesidad y utilidad pública la expropiación de un predio ubicado en el distrito de San Ramón, provincia de Chanchamayo. Tiene el mérito de ser la primera acción de inconstitucionalidad declarada fundada por el Tribunal de Garantías Constitucionales. Se argumenta para ello que si bien la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social o las necesidades públicas, cosa que puede canalizarse vía una expropiación, tampoco se trata de imponer una restricción del derecho de propiedad en forma débilmente fundamentada, injusta o desproporcionada. Esto era lo que ocurría en el caso de la Ley N° 25.051, pues le quitaba -por interés social- un terreno a una Asociación de Propietarios para luego entregarle parte de ese mismo predio a otra Asociación de Propietarios, lo que desde la primera impresión se nos presenta como un trato discriminatorio para unos y privilegiado para otros. Esta sentencia es evidentemente un acierto del Tribunal, pero coincidimos con Eguiguren cuando señala que por la naturaleza del tema tratado este asunto tranquilamente pudo haberse abordado por una vía ordinaria, sin recurrir al TGC⁷⁰.

En 1990, podemos apreciar un ligero repunte en la frecuencia para plantear acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal, pero sin que ello vaya necesariamente acompañado de perspectivas más decididas y creativas en los llamados a ejercer desde esta instancia labores de control de la constitucionalidad. Esto lo apreciamos en el Expediente 002-90-1/TGC, causa interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la ley N° 24.243 del 15 de julio de 1985 por considerar que esta norma viola los artículos 2°, 12°, 15°, 16°, 80°, 110°, 124° y 163° de nuestro texto constitucional (esta Ley había concedido un predio a un Club de Residentes de Yurimaguas en Lima, en un espacio previsto para actividades de servicio público comunitario y donde a nivel local se había propuesto implementar una posta). En este proceso, donde se discutía la razonabilidad y proporcionalidad de lo previsto en la ley - discusión de la inconstitucionalidad material de la norma impugnada- antes que su constitucionalidad formal, el Tribunal tampoco pudo emitir sentencia (cuatro votos en un sentido y cuatro en otro). El Fiscal de la Nación volvió a presentar la acción (expediente 001-91-1/TGC), pero nuevamente en esta segunda vez no hubo sentencia, con lo cual éste debe ser un caso único en la historia del control de la Constitucionalidad a nivel mundial⁷¹.

El expediente N° 003-90-1/TGC), acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ley 25.202 del 23.2.90, es tal vez, la más importante de las sentencias del Tribunal en función a la profundidad de sus contenidos independientemente de que estemos de acuerdo con ellos⁷². La ley en cuestión, que creaba una Bolsa de Trabajo

⁶⁹ ABAD, *Ibid'* p. 329-330.

⁷⁰ Eguiguren, Francisco: *El Tribunal de Garantías Constitucionales* p. 49.

⁷¹ ABAD, *Op. cit.*, p. 402.

⁷² En ello coinciden no sólo destacados constitucionalistas peruanos como EGUIGUREN, F.: *El Tribunal...* p. 49; LANDA, César: *La sentencia del TGC sobre la constitucionalidad de la*

para los trabajadores de Construcción Civil. fue considerada constitucional por el TGC, por lo cual se declaró infundada la demanda expuesta por el Fiscal de la Nación.

En este caso concordamos con Abad cuando anota que estábamos frente a un conflicto entre dos derechos: por un lado, el de la libertad de contratar; por el otro, el derecho al trabajo, a la no discriminación de dirigentes sindicales y trabajadores mayores de cuarenta años. Siendo el derecho de libertad de contratación, uno de carácter limitado dentro de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, considerándose además como regla general que los derechos fundamentales pueden sufrir restricciones razonables en tanto ellas no afecten su contenido esencial (la teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales reconocida como válida en 1987 por el mismo TGC), y añadiéndose además que no existía recorte al derecho de libertad sindical por no exigirse la previa afiliación al Sindicato para recibir los beneficios de la Bolsa de Trabajo, concluimos en sumarnos a quienes consideran que el razonamiento elaborado por el Tribunal no sólo es válido sino jurídicamente muy sólido⁷³.

La siguiente acción de inconstitucionalidad que fue de conocimiento del TGC revestía también una significativa relevancia para la interpretación jurídico-constitucional de nuestro país pero, a diferencia de lo ocurrido en el caso anteriormente expuesto, en el Expediente 004-90-1/TGC el Tribunal Constitucional desperdició una invalorable oportunidad para pronunciarse sobre si los Decretos elaborados al amparo del Art. 211º, inc. 20 de la Constitución de nuestro país (conocidos aquí como *Decretos de necesidad y urgencia*) tiene o no fuerza de ley; y si son leyes en sentido material ésta era también una envidiable situación para que el Tribunal interprete de manera menos restrictiva cuáles son las normas susceptibles de impugnarse ante él, superando así una de las -sin duda- principales limitaciones del modelo de Tribunal Constitucional recogido por la Carta Magna de 1979. Nada de esto hizo el Tribunal y evitando entrar al fondo del asunto, declaró inadmisibile la demanda señalando que no estaba dentro de su competencia conocer este tipo de normas⁷⁴.

En el último caso del cual tenemos información, los Expedientes acumulados Nros. 002-91-I/TGC y 003-91/TGC, nos encontramos nuevamente cara a cara con las limitaciones

Ley de la Bolsa de Trabajo y los principios de igualdad y libertad. Derecho, Revista de la Universidad Católica del Perú. Lima, PUC, 1991, p. 433-448, y evidentemente ABAD, Op. cit., p. 416; sino también algunos abogados laboristas de nota, como NEVES, Javier: *Reseña y comentario de la sentencia del TGC en el proceso por inconstitucionalidad de la Ley N° 25.202 iniciado por el Fiscal de la Nación*. Lecturas sobre temas Constitucionales N° 6, Lima, CAJ, 1990 p.167-172.

⁷³ Se pronuncian en este sentido por ejemplo NEVES, Javier: Op. Cit.; VILLAVICENCIO, Alfredo y LOVATÓN, David: *Razón de ser y fundamento constitucional de la Bolsa de Trabajo*. DERECHO Y SOCIEDAD, revista de estudiantes y egresados de la Universidad Católica. N° 3 - p. 32-38; y Abad, Samuel: Op. cit. p. 416.

⁷⁴ Es tal vez esta actitud la que induce al legislador, a incluir poco tiempo después, dentro de la Ley 25.397 (Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República), la procedencia del control de los decretos supremos de necesidad y

del modelo constitucionalmente consagrado, así como frente a una aparente falta de disposición de los miembros del TGC para plantear alternativas creativas al respecto. A través de ambas acciones de inconstitucionalidad acumuladas interpuestas por veintidós Senadores y sesenta y un Diputados contra los artículos 8°, 20° y 21° de la Ley 25.334 (Ley de Crédito Suplementario del Presupuesto del Gobierno Central para el ejercicio Fiscal de 1991, del 27 de junio de 1991, por vulnerar los artículos 42° al 57° de la Constitución; y contra el artículo 292° de la Ley 25.303, Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para 1991, del 16 de enero de 1991, por afectar los artículos 20°, 57°, 60°, 187° y la Octava Disposición Transitoria de la Constitución) lo que se buscaba era un pronunciamiento del Tribunal frente a un conjunto de normas instituidas por el Gobierno de Fujimori para regular durante 1991 diversos aspectos vinculados a la determinación de remuneraciones y condiciones de trabajo, ya sea en el plano individual o dentro de la negociación colectiva para los trabajadores de Empresas del Estado, incluso de aquellos que se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada. El Tribunal declaró fundada la acción respecto a los artículos 20° y 21° de la Ley 25.334 e infundada contra el Art. 8° de la Ley antes mencionada y el Art. 292° de la Ley 25.303. En nuestra opinión, la sentencia hace bien declarando inconstitucionales algunas claras intromisiones de un Estado que aprovechando su *Imperium* se asegura ventajas como empleador sin importarse el deterioro que provoca en derechos laborales fundamentales. No obstante, como bien señalan distinguidos autores al respecto⁷⁵, en el caso concreto el pronunciamiento en cuestión pierde todo sentido, dado que la publicación en 1992 de la Declaración (sin efectos retroactivos) de la inconstitucionalidad de una norma cuyos efectos sólo se circunscribían a 1991, no posee en los hechos ninguna relevancia jurídica. Esta es indudablemente una prueba de las consecuencias que puede traer la innecesaria intervención del Congreso que dispone el Art. 301° de la Constitución de 1979.

Once acciones resueltas en más de nueve años de existencia. Y con lo discutible que en este caso resulta emplear el término *resueltas*, pues, a decir verdad, solo en cuatro ocasiones nuestro Tribunal Constitucional pudo dictar sentencia sobre acciones de inconstitucionalidad. En dos ocasiones más las demandas fueron declaradas inadmisibles y en las otras cuatro, ni siquiera pudo dictarse sentencia, con lo cual los accionantes quedaron en una situación de completa inseguridad jurídica.

Pero el problema no sólo es cuantitativo. Cualitativamente, es poco lo que nos dicen los fallos y votos singulares de los miembros del Tribunal con respecto a acciones de inconstitucionalidad, a pesar de las muchas veces excesiva extensión de sus resoluciones y el abusivo uso de los *votos singulares*⁷⁶.

urgencia vía la Acción Popular ante el Poder Judicial, a pesar de que les reconoce a estas normas la capacidad de suspender los efectos de una ley. Al respecto, revisar ABAD, Samuel: Op. cit. p.432-433.

⁷⁵ Abad, Ibid. p. 442.

⁷⁶ La idea de los *votos singulares* es en principio muy valiosa, como posibilidad de esclarecer los criterios del juzgador y como consecuencia, enriquecer la interpretación constitucional que se haga *a posteriori*. El problema es que en muchos casos resultaron francamente innecesarios y solo traslucían las enormes dificultades entre los miembros del TGC para

El uso de la acción de inconstitucionalidad no generó interés siquiera en los constitucionalmente habilitados para ejercerla⁷⁷. Los diferentes actores sociales pronto buscaron otras soluciones -a veces extrañas al plano de lo jurídico_ para resolver sus conflictos y satisfacer sus requerimientos, mientras el TGC seguía dando *palos de ciego* en búsqueda de la legitimidad perdida.

B. En cuanto a la Casación de Sentencia de Acciones de Habeas Corpus y Amparo.

1. En cuanto a las Acciones de Habeas Corpus, estadísticas elaboradas por Francisco Eguiguren⁷⁸ nos señalan que, entre enero de 1983 y julio de 1990, el TGC conoció de sesenta y cuatro acciones de Habeas Corpus. En la mayor parte de los casos se alegó la existencia de detenciones arbitrarias (36.7%). El flujo de acciones llegadas al TGC es mínimo en comparación a todos los procesos de Habeas Corpus que ve el Poder Judicial ordinario⁷⁹ y si tomamos en cuenta que la cantidad de Habeas Corpus seguidos ante el Poder Judicial Peruano es manifiestamente inferior a la cantidad de casos en los que existen situaciones como detenciones arbitrarias, por citar un ejemplo, vemos que en la práctica, el aporte cuantitativo del TGC para la defensa del derecho a la libertad individual de las personas vía el Habeas Corpus es insignificante; dato realmente preocupante en un país convulsionado por acciones de violencia que fundamentalmente van a atacar este derecho a la libertad individual.

Pero si este dato es de por sí preocupante, el análisis cuantitativo de lo hecho por el TGC en materia de Habeas Corpus no puede ser más que descorazonador: entre enero de 1983 (fecha en que entra en vigencia la Ley de Habeas Corpus y Amparo) y julio de 1990, el Tribunal Constitucional Peruano solo ha ejercido su facultad de casación de *dos oportunidades*, ambas durante 1984⁸⁰. Se repite asimismo el fenómeno ocurrido en los casos de Acción de Inconstitucionalidad: los casos de falta de dictado de sentencia por no alcanzarse los votos conformes al respecto (6 de 64). En el grueso de los casos que llegan al TGC, éste

coniliar voluntades y realizar una labor conjunta a pesar de las indisolubles diferencias existentes entre ellos, muchas de las cuales fueron de conocimiento de toda la ciudadanía. Al respecto ver EGUIGUREN, *Los restos...* p. 65 y del mismo autor *El Tribunal de Garantías...* p. 49.

⁷⁷ De las once causas analizadas, ocho fueron presentadas por Senadores o Diputados y tres por el Fiscal de la Nación. El resto de sujetos habilitados nunca emplearon la acción de inconstitucionalidad.

⁷⁸ EGUIGUREN, Francisco. *El Tribunal de Garantías Constitucionales...* p. 51-52. Previamente, el mismo Eguiguren había realizado un similar trabajo de recopilación y análisis para el período 1983-86, conjuntamente con Marcial Rubio y Samuel Abad. Esta investigación fue publicada en el libro compilado por Quiroga, Aníbal sobre la jurisdicción constitucional. Lima, Fondo Editorial PUC, 1990. pág.233.

⁷⁹ A modo de ejemplo, confrontemos los ochocientos ochenta y ocho Habeas Corpus planteados ante el Poder Judicial entre 1983 y 1986, con las cuarenta acciones de Habeas Corpus que conoció el TGC durante dicho período (Datos extraídos de RUBIO, Marcial; EGUIGUREN, Francisco y ABAD, Samuel: Op. cit., 226 y EGUIGUREN, *El Tribunal...* p. 51

⁸⁰ EGUIGUREN, F. - *El Tribunal...* p. 51.

no casa la sentencia de la Corte Suprema (ello ocurre en cincuenta y seis de los sesenta y cuatro casos registrados) o simplemente deja sin definición el problema puesto en su conocimiento. Muchos entonces podrán pensar que el plantear la casación de una sentencia denegatoria de Habeas Corpus ante la TGC es casi una pérdida de tiempo⁸¹.

Pasando a un análisis mas bien cualitativo de la labor realizada por nuestro Tribunal Constitucional en materia de Habeas Corpus, encontramos que en dicho desempeño se han esbozado algunos criterios interesantes. De ellos, tal vez el más relevante ha sido el definir a nivel jurisprudencial los elementos o condiciones que deben darse para considerar en qué momento nos encontramos ante una amenaza del derecho a la libertad individual que dé lugar a la acción de Habeas Corpus. Así como en el Habeas Corpus interpuesto por Santiago Sanguinetti contra el Ministerio del Interior, el TGC señala que: *Para que la simple amenaza haga procedente la acción de Habeas Corpus, se requiere que sea cierta, inminente e idónea para determinar en el amenazado la convicción de que será ejecutada*⁸². Dos años después, el mismo Tribunal en la acción interpuesta por Miguel Iglesias Silva contra la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, dispone que para que la amenaza dé lugar a la acción... *debe ser cierta e inminente*.⁸³ Concordamos con Rubio, Eguiguren y Abad cuando opinan que nuestro Tribunal ha acogido el criterio por el cual la amenaza de la libertad individual, para ser tal, debe reunir necesariamente los requisitos de inminencia, certeza y probabilidad⁸⁴; posición que, a nivel internacional, sostienen destacados juristas como Nestor Pedro Sagues⁸⁵ y en nuestro país, especialistas en la materia como Alberto Borea⁸⁶. Desafortunadamente, aciertos como la admisión jurisprudencial de un Habeas Corpus con un carácter más bien preventivo no conciben con algunas interpretaciones asumidas por el TGC, sobre todo en temas vinculados con detenciones arbitrarias.

En principio, por lo prescrito en el Art. 2º inciso 20 literal y de nuestra Carta Magna, nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. El detenido deberá ser puesto dentro de las veinticuatro horas siguientes (o en el término de la distancia) a disposición del juzgado que corresponda, salvo en los casos de narcotráfico, terrorismo y espionaje. En ellos cabe detención preventiva por no más de quince días naturales. Esta serie de afirmaciones (al parecer bastante claras) producto de una confusa redacción legislativa, han provocado la existencia de diversas interpretaciones por algunos miembros de las fuerzas policiales siendo muchas de estas interpretaciones abiertamente violatorias del derecho a la libertad individual de cualquier ciudadano, avalan situaciones que podríamos incluir dentro de las detenciones arbitrarias.

⁸¹ Datos extraídos de EGUIGUREN, F. - *El Tribunal...* p. 51.

⁸² Resolución del 2 de julio de 1984 y publicada en *El Peruano* del 10 de agosto del mismo año (p. 14).

⁸³ Resolución del 15 de setiembre de 1986 y publicada en el Despacho Judicial de *El Peruano* del 16 de octubre del mismo año. p. 4013-4015

⁸⁴ RUBIO, Marcial; EGUIGUREN, Francisco y ABAD, Samuel: Op. cit. p. 284

⁸⁵ SAGUES, Néstor Pedro: *Habeas Corpus*, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 83-85.

⁸⁶ BOREA, Alberto: *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy*. Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985. p. 26-27.

Contra el sentido en el que creemos debería inspirarse su labor -propiciar una interpretación de la norma Constitucional que preserve e incluso extienda los alcances de los derechos fundamentales- el TGC, frente a casos como el de Antonio Pusari Ramos⁸⁷ asume posiciones de un corte más bien restrictivo, optando por ejemplo por una interpretación del artículo 2º Ind. 20 Lit. y que admite como válidas las detenciones preventivas sin necesidad de flagrante delito y hasta por quince días (siempre que se cumpla con dar cuenta al juez dentro de las primeras veinticuatro horas) en casos de terrorismo, narcotráfico y espionaje. En nuestra modesta opinión consideramos francamente inconveniente para un organismo que busca legitimarse frente al ciudadano común como el garante de un estado de cosas respetuoso de los derechos de todas las personas, optar finalmente por alternativas interpretativas como las antes señaladas.

2. En cuanto a la Casación de Acciones de Amparo, según Eguiguren⁸⁸, entre enero de 1983 y junio de 1990, nuestro Tribunal Constitucional conoció de trescientas treinta y dos acciones de Amparo. De ellas sólo casó setenta y tres, no casó doscientas veintiocho y no alcanzó a dictar fallo en treinta y una (un 9,3 % del total). Aunque evidentemente con sumas bastante más altas, se mantienen proporciones que guardan similitud a las vistas en los casos de Habeas Corpus.

Otro dato semejante al apreciado en las Acciones de Habeas Corpus es el reducido porcentaje de Amparos conocidos por el TGC en comparación con el número de estas acciones que se plantean ante el Poder Judicial. Como muestra de ello, un dato extraído de la investigación *Evaluación de cuatro años de Habeas Corpus y Amparo en el Perú: 1983-1986*: De las mil ochocientas treinta y dos causas de Amparo planteadas entre 1983 y 1986 (y a pesar de que mil setecientos nueve de ellas tenían resoluciones denegatorias), sólo ciento cincuenta y siete de ellas fueron finalmente planteadas ante el TGC (⁸⁹). Una vez más se hace palpable la restructuración de nuestro modelo de Tribunal Constitucional en este punto, acortando las instancias que deben conocer de estos procesos para así agotar la vía judicial.

Pasando a un somero análisis de la calidad de sus sentencias, encontramos aquí que el TGC desarrolla un papel que, aunque no podemos calificar de sobresaliente sería justo reconocerlo como satisfactorio, por lo menos en líneas generales.

⁸⁷ Sentencia publicada en *El Peruano* del 7 de marzo de 1985 (p.7) y reproducida parcialmente en EGUIGUREN, FRANCISCO: *La Libertad Individual y su Protección Judicial mediante la acción del Habeas Corpus* p. 294 y RUBIO, EGUIGUREN y ABAD. Op. cit. p.253. (ambos tratados están incluidos en *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, libro compilado por Anibal Quiroga y publicado por el Fondo Editorial de la PUC en 1990. Pusari alegaba haber sido detenido arbitrariamente por terrorismo, sin que existan cargos en su contra de haber sido encontrado en flagrante delito. No hubo sentencia por falta de votos conformes, pero la opción mayoritaria proponía declarar la inexistencia de una detención arbitraria porque (...) conforme a lo que norma la última parte del punto g del inciso 20 del art. 2 de la Constitución del Estado, no es imprescindible la orden judicial tratándose de delitos de terrorismo, narcotráfico o espionaje (...).

⁸⁸ EGUIGUREN, FRANCISCO: *El Tribunal...* p. 52.

⁸⁹ RUBIO, MARCIAL; EGUIGUREN, FRANCISCO; ABAD, SAMUEL, Op. cit. p.231.

En nuestro país, se calcula que más o menos un setenta por ciento de los Amparos resueltos por el Poder Judicial Ordinario, son planteados contra decisiones judiciales⁹⁰. El problema se genera cuando el Art. 6º inciso 2 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo (Ley 23.506) dispuso que no procedan acciones de garantía contra las resoluciones judiciales emanadas de un *procedimiento regular*, pero sin detallar cómo debía interpretarse este concepto, El Poder Judicial, tradicionalmente reticente a -vía el amparo- revisar el sentido de sus fallos, encontró en este Art. 6º de la Ley 23.506 un elemento para sistemáticamente -salvo en contadas y honrosas excepciones- denegar amparos contra resoluciones judiciales. El TGC, aunque todavía sin gran permisibilidad, casó algunas causas por considerar que había un procedimiento irregular. Es más, en el caso de Glicerio Cáceres Vega, el Tribunal intenta definir el procedimiento irregular (aquel que sí origina amparos contra Resoluciones Judiciales). Calificándolo como

“(…) aquel en que se ha incurrido en violación o amenaza de violación cierta e inminente de algún derecho constitucional de la persona comprendido en un proceso judicial o una garantía constitucional de la administración de justicia (…)”⁹¹.

Otro punto importante a favor del TGC ha sido el tratamiento del tema de las vías previas en el Amparo.

Aunque en líneas generales nuestro Poder Judicial ha desarrollado una jurisprudencia bien fundamentada al respecto, no han faltado errores como el cometido en el fallo del caso *Cervecera del Sur* contra *Consejo Provincial del Cuzco*, en donde la Corte Suprema asumió el *Edicto* como primera norma de carácter administrativo sin serlo (los Arts. 109º y 110º de nuestra *Ley Orgánica de Municipalidades* definen a los *Edictos* como actos de Gobierno de Carácter general) y en base a esa equivocación conceptual denegó el recurso impugnatorio de la *Cervecera* según se desprende de la sentencia elaborada para este proceso y publicada en el *Diario Oficial El Peruano* del 16 de Diciembre de 1985⁹².

El Tribunal de Garantías Constitucionales no sólo ha estado casando resoluciones de ese tipo, sino también ha intentado sentar jurisprudencia al respecto, tal como se desprende del caso *Cueva Martín* cuando dice que:

*Hay vía previa exigible (...) cuando el accionante de Amparo ha agotado la vía administrativa disponible para su reclamación constitucional o cuando el afectado en sus derechos constitucionales por una persona jurídica privada -una asociación por ejemplo- de la que es miembro, ejercita la acción de Amparo sin recurrir previamente a los órganos superiores correspondientes según el estatuto*⁹³. Lo discutimos finalmente plasmado en materia de acciones por el TGC de casación de acciones de Amparo, es una demostración

⁹⁰ Rubio, Eguiguren, Abad: *Ibid.* p.265.

⁹¹ Sentencia recogida por RUBIO; EGUIGUREN; ABAD. *Op. cit.*, p. 267.

⁹² Resolución publicada en el Despacho Judicial del diario oficial *El Peruano*, del 16 de diciembre de 1985 (p. 1153).

⁹³ Resolución publicada en el Despacho Judicial del diario oficial *El Peruano* del 11 de marzo de 1986 (p. 2098). Al respecto también revisar RUBIO; EGUIGUREN; ABAD. *Op. cit.* p. 269.

de que a pesar de las limitaciones del modelo constitucional, si un grupo humano pone interés en estar a la altura de los retos que se le encomiendan, de hecho se le hará más fácil el camino por recorrer. A pesar del número limitado y de los casos que no llegan a tener sentencia, el Tribunal Constitucional ha demostrado que puede hacer algunos aportes de significativa relevancia en el tema de control de la constitucionalidad. Y eso es bueno.

II. Algunas notas sobre el ejercicio de control difuso de constitucionalidad en el Perú desde 1979.

Si bien no existe, como sí ocurre en el caso del TGC, una serie de estudios actualizados que detallen el accionar de formas de control difuso de la constitucionalidad⁽⁹⁴⁾, podemos apuntar algunos elementos de lo ocurrido al respecto.

Si evaluamos la baja proporción de derechos en comparación con el número de acciones de garantía presentadas⁹⁵, y a esto le añadimos la poca factibilidad de que en la práctica judicial se aplique la primera parte de lo dispuesto por el Art. 236 de nuestra Carta Magna fuera de una Acción de Garantía⁹⁶, podemos concluir, concordando con destacados especialistas en la materia⁹⁷, que el modelo de jurisdicción constitucional aquí consagrado resulta ser ineficaz por lo extenso y oneroso de los procesos, así como por lo flexible de los criterios jurisprudenciales, acogiendo muchas veces interpretaciones más bien restrictivas de muchos derechos fundamentales, como posteriormente veremos en detalle.

La mayoría de los Habeas Corpus y Acciones de Amparo no llegan al conocimiento de la Corte Suprema⁹⁸. Sobre la Acción Popular, cuya reglamentación procesal data del veinte de diciembre (Ley 24.968), no se tiene mayor información al respecto.

⁹⁴ Los trabajos más completos y recientes sobre este tema se remontan a 1986.

⁹⁵ Según el estudio realizado por RUBIO, EGUIGUREN Y ABAD (op. cit., p.228, 232-233), sin duda el trabajo más completo sobre la materia hecho en nuestro medio, sólo un 9.1% de los Habeas Corpus planteados ante el Poder Judicial eran declarados fundados; un 9.5% infundados y casi un 80% improcedentes (el porcentaje de demandas inadmisibles era bastante reducido). En el caso de la Acción de Amparo, los resultados no son muy distintos: sólo un 7.3% fueron declarados fundados, un 11.3% infundados y más de un 70% improcedentes, siendo también aquí el margen de amparos inadmisibles muy pequeño. En el caso del Habeas Corpus, siendo la causal alegada más importante la detención arbitraria, esto puede generar la riesgosa percepción de encontramos frente a una total desprotección de la libertad individual.

⁹⁶ El artículo 236 de la Constitución Política del Perú de 1979 señala que: *en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera*. Igualmente prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.

⁹⁷ Ver RUBIO, EGUIGUREN Y ABAD. Op. cit., p.230. Ellos añadirán en la página 249 un comentario con el que estamos plenamente de acuerdo: *el largo trámite ante juzgados y cortes superiores más el costo de recurrir a la Corte Suprema, es un obstáculo a la defensa constitucional en el Perú y que, por lo tanto, ella no se cumple cabalmente, debido entre otras razones, al tipo de procedimiento existente*.

⁹⁸ Según RUBIO, EGUIGUREN Y ABAD. Op. cit., p.244, hasta 1986 el 62% de los Amparos y el 57.7% de los Habeas Corpus concluyen antes de llegar a la Corte Suprema. Por nuestra

En los casos de acción de Habeas Corpus y Amparo esto puede tener consecuencias poco deseables para quienes apostamos por fortalecer una Jurisdicción Constitucional de la libertad; pues sólo los Habeas Corpus y Amparos que hayan tenido sentencias denegatorias en la Corte Suprema son los que podrían ser conocidos por nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales.

Pasando a analizar los criterios jurisprudenciales existentes, podemos sin duda alguna señalar que en el caso del Habeas Corpus hay una comprensión sumamente restrictiva de los alcances del artículo 2 inciso 20-g de nuestra Carta Magna. Esto se expresa en sentencias como la publicada en *El Peruano* de 23 de marzo de 1984 (p.16), en la que se señala que:

(...) sólo resulta procedente la Acción de Habeas Corpus por e arbitraria, en el supuesto de que una persona sufra la pérdida de su libertad por un lapso de más de veinticuatro horas, sin ser puesta a disposición de la autoridad competente".

Este criterio permitiría detenciones policiales de personas consideradas sospechosas al efecto de realizar investigaciones, posición que contradice una interpretación de acuerdo con la comprensión que tiene el texto constitucional sobre el tema de la libertad individual⁹⁹.

Pero nuestra discrepancia con los criterios manejados por el Poder Judicial Ordinario no queda allí. Acogiéndose a una interpretación literal de lo dispuesto en el Art. 38 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, el cual señala la improcedencia de las acciones de garantía durante la vigencia de Estados de Excepción (no tan excepcionales en nuestro país como consecuencia de su actual situación social y política), la gran mayoría de jueces declara improcedente cuanto Habeas Corpus se le presente. Ya sea por desconocimiento o por temor a una sanción por responsabilidad funcional, los jueces -salvo honrosas excepciones¹⁰⁰- no analizan si existe razonabilidad entre la causa del Estado de Excepción

cercana experiencia personal y profesional, no creemos que las proporciones hayan variado demasiado.

Cabría anotar también como posible explicación a que un mayor número de causas de Amparo no llegue a la Corte Suprema no es sólo falta de recursos económicos para seguir litigando sino también que muchos ven en el Amparo un procedimiento en el cual pueden invocar medidas cautelares de sus derechos mientras ganan tiempo en el fortalecimiento de sus pretensiones. Este uso abusivo del Amparo ha sido de alguna manera limitado por una Ley modificatoria de la 23.506, la Ley 25.011.

⁹⁹ En igual sentido se pronuncian entre otros ALIAGA, Oscar: *Libertad individual*. En: EGUIGUREN, Francisco: *La Constitución Peruana de 1979 y su problema de aplicación* Lima, Cuzco, 1987. - BURNEO, José: *Derecho de la persona ante el juez, la policía y en la cárcel*. Lima, CEAS, 1985 p. 83-84; RUBIO, Marcial, EGUIGUREN, Francisco y ABAD, Samuel: Op. cit., p. 252

¹⁰⁰ Como la del doctor César San Martín, brillante magistrado injustamente separado de la carrera judicial luego del autogolpe del 5 de abril de 1992.

y el derecho afectado. Tampoco aprecian si se puede encontrar proporcionalidad entre la medida restrictiva y los fines que motivaron su declaración¹⁰¹.

Siendo cierto que vía Habeas Corpus se ha ejercido en casos como el *Liberona* un control de constitucionalidad podemos apreciar que sigue siendo aún muy limitada la posibilidad de un eficiente control constitucional difuso en nuestro país, por lo menos en lo referente al Habeas Corpus.

En el caso de la Acción de Amparo, podemos señalar que existen aciertos y desaciertos que en un balance general no le permiten consolidar del todo su rol como mecanismo facilitador de un eficiente control de constitucionalidad difuso, a pesar de reconocer, al igual que Valle Riestra los indudables intentos de la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema por desempeñar esta labor¹⁰². Se mantiene la mala costumbre de seguir emitiendo sentencias sin motivación expresa, cosa grave en términos de jurisdicción constitucional. Se sigue siendo renuente a inaplicar disposiciones anti constitucionales para casos concretos, máxime si muchas de esas disposiciones pueden provenir de resoluciones judiciales (principal motivación de los amparos de nuestro país. Recién es a partir de casos como el de Leandro Villafuerte contra Tribunal Agrario, en 1986¹⁰³, en que la Corte Suprema acepta que una Resolución Judicial podría violar derechos constitucionales: pero nunca lo ha hecho con demasiada frecuencia). A pesar de ello, vía Amparo la Corte Suprema resolvió algunos casos en los que ejerció un control difuso de Constitucionalidad frente a normas que violentaban derechos constitucionales. Un importante ejemplo al respecto es el caso *Moral versus Jockey Club*, donde se consagró el principio de no expulsión sin juicio previo ni reglas previas (derecho de defensa); otro, el de las indebidas invitaciones al retiro de varios generales, sin mayor proceso ni justificación, la Corte suprema ordenó su reposición. Para algunos autores la jurisprudencia emitida por la Segunda Sala Civil de nuestro Supremo Tribunal de Administración de Justicia, fue incluso más rica que la desarrollada por el TGC sobre este punto¹⁰⁴. Luego de lo expuesto, no hay que ser muy erudito para comprobar que el modelo de control de constitucionalidad plasmado en nuestra Carta Magna de 1979 estuvo muy lejos de cumplir los objetivos para los cuales fue creado. Y esta no es sólo responsabilidad de estructuras institucionales mal conformadas, sino también de las actitudes de los hombres llamados a resolver creativamente las limitaciones de los modelos teóricos que tienen frente a ellos. En el caso de nuestro Poder Judicial, poco de nuevo hay que decir al respecto salvo que, con honrosas excepciones, se podría sostener en líneas generales la misma argumentación empleada para sustentar la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales. Es más bien sobre el quehacer de este Tribunal sobre el cual quisieramos centrar nuestro análisis.

Coincidimos plenamente con Eguiguren¹⁰⁵ cuando señala que:

¹⁰¹ Al respecto, ver RUBIO; EGUIGUREN; ABAD: Op. cit. p. 256 y ss.

¹⁰² VALLE RIESTRA, Javier: *El fracaso de la Constitución* Op. cit., 22-23.

¹⁰³ Caso citado por RUBIO, EGUIGUREN, ABAD: Op. cit. p. 256.

¹⁰⁴ Así opina por ejemplo VALLE RIESTRA, Javier: *El fracaso...* op. cit. 22-23.

¹⁰⁵ EGUIGUREN, Francisco: *El Tribunal...* Op. cit. p. 53.

Una evaluación objetiva de la tarea desplegada por el TGC (...) años (...) de funcionamiento arrojan sin duda un balance más bien desfavorable sobre su gestión. No es exagerado afirmar que muchas de las expectativas que se cifraron en el Tribunal han quedado defraudadas y que los males que se quisieron corregir con su creación no han sido significativamente superados.

En otro de sus libros, el mismo autor nos dice que:

Existe relativo consenso en considerar que el TGC no ha logrado alcanzar la gravitación y trascendencia en la vida nacional que se pretendió con su incorporación constitucional; incluso se tiende a percibir su rol como cada vez más deslucido o diluido". (...) "Su papel ha sido poco relevante e incluso decreciente, con una casi imperceptible contribución al desarrollo de la constitucionalidad y la democracia en el país¹⁰⁶.

Luego de esta objetiva pero demoledora crítica en la que palabras más o menos coinciden todos los estudiosos del área constitucional en nuestro país, habría que señalar nuevamente que los defectos del modelo previsto por los constituyentes de 1979 no es el único elemento explicatorio de la crisis del TGC. Coincidimos con Abad cuando señala que:

A las conocidas deficiencias normativas se han unido criterios interpretativos erróneos, un apego indebido de algunos de sus miembros a los órganos que los designaron, y también indudables influencias políticas, que en conjunto no le han permitido contar con un adecuado desarrollo¹⁰⁷.

Es más, lejos de enfrentar las limitaciones que el marco constitucional les había impuesto, muchos de los magistrados se empeñaron en discordias intestinas, llegándose inclusive a la enojosa situación de que uno de los miembros del Tribunal denuncie en vía de *impeachment* ante el Parlamento al entonces presidente del TGC y a otros de sus miembros, acusándoles haber realizado un sorteo fraudulento para determinar qué magistrados del Tribunal cesaban en el ejercicio de sus cargos¹⁰⁸. Es en un contexto como éste y como parte del *paquete de medidas* (por llamarlo de alguna forma) dictado luego del autogolpe del 5 de abril (cierre del Congreso, destitución de casi todos los vocales de la Corte Suprema, Fiscales Supremos, etc.) que desde el lunes 6 de abril de 1992, el Gobierno de facto suspendió las labores de nuestro Tribunal Constitucional. Allí quedó aparte de algunas causas en trámite (unas dieciséis casaciones de Amparo, tres casaciones Habeas Corpus y once demandas de inconstitucionalidad según el informe de la Secretaría del TGC a Samuel Abad) una experiencia frustrada y frustrante de control constitucional concentrado. Por otro lado, nuestro Poder Judicial está copado por magistrados designados directamente desde Palacio de Gobierno, por lo cual no creemos que en corto y mediano plazo estén dispuestos a ejercer un control de constitucionalidad de las normas de que quien hoy es Ejecutivo y Legislativo al mismo tiempo. La convocatoria a un Congreso Constituyente puede ser

¹⁰⁶ EGUIGUREN, F.: *Los Retos...* Op. cit. p. 60 y 64.

¹⁰⁷ ABAD, Samuel: Op. cit., p. 2 de la introducción.

¹⁰⁸ Situación comentada por Valle Riestra, J.: *El Fracaso...* p. 21.

entonces un buen pretexto para tomar una posición muy clara al respecto y diseñar un modelo constitucional cualitativamente superior al instituido en 1979.

Con respecto a las propuestas de reforma del tratamiento constitucional del control de la constitucionalidad, lo primero que tendríamos que decir es que si detallamos cada una de ellas probablemente deberíamos elaborar un texto casi tan extenso como el que actualmente ya venimos concluyendo. Trataremos entonces de hacer una apretada síntesis de todo lo trabajado sobre este tema. La primera distinción que podemos hacer al respecto está entre las propuestas que plantean la supresión del Tribunal de Garantías Constitucionales y por ende de todo organismo que pueda asumir funciones de control de constitucionalidad dentro de un modelo austríaco o concentrado y quienes apuestan por el mantenimiento de un Tribunal Constitucional bajo pautas bastante diferentes al creado en 1979.

Quienes suscriben la primera propuesta se subdividen a su vez entre los que no explicitan los canales a través de los cuales se ejercerían las funciones de control de constitucionalidad (debemos suponer que en esos casos finalmente será la Corte Suprema, ya sea en Sala Plena o a través de una de sus salas, quien conocería este tipo de causas) y quienes como Valle Riestra, otrora decidido promotor del Tribunal Constitucional y hoy desencantado de las bondades de un sistema de control constitucional concentrado, propone que la jurisdicción constitucional sea atribuida a una Sala Ad Hoc de la Corte Suprema¹⁰⁹.

Nosotros nos encontramos más bien entre quienes creen que, en líneas generales, el sistema mixto de control de la constitucionalidad es el que más ventajas ofrece para la defensa de los derechos ciudadanos, ya sea a nivel individual o en un plano más bien colectivo, pues nos proporciona la seguridad jurídica de tener criterios jurisdiccionales más bien unificados (y aplicables por ley a todas las situaciones que sean similares sin por ello cerrarnos a la posibilidad de que eventualmente en un litigio ante el Poder Judicial Ordinario podamos reclamar la inaplicabilidad para el caso concreto de una disposición que va contra nuestros derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Ahora, para que este modelo de jurisdicción constitucional sea viable y socialmente reconocido como eficiente, debe fundamentalmente estructurarse un Tribunal Constitucional bastante distinto al actual. Al respecto se plantea hacer reformas o por lo menos precisar mejor los siguientes temas (¹¹⁰):

¹⁰⁹ VALLE RIESTRA, J.: *El Fracaso...* p. 22. Este destacado constituyente propone asimismo que esta sala debería estar compuesta por cinco magistrados: uno designado por el Parlamento, otro por el Ejecutivo, el tercero por el Poder Judicial, el cuarto por los Colegios de Abogados y el último por las Facultades de Derecho.

Dichos magistrados tendrían un mandato de seis años y renovación bienal.

A esta Sala Constitucional se podría recurrir en vía de acción y excepción, liberalizando la legitimación o capacidad para demandar. Es más, se sugiere que en materia de acciones de garantía pueda conocer directamente de los procesos, obviando cualquier distancia inferior.

¹¹⁰ Sin duda, la mejor propuesta al respecto que ya es de conocimiento público es la elaborada

1. Explicitar el papel del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución. Se busca así evitar hechos como el que intentó provocar la CAPECO (Cámara Peruana de la Construcción), que al no conseguir que el Tribunal declare inconstitucional la Bolsa de Trabajo (Exp. 003-90/TGC, comentado en un punto anterior de este texto) pretendió desconocer la validez del mismo y sustraerse a los efectos de la ley 25.202 planteando una Acción de Amparo.
2. Modificar la composición del Tribunal: en nuestra opinión el que esta instancia se encuentre integrada total o mayoritariamente por personas designadas por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial atenta contra la autonomía e independencia de criterio que el Tribunal Constitucional debe mantener a toda costa. Pensamos más bien, que las instancias que deberían elegir a todos o a la mayoría de los miembros del TGC son los colegios de Abogados y los Decanos de las Facultades de Derecho del país.
3. Cambiar los requisitos para ser miembro del Tribunal: en un país demográficamente joven, y donde uno de los requisitos para ser Presidente de la República o Senador es tener 35 años de edad, pedir 50 años para ser miembro del TGC parece ser excesivo. A este requisito añadiríamos otros dos: la dedicación a tiempo completo y la acreditación de una sobresaliente calidad académica (maestrías o doctorados de ser posible). La labor del Tribunal Constitucional requiere de personas con un amplio manejo de las Ciencias Jurídicas que realmente hagan uso de todos sus conocimientos y esfuerzos para el desarrollo de las difíciles tareas que se le han encomendado.
4. Variar la sede de Arequipa a Lima, centro político y jurídico del país, sin descartar la posibilidad de que el TGC pueda excepcionalmente sesionar en otra ciudad del país.
5. Con respecto a la duración en el cargo, estamos de acuerdo con la propuesta del CEC en que la renovación por tercios de los miembros de Tribunal ha sido más problemática que beneficiosa para el buen funcionamiento de esta institución¹¹¹. En lo referente a la no reelección de sus integrantes, otro punto de continuo debate, creemos que ésta es conveniente sólo si es que existe participación de los tres poderes públicos en la designación de los miembros del TGC.
6. Con respecto a la estructura interna del TGC recogemos la propuesta de *Eguiguren*¹¹²

por nuestro Centro de Estudios Constitucionales, instancia que agrupa a buena parte de los más destacados constitucionalistas peruanos. El documento -que incluso consigna ya redactadas las normas pertinentes, ha sido publicado en *Lecturas sobre temas Constitucionales N° 8*, Lima CAJ, 1992.

¹¹¹ CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES - proyecto de nuevo articulado para el Título V de la Constitución de 1979. En: *Lecturas sobre temas Constitucionales N° 8*, Lima, CAJ 1992 p. 262 - 264.

¹¹² EGUIGUREN: *El Tribunal...* p. 57; y luego el CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES - Op. cit. p. 264.

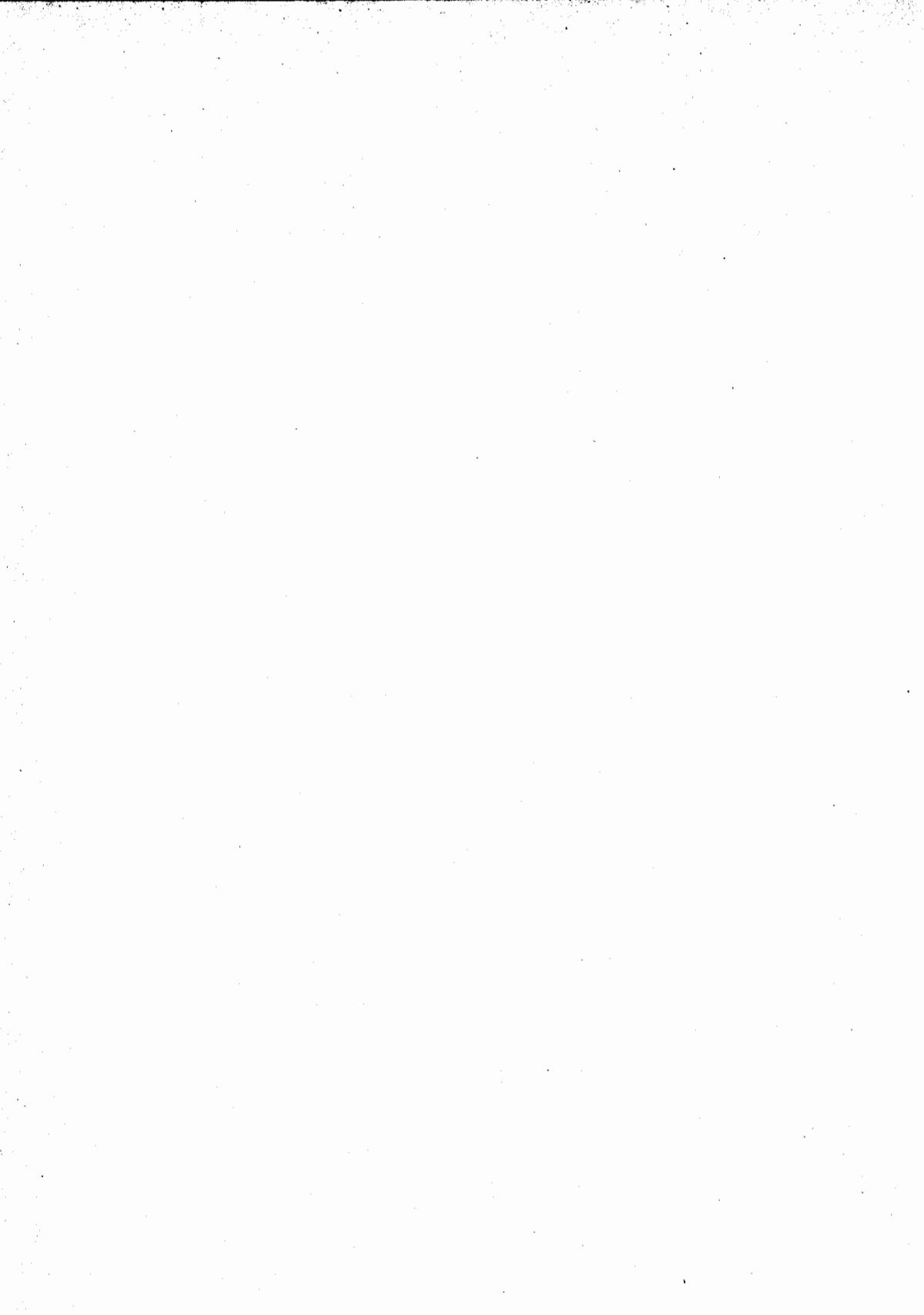
de dividir al Tribunal en dos salas; así como separar las labores de esta institución en tareas propias del pleno (como por ejemplo, el conocimiento de acciones de inconstitucionalidad) y tareas propias de las salas (como por ejemplo, el conocimiento de acciones de Habeas Corpus y Amparo).

7. Creemos indispensable acabar también con la perniciosa costumbre de *no dictar sentencia por no reunir los votos conformes* pasando a designarse miembros suplentes, quienes definirían las discordias y reemplazarán a los miembros titulares ausentes o impedidos de intervenir en una causa.
8. Consideramos que deben darse más atribuciones al Tribunal Constitucional. Por ejemplo, nos parece injustificable que no esté dentro de sus responsabilidades resolver los posibles conflictos de competencia que puedan surgir entre las diferentes instancias del Gobierno Central con sus equivalentes regionales o locales.
9. En lo referente a los efectos de la sentencia, que declara la inconstitucionalidad de una norma, creemos una vez emitida, el Tribunal debe hacer publicar de inmediato dicha sentencia sin ninguna remisión previa al Congreso; y en salvaguarda del principio de seguridad jurídica, la sentencia no debe tener efectos retroactivos.
10. Hemos dejado para el final algunas modificaciones que sentimos fundamentales para asegurar la viabilidad de este Tribunal Constitucional. En nuestra perspectiva, el control de la constitucionalidad de las normas sólo es un conjunto de buenas intenciones si es que continuamente no se va legitimando frente a la población como una verdadera posibilidad de defensa de sus derechos. Y para ello, es vital ampliar la cobertura de situaciones que el Tribunal debe conocer (concordamos con quienes proponen la conveniencia de que el TGC resuelva todas las impugnaciones a todas aquellas normas de carácter general, eliminando la Acción Popular como una garantía autónoma¹¹³; asimismo, con que se amplíe el margen de normas impugnables por inconstitucionalidad al TGC a todas las disposiciones con fuerza de ley), impedir que la casación de acciones de Habeas Corpus y Amparo siga funcionando con los mismos criterios (proponemos por ello recortar las instancias que dentro del Poder Judicial deben conocer de estas causas antes de que estos procesos sean enviados al TGC; creemos también que deben evitarse el reenvío a la Corte Suprema, por lo menos en caso de errores *in iudicando*) y por último, flexibilizar la legitimación procesal para las acciones de inconstitucionalidad (para ello nos sumamos a quienes proponen aumentar el número de sujetos habilitados, así como diferenciar los requisitos para interponer acciones de inconstitucionalidad según la norma que se quiera impugnar). El Perú está hoy frente a un reto, el reto que asume toda sociedad civilizada de asegurar las condiciones mínimas indispensables para permitir el desarrollo individual y colectivo de todos sus miembros. Esto significa, entre otras cosas, institucionalizar canales e instancias que permitan

¹¹³ Con lo cual no se impide la posibilidad de que el Poder Judicial ejerza control difuso en casos concretos. Ver al respecto CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES - Op. cit. p. 258.

la resolución de conflictos entre intereses diversos y hasta contrapuestos. Si a las puertas del siglo XXI nuestra labor es infructuosa y no podemos llenar de contenido vivencial ni legitimar conceptos que tanto ha costado construir como Constitución, control constitucional de las normas, democracia y respeto a la libre elección de los otros, la cuerda podrida de la que hablaba Cronwell terminará de romperse, y aunque las ropas y algunos estilos de vida hayan cambiado, estaremos en el fondo irremediabilmente volviendo a la barbarie.

ELOY ESPINOSA SALDAÑA B.



EL ROL SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE AMPARO

POR NÉSTOR PEDRO SAGÜES

Sumario: 1. Introducción. Sistemas vigentes en el derecho comparado. a) la tutela alternativa; b) la tutela subsidiaria. 2. El caso colombiano. 3. Dimensiones de la supletoriedad. Un presupuesto de admisibilidad de la tutela. 4. Pautas de evaluación. Intensidad del contralor judicial. 5. Modalidades (objetivas o subjetivas) del contralor. 6. Caso de los procesos ordinarios con medidas cautelares. 7. Ejemplificaciones. 8. Conclusión.

1. Introducción. Sistemas vigente en el derecho comparado.

La acción de *amparo* (como se la llama en el derecho mexicano o argentino), de *tutela* (en el colombiano), de *protección* (en el chileno), de *seguridad* (en el brasileño), es un tema de *derecho procesal constitucional*. Esta última asignatura, de gran pujanza e imprescindible para la vigencia del estado de derecho, tiene dos grandes capítulos: *la magistratura constitucional* (es decir, los órganos jurisdiccionales encargados de velar la supremacía de la Constitución) y los *procesos constitucionales* (que son las rutas procesales destinadas a tramitar de modo concreto esa supremacía de la Constitución). Entre los procesos constitucionales cabe mencionar al *habeas corpus*, las acciones de inconstitucionalidad y la tutela, amparo, protección o mandato de seguridad. (1)

En tal sentido, existen en la vitrina del derecho comparado dos alternativas básicas para programar a la tutela o amparo:

a) *La tutela (amparo) alternativa*. En esa hipótesis, producido (o a producirse) un acto lesivo de derechos constitucionales, el perjudicado puede escoger entre plantear la tutela o (a su discreción) interponer otros procesos o recursos, paralelos a la tutela. Normalmente, elegida una vía no podrá ocurrir a la otra. (2)

¹ V. Sagües, Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional" Tomo I "Recurso extraordinario" (Buenos Aires, 1992) 3ª ed., T. I p. 3 y sigtes. ed. Astrea.

² V. por ejemplo al respecto a la ley 23.506 del Perú, cuyo texto después corregido por la ley 25.011, estableció que no procedía al amparo *cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria*. Véase sobre el tema Abad Yupanqui Samuel B., "Acción de amparo y vías paralelas", en Comisión Andina de Juristas, "Lecturas sobre temas constitucionales 4" (Lima, 1990), p. 136 y sigtes.

Un sistema de este tipo tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Por un lado, evita que una tutela sea fácilmente rechazada so pretexto de haber otros vías idóneas para proteger al derecho vulnerado. Agiliza, pues, la defensa de la Constitución. Por otro, fomenta la proliferación de acciones de tutela, incremento que puede provocar una devaluación forense del instituto: no es lo mismo que un juez deba resolver un par de tutelas en un mes, a que deba atender a decenas de ellas. Al mismo tiempo, esa inflación de tutelas obligará a programar múltiples órganos jurisdiccionales para atenderlas debidamente (y tal vez, a instrumentar un “fuero constitucional”, especializado en ellas). Si eso no ocurre, una catarsis de tutelas puede provocar una congestión en el funcionamiento cotidiano de los tribunales, y a la postre, un colapso de la administración de justicia.

En ciertos países, un exceso de tutelas ha suscitado un serio bloqueo en la operatividad de sus cortes supremas o salas constitucionales (caso, v. gr., de Perú y Costa Rica). Ello puede motivar la imposibilidad de resolver adecuadamente tal cúmulo de procesos de amparo o tutela, o lo que es tan grave, el deslizamiento de responsabilidades de los miembros tutelares de los más altos tribunales a secretarios y auxiliares, es decir, a la llamada “junior court” en el derecho estadounidense.

b) *La tutela (amparo) subsidiaria.* Conforme a esta segunda variable, la tutela o amparo cumple un rol *supletorio* o *heroico*: opera únicamente si, ante un acto lesivo de derechos constitucionales, el afectado no tiene acciones o procesos para impugnarlo o si existen, pero no son idóneos o eficaces para enfrentar a tal acto lesivo.

Según esta posibilidad, el amparo es una vía procesal excepcional, dotada de una “magia” o aura especial. Cargado de cierta electricidad estática forense, el expediente de tutela cuenta con un respeto y temor reverencial propio e intransferible, al estilo del habeas corpus. Esto hace a lo positivo de tal variable. Por el contrario, con la excusa de la subsidiaridad es posible que muchos magistrados desechen livianamente tutelas porque no se ha probado la inexistencia de otras vías paralelas o concurrentes al amparo, aptas para atacar al acto lesivo de los derechos constitucionales.

Cabe subrayar que sea cual fuese la variable que se prefiera, el tema es muy importante en la experiencia y en la vigencia de la acción de tutela.

Bien se ha dicho, al respecto, que resulta uno de los más conflictivos “y de cuyo manejo adecuado depende la posibilidad de que la acción de tutela cumpla una función eficaz y no se torne en un factor más de perturbación de la buena marcha del orden jurídico”.⁽³⁾ El éxito del amparo o tutela, en resumen, está vinculado con una correcta opción de las alternativas que mencionamos.

2. *El caso colombiano.*

La constitución de Colombia de 1991 ha propiciado una solución en verdad singular. Indica (art. 86), que “Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro

³ Arenas Salazar Jorge, “La tutela. Una acción humanitaria” (Bogotá, 1992), ed. Librería Doctrina y Ley, p. 180.

medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable”.

De acuerdo con tal directriz, parecen perfilarse *dos* versiones de tutela:

a) una, que Arenas Salazar llama “plena”, *subsidiaria o residual*, subordinada a la *inexistencia* de otras acciones o recursos.⁽⁴⁾

b) otra, como mecanismo transitorio, actúa si hay procedimientos paralelos al amparo, pero su recorrido puede ocasionar daños irreparables (está reglamentada, v. gr., por el art. 8 del decreto 2591/91). En este caso, el perjudicado por el acto lesivo a un derecho constitucional fundamental tiene medios judiciales para su defensa, pero no son en concreto idóneos o eficaces. El decreto mencionado anticipa que “se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización” (art. 6 inc. 1).

Es obvio que, en el caso que tratamos, esta segunda variable de la acción de tutela tiene efectos cronológicos limitados, y que en ciertos casos se ejerce simultáneamente con la acción de nulidad y otras procedentes en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 8, decreto 2591/91). La tutela transitoria es, pues, una herramienta al servicio de la pretensión que se formule en la acción de fondo que se instaure.

En resumen, trátese de acción plena o dispositivo transitorio, lo cierto es que la tutela colombiana debe tener muy en cuenta la condición de supletoriedad o subsidiariedad que debe asumir. Nos referimos acto seguido a algunos aspectos básicos de esa cuestión.

3. Dimensiones de la supletoriedad. Un presupuesto de admisibilidad de la tutela.

Si se acepta al amparo o tutela como ruta procesal subsidiaria, la acreditación de la inexistencia de otras vías para atender al derecho constitucional lesionado, o en su caso, de la falta de idoneidad de ellas para protegerlo adecuadamente (es decir, la presencia de agravio irreparable si ellas se usan), importa como regla *un requisito o presupuesto de admisibilidad formal*, cuya demostración compete al promotor de la tutela, como *carga procesal* suya.

En el supuesto de no satisfacerse tal presupuesto de admisibilidad, ello es suficiente para rechazar a la tutela de amparo.⁽⁵⁾

En los países que admiten el principio de “suplencia de la queja” (al parecer recepcionado por el art. 17 del decreto 2591/91 de Colombia), esto es, cuando el juez de la tutela, ante defectos formales en su interposición, está obligado a intimar a su promotor a que corrija las falencias que ella contenga, el rechazo de la tutela por incumplirse la carga procesal de demostración de la inexistencia de otras vías idóneas en lugar del amparo, sólo procederá *después* de vencido el término para subsanar la omisión inicial del amparista.

4. Pautas de evaluación. Intensidad del contralor judicial.

Una cuestión significativa, en este quehacer, estriba en averiguar *cuánto* debe exigir

⁴ Arenas Salazar Jorge, ob. cit., p. 89 y sigtes..., esp. p. 94.

⁵ Corte Suprema de la Nación Argentina, en “Fallos” 301: 801.

el juez al promotor del amparo para probar que no hay otros caminos procesales útiles para plantear su reclamo.

Una jurisprudencia sumamente restrictiva ha exigido una demostración concluyente, "más allá de toda duda", o "fehacientemente".⁽⁶⁾ En cambio, otras líneas jurisprudenciales, más indulgentes, se conforman con una prueba "prima facie" de la falta de idoneidad de los otros recursos, para presentar la tutela.⁽⁷⁾ En tal supuesto, basta con que el amparista arrime elementos de juicio mínimos para sostener su postulación, no siendo razonable que el juez de la tutela incurra en exceso ritual para la apreciación del rol subsidiario del amparo.⁽⁸⁾ Compartimos esta tendencia.⁽⁹⁾

5. Modalidades (objetivas o subjetivas) del contralor.

Otro punto de sumo interés es averiguar *cómo* debe el juez meritarse si hay o no otros procesos útiles par el caso, además de la tutela.

a) una tendencia, de tipo *objetivo*, alerta que no es suficiente que el actor de la tutela estime personalmente que un trámite le resulta lento, o que un tribunal prefiera el amparo al procedimiento común.⁽¹⁰⁾ Las demoras ordinarias en la sustanciación de un pleito no tienen por qué subsanarse, indefectiblemente, por medio de la tutela.⁽¹¹⁾

b) Pero otra corriente, de corte *subjetivo*, ha hecho operar en esta cuestión las circunstancias especiales en que puede hallarse el promotor de la tutela. Por ejemplo, en Argentina, en los autos "Fernández, Encarnación Pilar", se decidió la viabilidad del amparo interpuesto por una persona mayor de edad, enferma de cáncer, que reclamaba por esa vía el cobro de pesos provenientes de jubilaciones adeudadas por el Estado.⁽¹²⁾ Con esto quiere significarse que por lo común el cobro de una acreencia previsional no es demandable a través de la tutela, pero sí lo era (en función de la vejez de la accionante, y de estar discutiéndose sus derechos constitucionales a la vida y a la salud) en tal caso concreto.

La primacía de la tesis subjetivista parece afianzarse en el derecho colombiano, ya que el art. 6 inc. 1 del decreto 2591/91, cuando alude al examen del concepto de "perjuicio Irremediable" que puede ocasionar el recorrido de una vía procesal distinta a la tutela, exige tener en cuenta "las circunstancias en que se encuentra el solicitante".

⁶ Cfr. Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1983-B-100 y 1987-B-242. También, ídem, 1986-E-176. Nos remitimos a nuestro "Derecho Procesal Constitucional", tomo III, "Acción de amparo", 3ª. ed. (Buenos Aires, 1991) Ed. Astrea, p. 181.

⁷ Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1986-E-176.

⁸ Corte Suprema de la Nación Argentina. en "Jurisprudencia argentina", 1986-III-446 y 1988-IV-717.

⁹ Sagües Néstor Pedro, "Derecho Procesal constitucional. Acción de amparo", ob. cit., p. 182.

¹⁰ V. por ejemplo Corte Suprema de la Nación Argentina. "Fallos", 249:565, 252:154; Revista Jurídica de La Ley, 1981-C-606, con jurisprudencia de la Cámara Federal en lo contencioso administrativo.

¹¹ Corte Suprema de la Nación Argentina, "Fallos", 252:253; 249:449.

¹² V. Sagües Néstor Pedro, "El amparo como cobro de pesos", en "Doctrina Judicial" 1992, tomo 2.

6. Caso de los procesos ordinarios con medidas cautelares.

Par apreciar si hay caminos excluyentes del amparo cabe también averiguar si un proceso distinto a éste cuenta o no con medidas precautorias o cautelares que durante la tramitación del principal, impidan la consumación de un perjuicio irremediable para el actor.

Normalmente, en efecto, si el perjudicado en un derecho constitucional por un acto lesivo tiene un trámite procesal para exigir la conclusión de agravio, y en ese trámite tiene la posibilidad de plantear medidas de *no innovar* (que pueden paralizar la ejecución de aquel acto lesivo) o de medidas *innovativas* (que retrotraen el estado de las cosas al momento anterior de la lesión, v. gr., levantando la clausura de un local) la necesidad de ocurrir supletoriamente al proceso de tutela se desvanece. Al respecto, el art. 1 del decreto 306/92 de Colombia contiene un listado de situaciones que se refieren a este tema. Son los supuestos de órdenes de reintegro o promoción a un empleo, de dar posesión a determinado funcionario o a ejercer el derecho, de entrega de bienes, de restitución o devolución, de actuar o de abstenerse a hacerlo, etc.

Ahora bien: para que en estos casos quede desplazada la tutela, la medida cautelar del caso debe ser *suficiente* para impedir un perjuicio irremediable ⁽¹³⁾ y de *producción segura*,⁽¹⁴⁾ esto es, no discrecional sino obligatoria para el juez del caso.

7. Ejemplificaciones.

La judicatura debe dirimir con cuidado la hipótesis de utilidad, idoneidad o eficacia de los procesos ordinarios (y sus consecuentes medidas cautelares) para acceder, de haber respuesta negativa, a la tutela o amparo.

En Argentina, "el caso de los niños irreverentes" ha sido una buena muestra de esa adecuada evaluación. Se trataba de infantes que en escuelas se negaban -a raíz de su pertenencia a determinada confesión religiosa- a cantar el himno nacional o a juramentar la bandera, motivo por el cual fueron expulsados de sus colegios. Con acierto, los tribunales pensaron que allí era admisible el amparo, ya que corrían el riesgo de perder el año lectivo, y no existían procesos rápidos para subsanar su derecho constitucional a aprender. ⁽¹⁵⁾ Siguiendo con un tema análogo, en el "caso de los alumnos menudos", se utilizó la tutela para superar la prohibición de ingreso a establecimientos educativos a estudiantes que medían menos de un metro cincuenta. Ante la no presencia de otros procesos útiles para encarar prontamente el problema, el amparo fue exitosamente esgrimido para atacar la negación de inscripción, también por estar en peligro la pérdida del año lectivo. ⁽¹⁶⁾

En el "caso de los amparos telefónicos", la Corte Suprema argentina aceptó la tutela

¹³ Corte Suprema de la Nación Argentina, en "El Derecho", 113-459.

¹⁴ Cámara 3ª Civ. y comercial de Mendoza, en "Jurisprudencia Argentina", 1985-II-264.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en "Jurisprudencia Argentina" 1984-III-39. V. también revista Jurídica La Ley, 1982-A-276.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en "Jurisprudencia Argentina" 1984-III-39. V. también Revista Jurídica La Ley, 1984-A-116.

para impugnar sobrefacturaciones en el servicio de teléfonos, cuando el afectado, si no las abonaba, corría el riesgo de verse privado de tal medio de comunicación. Para impedir tal corte, el amparo resultó la única posibilidad procesal utilizable (en la especie, estaba en juego el derecho constitucional de propiedad; pero también, pensamos, el derecho constitucional no enumerado, pero implícito, a la comunicación). (17)

Otro supuesto ilustrativo ha sido el “caso del novio impedido”, donde la Cámara Federal de Córdoba habilitó la tutela ante la resolución irrazonable de Gendarmería Nacional que negaba sin motivo valedero el permiso de casarse, a un cabo de esa repartición. (18) Aquí operó el derecho constitucional a contraer matrimonio, y la justicia entendió que no había otro conducto procesal, salvo el amparo, para protegerlo idóneamente.

Finalmente, nos interesa mencionar el “caso del lactante”, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación autorizó asimismo el amparo en favor de una madre que solicitaba la franquicia de finalizar su jornada laboral una hora antes, para amamantar a su hijo. No se encontró, por cierto, otro proceso útil en lugar de la tutela, actuando en la especie el derecho constitucional a la vida y a la alimentación, a más del de procreación. (19).

8. Conclusión.

Cuando un país opta por concebir al amparo o tutela como acción subsidiaria, toca a la judicatura la difícil tarea de distinguir, caso por caso, si existen o no trámites idóneos fuera del amparo, para recién habilitarlo después.

Tal quehacer exige apreciar los factores objetivos y subjetivos en juego. También demanda averiguar si los otros procesos tienen o no medidas cautelares, de no innovar o innovativas, eficaces para impedir la producción de un gravamen irreparable. Al promotor de la tutela corresponde, como carga procesal, explicar *prima facie* por qué el amparo es admisible, y por qué no son útiles las otras herramientas procesales en vigor.

Y en definitiva, compete el Poder Judicial evaluar prudencialmente el problema y dar respuestas razonables. La tutela no debe ser un castillo inaccesible para el común de los mortales, pero tampoco un parque de diversiones abierto para todos los que a él quieren ir.

17 Cfr. Sagües Néstor Pedro, “Los amparos telefónicos”, en “Doctrina Judicial” 1990-I-49.

18 Revista “El Derecho”, 125-659, con nota de Germán J. Bidart Campos: “El derecho a casarse sin permiso previo en las fuerzas armadas”.

19 Corte Suprema de la Nación Argentina, en “Revista Jurídica La Ley”, 1987-B-633, núm. 1377 (caso “Bacigaluz Sáez”).

EL CERTIORARI BEFORE JUDGEMENT O RECURSO PER SALTUM EN LA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS.

POR: ALBERTO B. BIANCHI.

I. PLANTEO

Cuando la Corte Suprema argentina, en setiembre de 1990, resolvió en caso *Fontenla, Moisés c/Estado Nacional s/Amparo*¹, haciendo lugar a la evocación *per saltum* que le había requerido el entonces Ministro de Obras y Servicios Públicos, José Roberto Dromi, en aras de remover cualquier obstáculo que pudiese trabar el proceso privatizador de Aerolíneas Argentinas, produjo una decisión controvertida y destinada inevitablemente a la polémica, suscitando, a poco de dictado, comentarios de índole diversa². Si bien la actuación *bypass* de la Corte Suprema, omitiendo el paso por la Cámara de Apelaciones, era un instituto doctrinariamente conocido³ -habiéndose sido además objeto de planteos judiciales anteriores⁴-, la novedad de la decisión era evidente.

Una vez más -como ocurre usualmente en decisiones constitucionales difíciles⁵- el

¹ Caso registrado como "Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos) s/avocación en autos Fontenla, Moisés E. c/Estado Nacional". Sentencia del 6.9.1990 (D.104 XXIII).

² Véase: Creo Bay, Horacio D., Recurso Extraordinario por salto de instancia, Astrea, Buenos Aires, 1990 y Carrió, Alejandro y Garay, Alberto F., La jurisdicción "per saltum" de la Corte Suprema, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

³ En nuestro país había merecido ya, el estudio y aprobación de Augusto M. Morello (Recurso Extraordinario. Reformas, jurisprudencia Argentina, 1985-I, p. 761 y Ley 48. Reformas, Avances, El Derecho T. 119, p. 869, esp. p. 874) y Néstor P. Saglies (La Ley 1989-8, p. 318, esp. p. 320), además de haber sido tratado por la Comisión designada por Decreto 772/83, para el estudio de las reformas en el trámite del Recurso Extraordinario ante la Corte de Justicia.

⁴ En su composición anterior, salvo opinión del Juez Enrique Petracchi, el Tribunal rechazó esta posibilidad en los casos "Scaccheri de López" (s.706 XX 29.10.1987) y "Margarita Belén" (La Ley, 1989-B, p.320; 1988).

⁵ Sin ir más lejos, recordemos el todavía reciente caso *Comunidad Homosexual Argentina*, fallado por la Corte hacia fines de 1991 (La Ley 1991-E, p. 679), donde los votos de los jueces Boggiano (por la mayoría) y Petracchi (por la minoría), hacen gala de enorme erudición sobre los precedentes de los Estados Unidos.

modelo de la cuestión ha sido el derecho norteamericano, cuyas citas figuran reiteradas veces tanto en el voto de la mayoría como en el de la minoría. Es por ello que, a más dos años de producida esta sentencia y, habiéndose aquietado - por el mero paso del tiempo- las pasiones de índole política que este fallo produjo, me parece oportuno indagar en el derecho de los Estados Unidos y demostrar cómo la Corte de ese país, ha empleado desde hace un siglo el denominado *certiorari before judgment*, esto es, el certiorari antes de la sentencia o, traducido a nuestro lenguaje, el Recurso Extraordinario *per saltum*.

Quiero destacar, preliminarmente, que en el orden de la justicia federal -no así en la estatal- la Corte de los Estados Unidos no requiere inexcusablemente de una sentencia definitiva para entender en un *certiorari*. Si bien se trata de casos excepcionales, lo cierto es que puede revisar tanto decisiones interlocutorias como sentencias de tribunales federales de distrito (primera instancia) antes de que se produzca la sentencia de la Corte de Apelaciones de circuito.

En el Capítulo subsiguiente me referiré a la revisión de las decisiones interlocutorias y del certiorari before judgment me ocuparé en el Capítulo III.

II CERTIORARI CONTRA DECISIONES INTERLOCUTORIAS

De conformidad con lo que establece la sección 1254(1)⁶ Tit. 28 USC⁷, la Corte posee jurisdicción par revisar decisiones interlocutorias de los tribunales federales, a diferencia de lo que ocurre con los tribunales locales -según la Sección 1257⁸-, cuyas decisiones deben ser definitivas. Ello no significa que la concesión de certiorari frente a sentencias interlocutorias

⁶ Según esta Sección:

"Los casos en las Cortes de Apelación, pueden ser revisados por la Corte Suprema, por los siguientes métodos:

(1) Por *Writ of certiorari*, concedido ante la petición de cualquier parte en cualquier caso, civil o criminal, "antes o después de la sentencia definitiva" (El subrayado me pertenece).

⁷ El United States Code (USC) es una recopilación ordenada por temas de la legislación que emana del Congreso. El Congreso autorizó su publicación en 1925 y su primera edición data de 1926. La legislación fue clasificada en 50 Títulos y cada seis años se realiza una nueva edición, la que incorpora los suplementos que se van publicando cada año. El Título 28 corresponde a la organización de la Justicia Federal (conf. Black's Law Dictionary, 6th. ed., West. Publishing Co., Minnesota, 1990, p. 1533.

⁸ De acuerdo con esta sección:

"a) Las *decisiones definitivas*, emanadas de los superiores tribunales de los estados, cuando las pueda haber, pueden ser revisadas por la Corte Suprema mediante writ of certiorari cuando la validez de un tratado internacional o una ley de los Estados Unidos es cuestionada o cuando la validez de una ley estatal es cuestionada por ser contraria a la Constitución, tratados internacionales o leyes de los Estados Unidos, o cuando un título, derecho, privilegio o inmunidad está especialmente contemplado o demandado de conformidad con la Constitución, tratados, o leyes federales o cuando se ha ejercido una comisión o autoridad en nombre de los Estados Unidos (el subrayado me pertenece).

b) A los efectos de esta sección, los términos *superior Tribunal de un estado* incluye la *Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia*.

sea frecuente. La corte exige que se demuestre una razón extraordinaria que lo justifique. Debe tratarse de una situación que produzca en la causa una turbación tal que el certiorari deba ser concedido⁹, de modo que la ausencia de sentencia definitiva puede convertirse por sí sola en la causa del rechazo del *certiorari*¹⁰.

Aun así, en caso que la Corte encuentre que hay alguna cuestión importante para la conducción posterior del caso y considera que debe ser resuelta, concederá el certiorari a pesar de tratarse de una sentencia interlocutoria¹¹. Tal ha sido el caso, por ejemplo, de medidas cautelares de no innovar (*injunction*), adoptadas con exceso de facultades discrecionales¹², o bien cuando una Corte de Apelaciones se ha negado a emitir un mandamiento (*writ of mandamus*) exigiendo a una corte de distrito la formación de un jurado para resolver el caso¹³. También fue concedido el certiorari -presumiblemente para impedir una dilatación innecesaria del caso- frente a una orden de la *Court of Claims* que disponía suspender el proceso hasta tanto se agotara la vía en sede administrativa¹⁴. En general, la concesión del *certiorari* contra decisiones interlocutorias, se da frente a la existencia de un conflicto jurisprudencial¹⁵ o bien frente a cuestiones novedosas e importantes¹⁶.

La denegación del certiorari ante una decisión interlocutoria, no causa prejuzgamiento y la cuestión puede ser replanteada con la sentencia definitiva¹⁷, ya que como se ha dicho, ello no causa cosa juzgada ni establece regla de derecho alguna¹⁸, ni significa una confirmación de la sentencia interlocutoria¹⁹.

Por último debo recordar que, según lo establece la Sección 1292(b), Tit. 28 USC, las decisiones interlocutorias de las cortes de distrito, en casos civiles, son apelables ante las cortes de apelaciones, cuando la decisión es determinante para la marcha posterior del proceso y su apelación puede agilizar la finalización del proceso. En este caso, resuelta la

⁹ American Construction Co. vs. Jacksonville, T. & K. R. Co., 148 U.S. 372, 384 (1983); Hamilton Brown shoe co. vs. Wolf Bros. & Co., 240 U.S. 251, 258 (1916).

¹⁰ Brotherhood of Locomotive Firemen, vs Bangor & Arcostock R. Co., 389 U.S. 327, 328 (1967).

¹¹ United States vs. General Motors Corp., 323 U. s. 373, 377, (1945); Gillespie vs. United States Stel corp., 379 U.S. 148, 153 (1964); Land vs. Dollar, 330 U.S 731, 734, n. 2 (1947); Larson vs. Domestic & Foreign Commerce corp., 337 U.S. 337, U.S. 682, 685 n. 3 (1949); Estelle vs. Gamble, 429 U.S. 97,115 (1976); Michael vs United States, 454 U.S. 950, 951/52 (1981).

¹² Myers vs. Bethlehem Corp., 303 U.S. 41, 52 (1938).

¹³ Bacon Theatres vs. Westover, 359 U.S. 500 (1959).

¹⁴ Greene vs. United States, 376 U.S. 149, 153, n.5 (1964).

¹⁵ Forsyth vs hammond, 166 U.S. 506 (1897); Hannover Star Miling Co. vs Metcalf, 240, U.S. 403, 408/09 (1916).

¹⁶ American Constructions Co. vs Jacksonville. T. & K. R. Co., 148 U.S. 372 (1983).

¹⁷ Urie vs Thompson, 337 U.S. 163, 172/73 (1949); Reece vs. Georgia, 350 U.S. 85, 87 (1955); Scott vs United States, 436 U.S. 128, 134 n. 8 (1978); Washington vs. Fishing Vessel Association, 443 U.S. 658, 672 n. 19 (1979).

¹⁸ Hughes Tool Co. vs. Trans. World airlines, Inc., 409 U.S. 363, 365 n. 1 (1973).

¹⁹ Hamilton-Brown Shoe Co. vs. Wolf Bros. & Co., 240 U.S. 251, 258 (1916).

cuestión por la corte de Apelaciones es posible también plantear el *certiorari* ante la Corte Suprema bajo la Sección 1254(1) ya citada. En estos supuestos, la Corte Suprema ha mantenido los criterios examinados más arriba, concediendo el *certiorari* en algunos casos²⁰ y denegándolo en otros²¹.

III. EL CERTIORARI BEFORE JUDGEMENT.

1. Planteo.

El *certiorari before judgment*, está expresamente permitido en las Reglas de Procedimiento ante la Corte Suprema (*Rules of the Supreme Court of the United States*), dictadas por la propia Corte que regulan la organización interna y el procedimiento ante el Tribunal, cuya versión vigente data del 1º de enero de 1991²². A través de ellas, se ejerce el llamado *rule making power*, es decir, la potestad de dictar normas de alcance general²³.

Hasta 1989, era la Regla 18 quien se ocupaba de la cuestión²⁴ y, desde enero de 1990, es la Nº 11 quien lo admite en estos términos: *La petición de un writ of certiorari para revisar un caso pendiente ante una Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, antes del juzgamiento, será otorgado sólo si se demuestra que el caso tiene tal imperativa y pública*

²⁰ Continental Grain Co. vs Barge FBL-585, 361 U.S. 811 (1959); Schnell vs Peter Eckrich & Sons, 364 U.S. 815 (1960); Fornightly Cop. vs. United Artists Televisión, 389 U.U. 969 (1968), Mills vs Electric Auto-Lite Co., 396 U.S. 375, 381 (1970); Hawaii vc. Standard Oil Co., 405 U.S. 251 (1972).

²¹ National Theatres Corp. vs. Bertha Building, Corp., 361 U.S. 960 (1960).

²² Sobre este particular, es importante tener en cuenta que el Congreso de los Estados Unidos ha delegado, expresamente en la corte Suprema y demás tribunales federales la posibilidad de dictar normas de procedimiento, las que en la práctica se convierten en verdaderos Códigos Procesales, si nos atenemos a su extensión y detalle. La delegación mencionada está prevista en el Capítulo 131 del Título 28 USC, Secciones 2071 o 2077 (la sección 2076 está derogada) La Sección 2071, su sección (a) que establece la delegación dice "La Corte Suprema y todos los tribunales establecidos por ley del Congreso podrán dictar normas de procedimiento. Las misma deberán respetar las leyes del Congreso y las reglas de procedimiento prescriptas en la Sección 2072 de este Título". En la Sección 2072, a su vez, se establece "(a) La Corte Suprema tendrá competencia para dictar normas generales de práctica y procedimiento y normas sobre prueba (evidence) para casos ante Tribunales de Distrito y Corte de Apelación (Cortes de Circuito) (b) Estas reglas no limitarán, extenderán ni modificarán ningún derecho sustantivo. Las leyes contrarias a estas reglas quedarán sin efecto luego de que las reglas entren en vigencia. (c) Estas reglas pueden determinar cuando un pronunciamiento de un Tribunal de Distrito es definitivo a los efectos de la apelación"

²³ En el derecho norteamericano es importante la distinción entre "rule making" y "adjudication". El primero es la potestad de dictar normas de alcances general. El segundo se refiere a la decisión de una situación concreta. De hecho los tribunales normalmente pueden también dictar normas de alcance general, ejerciendo el rule making.

²⁴ Antes había estado vigente la Regla 20, sancionada en abril de 1954. La Primera Regla en ocuparse de la cuestión fue la 36, sancionada en 1925 y transformada en 39 luego de su revisión en 1928.

importancia que justifique el apartamiento del procedimiento de apelación normal y su inmediata radicación en esta Corte²⁵. Esta regla juega en consonancia con la Sección 1254(a) antes inscripta²⁶, que admite el *certiorari* antes o después de la sentencia (before or after rendition of judgement or decree), previsión que se completa con lo dispuesto en la Sección 2101(r), según la cual el *pedido de certiorari ante la Corte Suprema para revisar un caso antes de la sentencia de la Corte de Apelaciones puede ser planteado en cualquier momento previo a dicho pronunciamiento*²⁷.

Como puede advertirse los requisitos para que proceda el *certiorari* son:

(a) que el caso sea de marcada importancia pública. De hecho, como señalan dos de los pocos estudiosos de esta temática, el *certiorari before judgement* ha sido empleado en algunos de los casos más importantes del siglo²⁸.

(b) que el caso sea susceptible de estar comprendido dentro de la jurisdicción de las cortes de apelaciones. En otras palabras, si bien por regla general un caso decidido por una corte de distrito podría ser llevado directamente ante la Corte Suprema, antes de producirse la sentencia de la Corte de Apelaciones, lo importante es que el caso sea efectivamente apelable ante dicho tribunal²⁹. Por ejemplo, los recursos de apelaciones contra las decisiones que rechazan habeas corpus interpuestos por presos o reclusos, no son viables hasta que se expida un certificado de causa probable por el tribunal inferior³⁰. Asimismo, los recursos directos ante las Cortes de Apelaciones interpuestos contra decisiones administrativas, no admiten, como principio, el *certiorari before judgement*, ya que al no haber intervención previa de un tribunal judicial, la Corte ha interpretado que su intervención ampliaría su jurisdicción originaria³¹.

²⁵ En su idioma original: "A petition for writ of certiorari to review a case pending in a United States court of appeals, before judgement is given in that court, will be granted only upon showing that the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate settlement in this court".

²⁶ Véase nota 6.

²⁷ En su idioma original: "An application to the Supreme Court for a writ of certiorari to review a case judgement has been rendered in the court of appeals may be made at any time before judgement".

²⁸ Lindgren, James & Marshall, William, The Supreme's Court extraordinary power to grant certiorari before judgement in the court of appeals, *The Supreme Court Review*, 1986, University of Chicago, 259/316, p. 259.

²⁹ *Gay vs. Ruff*, 292 U.S. 25, 30 (1934).

³⁰ *Davis vs. Jacobs*, 454 U.S. 911 (1981)

³¹ *Wheeler Lumber Bridge & Supply Co. vs United States*, 281 U.S. 572, 576 (1930); *United States vs. Rice*, 327 U.S. 742, 747 (1946); *Civil Aeronautic Board vs. American Air Transport*, 344 U.S. 4, 5 (1952). Esta regla, sin embargo no debe interpretarse como absoluta, pues hay casos en que la Corte ha revisado en primera instancia, decisiones administrativas pues ha tenido en cuenta tanto la naturaleza del organismo del cual proceden, sino el tipo de procedimiento empleado por aquel. *Conf. Prentis vs. Atlantis Coast R. Line R. Co.* 211 U.S. 210, 116 (1908).

2. Desarrollo histórico.

El empleo del certiorari before judgment nació con la sanción de la denominada *Evarts Act*³², por medio de la cual fueron creadas las cortes de apelaciones de circuito para morigerar la carga de trabajo de la Corte Suprema, dando inicio también a un certiorari limitado.

La ambigüedad de redacción de esta ley³³ permitió admitir, inicialmente, el certiorari contra decisiones interlocutorias³⁴, y ello dio pie poco después, a dar un paso más y conceder también el certiorari en ausencia de toda decisión de una corte de apelaciones. En efecto el primer caso de certiorari como el de los Tres Amigos³⁵, se originó durante la Revolución Cubana que precedió a la guerra hispano-norteamericana, cuando el buque Los Tres Amigos fue intervenido por la aduana de Florida de conformidad con una antigua ley federal³⁶, bajo la acusación de asistir a los revolucionarios. Un tribunal de distrito revocó esta decisión y apelada ante la corte de apelaciones, el gobierno planteo directamente un certiorari ante la Corte Suprema antes de que hubiera decisión de aquel Tribunal. El certiorari fue concedido.

La Corte a través del breve voto del Chief Justice Fuller, no explicó la razón de esta decisión, sino que lo hizo más tarde en otro caso de ese mismo año³⁷, señalando que al conceder el certiorari en estas condiciones, había tenido en mira las relaciones de los Estados Unidos con las naciones extranjeras, lo que exigía una rápida decisión de la Corte. Esta explicación inicial, es la misma que ha permitido la aplicación del certiorari before judgment en casos más recientes y muy célebres³⁸.

Una segunda aplicación del instituto tuvo lugar en 1910, en el caso *St. Louis Railroad*³⁹ el cual, junto con el anterior, son los únicos donde el certiorari before judgment fue aplicado antes de que la Corte fuera expresamente autorizada por ley para emplearlo. Se trataba de una antigua disputa entre dos ferrocarriles acerca de los derechos que el St. Louis tenía sobre su oponente, en virtud de un fallo de la Corte de 1891⁴⁰. La interpretación de este fallo produjo un nuevo pleito el que transcurrió entre 1902 y 1908. Al cabo de estos seis años y

³² Ley del 3 de marzo de 1891, 26 Stat. 826.

³³ La Sección 6 decía que "En cualquier caso que se haga definitivo en la Corte de Apelaciones de Circuito, será competente la Corte Suprema para requerir por medio del certiorari la revisión del caso, con el mismo poder y autoridad que tendía en un writ of error o en una apelación". La ambigüedad provenía de la frase "caso que se haga definitivo" (case as is hering before made final") lo cual podía interpretarse tanto como que se requería una sentencia definitiva de la corte de apelaciones o como que el caso podía llegar a ser definitivo en dicho tribunal. La Corte optó por la segunda interpretación.

³⁴ El caso fue el ya citado *American Constructions Co. vs. Jacksonville, T. & K. R. Co.*, 148 U.S. 372 (1893).

³⁵ *The three Friend*, 166 U.S. 1 (1897).

³⁶ Se trataba de una ley del 5 de junio de 1794, 1 stat. 381.

³⁷ *Forsyth vs. Hammond*, 166 U.S. 506 (1897).

³⁸ *United States vs. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Dames & Moore vs Reagan*, 453 U.S. 654 (1981).

³⁹ *St. Louis, Kansas City 7 Colorado Railroad vs. Wabash Railroad*, 217 U.S. 247 (1910).

⁴⁰ *Joy vs. St. Louis*, 138 U.S. (1891)

contra la decisión del tribunal de distrito St. Louis, planteó el certiorari directamente ante la Corte Suprema el que fue concedido, sosteniéndose la importancia de clarificar una situación que afectaba no sólo intereses privados, sino una industria naciente⁴¹.

En 1925 fue sancionado el llamado Judge's Bill, ley que reorganizó la justicia federal y admitió el certiorari en forma amplia, reduciendo así la jurisdicción obligatoria de la Corte y ampliando la discrecional⁴². En ella además, quedó expresamente aclarado que la Corte Suprema podía conceder el certiorari "antes o después de la sentencia". (before or after a judgment or decree), empleando casi las mismas palabras que desde 1948, están volcadas en las secciones 1254(1) y 2101(e), Tit. 28 USC. La Nueva ley no establecía, empero, los alcances del uso del certiorari antes de la sentencia. El vacío fue llenado, parcialmente, con las Reglas de la Corte Suprema. La Regla 39 según su revisión de 1928, estableció: "Los procedimientos para traer a esta Corte, por medio del writ of certiorari, un caso pendiente en una Corte de Apelaciones antes de la sentencia, deben conformarse a las previsiones de la Regla 38 (relativa al certiorari) y se aplicarán iguales razones para denegar o admitir el certiorari, será razón suficiente para conceder el certiorari antes de la sentencia, que un interés público sea promovido por la rápida radicación del caso ante la Corte"⁴³.

En síntesis, la Regla de la Corte sostenía: a) en la concesión del writ of certiorari antes de la sentencia, se aplicarían iguales standards que para los casos con sentencia; b) la rapidez en la radicación del caso era razón suficiente cuando estuviera de por medio un interés público. Esto último remitía a las razones dadas en el caso Los Tres Amigos⁴⁴.

El primer caso analizado por la Corte bajo la nueva normativa tuvo lugar en 1925⁴⁵. En realidad el standard de la Regla 39 no fue aplicado. Se trataba de un caso, tramitado en los tribunales de distrito de *Misouri*, cuyas características eran similares a las de muchos otros ya fallados por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia y pendientes de decisión en la Corte Suprema. Salvo esta razón el fallo no es muy claro en las razones para conceder el certiorari sin sentencia⁴⁶.

Posteriormente, durante la década de 1930, el certiorari antes de la sentencia, fue utilizado varias veces, cuando se cuestionó la constitucionalidad de leyes integrantes del

⁴¹ 217 U.S. 251.

⁴² Ley del 13 de febrero de 1925, 43 Stat. 936.

⁴³ En su idioma original "Proceeding to bring to this Court or writ of certiorari in a case pending in the circuit court of appeals or the Court of Appeals of the District of Columbia, before judgment is given in such court, should conform, as near as may be, to the provision of Rule 38; and similar reasons for granting or refusing the application will be applied; that the public interest will be promoted by prompt settlement in this court of the questions involved may constitute a sufficient reason".

⁴⁴ Conf. Lindgren & Marshall, cit. p. 274.

⁴⁵ Hicks vs. Merchantile Trust Company (registrado bajo el nombre white vs. Mechanics Securities Corp.) 269 U.S. 283 (1925).

⁴⁶ Es probable que jugarán razones de orden político, pues los casos se originaban en reclamos del gobierno alemán para recobrar fondos intervenidos y la decisión fue favorable a los actores. Conf. Lindgren 7 Marshall, cit. p.274.

New Deal⁴⁷ y asimismo cuando fue planteada la inconstitucionalidad de un impuesto par asistir al Gobierno de las Filipinas⁴⁸.

También se acudió a su empleo en dos casos de huelgas nacionales que afectaron la industria básica del país en tiempos de guerra. En ambos, el Presidente Harry S. Truman dispuso, por Decreto (de necesidad y urgencia), la intervención de industrias esenciales. El primero de ellos, *United States Vs. Mine Workers*⁴⁹, se originó cuando el sindicato de mineros (*united mine workers*), liderado por John L. Lewis, inició una huelga en las primavera de 1946. Truman dispuso, entonces, la intervención de las minas, lo que hizo fracasar las negociaciones y provocó una segunda huelga. Para contrarrestarla, el gobierno logró trabar en una Corte de Distrito una medida de no innovar (*injunction*), la que fue desafiada por Lewis. Como consecuencia, tanto Lewis como el sindicato fueron multados con u\$s 10.000 y u\$s 3.500.000, respectivamente. Lewis, entonces, recurrió ante la corte Suprema en forma directa quién intervino decidiendo, por una mayoría de siete-dos, el mantenimiento de la medida de no innovar⁵⁰. El segundo caso, *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*⁵¹, conocido como el *caso del embargo de acero (Steel seizure case)*, se originó cuando el Truman ordenó, al Secretario de Comercio Sawyer, durante la guerra de Corea (1951), que tomara posesión de las fábricas de acero cuyos trabajadores se hallaban en huelga. Se discutía si esta decisión presidencial era válida o no y si podía emerger de los poderes de emergencia del Presidente. La Corte por mayoría de seis a tres declaró inconstitucional la medida⁵².

⁴⁷ *United States vs. Bankers Trust Co.*, 294 U.S. (1935); *Railroad Retirement Boards vs. Alton R. Co.*, 295 U.S. 330 (1935); *Ricket Rice Mills vs. Fontenot*, 297 U.S. 110 (1936); *Carter vs. Carter Coal Co.* 298 U.S. 238 (1936).

⁴⁸ *Cincinnati Soap vs. United States*, 301 U.S. 308 (1937).

⁴⁹ 330 U.S. 258 (1947).

⁵⁰ El fondo del problema debatido en este caso, era si resultaba aplicable o no la llamada Ley Norris-La Guardia de 1923, 29 U.S.C. Secc. 101-115, la cual disponía que los tribunales federales no tenían jurisdicción para intervenir en disputas de orden laboral. El sentido de la ley es claro. En las primeras décadas del Siglo, los tribunales federales, de tendencia conservadora, se habían mostrado hostiles a los movimientos sindicales. Ello había quedado de manifiesto en fallos como *Adair vs. United States*, 208 U.S. 161 (1908) y *Coppage vs. Kansas*, 236 U.S. U. S. 1 (1915). Para evitar que la validez de estos contratos limitativos de los derechos laborales y sindicales prosperara en la justicia federal, la ley eliminó de la competencia de ésta el conocimiento de litigios nacidos de su interpretación. La constitucionalidad de la ley había sido admitida en *Lauf vs. E. G. Shinner & Co.* 303 U.S. 323 (1938) de allí que el sindicato planteó su aplicación en este caso, fracasando en el intento.

⁵¹ 343 U.S. 579 (1952).

⁵² Especialmente interesante es el voto del juez Jackson (integrante de la mayoría) cuando sostiene que es un principio que "nuestro gobierno es un gobierno de leyes y no de hombre" y que "nos sometemos a los que gobiernan si lo hacen por leyes". Luego agrega que "con todos sus defectos e inconvenientes, los hombres han descubierto que para preservar el gobierno libre no hay otra técnica que el Ejecutivo esté bajo la ley y que la ley sea hecha por deliberaciones parlamentarias. Estas instituciones podrán pasar. Pero la tarea de la Corte es ser la última y no la primera en derogarlas".

Un caso célebre de empleo del *certiorari before judgment*, fue el del sabotaje nazi⁵³. En junio de 1942 ocho agentes alemanes salieron de sus submarinos y se dirigieron a las playas de Long Island y Florida. No mucho tiempo después fueron detenidos y el Presidente Roosevelt ordenó que fueran juzgados por tribunales militares en lugar de tribunales civiles, para obtener así la pena de muerte, la cual no hubiera sido posible en la justicia civil. Comenzando el proceso en sede militar, los acusados -uno de los cuales era ciudadano norteamericano-, plantearon un *habeas corpus* en la instancia originaria de la Corte Suprema, obligando al Tribunal a retornar súbitamente de su receso de verano. La Corte escuchó los alegatos orales, deliberó, y produjo su sentencia *per curiam*⁵⁴. Todo ello en solo tres días.

Lo que fue un auténticamente maratónico proceso se desarrolló así: el primer día, durante el alegato oral, los abogados de los acusados comprendieron que la vía más apta no era un *habeas corpus* en instancia originaria, sino el planteo del mismo en una corte de distrito quien, ante su rechazo, provocaría una apelación ante la corte de apelaciones. Este sería el momento, entonces de plantear el *certiorari before judgment*. Efectivamente, planteado el *habeas corpus* el mismo fue rechazado en forma inmediata y apelada esta decisión, fue planteado el *certiorari* y la Corte pudo así intervenir.

La decisión -como era de esperar- sostuvo la constitucionalidad de juzgamiento por tribunales militares apartándose para ello del precedente *Ex parte Milligan*⁵⁵, con el argumento de que los acusados eran militares y no civiles. Poco tiempo después todos ellos fueron condenados severamente⁵⁶.

En 1954, fue sancionada la Regla 20 cuyo texto era prácticamente similar al de la Regla 39 y de aquélla se pasó en 1980 a la Regla 18, vigente hasta 1990 y cuando fue adoptada la regla 11 cuyo texto es prácticamente el mismo. Básicamente, la concesión del *certiorari before judgment* bajo estas normas depende de la existencia de un caso de importancia pública que requiera de una rápida decisión por la Corte Suprema. Esta limitación en el uso del instituto ha provocado la crítica de Lindgren y Marshall, quienes sostienen que la Corte ha omitido considerar las otras razones elaboradas jurisprudencialmente para conceder el

⁵³ Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942).

⁵⁴ Las sentencias *per curiam* son aquellas redactadas en forma impersonal, es decir que no está identificado el juez que redacta el pronunciamiento (Conf. Black's Law Dictionary, 6th. ed., West Publishing, Co., 1991, p. 1136).

⁵⁵ 71 U.S. (4 Wallace) 2 (1866). Este caso, ocurrido a raíz de las leyes de Reconstrucción posteriores a la Guerra Civil, nació como consecuencia de que Lambd Milligan un esclavista de Indiana, había sido condenado en 1864 a muerte por un tribunal militar. El presidente Andrew Johnson conmutó su pena por reclusión perpetua y los abogados de Milligan, empleando la ley de Habeas Corpus de 1865, apelaron ante la Corte de circuito de Indiana, contra cuya decisión el caso fue llevado a la Corte Suprema. Allí, por una escasa mayoría de 5-4, se revocó la condena sosteniéndose que la ley marcial sólo podía aplicarse en aquellos lugares en los que los tribunales civiles no existieran.

⁵⁶ Seis de ellos fueron ejecutados. Los dos restantes, Dasch y Burger fueron condenados a 30 años de prisión y reclusión perpétua, respectivamente (Conf. Linfren & Marshall, cit. p. 261 y n. 17).

certiorari antes de la sentencia. Es indudable -admiten- que el propio Tribunal ha querido limitar la concesión del *certiorari*, bajo estas condiciones, a los casos de extrema importancia⁵⁷.

Posteriormente, en 1957, el *certiorari before judgment* fue empleado para admitir el juzgamiento por parte de los tribunales del Japón de un soldado norteamericano que había matado a una mujer japonesa en ese país⁵⁸. También fue empleado en esa misma época para intervenir en un asunto criminal suscitado ante los tribunales militares⁵⁹, si bien se trataba de un asunto que la Corte admitió pues tenía un caso idéntico pendiente de decisión y estaba interesada en decidir ambos al mismo tiempo⁶⁰.

Pero, probablemente, el caso más importante de los últimos tiempos en que la Corte debió hacer uso de su facultad extraordinaria, fue cuando ayudó a derribar al Presidente Nixon en el affaire Watergate en 1974⁶¹.

Como es sabido, este caso⁶² se origina con la investigación que el FBI estaba realizando acerca del espionaje que el partido Republicano había realizado en la oficinas del Partido Demócrata. Además de la investigación parlamentaria que estaba teniendo lugar, con miras al enjuiciamiento político de Nixon, se había iniciado un procedimiento judicial que involucraba a seis de los ex asesores de Nixon. El caso lo llevaba adelante un Gran Jurado y el Fiscal Especial, León Jaworski, había logrado que un juez de distrito, John Sirica, ordenara en abril de 1974 al Presidente la entrega de sesenta y cuatro grabaciones efectuadas en el Salón Oval de la Casa Blanca, que daban testimonio de su vinculación con el caso. Esta decisión fue apelada por Nixon ante la Corte de apelaciones pero el Fiscal Jaworski interpuso el *certiorari before judgment* reclamando la intervención directa de la Corte. Esta no se demoró y el 24 de julio confirmó por una mayoría de ocho-cero⁶³ la decisión del juez de primera instancia, decisión que adquiere más singularidad si se tiene en cuenta que Nixon había nombrado a tres de ellos⁶⁴. Pero claro, no puede olvidarse que Nixon había cometido

⁵⁷ Cit. p. 2275.

⁵⁸ Wilson vs. Girard, 354 U.S. 524 (1957).⁵⁹ Kinsella vs Krueger, 354 U.S. 1 (1957). Se trataba del caso del asesinato de un oficial de la marina por su esposa, en una base militar fuera del territorio del país.

⁶⁰ Reid vs. Covert, 354 U.S. 1 (1957).

⁶¹ United States vs. Nixon, 418 U. S. 683 (1974).

⁶² Creo oportuno recordar que se lo denominó Watergate pues así se llama el Hotel donde se encontraban las oficinas centrales del Partido Demócrata en Washington D. C.

⁶³ Votaron os jueces Warren Burger (Presidente), William Douglas, William Brennan, Potter Stewart, Byron White, Thurgood Marshall, Harry Blackmun y Lewis Powell. Se excusó de intervenir el entonces juez (hoy Presidente del Tribunal William Rehnquist por haber sido funcionario del Departamento de Justicia siendo Attorney General uno de los acusados en el juicio.

⁶⁴ En efecto, tres de los jueces que suscriben la sentencia, Warren Burger, Harry Blackmun y Lewis Powell, habían sido designados durante la administración de Nixon en 1969, 1970 y 1971, respectivamente.

la osadía de desafiar al Poder Judicial, amenazando con que no cumpliría la sentencia que ordenara la entrega de las cintas⁶⁵.

A partir de esta decisión, la posición de Nixon se tornó políticamente insostenible y su renuncia no se hizo esperar. Su Vicepresidente, Gerald Ford, juró como Presidente el 9 de agosto, dieciséis días después de la sentencia⁶⁶. Un mes después, Ford indultaba a Nixon. A pesar de ello, en opinión de Gerald Gunther, lo más destacable de este caso no fue tanto la intervención de la Corte, sino la independencia que mostró la Cámara de Representantes en llevar a delante el juicio político a Nixon, lo que fue, a juicio del autor citado, obstruido por la intervención del Tribunal⁶⁷.

Un último caso de importancia, bajo la presidencia de Ronald Reagan, permitió a la corte empleo del *certiorari* antes de la sentencia. Se trata del caso en el que la Corte admitió la validez del acuerdo sobre los rehenes norteamericanos en Irán antes del vencimiento del plazo allí establecido⁶⁸. El caso se inició como consecuencia de la demanda que Dames & Moore inició contra Irán y varios de sus bancos en una corte federal de distrito para recuperar el dinero de un contrato, acción judicial que fue acompañada por un embargo contra los bancos. El Presidente Carter, sin embargo para obtener la liberación de los rehenes retenidos en Teherán anuló lo actuado y determinó que la disputa sería resuelta por un tribunal norteamericano-iraní. Planteado el caso ante la Corte, ésta admitió la validez de lo actuado por el Presidente⁶⁹.

⁶⁵ Véase Cox, Archibald, El rol de la Suprema Corte en el Gobierno Americano, versión castellana de la edición a cargo de Oxford University Press (1976) por Guillermo Berisso, Edisar, Buenos Aires 1980, p. 23.

⁶⁶ Gerald Ford, fue el primer Presidente de los Estados Unidos que llegó al cargo sin haber sido elegido por sufragio popular. En efecto, el anterior vicepresidente Spiro T. Agnew había renunciado a Nixon, aplicando la Sección 2 de la Enmienda 25 de 1967, que permite al Presidente designar al Vicepresidente, en caso de vacancia del cargo, con el acuerdo dado por la mayoría en ambas Cámaras del Congreso, nominó a Ford, cuyos antecedentes políticos databan de su primera diputación en 1948.

⁶⁷ Continuó pensando -ha escrito- que la marcha de los procedimientos en contra de Richard M. Nixon (al menos antes del indulto del presidente Ford en setiembre 8) habla en favor de la salud de nuestro esquema constitucional. Para mí el síntoma más reconfortante es la muestra de la responsabilidad del Congreso en ejercer su poder de llevar adelante el Juicio Político. Lamento que esta senda constitucional, haya sido de algún modo ensombrecida o abortada por la intervención de la Corte en *United States vs. Nixon*. Hubiera deseado que la Corte dilatare su pronunciamiento y, de no haberlo hecho, que hubiera elegido sus palabras más cuidadosamente" Gunther, Gerald, *Judicial hegemony and legislative autonomy: the Nixon case and the impeachment process*, 22 *UCLA Law Review* 30, 39 (1974).

⁶⁸ *Dames & Moore vs Reagan*, 453 U.S. 654 (1981).

⁶⁹ Como ha señalado Tribe, después de todo la Corte ha admitido una amplia delegación del Congreso a favor del Presidente en materia de relaciones internacionales desde hace medio siglo en el caso *United States vs. Curtis Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936) Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2nd. ed., The foundation Press, New York, 1988, p. 241.

La enunciación precedente, no pretende abarcar todos los casos de *certiorari* antes de la sentencia que la Corte norteamericana ha admitido. Ha sido muy frecuente, por ejemplo, el uso de este remedio extraordinario en casos que, estando pendientes de decisión aún en las cortes de apelación, son similares a uno que está por decidirse en la Corte Suprema. En estos supuestos, se ha admitido la viabilidad de *certiorari* anticipado si el tema objeto de decisión es de importancia constitucional⁷⁰, llegándose incluso, al extremo en que la Corte ha invitado a plantearlo cuando ha tenido conocimiento a través del expediente de la existencia del caso⁷¹.

Intentando una clasificación de los casos estudiados, Lindgren y Marshall los dividen así⁷²:

a. *Casos de pública e imperativa importancia.*

En esta primera categoría aparecen tres subcategorías: 1) Inconstitucionalidad de las leyes del Congreso. 2) Relaciones Internacionales y 3) Casos de autoridad institucional de la Corte.

En el primer grupo pueden ubicarse los casos en los que se cuestionaron las leyes integrantes del *New Deal de Roosevelt*, tales por ejemplo *Railroad Retirement Board vs. Alton R. Co o Carter vs. Carter Coal Co.*⁷³. En la segunda categoría entran casos como *The Three Friends, Nazi Saboteurs, Wilson vs. Girard, Dames & Moore vs. Reagan*. Incluso el caso de la huelga en las fábricas de acero (*Steel Seizure case*), si bien estaba referido a un problema de política interna, su relación con el problema del conflicto con Corea era inmediata⁷⁴. Asimismo, debe ser recordado el caso de ex parte Perú⁷⁵, en el cual si bien no se trataba de un caso de *certiorari* antes de la sentencia, también fue sorteada la decisión de la corte de apelaciones⁷⁶. En la tercera categoría, tal vez el más representativo de los casos

⁷⁰ Véase *White vs. Mechanics' Securities Corp.*, 269 U. S. 283, 299 (1925); *Johnson vs United States Shipping Board*, 280 U.S. 320, 324625 (1930); *Graham & Foster vs. Goodcell*, 282 U.S. 409, 411/412, 415, n. 291931); *Porter vs Dicken*, 328 U.S. 252, 254 (1946); *Taylor vs McElroy*, 360 U.S. 474 (1960); *Hannah vs. Slawson*, 361 U.S. 910 (1959); *United States vs Thomas*, 361 U.S. 950 (1960); *Hannah vs Larche*, 363 U.S. 420, 422. n. 3 (1960); *McElroy vs Guagliardo*, 361 U.S. 281, 283 (1960); *McCulloch vs. Sociedad Nacional*, 372 U.S. 10, 12 (1963); *New Haven Inclusion Cases* 399 U.S. 392, 418 (1970).

⁷¹ Es lo que ocurrió durante la tramitación en la Corte de *Brown vs Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), caso que finalizó con la segregación racial en las escuelas públicas. Estando pendiente de decisión, la Corte tuvo noticia de la existencia del caso *Bolling vs. Sharpe* en la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia e invitó a la presentación del *certiorari before judgement* (344 U.S. 1, 3; 1952), el que luego admitió (334 U.S. 873; 1952).

⁷² Cit. p. 288.

⁷³ Citados precedentemente, nota 47.

⁷⁴ También abarca problemas de política internacional el caso del impuesto para sostener al gobierno Filipino, *Cincinnati Soap vs. United States* (véase nota 48).

⁷⁵ 318 U.S. 578 (1943).

⁷⁶ Se trataba de una demanda iniciada por un particular contra un buque de propiedad del gobierno del Perú ante un tribunal federal de distrito. La demandada planteó ante la Corte

sea el del Presidente Nixon, en el cual, frente a una amenaza de no cumplir con una sentencia, fue necesario que la Corte tomara cartas directamente en el asunto⁷⁷.

De todos modos conviene recordar que no en todos los casos de pública e imperativa importancia la Corte ha concedido el *certiorari* anticipado. Así por ejemplo, en casos como *Aarón vs. Cooper*⁷⁸ y *Anderson vs. Celebreeze*⁷⁹, se debatían cuestiones de gran importancia en los estados pero con repercusión nacional y sin embargo el *writ* no fue admitido⁸⁰.

b. Casos similares a los que están pendientes de decisión ante la Corte Suprema.

A Pesar de que la Regla 11 no lo menciona, ha sido frecuente tal como lo mencioné más arriba⁸¹, que la Corte decida tratar anticipadamente un caso, cuando otro igual está pendiente de tratamiento en sus estrados⁸². De hecho éste es el supuesto más común en que las partes requieren el *certiorari* anticipado. Pero ha de tenerse en cuenta que la mera identidad de casos no es suficiente par lograr la concesión del *certiorari*⁸³ puesto que las reglas en torno a esta cuestión son poco claras⁸⁴.

Ahora bien, no siempre resulta de ayuda que un caso sea decidido cuando otro similar está radicado ya ante la Corte. En primer lugar, puede ocurrir que la adición de un caso más a los ya pendientes ante la Corte, no agregue nada nuevo a éstos⁸⁵. En estos casos para evitar el rechazo, podría argumentarse que quien se ve beneficiada, en todo caso, es la eficiencia

Suprema un *writ* extraordinario (*mandamus*) para que se impidiera al tribunal inferior continuar con el proceso y la Corte lo emitió (bypassando a la Corte de apelaciones), invocando para ello razones de política internacional, privando así de jurisdicción sobre el caso al tribunal de distrito.

⁷⁷ Se trata de dos casos en los que la Corte echa mano de lo que algunos denominamos su "capital político", es decir su autoridad no sólo como Tribunal sino como poder del Estado, capaz de enfrentar a otro de los poderes. Acerca de la teoría del Capital Político de la Corte Suprema, véase Stone, Seidman, Sustein & Tushent, *Constitutional Law* (pág. 68), cit. por Lindgren & Marshall, p. n. 180.

⁷⁸ 358 U. S. 1 (1958)

⁷⁹ 460 U. S. (1983).

⁸⁰ En el primero de ellos se debatía si un tribunal federal podía intervenir en un caso de desegregación escolar en el estado de Arkansas, jurisdicción que cuestionaba vehementemente el Gobernador de aquél. Pese a la importancia de la cuestión la Corte no intervino como le fue requerido. En el segundo, se trataba de la disputa acerca de si era constitucional la exclusión de un tercer candidato en las elecciones y tampoco la corte decidió intervenir.

⁸¹ Véase notas 70 y 71.

⁸² El primer caso en que ello tuvo lugar fue *Hicks vs. Merchantile Trust Company* en 1925, citado en nota 45.

⁸³ Lindgren & Marshall, cit. p. 296.

⁸⁴ En general, se exige que una de las partes sea igual a otra que está litigando ya ante la Corte. Además, se requiere la existencia de más de un caso radicado en la Corte. Pero aún así ninguna de estas circunstancias garantiza de or sí la admisión del *writ* (Lindgren & Marshall, cit. p. 298).

⁸⁵ Así sucedió cuando *Eastern Equities vs. United States*, fue añadido a otros ocho casos pendientes todos resueltos bajo el nombre *Graham & Foster vs. Goodcell*, 282 U.S. 409 (1931).

de la administración de justicia. Además, se ha argumentado también que de esa forma todos tienen su oportunidad de ser juzgados por la Corte⁸⁶. A lo primero se le contesta que la solución más adecuada no es llevar el caso ante la Corte anticipadamente, sino más bien, que la Corte de Apelaciones espere hasta la decisión de los otros, para fallar luego en consecuencia. En cuanto a lo segundo, no es cierto que todos los litigantes tengan derecho a ser juzgados por la Corte Suprema⁸⁷.

Lo dicho más arriba indica que la mera identidad de un caso con otro no es suficiente. En efecto, quien pretenda anticipar su *certiorari*, debe demostrarle a la Corte por lo menos dos cosas: (a) que su caso es igual y (b) que a pesar de esa similitud, su caso agrega algo nuevo a los ya pendientes de sentencia. ¿pero qué es lo que este nuevo caso debe agregar para que el *certiorari* prospere? En este punto debe irse con cuidado y tenerse en cuenta que la Corte es un Tribunal y como tal no está preparada para analizar diferentes posibilidades de la aplicación del derecho en un solo caso, pues ello es contrario a su contexto de actuación. Antes bien, ello es propio de la legislatura⁸⁸.

Lo que el nuevo caso debe proveer es ayuda a los litigantes cuyo caso ya ha sido radicado en la Corte cuando nuevas circunstancias hacen que su defensa sea incompleta. Ello tuvo lugar cuando la Corte añadió el caso *Rickert Rice Mills vs. Fontenot* a otros reunidos en *United States vs. Butler*⁸⁹. En *Butler* se había planteado la inconstitucionalidad de una ley regulatoria de la agricultura pero, estando pendiente de solución al caso, esta ley fue modificada parcialmente, sin haber convertido el caso en abstracto, lo que impedía a los litigantes el análisis de la nueva normativa. En *Rickert* en cambio, ambas normas estaban contempladas, por lo que la consolidación de los casos pudo ser beneficiosa para los intereses defendidos en *Butler*⁹⁰.

⁸⁶ Este argumento fue utilizado, sin éxito, en *Keller vs. Nixon*, cert. denegado en 419 U. S. 880 (1974) y *Hawaiian Telephone Co. vs. Hawaii Department of Labor*, cert. denegado en 419 U.S. Labor, cert. denegado en 435 U. S. 943 (1978).

⁸⁷ De hecho la existencia de una jurisdicción discrecional está basada en la creencia de que la Corte es una instancia excepcional, reservada para casos de gran importancia (*Lindgren & Marshall*, cit. p. 302).

⁸⁸ Sin embargo en un caso la Corte idénticos sosteniendo que ello "le permitía tener una mejor perspectiva". Se trata del caso *Mc Culloch vs. Sociedad Nacional*, 372 U.S. 10 (1963), en el cual se discutía la competencia del Consejo Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Board*), sobre buques extranjeros que empleaban personal extranjero. El Consejo había pretendido extender su jurisdicción sobre un barco hondureño y ello motivó una acción planteada por un sindicato de Honduras ante los tribunales del Distrito de Columbia, esta acción fue luego consolidada con otra similar tramitada en los tribunales de New York, pero en realidad el propósito de la Corte era traer a sus estrados esta última acción, la que por razones de orden procesal era dudoso que llegara a tal instancia.

⁸⁹ 297 U. S. 1 (1936).

⁹⁰ También puede ocurrir que la ayuda no sea para los litigantes sino para el propio Tribunal, tal en *Bollings vs. Sharpe* al ser unido a *Brown vs. Board of Education* (véase nota 71), ya que ello permitió sostener que los principios de la Enmienda 14 en cuanto a desegregación escolar no eran aplicable sólo en los estados, sino también en el Distrito de Columbia.

C. Casos que ya han tramitado en la Corte Suprema.

Se trata de aquellos casos que llegan a la Suprema Corte una segunda vez. En estos supuestos, no se dan las desventajas habituales del *certiorari* anticipado pues habiendo ya tomado la corte conocimiento del caso, no requiere de una sentencia del Tribunal inferior que filtre las cuestiones de hecho que lo rodean. Un caso de esta naturaleza se dio en *Fetters vs. United States*⁹¹, donde una Corte de Apelaciones, había hecho lugar a un *habeas corpus* a favor de un detenido. El *marshal* que lo había detenido solicitó *certiorari* y, mientras el caso estaba pendiente de decisión en la Corte, aquél renunció sin que se nombrara sucesor. La Corte concedió el *certiorari* y devolvió el caso a los tribunales inferiores ordenando desestimar el procedimiento sobre la base de que no había contraparte. El detenido, colocándose bajo la autoridad de un nuevo *marshal*, planteó un nuevo *habeas corpus* y el tribunal de distrito, siguiendo el pronunciamiento anterior de la Corte de Apelaciones, ordenó su libertad. El *marshal*, entonces, planteó el *certiorari* directamente ante la Corte Suprema, el que le fue concedido⁹².

Para conceder el *certiorari* en este caso, se tuvo cuenta que la única diferencia entre el primero y el segundo *habeas corpus*, era la identidad del *marshal*, de modo que requerir un nuevo pronunciamiento de la Corte de Apelaciones era redundante. La Corte ya había tomado contacto con el caso y conocía también la decisión que la instancia anterior iba a tomar, de modo que una nueva sentencia nada nuevo aportaría al litigio. Al mismo tiempo, el caso no se había tomado abstracto, de modo que nada impedía la concesión directa del *certiorari*. Los comentaristas del *Fetters* sostienen, sin embargo, que se trata de un caso raro ya que, por lo general, la decisión de la Corte de Apelaciones siempre posee valor para la sentencia de la Corte⁹³.

Otra fuente del *certiorari* anticipado, en estos casos, es el correcto y rápido cumplimiento de las sentencias de la Corte, en caso que los tribunales inferiores dilataran sus mandatos o los cumplieran erróneamente. Ello tuvo lugar en *Insurance Group vs. Denver & Rio Grande Western Railroad*⁹⁴, donde se discutía la validez de un plan de reorganización ferroviaria presentado ante la *Interstate Commerce Commission* en 1941. El mismo fue, finalmente, aprobado dos años después por el tribunal de distrito y, al cabo de otros tres años de litigio, la Corte confirmó la sentencia. No obstante un nuevo pleito fue iniciado sobre la base de que el plan había devenido obsoleto y la Corte de Apelaciones ordenó entonces detener la ejecución del procedimiento que se estaba llevando a cabo en el tribunal de

⁹¹ 283 U. S. 638 (1931).

⁹² 283 U.S. 812.

⁹³ El único caso en que volvió a reproducirse la doctrina de *Fetters* fue *Piedmont & Northern Railway vs. Interstate Commerce Commission*, 286 U. S. 299 (1932). Aquí se discutía si a ICC tenía competencia para exigir un certificado autorizando la extensión de dos líneas férreas. En un primer momento, la Corte sostuvo que el tribunal de distrito ante el cual se ventilaba la cuestión carecía de competencia en el caso, 280 U. S. 469 (1930), por la forma en que el acto administrativo había sido emitido. Corregido esto, fue planteado *certiorari* anticipado y la Corte lo admitió resolviendo el fondo de la cuestión.

⁹⁴ 329 U. S. 607 (1947).

distrito. Fue planteado el *certiorari* anticipado y la Corte lo concedió para garantizar la eficiencia de la administración de los ferrocarriles.

De todos modos, debe tenerse en cuenta que es poco frecuente que la Corte conceda el *certiorari* anticipado en casos como éstos. Asimismo, es rechazado cuando con él se busca evitar la mera dilación del proceso en los tribunales inferiores⁹⁵. Así pues el *certiorari* anticipado, cuando el caso ya ha estado antes en la Corte, sólo procede en dos supuestos bien definidos: (a) cuando la sentencia de la Corte de Apelaciones es completamente innecesaria y (b) cuando la decisión de la Corte pueda ser demorada o tergiversada por el tribunal inferior⁹⁶.

d. Casos en los que se ha denegado una apelación directa ante la Corte.

Esta última categoría contempla casos en los que una apelación directa ante la Corte es rechazada por incompetencia de la Corte tratada para tratarla.

En este punto es preciso aclarar que el Título 28 USC admite, en algunos casos, una apelación directa ante la Corte Suprema contra sentencias emanadas de tribunales de distrito integrado por tres jueces.

Efectivamente, los tribunales de distrito pueden ser unipersonales o bien puede requerirse su integración con tres jueces. Antiguamente, era frecuente su integración tripartita pero, a partir de la década de 1970, fueron desapareciendo⁹⁷ como consecuencia de una crítica generalizada hacía su conveniencia⁹⁸. Incluso hubo intento de eliminarlos en forma completa or medio de una ley de 1976⁹⁹.

Ya mencionaré más abajo cuales son las leyes que requieren todavía la integración de las cortes de distrito de tres jueces, pero antes quiero citar la norma general que establece la apelación ante la Corte de sus fallos. En la Sección 1253 del Tit. 28 USC, que dice:

“Salvo que esté de otra manera, cualquier parte podrá apelar ante la Corte Suprema las

⁹⁵ En *Smith vs. Baker*, 409 U. S. 1012 (1972), un caso cuyos hechos eran similares a los del caso *Denver Railroad*, el *certiorari* fue denegado, sobre la base de que *writ* pretendía acortar un litigio que llevaba ya muchos años. Similar doctrina puede hallarse en *Peters vs. Llarck*, 419 U. S. 110 (1975) y en *American Telephone and Telegraph Company vs. United States*, 429 U. S. 1071 (1977). En este último caso, la AT & T había demandado por presuntas maniobras monopólicas de la Bell. Dado que el litigio era muy complicado y demandaría años, AT & planteó *certiorari* before judgment ante la Corte para evitar tal dispendio jurisdiccional, lo que fue denegado.

⁹⁶ *Lindgren & Marshall*, cit. p. 312.

⁹⁷ Había 318 tribunales de tres jueces en 1971 y sólo 35 en 1981 (conf. Stern, Gressman y Shapiro, cit. p. 72 nota 53).

⁹⁸ La crítica en general estaba enderezada a la confusión que su funcionamiento acarrea, la cual se hacía mas patente aún en las apelaciones directas de sus pronunciamientos ante la corte, la cual como analizaré en esta sección, todavía existe. Ver Stern, Gressman Shapiro, cit. p. 72. Incluso la Corte, ha criticado esta apelación directa, señalando que muy frecuentemente la ha obligado a volver sobre sus pasos; *González vs. employees Credit Union*, 419 U. S. 90, 95 (1974).

⁹⁹ 90 Stat. 1119 (1976).

órdenes que otorguen o denieguen, luego de una audiencia, una *injunction*¹⁰⁰ interlocutoria o permanente, en cualquier acción civil, juicio o procedimiento que una ley del Congreso, exija par su tramitación, la integración de una corte de distrito de tres jueces¹⁰¹.

De hecho, este es la única posibilidad, actualmente, de que una decisión de un tribunal puede ser objeto de apelación ante la Corte Suprema¹⁰².

Los casos en se exige todavía la integración de cortes de distrito de tres jueces son:

a) Cuando se discute la constitucionalidad de la división de los distritos electorales efectuada por le Congreso. Ello está establecido en la Sección 2284(a) del Título 28 del USC, que dice:

*“Una Corte de Distrito de tres jueces, se reunirá cuando lo requiera una ley del Congreso o cuando se interponga una acción cuestionando la constitucionalidad de la distribución congresional de los distritos (electorales) o de la distribución efectuada por cualquier cuerpo legislativo con competencia en todo un estado”*¹⁰³.

b) En la Ley de Derechos Civiles de 1964¹⁰⁴.

c) La ley de Derechos Electorales de 1965¹⁰⁵.

d) En la ley de Reorganización de Ferrocarriles Regionales de 1973¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Por *injunction* se entiende en el derecho anglonorteamericano, una suerte de lo que entre nosotros es la prohibición de innovar. Existe también la *mandatory injunction*, por medio de la cual una parte -generalmente la demandada- puede ser obligada a realizar determinada acción. Las *injunctions* se dividen en : (a) *interlocutorias*, que duran durante cierto tiempo del proceso; (b) *permanente*, que duran hasta la finalización del proceso; (c) *Perpetuas*, que finalizan el proceso y duran indefinidamente y (d) *preliminares*, que son trabadas al momento de la promoción del juicio. Conf. Blacks's Law Dictionary, cit. p. 784.

¹⁰¹ El texto en inglés es el siguiente: Secc. 1253: “*Except as otherwise provided by law, any party may appeal to the Supreme Court from an order granting or denying, after notice and hearing, an interlocutory or permanent injunction in any civil action suit or proceeding required by any Act of Congress to be heard and determined by a district court of three judges*”.

¹⁰² Debo aclarar que a diferencia de lo que sucede en nuestro derecho donde todo pedido de revisión (cualquiera sea la vía, extraordinaria u ordinaria) ante la Corte Suprema de una decisión inferior, supone una apelación, en el procedimiento norteamericano, por el contrario, la apelación tiene un ámbito mucho más restringido. El *certiorari*, que vendría a ser el equivalente hoy día de nuestro recurso extraordinario, no es estrictamente una apelación. Bien es verdad que a partir de la reforma al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, introducirá por la ley 23.774, la jurisdicción extraordinaria de la Corte puede ser ejercida discrecionalmente en punto al rechazo de los recursos, pero aún así no poseemos un sistema exactamente igual al norteamericano.

¹⁰³ Su versión de agosto de 1976, Pub. L. Nro. 94-381; 90 Stat. 1119. “A district Court shall be convened when otherwise required by act of Congress, or when an action filed challenging the constitutionality of the apportionment of congressional districts or the apportionment of any statewide legislative body”.

¹⁰⁴ Conf. Sección 2000 a-5(b), y 2000 e-6, Tit. 42 USC.

¹⁰⁵ Conforme Secciones 1971 (g), 1973 (b), 1973 (c), 1973h (b) y 1973bb, Tit. 42 USC.

¹⁰⁶ Conforme Sección 719 (b), Tit. 45 USC.

e) En la ley de la Fundación para la Campaña de la Elección Presidencial¹⁰⁷.

Pues bien, en estos casos en que la apelación directa es admisible, lo que el litigante normalmente hace, es plantear la apelación directa y subsidiariamente, para el caso que ésta sea denegada, deja planteado también el *certiorari* anticipado, lo que está permitido. En estos casos, la Corte puede adoptar alternativamente, cuatro decisiones: a) admitir formalmente la apelación y darle entrada; b) posponer la decisión hasta escuchar los alegatos sobre el fondo de la cuestión; c) rechazar ambas peticiones o bien, d) rechazar la apelación directa y conceder el *certiorari* anticipado.

Son muchas las ocasiones en que la Corte ha empleado esta cuarta alternativa. Así lo ha hecho, por ejemplo, en casos en que ha considerado que la apelación no era procedente¹⁰⁸. En *Roe vs. Wade*¹⁰⁹, el famoso caso de la legalización del aborto, la Corte dijo que algunas cuestiones que habían sido llevadas ante ellas por vía de apelación deberían haber merecido una petición de *certiorari*, lo que no obstaba sin embargo a su tratamiento¹¹⁰ y en *Now vs. Idaho*¹¹¹, concedió el *certiorari* anticipado al mismo tiempo que pospuso la decisión sobre la apelación, para luego declarar el caso abstracto¹¹².

Se ha criticado esta actuación de la Corte sosteniéndose que recarga de trabajo al Tribunal¹¹³, pero en contra de ello Lidgren y Marshall arguyen que si la Corte ya ha concedido el *certiorari* y ha escuchado los alegatos orales, parte de su trabajo ya está hecho, de modo que desestimar el caso y devolverlo al tribunal inferior supondría la pérdida del mismo¹¹⁴. Esto es particularmente cierto en casos donde la apelación tiene visos aparentes de viabilidad. Así por ejemplo en *Now vs. Idaho*, se cuestionaba la constitucionalidad de una resolución conjunta de las Cámaras del Congreso postergando el plazo de ratificación de la frustrada Enmienda sobre Igualdad de Derechos (*Equal Rights Amendment*)¹¹⁵. El debate se centraba en determinar si dicha Resolución Conjunta debía ser considerada o no, una ley del Congreso ya que, en este último caso, la apelación directa era viable. Era evidente que, más

¹⁰⁷ Conforme Sección 9010 (c), Tit. 26 USC.

¹⁰⁸ *St. Louis, Kansas City & Colorado R. R. vs. Wabash R. R.*, 217 U.S. 247 (1910); *Stainback vs. Mo Hock Ke Lok Po*, 336 U. S. 368 (1946); *Turner vs. Memphis*, 369 U. S. 350 (1962); *New Orleans vs. Barthe*, 376 U. S. 189 (1964).

¹⁰⁹ 410 U.S. 113 (1973).

¹¹⁰ De todos modos, es bueno recordar que la Corte tenía enorme interés en decidir este caso y darle una respuesta definitiva al debate sobre el aborto, de modo que habría resuelto el caso sin perjuicio de cual fuera la vía por la que había llegado al Tribunal. Cabe recordar que el caso en sí mismo, era abstracto al momento de la sentencia (ya se había producido el alumbramiento de la accionante) y sin embargo, fue decidido como acción de clase (interés colectivo).

¹¹¹ 455 U. S. 918 (1982).

¹¹² 459 U. S. 809 (1982).

¹¹³ Así lo decía Frankfurter en su disidencia al caso *Steinback vs Mo. Hock ke Lok Po*.

¹¹⁴ Cit. p. 314.

¹¹⁵ La Enmienda sancionada en 1972, protectora de la igualdad de sexos y que hubiera llevado el Nro. 27, nunca llegó a ser aprobada ya que el plazo para ello (10 años) expiró en 1982 sin que se hubiera logrado el número de ratificaciones en los estados necesarios a tal fin. Fue

allá de la verdadera naturaleza jurídica de la resolución conjunta, la viabilidad aparente de la apelación obligó a la Corte a admitir el *certiorari* anticipado no sin que tuviera sentido luego desestimar el caso y devolverlo al tribunal inferior.

3. Valoración del instituto en Estados Unidos.

Interesa, finalmente, saber si en su país de origen el empleo de este instituto es beneficioso o no. Para ello me atenderé, básicamente, a las conclusiones de los pocos autores que se han ocupado de la cuestión, las que en general son negativas.

En primer lugar, señalan Lindgren y Marshall que el *certiorari* anticipado conspira contra la reducción de casos ante la Corte Suprema, propósito esencial perseguido por la creación de las Cortes de Apelación por la Evarts Act de 1891. Si bien parece cierto que los casos objeto de este *certiorari*, terminarán indefectiblemente ante la Corte, la realidad demuestra que no siempre ello ocurre¹¹⁶.

El argumento de la velocidad en la decisión tiene también sus inconvenientes, pues obliga al Tribunal a pronunciarse sin la debida meditación del caso. Esto ha sido reconocido, incluso, por la propia Corte en *Dames & Moore vs. Reagan*, el caso de los rehenes en Irán, donde el propio Tribunal admitió que la celeridad que el pronunciamiento requería obligaba a pronunciar una sentencia extremadamente acotada a las cuestiones básicas, sin poder extenderse a otras ni trazar líneas generales para futuros pronunciamientos¹¹⁷. Asimismo en algunos casos la minoría del Tribunal se ha quejado de la falta de tiempo necesario para resolver los problemas planteados¹¹⁸. Para evitar estos problemas, los autores citados, sostienen¹¹⁹ que la Corte en lugar de utilizar el remedio extremo del *certiorari before judgment*, puede emplear el *Stay*¹²⁰ que contempla la Regla 44 (actualmente la 23), tal como lo ha hecho alguna vez la Corte¹²¹.

Asimismo, la existencia de una decisión de las Cortes de Apelaciones es en algunos casos útil. La existencia de una sentencia intermedia entre el tribunal de primera instancia y la Corte permite perfilar mejor las cuestiones que le serán sometidas al alto Tribunal. La

reintroducida en el Congreso en enero de 1987, sin lograrse la mayoría necesaria (véase: Tribe, Laurence, *Constitutional Law*, 2nd. ed. The Foundation Press, New York, 1988, p. 1586/87).

¹¹⁶ Cit. p. 278.

¹¹⁷ 453 U. S. 6654, 660/61 (1982).

¹¹⁸ Así ocurrió en los casos de las cortes marciales de 1957 (*Reid vs. Covert* y *Kinsella vs. Krueger*), donde los jueces Frankfurter, Warren, Black y Douglas admitieron la imposibilidad de fallar por falta de tiempo.

¹¹⁹ Lindgren y Marshall, cit. p. 283.

¹²⁰ Por *Stay* se entiende una suerte de medida de no innovar que permite al Tribunal detener el procedimiento en el estado en que se encuentre en orden a que la Corte revise de manera interlocutoria alguna de las decisiones adoptadas en las instancias inferiores (*Conf. Black's Law Dictionary*, cit. p. 1413).

¹²¹ *Celebreeze vs. Anderson*, 448 U.S. 918 (1980).

sentencia de la corte de apelaciones filtra muchas cuestiones y las que llegan hasta la Corte Suprema se presentan con absoluta claridad¹²². De todos modos, Lindgren y Marshall reconocen que en algunos casos una decisión de la corte de apelaciones puede ser peligrosa y ello ocurre cuando corre riesgo de ser desobedecida por una de la partes. para evitarlo se hace necesaria una intervención directa de la Corte cuyo peso evita desafiarla. Tal el caso del sabotaje nazi, o de Watergate, donde en ambos casos los Presidentes Roosevelt y Nixon amenazaron con desconocer la sentencia de la corte de apelaciones.

IV Conclusiones

Es realmente difícil extraer conclusiones para el derecho argentino acerca del *Recurso Extraordinario per saltum*. Su aplicación, en un único y controvertido caso¹²³, sólo permitiría una valoración parcial, muy lejana al siglo de experiencia en la materia que la doctrina norteamericana posee.

Pero lo que sí considero importante y entiendo que constituye el saldo que este estudio tal vez aporte al derecho argentino, es que cuando la Corte Suprema en setiembre de 1990 hizo su célebre *bypass*, revocando directamente una sentencia de primera instancia, acudió a un extremo procesal nuevo entre nosotros, pero antiguo en nuestro modelo constitucional. La diferencia entre uno y otro tribunal, es que el nuestro no cuenta todavía, con autorización legislativa expresa como el de los Estados Unidos.

Una vez más es el Congreso quien debe tomar nota que la Corte Suprema ha ido más rápido, estableciendo una cabecera de playa en una laguna legislativa. Creo que es una excelente oportunidad para dictar una ley general de organización de la justicia federal, que contemple o rechace el *per saltum* -ello será cuestión del Congreso- pero que reemplace las tantas veces remendada ley 48 cuyos 120 años de vigencia le han asegurado su paso a la historia.

¹²² Estas fueron las razones dadas por el juez Burton en su voto disidente en el caso de la intervención de las fábricas de acero por el Presidente Truman.

¹²³ Hay que recordar que, a poco de fallado el amparo planteado por el Diputado Moisés Fontenla, la Corte rechazó un nuevo pedido de avocaciones *per saltum* en los autos "Banco del Interior y Buenos Aires c/Banco Central" sent. del 27.11.90 (Causa G. 146).

LA TRASCENDENCIA COMO CAUSAL DE ADMISIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO (ART. 280 DEL CPCCN)

POR SERGIO O. DUGO

I. INTRODUCCIÓN

A. La reforma formulada por la ley 23.774 al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación atribuyó a la Corte Suprema la facultad de rechazar recursos extraordinarios.

1. *según su sana discreción*
2. *con la sola invocación de la norma modificada*
3. *por falta de agravio federal suficiente*
4. *o cuando las cuestiones planteadas resultaren*
 - a. *insustanciales*
 - b. *o carentes de trascendencia.*

B. - Puede afirmarse que la reforma en este aspecto propone tres innovaciones esenciales.

1. En cuanto a formas se trata, no exige a la Corte para desestimar los recursos otra fundamentación que la cita de la norma modificada.

2. En cierta medida convierte una jurisdicción prevista originalmente como obligatoria en *facultativa*.

3. De las tres causales que enuncia, las primeras dos encuentran eco en jurisprudencia anterior del Tribunal¹. En cambio, la *trascendencia* constituye un requisito novedoso, no exigido ni por la ley 48 ni, salvo epiteliales evocaciones, por la jurisprudencia tradicional del Alto Tribunal. Por ello, la "trascendencia" resulta la *pieza clave* a dilucidar del nuevo régimen.

C. - En una exégesis literal de la nueva norma la *trascendencia*

¹ Ver, en tal sentido, Néstor Pedro Saglies, *Recurso extraordinario*, 3ª. ed., Astrea 1992, cap. XVI; Lino Enrique Palacio, *El Recurso Extraordinario Federal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992, cap. VII; Augusto M. Morello, *La nueva etapa del recurso extraordinario. El "certiorari"*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1990; Narciso J. Lugones, *Recurso Extraordinario*, Depalma, Buenos Aires 1992, cap. XVII; Alberto F. Garay, "Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario", *La Ley*, suplemento diario del 19 de noviembre de 1991; José Luis Monti, Reflexiones en torno de las reformas a la integración de la Corte Suprema y al régimen del recurso extraordinario", *El Derecho*, suplemento diario del 26 de abril de 1991.

1. aparece como un requisito de invocación facultativo, pues "podrá" y no "deberá" exigirse.

2. surge como una causal de rechazo y no de admisión de recursos: la Corte "podrá rechazar el recurso extraordinario... cuando las cuestiones planteadas resultaren... carentes de trascendencia"².

D. - Parecía entonces que no cabía imaginar que la presencia de *trascendencia* convirtiera en potestativa para el tribunal la admisión de recursos que no cumplieran con los requisitos exigidos para su admisibilidad; dicho en forma quizás exageradamente sencilla, parecía que se trataba de lo que se dio en llamar *trascendencia negativa* y no *positiva*.

E. - Sin embargo la Corte Suprema en dos decisiones recientes parece haber seguido otro rumbo en sendos asuntos que supieron convocar el miramiento del foro y, en mayor o menor medida, de la comunidad. El primero, trató sobre la incorporación *efectiva* al derecho argentino de la rectificación o respuesta prevista en el Pacto de San José de Costa Rica³. El restante, versó acerca de una problemática de índole económica que afectaba a la casi totalidad de los juicios de contenido patrimonial en trámite; a la sazón, si con posterioridad a la vigencia de la ley de convertibilidad la actualización monetaria debía ser sucedida por la aplicación de la tasa de interés *activa* o *pasiva*⁴.

F. Es nuestro propósito incitar la atención sobre el particular.

En ese trance, inicialmente realizaremos una exposición -apegada a la *letra* para invitar a la deducción colectiva- de los fragmentos concernientes de estos pronunciamientos⁵, para después ensayar algunas -por cierto escasas- reflexiones.

II. EL CASO "EKMEDKJIAN" (DISIDENCIA DE LOS JUECES PETRACCHI Y MOLINÉ O'CONNOR)⁶

A. EL REQUISITO DE ADMISIBILIDAD QUE SE SUPERA: LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN AUTÓNOMA

Que si bien es cierto que este recurso de hecho no cumple con el requisito de fundamentación autónoma, las particularidades del caso autorizan a prescindir de dicho recaudo⁷.

B. LA NORMATIVA NOVEDOSA

La ley 23.774 ha introducido una importante modificación en el ámbito del recurso extraordinario. Tal es la reforma del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: "*La Corte, según su sana discreción, y con*

² Así lo entendió genéricamente la doctrina consultada. Ver obras citadas en nota 1.

³ Ver punto II de este trabajo.

⁴ Ver punto III de este trabajo.

⁵ Los destacados en dichos fragmentos nos pertenecen.

⁶ E. 64 XXIII. "Ekmedkjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros", del 7 de julio de 1992.

⁷ Considerando 3°.

la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”⁸.

C. LA FINALIDAD DE LA NUEVA NORMA

1. La especialidad y la condición de posibilidad de la eficacia de la labor de la Corte Suprema

La *finalidad* más significativa del nuevo texto es la de destacar el *emplazamiento* que esta Corte posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando que -de una manera realista- su labor pueda *concentrarse* en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional. Cometido éste que, desde temprana hora, el Tribunal ha reconocido como el más propio de su elevado ministerio (Fallos: 1: 340, del 17 de octubre de 1864).

La reforma tiende, pues, a reforzar el criterio de *especialidad* que orienta a las funciones de este Tribunal, al hacerle posible ahondar en los graves problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente ligados a su naturaleza institucional⁹.

Que, consecuentemente, más que una inteligencia pormenorizada de cada uno de los términos expresados en la norma (falta de agravio federal suficiente, cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia), debe rescatarse el carácter análogo de éstos y su *convergencia en una misma finalidad: la de preservar a esta Corte a fin de que, “según su sana discreción” pueda centrar su tarea en los asuntos que pongan en juego su relevante función*¹⁰.

2. Vertientes vernáculas

a. Conceptualización del recurso extraordinario

Ello, a su vez, tributa a la vertiente jurisprudencial según la cual el recurso extraordinario ha sido instituido como el *instrumento genérico* para el ejercicio de la función jurisdiccional más alta de la Corte, la que se satisface cabalmente cuando están en juego problemas de singular gravedad... Por su propósito y su índole, traducidos en su nombre, dicha apelación es un medio excepcional *cuyo alcance debe delimitarse de un modo severo*, para no desnaturalizar su función y convertirlo en una nueva instancia ordinaria de todos los pleitos que se tramitan ante los tribunales del país (Fallos: 48:71; 97:285; 179:5, entre otros)¹¹.

⁸ Considerando 3°.

⁹ Considerando 3°.

¹⁰ Considerando 4°.

¹¹ Considerando 4°.

b. El fallo de la Corte como "fin", las partes como "medios"

Esto es así en razón de que el fallo del Tribunal es precisamente el fin de la jurisdicción eminente que le ha sido conferida, aun cuando su ejercicio puede promoverse en cuestiones entre particulares (Fallos: 248:61, considerando 4°; 248:189 considerando 3°)¹².

3. El derecho comparado

Que el mencionado criterio se compadece, además, con el establecido en el derecho comparado respecto de tribunales de similares características y parejos problemas¹³.

a. La "corte suprema ideal": el interés de los ciudadanos por sobre el interés de los litigantes

Así, luego de un detenido estudio e investigación sobre diversos altos tribunales del mundo, y al tratar la "corte suprema ideal", sostiene André Tunc que, para dichos órganos, la selección de los asuntos que examinarán atentamente y sobre los que pronunciarán una decisión motivada, parece imponerse necesariamente. "si uno se esfuerza en despojarse de sus hábitos para observar objetivamente el problema de trabajo de esos tribunales, parece que resulta irresistiblemente llevado a la idea de selección. Al aceptar, dentro de un espíritu de dar -quizás- una mejor justicia, el examen de todos los casos que le son planteados, la Corte se impide a sí misma ejercer en buenas condiciones su misión que le incumbe en interés de todos _no de todos los litigantes, sino de todos los ciudadanos-" (*La Court Judiciaire Suprême, une enquête comparative*, París, 1978, págs. 440 y 443)¹⁴.

b. La fuente norteamericana: un mayor grado de "discrecionalidad"

Que, en procura de tal finalidad, el rumbo trazado por el nuevo texto legal *se vincula estrechamente, aunque con modalidades propias*, con el que rige la competencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, tal como se desprende del Mensaje que acompañó al proyecto del Poder Ejecutivo, hoy ley 23.774. En efecto, allí se califica al citado art. 280 como una "innovación" que "se apoya en el Proyecto de Reformas a la ley N° 48 elaborado por la Comisión creada por la resolución del Ministerio de Educación y Justicia N° 772, del 9 de abril de 1984" (Mensaje N° 771, párrafo penúltimo), el cual preveía un precepto análogo al ahora vigente, con el expreso señalamiento de que entrañaba "la innovación de mayor trascendencia", y que "sin duda" consistía "en la incorporación al derecho positivo argentino del writ of certiorari del derecho norteamericano

¹² Considerando 4°.

¹³ Considerando 5°.

¹⁴ Considerando 5°.

(Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma, cit. VI, c. 2), conclusión, respecto de este instituto, que corroboran los debates parlamentarios.

Y, desde esta perspectiva, es apropiado recordar la Regla 17 dictada por ese Alto Tribunal sobre el *writ of certiorari*: La revisión por ese medio "no es una obligación legal, sino materia del sano arbitrio judicial (*judicial discretion*), y solamente será otorgada cuando existan para ello razones especiales e importantes..."¹⁵.

Con base en ello, ha sido expresado que esa Corte no se reúne para satisfacer un interés académico ni tampoco para el beneficio particular de los litigantes. Razones especiales e importantes mueven a resolver un problema que va más allá de lo académico o episódico -*Justice Frankfurter*, en *Rice v. Sioux City Cementery* 349 U.S. 70, 74 (1954).

Es asimismo reveladora la reforma al *United States Code*, aprobada el 27 de junio de 1988, tendiente a conferir a la mencionada Suprema Corte un mayor grado de discrecionalidad en la selección de los litigios (*Public Law*, 100-352)¹⁶.

D. - EL ART. 280 COMO "HERRAMIENTA DE SELECCIÓN" DE LA DESESTIMACIÓN Y ADMISIÓN DE RECURSOS: LA "TRASCENDENCIA POSITIVA"

1. El *holding* del voto

Que, en esta tesitura, corresponde precisar que el art. 280 cit., no debe ser entendido como un medio que sólo consienta la desestimación de los recursos que no superen los estándares. Si, como ha quedado asentado, aquél constituye una *herramienta de selección* dirigida a que la Corte posea un marco adjetivo que le haga posible un acabado y concentrado desarrollo de su papel institucional, *deberá reconocerse, al unísono, que esa disposición también habilita a considerar admisibles las apelaciones que entrañen claramente cuestiones de trascendencia...*¹⁷.

2. Los "ápices procesales"

Ello... no obstante la inobservancia de determinados recaudos formales, a efectos de que el rito de los procedimientos no se vuelva un elemento frustratorio de la eficiencia con que dicho rol debe desenvolverse. Este aserto, por lo demás, se entronca con una consolidada tradición jurisprudencial tendiente a no impedir el esclarecimiento de relevantes temas constitucionales y federales por los eventuales *ápices procesales* que puedan obstaculizarlos...¹⁸.

¹⁵ En rigor, ese concepto, hoy se encuentra prescripto en la regla 10ª (ver *Supreme Court Report*, vol. 110, n° 4). La numeración invocada en el fallo, corresponde a las reglas vigentes hasta el 1° de enero de 1990.

¹⁶ Considerando 6°.

¹⁷ Considerando 7°.

¹⁸ Considerando 7°.

3. La doctrina de los autores y la función judicial

Que, desde luego, fórmulas como las escogidas por el Congreso no son susceptibles de resumirse en definiciones exhaustivas que, por lo demás, son propias de la doctrina y ajenas a la función judicial.

Sin perjuicio de ello, es innegable que el Tribunal tiene hoy la grave autoridad de seleccionar por imperio de la ya citada norma, los asuntos que tratará sustancialmente. Ello deberá ser cumplido antes que con una ilimitada discrecionalidad, con arreglo a la "sana" discreción que la norma le impone y que la razonabilidad le exige, sin olvidar los arts. 14 y 15 de la ley 48., y 6 de la ley 4055, y las pautas o estándares del art. 280 cit¹⁹.

4. La reiteración del *holding* y del requisito de admisibilidad superado

Que, por consiguiente, así como la Corte se encuentra habilitada para desestimar los asuntos que carezcan de trascendencia, así también lo está para intervenir cuando de un modo claro aparezca dicha trascendencia aunque, como ocurre en el *sub lite*, el recaudo de fundamentación no se encuentre suficientemente cumplido²⁰.

5. Lo "trascendente del caso"

Que lo trascendente del caso resulta manifiesto por hallarse en debate la interpretación de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, 'el Pacto' o 'La Convención'), en lo que atañe al derecho de réplica, rectificación o respuesta. De tal manera, la solución de este caso repercutirá, por un lado, en la comunidad nacional y, por el otro, en la comunidad internacional puesto que se encuentra en juego el cumplimiento de buena fe de obligaciones internacionales asumidas por la Argentina²¹.

III. EL CASO "LÓPEZ"²²

La decisión mayoritaria de la Corte Suprema, después de considerar que se hallaba frente a una cuestión federal clásica -interpretación de ley federal y decreto reglamentario de igual carácter²³ señaló:

¹⁹ Considerando 8°.

²⁰ Considerando 9°.

²¹ Considerando 10°.

²² L. 44.XXIV López, Antonio M. c/Explotación Pesquera de la Patagonia S. A. s/ accidente-acción civil, del 10 de junio de 1992. La sentencia puede verse en *El Derecho*, suplemento diario del 28 de agosto del corriente año.

²³ 2°) *Que en recurso extraordinario es formalmente procedente toda vez que remite a la interpretación de la ley 23.928 y su reglamentación. Las normas de la ley citada, en tanto establecen el valor de la moneda y vedan -a partir del 1° de abril de 1991- el cómputo de la*

Que la determinación de la tasa [de interés] reviste significativa *trascendencia* para el desarrollo del crédito y la seguridad jurídica y corresponde, en consecuencia, que esta Corte resuelva el fondo del asunto en uso de la facultad que le confiere el art. 16 de la ley 48 a fin de poner un necesario *quietus* en la evolución de las encontradas tendencias jurisprudenciales que conspiran contra la requerida certeza del tráfico en la materia (art. 280, cód. procesal)²⁴.

IV. RECAPITULACIÓN

A. - Constituye hoy un dato objetivo que, de los nueve integrantes del tribunal en su composición actual, siete han suscripto decisiones que, si bien con distinta intensidad, importan interpretar la *trascendencia* prevista en el art. 280 como causal de admisión del recurso extraordinario. Los jueces Petracchi y Moliné O'Connor en la causa *Ekmekdjian*, y los jueces Levene, Cavagna Martínez, Barra, Fayt y Boggiano en los autos *López*. Posteriormente, el Dr. Boggiano volvería sobre la cuestión²⁵.

B. Los diferentes votos, con todo, presentan analogías pero también marcadas diferencias.

1. En ambos casos existía una cuestión federal de las denominadas *clásicas*.

2. En *Ekmekdjian* se acude a la *trascendencia*, en definitiva, para superar un *ápice procesal*, en el caso, la falta de fundamentación autónoma del recurso. De esa manera, la

actualización monetaria, tienen indudable carácter federal, desde que han sido dictadas por el Congreso en uso de atribuciones previstas en el art. 67, inc. 10, de la Constitución Nacional (Fallos: 193:115; 245:455; 248:781, 308:2018; 310:722, entre otros). Igual conclusión corresponde sentar en lo que respecta al decreto 941/91, pues, al ser reglamentario de dicha ley, participa de su misma naturaleza (Fallos 117:7; 189:183, entre muchos otros)".

²⁴ Considerando 3°.

²⁵ Así, por ejemplo, en la causa V. 8 XXIV, "Veira" del 8/9/92, el juez Boggiano señaló [que el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación impone a esta Corte el deber de seleccionar "según su sana discreción" las causas en que conocerá por recurso extraordinario. Pese al aparente carácter potestativo de la norma, la obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad torna imperativo desatender los planteos de cuestiones, aún federales, carentes de trascendencia. Asimismo, el artículo 280 del código citado permite a esta Corte ejercer su jurisdicción extraordinaria en casos de trascendencia, aun cuando existiera algún obstáculo formal para acceder a la misma. La resolución de temas de notable repercusión institucional no puede quedar vedada al Tribunal por el incumplimiento de requisitos formales por parte de los interesados en casos cuya gravedad precisamente excede los hechos y las personas directamente involucradas. Este aserto, por lo demás, se entronca con una consolidada tradición jurisprudencial tendiente a no impedir el esclarecimiento de relevantes temas constitucionales por medio de "ápices procesales" (Fallos: 167:423; 176:20; 251:218; 286:257 y 296:747, entre muchos otros)]. Como se puede observar, este pensamiento se asemeja en su esencia al expuesto por los jueces Petracchi y Moliné O'Connor en "Ekmekdjian".

nueva normativa, más allá de la línea argumental del fallo, fue utilizada con una función similar a la que en ocasiones parecidas cumplió la alegación de gravedad institucional.

3. El *López*, en cambio, la trascendencia juega una suerte de rol *reforzador* de la admisibilidad del recurso, al par de un justificativo para que el Tribunal resuelva sobre el fondo del asunto (art. 16, 2a. parte, de la ley 48).

4. De la lógica del voto en *Ekmekdjian* parece desprenderse una concepción que concluye en que

a. la nueva norma confiere al Tribunal un grado de discrecionalidad posibilitante de una suerte de autorregulación del ejercicio de su competencia apelada²⁶,

b. análoga a la que cumple el *writ of certiorari* en los Estados Unidos²⁷,

c. de resultas de la cual de *minimis non curat preator*,

d. con el fin de que el tribunal pueda desarrollar y concentrar su tarea jurisdiccional *-dedicar su tiempo-* en las cuestiones de trascendencia institucional que constituirían el *norte* de su labor²⁸.

e. En la misma lógica, con independencia de la antipatía que esa orientación pudiese -y comprensiblemente- despertar en algunos justiciables, ella resultaría *impuesta por los tiempos* y no afectaría la igualdad, sino que aseguraría un trato adecuado en situaciones que *-resulte inicialmente aceptado o no por las partes- son diferentes*.

5. El caso *López*, en cambio, discurrió por otros andariveles aunque no menos interesantes. Allí la Corte cumplió una función de casación²⁹. Tal casación resultó, sin embargo, *calificada*: versó sobre normas federales de *aplicación frecuente*.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

²⁶ Ver punto II. D.3. de este trabajo.

²⁷ Ver punto II. C.3.b. de este trabajo.

²⁸ Ver punto II. C.1. de este trabajo.

²⁹ Esta función casacional no es novedosa. Un caso de interés en la materia fue fallado por la Corte el 21 de agosto de 1963, al decidir los autos *Adela Méndez de Basombrio* (Fallos 256:372). En él se afirmó que, *como resulta de los términos en que la jurisdicción extraordinaria ha sido acordada a esta Corte por el preceptuado en los tres incisos del art. 14 de la ley 48, ella comprende esencialmente el control de constitucionalidad de las normas y actos de las autoridades nacionales y locales y, además, el ejercicio de la casación federal -cofr. Fallos: 248:189 y otros-*.

El recurso extraordinario, en rigor, puede cumplir derivadamente una función de casación respecto del derecho federal, en el sentido de asegurar una uniformidad en su interpretación. La Corte ha dicho reiteradamente que los pronunciamientos contradictorios no habilitan por ese solo hecho la instancia extraordinaria (Fallos: 307:1321 y 2132 entre muchos otros); empero, como en virtud del art. 14, inc. 3° de la ley 48, ella puede entender *cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un tratado o ley del Congreso o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada....*, y lo hace como tribunal supremo de instancia final, como resultado de su labor produce una interpretación de esas mismas características respecto de la legislación federal. Cumple así una

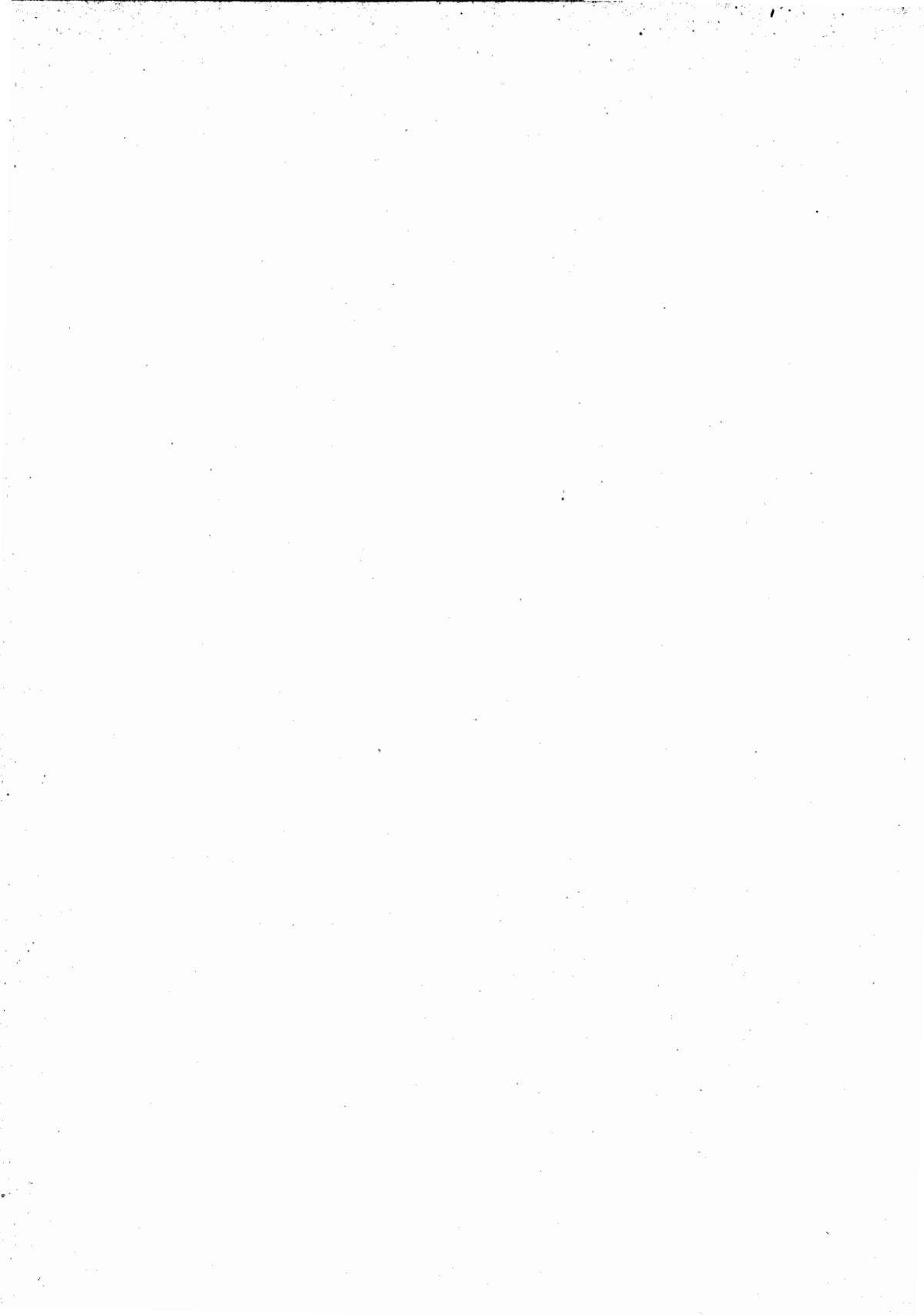
A. Parecía que la reforma legislativa, más allá de la incorporación de la idea novedosa de *trascendencia*, se limitaba a legitimar el uso que ya hacía la Corte de *formulas* sin fundamentos mayores, reemplazándolas por la *invocación* de la nueva norma³⁰. No existían indicios claros de que ella motivaría que se considerara a la innovación como causal de admisión del recurso extraordinario, aunque más no sea a título de *superador* de óbices formales o *reforzadores* de una admisibilidad previamente establecida. Sin embargo, los fallos comentados no han seguido igual entendimiento. Esto quizás no sea sino testimonio de la racionalidad -¿o presagio?- de pensadores como von Savigny: la ley, como una criatura, posee una vida propia al margen de las intenciones de sus padres³¹.

B. Estos pronunciamientos, de consuno con otros con los que guardan parentesco, parecen conducir a una idea más amplia. Con la incorporación del *certiorari* por la ley 23.774, y la aparición del *per saltum* puede avizorarse un desdoblamiento del recurso extraordinario, una suerte de dos recursos extraordinarios distintos pero enlazados por un mismo hilo conductor: la trascendencia institucional de las cuestiones que se pretenda llevar a conocimiento de Corte, utilizado como criterio de discernimiento. Cuando aquella trascendencia institucional falte, probablemente sean aplicadas con todo rigor las exigencias formales limitativas del acceso a la Corte. No sólo las exigencia clásicas -fundamentación, relación directa, etc.-, o las que han sufrido transformaciones más cercanas -tribunal superior p. ej.-, sino también las nuevas herramientas que el legislador recientemente ha conferido a la Corte por ley 23.774 -v. g. *carencia de trascendencia*-. En cambio, cuando el Alto Tribunal esté en presencia de cuestiones con aquellas importancia institucional quizás se produzca un *aflojamiento* en el examen de los requisitos formales que regulan la entrada de las causas a la Corte. La cuestión, en suma, se podría plantear así: a mayor importancia, menores exigencias formales; e inversamente, a menor importancia, mayores exigencias formales. Esta suerte de vasos comunicantes guiaría en buena medida en estos tiempos el tema de la admisibilidad del recurso previsto en la ley de setiembre de 1863 recientemente modificada.

función que la Corte misma ha llamado de *casación federal*, pero lo hace de un modo como dijimos derivado, que descansa decisivamente en las previsiones de la ley 48 y no surge de la Constitución Nacional, que sólo le encomienda asegurar su supremacía.

³⁰ El debate de la ley 23774 atendió principalmente sobre los aspectos -fundamentalmente políticos- vinculados con la ampliación del Tribunal. Sin embargo, en lo que a la nueva norma se refiere, el miembro informante de la mayoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales sostuvo, en el Senado, que el actual art. 2 no significa otra cosa que institucionalizar lo que la Corte viene haciendo con sentido pretoriano (Diario de sesiones del 28 y 29 de setiembre de 1989, p. 2613); expresiones similares empleó el miembro informante de la minoría (*ibidem*, p. 2620); por último, el informante agregado después del dictamen de comisión trae esta frase: "el art. 2º... viene a convalidar una práctica usual del alto tribunal (*ibidem*, p. 2604, *in fine*). Si bien en los debates se alude al *writ of certiorari*, es posible que la identificación haya pasado más por su forma -desestimación sin fundamentos- que por aspectos más importantes de esa institución del derecho norteamericano. Ver, en tal sentido, Garay, ob. cit. en nota 1.

³¹ Lugones, ob. cit. en nota 1, p. 395.



EL RECURSO EXTRAORDINARIO INTERPUESTO IN FORMA PAUPERIS

POR NARCISO J. LUGONES

Dos ópticas para el recurso extraordinario

Hay dos formas en que la Corte ha visto el recurso extraordinario. Ha considerado que la ley 48 es reglamentaria del art. 31 de la Constitución Nacional ("Fallos", 176-20, 330; 183-49; 188-456) y que el recurso es "*el instrumento genérico para el ejercicio de la función jurisdiccional más alta de esta Corte*" ("Fallos", 248-189, "Jorge Antonio", cons. 3º). Mediante él no se propone la sumisión a la Corte Suprema de cualquier causa en la que pueda existir una injusticia, sino el mantenimiento de la supremacía de la Constitución Nacional ("Fallos", 172-149; 186-497; 194-220), de la que ella es el intérprete final ("Fallos", 1-340).

Por otra parte, ha dicho la Corte ("Fallos", 256-372. "Méndez de Basombrío"), "como resulta de los términos en que la jurisdicción extraordinaria ha sido acordada a esta Corte por lo preceptuado en los tres incisos del art. 14 de la ley 48, ella comprende esencialmente el control de constitucionalidad de las normas y actos de las autoridades nacionales y locales y, además, el ejercicio de la casación federal -conf. "Fallos", 248-189 y otros-". Si mediante una ley del Congreso posterior a la 48 -como fue la 14.236- se confía a otro tribunal por otro medio tal función en materia jubilatoria de orden federal-, "en tales condiciones, la subsistencia del recurso extraordinario ante esta Corte no encuentra fundamento racional en la sola necesidad de la uniformidad de la aplicación de las leyes nacionales". Análogamente, el recurso extraordinario carece de sentido cuando se superpone con otro remedio de mayor extensión, como es el recurso ordinario de apelación, de donde como medio de control de constitucionalidad no es tampoco imprescindible, pues la Corte, entienda por el medio en que lo haga de una causa, está igualmente obligada a aplicar la Constitución Nacional de modo prevaleciente.

Bien miradas en los casos *Jorge Antonio* y *Méndez de Basombrío* se exhiben dos formas diferentes de caracterizar al recurso extraordinario, y no una continuidad. Lo dos casos, no por casualidad, tratan de la *gravedad institucional*.

El primero parte de la *función jurisdiccional más alta de esta Corte* para fundar en ella el recurso, destacando su basamento en el art. 31 de la Constitución Nacional; es en su consecuencia que se han dictado las normas que gobiernan la jurisdicción extraordinaria por ley formal del Congreso, a saber, el art. 14 de la que lleva el número 48 y 6 de la ley 4055. Esta función de la Corte, asignada por la Constitución, es la que guía la hermenéutica de las

“leyes formales del Congreso”, y permite interpretaciones como las que llevaron a sentar la doctrina de la arbitrariedad, y en “un orden similar aunque más radical de ideas”, a la creación pretoriana del llamado en un primer momento “recurso” de amparo.

El otro caso replica, como en un diálogo, al anterior. Parte “de los términos en que la jurisdicción extraordinaria ha sido acordada a esta Corte por lo preceptuado en los tres incisos del art. 14 de la ley 48” y que “comprende esencialmente el control de constitucionalidad de las normas y actos de las autoridades nacionales y locales, y, además, el ejercicio de la casación federal”. Esta segunda perspectiva pone el acento más que en las cláusulas constitucionales que aplican a la Corte el calificativo de Suprema y le imponen conocer en las causas en que esté en juego la Constitución y las leyes nacionales, en la primera parte del art. 101, que dispone que la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescribe el Congreso”.

En la primera línea nacen las heterodoxias del recurso: la arbitrariedad, la gravedad institucional, más adelante el *per saltum*. De la segunda, la ortodoxia: el apego a las exigencias formales, la casuística en torno de la cuestión federal. Una y otra línea, empero, las más veces se entrelazan -o se alterna su sentido, como en el uso de una compuerta- según la sensibilidad que el tribunal demuestre para interpretar qué requiere la sociedad de él en cada tiempo para asegurar una convivencia social organizada bajo los grandes principios de la Constitución Nacional.

Una legislación que perdura

Por otra parte, estos problemas no han incidido en modificaciones legales, como las muchas que sufrió la legislación norteamericana sobre la competencia allí de la Suprema Corte.

No se encuentra que el Congreso Nacional haya sancionado términos distintos de los de la ley 48 para asegurar la supremacía constitucional -cuando más, los repitió, como en el art. 22 del Código de Procedimientos en Materia Penal-, de donde ellos, junto al art. 6 d la ley 4055, constituyen el único medio legalmente previsto que establece ese control por la Corte, cuando no media el acceso a ella por otra vía.

Por ello, los arts. 14 a 16 de la ley 48 y 6 de la ley 4055, que constituyen una institución jurídica sistemática, tienen también un especial vigor que deriva de su duración histórica sin cambios. Cabe por ello decir de ese conjunto legislativo, lo que la Corte dijo en el caso “Kot” (“Fallos”, 241-291): “Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción: las leyes disponen para lo futuro, dice el art. 3 del Código Civil, con un significado trascendente que no se agota, por cierto, en la consecuencia particular que el precepto extrae a continuación”.

Caracterización del recurso “in forma pauperis”

No extraña por ello que pretorianamente, a partir del caso de “Fallos” 5-549, la Corte Suprema haya elaborado la doctrina -cuya extensión se proyecta más allá del recurso extraordinario, sobre los recursos en general- que en una de sus más recientes expresiones

dice así: "Los reclamos de quienes se encuentren privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, saben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, de lo que se deriva el deber de los tribunales de suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda".

Están claramente expuestos en lo dicho tanto los derechos como sus limitaciones: 1º) la doctrina alcanza a las personas privadas de su libertad; 2º) el derecho esencial es el de una defensa sustancial; 3º) basta por ello la mera manifestación de la voluntad recursiva de una persona en tales condiciones; 4º) a partir de allí es responsabilidad del tribunal proveerle de la asistencia técnica necesaria para encarrilar tal pretensión; 5º) en este trayecto deben ceder los reparos formales normalmente exigibles a quienes gozan de su libertad ambulatoria, pero no a quien se ve privado de ella.

Tipos de excepciones efectuadas ante recursos "in forma pauperis"

Veremos ahora excepciones que se han hecho respecto de las severas exigencias formales de interposición del recurso extraordinario, y que podrían en ocasiones darse en beneficio del *pauper*.

Presentación en lugar equivocado

Ante una presentación equivocada, suele ocurrir que el escrito que contiene el recurso se haga llegar a quien corresponde; pero en este caso la fecha de la presentación inicial no será tenida en cuenta, por lo que si el tribunal ante el cual se debe interponer el recurso no lo recibe dentro del plazo pertinente, aquél será inadmisibile ("Fallos", 306-616).

Se ha hecho excepción cuando medió un error de hecho en la presentación, y no se advierte que sea posible encontrar tras ello algún objetivo censurable ("Fallos" 306-738). A ello agregé una cita de jurisprudencia de "Fallos", 238-550, donde expresó que su criterio deriva de un concepto del proceso que impide su conducción en términos estrictamente formales, pues no se traduce en el cumplimiento de ritos caprichosos, sino en el desarrollo de procedimientos destinados a establecer la verdad jurídica objetiva que es su norte". Añadió en "Fallos", 306-738, "que sin perjuicio de lo manifestado, tal doctrina debe ser aplicada con la prudencia que evite, precisamente, la desnaturalización de los principios que lo sustentan, juicio éste que dependerá, en definitiva, del examen de las concretas circunstancias que rodeen el caso particular". En la causa de "Fallos", 280-17, en la cual el recurso había sido presentado en una secretaría distinta de la actuante, pero del mismo tribunal, y sólo ya vencido el plazo se lo hizo llegar a la que correspondía, la Corte entendió que aquél era inadmisibile, pero no estaba de por medio la protección de la libertad.

Patrocinio letrado de confianza y extensión de términos.

En ocasiones en que el recurrente no ha podido contar con asistencia letrada de confianza, la Corte sentó hace décadas el principio de que cabe prescindir de requisitos formales cuando se trata de posibilitar el cuestionamiento de la instancia extraordinaria de las decisiones adoptadas respecto de civiles en jurisdicción militar que no han tenido un patrocinio jurídico regular ("Fallos" 255-91; 256-348; 299-431; 300-1173; 303-308, 568),

lo que es de especial aplicación en relación al plazo para interponer el recurso del art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ("Fallos", 303-1913; 305-2063). Se ha hecho excepción a este principio cuando los acusados no proveyeron en el momento oportuno a su defensa, sin brindar explicación alguna sobre las causas que pudieron haberles imposibilitado el hacerlo ("Fallos", 303-1913).

En cuanto al comienzo del cómputo del plazo en estos casos, se lo ha situado en el momento en que los defensores letrados de confianza tuvieron acceso al expediente militar ("Fallos" 305-907).

Estos principios se han extendido al juicio de soldados conscriptos ("Fallos", 306-438), y aun de militares (causa "López, Osvaldo A.", del 14 de setiembre de 1987).

En las causas penales, la Corte ha considerado que la fecha de notificación relevante es aquella en que se anotició personalmente al procesado, conforme lo exige el art. 42 de Reglamento para la Justicia Nacional, no la de la notificación al defensor ("Fallos" 255-91; 291-572; 302-1276; 304-1179; 305-122,883). Esto, a los efectos de evitar que el fallo quede firme con el solo consentimiento del defensor.

Excepcionalmente se ha admitido el recurso interpuesto *in forma pauperis* por un detenido, quien manifestó su intención de interponer el recurso extraordinario, y su deseo de ser asistido por el defensor oficial. En cuanto a la fundamentación del recurso por este funcionario, se consideró que se había efectuado en término, pues no existía constancia alguna sobre el momento a partir del cual pudo tomar cabal conocimiento de la causa para formular los agravios del caso. Por esto, no se tuvo en cuenta la fecha de la notificación de su designación de defensor ("Fallos" 308-521).

Las deficiencias del defensor

La doctrina sobre el recurso *in forma pauperis* quedó consolidada recientemente en la causa "Goicochea Malpica, Guillermo Manuel s/ recurso de queja", del 19 de noviembre de 1991, sentencia suscrita por los nueve jueces de la Corte Suprema. Se dijo allí que contra la sentencia de la Cámara, el condenado había interpuesto personalmente el recurso extraordinario, que fue denegado por el *a quo* sin intimar previamente a su defensora de confianza para que fundamentara el recurso deducido, ni en su defecto, proveerlo de la asistencia efectiva de un defensor oficial. Ahora bien como los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que puedan merecer deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, de lo que se deriva el deber de los tribunales de suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda, el traslado conferido por el cual se confirió "vista a la contraparte", no cumple sino sólo de un modo formal con esa obligación, pues de la inactividad del defensor de confianza no puede derivarse un perjuicio para un procesado detenido, en un caso como el de autos en el que es exigible la fundamentación del recurso extraordinario en el momento de su interposición. En esas condiciones no se ha garantizado una efectiva defensa de los intereses del justiciable y debe anularse el auto denegatorio del recurso extraordinario interpuesto *in forma pauperis* -se cita Fallos: 5:459- y devolverse los autos a la Cámara a fin de que provea lo conducente a la intervención de asistencia letrada

con carácter previo a la decisión sobre la procedencia del recurso extraordinario -hay un reciente precedente en similar sentido en Fallos: 308:1386-.

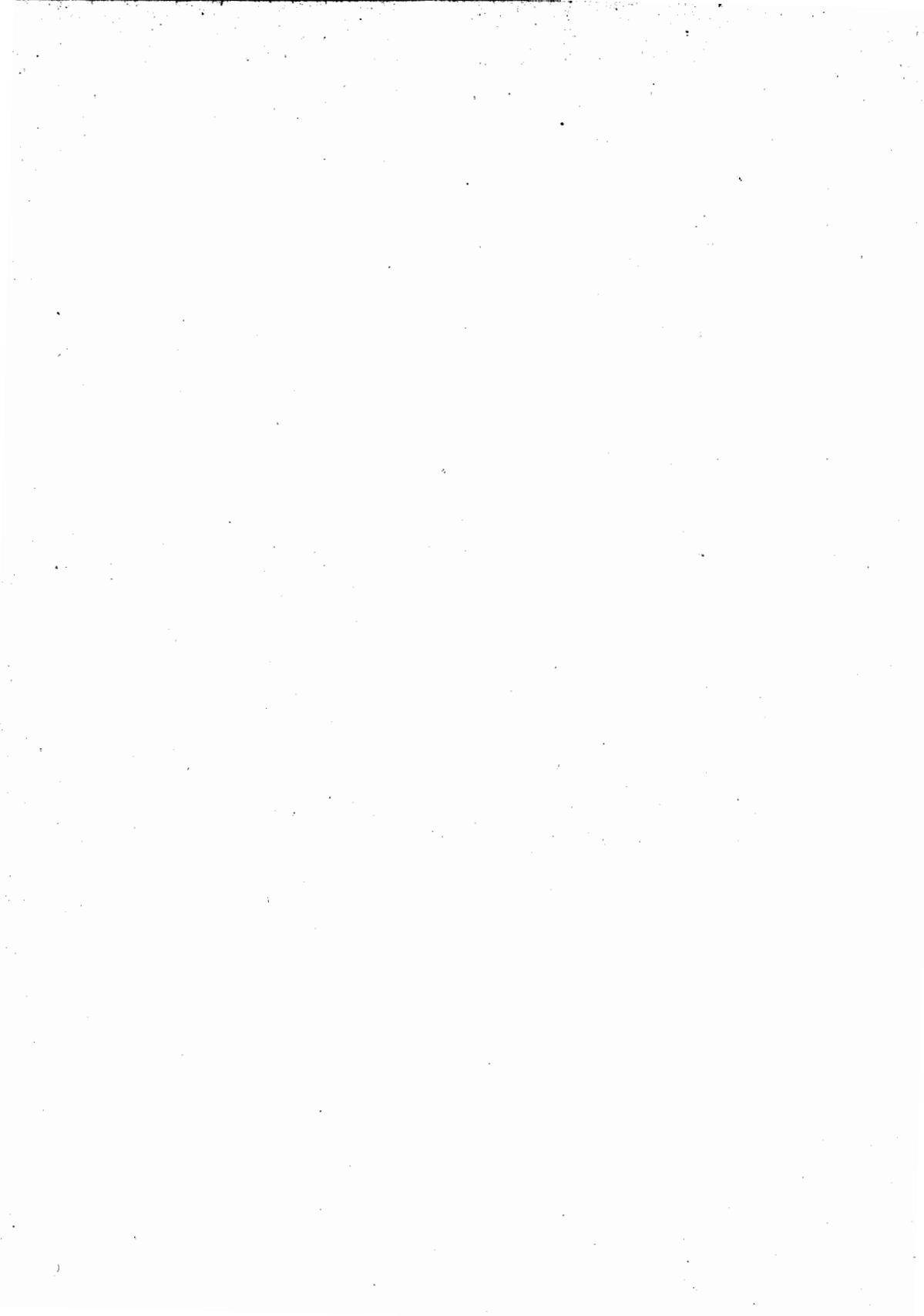
Si la base legal del término para interponer el recurso es clara imposición legal, la exigencia de fundamentación es de orígenes más complejos.

Una cuestión grave y delicada se presenta a raíz de deficiencias de fundamentación en recursos interpuestos por el defensor oficial en favor de detenidos.

Defensor oficial y responsabilidad del Estado

En estos tiempos, en que la aparición de la casación penal a atraído la atención tanto de los abogados que ejercen su profesión liberalmente, como de los que ejercemos la magistratura, por un lado, sobre el nuevo Código, que dice en su art. 167 que se entenderá siempre prescrita bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones sobre asistencia del imputado, y por el otro sobre la sabiduría acumulada por décadas en los repertorios jurisprudenciales de los tribunales provinciales, es adecuado recordar precedentes que se encuentran en ellos, como las resoluciones de la Suprema Corte de Buenos Aires que declararon la nulidad de la presentación del defensor que sólo contenía, de su pluma, un desnudo pedido de casación, ante la expresa voluntad del procesado de recurrir, pues tal proceder debe equipararse a una negativa a recurrir, que paraliza la real interposición de los recursos posible (Sup. Corte de Justicia de Buenos Aires, causas P. 32.740 y P. 33.843, del 6-11-84 y del 8-10-85 respectivamente).

En esta materia la Corte formuló una seria advertencia, al afirmar el 9 de octubre de 1990 en la causa V. 77. XXIII, "Villada, Juan Carlos, y otros", reiterando un precedente anterior, "que la dudosa fundamentación de las apelaciones federales, [...] no puede gravitar en desmedro de los condenados que se hallan privados de su libertad, pues no sería más que el resultado de un defecto de la asistencia profesional mínima que el Estado debe proveer par que el juicio penal y sus trámites posteriores se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación _doctrina de la causa M. 563. XXI, "Martínez, José Agustín", de fecha 8 de octubre de 1987-. Como consecuencia, consideró comprometida la responsabilidad del Estado en la cuestión.



EL HABEAS CORPUS CONTRA LIMITACIONES A LA LIBERTAD IMPUESTA POR LA JUSTICIA MILITAR

(a propósito del art. 3 inc. 2 ley 22.098)

POR SANTIAGO M. SINOPOLI.

En esta exposición intentamos desarrollar el caso del habeas corpus interpuesto ante limitaciones a la libertad, impuestas en un proceso penal militar, o con motivo del ejercicio de la actividad disciplinaria militar por parte del presidente de la república o de sus agentes en el mando castrense.

Obviamente nuestro tema será expuesto en forma ceñida, ello habida cuenta el tiempo que fue otorgado a quienes integramos este Panel.

Primeramente, corresponde aclarar que no trataremos las limitaciones a la libertad dispuesta por la justicia militar en tiempo de guerra, donde entraríamos a considerar el polémico tema de la ley marcial, que como bien sabemos implica una restricción en materia de derechos y garantías.

Nuestra exposición en síntesis, se ajustará a los habeas corpus interpuestos en favor de militares imputados en procesos de la justicia militar, con trámite en tiempo de paz.

Esto nos obliga a aclarar los conceptos de jurisdicción penal militar y jurisdicción disciplinaria militar.

La jurisdicción nombrada en primer término, está en manos de tribunales (colegiados y unipersonales), que tienen como misión el juzgamiento de los delitos y faltas esencialmente militares, que prevé y reprime el Código de Justicia Militar (CJM), pudiendo imponer para el primer supuesto penas (muerte, reclusión, prisión -mayor o menor- y degradación), y para el caso de las faltas, las acciones disciplinarias que prevé el citado texto (destitución, arresto, etc.).

Esta justicia, en nuestra opinión, es "una justicia con atributos de plenitud", que tiene basamento constitucional en el art. 67 inc. 23. Es una judicatura *judicial* no integrante, en principio, del Poder de los arts. 94 y concordantes de la Constitución Nacional. Aunque una vez pronunciados los fallos definitivos de los tribunales militares, éstos encuentran revisión en órganos de la justicia federal (las Cámaras Federales a partir de ley 23.049 y con motivo de la ley 23.984 entenderá la materia la Cámara de Casación).

Por otra parte nos encontramos con la jurisdicción disciplinaria militar, que es ejercida por las autoridades que ostentan mando castrense -es algo distinto a la aplicación del castigo disciplinario por parte de un tribunal-, ello conforme a los arts. 120 y concordantes del CJM y su reglamentación (podemos destacar entre las sanciones disciplinarias son el arresto y el calabozo).

Aclarados estos temas, uno puede avanzar más en lo que es materia de esta exposición, haciéndonos la siguiente pregunta:

¿El habeas corpus es la vía apta para remediar la situación de quien se haya privado de la libertad en virtud de un proceso radicado ante la justicia militar (detención o prisión preventiva)?

Entendemos, que la regla general debe ser la siguiente:

No es posible que el juez del habeas corpus se convierta en revisor de medidas adoptadas en un juicio por el juez que interviene en el mismo en nuestro supuesto un tribunal militar.

Sostenemos este principio en forma coincidente con Germán Bidart Campos quien sobre el particular dijo: "... el criterio rector indica que el juez del habeas corpus no debe irrumpir en el trámite de procesos judiciales ajenos, porque toda desviación constitucional que se produzca en ellos (así sea una cuestión de incompetencia) ha de hallar remedio en las instancias que corresponden al mismo proceso judicial, y no fuera de ésta a través de un juicio de habeas corpus. De lo contrario, el habeas corpus convertiría al juez que lo tramita en una especie de supervisor de otros órganos judiciales, cosa que -como principio- no lo es ni siquiera la Corte Suprema, a menos que su jurisdicción se abra por los cauces constitucionales y legales habilitados. (El Derecho, 12 de agosto de 1986).

Más todavía, esta postura fue sostenida en diversas oportunidades en que la justicia tramitó un habeas corpus relacionado con la persona detenida ante el fuero militar.

Podemos mencionar, por ejemplo, lo resuelto por la Cámara Federal de La Plata, de marzo de 1988 en la causa nro. 41.228, con origen en habeas corpus interpuesto en favor de Angel D. León.

El decisorio de Cámara dice en una de sus partes:

"en efecto, el art. 3 inc. 2 de la ley de habeas corpus, que permite utilizarlo contra la "agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere", ha sido reiteradamente interpretado por la Corte Suprema en el sentido de que no cabe prescindir, en los supuestos de tal norma transcrita, de la intervención del juez competente que ha ordenado la prisión del beneficiario del habeas corpus -ver sent. *in re "Cardozo Miguel O."*, del 9 de enero de 1987, en LL, 1987 -B- 152 y sgtes. y la dictada en los autos C-545 XXI, recurso de hecho, "Carmona Justo Pastor: interpone recurso de Habeas Corpus en favor de Raúl H. Gómez Fuentealba" del 27 de octubre de 1987 y sus citas. Allí ha recalcado el Alto Tribunal que los cuestionamientos tendientes a demostrar lo injustificado de la detención o las falencias en el procedimiento, no pueden resolverse por la vía del habeas corpus e

incumben a los jueces propios de la causa, respecto de cuyas resoluciones deberán hacerse valer los medios legales pertinentes, que para la hipótesis como la de autos están dados con el art. 445 bis del CJM"

En síntesis, apreciamos, que la vía del habeas corpus no resulta en principio idónea para obtener el remedio buscado cuando se limita la libertad en una causa penal militar.

En relación a la actividad disciplinaria militar, cabe reiterar la pregunta que nos hemos hecho anteriormente, adecuada a las circunstancias. Por ello decimos:

¿El habeas corpus es la vía para remediar la situación de quien se haya privado de libertad en virtud de una sanción impuesta con motivo de un proceso disciplinario militar (ejemplo: arresto o calabozo)?

Según nuestro punto de vista, la regla general en esta temática es que, el habeas corpus no es apto para revisar la actividad disciplinaria militar.

Tal criterio ha sido sostenido por la Corte Suprema. Puntualmente en la causa 41.861, en junio de 1989, sostuvo que pretender hacer cesar mediante un habeas corpus una sanción disciplinaria de naturaleza militar, impuesta por autoridad competente, según los reglamentos correspondientes, importa una indebida intromisión del poder judicial en ámbitos ajenos a los delimitados por la Constitución Nacional.

La Corte resuelve de esta manera, porque aprecia que existen límites para la intervención del poder judicial, en la órbita del mando militar (que tiene inherente una potestad disciplinaria), por cuanto el ejercicio del mando militar, resorte del presidente de la nación y sus agentes en el mando, configura una actividad esencialmente ejecutiva, que no puede estar supeditada a la interferencia o encuesta judicial.

Creemos que, aunque en forma breve, hemos dado los principales lineamientos respecto al tema habeas corpus y limitaciones a la libertad dispuesta por la justicia militar. A partir de ello creo que es interesante abrir el correspondiente debate.



EL HABEAS CORPUS CORRECTIVO

POR FRANCISCO J. D'ALBORA.

(Panelista sobre el tema "Habeas corpus. Proyecciones" en las II Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires. Buenos Aires, 16 de octubre de 1992.)

I. DISTINCIONES PRELIMINARES.

El habeas corpus -cuyo ordenamiento normativo en el orden nacional cumple la ley 23.098, BO del 25/X/84- tiene dos carriles principales.

a) Por un lado se muestra como *reparador*, cuando tiende a neutralizar efectos de la privación de libertad física o corporal hecha efectiva sin orden escrita de autoridad competente o bien ciertas molestias para con la libertad ambulatoria ya manifestadas.

En el primer caso se cuestiona la atribución de la autoridad pública -competencia- o la falta de recaudo formal consistente en la orden escrita -realización-, único arbitrio válido para cercenar la garantía constitucional en crisis (conf. arts. 14 y 18 CN); a esta subespecie se le denomina *principal* pues procura extirpar de raíz la fuente de la restricción. Dentro de este género hay otra categoría que involucra restricciones que no alcanzan a la privación de la libertad ni la amenazan. A este habeas corpus se le denomina *restringido*. Su ejemplo más diáfano se produce cuando la autoridad policial efectúa seguimientos abusivos.

Siempre dentro de este género del habeas corpus *reparador* -reiteramos, cuando se ha cumplido el acto lesivo- existen otras dos modalidades; una enderezada a obtener el pronto despacho ante la desidia de funcionarios públicos para contestar informes aunque, en verdad amén de que la ley 23.089 no lo incluyó, tiene perfiles que lo acercan al amparo. Otra a lograr que se cumpla con el inmediato *traslado de detenidos*, quienes no son llevados ante el juez requirente dentro del plazo legal; este ámbito ha sido cubierto a través del acuerdo aprobado en el orden nacional por la ley 20.711 -referente a la detención y extradición de imputados o condenados por delito entre los distintos ordenamientos judiciales del país- reglamentario de la exigencia del art. 8 CN que obliga a las provincias a la entrega recíproca de quienes son o fueron perseguidos penalmente.

El último remedio comprendido dentro del género de *habeas corpus* reparador es el denominado *correctivo*. En su caso se descuenta una orden privativa de libertad legítima, tanto en lo que atañe a la competencia de quien la ordenó como el modo en que se cumplió, aunque desbordada en su intensidad porque agrava, sin sustento legal, la forma y condiciones en que se lleva a cabo (art. 3º inc. 2º de la ley 23.098).

b) El espectro de posibilidades ofrecido por el *habeas corpus* no se cife a operar una vez producida la circunstancia que le da vida -función propia del denominado reparador cuyas especies hemos procurado delinear- sino que cubre también la eventualidad de que se intente coartar la libertad. Este género se denomina *habeas corpus preventivo* y comprende también a las especies *principal*, *restringido* y *correctivo*, según gravite sobre la simple amenaza de privación de libertad o la restricción de ciertos derechos que la involucran o bien al alcance de las medidas adoptadas una vez producido el cese de aquélla.

La característica común del *habeas corpus preventivo* estriba en que la disminución, el retaceo o la agresión par la libertad corporal aparece como una posibilidad pero aún no se ha operado.

Señalados los géneros y las especies de este instituto habremos de ocuparnos del *habeas corpus correctivo*, tanto en su modalidad reparadora como preventiva.

Su perfil característico estriba en que aparecen cumplidos los extremos faltantes en el *habeas corpus reparador*: competencia de la autoridad de la cual emana la orden y su concreción por escrito. Sólo tiene aptitud para discurrir en punto al vigor del desborde. Por eso constituye una figura del denominado *habeas corpus impropio*¹.

c) A Esta altura pueden esbozarse los contornos del *habeas corpus correctivos*: se trata de un *medio destinado a evitar toda expansión ilícita respecto ... "de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad.."* (art. 3º inc. 2º del 23.098).

En vía adecuada par guarecer, más allá de la libertad física o corporal, la dignidad humana ante posibles excesos incurridos al llevarse a cabo diligencias sobre personas ya detenidas o a quienes se va a detener lícitamente.

El campo más amplio para el *habeas corpus correctivo* se encuentra, sobre todo, en la etapa instructoria del proceso penal. Y es una de las prescripciones del art. 3º inc. 2º de la ley 23.098 la que da sustento a que pueda cuestionarse la modalidad de realización de ciertas diligencias perquisitivas, pese a encontrarse dispuestas por el juez competente. Se trata del giro alojado en la citada disposición en cuya virtud el juego del *habeas corpus correctivo* alcanza la posibilidad de una aparente intrusión -pues no pone en duda la legalidad de la injerencia- para examinar medidas dispuestas por el magistrado a quien incumbe ejercer la función jurisdiccional nada menos que en un proceso penal sin vicio para invalidarlo hasta entonces.

¹ Sagües, "Habeas corpus", ps. 151 y 214, Bs. As. 1988, a quien seguimos en el desarrollo efectuado; ver también Bertolino, "Le habeas corpus en la provincia de Buenos Aires", ps. 62/63, Bs. As. 1983.

II. EVOLUCIÓN

Se ha cumplido un largo trecho marcado por muy diferentes intelecciones en cuanto a la amplitud del habeas corpus, conforme a las vivencias de nuestra comunidad recogidas en encontradas decisiones de la Corte Suprema.

En un primer momento se consideró que a través del habeas corpus sólo podía perseguirse la finalidad de verificar si la autoridad a quien se le atribuía la restricción de la libertad personal procedió con facultades para hacerlo y si documentó el acto², criterio iterado casi como norma de derecho positivo vigente al consolidarse en el concepto de que el habeas corpus no podía prosperar si la privación de libertad originó un proceso ante juez competente³.

Una variante que marcó un hito intermedio fue la aparición de la ley 23.042. A través de ella utilizó el habeas corpus como régimen de impugnación de las condenas de civiles pronunciadas por tribunales militares, ordenamiento precedido por pronunciamientos de la Corte Suprema donde se estableció que la justificación jurídica que pudiese haber encontrado el sometimiento de civiles a la jurisdicción militar mientras duró el episodio subversivo, desaparece como tal con su superación y se convierte en una formulación aberrante luego de restaurado el estado de derecho que supone el imperio de la ley, indudablemente condicionado a que los jueces de la constitución sean los únicos facultados par juzgar y dictar sentencia judicial en las causa criminales⁴. Este imperativo se consideró congruente con la garantía procesal del habeas corpus⁵.

El dispositivo en análisis hace ahora posible controlar la energía puesta en el cumplimiento o en la perspectiva de realización de medidas dispuestas por un juez penal en el legítimo ejercicio de sus funciones. Sólo se impugna la desmesura o el desborde, generalmente exteriorizados en tareas de naturaleza administrativa, cumplidas por la autoridad policial u otras fuerzas de seguridad, como auxiliares del órgano judicial penal.

Si el atropello se lleva a cabo durante la etapa preventora desaparece el eventual conflicto entre jueces en razón de la autonomía de dicha labor y el caso pierde los caracteres de un choque competencial directo, si bien no puede descartárselo.

III. CASUÍSTICA

Antes de su examen cabe repetir dos apreciaciones de índole genérica; la primera es que entre un habeas corpus reparador y otro preventivo no media más diferencia que el momento alcanzado por el desarrollo de la actividad denunciada. En aquél el agravio se está

² CS Fallos 169:217.

³ CS Fallos 275:102; este decisorio es del 15 de octubre de 1969 y los pronunciamientos en que se sustenta provienen de conformaciones del Alto Tribunal provenientes de los signos políticos más opuestos.

⁴ ED t. 107 p. 328 f. 37.504

⁵ Nota de Bidart Campos al fallo publicado en ED t. 107 p. 496 f. 37.563.

⁶ BO del 9/IX/91.

soportando; en vez, en el último, sólo existe el riesgo de que se produzca tan ingrata circunstancia. La segunda deviene de que por las anotadas características las principales cuestiones atinentes al habeas corpus correctivo se pueden suscitar, con mayor régimen se establece en los libros II y V del Código Procesal Penal de la Nación aprobado por ley 23.984⁶, donde se afrontan la instrucción y la ejecución.

A) Como hipótesis surgidas del articulado del Código y, sin ánimo de exhaustividad, resultan más notorias las siguientes:

1. Quizá el sustento en el cual se encapsula un rápido conflicto judicial es aquél en que un juez investiga un hecho configurativo de un delito no reprimido con pena privativa de la libertad. La ley procesal penal instituye un escalonamiento para concretar las medidas cautelares de carácter personal, al que no es ajeno la entidad del suceso. Debe comenzarse por las que, por ser indirectas, se presentan como más tolerables para quien deba soportarlas.

Se trata de aquéllas que no colisionan con la libertad física sino con la ambulación pues imponen el acatamiento a la concurrencia en el momento fijado por el tribunal; se procura no someter a encierro al destinatario sino limitar su libre determinación para desplazarse durante el momento correspondiente a su cumplimiento.

Ahora bien: si por error o por un desplante teñido de autoritarismo el juez del proceso acude a una medida más fuerte y, como tal, superior en la escala de la cautela como es la lisa y llana detención, resulta viable el habeas corpus correctivo reparador planteado ante otro juez penal.

El remedio del art. 3° inc. 2° de la ley 23.098 fluye como idóneo porque la forma de coerción -cumplida o a cumplirse- se agrava de manera no adecuada a las previsiones de ley: en vez de utilizar la citación prevista por el art. 282 CPP se acude a la detención del art. 283 id.

2. El art. 184 inc. 8° CPP faculta a que los preventores aprehendan e incomuniquen al sospechoso por un plazo de hasta seis horas.

Si se prolongare en ausencia de orden judicial que apuntale tal comportamiento es admisible el habeas corpus correctivo. El supuesto plantea un eventual conflicto de competencia si el juez advertido del inciso de la prevención, respalda la tarea policial. Esta posibilidad quedó esbozada al concluir el Capítulo anterior.

3. El arresto se caracteriza por su presupuesto que remite a la insuperable dificultad para distinguir entre imputados y testigos. Los preventores pueden imponerlo sólo con carácter momentáneo y como una restricción fugaz (art. 184 inc. 3° CCP) y los jueces, en análoga situación, pueden extenderlo hasta ocho horas, prorrogables por el mismo plazo (art. 281 párrafo segundo id.).

Un exceso en la extensión temporal del arresto -en cualquiera de las dos modalidades- recibe corrección por esta vía.

4. Producida la encarcelación, el art. 313 CPP garantiza al preso alojamiento adecuado, ciertas comodidades indispensables, asistencia médica, uso de los medios de correspon-

cia, salidas del establecimiento para cumplir "... sus deberes morales..." y la recepción de visitas íntimas periódicas.

Si en el cumplimiento del encierro se amenaza o se priva de cualquiera de estos derechos, parece obvio también se lo agrava ilegítimamente.

En esta situación resultaría factible hasta el denominado *habeas corpus officioso* recogido por el art. 11 último párrafo de la ley 23.098. En su virtud se autoriza que el órgano judicial competente por materia -instructor o de ejecución (arts. 490 y 497 CPP)- disponga el socorro y la comparecencia inmediata de la persona perjudicada.

B) Lejos de parecer casos académicos, la jurisprudencia tuvo ocasión par abordar algunas de dichas cuestiones: 1. Un detenido pidió se habilitaran las condiciones necesarias para tener relaciones sexuales con su esposa. Las autoridades del establecimiento adujeron no poder solucionar el inconveniente. Deducido *habeas corpus* se arribó a la conclusión de que tal privación no importa un agravamiento de las condiciones en que se cumple la restricción de la libertad pues se trata de una situación generalizada; se concluyó que la solicitud resultaba ajena al procedimiento de *habeas corpus*⁷.

A nuestro modo de ver el rechazo de la vía intentada es opinable porque el episodio generador resulta consecuencia directa de las formas en que se dirige el cumplimiento de la detención por la autoridad. De ahí que se proyecta como una consecuencia inescindible de la privación de libertad y se traduce en una ínfua agravación. Si este planteo hubiese tenido lugar durante la vigencia de la ley 23.984, dicha solución hubiese prescindido del texto expreso de la ley (art. 313 CPP).

En otro caso similar y, de manera más escueta, se estimó que el marco del *habeas corpus* resultaba estrecho para dilucidar el caso "...pues el tema debe resolverse en el ámbito legislativo pertinente..."⁸

Entendemos que, al existir una ínfca intensificación adunada a la privación de libertad, se imponía la vía del *habeas corpus* correctivo.

2. Decidir que un detenido rasure su barba sin sustentar la resolución en motivos atendibles -no vemos otros como no sean la higiene y la salud- también agrava ilegítimamente las condiciones en que se cumple la privación de libertad. Así fue resuelto en primera instancia el caso que aparece registrado en JA 1989-III p. 299. Inmiscuirse en el aspecto físico de un sujeto -siempre que no altere el orden ni la moral pública protegidos por el art. 19 CN- constituye un claro ejemplo de prepotencia; por eso compartimos las razones del juez de grado y de la Alzada⁹.

En opinión del Procurador General de la Nación la cuestión devino abstracta e incluso se transfiguró la materia a decidir. A su vez la Corte Suprema resolvió por mayoría que el

⁷ CCC, Sala VII, ED t. 125 p. 528 f. 40.411

⁸ CCC, Sala II, ED t. 125 p. 530 f. 40.412

⁹ JA 1989-III p. 301.

pronunciamiento carecía de objeto al haberse provisto los elementos para afeitarse y no reflejar el legajo la voluntad del quejoso en sentido contrario¹⁰.

3. En plena ejecución se ha admitido el habeas corpus ante una sanción impuesta a un penado quien habría sido sorprendido teniendo relaciones íntimas con su cónyuge en el interior de la celda; aquella medida fue revocada en primera instancia por no ajustarse a derecho y no encontrarse prevista en el régimen pertinente y por ausencia absoluta de razonabilidad y justicia, con expresa invocación del art. 3º inc. 2º de la ley 23.098; el fallo recuerda un precedente de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el cual se admitió el habeas corpus como vía apta¹¹.

4. En sentido semejante la Corte Suprema se ha pronunciado frente al traslado de un interno de una unidad penitenciaria a otra, siempre que significara un agravamiento de las condiciones de privación de la libertad¹². Tanto esta hipótesis como la anterior en la actualidad darían lugar a un incidente de ejecución de los previstos por los arts. 491 y concordantes CPP ante el juez de ejecución. Pero no rechazan al habeas corpus correctivo.

5. También se le ha aceptado expresamente cuando se verificaron apremios en los términos necesarios para decretar la prisión preventiva de guardiacárceles, denunciados por un interno quien, ante el temor de soportar represalias, recabó protección judicial¹³.

6. Cuando el cuerpo del imputado sirve de cobertura en la comisión de ciertos delitos, como ocurre con el tráfico de drogas, se ha aceptado -en fallo discutido- que un sugestivo consentimiento bastaba para que, sin orden judicial, pudieran practicarse enemas hasta lograr la expulsión de aquellas. La minoría, con ponderadas razones, entendió que el acto debió cumplirse con autorización judicial y explícito consentimiento¹⁴.

Tanto en el caso de la requisa (art. 230 CPP) como en el de la inspección corporal (art. 218 id.), cualquier exceso podría superarse -si la persona está privada o amenazada en su libertad- por vía del habeas corpus correctivo (art. 3º inc. 2º de la ley 23.098, cuyo texto establece su procedencia "... sin perjuicio de las facultades apropiadas del juez del proceso si lo hubiere").

7. Cada vez que el imputado actúa como objeto de la prueba no está alcanzado por los términos de la cláusula constitucional que veda la declaración contra sí mismo¹⁵. Sin embargo, existen límites impuestos por el derecho a la integridad física y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes; en general, si solo se afectan levemente tales derechos, se

¹⁰ JA 1989-III ps. 301/305, con nota de Bidart Campos, "El uso de barba por los internos del servicio penitenciario federal (Un habeas corpus frustrado)".

¹¹ ED t. 126 p. 552 f. 40.604.

¹² ED t. 129 p. 256 n° 90, investigación de jurisprudencia de Juárez Campos.

¹³ CF Bahía Blanca, ED t. 114 p. 188 f. 38.853.

¹⁴ CNPE, Sala I. LL del 4/V/89 f. 87.392; también, frente a una legislación diferente, Cam. Pen. Santa Fe, JA 1987-III p.100.

¹⁵ CS Fallos 255:18 o JA 1963-IV p. 380 f. 7217 o ED t. 7 p. 582 f. 4058; conforme Maier, "Derecho procesal penal argentino", t. 1-b p. 444, Bs. As. 1989.

admiten, por ejemplo, extracciones de sangre o de piel, siempre que sean realizadas por personas habilitadas, con el límite de no poner en peligro la vida o la salud¹⁶; en vez, podrían contravenir aquellas garantías ciertos tratos humillantes, como desnudarse ante la policía¹⁷. Quien se niega a someterse a un análisis de sangre o a una pericia psicológica o a un peritaje de identificación de voz, agrava la situación¹⁸. Pero también se ha decidido que a falta de respaldo en norma expresa no puede disponerse compulsivamente de una parte estructural del cuerpo físico del imputado para, una vez separado anatómicamente, someterla a estudio de cualquier tipo -en el caso se trataba de sangre-¹⁹.

A nuestro modo de ver todos estos aspectos se alojan, sin esfuerzo, en el ámbito del habeas corpus correctivo. Desde luego, siempre que el presupuesto signifique desmedro para la consideración debida al imputado como persona.

IV. CONCLUSIONES

El habeas corpus correctivo abastece el sustento de ciertos reclamos ante la modalidad gravosa en la ejecución de medidas dispuestas por juez competente dentro del marco de un proceso penal. No se elimina su procedencia durante la prevención.

Su presupuesto exige la legalidad de la protección requerida y la verificación de que se defiende un interés personal -no puede descartarse de plano si es colectivo_ relevante.

Sus requisitos extrínsecos fincan en la judicialidad de la medida cuestionada aun si su génesis es indirecta como ocurre con los actos de prevención.

La motivación debe ser suficiente como para persuadir a través de su mera lectura.

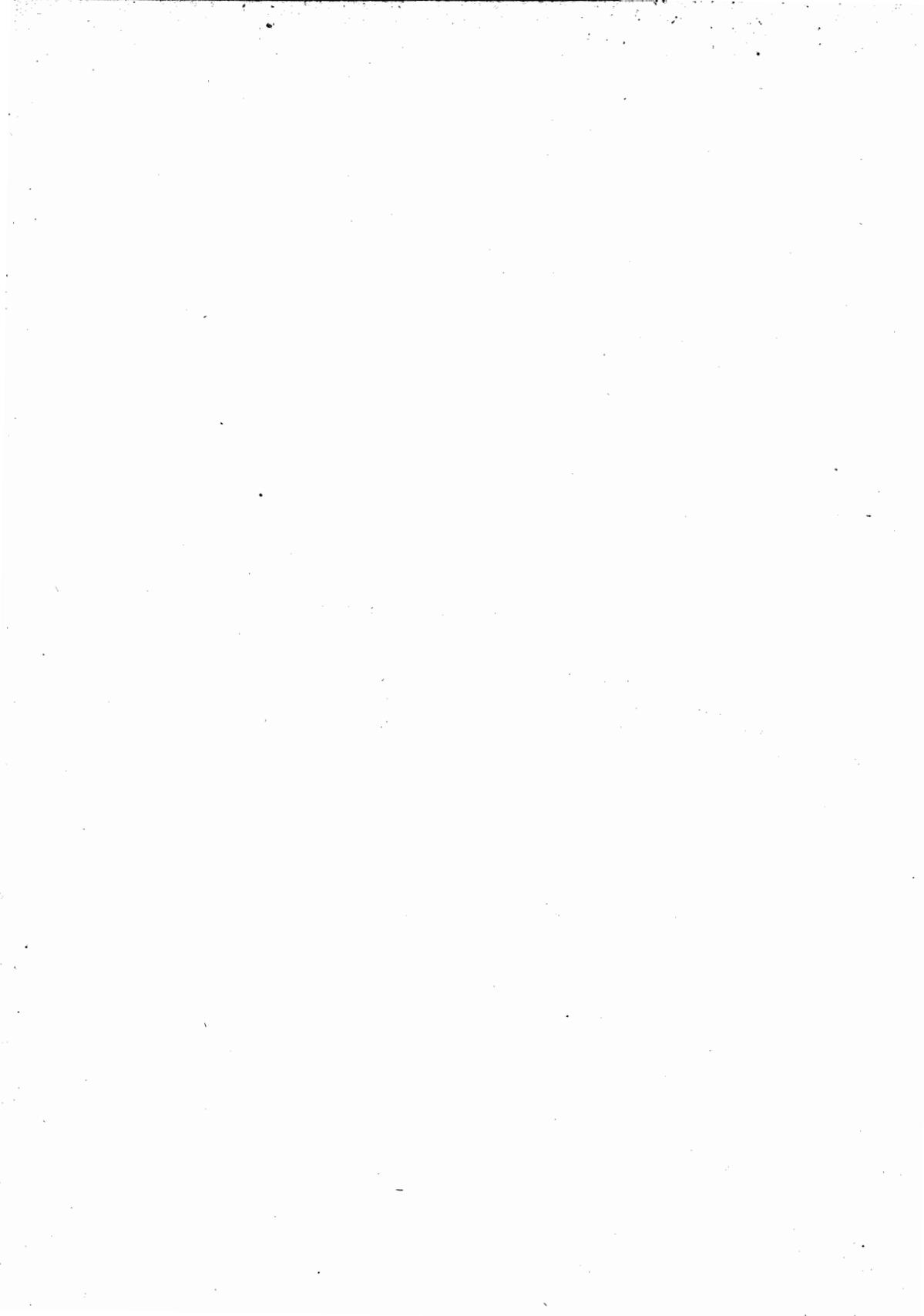
El carril del habeas corpus correctivo debe presentarse como idóneo, pues deben resultar indisponibles los recursos o arbitrios ordinarios para obtener lo pretendido con intervención del tribunal competente.

¹⁶ CF Paraná, ED t. 137 p. 340 f. 42.364; CCC, Sala I, f. del 21/XII/90, voto del Doctor Donna, JA del 1/VII/92 p. 33.

¹⁷ González-Cuellar Serrano, "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", ps. 297/302, Madrid 1990.

¹⁸ CF Paraná, ED t. 137 p. 340 f. 42.364, con nota adversa de Bidart Campos.

¹⁹ CCC San Francisco, LLC 1991 p. 720.



EL HABEAS CORPUS Y LAS AUTORIDADES MUNICIPALES

POR NÉSTOR O. LOSA

Dentro del denominado derecho procesal constitucional, encontramos un tema clásico como es el habeas corpus. —La libertad ambulatoria como derecho humano primordial fue y es materia de estudio por ser vulnerada o amenazada por diferentes razones y distintas autoridades que conforman la estructura institucional de un Estado—.

La privación de libertad parece, en principio resorte exclusivo del Poder Judicial, sin embargo, también otros poderes o autoridades en general, pueden limitar ese derecho primordial del hombre.

El Alcalde.

La institución municipal no es ajena a la sanción de arresto. Históricamente la materialización del hoy denominado poder de policía se efectuaba por medio de la máxima autoridad del ayuntamiento que era el alcalde. Su potestad era indiscutida y poseía atribuciones sancionatorias amplias. A posteriori, sus delegados legales y naturales según las épocas, contribuían a ampliar esas potestades o bien fueron los encargados de aplicar penas. El ejemplo puede verse en los denominados jueces pedáneos, alcaldes de la hermandad, jueces de paz, etc.,

Nuestra Constitución permite el arresto y traslado del detenido, al Presidente de la Nación cuando fue decretado el estado de sitio (art. 23 de la Constitución Nacional). También pueden arrestar las fuerzas armadas, las fuerzas de seguridad, autoridades aduaneras, etc.

En materia municipal, esa potestad siguió desde el origen de la institución hasta nuestros días.

El Arresto.

La privación de la libertad reviste distintas formas. La más severa es la reclusión a la que sigue la prisión. En ambas existe el rigor propio del régimen penitenciario. La detención y el arresto, son variantes más atemperadas de privación de libertad que, como es obvio no poseen régimen carcelario, de hecho se cumple la medida en lugares diferentes a aquellos donde se alojan a reclusos o prisioneros, siendo menor el término de duración de la sanción.

La prisión y reclusión son figuras clásicas del derecho punitivo mayor, esto es el Derecho Penal, mientras la detención y arresto, devienen del Derecho Penal Administrativo, el Derecho contravencional tanto municipal como policial. Los ilícitos juzgados y que pueden tener pena de arresto, son cualitativamente inferiores a las figuras propias del Derecho Penal.

En el ámbito comunal, la medida que cercena la libertad es el arresto y lo legislan los respectivos códigos de faltas municipales y algunas leyes provinciales y nacionales cuya aplicación le compete a las municipalidades. También puede estar contemplado en ordenanzas de penalidades u ordenanzas específicas que definen infracciones especiales, imponiéndose y estipulándose sanciones precisas.

Dentro de la estructura de las autoridades comunales, sólo la Justicia de Faltas cuenta con la prerrogativa legal de arrestar en los supuestos que la ley determina. Podemos en ese aspecto mencionar tres tipos de arresto, 1) el que se decreta como pena y cuya máxima duración temporal no puede ser superior a treinta días, 2) el que se decreta como convertibilidad de multa impaga y que es una medida extrema que determina un monto diario que puede admitir la libertad en cualquier momento y 3) el disciplinario, para sancionar al público y los profesionales que faltan el respeto, producen desórdenes en la sala de audiencias o incumplen con el mínimo decoro en sus escritos. En todos los casos, el lugar de cumplimiento es especial y no deben arrestarse contraventores con procesados o condenados de la justicia ordinaria. Como variante, también está contemplado el arresto domiciliario para las mujeres y para aquellos que superen determinada edad o sufran alguna enfermedad que exiga cuidados especiales.

Actualmente en los municipios de provincias, el arresto está contemplado como pena y también con las características enunciadas precedentemente, más en la Capital Federal, hace pocos años se dejó sin efecto la pena de arresto aún cuando se mantienen los supuestos individualizados como 2 y 3 antes reseñados.

Autoridades de aplicación

En los municipios argentinos la autoridad de aplicación del arresto es el Juez Letrado de Faltas que, son autoridades con funciones jurisdiccionales que devienen de leyes, ordenanzas y que muchas nuevas constituciones provinciales han incorporado en sus textos al tratar sobre el *Régimen Municipal*. En el caso de la Capital Federal, la Justicia Municipal de Faltas está consolidada en la Ley 19.987 (Ley Orgánica Municipal) con la modificación estatuida por la ley 23.191 de 1985 que equipara a camaristas y jueces municipales con sus pares nacionales en remuneraciones e incompatibilidades. Los códigos utilizados en el proceso contravencional comunal de la ciudad capital, son dos leyes nacionales (19.690 y 19.691). Los jueces del municipio gozan de inamovilidad mientras dure su buena conducta y sólo podrán ser removidos mediante el juicio de remoción que estatuye la ley 19.987 y que se realiza ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional (art. 55). Tienen intangibilidad y no dependen de ningún poder de la comuna.

La designación de los jueces de faltas es mayoritariamente efectuada por el intendente quien eleva el pliego al Concejo Deliberante para que este cuerpo preste acuerdo. Algunos

municipios emplean el criterio de que los magistrados accedan en base a un concurso de antecedentes y oposición y, posteriormente tienen que pasar el trámite político de acuerdo del cuerpo deliberativo. En Buenos Aires, existe un período de tachas para los candidatos que es anterior al acuerdo y que se realizan en una tablilla en el Concejo Deliberante y la comunicación diaria durante diez días de los postulados y su número de documento de identidad en la Radio del Municipio. Precisamente, en esta Capital, la Justicia Municipal fue creada en 1944. SE reemplazó al intendente que hasta ese momento se encargaba de multar y aplicar sanciones en general, a través de una Oficina de Sumarios sin derecho para los habitantes de acceder al derecho de defensa.

El Municipio es un nivel de gobierno de carácter natural y que surge de la Constitución Nacional (art. 5). Su historia, su realidad sociológica y su protagonismo como ente político descentralizador encuadrado dentro del Estado Republicano y el sistema federal de gobierno, adquiere cada vez mayor importancia. Es el lugar donde puede efectivizarse la participación ciudadana, pero también es el lugar donde la conciencia es más compleja y los pequeños problemas requieren soluciones eficaces, rápidas y ejemplificadoras. El Poder de Policía Municipal sería lírico sin coacción efectiva y concreta. NO existe municipio sin el poder de hacer cumplir las normas jurídicas locales y para ello se requiere un organismo jurisdiccional apto que propicie a través de sus fallos, la buena convivencia.

El arresto como medida de mayor rigor para supuestos extremos, no es una novedad dentro del derecho punitivo. El Derecho Contravencional, lo es y no forma parte del Derecho Penal, como las contravenciones aun cuando tengan similitudes con los delitos, no constituyen esa figura porque el 'código Penal las excluyó dejando librado al gobierno local la legislación y sanción coercitiva, todo lo referido a contravenciones.

Si el municipio constituye un nivel autónomico de gobierno, es lógico admitirlo con tres poderes, toda vez que el nuestro es un país republicano. Como consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema ha resuelto que "El poder de policía local se traduce en el dictado de ordenamientos normativos, sean ellos leyes, reglamentos u ordenanzas y supone la correlativa potestad de prohibir y prever penas para los contraventores, mientras no se invada el ámbito del Código Penal" (20-11-1979, ED 90-495).

No olvidemos entonces que, la mayoría de la doctrina ha aceptado que el término *régimen* usado en el art. 5 de la Constitución Nacional, debe entenderse como *gobierno* y en nuestro sistema jurídico-institucional, no existe *gobierno* sin la división de poderes y funciones dentro de cada marco político. Por otra parte, esa conceptualización autonómica de la municipalidad con base en el art. 33 del Código Civil y antecedentes históricos sólidos, ha sido aceptada por la Corte Suprema en el caso "*Rivademan, Angela c/Municipalidad de Rosario* del 21 de marzo de 1989 que he desarrollado en mi libro "*Justicia municipal y autonomía comunal*" (Edit. Ad Hoc. Buenos Aires, 1991), que altera la doctrina anterior del máximo tribunal que la concebía como un ente autárquico subordinado a instituciones de mayor jerarquía pero sin autoridad política.

El Derecho Municipal, el Constitucional y el Municipio como Estado gubernativo de tercer grado, requieren autoridades propias y la división en tres poderes de su gobierno local.

La jurisprudencia y el arresto

En las provincias no se advierte dificultad para el arresto en la justicia municipal. Tampoco existía problema alguno en la órbita capitalina hasta el famoso caso "*Di Salvo, Octavio S.* infracciones reiteradas de violación de clausura" (La Ley 1988-D, pág 269). En esa oportunidad Di Salvo había sido sancionado con pena de multa, reimplantación de clausura y arresto efectivo. Interpuso el recurso de habeas corpus el juez interviniente hace lugar al levantamiento de la medida. La Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, revoca el fallo y convalida el arresto. por último interviene la Corte Suprema de Justicia y argumenta que la sentencia de la Cámara de Justicia de Faltas no tiene ese carácter por emanar de un organismo administrativo jurisdiccional, sin embargo, hace lugar al pedido de Di Salvo por considerar que es el único remedio apto para asegurar la libertad personal e inmediatamente ordena precisamente la libertad del encargado municipal. El dictamen del Procurador General de la Corte, en ese momento el DR. Gauna, era diferente del que fue el criterio del Alto Tribunal por entender que el arresto emanaba de autoridad competente y había sido instrumentado por escrito. Aquí se trató de la pena de arresto.

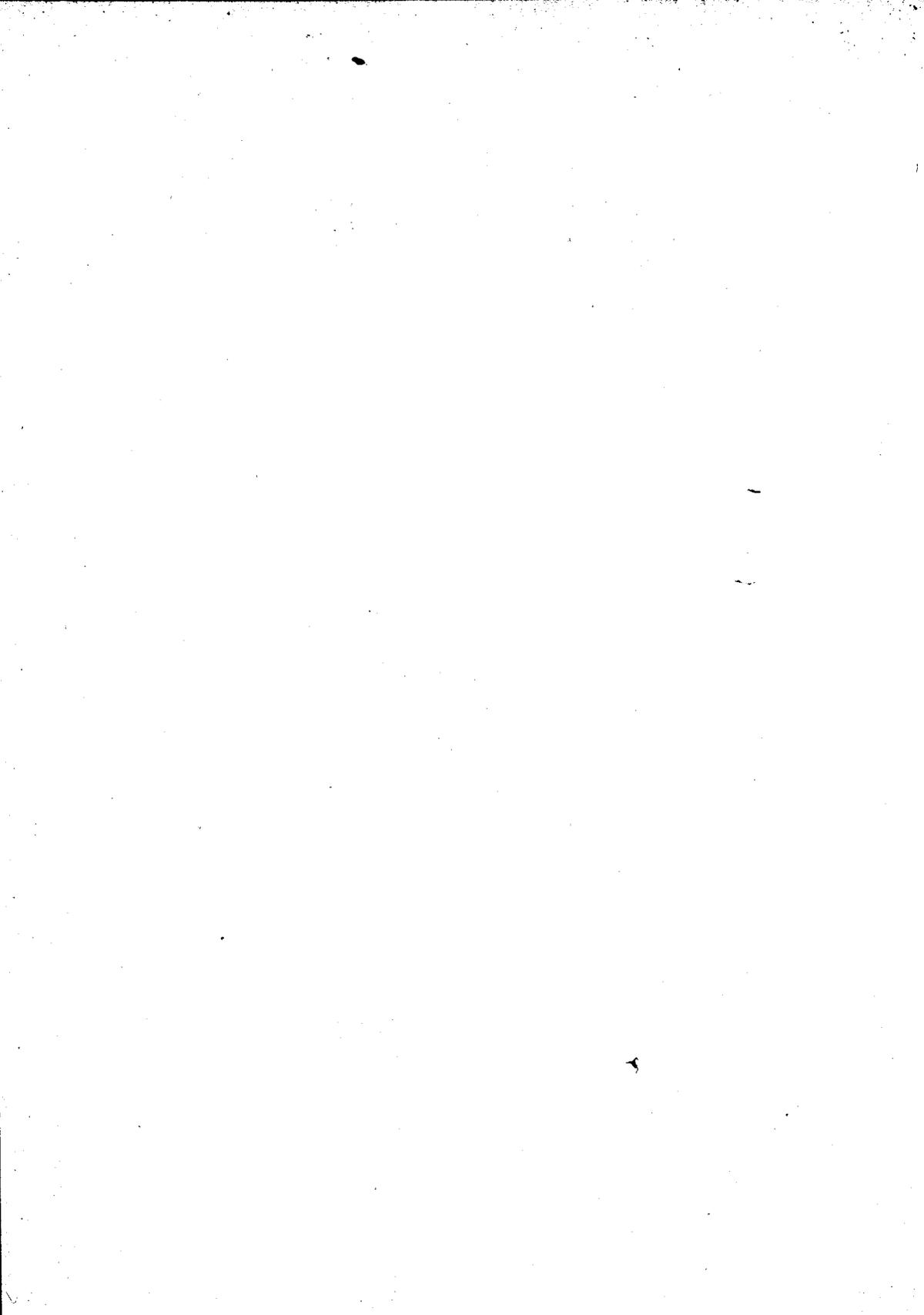
En relación a la convertibilidad de la pena de multa en arresto, la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional es unánime en el sentido de *Rechazar los Habeas corpus* que interponen los que son sancionados por la Justicia Comunal. A ese efecto, podemos citar entre otros los casos "*Aulicio de Montuelle, Carmen M.* interpuesto en favor de su hijo y que fuera resuelto en 1986 (causa 30.501-86). En 1991 se resolvió rechazando un habeas corpus preventivo interpuesto por sanción disciplinaria que impuso la cámara de Apelaciones de Faltas actuando como órgano de superintendencia, a un letrado que se dirigió en forma irrespetuosa extrema contra un magistrado y donde quedó demostrada la negligencia del abogado que había equivocado su proceder profesional. En el caso se le impusieron dos días de arresto en suspenso e interpuso el remedio antes mencionado que está regulado por la ley 23.098 (*Veronelli, Horacio Carlos* del 14 de noviembre de 1991-Sala Integrada por los Dres. José Massoni y Oscar M. R. Ocampo-).

En 1992 y como consecuencia de la conversión de una multa de arresto, el mismo condenado en el proceso contravencional José Alfredo Visentini interpone en primer lugar un habeas corpus preventivo (n° 63.064 ante el Juzgado de Instrucción 27, Secretaría 106) que fue rechazado por el juez actuante y en consulta por la Cámara del fuero. El mismo Visentini, interpone otro habeas corpus reparador pues ya estaba cumpliendo el arresto decretado. En la causa 53.444, ante el Juzgado 30, Secretaría 109, se rechaza el habeas corpus y la Cámara confirma en consulta el rechazo.

En síntesis, podemos comprobar que, a excepción del caso Di Salvo, la jurisprudencia ha sido unánime para convalidar el arresto ordenado por jueces municipales en base a la normativa que rige la figura y que proviene de leyes nacionales. Sólo he citado algunos casos, toda vez que con anterioridad a la ley 23.098 ni siquiera la Corte había cuestionado la validez del arresto municipal, tal vez porque consideraba que los alcaldes municipales hicieron uso de la medida antes de que existiera el Máximo Tribunal o quizás porque veían que limitar el poder de policía local con artilugios formales, en nada ayuda a mejorar a aquéllos que burlan la ley y el respecto a los demás. Di Salvo y Visentini, fueron castigados por reiteradas

violaciones de clausuras en las denominadas *casas de masajes* que no son otra cosa que casas de prostitución que la Justicia Penal no castiga por estar desactualizadas las penas....

Dr. Néstor Osvaldo Losa. Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Presidente de la Cámara de Apelaciones de la Justicia Municipal de Faltas de la ciudad de Buenos Aires. Director de la Revista de Estudios Municipales. Profesor titular de *Derecho Público Provincial y Municipal* (Fac. de Derecho-UBA-), Profesor adjunto de *Derecho Constitucional* (Fac. Ciencias Jurídicas- Univ, del Salvador-) Profesor de las Universidades Nacionales de Luján y Lomas de Zamora. -Autor del último anteproyecto de Código de Faltas del Municipio de Santa Rosa -La Pampa-



ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SUPERIOR TRIBUNAL DE LA CAUSA

SUSANA LIMA

Desde el caso *Cautana* (Fallos 302:1337) a la fecha y transcurridos prácticamente doce años ya que dicho precedente data de fecha 13 de noviembre de 1980. con avances algunas veces y retrocesos otras, la Corte Suprema en sus diversas composiciones ha desplegado una labor fecunda en la delimitación del concepto de *Superior Tribunal de la Causa*.

Un requisito propio del recurso extraordinario federal y de cumplimiento ineludible para quienes deseen acceder a los estrados del más Alto Tribunal del país.

Cupo sin duda al fallo *Juan Luis Strada v. ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Dean Funes, Saavedra, Barra y Cullen* (Fallos 308:490) de fecha 8 de abril de 1986, zanjar las discrepancias existentes hasta ese momento entre las discrepancias existentes hasta ese momento entre la jurisprudencia clásica y la doctrina cautanista formulando una definición del concepto de *Superior Tribunal de la Causa* que alcanzara su perfil definitivo en el precedente posterior de fecha 1 de diciembre de 1988 en los autos *Di Mascio Juan R. interpone recurso de Revisión de Expte. número 40.779*

Se estableció así como requisito inexcusable del justiciable el agotamiento de todas las instancias existentes en el orden local provincial, para la *valida* interposición *posterior* del remedio federal legislado por la ley 48.

Una tarea hasta entonces no incursionada por el Alto Tribunal en esos ámbito en cuanto al profuso y minucioso examen de argumentos de orden legislativo, histórico y constitucional que ilustraron el precedente y que conducían a plasmar ese criterio con carácter de principio general a aplicarse de ahí en adelante.

Importa destacar aquí, por lo que se expondrá, que avalaban esa conclusión dos leyes federales, en el caso, la ley 48 en su artículo 14 y el artículo 6 de la ley 4055 en cuanto a la decisión materia de recurso extraordinario federal debía provenir del Superior Tribunal Provincial.

La trascendencia que revistió el caso fue vislumbrada de inmediato y la propia Corte, advertida de la sustancia cuasi legislativa de su decisión debió sentar normas de "derecho transitorio" y contemplar concretamente la situación de los recurrentes que, con anterioridad a dicho precedente, hubieran consumado su facultad procesal al interponer optativamente la vía extraordinaria federal y no la local al superior órgano judicial provincial...

Es así que a pocos días sobreviene otra decisión de la Corte, la conocida como el caso *Tellez* del 15 de abril de ese mismo año por el que se estableció la regla según la que la nueva doctrina sólo sería aplicable a los recursos extraordinarios federales dirigidos contra sentencias definitivas notificadas con posterioridad a ese precedente.

Tal criterio fue reiterado en precedentes posteriores vgs: en la causa "Martínez Aida Azucena y otros c/Cuatro Entidades de Bien Público s/cobro de haberes" de fecha 29 de junio de 1989 en que la Corte establece la procedencia de los recursos extraordinarios contra las sentencias notificadas con anterioridad a las pautas sentadas en el caso *Strada* sin seguir, en tal supuesto, los postulados de este último precedente ya que su aplicación inmediata impediría la apertura de la instancia extraordinaria en un momento en que el acceso ante los tribunales provinciales se hallaba ya clausurado por reclusión de la etapa pertinente.

Ello importaba un debido resguardo del derecho de los litigantes a acudir a los estrados de la Corte ante la irrupción de un nuevo requisito de cumplimiento obligatorio y no ya optativo en el recorrido de las instancias existentes en el orden local.

No había sido tenido en cuenta, años atrás, en el caso *Cautana* al clausurar al recurrente la vía extraordinaria federal si había optado por la interposición de un recurso local posteriormente declarado inadmisibile por causa a aquél, imputable y cuando a la sazón no preexistía con carácter de doctrina uniforme ese criterio restrictivo del ejercicio del derecho a recurrir por la vía legislativa por la ley 48.

El camino transitado por justiciables y Tribunal Supremo en la aplicación del criterio "stradista" bien pronto hizo necesario formular precisiones e incursionar en las reglamentaciones legales procesales de los recursos o las restricciones que por vía de la jurisprudencia de sus tribunales superiores se erigía como un valladar al conocimiento de las cuestiones federales que debían plantearse inexcusablemente en sede suprema local.

Aparece ya en ese momento una innegable realidad: la multiplicidad de legislaciones procesales provinciales -cada una con una gama variada de recursos de extensión limitada no siempre coincidente con el recurso extraordinario federal en cuanto a la amplitud de conocimiento que otorgan a la más alta jurisdicción local- y su igualmente amplia gama de interpretaciones por vía de las jurisprudencias locales que atentaban, paradójicamente, contra el criterio informante del precedente mencionado, es decir, excluían muchas veces el conocimiento por parte de los máximos organismos judiciales provinciales de cuestiones típicamente federales.

No ya por revestir el aludido carácter, pero sí en cuanto a establecer criterios determinativos de competencia funcional que excluían por razones ajenas a ello el conocimiento de la superior instancia provincial..

Por un lado, la exigencia de agotar las vías locales para acceder a la superior instancia provincial con carácter previo a la federal y, por el otro, la jurisprudencia o ley local restrictiva que muchas veces hacía imposible el cumplimiento del recaudo establecido: el examen por parte de la superior instancia de las cuestiones federales a someterse a la superior instancia federal.

Surge así frente a ese conflicto, la respuesta que brinda la Corte en los casos *Christou* y *Di Mascio*, dando preeminencia a la jurisdicción constitucional emergente del artículo 31 de la Constitución Nacional que incumbe ejercer a los superiores tribunales de provincia por sobre cualquier limitación de origen legal o jurisprudencial que en los recursos locales impidan conocer a dichos tribunales en dicha materia.

Dentro de ellas se incluyen expresamente -el primero de los precedentes citados a la arbitrariedad de sentencia- por constituir un medio de hacer efectivo el imperio de las garantías constitucionales del debido proceso y de la propiedad (considerandos 4) y 5) del caso citado, pub. en Fallos 310:324).

Frente a las circunstancias peculiares en que tuvo lugar la doctrina sentada en el primero de los casos citados, donde nada menos que en una acción de amparo que tiene por finalidad tutelar la Constitución Nacional y pese a la intervención anterior de la Corte Federal que dejara sin efecto un primer pronunciamiento, dicho Alto Tribunal no duda en preservar el control constitucional por parte de la superior instancia provincial -en el caso la Suprema Corte de Justicia bonaerense- declarando improcedente el recurso extraordinario federal que se interpuso contra el fallo de la segunda instancia ordinaria sin acudir previamente a la superior Corte local.

Los obstáculos de una jurisprudencia local que calificarla no definitivo a un pronunciamiento dictado en un juicio de amparo son inatendibles frente a la jurisprudencia federal a partir del caso *Strada* y cuando la propia Corte Nacional en su función de custodia de la Constitución Nacional, autoriza a intervenir en los juicios de amparo por la vía extraordinaria federal cuando la sentencia causa un agravio irreparable (considerando 7 del precedente citado).

Tal conclusión era particularmente aplicable al caso cuando la Corte Federal ya había intervenido por vía de un recurso extraordinario anteriormente deducido en la misma causa dejando si efecto un anterior pronunciamiento también desestimatorio por concurrir un supuesto de ese tipo de gravamen.

Frente a la *Doctrina de Strada* aplicable al caso por lo establecido en el precedente *Tellez*, la Corte hizo efectiva la consecuencia de la falta de cumplimiento por el recurrente de la carga de interponer los recursos extraordinarios locales- de inaplicabilidad de la ley y de nulidad extraordinario legislados en el Código Procesal local- y de acudir directamente a la Corte Federal.

En el caso *Di Mascio* (fallos 311:2478), fallado el 1 de diciembre de 1988 la Corte incursiona esta vez, a solicitud del mismo recurrente, en el planteo de institucionalidad de la limitación legal establecida en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. A la intervención de la Suprema Corte bonaerense en el recurso de inaplicabilidad de la ley y cuando se hallaban de por medio *cuestiones federales* -en el caso arbitrariedad de lo resuelto-.

“Corresponde afirmar -señala el considerando 14 de los votos de los Dres. Fayt, Petracchi y Bacqué- que en los casos aptos para ser conocidos por la Corte, según el artículo 14 de la ley 48, la intervención del superior tribunal de provincia es necesaria en virtud de

la regulación que el legislador nacional hizo del artículo 31 de la Constitución Nacional, de modo que *la legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no puede vedar el acceso a aquel órgano, en tales supuestos vgr: por el monto de la condena, por el grado de la pena, por la materia o por razones análogas.*

El voto concurrente del entonces vicepresidente del Alto Tribunal -Dr. Augusto Cesar Belluscio- hizo mérito de la existencia de la jurisdicción constitucional en cabeza de las supremas cortes o tribunales provinciales y del carácter no fraccionable de su ejercicio, por lo que concluyó en idéntico sentido y dejando a salvo, al igual que los restantes Ministros que integraban el Tribunal, el caso de causas en que se hallaran de por medio cuestiones de jurisdicción local exclusiva en cuyo caso las limitaciones cognoscitivas establecidas en el régimen recursivo local ostentaban plena validez constitucional (art. 104 de la Const. Nac.)

A prácticamente cuatro años de este último precedente, la Corte Nacional ha seguido los lineamientos o jurisprudenciales explicitados.

Basta con citar el caso publicado en Fallos 312:483 caratulado *Oroz y Baretta, José Lorenzo S/denuncia defraudación y usura y promueve acción de redargución de falsedad* donde frente a la limitación legal del particular damnificado a interponer el recurso local de inaplicabilidad de ley legislado por el Código Procesal Penal de la Provincia de Bs. As. contenida en el artículo 87 se declaró que dicho cercenamiento debía obviarse cuando se hallaban de por medio cuestiones federales.

Otro tanto en la causa *Miranda, Mario Benito s/homicidio culposo y lesiones culposas* (Fallos 312:1416) donde se declaró inválida la limitación legal establecida para apelar por la vía extraordinaria local a los letrados y defensores de las partes cuando actúen por sus propios derechos contenida en el Código Procesal Penal de la Provincia de Bs. As. y siempre que se hallen de por medio cuestiones federales.

Por su parte, en la causa fallada el 29 de agosto de 1991 en los autos *Acción Chaqueña S-Oficialización de lista de candidatos*, (E.D.Rev. 26/11/91) -aunque con la disidencia de los Dres. Belluscio, Nazareno y Petracchi- que mantuvieron el criterio tradicional sentado en *Strada y Di Mascio* y limitada a los supuestos de concurrencia de situaciones de *gravedad institucional* se va mostrando un camino tendiente a atenuar la rigidez primitiva.

En efecto, no obstante la ausencia de interposición del recurso extraordinario local ante el Superior Tribunal local sino directamente el federal contra la decisión del Tribunal Electoral del Chaco que no admitió la oficialización de la lista correspondiente al candidato a Gobernador José D. A. Ruiz Palacios, la Corte Nacional sale al cruce con una solución que importó habilitar la competencia del Superior Tribunal Local pese a la inexistencia de recurso local para entender en el caso.

En función de las peculiares características del caso, su resonancia, la puesta en juego de principios fundamentales con es mantener y asegurar la administración de justicia y superando los óbices procesales antes mencionados se dispuso remitir la causa al Superior Tribunal Chaqueño para que fallara la delicada cuestión atinente a la oficialización de la lista impugnada.

Desde luego que este criterio sólo resultó aprobado por la mayoría haciendo mérito de cuestiones de *gravedad institucional* que, como es sabido, a partir del conocido caso *Jorge Antonio*, permite superar los ápices procesales frustratorios del acceso a la Corte Federal.

Este criterio -avalado por la más prestigiosa doctrina en la materia- (ver Rev. E.D. ya citada) no fue mantenido sin embargo en la causa análoga fallada con fecha 15 de octubre de 1991 en los autos *Incidente de Recusación Planteado en Autos Mostafá Nair- Víctima de Violación y Homicidio en Tres Arroyos*, pese a que al igual que en el caso anterior el caso revestía suficiente gravedad por la trascendencia del caso referente a la menor Nair Mostafá, violada y posteriormente asesinada en Tres Arroyos.

Al igual que el precedente *Acción Chaqueña*, se había saltado una etapa, el agotamiento de la instancia extraordinaria local pero sólo las disidencias de los Dres. Barra y Fayt allanaron esta vez el óbice formal en función de la gravedad institucional del caso y lo remitieron a la Corte Provincial. La mayoría mantuvo incólume los principios tradicionales en la materia.

Como se advierte en el balance de los casos examinados puede juzgarse vigente la doctrina habilitada a partir de *Strada y Di Mascio* pero con ciertas atenuaciones tendientes a vencer la rigidez formal primitiva en aquellos casos que por revestir gravedad institucional suficiente habilitan a la Corte a intervenir prescindiendo de la verificación escrupulosa de los requisitos que informan el recurso extraordinario.

Ello sigue siendo, en mi opinión, sin embargo la aplicación de la jurisprudencia tradicional en la materia propia de la gravedad institucional y no un cambio, en principio, en la estructura jurisprudencial elaborada en torno a la doctrina del Superior Tribunal de la Causa.

Es más al remitir la causa a que previamente sea fallada por la superior instancia provincial refuerza aún más la teología de una doctrina sustentada en normas federales expresas (el art. 14 de la ley 48 y el artículo 6 de la ley 4055) acerca de la ineludible intervención de la máxima jurisdicción provincial previo a la suprema de la Corte.

Es ya una constante a lo largo de su historia, la labor creativa de nuestro más Alto Tribunal en sus funciones de ineludible custodio de las garantías constitucionales.

En un tiempo fue la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, más tarde el amparo y la gravedad institucional.

Algunas de estas instituciones ya tienen sanción legislativa como ocurrió con la Ley de Amparo o la acción de amparo contra actos de particulares introducida en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 1968.

Otro tanto ocurriría con la reforma última al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por conducto de la ley 23.774 que plasmó una práctica ya sostenida por el más alto Tribunal (ver artículo 280 en su nueva redacción).

No podemos dejar de ubicar también a la doctrina elaborada a partir de *Strada y Di Mascio*, que con atenuaciones derivadas de la concurrencia de otras causales de procedencia

del recurso extraordinario federal -vgr: la gravedad institucional- se mantiene inalterable transcurridos más de seis años del primero de los precedentes citados.

La existencia de un control difuso de constitucionalidad en manos de todos y cada uno de los jueces que conforman el Poder Judicial (nacional y provincial) por expreso mandato constitucional (art. 31 C.N.) y el carácter de *Modelo o causa Ejemplar* que reviste el desenvolvimiento jurisprudencial de la Corte Nacional en la tutela de la primacía constitucional como tribunal supremo, no consiente regulaciones que, en cuanto a su origen, provengan de otras fuentes que no sean las *Federales* (Art. 31 de la C.N.)

No olvidar que en el ejercicio de esa potestad es que el Congreso Federal dictó en su hora la ley 48 y la ley 4055 que comenzó a delinear el control constitucional difuso (la garantía federal del artículo 31 de la C.N.) que impera en nuestro sistema en donde aparece consagrada desde antaño la obligada intervención de las máximas instancias locales como se expusiera al comienzo en la tutela jurisdiccional de la supremacía de nuestra Carta Fundamental.

Y además que la Corte, como tribunal supremo de ese control en dichos precedentes ha explicitado aún más ese extremo lo que perfectamente podría receptarse en una ulterior reforma legislativa que se intentara plasmar o en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación o incluso en el futuro Código Procesal Constitucional que se halla en trance de elaboración como se expresara en el seno de las II Jornadas de Derecho Procesal Constitucional celebradas en Buenos Aires los días 15 y 16 de octubre de este año.

La propuesta consiste, como se adelantara, en legislar de modo uniforme para todo el país el procedimiento recursivo ante los superiores tribunales provinciales, camino ineludible a la Corte Federal cuando se hallan de por medio cuestiones que ponen en juego la jurisdicción constitucional emergente del artículo 31 de la Constitución Nacional completando así la vía final inicialmente legislada en la antigua ley 48.

En efecto, el obligado tránsito por la superior instancia provincial puede ser reglado por medio de una vía de acceso de procedimiento unívoco ante todos los superiores tribunales provinciales con plazos, forma de interposición, fundamentación y trámite subsiguiente de sustanciación hasta su decisión por la suprema autoridad judicial local -incluida la queja por denegación-, por el Código Procesal Constitucional.

SE evitaría así el aspecto más débil de la doctrina jurisprudencial actualmente vigente: esto es la tarea encomendada a los justiciables de tratar de encuadrar sus agravios de índole federal en alguno de los recursos locales legislativos y cuyos moldes muchas veces quedan chicos tal vgr: cuando no existe siquiera una vía habilitada que hay que crear para permitir el fluir del control constitucional en la superior instancia provincial. (ver caso citado por Lino E. Palacios en su reciente obra *El recurso extraordinario federal* pag. 110-111 número 16)

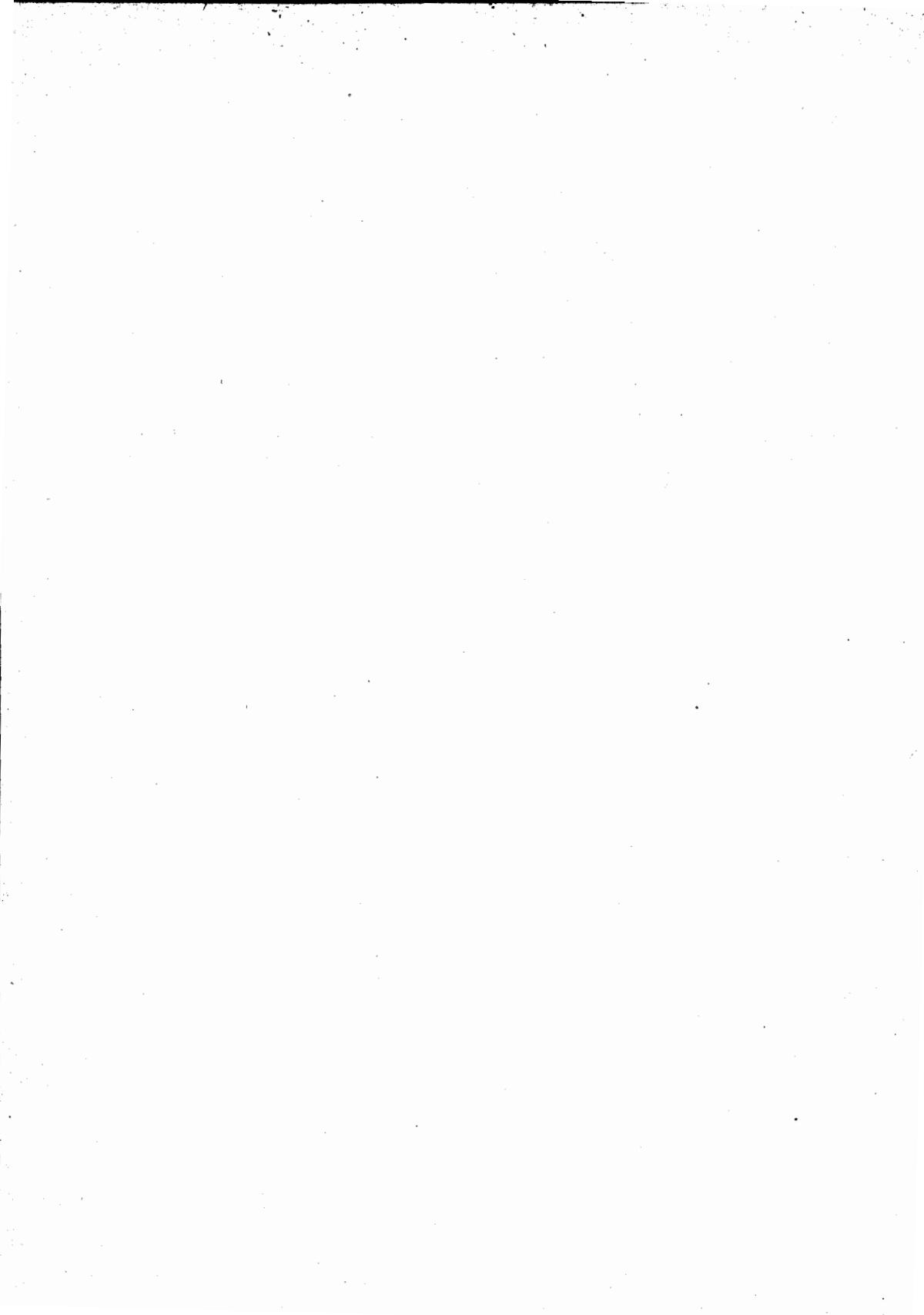
Por qué recurrir a este mecanismo que importa además bucear en normas de evidente carácter local no federal y colocar a la Corte en la tarea de intérprete de normas que le son ajenas cuando se trata de la garantía jurisdiccional de la Constitución -resorte federal-?

Tal regulación, así entendida, no importa un avasallamiento a las autonomías provinciales, antes bien se mantiene inalterada la regulación legal procesal de los recursos

extraordinarios locales, con la denominación, el carácter y limitaciones que cada legislador provincial establezca en aquellas cuestiones de jurisdicción local exclusiva. (art. 67 inciso 11 y 104 de la C. N.).

En cambio, cada vez que se hallara en juego la tutela de la supremacía constitucional consagrada en su artículo 31 no hay óbice constitucional a que sea el legislador federal quien determine el modo de acceder a la instancia suprema de control asegurando al litigante una vía apta para la intervención de la superior instancia provincial previa a la federal.

Tal reforma sólo importará adoptar una vez más la jurisprudencia creadora de la Corte, beneficiará a abogados y magistrados en la tarea de obtener una más rápida y sencilla actuación de la jurisdicción constitucional en sede de los diversos Estados Provinciales y con beneficio ineludible de la seguridad jurídica se habrá dado una respuesta definitiva a la adecuada coordinación entre dos órdenes jurisdiccionales creados por nuestra Constitución: el provincial y federal cuyo sano equilibrio ha tutelado el más Alto Tribunal del país con la doctrina en comentario. (considerando 6 del voto de la mayoría y considerando 9 del voto concurrente del Dr. Belluscio en la causa *Di Mascio* ya citada)



LAS VÍAS PROCESALES POTENCIALMENTE APTAS PARA ACCEDER A LA DECISIÓN DEL SUPERIOR TRIBUNAL PROVINCIAL(*)

ROBERTO O. BERIZONCE

Lo que nos proponemos en esta ocasión es analizar la virtualidad funcional de la actual doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno del *Superior Tribunal* de la Causa, a los fines del recurso extraordinario federal, fijada a partir de los precedentes *Strada* (8 de abril de 1986) y *Di Mascio* (1 de diciembre de 1988), en directa correspondencia con los conductos impugnatorios que se prevén en las legislaciones provinciales -en particular, la de la Provincia de Buenos Aires- y, al cabo de las verificaciones correspondientes, formular ciertas conclusiones de validez práctica y otras directamente vinculadas con la materia propia del Derecho Procesal Constitucional.

1. Es sabido que conforme aquella doctrina, el carácter de Superior Tribunal de Provincia a los fines del art. 14 de la ley 48, se atribuye al órgano judicial erigido como supremo por la Constitución local, salvo que resulte incompetente en el caso, lo que, sin embargo, no podrá extraerse del carácter constitucional federal de la materia que aquél suscite. Por lo que, consecuentemente, los litigantes deben agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios a fin de alcanzar este término final de las instancias locales, sin lo cual no se satisface tal presupuesto básico para la apertura de la instancia extraordinaria federal. Dichos tribunales provinciales, por lo demás, no quedan impedidos de conocer sobre las cuestiones federales no obstante lo que establezcan las leyes o su propia jurisprudencia; los que resultarían, en tal caso, inconstitucionales.

(*) Reconstrucción de la intervención del autor en el panel sobre "Recurso extraordinario". Se ha mantenido la forma coloquial originaria, razón por la que debe excusarse aquí la omisión de apoyos bibliográficos y jurisprudenciales. Remitimos a otros trabajos: Berizonce R.O.: Apuntes sobre el "Superior Tribunal de la causa...", *El Der.*, v. 110, p. 1011; id. El control de constitucionalidad local en la Provincia de Buenos Aires, *J. A.*, 1985-IV, p. 780; id. El control de constitucionalidad, *J. A.*, 1987-II, p. 764; id. La acción declarativa como instrumento esencial par el control de constitucionalidad, comunicación a las 3as. Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín 1988; Berizonce R.O. y Nogueira C.A., Recursos extraordinarios provinciales y arbitrariedad: paralelos, en *Temas de casación y recursos extraordinarios* (en Honor al Dr. Augusto M. Morello), L.E.P., La Plata, 1982, pp. 357 y ss.

Directivas que son aplicables, igualmente, en los supuestos de arbitrariedad de sentencia, por su carácter constitucional federal, según quedó explícito en el caso *Christou Hugo y otros*, del 19 de febrero de 1987.

2. Pero cabe preguntarse ¿cuáles son las *vías procesales potencialmente aptas*, útiles o idóneas para llevar las cuestiones federales y la arbitrariedad hasta las últimas instancias locales y provocar, de ese modo, el conocimiento y de cisión de los superiores tribunales?

En tal sentido, la generalidad de las Constituciones Provinciales y sus leyes reglamentarias prevén y regulan la competencia atribuida a los Superiores Tribunales, que se abre sea en *vía originaria* o *derivativa* (apelaciones extraordinarias), Para el ejercicio de la primera- y en única instancia- se conceden *acciones de inconstitucionalidad* (declarativas y preventivas), para el juzgamiento en abstracto de la validez constitucional de normas generales; *acciones contencioso-administrativas*, dirigidas al enjuiciamiento de los actos particulares de la Administración local; y declarativas de *conflictos de poderes*, donde dirimen los diferendos entre los poderes públicos provinciales o municipales. Sin contar con la competencia que en algunos ordenamientos singulares viene reconocida al órgano supremo en materia de *amparo*.

También conocen tales Tribunales de los *recursos extraordinarios* que las Cartas y leyes locales estatuyen, y que se conceden contra las sentencias definitivas emanadas de los órganos jurisdiccionales de grado -Cámara de Apelaciones, Tribunales de Trabajo y otros de instancia única-. Se trata de verdaderos *recursos de casación*, por motivos que, genéricamente, refieren al quebrantamiento de las formas y solemnidades. esenciales de la sentencia (nulidad extraordinaria) o a errores *in judicando* (inaplicabilidad de la ley o de la doctrina legal que rige el caso). Todavía se prevé el *recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, cuando habiéndose puesto en cuestión la validez de una norma local -ley, decreto, ordenanza o reglamento- como contraria a una previsión de Carta Fundamental provincial (y en algunas provincias, también, respecto de preceptos de la Constitución Nacional; La Rioja, arts. 9, 141) hubiese mediado resolución sobre la cuestión, en cuyo supuesto se abre la competencia revisora del Tribunal -casación constitucional- con virtualidad *inter partes* puramente declarativas para el caso. Salvo el régimen de algunas Cartas recientes, donde se reconocen efectos más extendidos, que van desde la caducidad de la norma inconstitucional (Chaco, art. 9; Santiago del Estero, art. 178, inc. 1 ap. c) hasta el mandato para la adecuación legislativa (Chubut, art 180). Se persigue, de una u otro forma, la manera de plasmar la *supremacía* de los preceptos y garantías establecidos en las Constituciones de Provincia.

3. Va señalado, asimismo, que en la Provincia de Buenos Aires, conforme antigua y reiterada doctrina de la propia Suprema Corte de Justicia, la denuncia de *infracción a la Constitución Nacional*, y en general los supuestos aprehendidos por el art. 14 de la ley 48, se canalizan por conducto del recurso de casación por *error in judicando* (inaplicabilidad de ley o doctrina legal). El concepto de *ley* resulta, en esta interpretación, comprensivo de las normas supremas federales. En cambio, y por virtud del estricto principio de individualidad y no fungibilidad de los medios impugnativos, se considera que no es apto ni útil, a ese fin, el recurso extraordinario local de inconstitucionalidad. Conviene destacar, en este

punto, que con un criterio diferente en otras legislaciones se amplía el radio de operancia del recurso de inconstitucionalidad, que resulta idóneo, también para atacar la sentencia que *no reune las condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la Jurisdicción* (Santa Fe, ley 7055 y modif.).

4. En cuanto a los supuestos de *arbitrariedad de sentencia*, cabe encausar la denuncia por andariveles diversos, de acuerdo a la propia preceptiva legal y doctrina pretoriana.

En la Provincia de Buenos Aires, si nos atenemos al clásico esquema clasificatorio pergeñado por *Carrio*, encontramos que: a) las causas relativas al *objeto de la decisión*, por violación del principio de congruencia, reciben un tratamiento diverso, pues mientras el supuesto de sentencia omisa se abre camino por el recurso extraordinario de nulidad (art. 156, Const. Provincial), en cambio el opuesto, la demasía decisoria, encuentra andamio en el recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal; b) tratándose de las causales vinculadas con el *fundamento normativo de la decisión*, la falta de omisión absoluta supone el quebrantamiento de presupuestos sustanciales, que lo invalidan (art. 159 Const. cit.); c) si el defecto de fundamentación asienta, en cambio, en la *sustentación fáctica* -desinterpretación de piezas constitutivas, prescindencia de pruebas decisivas, invocación de pruebas inexistentes, contradicción palmaria con constancias fehacientes de la causa, por caso- se genera lo que en la doctrina del Alto Tribunal bonaerense se denomina *absurdo* y que se encausa por conducto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal. La misma vía resulta apta cuando la decisión se sustenta en afirmaciones puramente dogmáticas, que le confieren un fundamento sólo aparente, o si es tributaria de un excesivo y descalificable rigor formal o ya si mediere contradicción, por incompatibilidad o inteligencia interna; d) por último, la prescindencia de la cosa juzgada, que afecta los *efectos* del pronunciamiento, se articula como los errores *in judicando*, por el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal.

5. Ya en tránsito a las *conclusiones*, sintéticamente cabe afirmar que el control de constitucionalidad federal no se agota, ni tiene lugar *en exclusiva* ante la corte Suprema Nacional. Especialmente a partir de la doctrina sentada en el caso *Strada* y sus consecuentes, los órganos jurisdiccionales provinciales -los más altos en su jerarquía- se erigen en protagonistas principales, como encargados de efectivizar, desde ese nivel, el control de constitucionalidad federal, que verifican *junto y en inescindible paralelo*, muchas veces, con el control local que por sus propias instituciones les está igualmente encomendado. Son -tienen la posibilidad de ser- a un mismo tiempo, los guardianes de la superlegalidad constitucional federal-provincial.

Por otro lado, las propias *reticencias* y limitaciones que se avizoran en ciertos criterios abstractos restrictivos -y por ende, en general no compartibles-, en la estimación de los requisitos de admisibilidad del recurso federal y su concesión formal, por parte de tales Superiores Tribunales, viene a confirmar y poner en evidencia que -al menos de hecho- ellos mismos se consideran *supremos* en el juzgamiento de las cuestiones federales.

Desde otro vértice -pero con resultados no menos desnaturalizadores- no pueden dejar de alertarse sobre el predicamento que exhiben, en un sentido diametralmente opuesto,

algunas interpretaciones minorantes que los mismos Altos Tribunales difunden y que resultan angostadoras de sus propias competencias. Una suerte de -a menudo injustificado- *self restraint*, que a la postre menoscaba, dejando huérfanos de tutela, los derechos constitucionales de los ciudadanos. Fenómeno singular que anida generalmente en criterios aferrados a un estéril rigor formal, utilizado par obturar su conocimiento, o ya en la exigencia inflexible de legitimaciones específicas en las que se frustran, otras veces, los derechos o intereses colectivos e institucionales con el consecuente desprestigio del poder jurisdiccional, desmerecido de ese modo en la consideración general.

6. Como *colofón*: el Derecho Público Provincial y la disciplina del estudio comparativo de los diversos sistemas legales, en materia de control de constitucionalidad, tanto como los regímenes de impugnación extraordinaria, emergen a un primer plano en el interés de los estudiosos y prácticos, pues es en sus instituciones procesales donde afloran y perfilan *vías más perfectas y operativas* para la tutela efectiva de los derechos y garantías supraleales. Analizar y caracterizar los diversos -y potencialmente ricos- medios impugnaticios extraordinarios que se brindan en esas legislaciones, no es tarea secundaria ni puede quedar librada sólo a los operadores locales sino que adquiere una dimensión e importancia inusitadas. Porque las jurisdicciones provinciales funcionan -es para todos sabido- como verdaderos *bancos de prueba* de numerosas instituciones públicas.

El Derecho procesal Constitucional, flamante *rama* jurídica, debe extender sus contenidos y afinar también en los tan diversos mecanismos de control de constitucionalidad locales -muchos de ellos recientemente implantados-, necesitados de estudios y profundizaciones, porque en definitiva, es en esos ámbitos lugareños donde, muy a menudo, se juega la suerte de las cuestiones constitucionales.

La conceptualización y análisis comparativo de los medios de control provinciales típicos -como, por caso, la acción declarativa de inconstitucionalidad y su experiencia de más de un siglo (Buenos Aires, const. de 1873), o el recurso de inconstitucionalidad en sus variantes más modernas (Santa Fe, Mendoza)- tanto como el estudio de la jurisprudencia interpretativa de los Superiores Tribunales, son otras tantas *vetas* de una inagotable (e inexplorada) cantera en la que se atesoran valiosos materiales para los entusiastas del Derecho Procesal Constitucional. Que ese sea el norte es lo que debemos propugnar.

LA ACCIÓN DE AMPARO Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TOMÁS HUTCHINSON

I. CREACIÓN DEL AMPARO

De todos los derechos del hombre, la libertad es indudablemente el máspreciado y la constitución Nacional estableció, a este respecto, que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (art. 18). Esta disposición fue reglamentada en el orden federal por el art. 20 de la ley 48. Luego, los códigos de procedimientos en lo criminal, tanto de la Capital Federal (art.s 617 y sigtes.), como de las Provincias, reglamentaron esta institución del *habeas corpus*. Vale decir, entonces, que la defensa de la libertad personal estaba asegurada por el legislador por medio del recurso de *habeas corpus*. Los restantes derechos que asegura la Constitución en distintos artículos principalmente en el art. 14 y 18, no habían sido reglamentados por el legislador. Así los de trabajar, ejercer industria lícita, comerciar, etc.. El problema que se planteaba a la Corte era el de saber si esos derechos podían ser protegidos sin haber sido reglamentados por el legislador. El problema se resolvió en el caso Siri¹, donde glosando a Joaquín V. González la Corte dijo: *No son, como puede creerse, las declaraciones de derechos y garantías, simples fórmulas teóricas. Cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar ni debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal y el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación argentina.* En base a estas consideraciones la Corte sostuvo que basta comprobar que un derecho constitucional ha sido violado par que éste sea reestablecido por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente. Los derechos constitucionales existen por el sólo hecho de estar consagrados en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias....*Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como*

¹ Corte Suprema, Siri" en "Fallos", t. 239, p. 463. Se trataba de la clausura de un diario por la autoridad pública, lo que vulnera la libertad de imprenta y de trabajo.

el daño grave e irreparable a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo...².

La Corte Suprema pretorianamente y sin tortuosas construcciones doctrinarias, aportaba un arma poderosa para la defensa de las libertades constitucionales.

De inmediato se alzaron voces reclamando su consagración legislativa, algunas, aduciendo la necesidad impostergable de dictar una ley sobre la materia para impedir la absoluta discrecionalidad judicial y posibles abusos por una indiscriminada concesión o denegación del remedio del amparo; otras creyeron conveniente atender a elementales cuestiones procesales.

Nada más necesitaba el Gobierno para reglamentar el amparo y con ello, en ciertos aspectos, para desnaturalizarlo; en el ámbito nacional a través de la ley 16.986 y en la provincias por conducto de normas locales, excepto en algunas que han referido también su constitucionalización³.

II. EL AMPARO Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Planteo de la cuestión.

La acción de amparo y el denominado proceso administrativo⁴, aunque legalmente diferenciados, tienen estrecha vinculación y recíproca gravitación. La exigencia, en ambos, del agotamiento de los procedimientos administrativos ordinarios -las llamadas *vías previas*- y en aquellas, a su vez, la inexistencia de otros remedios de índole judicial, incluido el propio proceso administrativo -las *vías paralelas*- los relacionan.

Pero hay otro aspecto que los vincula y que se ha transformado en problemático, en los últimos tiempos, en la Provincia de Buenos Aires y es el que se vincula con *el órgano judicial competente para conocer en el amparo*.

2. Los recursos o remedios administrativos previos.

El art. 2º de la ley nacional y su similar bonaerense expresan que "*la acción de amparo no será admisible cuando existan recursos o remedios... administrativos que permitan obtener la protección del derecho...*" Ello por el carácter residual del amparo.

Cuando habla de recurso emplea este concepto en el sentido restringido con que lo entiende la LNPA⁵ y el vocablo *remedios* comprende en el orden nacional a los reclamos. Si existe un recurso o remedio administrativo el particular debe agotarlo antes de intentar la acción de amparo excepto que por su complejidad o lentitud no permita la adecuada

² Corte Suprema "Fallos" 241:299.

³ En la Provincia de Buenos Aires, la ley 7166 mod. por la 7261.

⁴ Denominación más aceptable que "contencioso administrativo". ver, por todos, Diez, Manuel, "Derecho Procesal Administrativo", pág 16.

⁵ Hutchinson, Tomás, "Régimen de procedimientos Administrativos", pág. 341

protección del derecho vulnerado⁶. Pero el principio es que debe *agotarse la vía administrativa previa*⁷.

3. Las vías paralelas. El caso en la Provincia.

Habilitada la vía judicial por haberse agotado la vía administrativa previa, el camino llega a una encrucijada, pues hay que tratar de determinar si los procesos judiciales ordinarios resultan hábiles para la protección de los derechos lesionados. Si ésto es afirmativo el amparo no será procedente. Estamos ante el problema de las *vías paralelas*.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, esta vía paralela, desde que se trata de un cuestionamiento a la conducta de una autoridad pública, la acción es la contencioso administrativa que tramita en vía originaria ante la Suprema Corte.

4. La competencia en el amparo.

La ley bonaerense establece que “...*todo juez o tribunal letrado de primera instancia... será competente para conocer en la acción de amparo...*”.

En el caso de la Nación la situación es diversa; en la Capital, por ejemplo, en las acciones contencioso administrativas son competentes los jueces federales en lo contencioso administrativo⁸ y lo propio ocurre en la acción de amparo⁹; en el resto del país lo será el juez federal que corresponda a la jurisdicción.

5. ¿Cuándo una causa es administrativa?

Sucintamente cabe decir que una causa es administrativa cuando existe un “**Un doble grado de normatividad administrativa**”¹⁰. En efecto, una relación con la Administración puede tener *grado simple o doble de normatividad administrativa*. Es de aquél carácter cuando la pretensión de fondo del particular se basa en normas que no son de derecho administrativo; es de este último cuando la pretensión se funda en una norma de derecho administrativo¹¹. O, para decirlo en palabras de otro autor, cuando el objeto del acto se rija por el derecho administrativo, la cuestión será administrativa, de lo contrario, no. Con este

⁶ CSJN “Belfiore” LL 1987-B-416; id. “Prensa Confidencial” ED 22:576.

⁷ CSJN “Fallos” 245:513; 250:378; 252:121; 268:104; 268:576; 274:13; entre muchos otros.

⁸ Sin embargo no siempre ocurre así. Ver *Hutchinson*, “Estudio preliminar” en Danielian, Miguel-Hutchinson, Tomás “Recursos judiciales y procedimientos administrativos”, pág. 23.

⁹ A veces, por razón del ámbito en que se ha vulnerado el derecho constitución al, es competente el juez laboral, por ser la materia previsional (CSJN “*Leonard*” del 25-VI-87), o la comercial si se persigue la ilegitimidad de un acto de la Inspección Gral de Justicia “*Prada*” del 27-XII-90); etc.

¹⁰ Linares, Juan F., “Lo contencioso administrativo en el fuero federal”; La Ley 94:925.

¹¹ En ambos casos el acto violatorio del derecho es administrativo, ocurrido en un procedimiento administrativo seguido en un expediente administrativo. Por eso siempre habrá, por lo menos, un *grado* (o grado simple) de normatividad administrativa. Que sea simple o doble lo hará el derecho de fondo o el ámbito de lo discutido (previsional, comercial, etc.)

criterio un acto jurídico de la Administración cuyo objeto no se rija por el Derecho Administrativo, no será acto administrativo¹².

El codificador bonaerense, *Luis Varela* decía, que se...*ha creado este contencioso-administrativo*¹³ para que los particulares puedan servirse de él cuando crean que el derecho que les acuerdan las leyes o reglamentos han sido lesionados por la decisión administrativa¹⁴.

Tenemos así que una causa es contencioso administrativa para el código, a partir de lo que dispone la Constitución, cuando la controversia deriva del Estado funcionando como autoridad pública y no como *persona jurídica* (como se decía por aquel entonces). Traduciendo ello a palabras de hoy, diremos que habrá *causa* administrativa o contencioso-administrativa -en las palabras del código- cuando la autoridad ejerciendo la función administrativa¹⁵ por medio de sus actos u omisiones lesione derechos de particulares¹⁶.

La protección establecida a través de los regímenes reguladores del amparo tanto nacional como provincial, apuntan a los agravios causados, originados en actos u omisiones provenientes de la Administración Pública. Esta expresión no es coincidente con la de *acto administrativo*, desde que no todo los actos u omisiones revisten tal carácter. Pero normalmente, la impugnación ejercida a través de la acción de amparo está dirigida a cuestionar típicos actos administrativos.

A partir de esta misma materia regulada por dos regímenes distintos, -el amparo y el contencioso-administrativo-, se originó la *cuestión de competencia* que la Corte provincial, luego de tantos años de coexistencia de ambos regímenes, ha detectado repentinamente.

6. Conflicto de competencia en la Provincia de Buenos Aires.

En la Provincia de Buenos Aires la Constitución asigna al más alto Tribunal el conocimiento de la materia contencioso administrativa. A su vez el código contencioso administrativo establece el modo de resolver los conflictos de competencia que eventualmente se planteen entre un tribunal ordinario y la Suprema Corte (art. 6º C.P.C.A.). Se instaura así un mecanismo procesal singular que tiende, evidentemente, a preservar la competencia originaria y exclusiva que la Carta provincial atribuye al órgano judicial en lo contencioso administrativo.

Basado en ese artículo del Código Contencioso Administrativo y en lo que dispone la Constitución Provincial la Suprema Corte ha declarado la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer en las acciones de amparo¹⁷ entendiendo que existe "... imposibilidad de

¹² *Gordillo*, Agustín "Tratado de Derecho Administrativo" T. 3 cap. II-30. Posición, ésta última que es discutida.

¹³ Antiguamente era común emplear el vocablo recurso, pero entre nosotros, es una acción.

¹⁴ *Varela*, Luis, "Bases Constitucionales, en proyecto de Código de lo Contencioso-administrativo".

¹⁵ *Hutchinson*, Tomás, *Estudio preliminar*, en Danielian-Hutchinson "Recursos Judiciales..." cit. págs 6 y ss.

¹⁶ No se toma la expresión "derecho" como sinónimo de «derecho subjetivo», sino "derecho objetivo".

que por la vía del amparo los jueces ordinarios se pronuncien en la materia contencioso administrativa¹⁷ que le ha sido atribuida constitucionalmente en forma privativa...”

Luego de esa declaración de incompetencia la Corte *no envía el expediente al juez competente* (art. 352 inc. 1° CPCC) -en este caso la propia Corte- sino que, **aduciendo que no procede el trámite del amparo ante dicho Tribunal**, (“Acuerdos y sentencias” 1959-II-739 entre otros,) *¡Manda archivar el expediente!*

7. La Confusión de la Corte

A. No toda causa administrativa es de competencia de la Suprema Corte.

Que una causa sea contencioso administrativa (es decir causa administrativa donde hay contenida) no significa que deba necesariamente ser resuelta por la corte y tramitar de acuerdo al Código de lo Contencioso Administrativo. En efecto, la Constitución vigente establece (art. 149 inc. 3°) que la Suprema Corte “decide las causas contencioso- administrativas en única instancia y en juicio pleno...”

a) Cabe señalar aquí la primera observación: son las causas que se resuelven en Juicio pleno -juicio plenario, por oposición a sumario- las que decide en instancia originaria la Corte, no las que tramitan por *otras vías: sumaria, sumarísima, etc.*

De lo cual surge que el legislador pudo establecer -como lo hizo en el amparo- que las causas administrativas que tramitaran por otra vía podían estar excluidas de la vía contencioso administrativa ante la Suprema Corte. Y así lo hizo también cuando legisló sobre el apremio, sobre el trámite ante una denegatoria del derecho de reunión,¹⁹ etc.

b) En segundo lugar nos encontramos con que el código ha limitado el concepto de **autoridad** que trae la Constitución, pues mientras ésta se refiere a la autoridad administrativa, sin limitaciones, el codificador limitó el concepto a ciertas autoridades: Poder Ejecutivo, Municipalidades, Dirección General de Escuelas.

Esto fue aceptado por la propia Corte que, no obstante quedar limitada en su intervención, nada dijo sobre la aparente inconstitucionalidad de una limitación que no surgía de la Constitución.

c) No en todas las causas contencioso administrativas (ver punto 5) interviene la Corte. *No lo hace en aquellos casos en que el Estado demandante* (v. gr. juicio de expropiación, de apremio, etc.), o en aquellos en que la autoridad demandada es una entidad no estatal que ejerce una función administrativa *por delegación* del Estado²⁰.

¹⁷ “Barranou” del 8-IX-88, entre muchos otros.

¹⁸ La acción de amparo necesariamente presupone que el juez interviniente se pronuncie sobre la conducta administrativa.

¹⁹ *Hutchinson*, ¿Cuál es la instancia judicial procedente ante la prohibición o denegación del permiso de reunión en la Provincia de Buenos Aires?” en Rev. Tribunales, año 1986, n° 7, pág. 87.

²⁰ Por ejemplo decisiones del Colegio de Abogados (art. 29, ley 5177).

En ninguno de estos casos la Corte ha resuelto que, por ser una causa administrativa, debía tramitar ante ella²¹, como lo ha resuelto, luego de tantos años, cuando se intenta una acción de amparo.

d) Si bien ni la Constitución ni el código establecen que la Suprema Corte debe entender cuando la demandada es una autoridad no estatal que ejerce funciones *delegadas* del Estado, numerosas leyes así lo han establecido y aquella no planteó ninguna cuestión constitucional (v. gr. demandas contra las Cajas de Previsión de las distintas profesiones: martilleros, abogados, etc.)

Con lo cual ha aceptado que existen otras causas administrativas, sin estar acordada la competencia a la Corte ni por la constitución ni por el código de la materia. Así como pudo otorgársele competencia distinta por o tras leyes pudo disponerse que en una cuestión administrativa no sea ella el Tribunal competente. La *ratio juris* es la misma.

B. Interpretación estricta de la "cuestión de competencia" del art. 6° C.P.C.A.

La Suprema Corte confunde la cuestión de competencia tratada por el CPCA (art. 6°) que se refiere a los conflictos que pueden suscitarse en aquellas cuestiones en que es dudoso el derecho aplicable. De allí lo que el codificador dice en la nota: "...la línea que separa lo contencioso civil de lo contencioso administrativo, es imposible tratarla con caracteres de fijeza tales que impidan que lleguen a confundirse las dos jurisdicciones".

El problema de competencia legislado por el art. 6 del CPCA se refiere a aquellas cuestiones en que se discute el derecho aplicable; si se rige el Derecho administrativo o el civil o el comercial, etc. *No cuando la cuestión es regida por el Derecho administrativo - aunque vulnere el Derecho constitucional. la conducta ilegítima o arbitraria es administrativa- y lo distintivo es el Tribunal que debe intervenir por expresa disposición legal.*

Tenemos así que:

a) La Corte ha confundido el concepto demanda o acción contra el Estado con demanda o acción "contencioso administrativa" legislada en la CPCA, cuando no todo proceso contra el Estado provincial se resume en el proceso contencioso administrativo.

b) Una cosa es una "causa" administrativa y otra el proceso o acción que recoge el código específico de la materia. Como expresa Grau "causa" es un "caso" o "asunto"²². Existe un tipo "normal" de proceso para este tipo de causas: es el legislado en el código respectivo; pero *existen otros procesos especiales* para otras "causas", que por ello no dejan de ser "administrativas".

c) La naturaleza administrativa de la materia justiciable califica a la "causa" aunque difiera el proceso aplicable.

²¹ Que no se argumente que no lo ha hecho porque en varios de esos casos el Estado es demandante, porque no es así en el caso de los colegios de profesionales. Además la cuestión de demandante no hace a lo que comentamos.

²² En el orden federal, en la Capital Federal, ese son causas que tramitan ante el fuero contencioso administrativo.

d) La cuestión de competencia (del art. 6 de CPCA) *no puede plantearse cuando la "causa" es contencioso administrativa, sólo que por la ley tenga que tramitarse por otro proceso y ante otro tribunal.* La Ley 7166 dispone que la acción de amparo tramita por un proceso sumarísimo y ante otro juez; no hay posibilidad de conflicto de competencia alguna, en los términos del art. 6º del CPCA.

C. Denegación de justicia.

¿Qué trámite debería dar la Corte al proceso del amparo que inició el particular sujetándose a la ley respectiva? Si la Corte entendía que *seguida siendo un amparo*, debía tramitar, conforme a la propia ley, ante el Tribunal considerado competente: el juez en primera instancia, sin perjuicio de los recursos ante las instancias superiores, conforme al trámite lo permitiera. Si no obstante ello, por ser una causa administrativa el amparo no podía tramitar ante el juez que dispone la ley especial, debió declarar a esta inconstitucional -en lo que hace a la competencia atribuida a otro juez- y luego de declarar su propia competencia, resolver el amparo, pero no ampararse en la ley de amparo y decir que, por ser ésta la vía, no puede tramitar ante sus estrados.

Con éste extraño conflicto de competencia, la Suprema Corte entiende que **nadie es competente**: no lo es el juez en primera instancia, porque por ser -según el Alto Tribunal- una causa contencioso administrativa le está vedado a aquél entender en ella, y tampoco lo es el Alto Tribunal. ya que al ser un amparo no puede tramitar ante él.

La Suprema Corte no transforma el proceso -de amparo en contencioso administrativo- lo que hubiera sido una especie muy particular de *iuria novit curia*- porque, si lo hubiera hecho, habría demostrado que no era una cuestión de competencia²³ y por lo tanto no habría estado habilitado para intervenir (ver lo que decimos en el punto siguiente).

El Tribunal no resuelve una "cuestión de competencia", en cuyo caso debe mandar el expediente al juez competente como lo establece el código ritual. Tampoco transforma la acción de amparo en una contencioso administrativa. **Sólo hay un archivo del expediente.** Esa es toda la respuesta a una acción de amparo de un particular prevista en la legislación bonaerense.

Toda una denegación de justicia.

8. ¿Un per saltum?

Si bien termina el archivo de las actuaciones, la Suprema Corte luego de sentar el principio de que los jueces ordinarios no pueden pronunciarse por la vía del amparo en materia contencioso administrativa, (y en qué otra materia podrían hacerlo en tal acción?), el Tribunal añadió: ".....salvo en aquellos supuestos en que, la presencia de los elementos

²³ Si se intentara "transformar" el amparo en una acción contencioso administrativa, la pregunta a formularse es si el Tribunal intentará aplicar a la causa los requisitos de admisibilidad del proceso contencioso administrativo.

específicos de la acción de amparo, permita a esta Corte reconocer primacía procesal en el estricto marco atribuido por la ley a tal acción, sin menoscabo de su propia competencia”.

Esto en buen romance parece querer decir que quien va a dar el visto bueno para la procedencia del amparo -si es admisible o no- va a ser la Suprema Corte. ¿Pero en qué quedamos? ¿Es una cuestión de competencia (como lo planteó el Alto tribunal) o de procedencia de la acción? ¿Si es éste último que trámite lo habilitaba para intervenir saltando instancias?

Luego de señalar lo que relatamos, el Tribunal analiza cuándo procede la acción de amparo y concluye que el actor “... no ha demostrado la inexistencia de otros procesos judiciales idóneos...” Analiza, pues, *la admisibilidad de la acción de amparo*, lo cual significa, ni más ni menos, instalar el “per saltum” en la Provincia, pues le ha birlado al juez natural la decisión sobre el tema entrando a decidir la admisibilidad a partir de su *avocamiento* ante una supuesta cuestión de competencia.

La admisibilidad de la acción de amparo debe decidirla el juez competente y contra su decisión caben los recursos previstos ante la Cámara respectiva y, eventualmente, podrá posteriormente llegar al interesado a la Suprema Corte. En este caso está, dice que puede llegar a analizar tal cuestión sin pasar por esas instancias previas, es decir *saltando instancias correspondientes*.

No dice como lo hará. Aparentemente, escudándose en una cuestión de competencia.

III CONCLUSIÓN

Si la Corte entiende que al plantearse por un particular una acción de amparo, se suscita una cuestión de competencia que la propia Corte resuelve -disponiendo del “archivo” del expediente-, aquella desaparece de la faz del territorio bonaerense. Ese proceso sumarísimo que nació por vez primera en nuestro país el 13 de agosto de 1921 en la Provincia de Santa Fe, muere, por decisión pretoriana en la Provincia de Buenos Aires, a poco más de un decenio del siglo XXI.

Suele decirse en el mundo jurídico del common law que la resolución de los casos espinosos crea malas reglas jurídicas²⁴; el comentario que hacemos revela la extensión de ese enunciado, bastante aceptable en un Derecho que se basa en el precedente. NO estábamos ante un caso espinoso -el amparo y el contencioso administrativo habían coexistido durante años- y no hacía falta precedente alguno ante una ley -la de amparo- que había que respetar o declarar inconstitucional. Lo que la Suprema Corte no debió hacer es inaplicarla.

NO hace falta ser un especialista en Derecho para saber que los derechos no vale sino lo que valen son sus garantías; tampoco hace falta más que el sentido común para darse cuenta que, a partir de jurisprudencias como las señaladas, las garantías del particular se encuentran muy devaluadas.

²⁴ Hemos hecho una traducción libre de la frase *hard cases make bad law*.

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, HOY: CONTENIDOS

OSVALDO ALFREDO GOZAINI

1. Origen de la disciplina.

Cada una de las ramas que originan el orden jurídico muestra un tiempo histórico personal. Así como el siglo XVIII fue germen del Constitucionalismo, el siglo XIX del derecho privado, particularmente del Derecho Civil; este siglo XX que termina permitió ver, todo en un medio siglo, el nacimiento, desarrollo, evolución, y hasta cierto ocaso del Derecho Procesal.

Las grandes transformaciones del mundo a partir de la segunda guerra mundial, mostraron un perfil diferente al individualismo propio del siglo anterior. La paz y la justicia social fueron preocupaciones primeras, al par de un Estado protector de las libertades y demás derechos humanos.

Al mismo tiempo, las Constituciones que se fueron dictando los Estados, desplegaron una acentuada normativa dirigida a asegurar la recta aplicación de los principios fundamentales, tendiendo a advertir en ellos un espíritu superior, de base principista, que por tanto, debía ser guía y esencia de la supremacía que presentaban.

Otros, pensando que la mejor manera de controlar la estricta aplicación de ellos era a través de jueces especializados, provocaron magistraturas especiales, dando origen a los llamados Tribunales Constitucionales.

Precisamente con la aparición de éstos, algunos autores idealizan el nacimiento del derecho procesal constitucional a partir de estas Cortes especiales, lo cual no es del todo correcto, porque esta materia también se nutre de los procesos dirigidos a tutelar otros intereses trascendentes, los que son distintos al simple control de la supremacía constitucional.

2. El derecho constitucional procesal.

Cada norma fundamental que se fue dictando incluyó capítulos que sólo eran posibles de realización en la medida que tuvieron un efectivo respaldo procesal.

Algunos autores refirieron a la *materia procesal de la Constitución*, otros, a los

mecanismos de *defensa del orden constitucional*, para llegar a expresiones más concretas como la que habla de una *justicia constitucional*.

Para este tiempo -1940/1950)- El Derecho había logrado un desarrollo trascendente operado con la sanción del Código Italiano de 1940.

Hasta entonces, entre el Derecho Procesal y el Constitucional había distancias muy grandes, sea porque el primero estaba sumido a una finalidad puramente instrumental, es decir, un Derecho al servicio de los demás; o bien, porque al no ser el Constitucional un derecho sectorial, sino globalizador de intereses fundamentales que los demás deben respetar y acatar por el principio de supremacía que ostenta, surgía un claro camino mediante el cual, de alguna manera, impedía verlos obrando armónicos.

Pero esa distancia fue un error de interpretación dogmática. En la práctica, el cumplimiento de todas las normas requiere de una técnica, y esa técnica la aporta el derecho procesal. Por su parte éste recibe del derecho constitucional la positividad de principios superiores que debe recabar.

En este sector de los estudios, el derecho constitucional procesal plantea un interrogante aún no despejado: *¿cuál es la jurisdicción constitucional?*

En los países que organizaron justicias especiales para el control de la supremacía constitucional, no hubo mayores problemas para la respuesta. Eran órganos de estas características los que actuaban la supremacía de las normas fundamentales.

En cambio, en los sistemas que optaron por dar a los jueces plena confianza y obrar en la misma finalidad, existieron repliegues identificatorios, porque la jurisdicción ordinaria se confundió con la jurisdicción constitucional.

Este es uno de los puntos que hoy debemos abordar: *¿cuál es la naturaleza jurídica de la jurisdicción, y cómo se distingue la función jurisdiccional. Puede acaso hablarse de jurisdicciones diversas, sea en el poder político, en el legislativo y en concierto con el judicial?*

3. El Derecho Procesal Constitucional.

Basado en los interrogantes planteados pudieron hallarse puntos de fusión en ambas disciplinas. En verdad, ni el derecho constitucional ni el derecho procesal son derechos sectoriales en la medida que ambos tienden a disponer con cierta generalidad y con afanes principistas. La supremacía del primero, obliga al segundo a dotarlo de los instrumentos necesarios para la efectividad de sus postulados.

Puestos, entonces, a ordenar el material que ocupa a esta probable materia autonómica, podríamos encontrar las siguientes:

a) Una primera línea se puede asignar al **Derecho Procesal Constitucional**. En ésta podemos clasificar todas las manifestaciones procesales que contienen las Constituciones de un Estado. Por ejemplo, la máxima preambular de afianzar la justicia se integra y desenvuelve a través de las garantías tutelares del art. 14 y 14 bis, 17, 18, 19, 31, 104 y 105 de nuestra Carta Magna.

Este plano demuestra que existe una base principista, de esencia, que pretende bosquejar postulados inmutables que desarrollan y consagran la dimensión constitucional de la justicia.

b) Un segundo aspecto, puede atribuirse al derecho procesal constitucional. Este signado se mueve en tres direcciones : el primero, asienta la forma de efectivizar aquellos derechos fundamentales puestos en práctica. ES la verdadera protección procesal, es decir, un retorno a la esencia. Reconocer que existe un proceso concreto, eficaz e igualitario que supera los repliegues del procedimiento estéril cuando se ritualiza. Sería, en otros términos, la interpretación cabal del denominado "debido proceso"

El segundo rol, dinamiza los llamados procesos constitucionales, sea que estén previstos para la impugnación de normas que se muestren contrarias a la Ley Suprema (es decir, actuar el control de constitucionalidad que efectivice la supremacía de las normas constitucionales), o bien, asentados en la defensa directa de las garantías tuitivas (amparo, habeas corpus).

El tercer campo de actuación lo tienen los jueces. Y aquí es preciso advertir que la organización judicial de cada país podrá señalar, o no, la existencia precisa de la llamada *Magistratura Constitucional*, o advertirla presente en la función jurisdiccional cuando se trata de sistemas difusos de control de constitucionalidad. No se trata del mecanismo, propiamente, sino del órgano que lo lleva a cabo.

4. Estructura del Derecho Procesal Constitucional

Cada uno de los campos destacados, tiene a su vez un desarrollo particular que elevan sus intereses de realización.

4.1 El debido proceso.

La primera línea que citamos, esto es, la que le corresponderá a la noción del "debido proceso", refiere tanto a un aspecto sustancial como a otro adjetivo.

El contenido garantista de los principios trasciende los objetivos de la organización judicial y de la función jurisdiccional, para delinear un sistema invulnerable de derechos absolutos que no pueden cercenarse por reglamentaciones limitativas. Este bloque normativo fija principios y reglas básicas que hacen a la determinación de lo justo y al mantenimiento del imperio de la ley en toda sociedad democrática.

Por su parte, lo adjetivo abarca las acciones que preservan la tutela procesal de las garantías individuales. El conjunto de aplicaciones que venimos marcando desenvuelve una fisonomía nueva, moderna, en el derecho procesal y de cara al futuro..

Ese esquema parte del *derecho a la jurisdicción*, donde la normativa procedimental, obviamente indispensable y jurídicamente valiosa, no se reduce a una técnica de organización formal de los procesos, sino que, en su ámbito específico tiene como finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio; todo lo cual no puede lograrse si se rehúye atender a la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio.

Los principios generales que integran y estructuran el debido proceso legal entronizan la garantía establecida en las cartas fundamentales, respecto a la obligación de asegurar un proceso justo. En síntesis, el derecho al debido proceso supone, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie, arbitrariamente, de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran asistirle, y que dicho proceso concluya con el dictado de una sentencia fundada.

4.2 Los procesos constitucionales.

Existe cierta dificultad de encasillamiento en este pasaje, porque es bien cierto que constitucionales son, prácticamente todo los procesos.

Enrolar un procedimiento diferente significaría pensar en una estructura diferenciada, o al menos, en particularidades que lo distinguen de los trámites de conocimiento habituales.

En realidad, la materia constitucional es la que singulariza al proceso de ese rango. No vincula estrictamente al ritmo que se adecua, porque su objeto esencial estriba en la crisis fundamental que debe resolverse.

En algunos sistemas es posible referir al proceso constitucional sobre la base de observar que organismo ejercita la función jurisdiccional. Tal es el criterio de González Pérez cuando individualiza un proceso especial sostenido por una magistratura diferente de la jurisdicción ordinaria¹.

En verdad, la duda se genera en la asignación ritual establecida, toda vez que los trámites previstos para el proceso constitucional tiene, por lo común, la idea de focalizar el objeto de la cuestión en la materia controvertida, más allá de la problemática que enfrente a voluntades individuales.

Cuando estamos frente a un ordenamiento constitucional que admite magistraturas especializadas, va de suyo que no existe problema de identidad alguno. Será proceso constitucional aquél que sustancie el órgano preestablecido. Pero en la dinámica del control difuso de la constitucionalidad, donde cada juez tributa el deber de pronunciarse sobre la supremacía de las normas fundamentales, existe el interrogante planteado.

En estos casos, puede afirmarse que la estructura procesal no varía. El procedimiento es contradictorio, porque existen partes en sentido estrictamente procesal; una pretensión claramente dirigida a obtener un pronunciamiento tendiente a resolver una situación constitucional; un demandado que tiene, a su vez, una posición particular ante la norma o contingencia que le ocupa su interés; una fase de verificación habitual, como sucede en tantos otros procesos ordinarios; y un deber de pronunciamiento sometido a las reglas tradicionales de la congruencia y fundabilidad.

El dogma de la bilateralidad no desaparece en cuestiones precisas del proceso penal (vgr: habeas corpus), ni en acciones de tipo declarativo (vgr: inconstitucionalidad de leyes locales), porque en ellas siempre aparece el Ministerio Público dando operatividad al carácter dual de posiciones contrapuestas.

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: Derecho procesal constitucional, ed. Civitas, Madrid, 1980, ps. 42 y sigtes.

Finalmente, suele hablarse de una *sentencia constitucional* como si fuese un acto diferente al que se emite cuando se resuelve una controversia común.

En realidad, no es posible encontrar una fisonomía especial al fallo dictado en un proceso constitucional; mucho menos si tenemos en cuenta que, en nuestro criterio, la función jurisdiccional que realiza cualquier juez debe operar, además de la solución de los conflictos intersubjetivos, la posibilidad de controlar la regularidad de los actos administrativos y la constitucionalidad de las leyes, aun sin mediar petición expresa de parte².

4.3 Los procesos en particular.

En este apartado se agrupan los procedimientos y técnicas para la defensa de las garantías individuales.

Se ubican así figuras típicas como el juicio de amparo, el habeas corpus, la acción popular, el mandato de seguridad (*mandato de segurança* del derecho brasileño), los mandamientos de ejecución, de prohibición, etc.

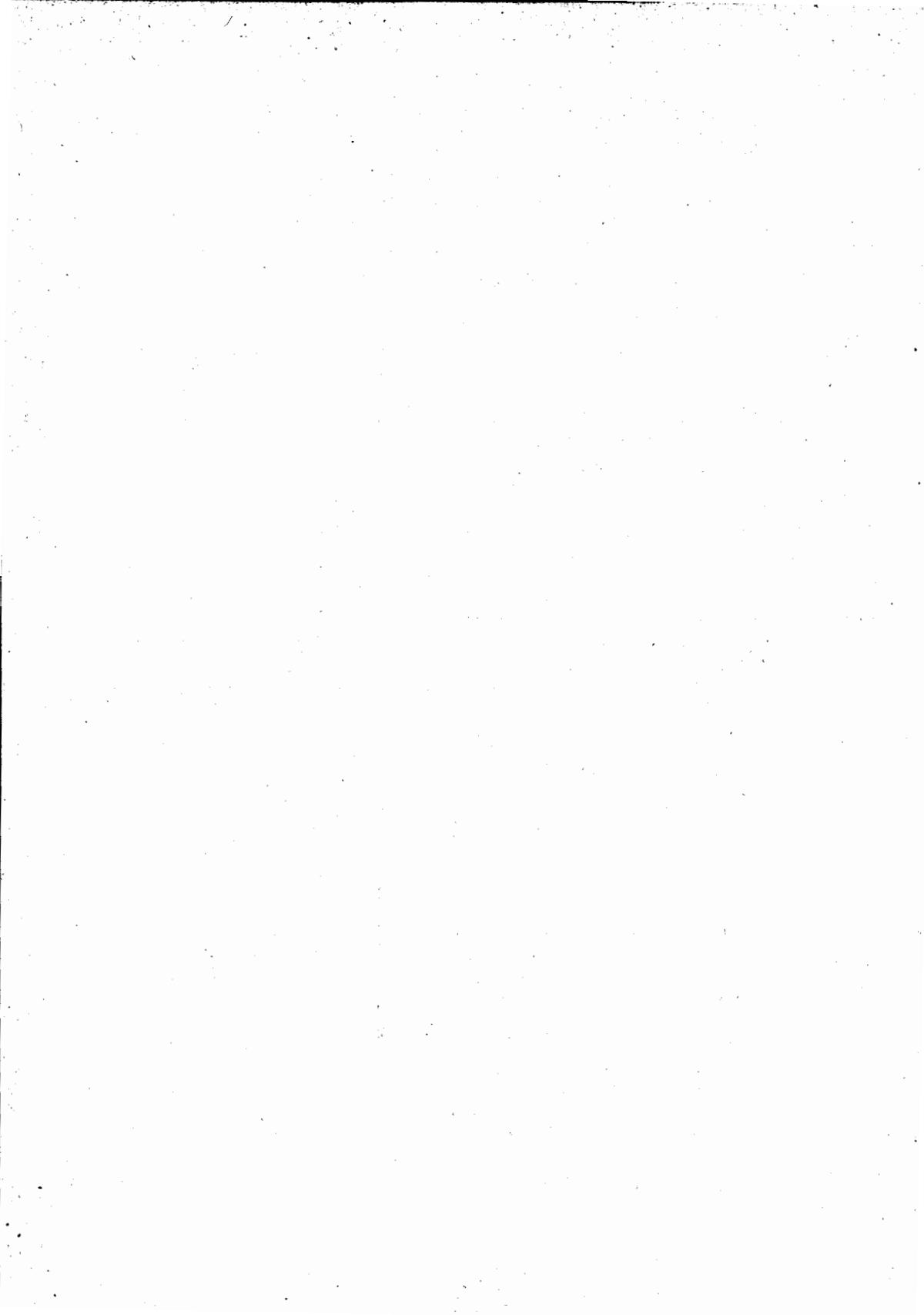
También puede computarse algunos capítulos específicos del trámite procesal, como son el recurso extraordinario federal o los recursos de igual carácter provinciales que defienden la supremacía de la Constitución.

Algunas dudas persisten sobre procesos (en realidad son procedimientos) que no se sustentan ante los tribunales ordinarios. Resulta el caso de los conflictos suscitados en las acciones de destitución de autoridades públicas³, o en los juicios de admisión (diplomas) de los miembros del Parlamento o Congreso Legislativo; también en otras temáticas afines como el control sobre el ejercicio de gobierno (se le asigna al derecho procesal administrativo), o a la protección procesal de los derechos humanos cuando proviene de organismos supranacionales (se reserva la disciplina para el derecho procesal transnacional).

En síntesis, la dinámica del derecho procesal constitucional, lejos de recortar su horizonte, va cubriendo expectativas cada vez mayores.

² La profesora MARIA MERCEDES SERRA, en cambio, sostiene que *la sentencia que pronuncia el órgano supremo de control constitucional presenta una naturaleza particular, que la hace diferente de la que proviene de los tribunales ordinarios y determina que no se las pueda equiparar. La sentencia del intérprete último de la Constitución constituye un pronunciamiento que proviene de una instancia suprema constitucional y, como tal, tiene en algunos casos un valor muy peculiar...* (Procesos y Recursos Constitucionales, ed. Depalma. Bs. As., 1992, pág. 65), Posición que puede aceptarse en los ordenamientos que admiten Tribunales Constitucionales; o bien se interprete con suma amplitud la sentencia emitida pro el Superior Tribunal de la Causa, o la Corte Suprema de cada país, al resolver una cuestión constitucional.

³ Un fundado trabajo de los doctores HECTOR P. IRIBARNE Y RODOLFO A. IRIBARNE, sostiene que estas acciones (juicio político, tribunales de enjuiciamiento, acciones de exclusión de cámaras o cuerpos deliberativos municipales, etc.) en E.D., 127-726.



DERECHO PROCESAL TRANSNACIONAL

POR EDUARDO OTEIZA

1. Referencia a las dimensiones en donde se desarrollan los procesos transnacionales.

La segunda guerra mundial produjo una profunda transformación en las relaciones internacionales. Ante las atrocidades provocadas por el nazismo, las naciones coincidieron en que era necesario idear instrumentos capaces de tutelar los derechos fundamentales del hombre. Al mismo tiempo Europa debía iniciar su reconstrucción a través de la unión económica entre las naciones devastadas. Ambas emergencias motivaron que, por una parte, se creara la Organización de Naciones Unidas y luego el Consejo de Europa, encargados de promover la paz y proteger los derechos humanos, y, por la otra, naciera la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Esos primeros hitos devinieron en posteriores desarrollo jurídicos que tuvieron al hombre como sujeto del Derecho Internacional. El concepto clásico según el cual las normas internacionales regían para los Estados, evolucionó al punto de reconocérsele al hombre, individualmente considerado, legitimidad para requerir la intervención de un órgano internacional imparcial ante una situación en que encontrara violados sus derechos. Junto con el aludido reconocimiento, tuvo lugar también la instauración de auténticas jurisdicciones internacionales. Una de las consecuencias del fenómeno descrito consistió en la adopción de instrumentales jurídicos capaces de permitir que las personas hicieran valer sus derechos ante las jurisdicciones establecidas en una instancia supranacional¹.

La creación de auténticos tribunales ante los cuales los Estados debieron debatir sobre los reclamos planteados por simples particulares importó un sustancial cambio de ideas. La noción, casi absoluta, de soberanía fue perdiendo peso específico al entenderse que cuando las Naciones asumían determinados compromisos internacionales, quedaban obligados a respetarlos y a ser compelidos ante sus incumplimientos.

En el campo de las libertades individuales, el tránsito producido desde la Declaración Universal de Derechos Humanos hasta la firma de la Convenciones o Pactos, que contaban con un órgano encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los países, no fue en modo alguno lineal.

Los procesos de integración económica, en cambio, lograron perfeccionar regímenes jurídicos en los cuales, producto de la intervención de órganos jurisdiccionales, obtenían mayores seguridades y con ellas relaciones comerciales más sólidas.

¹ En Oteiza, E. "La protección procesal de los derechos humanos" LL, 1989-E-sec. doctrina - 1201- se describen con mayor profundidad los conceptos aquí volcados. Es conveniente señalar que sobre la misma base contextual en este trabajo, intentamos remarcar los problemas que las jurisdicciones internacionales presentan en sus diversos ámbitos de actuación.

Los citados desarrollos tienen en común la constitución de un Acuerdo entre Estados por el cual se reconoce al individuo el derecho de peticionar y reclamar ante un Tribunal cuando considere que se afectan sus derechos. Al igual que cuando estudiamos Derecho Procesal afectan sus derechos. Al igual que cuando estudiamos Derecho Procesal Constitucional estamos en presencia de mecanismos perfeccionados para proteger los derechos reconocidos en las Constituciones, el examen del derecho procesal transnacional nos impone detenernos a examinar los instrumentos con que cuentan los hombres y los Estados para lograr que se cumplan los compromisos establecidos en el plano internacional².

Al explicar los lazos que unen el Derecho Procesal con el Derecho Constitucional, Coutoure³ recordaba las palabras pronunciadas por Calamandrei, en el Congreso de Derecho Procesal de Viena, en los años '50, cuando afirmó que todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en juicio, y si el respeto de este juicio no se funda sobre el respeto de la persona humana.

En la esfera internacional, los Tratados que tienen por objeto reconocer derechos individuales o dar seguridad a las relaciones económicas, necesitan la presencia de un órgano dotado de jurisdicción para resolver los conflictos que puedan tener lugar, mediante auténticos juicios en los que se respete, según la terminología del Tribunal de Estrasburgo, la igualdad de armas en el proceso.

Si bien en el plano teórico resultan evidentes las ventajas que proporciona la adopción de una específica regulación sobre el modo de dar solución a las disputas ante un tribunal que actúe con independencia de las eventuales partes, la realidad nos muestra que los Estados no ven con buenos ojos la posibilidad de ser condenados a cumplir sus obligaciones, y se refugian en la noción de soberanía. En consecuencia, esta materia debe ser analizada tomando en consideración la comentada reticencia, y bajo la óptica que ofrece la política internacional. Esta última es la única llave que permite lograr que los países abran sus puertas y concedan al individuo el rol de sujeto de derecho internacional, para las relaciones económicas y para la tutela de sus derechos humanos.

Separados los ámbitos en que actúan comúnmente las jurisdicciones transnacionales, corresponde tratar, dentro de los límites de este modesto ensayo, cómo han operado los órganos jurisdiccionales en cada uno de ellos.

2. Protección Internacional de los Derechos Humanos.

En el seno de la ONU después de adoptada la Declaración de los Derechos del Hombre, tuvo lugar una profunda discusión entre las naciones capitalistas y comunistas. Unos daban prioridad a las libertades y otros decían que aquellas no sirven sin derechos sociales. La disputa, fiel reflejo de la guerra fría, inmovilizó a la Organización, que salió de su letargo con la firma en 1966 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuyo comité hace las veces

² Una versión muy completa sobre las instituciones supranacionales puede encontrarse en la obra de Figueroa Pla, U, *Organismos Internacionales*, Editorial Jurídica de Chile 1991.

³ Coutoure, E., *El debido proceso como tutela de los derechos humanos*, LL 72, sec. doctrina.

⁴ Firmada en Roma en 1950 y cuya entrada en vigor data de 1953.

de Tribunal, y el Pacto de Derechos Económicos y Sociales la ONU no ha contado con un instrumental efectivo para tratar los casos de violaciones a los derechos humanos.

La situación fue muy distinta en el Consejo de Europa debido a la sanción de la Convención para la protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales⁴ que contenía la previsión de constituir una Comisión, un Tribunal y un Comité de Ministros, encargados de investigar los atentados contra los derechos consagrados. A pesar de la conquista que significó la creación de la corte de Estrasburgo, su primer fallo fue dictado recién en el año 1961. Como hitos fundamentales en la historia de la Corte de Estrasburgo podemos citar su primer caso, conocido como *Lawless*. Se trataba de un antiguo miembro del IRA que fue detenido durante varios meses, en 1957, sin ser puesto a disposición judicial. El Tribunal Europeo interpretó en su sentencia que los límites del art. 17 del Convenio, que señala que este último no puede ser interpretado de forma que un estado, grupo o individuo, pueda, en base a un derecho garantizado, realizar una actividad tendiente a la destrucción de los propios derechos y libertades reconocidos por él -no hay libertad para los enemigos de la libertad-, debe ser entendido de modo amplio ya que no se puede privar a la persona de obtener una debida defensa de su posición. La Corte de Estrasburgo señaló que condenaba las actividades terroristas que había realizado y que ellas no impedían que su caso fuera abierto, pero concluyó que el Gobierno de Irlanda no había transgredido la Convención.

El sistema de protección de la Convención que permite plantear la denuncia ante una comisión, encargada de pronunciarse sobre la admisibilidad del caso, y la limitación consistente en que solamente ella o un Estado pueden abrir la competencia del Tribunal, mereció serias críticas de *Alcalá Zamora y Castillo*⁵. *Jacobs*⁶ contesta la objeción, sosteniendo que es natural que un régimen ideado para proteger los derechos humanos de toda Europa posea⁷ un control de admisibilidad riguroso. A esos razonamientos Frowein⁷ agrega que el paso del tiempo ha tenido como consecuencia que los cánones de la Comisión se han tornado más amplios a medida que el sistema se fue afianzando.

Esta última afirmación de *Frowein*, que en parte coincide con la noción de progresividad descrita por *Nikken*⁸, es sumamente interesante. De ella podemos extraer que un sistema de protección internacional que cuente con una jurisdicción contenciosa ante la cual los Estados puedan ser sentados en el banquillo de los acusados, exige cierto tiempo para consolidarse. La razonabilidad de las sentencias tendrá un papel fundamental en dicha evolución. La Convención Europea logró estabilizarse. La Comisión y el Tribunal han establecido

⁵ Alcalá Zamora y Castillo, N., *La protección internacional de los derechos humanos*, Civitas, 1975.

⁶ Jacobs F. *The European Convention on Human Rights en International enforcement of Human Rights*, editores Bernhardt y Jolowicz, 1987.

⁷ Frowein, J.A., *Fundamental human rights as a vehicle of legal integration en Integration through law IUE*, 1986, v1, book 3, p. 304

⁸ Nikken P. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, 1987.

parámetros más flexibles de admisibilidad. Las sentencias en casos contenciosos son casi trescientas⁹.

A pesar de que América aprobó su Declaración de Derechos y Deberes del Hombre antes que la ONU hiciera lo propio, los Estados no lograron establecer un sistema de protección hasta la firma del Pacto de San José de Costa Rica en 1969¹⁰. Desde el punto de vista de la efectividad del sistema corresponde anotar que los Organos de la Convención sufren una notoria parálisis. Durante mucho tiempo la Comisión logró desempeñar un doble rol. Los procesos seguidos ante ella influían decididamente sobre la posición de los Estados. Un notorio ejemplo de la citada afirmación es la visita de la Comisión en 1978 a la Argentina que tuvo serias consecuencias para el autodenominado "proceso de reorganización nacional". No obstante ello la Comisión mantuvo una política de no remisión de casos a la Corte Interamericana. El Tribunal de Costa Rica tuvo intervención en unos pocos asuntos vinculados con la desaparición forzada de personas en Honduras. El precedente de la Corte Interamericana "Velazquez Rodríguez" es comparable con el caso "Lawless", antes comentado, en cuanto a su significación, pero demostró también los altísimos costos de un proceso cuya primera etapa se siguió en Estados Unidos y luego terminó en Centroamérica¹¹.

Muchos de los inconvenientes que enfrenta el Sistema Interamericano se deben a problemas de índole instrumental. En ese sentido cabe preguntarse si no hubiera sido mejor establecer Tribunales por subregiones, con un acceso más sencillo del hombre a los órganos de protección. ¿Es sensato que exista una sola Comisión con sede en Washington? Este interrogante deberá ser contestado y convenido por los Estados, pero nos toca a nosotros pensar y proponer respuestas que permitan sacar a la Convención de su relativa parálisis.

3. La Integración Económica

Europa se reconstruyó, en parte, gracias a la creación de una Comunidad Supranacional que fijó metas conjuntas para los Estados de la Región. La Comunidad Económica Europea¹² constituye y es asociada hoy con el éxito de un modelo económico. Lo que no se debe perder de vista es que los logros comunitarios contaron con un ingrediente de una utilidad extraordinaria. La regulación jurídica de la Comunidad fue un factor extremadamente

⁹ No obstante cabe señalar que el número es exiguo frente a las denuncias.

¹⁰ Por razones de espacio prescindo aquí de mencionar sucesos tan importantes como la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile. Ver Uribe Vargas, D. "Los derechos humanos y el sistema interamericano", Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1972. También el profundo libro de Hittes, J.C. "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" Astrea, 1992.

¹¹ A los efectos de realizar un estudio comparativo de la Convención Americana y Europea puede consultarse: Gros Espiell H., "La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos", Editorial Jurídica de Chile, 1991.

¹² Para un estudio de la Comunidad Económica Europea desde el punto de vista procesal, ver la ya clásica de Gremontieri, V.ç. "Il processo Comunitario. Principi e Garanzie fondamentali", Giuffrè Editore, 1973.

importante para su desarrollo. Con repetición se cita el caso "Costa v. ENEL" en el cual el Tribunal Comunitario de Luxemburgo fijó el principio de la primacía, según el cual los Estados miembros al firmar el Tratado de Roma de 1957 habían cedido parte de su soberanía, circunstancia que determinaba que no pudieran dictar medidas que violaran esos acuerdos precedentes. También insistentemente se trae a colación el caso "Wan Gend and Loos" en donde el Tribunal de Luxemburgo entendió que las normas comunitarias tenían un efecto directo que les permitía a los particulares reclamar a los Estados su cumplimiento. El Tribunal atendió una suma cercana a los mil quinientos recursos perejudiciales en los cuales, los ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad reclamaron su intervención. El dato es revelador respecto de la cercanía entre el hombre y el sistema del que forma una parte esencial.

En América el proceso de integración nunca terminó de afianzarse. En la década del '60 la ALALC, organización de carácter multilateral, sufrió la tensión entre una tendencia que procuraba exclusivamente una zona de libre comercio y otra que concebía el proyecto con orientación comunitaria. La organización fue aletargándose con el correr del tiempo. Eso motivó que Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela suscribieran el Acuerdo de Cartagena en 1969, dotado de una comisión, una junta y un tribunal (1979). Todas sus instituciones siguieron el modelo de la CEE. En Centroamérica se conformó el Caricom en 1973. Como reacción a la frustración del ALALC se constituyó la ALADI (1980). Todas estas instituciones en vano procuraron desarrollar una relación comercial más intensa. Razones de política internacional, en una región dominada por gobiernos militares, frustraron todo intento.

Con el advenimiento de la democracia en la mayoría de los países latinoamericanos se volvió a replantear la idea de la integración. La declaración de Iguazú de 1985 entre Brasil y Argentina marcó el inicio de un nuevo proceso integrador. El lanzamiento de la llamada "Iniciativa para las Américas" por Estados Unidos incidió en un cambio de rumbo decidido por los Estados. Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay se comprometieron a crear un mercado común en 1995, conocido como MERCOSUR¹³. Las instituciones que rigen los destinos del MERCOSUR durante la etapa previa a la efectiva realización del Mercado Común tienen un carácter marcadamente gubernamental.

En punto al tema aquí tratado, hacemos hincapié en que, para la solución de las controversias, se adoptó la solución arbitral. El protocolo de Brasilia establece que las contiendas entre Estados serán decididas por árbitros y los reclamos que formulen los particulares podrán ser resueltos por expertos. El MERCOSUR carece de un tribunal, que pueda dar seguridad a las relaciones jurídicas mediante la construcción de una jurisprudencia que vaya consolidando una interpretación del Tratado y el derecho derivado. Se utilizó como modelo el panel binacional establecido para el NAFTA. Si bien en una etapa de transición a cubrir hasta 1995 no es definitiva la falta de un tribunal, entendemos que se torna

¹³ Un estudio comparativo entre la CEE y el Mercosur puede encontrarse en Oteiza, E. y Tempèsta, G. "El desafío del mercado único. Su significado en la experiencia de la Comunidad Económica Europea", *Jurisprudencia Argentina*, 25.12.91.

imprescindible su constitución si, efectivamente, se desea construir un mercado común. En ese caso debe quedar garantizada la posibilidad de acceso del hombre común, ya sea comerciante o empresario, a un órgano jurisdiccional capaz de fijar la inteligencia del espectro normativo que ofrecerá el MERCOSUR.

4. Síntesis

Adrede hemos hecho referencia a aquellos sistemas de protección de los derechos humanos y a los procesos de integración económica en donde el ordenamiento jurídico que los regula, expresamente contempla la existencia de un órgano con capacidad para poner punto final a las contiendas y dar la lectura correcta de las normas. El Derecho Procesal Transnacional debe contribuir a perfeccionar esos mecanismos. En general los Estados reniegan de los controles externos. Estos controles deben ser pensados para hacer más digna la vida del hombre tanto en sus libertades como en su bienestar.

LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS Y LA LEGITIMACIÓN DE LOS GOBERNANTES

SEBASTIAN MOCORREA

1) Introducción

Mucho se ha escrito sobre la relación entre los políticos y los medios de comunicación, más aún sobre la influencia de estos últimos en la sociedad. También bastante se ha dicho de su incidencia en el régimen político.

Este abundante material a veces roza una cuestión más específica: los medios de comunicación de masas y los sondeos de opinión pública han cambiado las pautas de legitimación de los gobernantes.

Esta cuestión se mantiene actualmente en un plano secundario frente a la abundante cantidad de estudios del campo de la sociología de las comunicaciones y la semiótica sobre el carácter de la comunicación.

El *análisis del discurso* es una de las avenidas más transitadas a la hora de reflexionar sobre la relación entre gobernantes y gobernados, entre comunicadores sociales y destinatarios. En el mensaje, o, mejor aún, la forma del mensaje, su código, lo que prevalece¹.

Así, a las reflexiones de Marshall McLuhan sobre las transformaciones que la aparición de los medios de comunicación de masas producen en la sociedad, le sucede el análisis más específico de Humberto Eco relativizando tanto las leyendas negras como las blancas tejidas en torno al poder de los medios para concentrarse en el mensaje, sus códigos, en la interpretación de los símbolos que forman el entramado de la comunicación².

Brevemente podemos reseñar algunas aproximaciones sobre la manera en que desde la sociología de las comunicaciones o desde la semiótica se plantea la forma en que los medios de comunicación masivos influyen en la sociedad y, más específicamente, en las relaciones entre gobernantes y gobernados.

¹ *Para una guerrilla semiótica, de La Estrategia de la Ilusión*. Humberto Eco, Editorial Lume, Ediciones de la Flor.

² *Idem* (1).

La Galaxia de Gutenberg, Marshall McLuhan. *Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo*, Editorial Planeta, México, 1985.

Muchos análisis se han hecho, por ejemplo, sobre las inevitables simplificaciones, los recortes y omisiones a que, ineluctablemente, se ve sometida la realidad en su *procesamiento* periodístico. Esta mediación de la prensa, utilizada esta palabra en su sentido más extenso, afecta la relación entre gobernantes y gobernados.

El periodista tiene limitaciones de tiempo y espacio, condicionamientos que le imponen su determinada visión del mundo y las particulares circunstancias histórico geográficas que le toca vivir. Los periodistas deben pues elegir, privilegiando algunos temas sobre otros, deben presentar la noticia al público en una forma simple, comprensible para el ama de casa y el profesor universitario, deben estructurarla, darle forma, pero, a su vez, respetar su esencia, aquella que proviene de la realidad objeto de la cobertura periodística.

Podemos entonces preguntarnos en qué medida estos condicionantes conaturales a los medios de comunicación no afectan las categorías de pensamiento de los destinatarios, los oyentes o lectores, influyéndolos en uno u otro sentido. Así, por ejemplo, Shanto Iyengar, de la State University of New York intenta demostrar que las explicaciones que dan los individuos de cuestiones políticas están significativamente *influenciadas* por la forma en que los noticieros televisivos enmarcan o estructuran (*frame*) esas cuestiones en sus presentaciones. Iyengar utiliza la expresión *framing effects*, refiriéndose a los cambios en el discernimiento originados por sutiles alteraciones en la definición de las opiniones o en la elección de problemas³.

A su vez, también se ha afirmado que del otro lado del receptor, el destinatario del mensaje posee sus propias categorías de pensamiento y valoración, por lo que descifrará los códigos del mensaje de acuerdo a dichas categorías y no a las de emisor. El ejemplo presentado por Eco del jefe canibal que se ha colgado al cuello, como *pendentif, un reloj despertador*, es lo bastante claro como para mostrar que *el mundo de las comunicaciones está lleno de canibales que transforman un instrumento para medir el tiempo en un joya "op"*⁴.

Por otra parte, en los Estados Unidos abundan trabajos sobre la opinión pública, los medios de comunicación y el sistema político. Estos análisis, entre los que se destaca el ya clásico trabajo de Walter Lippman *La Opinión Pública*, en general hacen permanente referencia al rol que tiene la prensa para el sistema democrático, analizando su funcionamiento como una parte integrante del sistema institucional⁵.

La visión norteamericana está matizada por tres factores íntimamente relacionados: el especial rango que su Constitución le otorga a la libertad de prensa a través de la Primera Enmienda (fuente del artículo 32 de la nuestra), el control esencialmente privado de los medios tanto escritos como de radiodifusión y, producto de los dos factores anteriores, un

³ *Television News and Citize's Explanations of National Affairs*, en *American Political Science Review*, September 1987, volume 81, number 3, Washinton, USA.

⁴ *Idem* (1).

⁵ *La opinión pública*, Walyter Lippman, Compañía General Fabril Editora, Cuenos Aires, 1964.

abundante casuismo en materia de relaciones entre la prensa y el gobierno en todos sus niveles. Los ejemplos de esto último abundan: los conocidos casos *Watergate* y *los papeles del Pentágono* y los que quizás menos conocidos pero jurídicamente mucho más importantes *New York Times Vs. Sullivan* y *Near Vs. Minnesota*⁶.

Estos diferentes enfoques, principalmente desde la sociología o la semiótica dan el marco conceptual para analizar un fenómeno más específico: el de los efectos de los medios de comunicación de masas en la legitimidad de los gobernantes.

Este tema se encuentra, por supuesto, englobado en el más general de la relación entre medios y poder político o medios y sociedad. En última instancia, la irrupción de los modernos medios de comunicación es, a la vez, producto de una determinada mentalidad y causa de una serie de transformaciones sociales y políticas. Dentro de estas transformaciones se encuentran aquellas operadas en torno a la legitimidad de los gobernantes.

En este trabajo intentaremos analizar en qué medida los medios de comunicación de masas y los sondeos de opinión pública han cambiado las pautas de legitimación de los gobernantes. Par ello habrá que distinguir la legitimidad del régimen de la del gobernante y trazar la relación entre representación política y legitimidad en el régimen republicano democrático.

2) Legitimidad del régimen y legitimidad del gobernante

El concepto de legitimidad, tal como lo expone Max Weber cuando trata la sociología de la dominación (*Herrschaft*), hace referencia a la *la chance para mandatos específicos de encontrar obediencia en un determinado grupo de hombres*⁷.

La legitimidad está dada por la conformidad que la comunidad presta al poder político. Julien Freund la define como *el consentimiento duradero y casi unánime que los miembros y las capas sociales otorgan a un tipo de jerarquía y a una clase dirigente, para arreglar los problemas interiores por vías distintas a las de la violencia y del medio consiguiente*.⁸

Según Weber la legitimidad del poder puede estar fundada en diferentes razones, las que dan origen a diferentes tipos de denominación: a) *puede provenir de un exclusivo cálculo de los beneficios y desventajas que traigan aparejados respectivamente la obediencia y la desobediencia*, b) *puede producirse por simple costumbre, esto es por la repetición de un comportamiento habitual sin el intermedio de la reflexión*; y, por último, c) *puede darse de un modo puramente emocional, esto es en razón de la inclinación o la entrega personal del que obedece frente al que manda*⁹. Estas tres diferentes motivaciones darán, pues, lugar a los tipos de dominación legal, tradicional y carismática respectivamente.

⁶ *Press Law in Modern Democracies. A Comparative Study*. P. Lahau. Boston University. School of Law. Longman. TWO: *Freedom of the Press in the United States*. Avian Soifer.

⁷ *Ideología, verdad y legitimación*, Osvaldo N. Guariglia, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1986.

⁸ *La esencia de lo político*, Julien Freund, Editorial Nacional, Madrid, 1968.

⁹ *Idem* (7).

La legitimidad se encuentra entonces en el fundamento mismo del poder. Si se entiende a este último como fruto de la relación mando-obediencia, la legitimidad viene a explicitar en virtud de qué principio la obediencia reconoce un derecho a mandar.

La legitimación enlaza con las fundamentaciones filosóficas del poder pero éstas sólo interesan en tanto y en cuanto se transforman en creencias de una sociedad y apoyan la legitimidad de un poder histórico¹⁰. Los criterios de legitimidad son históricos y la lucha entre ellos constituye, según Guglielmo Ferrero, *el fondo invisible de la historia*. Este autor especifica por ejemplo, cuatro especies de principios de legitimidad en pugna: electivo, hereditario, aristo-monárquico y democrático¹¹.

Finalmente Gaetano Mosca aborda el tema cuando precisa el concepto de *fórmula política*. En la *fórmula política* el problema de la legitimidad se enfoca desde el lado del poder, de cómo debe éste proveer las razones, promover las motivaciones que lo legitimen. Toda clase gobernante tiene la necesidad de justificar su poder, éste nunca puede consistir en un mero hecho de fuerza.

La fórmula política está compuesta entonces por un conjunto de principios que justifican el poder de los gobernantes. Son, por ejemplo, fórmulas políticas, la divinización del gobernante, las monarquías en sus distintas variantes y la voluntad popular.

Resumiendo, podemos decir que el concepto de legitimidad como conformidad al ejercicio del poder es una circunstancia determinada, como creencia que motiva la obediencia y, por tanto, fundamenta y justifica el mando, se halla en toda comunidad política a lo largo de la historia más allá de que las motivaciones concretas varíen adaptando los principios de legitimidad a la naturaleza del régimen y la cosmovisión reinante.

Originariamente, cuando se habla de legitimidad, se la está refiriendo al tipo de denominación, al régimen de gobierno, sea éste una monarquía, una república aristocrática o democrática. La crisis de legitimidad implica entonces la ruptura de la estabilidad política y el cambio de régimen.

Sin embargo, vulgarmente se suele hacer referencia a la legitimidad de tal o cual gobernante y, aún, de las medidas o decisiones adoptadas.

Se puede distinguir entonces la cuestión global, podríamos decir estructural, conformada por la legitimidad del régimen, de la cuestión coyuntural de la legitimidad del gobernante y su gestión.

Podemos decir entonces que el régimen provee al gobernante de una base de legitimidad, pero éste tiene también una cuota de consenso, de conformidad social, en otras palabras, de legitimidad, que pone en juego durante su gestión.

¹⁰ *Principios de teoría política*, Luis Sánchez Agesta, E. Mundo Científico, Madrid, 1970.

¹¹ *Idem* (8).

En los sistemas políticos donde la regla de sucesión no existe, no es clara o, existiendo, carece de flexibilidad, la legitimidad del régimen y la del gobernante van juntas. La caída del gobernante, su crisis de legitimidad, implica la caída del régimen.

Contrariamente, si un gobernante, un funcionario de un régimen republicano, sufre una crisis de legitimidad, pierde el consenso, el consentimiento a su mandato, perderá en consecuencia, la posibilidad de ser reelecto, deberá renunciar o ser destituido. Si el principio de legitimidad del régimen republicano está firmemente arraigado en la comunidad, no correrá peligro.

En la república los funcionarios electos acceden al cargo con la legitimidad que les provee el principio electivo. Sin embargo, esa legitimidad de origen puede diluirse en el ejercicio de las funciones. Por ello la periodicidad, uno de los elementos constitutivos del régimen republicano, sirve de reaseguro para impedir que las crisis de legitimidad coyunturales que recaen sobre el gobernante de turno, se extiendan al régimen.

Se distinguen entonces, con las salvedades apuntadas, la legitimidad del régimen de la del gobernante y sus respectivas crisis.

Podemos citar como ejemplos de crisis de legitimidad del régimen a los casos de España a la muerte de Franco y de la cuestión política argentina de gran parte del siglo XX.

Cuando muere Franco, por ejemplo, se produce una crisis de legitimidad del régimen vigente, estrechamente ligado a la figura del fallecido dictador. No existía una forma de sucesión clara, pero sí había una puesta abierta para encarar una transición que permitiera recomponer un nuevo principio de legitimidad al menor costo posible: la figura del monarca. Sin embargo, el debate sobre monarquía o república no estaba cerrado y fue en las transacciones propias de toda transición que socialistas y comunistas resignaron su pretensión republicana. La monarquía constitucional tendría legitimidad, la que sería revalidada y acrecentada, en ocasión del *Tejerazo*.

Por su parte, la historia de la inestabilidad política argentina en este siglo tiene un a de sus claves en un conflicto de legitimidad no resuelto hasta 1983¹². El régimen republicano democrático no hallaba en la comunidad una aceptación cabal, ese consentimiento duradero y casi unánime al que se refiere Freund. Los apoyos precarios, sin compromiso, prestados por la comunidad al régimen, se diluían abriendo las puertas a los golpes de Estado que contaban a su vez con cierto consenso que, también precario, no tardaba en evaporarse. La asimilación del fenómeno peronista, un caso de denominación de tipo carismática, planteaba problemas al régimen y a la población no peronista. A su vez al mismo peronismo le resultaba problemático ajustarse al régimen.

Pareciera que en el caso argentino fue necesaria la desaparición de Perón de la escena, una profusa exhibición de violencia guerrillera y policial y la derrota en una guerra

¹² *Historia política de la Argentina contemporánea*, Carlos A. Floria y César A. García Belsunce, Editorial Alianza Universidad, Buenos Aires, 1988.

internacional para que la comunidad consintiera en *arreglar los problemas interiores por vías distintas a las de la violencia y del miedo consiguiente*¹³.

Los casos de crisis de legitimidad de los gobernantes son menos dramáticos en tanto la regla de sucesión está claramente establecida. Así, por ejemplo, cuando el caso *Watergate*, Nixon intentó permanecer en el poder, pero el acoso del Congreso y la prensa sumados a la pérdida del consenso en la población lo llevaron a renunciar antes que afrontar un juicio político.

Los últimos días de la gestión del presidente Alfonsín son una buena muestra de como se diluye un poder carente de legitimidad, de consentimiento. Lejos de las elecciones de 1983 y herido por las de 1987, las elecciones de renovación presidencial terminaron por vaciar su mandato de legitimidad. La existencia de un nuevo presidente electo, una crisis económica y social terminal y la perspectiva de tener que mantenerse en esa situación durante seis meses coadyuvaron a acrecentar la crisis de legitimidad que restaba operatividad al poder presidencial.

3) *Legitimidad y representación. Evolución de la República democrática y representativa.*

Nos concentraremos en el efecto que los medios de comunicación social producen principalmente en la legitimidad de los gobernantes más que en la del régimen político.

Por otra parte, nos circunscribiremos al régimen democrático tal como funciona en las llamadas democracias modernas. Estamos mentando, pues, no sólo al principio democrático, básicamente referido a la igualdad, sino también al principio republicano que representa elecciones periódicas, publicidad de los actos de gobierno, respeto por la minoría, división de funciones, etc.

Podríamos hablar de la combinación de los principios democrático y liberal, de la conjugación de igualdad y libertad para conformar la *democracia liberal*. Personalmente prefiero reemplazar el término *liberal* por *republicano* porque aquél tiene mayor carga ideológica y menor trayectoria histórica que éste último.

Finalmente hay que considerar que el mecanismo utilizado en las repúblicas democráticas para vehicular la participación del ciudadano y garantizar a su vez el funcionamiento del gobierno es la representación política. La relación gobernante-gobernado y toda la problemática de la legitimidad de los funcionarios electos se da en el marco del sistema representativo.

Nos referimos entonces a la relación gobernante-gobernado en los regímenes republicanos, democráticos y representativos.

Las democracias presentan un tipo de relaciones gobierno-gobernados fruto de una

¹³ Idem (8)

peculiar evolución institucional y del desarrollo de algunos presupuestos que dan un marco general de justificación a la representatividad, que nutren de legitimidad al régimen tal como lo conocemos hoy.

La democracia nace en la Grecia ateniense pero como forma *directa* de gobierno. Por otra parte, una democracia incipiente adquiere forma reconocible a partir de los siglos XVII y XVIII en sus vertientes inglesa y francesa, es la democracia representativa, que avanza desde una representación restringida, generalmente censitaria, al sufragio universal, *al one man one vote*, a la inclusión del sexo femenino, a la depuración de los sistemas electorales y la libertad para emitir el voto. Y así se llega a la democracia moderna, una democracia representativa, indirecta, pero con la base ensanchada hasta sus máximos contornos.

La democracia nació entonces como *directa*. Era un sistema donde, dentro de lo humanamente posible y natural, todos participaban en la dirección de los asuntos públicos. Era la democracia ateniense de los varones libres reunidos en el *ágora*.

Obviamente, por más directa que fuera entonces la democracia hay que hacer la salvedad de que el sistema ateniense, aun en su época más democrática, mantenía un sistema de magistraturas donde el poder de hecho se delegaba. Esto, por otra parte, no es más que lo propio de la naturaleza del poder que no puede subdividirse en tantos fragmentos como ciudadanos.

De todas formas, cuando se hace hincapié en la democracia *directa*, se está resaltando el grado máximo de participación inmediata de los ciudadanos en la dirección del Estado. Todos los ciudadanos están reunidos en el *Agora* y allí, delante de ellos, transcurre la vida política misma de la ciudad. Su voto determina las cuestiones que públicamente se han discutido.

Posteriormente, el paulatino crecimiento de las ciudades y Estados en dimensión y complejidad fue haciendo imposible esta originaria forma de democracia. En la Alta Edad Media la vuelta a las ciudades, entonces burgos, y las formas participativas que en ellas anidaban, van modelando un nuevo esquema a través de parlamentos y juntas, surge de hecho el esquema representativo que hará posible la democracia moderna.

Con estos antecedentes pero con un diferente marco cosmovisional van delineándose los sistemas representativos modernos a través de la *Glorious Revolution* de 1688, la Revolución Norteamericana de 1774 y la Revolución Francesa de 1789. La experiencia de las revoluciones inglesa y norteamericana son, en este sentido, mucho más significativas que la francesa. La primera, tanto por las ideas de Locke que le servían de fundamento y reforzaban la prerrogativas parlamentarias, como por la circunstancia política que venía a terminar de afirmar la prioridad del Parlamento sobre el monarca, principio que desde la Carta Magna de 1215 hasta el exabrupto de Cromwell en 1648, no había dejado de consolidarse.

Por su parte la revolución norteamericana abrevaba tanto en Locke como en el viejo derecho inglés que conservaba la tradición parlamentaria previa al absolutismo monárquico de los Estuardo: basta recordar el papel central que tiene en sus comienzos la cuestión

impositiva, más precisamente la imposición de tributos que la comunidad colonial no había consentido por cuanto no tenía representación en el parlamento británico.

La Revolución Francesa, si bien en sus comienzos inspira la obra del abate de Sieyès, tan importante para la fundamentación doctrinaria de la representación política, por la dinámica ideológica roussoniana y una tradición política distinta de la anglosajona, va a producir el Comité de Salud Pública y desembocar finalmente en Napoleón. Transitará por el terror revolucionario y un cesarismo plebiscitario donde el principio de representación está, en todo caso, implícito.

La permanente y sutil evolución del régimen inglés y la más problemática del francés se asentaron en una paulatina extensión de la base de representación del sistema que hizo, de originarias repúblicas o monarquías parlamentarias, regímenes democráticos. La obra de los *doctrinarios* franceses y el contrapunto entre *wighs* y *tories* ingleses ponen de manifiesto esa evolución desde formas restringidas, la más de las veces sitarias, a las definitivas democracias de sufragio universal.

En este proceso se observa que el cambio cosmovisional que ocurre con el advenimiento de la modernidad provee a la representación de nuevas bases. La dialéctica con el también moderno absolutismo, le da un tono especial. La relación entre gobernantes y gobernados cambia de fundamento: las nuevas bases transitan por el pasaje del estado de naturaleza al estado civil, por la afirmación de los derechos subjetivos, la voluntad popular y el *regateo* de derechos necesario para obtener seguridad sin resignar libertad. Es el nuevo esquema teórico de Hobbes, Locke y Rousseau, pero también de los más jurídicos Grocio y Pufendorf, de Leibniz.

Es un esquema individualista, fuertemente influido por el racionalismo francés, el empirismo inglés y la escuela moderna de derecho natural que poco tiene que ver con el clásico derecho natural grecorromano o medieval. Por otra parte, este cambio cosmovisional modifica las bases de consenso de los regímenes políticos respecto de cómo se venían dando desde la Edad Media. El principio de legitimidad cambia de basamento. En esta modernidad que produce la monarquía absoluta, el despotismo ilustrado, el totalitarismo y la democracia moderna, la cuestión de la legitimidad de los regímenes, es decir, el consentimiento de los gobernados al sistema político vigente, girará en torno de lo que la Ciencia Política anglosajona ha definido como *política obligation*, es decir el *deber de obediencia política*¹⁴.

En el pensamiento de Hobbes, que marca en forma significativa este cambio cosmovisional e influencia tanto a discípulos como a detractores (Filmer y Locke), *la naturaleza ya no es más capaz de proveer una base al deber de obediencia política (political obligation) porque precisamente la idea de naturaleza ha experimentado un cambio radical. En esta concepción el Estado es el resultado de una elección activa por la cual imponemos nuestra decisión sobre la naturaleza*¹⁵.

¹⁴ *El problema de la legitimación en el estado moderno*, Wilhme Hennis, en la Revista de Filosofía Práctica Ethos, Instituto de Filosofía Práctica, Buenos Aires, 1979.

¹⁵ *Hegel's critique of liberalism*, Steven Smith, en American Political Science Review, March 1986, volume 80, number 1, Washington D.C. USA

No reconociéndose el parámetro heterónomo de la divinidad o la naturaleza, el deber de obediencia permanece sobre una base éticamente neutral. Por su parte, las construcciones elaboradas por el derecho natural racionalista apuntan a mantener este concepto de neutralidad ético-teológica¹⁶.

En consecuencia se enfatiza el aspecto contractual de la relación gobernante-gobernado. El vínculo entre ambos surge, no de una exigencia moral o religiosa, sino de la voluntad del gobernado que elige al gobernante; este es su representante, su poder depende de aquél.

4) *Influencia de los medios de comunicación social en la legitimidad de los gobernantes*

Actualmente se considera que la democracia directa es, en general, una forma de museo, una experiencia imposible de repetir. La dimensión y complejidad de los Estados modernos hacen imposible esa participación de absoluta inmediatez en el espacio y el tiempo. Los regímenes son, con diferentes variantes (parlamentarios, presidencialistas, etc.), representativos.

Como resabio, cuando los gobernantes apelan a la opinión pública en forma directa para la resolución de un problema concreto, para la decisión de una cuestión, entonces allí aparecen los mecanismos llamados de democracia semidirecta: el plebiscito, el referendun, o la consulta popular.

Sin embargo, a lo largo de este siglo XX, los regímenes democráticos han evolucionado no sólo ensanchando su base de representación y purificando las prácticas electorales, sino cambiando la naturaleza misma de la representación política, las pautas básicas de la relación entre gobernantes y gobernados.

En una forma diferente, prescindiendo de la inmediatez ateniense, las democracias modernas se acercan a la democracia directa. Ese es el efecto de los medios de comunicación de masas en el corazón mismo del régimen político.

La diferencia es que ahora no se reúnen todos en el *ágora*, no lo hacen a un mismo tiempo. El *nuevo ágora* está en el living de cada casa, en la pantalla de cada televisor, en el parlante de cada radio. Cambió la medida de las dimensiones de tiempo y espacio, pero el hecho, si no es el mismo, es muy parecido: todos, o casi todos, ven y escuchan a muchos dar sus opiniones, mostrarse o simplemente hablar. Todos, o casi todos debaten y en ese debate, los dirigentes, siempre expuestos a la vista de todos, toman partido. El voto será definido sobre aquello que se vio y escuchó.

La lucha política ya no es una vivencia inmediata a nuestros sentidos pero puede ser *en vivo* y *en directo* o *replay*. Esto poco cambia el hecho fundamental de que ahora la tarima ya no está conformada por unos cuantos tablones de madera, ahora políticos y dirigentes sociales se suben a la tarima de los medios de comunicación social, a las pantallas y parlantes, a las primeras planas y las fotos color.

¹⁶ Idem (14)

Los medios de comunicación han transformado a países enteros en el *nuevo ágora ateniense*.

Hay un flujo de información permanente sobre los actos del gobierno, sobre sus intenciones, las de la oposición y las opiniones de los principales líderes sociales. Las encuestas de opinión a su vez reflejan con relativa exactitud la medida en que el gobierno, cotidianamente expuesto a la vista de todos, gana o pierde consentimiento.

Si se piensa que a fines del siglo pasado los representantes elegidos partían para la capital y sólo se tenía noticias de ellos a través de periódicos de circulación restringida, en aquel entonces predominantemente medios de opinión y sólo paulatinamente de información, uno puede imaginar con que *libertad* podía jugar el representante su mandato. Ligado esencialmente al grupo o *elite* del que provenía debía justificar ante ellos su acción y no ante una difusa opinión pública que disponía de escasa información de lo que sucedía allí, en el poder. Este era territorio propicio a los punteros y caudillos locales.

Los modernos diarios de tiradas masivas, la radio y, sobre todo, la televisión, han cambiado las reglas de juego. Ahora, la opinión pública tiene una fuente de información accesible y fácilmente comprensible. No es necesario saber leer ni escribir, tampoco seguir el complicado razonamiento de un columnista, ahora bastan las imágenes y está en el espectador quedarse sólo con ellas o profundizar más allá.

Y la opinión pública también tiene una fuente de expresión, relativa, ciclométrica, pero si duda indicativa: los sondeos de opinión que marcan, entre otras cosas, imagen e intención de voto.

La combinación de medios de comunicación social y sondeos de opinión se han constituido en una obsesión de políticos y dirigentes sociales. En la actualidad la relación gobernante-gobernado es incomprensible sin ellos.

En primer lugar podemos entonces afirmar que los medios de comunicación social, al acercar gobernantes a gobernados, han hecho posible una suerte de democracia semidirecta, donde se combina la presencia permanente de gobernantes y líderes sociales en los medios, con la expresión de la *temperatura* de la opinión pública a través de los sondeos de opinión y la posibilidad del ciudadano de volcar el cúmulo de opiniones recibidas en su voto.

Lo que se ve afectado es el principio de legitimidad de los gobernantes democráticos. Cambia en su forma y se vuelve, con la representación, más volátil, cambiante y transitorio.

Como también ha señalado Michel Rocard en su exposición de Coloquio Internacional sobre: *Medios, Poder y Democracia* llevado a cabo en París en 1987, *no hay democracia sin información, por lo tanto no hay democracia sin medios de comunicación*¹⁷. Hay un vaso comunicante entre la democracia y la prensa; se necesitan mutuamente, una depende de la otra.

¹⁷ *Actes du colloque international Médias, Pouvoir et Démocratie*, Exposé de Michel Rocard, Institut International de Géopolitique, Paris, France, 1987.

*La democracia y la prensa nacieron simultáneamente, no son concebibles la una sin la otra*¹⁸. Los primeros ensayos democráticos tuvieron su correlato en aquellos incipientes medios de comunicación, los periódicos, en aquél entonces principalmente medios de expresión de las ideas.

*Democracia y medios progresan conjuntamente, la evolución técnica los afecta a ambos*¹⁹. Por lo tanto los adelantos del moderno sistema de medios de información *producen modificaciones en el funcionamiento de los poderes públicos*²⁰. Podemos entonces decir también que la radio y la televisión, el satélite, tienen su correlato en una nueva forma de democracia donde el vínculo entre gobernado y gobernante se ha enangostado.

·Siguiendo a Rocard podemos afirmar que la democracia significa sufragio universal y éste es una manera de dar legitimidad a los gobernantes. Sin embargo actualmente "la necesidad de legitimidad de los gobernantes, de los dirigentes sociales, ha aumentado considerablemente, mientras que la expresión del sufragio basta cada vez menos para otorgársela"²¹. Aquí entran a jugar los medios de comunicación social.

Al gobernante los medios le significan tanto la posibilidad de proveerse de mayor legitimidad, como de enajenarla. Los políticos están sometidos a una *verificación permanente de la legitimidad*²².

El fundamento contractual que subyace bajo el régimen democrático y que se expresa en el pacto de representación establecido entre el votante y el elegido, se encuentra ahora exacerbado en la posibilidad de revisión casi permanente de ese pacto a través de la opinión pública manifestada en la prensa y los sondeos de opinión.

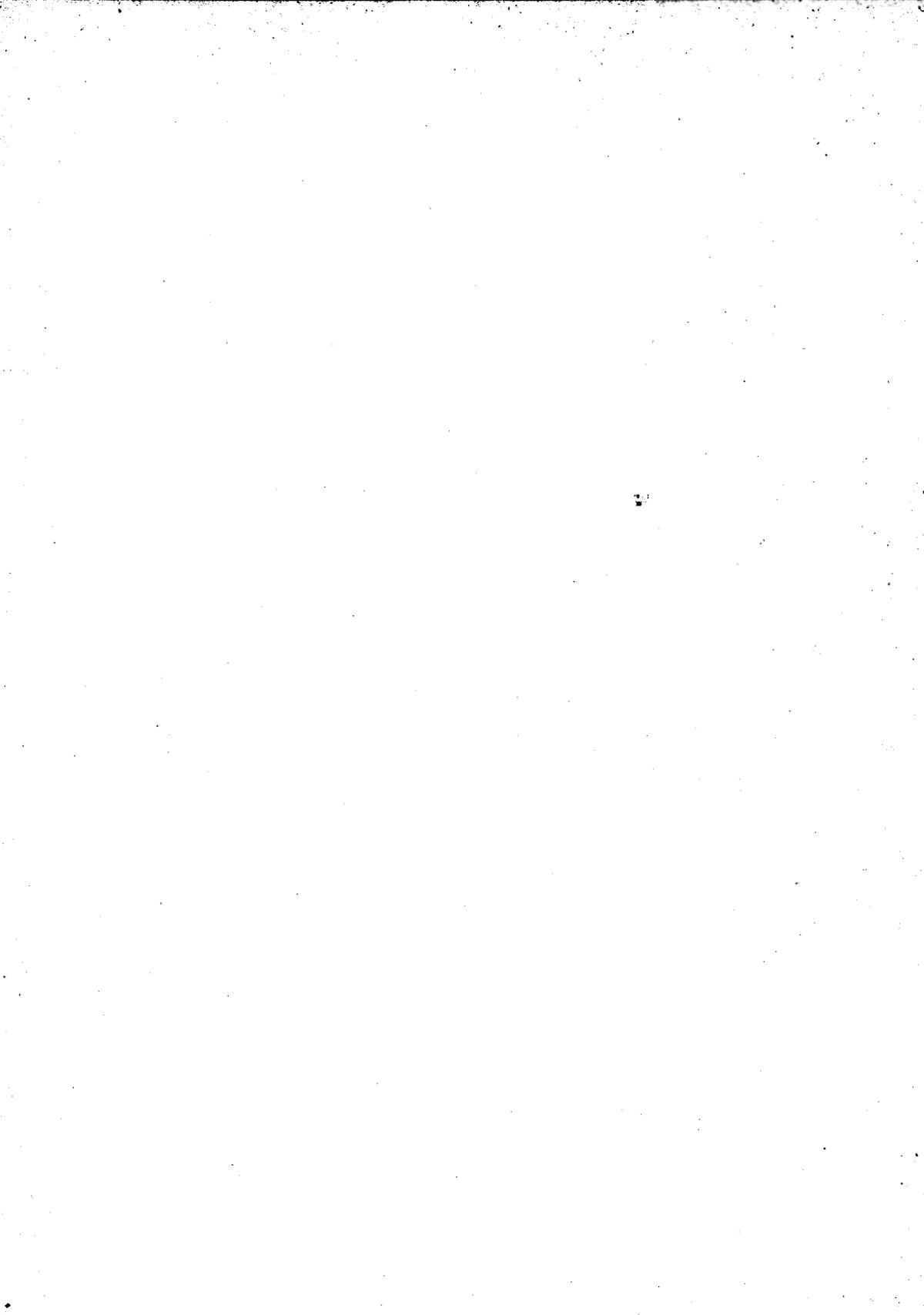
Finalmente podemos decir entonces que los medios de comunicación de masas afectan la legitimidad de los gobernantes tornándola más voluble, someténdola a un escrutinio permanente, pero ofreciendo a su vez la posibilidad de convertirse en un intermediario útil para conectarse con la fuente de legitimidad: la comunidad.

¹⁸ Idem (17)

¹⁹ Idem (17)

²⁰ Idem (17)

²¹ Idem (17)



FINALIZACIÓN DEL MARXISMO

F. ARIAS PELLERANO

I. LA DEFUNCIÓN DE MARXISMO

1.1 *Los que no quisieron ver*

Hace más de veinte años, aun a riesgo de recibir las críticas cortas de quienes podrían considerar un traidor o un "idiota útil" a quien lo anunciara, se podía intuir el fin del marxismo, coincidiendo con los escritores y observadores más lúcidos.

Ya entonces¹ Amalrik había escrito, en 1970, su famoso libro preguntándose si la URSS llegaría a 1984 que, sin embargo, pasó casi desapercibido.

En verdad no hacía falta ser un genio para darse cuenta de este singular fenómeno, sino el de ver los hechos expresados en números y estadísticas, además de registrar los simples eventos diarios.

1.2 *Razones de ceguera*

¿A qué se debió esta ceguera? Para comprenderlo hay que tener en cuenta, en primer lugar, la explosión que significó la Revolución Rusa, que implicó un cambio sustancial en todo el sistema de valores, en lo ideológico y, sobre todo, en la metodología para el logro del objetivo final.²

Esta metodología consistía en suplantarse la propiedad privada de los medios para la producción material de bienes, por la socialización de los mismos, abatiendo el núcleo donde descansaba la cosmovisión liberal-burguesa.³

Como consecuencia de esta revolución en la producción económica, que según el marxismo constituía la infraestructura de la realidad cultural, se produciría,

¹ A. Todd escribe en su libro *La chute final* a propósito de la decadencia de la URSS. Nussbaum no solo cita la crisis final de la URSS a la que presta poca atención, por sabida, para encararse con la más grave de la Europa Unida (!).

² Sampay AS. E. es quien define la Revolución y la diferencia del simple *coup d'état*. Así la Revolución Francesa, tanto como la Rusa son auténticas revoluciones.

³ Por cierto que toda la doctrina está reflejada en C. Marx, Engels y su adaptación más contemporánea con Lenin.

consecuentemente, un cambio en el especular filosófico, la creación estética y la misma investigación en las ciencias de la materia.

Más aún, el mismo hombre, en sí, y en sus relaciones con los demás, se transformaría. Por cierto que estos cambios fueron impulsados desde el poder político con un entusiasmo mesiánico.

Otro rasgo, consecuente con lo dicho, fue el de adoptar una teología materialista, partiendo del supuesto de que la materia reemplazaba a *Dios* constituyéndose una novedosa latría. Esto implicaba que se desarrollara una actitud selectivamente anti-teísta cristiana, con el objetivo de dar muerte a ese *Dios*, no al dios-materia, en todos los lugares físicos y culturales donde se encontrara.⁴

Finalmente explotan las atrocidades, que comienzan con el asesinato de la familia imperial en Ekaterinemburgo, quizá con una cierta complicidad maquiavélica de *Jorge V*⁵.

Para culminar estos datos preocupantes se producen estallidos revolucionarios en Alemania y Hungría y las grandes huelgas, tales como la de la flota inglesa, a través de organizaciones sindicales que en cierta forma aceptaban la nueva ideología⁶.

Más todavía, comienzan adhesiones masivas no sólo en la periferia del mundo, sino en el propio corazón de la burguesía. Porque no son únicamente los obreros los que se adhieren, sino la gran mayoría de los intelectuales.

También las juventudes, tanto la marginal como la de los centros, llevadas por su generosidad y su altruismo creyeron fervorosamente que la Justicia se lograría con el triunfo del Comunismo.

De esta forma los Partidos marxistas, dependientes de Moscú, acrecientan sus afiliados que, por primera vez, se sienten ciudadanos del mundo, abjurando de sus lealtades nacionales⁷.

2 Los agraviados

2.1. La burguesía y el Cristianismo

De esta forma el mundo burgués, con todo el entramado de intereses y superestructuras,

⁴ Maritain J., en *Significado del Ateísmo Contemporáneo* da esta versión asombrosa y legítima, o sea, que el antiatéismo es también una Teología, pues trata el tema de Dios a fondo, aunque más no sea para negarlo.

⁵ Jorge V era primo del Zar y pudo haberlo salvado, pero tenía ante sí la posibilidad de una huelga general y temió con su actitud de salvación de Nicolás y su familia, de agravar su situación política. Actitud mezquina, por cierto, que no compartió Alfonso XIII que hizo esfuerzos desesperados sin éxito.

⁶ En la revuelta alemana participan Rosa Luxemburgo y K. Liebnicht que perecen en la revolución.

⁷ Quizá porque interpretaban con certeza que el Estado Nacional-Soberano había sido un invento de las burguesías en ascenso.

filosóficas, teológicas, artísticas, científicas, políticas y económicas, se siente dramáticamente amenazado.

Pero no sólo esta amenaza la siente la burguesía capitalista, sino que también la percibe el mismo Cristianismo, aunque desde otro punto de vista radicalmente distinto, reaccionando, a través de Roma, con una condena frontal que culmina con la Encíclica *Divini Illius Magistri*. Sin embargo, en medio de tanta conmoción, la situación parecía por el momento dominada.⁸

2.2 Las crisis internas de la URSS

Es que la Revolución exportada había fracasado con las derrotadas sufridas, sobre todo en Alemania, país en donde Trotzky había depositado grandes esperanzas.

La URSS misma, antes y después de la muerte de Lenin, no sólo debió afrontar primero una cruel guerra civil, sino, posteriormente, el espectáculo de la lucha por el poder en el seno del propio Partido, planteada trágicamente, mientras la población sufría condiciones de vida durísimas.

En este marco arriba al poder Stalin, y con el comienzo de las grandes purgas que deterioran en el menguado prestigio de la Revolución. El miedo al derrumbe inmediato del orden burgués había pasado⁹.

3 Renacimiento del miedo

Pero finalizada la Guerra Mundial Segunda se introduciría un factor de alarma casi insoportable. Al término de la conflagración, Rusia había aportado una imponente cuota de sangre, 20 millones de muertos, pero había constituido una maquinaria bélica de primera categoría y se veía favorecida por el Acuerdo de Yalta¹⁰.

3.1. Los nuevos límites rusos y la expansión electoral

En el reparto, y por el Oeste, le toca a Rusia llevar sus límites hasta el Adriático, meta ni siquiera soñada por los grandes Zares, incluyendo parte de Alemania, y un Báltico ensanchado, mientras que por el Este, alcanza un enorme frente sobre el Pacífico, a través del litoral chino, con fuertes influencias sobre el Sud-este asiático. También adquirió protagonismo en el Cercano Oriente y en Africa blanca, donde Egipto mostró claras simpatías hacia el Kremlin¹¹. Este nuevo mapa político causa la consternación de un hombre tan lucido como Antoine Pinay.

⁸ La firma Pío XI es absolutamente condenatoria. Con posterioridad Pío VI discrimina entre falsa filosofía y realizaciones correctas.

⁹ Las fuerzas de Almirante Kolchak, las de Yudenin y de Wrangel parecen tener éxito ayudados por los checos, ingleses y franceses, sin olvidar a los polacos. Aparece genial la figura de Trotzky, quien manejando militarmente los grandes espacios, derrota a los Blancos e Intervencionistas. La gran purga hace perder la vida al joven Mariscal Tukashevski.

¹⁰ Aparentemente Churchill era ignorado y la situación la arreglaron entre Roosvelt y Stalin. El primero estuvo asesorado por H. Hopkins, sospechoso de izquierdismo.

¹¹ Todavía no se había producido la escisión de Tito en Yugoslavia y la ruptura china de Mao.

Además, en el resto del mundo, los Partidos moscovitas compiten con grandes posibilidades de alzarse con el poder. Asustan en Francia con el liderazgo de *Maurice Thorez* y luego *George Marchais*; en Italia *Palmiro Togliatti* rivaliza con *de Gasperi* y se va tragando, poco a poco, al Partido Socialista de *Pietro Nenni*¹².

Por otro lado, la URSS se constituye en parte necesaria en cualquier movimiento revolucionario del mundo, (Africa y América Latina) normalmente planificado y ejecutado por un organismo central con sede en Moscú, el Comintern.

4. La apoteosis Marxista-Leninista

La figura de *Stalin* recibió un tratamiento extremista. Por un lado, y en un momento preciso, dentro y fuera de Rusia fue adorado, haciéndose mérito tanto de sus dotes políticas como militares y constituyéndose más que un culto, una idolatría de su personalidad.

Por el otro, sus enemigos, *Trotsky*, por ejemplo, hablan de él como un tirano sangriento, lleno de maldad¹³. Cayendo él mismo brutalmente asesinado por un sicario stalinista.

Después de la muerte de *Stalin*, con el advenimiento de *Kruschov* las discrepancias desaparecen, como consecuencia de un revisionismo histórico que no solo desmitifica la figura del georgiano sino que la execra.

4.1. *Stalin y la grandeza rusa*

La verdad objetiva es que, en los hechos, Rusia se expande hasta llegar a espacios que ni *Pedro*, ni *Catalina*, ni *Ivan*, se atrevieron a imaginar. Desde un punto de vista nacional-ruso no hay ninguna duda de que *Stalin* significó, para ellos, lo amén o lo odien, el gobernante más grande de todos los tiempos.

Por el otro lado, desde el punto de vista ideológico la ortodoxia se mantuvo férreamente, y cualquier disputa, durante ese período careció de significación y de peso. En ese sentido, se ha dicho bien que *Stalin* es el *Pío XII* de la Santa Rusia. El Comintern funcionaba, con errores o no, imponiendo una dirección centralizada y aceptada en su propio ámbito ideológico a nivel mundial.

Las Fuerzas Armadas soviéticas, modernas, poderosas y, sobre todo, bien mandadas por los grandes mariscales, *Zukov*, *Koniev*, *Rokossovski*, egresados de la Academia *Frunze*, eran un testimonio brillante del poderío de Moscú.

La economía, con un mercado aislado, ajeno al efecto de demostración (conocer los grandes niveles de vida de Occidente) estaba relativamente ordenada con un *Comecon* al servicio de Rusia

¹² En las elecciones tanto francesas como italianas los guarismos que alcanzan los PC casi los equiparan con las fuerzas del DC o Centristas.

¹³ *Kruschov* comienza la crítica dura a *Stalin* con un revisionismo fundamental.

5. La respuesta capitalista

La respuesta se forja, como es natural, en los Estados Unidos. La opción se planteaba entre enfrentar militarmente a la URSS o adoptar una política defensiva que terminaría aparentemente con el triunfo soviético.

Algo de esto ya se había visto poco antes de terminar la Guerra cuando el *General Patton*, cabeza visible de un grupo de *Halcones*, insinuó en ... *ahora Rusia*¹⁴.

En cambio, el dejar las cosas como estaban parecía una política derrotista similar a la de *Chamberlain*.¹⁵ (appeasement policy)..

De todas maneras estas opciones, a fuer de simples, resultaron falsas, porque no tuvieron en cuenta las sutilezas y posibilidades de una Política inteligente. Para comenzar a razonar correctamente había que aceptar el hecho evidente de que la Guerra era imposible porque su resultado suponía la destrucción mutua (Mutual Assurance Destruction, el MAD).

5.1 La respuesta correcta

La solución acertada fue la de dar por descontada la inhabilidad final del sistema económico marxista para el despegue ruso, y para responder a la formidable modernización norteamericana.

Porque si bien es evidente que al principio sirvió como un marco ordenador, y dió buenos resultados partiendo de cero, a la hora de encarar la entrada en la Era de Alta Tecnología, y aún antes, durante el período industrial pesado, y sobre todo liviano, el fracaso fue la resultante.

Además, el aislamiento ruso no se podía mantener, razón por la cual sus dirigentes no pueden dejar de abrir la puerta al efecto de mostración que entonces operó mostrando las tremendas debilidades del sistema marxista en comparación con las realizaciones concretas de su rival capitalista.

El ruso, entonces, ya no quiso aguantar más ahorrando para cañones y no para manteca, quiso y quiere vivir mejor, gozando de la vida. Paul Kennedy, en "Rise and fall of the great powers", señala que la cuota mínima del PBN que debe dedicarse al consumo interno no puede bajar del 80%, mientras que Stalin lo redujo el 52% (!) para asignar ese ahorro forzoso, que se concretaba en hambre, a la industria pesada, especializada en armamentos, que a la postre resultó obsoleta.

A todo esto los Estados Unidos cambiaban su estrategia iniciando la Era Tecnocrónica, postergando el desarrollo de la industria de chimeneas, eligiendo, de esta manera, la infraestructura adecuada a las exigencias del próximo milenio.

¹⁴ Patton quiere continuar velozmente hacia Berlín, donde podía haber llegado antes, creando anticipadamente incidentes con sus pares rusos (son of bich) dicho en la cara del soviético.

¹⁵ Es la política de los Demócratas en USA a la que se tilda de cobarde y entreguista. Falso, porque fue una política sutil.

Sólo ellos podían hacerlo, por disponer de la ingente cantidad de recursos para modernizarse revolucionariamente. Consecuencia política y militar de esta actitud es el Plan de Defensa Estratégica (SDI o *Star War* al que los rusos no pueden responder, por carecer de los gigantescos recursos necesarios, razón por la cual pierden una guerra fría de más de medio siglo sin disparar un solo tiro.

6. El destino de los anticomunistas

Ante esta situación hombres que durante más de medio siglo dedicaron la totalidad de sus esfuerzos a la lucha ideológica y frontal contra el marxismo como su *leit motiv* se encontraron, de pronto, sin razón para vivir.

Es lo propio de los *anti*, de aquellos que irracionalmente se dedican a enfrentar símbolos y representaciones sin elaborar una posición propia, sistemática e inteligible, y de golpe se encuentran cara a cara con el vacío. ES el drama no sólo de cierta Derecha, sino de la propia Izquierda marxista, que con la crisis de su ideología quedan pedaleando en el aire.

Además, ambos ignoraron que la realidad política es de por sí mutable, y está en continuo devenir, y no se prepararon para hacerse cargo de los cambios.

Por otro lado, ciertas Derechas cristianas aún dentro de la tesis de mal metafísico, cuya expresión teológica es el maligno, no se percataron que éste utiliza diversas formas político-históricas a las que usa, en determinados momentos, mientras le conviene, y luego las desecha.

Para ilustrar lo dicho, resulta muy interesante advertir la disposición favorable del Vaticano para preservar la sobrevivencia de Rusia.

De todas maneras no deja de ser lamentable presenciar el drama de miles de hombres que en posiciones antagónicas e irreconciliables, han dejado de encontrarle un sentido a sus vidas, luego de haber luchado todo su existir alimentado ilusiones y sueños, con el aporte de sacrificios ingentes que terminaron en un estruendoso fracaso.

“EL LIBERTADOR: ILUSTRADO GUERRERO CRISTIANO ¿REPUBLICANO O MONÁRQUICO?

POR JULIO R. LASCANO

¿Qué leía San Martín? El catálogo de los libros que donó a la Biblioteca que él fundara en Lima en 1821 nos descubre, en primer lugar, su definida predilección por la historia: las obras sobre la materia son 53, integradas por 170 tomos. En realidad el número es indudablemente mayor dado que según las fuentes consultadas¹ se incluye en otros temas a obras que son preponderantemente de materia histórica aunque se trate de viajes o tengan un sesgo literario o se refieran a asuntos militares. El catálogo señala entre otras a:

Revolutio Francaise, Histoire de Marie Antoniette, Proceso de Luis XVI, Histoire du Directoire executiv de la Republique Francaise, Historia de la Revolución de Francia, Tableaux historiques de la Revolution Francaise, Relation de campagne de Russie, Mémoires du Jacobonisme, Histoire de Louis XIV, Vida de Richelieu, Mémoires pour servir a l'histoire de la Revolution d'Espagne, Relation de la derniere campagne de Bonaparte, Memoria de la guerra de los franceses en España, Histoire de Jeanne d'Arc, Dictionnaire historique de Moreri, Ensayo de la Historia Civil del Deán Funes, Historie d'Inglaterra, Historia de las Naciones del río Orinoco, Historia des Empereurs Romains, Historia Romana, Les histoires de Salhuste (que incluyen seguramente “Conjuración de Catilina” y “Guerra de Yugurta) Introducción a la Historia del Universo, Historia Eclesiástica, veintiocho tomos.), Historia filosófica y política, etc.

Casi todas las obras son de varios tomos: lamentablemente el catálogo no cita a los autores, salvo casos aislados, pero la enumeración de los títulos sirve al menos a nuestros propósitos. En otra ocasión profundizaremos el estudio.

La lista comprende también literatura —cuarenta y tres en numerosos volúmenes— con autores como Homero, Cicerón, Abelardo, Calderón de la Barca, Quevedo, Torcuato Tasso, Voltaire.

Los libros de viaje son más de veinte, en más de cincuenta volúmenes. Son numerosos

¹ General Adolfo S. Espíndola “El Libertador y el libro” Buenos Aires, 1950 (en colección encuadrada Biblioteca Jockey Club de Buenos Aires).

“Catálogo de la Biblioteca que poseía San Martín y que regaló a la ciudad de Lima” en José Pacífico Otero “Historia del Libertador don José de San Martín Tomo III, pags. 832 y sgts. edición de Bruselas.

los diccionarios (diez en treinta y cuatro tomos) y las Enciclopedias (ocho en cuarenta y cinco tomos), más otras colecciones enciclopédicas sobre artes, arquitectura, ciencias naturales, agricultura (numerosas también), matemática, máquinas, oficios, etc, además de importantes Recopilaciones de Leyes, tratados jurídicos, mapas y cartas geográficas.

Por supuesto, como era dable esperar, son importantes y actualizadas para su tiempo las obras de materia estrictamente militar y de historias de campañas de grandes guerreros: Turena, Carlos XII de Suecia, Federico el Grande, Conde de Sajonia, Montecoculli, Mariscal Ney, etc. y las de reciente aparición sobre las guerras napoleónicas.

No faltaba la filosofía, la de Gassendi, por ejemplo, entre los modernos tratadistas que introdujeron el nacionalismo y ciertos materialismos científicos, cultor de Galileo, contendor de Descartes, amigo de Hobbes.

La mención de Hobbes, el autor del Leviathan, nos aproxima a una cuestión que se vincula estrechamente con algo que nos interesa de sobremanera: las obras políticas que el Libertador donó a Lima.

Entre ellas destacamos la presencia de Voltaire, Rousseau, Montesquieu, Mirabeau, Diderot y de escritores que a través de sus obras de imaginación satirizaron las contradicciones y desigualdades e injusticias políticas y sociales de su tiempo, que también difundieron en forma brillantes los imperativos de las libertades individuales frente al absolutismo político de los siglos XVII y XVIII.

Se dirá por qué damos relevancia a tales libros; pues bien, varias son las razones: la primera es que volveremos a encontrar obras de semejante envergadura y criterio político-filosófico en las que retuvo San Martín y en las que incorporó a su "librería" -como él la llamaba- durante su ostracismo en Europa. Además su ideario de libertad, que tales libros sustentaban, nunca fue ocultado o fingido por el ilustre lector y, por otra parte, quienes lo conocieron, lo trataron y coincidieron o colaboraron en su acción política confirmaron sus orientaciones, como también lo hacen los documentos públicos y las cartas que escribiera.

Otro tema es creer que ésta, la francesa, haya sido la única vertiente que configuró su ideal político; el ambiente español en que vivió y se educó estuvo directamente empujado de las concepciones político-filosóficas de Iluminismo y de la política gubernamental del Despotismo Ilustrado que guió a los últimos Borbones reinantes durante la juventud de San Martín, ideas que por la pluma y la acción de Feijóo, Jovellanos, Floridablanca o Cabarrús entronizaron en España el liberalismo transpirenaico.

Pero, además de la impronta de su indudable fe católica, su ideario tiene que haber abrevado, tanto en el Seminario de Nobles de Madrid (ex-colegio jesuita) como años después en las jornadas heroicas del lanzamiento español contra el ocupante francés, de la vertiente católica de la soberanía popular que claramente había completado y diseñado Francisco Suarez, de la Compañía de Jesús, quien un siglo antes que Rousseau había sostenido: *que el pueblo era el titular por derecho natural del poder que Dios depositaba en él y que la forma democrática era la única que era de derecho natural*¹.

Por cierto huelga aclarar que Rousseau no reconocía tal origen divino.

¿Cómo conocemos algunos de esos libros que poseyó el Libertador durante más de veinticinco años de estadía en Europa? Pues porque su yerno Mariano Balcarce los donó a la Biblioteca Nacional de Buenos Aires después de la muerte de San Martín.

Fueron las entregadas veinticinco obras en ciento nueve volúmenes; no tantas es cierto, pero son una muestra confirmatoria de las predilecciones del ilustre lector. En lo que interesa a nuestro tema señalaré que incluye crónicas históricas actualizadas de los sucesos de la revolución francesa, de las portentosas campañas de Napoleón, de los discursos de los grandes tribunos revolucionarios franceses, además de las obras satíricas, en seis volúmenes, de Beaumarchais y veintiún volúmenes de Diderot que comprendía su obra personal y parte de la Enciclopedia que dirigió y la que tanta influencia se le ha atribuido en la formación del pensamiento liberar revolucionario.

A esta altura de la exposición estoy seguro que muchos recordarán la adscripción del Libertador a las pretensiones de instaurar monarquías en la América del Sur liberada. Alguien quizás también evoque el rotundo juicio que al respecto expresara el gran historiador Carlos Ibarguren: *Era por su idiosincrasia un espíritu antirrevolucionario cuando la poderosa corriente demoliberal, encendida por el romanticismo político, sacudía a los pueblos americanos; él era antiliberal y temía que el desenfreno de una súbita libertad provocara la anarquía social. En esos tiempos en que la tendencia dominadora de los anhelos populares que se despertaban con la emancipación, proclamaba la república, él era monárquico, mantenedor de la disciplina en la sociedad y las necesarias jerarquías*³.

No osaré polemizar; sí esclarecer la cuestión en términos preciso remitiéndome a la interpretación exegética de documentación emanada de la misma pluma del Libertador y de sus contemporáneos. Pero previamente, conviene citar aquí, para puntualizar conceptos teóricos breves párrafos de Rousseau y de Francisco Suárez respecto de las monarquías, los cuales es posible todo el mundo en España conociera cuando San Martín vivía allí y seguramente se los traía a colación cuando se conversaba y se discutía en salones, en cuarteles y en logias sobre los candentes sucesos de la Francia revolucionaria o nepoleónica, o acerca del movimiento juntista, de esas Juntas que bajo los mismos principios formó el pueblo en España y en América cuando reasumió la soberanía en nombre de sus reyes cautivos.

Había dicho Francisco Suárez: *que el pueblo era titular por derecho natural del poder que Dios depositaba en él, y que la forma democrática era la única de derecho natural, pero agregaba que el gobierno monárquico es de todos el mejor, y el poder del monarca es derivable en todos los casos no de concesión divina alguna, sino del consentimiento del pueblo*...⁴.

Rousseau a su vez había especificado lo siguiente: *que la soberanía es necesariamente*

² William Archibald Dunning "A history of political theories" Tomo I cap. IV, p. 144, ed. The MacMillan Co. New York, 1927.

³ Carlos Ibarguren "San Martín íntimo" pág. 115, ed. Peuser, Buenos Aires, 1950.

⁴ Dunning obra citada.

democrática, pero el gobierno democrático no es apropiado para la humanidad... que el gobierno monárquico es más enérgico que aquel de una asamblea.

El Libertador tenía en los libros a su alcance fuentes bien directas que hacen presumir que no hubo improvisación ni confusión en sus conclusiones políticas; tuvo bien en claro que sostener la instauración de una monarquía no era negar ni contradecir el establecimiento de un sistema constitucional que, con el consentimiento del pueblo, asegurara las libertades individuales, invocado fin del liberalismo. Así se desprenderá de lo que enseguida aportaremos. Pero antes de hacerlo me permito detenerme un instante para declarar que de la lectura de los textos documentales se podrá observar que, más allá de la intención comprobatoria, he querido evocar la impresión personal que de su genio y figura nos han dejado para nuestra cálida satisfacción los dichos y jugosos comentarios de algunos de sus contemporáneos. Genio y figura que aventan aún más la posibilidad de contradicciones, ambigüedades o hipocresías fuera de las legítimas tácticas políticas.

El Comodoro Bowles, de familia de Almirantes británicos y él mismo Almirante al final de su brillante carrera, era en 1813 jefe de la estación naval en el Río de la Plata y entonces informó al Almirantazgo sobre la situación de las Provincias Unidas, trazó entonces un nítido perfil político y personal de San Martín diciendo entre otras cosas: *Las ideas de paz encuentran en él más potente defensa que en los otros, y posee considerable influencia personal entre los individuos de la comunidad, así como sobre las tropas. Aunque es mayor y más seguro, tiene menos ambiciones y menos capacidad para la intriga política; varias veces se le ha ofrecido un lugar en el Poder Ejecutivo y siempre lo ha desechado...*⁵

En 1818 eleva Bowles otro informe que termina con este perspicaz retrato: *El General San Martín tiene como cuarenta y cinco años: alto, reciamente constituido, de tez oscura y notable porte. Es perfecta su buena crianza y extremadamente placentero en sus modales y conversación. Su modo de vida es en sumo grado simple y austero, y raramente se sienta siquiera a la mesa. comiendo en pocos minutos cualquier vianda que acontece estar lista cuando se siente con hambre. Se dedica laboriosamente a los asuntos, no tolerando que nada escape a su personal atención y llevando toda la correspondencia confidencial sin ayuda de terceros... Es ilustrado, lee mucho, y posee mucha información general. Su concepción política es amplia y liberal... Solo es de esperar que la pacificación de este país tenga efecto antes de que se pierda el único hombre en cuya integridad y desinterés se puede depositar confianza, y cuya muerte sería seguida probablemente por nuevas escenas de anarquía y confusión*⁶.

A su vez el Libertador en Carta a su amigo el conde de Fife, decía ya en 1817: *Los resultados de una revolución estéril y de una guerra ruinoso han colmado las pasiones propias de los cambios políticos, y la opinión de los hombres, ya más serena, aspira únicamente a la emancipación de España y la instauración de alguna forma estable de gobierno, cualquiera que sea. En una palabra amigo mío, las Naciones democráticas han*

⁵ Ricardo Piccirilli "San Martín y la política de los pueblos" Ediciones Gure SRL, Buenos Aires, 1957.

⁶ Piccirilli Obra cit. pág 219-220

*perdido el noventa por ciento del apoyo de los hombre dirigentes, tanto en este Estado como en las Provincias Unidas...*⁷. Sin duda el escepticismo estaba cavando hondo en su ánimo; pero se estaba acercando la hora de halagüeñas concreciones estratégicas.

En sus intenciones monárquicas no se encontraba sólo, por cierto; Saavedra, Belgrano, Moreno, Castelli, Vieytes habían pensado en coronar a la princesa Carlota Joaquina de Borbón; cuando Fernando, su hermano, recuperó el trono de España en 1813 Belgrano, Rivadavia y Saavedra trataron de hallar caminos de conciliación y se acercaron luego a su hermano Francisco de Paula. Se enderezaron por fin las gestiones a la casa de Braganza, y se ofreció el trono después a Inglaterra, a Portugal y a Francia; se conversó sobre un príncipe brasileño; Belgrano propuso al Inca y Pueyrredón al Duque de Luca, pero ambos debían casarse con una infanta brasileña⁸. Pero quede claro que todo ello siempre se condicionó al juramento del monarca por una constitución liberal con sistema parlamentario.

Se buscaba la protección europea y, por ende, el reconocimiento internacional; también se trataba así de poner coto a la anarquía amenazante mediante un régimen que consultara las ansias de libertad del hombre y consolidara la tradición del régimen hispánico que duró tres siglos sin resquebrajaduras ni escisiones. Por otra parte, cabe tener en cuenta que hasta entonces el único ejemplo de república era la aún joven y pequeña Estados Unidos de América del Norte.

Fue el tan ansiado Fernando, asimismo, quien obstruyó toda solución con la madre patria; a su retorno declaró: *Con pueblos rebeldes la clemencia es debilidad; el estandarte de la rebelión fue levantado por la fuerza; caigan sobre las manos que lo desplegaron y de todos sus secuaces la cruel hacha de la justicia; no demos tiempo a esos amotinados para que afirmen su poder, ni a los pueblos para que aprendan a venerar a sus nuevos amos. Despléguese a su vista la majestad del trono español*⁹.

No obstante el Libertador entabló en el Perú negociaciones con los jefes españoles ofreciendo un acuerdo con el Rey basado en el reconocimiento de la independencia del Perú bajo una Constitución liberal. En la reunión de Punchauca, tras un breve exordio, dijo el Libertador: *Los liberales del mundo son hermanos en todas partes. y si en España se ha abjurado después esa constitución (se refería a la de Cádiz), volviendo al régimen antiguo, no es de suponerse que sus primeros cabos de América, que aceptaron ante el mundo el honroso compromiso de sostenerla, abandonen sus más íntimas convicciones, renunciando a elevadas ideas y a la noble aspiración de preparar en este vasto hemisferio, un asilo seguro para compañeros de creencias...*¹⁰. Era junio de 1821.

En octubre del mismo año se juró solemnemente el Estatuto Provisorio que regiría al Perú; estaban allí establecidas la independencia, la justicia y las garantías individuales, es decir algunos de los elementos fundamentales que caracterizan a una constitución liberal. Al mismo tiempo San Martín anunció la formación de la Orden del Sol sobre cuyos ribetes

⁷ Piccirilli pág. 256.

⁸ Alberto Demicheli "Artigas. El Fundador" Cap. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.

⁹ Demicheli, obra cit. pág. 91.

¹⁰ Piccirilli obra cit. pág 271

no cabía engañarse: revelaba un marcado tinte monárquico. Más aún, en las instrucciones que a fines de 1821 reciben los dos enviados a las cortes europeas se les autoriza a explorar la posibilidad que pase a coronarse como monarca del Perú a los príncipes que sucesivamente se señalaba con toda precisión: *siempre que acepte abrazar la religión católica y jurar la Constitución*¹¹, que le diesen los representantes de la nación peruana. Cabe decir, monarquía constitucional.

En carta dirigida en esos mismos días a O'Higgins expresó sin ambages: *...Estoy persuadido que mis miras serán de la aprobación de Ud. porque creo estará convencido de la imposibilidad de erigir estos países en repúblicas. Al fin yo no deseo otra cosa que el establecimiento del gobierno que se forme sea análogo a las circunstancias del día, evitando por este medio los horrores de la anarquía. ¿Con cuanto placer no veré en el rincón en que pienso meterme constituida la América bajo una base sólida y estable?*¹²

Bolívar en sus crónicas sobre la entrevista de Guayaquil pone en boca de San Martín definiciones, tergiversadas y recortadas del contexto, que no se contradicen sino parcialmente con las que antes hemos transcripto; dijo entonces el Libertador del Norte: *que este (el gobierno) no debía ser democrático en el Perú porque no convenía... Dice (San Martín) que no quiere ser Rey, pero que tampoco quiere la democracia y sí el que venga un príncipe de Europa a reinar en el Perú. Esto último yo creo que es pro-forma*¹³. Bolívar desconfiaba, pero ello no es tan grave como su ocultamiento del carácter constitucional, liberal de la monarquía que su interlocutor desembozadamente siempre había propuesto.

No quiero dejar en el tintero las curiosas y maliciosas vicisitudes de la visita casual del Libertador a la señora Mary Graham y que ella misma jugosamente relata y cuya transcripción parcial pero lealmente me permito hacer: *...hombre muy alto y de buena figura y con ojos muy negros que tenían una peculiaridad que sólo había visto en una célebre dama. Eran ojos oscuros y bellos... pero inquietos... Nunca se fijan en un objeto más de un momento pero en ese momento expresan mil cosas. Su modo de expresarse, rápido, suele adolecer de oscuridad; sazona a veces su lenguaje con dichos maliciosos y refranes. Su rostro es verdaderamente hermoso, animado, inteligente; pero no abierto. Tiene afluencia de palabras y facilidad para discurrir sobre cualquier materia... Citó continuamente autores que sin duda sólo conoce a medias y de la mitad que conoce pareceme que no comprende el espíritu... se pasó fácilmente a (los temas de) las revoluciones políticas. Casi todos los reformadores sudamericanos se han inspirado en autores franceses. Se habló del siglo de Luis XIV como de la causa directa y única de la revolución francesa y, por consiguiente, de las de Sud-América... Sus modales son, en verdad, muy finos y muy elegantes sus movimientos y su persona... Esta visita no me ha dejado una impresión muy favorable de San Martín, sus miras son estrechas y aun, si no me equivoco, egoístas. No tiene genio sino cierta dosis de talento y un ligero barniz de conocimientos generales que luce con habilidad; nadie posee como él ese talento que llaman los franceses l'art de se faire valoir. Su bella figura, sus aires de superioridad y esa suavidad de modales a que debe principalmente la*

¹¹ Subrayado de JRL.

¹² Piccirilli obra cit. pág 282

¹³ Ibaguren obra cit. págs 308 y 311

*autoridad que durante tanto tiempo ha ejercido, le procuran muy positivas ventajas. Comprende el inglés y habla mediocrementemente el francés, y no conozco otra persona con quien pueda pasarse más agradablemente una media hora; pero su falta de corazón y sinceridad, que se revelan aún en un rato de conversación, cierran las puertas a toda intimidad y mucho más a la amistad... Aspira a la universalidad, como Napoleón, que, según he oído, tuvo algo de esa debilidad y de quien habla siempre como de su modelo o, mejor dicho, su rival. La señora de Graham fue consciente de sus apasionadas opiniones pues finalizó la semblanza con estas leales palabras: Uno de los castigos de quienes están puestos eminentes es la de ser juzgados severamente por los demás...*¹⁴.

Huelgan los comentarios pero en lo que hace a nuestro tema cabe resaltar el reconocimiento de las muchas lecturas del Libertador, de su talento, y el de la convicción coincidente de sus contertulios que las revoluciones sudamericanas se originaron en la reacción liberal contra al absolutismo.

Alberdi, veinte años más tarde, recibió la misma impresión sobre la figura ya envejecida de San Martín; no incurro en repetirla por cuanto ya es hartamente conocida. Sólo me permito transcribir lo siguiente: *Su frente, que no anunciaba un gran pensador, promete sin embargo, una inteligencia clara y despejada, un espíritu deliberado y audaz*¹⁵.

Por último, vale la pena evocar los tiernos conceptos de Alfred Gérard, su amigo y admirador de los días de Boulogne Sur Mer. *El señor de San Martín era un buen anciano, de una alta estatura que ni la edad, ni las fatigas, ni los dolores físicos habían podido encorvar. Sus facciones eran expresivas y simpáticas; su mirada viva y penetrante; sus modales plenos de afabilidad; su ilustración de las más extensas: él sabía y hablaba con igual fluidez francés, inglés, italiano y había leído todo lo posible de leer...*¹⁶

Fue republicano de convicciones -por inclinación y principios amó al gobierno republicano- pero convencido monárquico en los medios durante su gesta americana impulsó las más serias gestiones nunca ocultas, para instaurar una cabeza reinante que lograra el acatamiento de los pueblos que liberó. Consideraba además a la monarquía constitucional como el único remedio par lograr la unidad continental en la hora en que le tocaba vivir, con pueblos que apenas liberados se debatían en la anarquía más feroz¹⁷.

En su momento, aún el más glorioso, ni los genios de San Martín y Bolívar consiguieron aplastar la hidra de cien cabezas. El Libertador del Sur negó su espada para intervenir en la discordia nacional; y cuando se trató de la unión americana no vaciló un instante en sofocar

¹⁴ José Luis Busaniche "San Martín vivo" págs. 152 a 154, EUDEBA, Buenos Aires, 1963.

¹⁵ Otero, obra citada, T IV pág 440

¹⁶ Otero, obra citada T. IV pág. 371 (traducción de JRL)

¹⁷ Lo expuesto no es contradictorio con su pensamiento posterior -cuando residía ya en Europa- respecto del gobierno republicano el cual consideraba entonces que "no era realizable en la antigua América española... y que la experiencia de los siglos nos demuestra que sus consecuencias son las de caer bajo el yugo de un déspota..."; carta de San Martín a Guido del 6 de enero de 1827, en el trabajo del Cnel. Héctor Juan Piccinali "San Martín se libró del liberalismo" Gladius año 7 n° 20 pág. 142. y siguientes., Buenos Aires.

sus más legítimas aspiraciones y pasiones personales y se apartó totalmente del campo de sus victorias para recluírse en el silencio y arrastrar la crítica y hasta la difamación, y contribuir así, con el dolor de su sacrificio, a que no se quebrara la unidad de acción en la conquista de la libertad.

Es fácil decir que la renuncia sanmartiniana está rodeada de misterio, es que la grandeza es a veces tan sublime, tan de otro mundo, que se nos oculta a los humildes mortales que la Providencia no eligió para tan altos designios.

En aquel desgarrador paso de su vida los argentinos no supimos apuntalar su asediado poder político, y abandonamos una vez más la senda ancha y generosa de la América. Los americanos del sur nacidos a la libertad al mandoble de su sable, no supieron reconocer a quien les ofrecía una fuerte unión en la diversidad para un destino trascendente, y se holgaron con la muerte pequeña y fútil de sus querellas aldeanas.

Cuando pensaba en el genio, la figura y las lecturas del Libertador vino a mi memoria la formidable caracterización sobre Sarmiento trazada por Marcelo Sanchez Sorondo en *La Argentina por dentro*, estoy seguro que ello se debió a que el libro, lleno de hallazgos, provoca el pensar y el sentir nacional. Allí dice el autor *Sarmiento este hombre de acción esgrimia por singular providencia ese don de la palabra escrita, era de modo indivisible un escritor nato. El hombre de acción y el escritor constituían, pues, algo inseparable.*

La frase citada me posibilitó esclarecer mis propias y diferentes conclusiones e intuiciones respecto de San Martín: el padre de la patria, el argentino mayor de la historia, no fue ciertamente hombre de ciencia, no político de medios, no fue hombre de pluma, ni la usó para combatir; pero sí, en el más alto grado, todos sus dones los blandió en el combate para realizar el pensamiento, el plan magistral de sus ideales. Su destino semeja una flecha disparada en el tiempo; es una línea recta trazada en el campo de la gloria, indesviable, velocísima, de clarísimo blanco.

En San Martín su genio es nato, concebido en un sólo bloque, sin facetas fácilmente discriminables. Sus lecturas fueron, sólo la materia con la que maduró sus ideas, con las que sacó filo a su sable, y su sable no fue sino el signo instrumental de su epopeya de la libertad. Jamás escribió para lucirse o deslumbrar o combatir o voltear molinos de viento; su pluma apuntó, aclaró, lustró transparentó en fin sus obstinados objetivos, sus convicciones profundas, pétreas. Nunca combatió sólo para emular a Napoleón o por ser el guerrero más afamado que refocilara porque sí con los rayos y truenos de la batalla, sino para vencer a los enemigos de la causa americana.

Su gesta era más grande, estuvo más allá de la letra, del lenguaje, de la gloria fugaz. Da la impresión de que todo fue simplemente un trabajo, una misión -Providencial, quién lo duda- y que supiera que él era el destinado a cumplirla, que tenía que ser lo que debía ser.

Concibió con grandeza una patria nueva, un reino constitucional y cristiano fecundo en libertades: este fue su ideal. Esta es mi tesis.

El Libertador, aunque dolido y fatigado, no paraba mientes en las críticas mezquinas que no cesaban de perseguirlo. Estaba íntimamente convencido, así lo dijo repetidas veces, que su obra estaba reservada al juicio de la historia. Y la historia ya dio su sentencia.

INSTITUTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO NATURAL DE ROSARIO DE SANTA FE.

9 AÑOS DE ACTIVIDAD

El instituto citado, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina, desarrolla una intensa actividad dentro de su especialidad y en su medio de acción. La misma consta de seminarios de introducción a Tomás de Aquino; seminarios sobre justicia y economía; ciclo de actualización bibliográfica; idem sobre justicia y documentos del Magisterio; clases abiertas; jornadas sobre problemas filosóficos y jurisprudencia; reuniones de iniciación en la investigación y de divulgación. Se caracterizan por una extendida participación y diálogo de profesores y especialmente de alumnos.

Damos a conocer la memoria de ocho años de actividad y, al final, las actividades previstas para 1993 y en curso de realización.

1985

1. Primer seminario de Introducción a Tomás de Aquino

Tema: *El derecho en Santo Tomás*: Lectura y análisis de la cuestión 57 de la II-IIae, Suma de Teología. 18 horas áulicas. Septiembre-octubre de 1985, a cargo del Dr. Héctor H. Hernández, Director del Instituto. Con entrega de certificados y de los textos tomistas a analizar. En Mendoza 444, sede de la Facultad.

1986

2. Segundo Seminario de Introducción a Tomás de Aquino.

Tema: *Algunos del tratado de la ley en la suma de Teología* (QQ. 90-97, I-Iae), a cargo del Dr. Hernández. Abril/junio de 1986. Colaboró la Licenciada Ma. I. González de Grivarello exponiendo, a propósito del tema del bien común, fin de la ley, en entonces reciente libro de Gonzalo Ibañez, "*Persona y derecho en el pensamiento de Berdiaeff, Mounier, Maritain*". Se entregaron certificados y carpeta con los textos a analizar. En Mendoza 444.

3. Breve seminario "Justicia y economía, lberalismo y tomismo.

Entre otros puntos, se analizó el libro, recién aparecido entonces, "*Doctrina Social de la Iglesia y economía de mercado*", de G. Zanotti. Colaboraron los exalumnos abogados Patricia Veinticuaga, Juan Manuel Blásquez y Juan Carlos Cavagliatto.

4. Ciclo de actualización bibliográfica.

Discusión del libro "La Iglesia y la democracia", del Dr. Fulvio Ramos, con la presencia del autor.

La Licenciada Ma. I. González de Garivello y el exalumno abogado Juan Carlos Cavagliatto sintetizaron la obra; luego el profesor Dr. Néstor Pedro Sagües propuso algunas dificultades que el autor fue respondiendo, para terminar con la intervención de parte del numeroso público presente, en su mayoría alumnos de la casa. Se realizó el 27.V.86, junto con el instituto de Derecho Político de la Facultad, en Mendoza 444.

5. Ciclo de actualización bibliográfica:

Discusión de la monografía del Dr. Héctor H. Hernández, "Abuso del derecho y derecho subjetivo", publicada en la revista "El Derecho", 9.V.86, en conjunto con el Instituto de Derecho Civil.

La reunión tuvo carácter de homenaje al extinto profesor Peyrano, , abriendo el acto con palabras alusivas el director del último instituto Dr. Luis Gardella. Sintetizaron el trabajo los exalumnos abogados Scalona y Fanucci y hubo debate, con intervención del autor. Asistieron y participaron, entre otros, los profesores Dres. Peyrano, hijos del recordado profesor. Fue el 29.XI.86 en el salón verde, en la nueva sede de Salta 2763.

6. Ciclo de actualización bibliográfica:

Discusión del libro "La validez del Derecho", de Carlos Nino, con especial referencia a la problemática del derecho natural.

Expuso para introducir al debate el profesor Dr. Lorenzo Gardella. Fue el 28.X.86 en el Salón Verde, en Salta 2763.

Participación del Instituto en actos y trabajos académicos y de divulgación sobre el tema de la ley de divorcio vincular.

En la Facultad se formó el equipo "Familia, Sociedad, Divorcio", integrado por los profesores Barbero, Bernardini, Di Mónaco, Hernández, Petrocelli, Salemi, Strubbia, que desarrollo jornadas y trabajos sobre el tema durante 1986, en la sede y en todos los decanatos de Rosario, así como en Villa Constitución y San Nicolás de los Arroyos y en los medios de comunicación. Los Dres. Petrocelli y Hernández publicaron sendos libros sobre el tema, el último con prólogo de Monseñor Jorge López; se publicaron también trabajos en la revista "El Derecho" y en otros medios

1987

7. Tercer Seminario de Introducción a Tomás de Aquino:

Tema: *Algunos aspectos del tratado de las partes potenciales de la justicia, con especial referencia a los temas "religión y estado" y "patria y patriotismo".*

Estuvo a cargo del Dr. Hernández. Desarrollaron sendas clases los profesores Pbro. Fernando Miguens, Jorge Piñol y Dr. Héctor Padrón, así como el Sr. Carlos Robledo. Fueron

20 hs. de clase a partir del 8 de mayo, entregándose carpeta con los textos a analizar y certificados de asistencia a quienes cumplieron el porcentaje de rigor.

8. Ciclo sobre Justicia y Documentos del Magisterio.

Jornadas de homenaje al Papa con motivo de su visita a la Argentina, producida en esos días.

Se consideró el documento vaticano sobre la *deuda externa* titulado *Al servicio de la comunidad internacional*. Intervinieron inicialmente los profesores *Di Mónaco* (refirió a los antecedentes del documento en análisis en discursos y documentos de Juan Pablo II sobre el tema de la deuda externa), *P. Miguens* (sobre naturaleza y sentido de los documentos pontificios), *Strubbia* (el tema de la *deuda externa* y los principios de la Doctrina Social de la Iglesia) y *Hernández* (el tema de la *deuda externa* argentina, partiendo de nociones de derecho natural, para pasar a consideraciones históricas y jurídicas de la actualidad del tema). Luego se generalizó el diálogo entre los presentes, que acudieron en gran cantidad, interviniendo activamente en el debate, entre otros, los profesores *Sutter Schneider* y *Petrocelli*. En el Salón Verde, el 5.V.87. (La intervención del director del instituto fue luego publicada completa como libro bajo el título *Justicia y deuda externa argentina*, por la Universidad Católica de Santa Fe). En Salta 2763, Salón Verde.

9. Ciclo de actualización bibliográfica.

Discusión del libro "*Familia y Nación Histórica*", del Dr. Bernardino *Montejano* (h), profesor de la PUCA en Buenos Aires.

La profesora *Nora Segovia* sintetizó el libro: luego el profesor *Angel González del Cerro* fue planteando algunas cuestiones al autor, presente en el acto, que las fue respondiendo, hasta generalizarse el diálogo. Intervinieron activamente, además de un grupo de alumnos, los profesores *Barbero*, *P. Miguens* y *Strubbia*, entre otros. Fue el 15.V.87 en el Salón Verde.

10 Ciclo de actualización bibliográfica.

Tema: *Política y moral. Maquiavello y el maquiavelismo.*

Discusión del libro *Una tesis sobre Maquiavello* (*Struhart*, Buenos Aires, 1986), del Licenciado *Vicente Gonzalo María Massot*. El Dr. *Lorenzo Gardella* hizo primero un planteo de la cuestión tema de la jornada para ir dejando progresivamente, con algunas preguntas o cuestiones, que fue proponiendo al autor, la palabra al mismo. Luego, a partir de muchas preguntas formuladas por el público asistente, se desarrolló un intenso y animado diálogo. Fue el 6.X.87, en el Salón Verde.

11. Ciclo de actualización Bibliográfica.

Tema: *Catolicismo y liberalismo.*

Discusión del libro del Dr. *Fulvio Ramos* "*Liberalismo económico y Doctrina Social de la Iglesia*" (*Forum*, Buenos Aires, 1986).

El tema fue introducido por el exalumno abogado *Juan Manuel Blásquez* sintetizando

el libro y la cuestión en debate. Luego expuso brevemente el autor y se abrió un intenso debate entre los presentes, entre ellos los Dres. *Martínez Funes, Strubbia, Padrón, Cantini, Petrocelli*, la Licenciada *Grovarello*, alumnos de la casa y, en ocasión, muchos alumnos de la Universidad Nacional de Rosario. Fue en la Sala "Félix Frías" del Instituto de Historia, el 26.X.87.

1988

12. Ciclo sobre Justicia y Documentos del Magisterio.

"Sollicitudo Rei Socialis: alcances, principios y consecuencias".

El panel estuvo integrado por los profesores *Hernández* (presupuestos filosóficos de la Doctrina Social de la Iglesia), *Sutter Schneider* (ubicación histórica y alcances del documento) y *Strubbia* (síntesis del documento y sus enseñanzas). Se desarrolló en el aula de quinto año, con gran cantidad de público, parte del cual debió retirarse por no haber lugar. A esta jornada asistió un numeroso público de fuera de la Facultad. El diálogo-debate entre el público y los panelistas fue intenso. El 28.IV.88.

13. Ciclo sobre justicia y documentos del Magisterio. Seminario sobre la libertad en el centenario de la encíclica "Libertas".

Se desarrolló en tres jornadas, entregándose certificados y carpeta con el documento en análisis.

Primera Jornada: El 12.V.88 el Dr. Hernández hizo una introducción al tema; las exalumnas abogadas *Zotto* y *Vie* hicieron la síntesis de la primera parte de la encíclica; el Director del Instituto expuso el esquema de la segunda parte y algunos conceptos básicos sobre la libertad. Finalmente expuso el profesor Héctor *Padrón* sobre *La libertad en los griegos*.

Segunda Jornada: El 19.V.88: Breve síntesis de la segunda parte de la *Libertas*. por H. *Hernández*; disertó luego el profesor *Guido Soaje Ramos* sobre *Introducción a la libertad en Santo Tomás*, refiriéndose especialmente a la cuestión 6ª de las QQ. Disputadas "De Malo" del citado autor. Con diálogo posterior. Asistió un número importante de exalumnos del disertante, que volvía a la Facultad luego de largos años, habrá sido el primer profesor de la cátedra de Filosofía del Derecho en la Casa.

Tercera jornada: El 26.V.88: El director sintetizó las doctrinas del liberalismo político, religioso y económico y luego expuso el Obispo Monseñor *Victorio Bonamín* sobre *Aspectos teológicos de la encíclica 'Libertas'*. Siempre en el Salón Verde.

14. Ciclo de actualización bibliográfica

Tema: *"Dworkin y el derecho natural"*.

Discusión del último capítulo del libro *"Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho"* y de la monografía *"El antipositivismo de Ronald Dworkin"*, el Dr. *Rodolfo Vigo*, juez de la Suprema Corte de la Provincia de Santa Fe, con la intervención del autor. Los alumnos *Sutter* y *Drovetta* y el Dr. *Villaruel* sintetizaron las obras en cuestión, introduciendo

do el diálogo, con principal intervención del autor de las obras. En el Salón Verde de la Facultad, el 29 de setiembre.

1989

15. *Cuarto Seminario de Introducción a Tomás de Aquino.*

Tema: *La felicidad del hombre* ("Suma Teológica", I-IIae, qq. 1 a 5).

Estuvo a cargo del director. Intervinieron como expositores adjuntos los profesores Tomás Albornoz, Beatriz Hiraldo, Carlos Robledo y los abogados Juan Manuel Blásquez y Andrea Zotto. Fueron 20 hs. de clase, iniciadas el 13 de abril y concluidas el 17 de agosto. Desarrolló una clase como profesor invitado al Profesor Jorge Piñol. Se entregaron certificados de asistencia y carpeta con las cinco cuestiones en estudio, habiendo un alto número de participantes.

16. *Ciclo de actualización bibliográfica.*

Presentación y discusión del libro *Justicia y 'deuda externa' argentina* (Universidad Católica de Santa Fe, 1988) del director del Instituto.

La síntesis del libro fue realizada por los alumnos Marcelo Tacconi, Diógenes Drovetta y Germán Sutter y el exalumno Diego Giuliano. La presentación propiamente dicha estuvo a cargo de los profesores Daniel Almiron y Mario Strubbia. Abrió el acto el profesor y consejero de la Facultad, Dr. Lorenzo Gardella. Luego usó de la palabra el señor Rector de la Universidad Católica de Santa Fe, arquitecto José María Passeggi, quien se refirió al sentido de la auténtica universidad y de la Universidad Católica y al lugar que en la de Santa Fe tenía el empeño editorial iniciado con el libro presentado. Finalmente usó de la palabra el autor y luego se generalizó el diálogo, con activa participación de los presentes, muchos de ellos público exterior a la Facultad. En el salón de Actos de la Facultad y del Colegio Nuestra Señora del Rosario, Salta 2763, el 9 de mayo de 1989.

17. *Ciclo de Actualización bibliográfica.*

Tema: *Argentinidad, Hispanidad, Instituciones.*

Presentación e introducción a la discusión de tres libros del profesor de la Casa Dr. Héctor Petrocelli: *Apuntes de Historia de la Iglesia Argentina* (Mater Dei, 1988), *Encuentro de dos mundos* (Cultura Hispánica, 1988) e *Historia Constitucional Argentina* Keynes, 1988).

Abrió el director del Instituto, y luego sintetizaron los respectivos libros los profesores Alberto Bernardini, Tomás Albornoz, abogado exalumno Juan Manuel Blásquez, alumnos Guillermo Hansen, María José Esmoriz, Ivana Spoglia y Marcelo Bianco. Luego habló el Dr. Petrocelli sobre aspectos salientes de la Catolicidad-Hispanidad-Argentinidad y se desarrolló el diálogo, con gran cantidad de público que colmó el salón de sexto año. El 27 de junio de 1989. Participó especialmente invitado el Señor Cónsul de España en Rosario. Tuvo carácter de homenaje al Vto. Centenario de la Evangelización de América.

18. Clase abierta

A cargo del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, titular de *Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Rosario* sobre el tema: *Una visión sobre la justicia*.

Expuso el citado autor la doctrina trialista del derecho y la justicia. Luego hubo un animado diálogo intervinieron profesores y alumnos. Estuvieron presentes alumnos de tercero, quinto y sexto años, en la hora normal de clase de Filosofía del Derecho de los días martes, y los profesores Alberto Bernardini, Ramón Ríos, Dra. Martínez Ledesma y Juan Luis Nardín. Con motivo del diálogo del Dr. Hernández escribió *Precisiones para un diálogo entre "tomistas" y "trialistas"*, aclarando algunas posiciones tomistas sobre justicia, derecho y, temas fundantes, publicada en *El Derecho*, 138, p. 940.

19. Problemas insfilosóficos en la jurisprudencia.

Tema: *Los valores, la Patria y su defensa*.

Jornadas de discusión sobre la objeción de conciencia y el fallo de la Corte Suprema en el caso *Portillo*.

Intervinieron inicialmente el Dr. Hernández abriendo el acto: El Presidente del Centro de Estudiantes, Alejandro Martín y el alumno Juan Pablo Rodenas sintetizaron el fallo de la Corte; el P. Jorge Piñol se refirió al Magisterio Papal sobre la guerra justa; el Dr. Roberto Vázquez Ferreyra, profesor en la Universidad Nacional de Rosario y en la Nacional de Buenos Aires, se ocupó del análisis dogmático-jurídico del fallo. Luego se leyeron intervenciones especialmente preparadas como ponencias críticas sobre análisis dogmático-jurídico del fallo. Luego se leyeron intervenciones especialmente preparadas con ponencias críticas sobre algunos comentarios que aparecieron al fallo: alumnos Santiago Strubbia (sobre comentario de *Bidart Campos*) y Mariano Morelli (comentario de *Nino*); abogado Juan Carlos Magni (comentario de *Herrendorf*), leído en síntesis por el alumno Luis Facello, de la Universidad Católica de Santa Fe. Participaron especialmente invitados alumnos de esta última Universidad y de la Universidad Nacional de Rosario, alumnos del prof. Vázquez Ferreyra. Tuvo lugar el tradicional espacio para las objeciones y respuestas, intervinieron en especial los alumnos Ivana Spoglia, Marcelo Baldoni y los profesores Juan Luis Nardín y Mario Strubbia, entre otros. Las intervenciones del Dr. Magni y de Morelli fueron publicadas en revista *Verbo*.

Participación en Jornadas sobre el aborto.

Fueron organizadas por el titular de la cátedra de Penal II Dr. Juan Luis Nardín el 22.8.89 el panel se integró con los profesores penalistas Dres. Nardín y Bernardini (*Aspectos jurídico-penales*). Dr. Hernández (*Introducción a los aspectos filosóficos*), P. Miguens (*Aspecto teológico*) y Dr. Pineda (*Aspectos médicos*).

1990

20. Quinto seminario de Introducción a Tomás de Aquino.

Tema: *Justicia y Economía, con especial referencia a problemas contemporáneos.*

Estuvo a cargo del director del Instituto. Colaboraron en las exposiciones el Abogado Juan Carlos Magni (síntesis de *Dognin, El juicio económico*), el Abogado Juan Manuel Blazquez (*La reciprocidad en los cambios*). Los alumnos Guillermo Hansen y Mariano Morelli sintetizaron trabajos del DR. Hernández sobre *La natural socialidad del hombre y El bien común político*. El Seminario se desarrolló en el segundo piso del edificio de la Facultad, se inició el 10/4 y duró 20 hs. áulicas. Se entregaron certificados y carpetas con las cuestiones respectivas de la Suma Teológica, que se analizaron. (En especial cuestiones 66 y 77 de II-IIae. Fruto de este seminario fue el trabajo *Sobre la propiedad privada (Ensayo de sistematización de las razones en favor de la propiedad privada como 'responsabilidad')*. (Verbo, 312-313. 1991, p. 61/88).

21. Clase abierta.

"Del Prof. Dr. Héctor Padrón sobre *La justicia, la sofística y nosotros*.

En la sala Félix Frías del Instituto de Historia, el día 26.IV.89, con la participación activa de alumnos de diversos cursos y de algunos profesores, entre otros el Dr. Martínez Funes.

1991

22. 3^{er}. Seminario sobre *Justicia y economía*.

Jornadas de conmemoración del Centenario de la encíclica *Rerum Novarum*.

1^a Jornada: 9 de mayo de 1991: titulada *La Iglesia, la 'Rerum Novarum' y el fin de la economía*. Hablaron el Director del Instituto explicando el ciclo; la Sra. Decana, palabras de apertura; el Dr. Régulo Martínez Funes, titular de Comercial II sobre razones y circunstancias de la encíclica. Luego del habitual recreo expusieron: Dr. Hernández el fin de la economía, a la luz de la razón natural; el alumno de C.E. Diego Palomeque hizo breve síntesis de la *Rerum Novarum*; el Dr. Juan Carlos Magni hizo breve comentario del primer párrafo de la citada encíclica; la profesora Beatriz Hiraldo sintetizó un capítulo de *Centesimus Annus*. (En la Sala "Félix Frías" del Instituto de Historia).

2^a Jornada: 16 de mayo: "*Socialismo, liberación y 'Teología de la liberación'*". Exposición sobre el tema central a cargo del Dr. Hugo Verdera. Expuso la alumna Fernanda Massa sobre "La propiedad en la doctrina social de la Iglesia". Con debate posterior, y muchas preguntas dirigidas al invitado especial Dr. Verdera.

3^a Jornada: *Trabajo, empresa, orden profesional de la economía*. Expuso el Dr. Luis E. Roldán sobre el tema del título: Los alumnos Juan Carlos Lapalma y Guillermo Hansen expusieron sobre *Trabajo, salario, capital en la Doctrina Social de la Iglesia y Reciprocidad en los cambios*, respectivamente. Con diálogo posterior y preguntas, especialmente el profesor invitado Dr. Roldán..

4^a Jornada: 30 de mayo de 1991: *Doctrina social de la Iglesia y liberalismo económico*. Expositor invitado: Dr. Carmelo Palumbo: *Análisis crítico del pensamiento de von Mises*. Luego expuso equipo dirigido por Mariano Morelli (Fernanda Massa, Verónica Scarameli) sobre liberalismo y doctrina católica: profesor C. Robledo sobre *Estado y economía*. Las tres últimas reuniones en planta baja, en el *salón de video*. Concurrió mucho público muy

interesado. A la última reunión asistió Monseñor Victorio *Bonamín*; así como un contingente importante de alumnos de segundo año con el profesor Contador *Giolito*, de la cátedra de Economía Política. A los asistentes inscriptos que cubrieron el mínimo reglamentario se otorgó certificado. Asistió el Dr. Fco. *Casiello*, Decano de la Facultad Católica de Química.

23. "Jornadas en el Centenario de la *Rerum Novarum*".

Los días viernes 10, 17, 24 y 31 de mayo de 1991, a partir de las 19 hs., se repitió exactamente el mismo Seminario antes aludido en la ciudad de San Nicolás, en el salón de actos del Colegio de Abogados. Auspiciaron la Municipalidad, la Parroquia Catedral, Asociación del personal superior de Siderurgia Argentina, Liga de madres de familia y Sindicato de la madera. Lamentablemente no pudo viajar el Dr. *Martínez Funes*. El discurso de apertura fue pronunciado por el Intendente Municipal de San Nicolás, Dr. *Eduardo Di Rocco*. Se repitió la organización del anterior, viajando los profesores invitados desde Bs.As. y los alumnos desde Rosario.

Como en el caso de Rosario, se repartió material de *fichas de Doctrina Social de la Iglesia*, con los trabajos de los oradores.

24. Reuniones de divulgación:

A propósito de la encíclica *Rerum Novarum* y de la nueva *Centesimus Annus*: Un equipo del Instituto (Dr. *Hernández*, prof. *Carlos Robledo*, alumnos *María Elena Rossi*, *César Cingolani* y *Silvia Foix*) dictó una clase a los cursos superiores del Colegio Nuestra Señora del Rosario, en el mes de junio.

25. Reuniones de divulgación:

A propósito de la encíclica *Rerum Novarum* y de la nueva *Centesimus Annus*: un equipo del Instituto (Dr. *Hernández*, prof. *Carlos Robledo*, *Mariano Morelli*) expusieron en el salón de actos de la Parroquia Santa Rosa de Lima, Mendoza y Corrientes, Rosario; también en el mes de junio.

26 Sexto Seminario de Introducción a *Tomás de Aquino*.

Tuvo lugar los martes desde el día 23 de abril de 1991 al 2 de agosto, interrumpiéndose por las vacaciones, en el Salón Verde. Asistieron alrededor de treinta inscriptos, a quienes se repartió material. Versó sobre *Los actos humanos. Parte Psicológica. Algunos aspectos*. Además del director, expusieron: prof. Dr. *Alberto Bernardini* (aspectos del acto humano en el Derecho Penal); Dr. Pbro. profesor *Jorge Piñol* (Elementos sobrenaturales a tener en cuenta en el estudio del acto humano); alumnos *Juan Carlos Lapalma* (vida de Santo Tomás); *Esteba Laspina* (*Aspectos jurídicos de la voluntariedad del acto humano en relación a la publicidad subliminal*); *Mariano Morelli* (*Aspectos de la doctrina de los actos jurídicos en la doctrina civilística*); profesor *Pedro Dabin* (resumió un artículo de la profesora *Corso* sobre *Actos humanos y droga*). Participó activamente en la sesión del 14 de mayo la profesora *Laura Corso*.

27. Clase abierta de la profesora *Laura Corso*. Tuvo lugar el 14 de mayo de 1991.

Expuso sobre *Necesidad de la virtud*. Asistieron, además del curso de sexto año, participantes

del seminario tomista, un contingente de 4° año y alumnos de otros cursos, suscitándose animado diálogo posterior.

28. Reuniones de iniciación en la investigación.

Además de las numerosas reuniones realizadas por la preparación de cada seminario o jornada, y de estas mismas, se hizo una el 9 de septiembre de 1991. El alumno César Cingolani expuso y comentó textos tomistas sobre *La naturaleza y fin de la pena*. En esa reunión la señora Decana hizo entrega de los certificados de asistencia a los dos seminarios desarrollados ese año.

1992

29. Ciclo de actualización bibliográfica:

Tema: *La cuestión del totalitarismo ayer y hoy*: Presentación y discusión del libro *Esparta, Ensayo sobre el totalitarismo antiguo* del Lic. Vicente Massot, con presencia del autor (Profesor de la Facultad de CC Políticas UCA, Bs. As.). Se realizó el día 21.4.92 en el salón de video (P.B.). La introducción al tema fue realizada por el Abogado Eric. F. Warr. Posteriormente se abrió un intenso diálogo con el auditorio.

30. Ciclo de actualización bibliográfica:

Presentación y discusión del tomo 2 y de la 2ª edición del tomo 1 del libro *Doctrina Social de la Iglesia* (Ed. Paulinas), del Dr. Mario Strubbia, con presencia del autor e introducción a cargo del Dr. Lorenzo Gardella; y de *Liberalismo Económico y Doctrina Social Económica Católica - Crítica de un intento conciliador* (Gladius, Bs.As., 1991), del Dr. Hernández; con presencia del autor y síntesis de la obra a cargo del alumno César Cingolani. Se realizó el 26.5.92 en el salón de video, con gran asistencia de público y amplio diálogo posterior.

31 Séptimo Seminario de Introducción a Santo Tomás de Aquino.

Tema: *Cuestiones sobre sociedad y política.*

Se desarrolló durante 20 hs. áulicas desde el 28.4, en el Salón de Video (P.B.). El temario incluyó Lectura, análisis y comentario de algunos puntos de *De Regno* (Necesidad de la autoridad: Lib. 1, cap. 1; Formas de gobierno: Lib. 1, caps. 2/6; el Tiranicidio: 6; Fin de la comunidad política: 14; Iglesia y Estado: 15) y del artículo 1 de la cuestión 105 de la I-II (*Esbozo del régimen mixto*). El alumno Mariano Morelli sintetizó el trabajo El grupo social del Dr. Soaje Ramos, donde se elabora una noción tomista de sociedad a partir de la definición dada por Santo Tomás en el opúsculo *Contra Impugnantes*; el alumno de CC Políticas (UNR) Luciano Tuffo sintetizó aspectos de conexión con doctrinas y regímenes políticos modernos en algunos trabajos de Julio Irazusta: Juan Carlos Lapalma (*Esquema de la Suma*) y la alumna Amalia Maggi sintetizó el trabajo del Dr. Hernández "La Democracia, acepciones, valoración" (Ponencia a la semana tomista desarrollada en Bs. As. en 1991). En la jornada del 23.6. el Dr. Félix Lamas, (UCA. Bs. As.) especialmente invitado, expuso sobre el tema *El bien común político*, con intenso diálogo posterior. A los participantes se les entregó carpetas con material de estudio y al final del seminario los certificados respectivos.

32. Clase abierta:

A cargo del Dr. Félix A. Lamas, en la cátedra de Filosofía del Derecho y Derecho Natural, llevada a cabo el 23.6.92.

Se refirió al tema *La concepción clásica del Estado*: luego de lo cual los alumnos Juan C. Lapalma, María E. Rossi y Amalia Maggi sintetizaron ideas fundamentales del libro de Lamas *Ensayo sobre el Orden Social*, recientemente reeditado, planteándose luego numerosos interrogantes que fueron respondidos por el autor.

33 Seminario sobre Justicia, Derecho y Evangelización en el Quinto Centenario del Descubrimiento de América: con la dirección del Dr. Héctor Hernández.

1ª Jornada: Martes 15 de setiembre, 20 hs. Explicación del desarrollo del Seminario, por el alumno Mariano Morelli (5º año). Palabras de apertura por el pr. Dr. Bernardo Diez, titular de la cátedra de Derecho Constitucional y ex-Decano de la Facultad. *Aportes para el esclarecimiento:* síntesis del *Las Casas* de Ramón Menéndez Pidal, por la alumna de 4º año Amalia Maggi y de "*Las venas abiertas de América Latina*". de Eduardo Galeano, a cargo del alumno de 5º año Cesar Cingolani. Exposición: *Justicia y dominio de Indias: algunos aspectos sobre la cuestión de la legitimidad del imperio hispánico*, a cargo del Prof. Hernández.

2ª Jornada: Jueves 17 de setiembre, 20 hs. *Aportes al esclarecimiento:* exposición "*Reflexiones sobre el encuentro de dos culturas*", Prof. Lic. Rubén Amiel; y síntesis de *Del Municipio Indiano a la Provincia Argentina*, de José M. Rosa, a cargo del exalumno Abog. Juan Manuel Blázquez. Exposición: *El Derecho Público en la América hispana*, Prof. Dr. Hugo Domingo, profesor de Historia de las Instituciones. Discusión

3ª Jornada: Martes 22 de setiembre, 20 hs. *Aportes para el esclarecimiento:* síntesis de "*Acción benéfica de España en Indias*", del P. Cayetano Bruno, alumno Juan C. Lapalma (5º año); *Hispanidad y Leyendas Negras*, de Antonio Caponetto, alumna María E. Rossi (4º año) - Exposición: *Los Reyes Católicos, reciente bibliografía*; Prof. P. Jorge Piñol, profesor de Teología II. Durante el desarrollo de la jornada el Prof. Dr. Mario Strubbia se refirió al tema *La Evangelización de América en el magisterio de la Iglesia*. Discusión.

4ª Jornada: Jueves 24 de setiembre, 20 hs. *Aportes para el esclarecimiento:* síntesis de *Historia del Descubrimiento y la conquista de América*, de Francisco Morales Padrón, alumna Fernanda Massa (5º año); de *Encuentro de dos mundos*, del Dr. Héctor Petrocelli, alumno Esteban Laspina (5º año); de *Defensa de la hispanidad*, de Ramiro de Maetzu, por las alumnas de 1º. año Julieta Deluc, Ana Cielo Morelli y Romina Suárez (1º. año). Exposición: *Fuentes hispano-indianas del derecho civil argentino: algunos aspectos*, Prof. Dra. Noemí Nicolau profesora de D. Civil III. Discusión.

5ª Jornada: Martes 29 de setiembre, 20 hs. Presentación del libro *La Cristiandad y su Cosmovisión* (Edic. Gladius) del P. Alfredo Sáenz, con presencia del autor, a cargo del Profesor exalumno Diego Giuliano (D. Constitucional) y alumnas María Inés Rioli (6º año) y Leticia Bourger (3º año). Exposición: *Hernandarias, modelo de gobernante cristiano*;

Prof.P: Alfredo Sáenz. Cierre de las Jornadas a cargo del prof. Dr. Régulo Martínez Funes, titular de la Cátedra de Derecho Comercial II y asiduo participante de los actos del Instituto. A los asistentes se les entregó carpeta con materiales de estudio y el respectivo certificado.

1993

Plan de actividades para 1993.

1. *Octavo Seminario de Introducción a Tomás de Aquino.*

Todos los martes de la primera parte del año desde el 20 de abril. versará sobre *La libertad*. Bases antropológicas previas: la libertad: *Catecismo tomista* y problemática y discusiones científicas: alusión a posiciones divergentes; aplicaciones en el campo social, político y jurídico.

2. *Clase abierta sobre Justicia e interpretación de la ley: el aporte del Derecho Romano*, a cargo del Dr. Alfredo Di Pietro, Decano de la Facultad de Derecho de la UCA, Bs. As. El 4 de mayo a las 18 hs.

3. *Clase abierta sobre Hobbes: natural y artificial politicidad* a cargo de la Licenciada Ma. Liliana Lukac de Stier (UCA, CC Económicas, Bs. As.). 01.6.93, 18 hs.

4. *Clase abierta sobre El justo precio*, a cargo del profesor Dr. Juan Antonio Widow Antonich, Universidad Católica de Valparaíso, Chile, Director de *Philosophica*. El 7 de setiembre, 18 hs.

5. *Jornadas sobre Justicia, Vida humana y Procreación artificial*, a cargo del Dr. Armando Andreut (h), titular de Filosofía del Derecho y Decano de la Facultad Católica de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. El 5. de octubre de 1993. Tendrá carácter de recordación de los 25 años de la encíclica *Humanae Vitae*.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

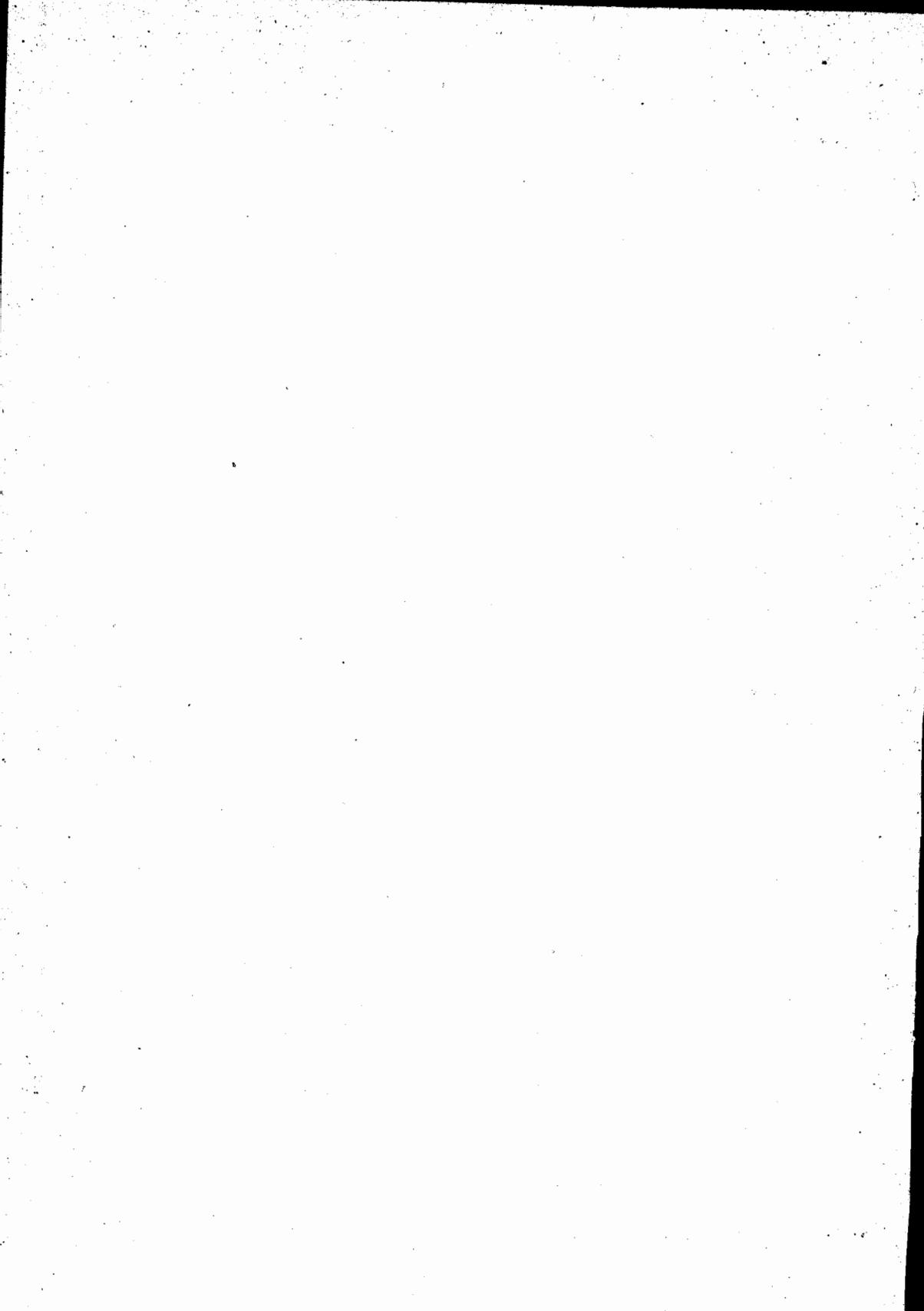
ZARINI, HELIO JUAN. DERECHO CONSTITUCIONAL. ASTREA, 1992, 813 PÁGS.

Este *Derecho Constitucional* viene precedido por el interés que despertaron la obras anteriores de Helio Juan Zarini, como sus ediciones de la Constitución con comentarios exegésicos y estudio de las fuentes. Ahora, desde la ciudad cordobesa de Bell Ville, que alguna vez fue pensada para capital de la República, nos llega este compendio de la materia, como valiosa contribución a la tarea del docente y fuente bibliográfica segura para los alumnos.

A lo largo de estas páginas, Zarini brinda un amplio panorama de la materia, auxiliado por una buena metodología y una permanente referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Y si puede señalarse que encontramos hasta las más recientes incorporaciones a nuestro Derecho Constitucional., páginas que dedica a los antecedentes constitucionales argentinos o el pormenorizado tratamiento, histórico y jurídico, de la doctrina de facto.

El Dr. Pedro J. Frías prologa esta obra sobre la que coincidimos con él en destacar que participa del estímulo didáctico, servicial y atrayente puesto de manifiesto en la producción anterior del autor. Para Zarini el Derecho Constitucional sigue siendo *como la conciencia de un orden moral objetivo*, un orden que, afirma más adelante, se vincula con la democracia *porque creemos que ella es la fórmula gubernamental y el estilo de vida que propone, como fundamento del orden político y jurídico, la dignidad del hombre libre*. De allí la importancia de que el pueblo sea permanentemente instruido y educado en sus derechos, *posibilitarle las condiciones reales para que los ejercite, advertirlo sobre el sentido moral y la responsabilidad personal en la vida social. destacar los deberes políticos del individuo como los compromisos sociales y económicos del sistema*. El docente, y mucho más quien tiene la responsabilidad de enseñar la Constitución, encuentra en estas palabras de Zarini de hondo contenido cívico, un verdadero programa de trabajo.

Norberto Padilla



**Este libro se terminó de
imprimir en talleres Graficos CYAN
Potosi 4471 Capital Federal TE. 982-4426
en el mes de diciembre de 1993**