

THEMIS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

Año 5

1969

Número 7

SUMARIO

Etica, Derecho y Estado	1
por <i>Giorgio Del Vecchio</i>	
La Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos	12
por <i>Dale B. Furnish</i>	
Comentario de la Ley de Reforma Agraria N° 17716 como una introducción al estudio del Derecho Agrario Peruano	39
por <i>Guillermo Figallo Adrianzén</i>	
Excepción de Prescripción	45
por <i>Augusto Ferrero Costa</i>	
Sobre la Reforma de la Facultad	49
por <i>Luis Pásara</i>	
Transferencia de la Propiedad de los Bienes Muebles en el Código Civil Peruano de 1936	53
por <i>Felipe Osterling Parodi</i>	
Un Problema de Derecho Constitucional	58
por <i>Alejandro Alfageme Rodríguez Larraín</i>	
Autores de este número	63



Revista de Ciencias Jurídicas

1969

Año 5 - Número 7

Carabaya 1174 - Lima (Perú)

Consejo de Redacción: Luis Arbulú A. (director), Augusto Durand Palacios, Antonio Kuljevan Pagador, Jorge Dajes Fleishman y Jack Batievsky Spaack.

—Está permitida la reproducción de los artículos insertados, con autorización expresa de sus autores y haciendo constar la publicación de origen.

Lugares de Venta: Librerías Studium, Mejía Baca. La Universidad, Epoca. Precio del ejemplar: S/. 15.00.

Revista editada por la Asociación Jurídica Thémis (Art. 37 de los Estatutos: "El Reglamento determinará que los miembros que integran la revista sean necesariamente alumnos regulares de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú").

Etica, Derecho y Estado^(*)

Por: Giorgio Del Vecchio

I

Para definir la noción de Estado, es necesario elevarse a la de Derecho, la cual, a su vez no puede ser definida si no se asciende a la noción de la Etica. Tal es el «*ordo et connexio rerum*».

Queriendo proceder deductivamente, conviene por lo tanto establecer algunas breves consideraciones sobre la Etica en general, y sobre el puesto que ella ocupa en la concepción del mundo.

Nuestra conciencia subsiste en cuanto al sujeto se opone un objeto. Este doble aspecto, que podemos llamar bipolar, del ser (y por lo tanto del contenido de toda conciencia) se resuelve en un **paralelismo transcendental**, puesto que toda la realidad es referible igualmente a uno y a otro de aquellos principios. No se trata ya de dividir la realidad en dos partes, sujeto y objeto; esto podría parecer verdad a una observación empírica, y no faltan, como es sabido, tentativas de construcciones filosóficas en tal sentido. Pero, tales construcciones, examinadas críticamente, se revelan defectuosas e inadecuadas. Sujeto y objeto no son «cosas» o materia, sino más bien criterios transcendentales, lo que equi-

vale a decir **puntos de vista necesarios (a priori)**.

Nos es necesario, por un lado, admitir una realidad (objetiva), que comprende a nuestra misma existencia: una realidad, pues, que tiene su principio fuera de nosotros, la cual se mueve según propias energías y propias leyes, a las cuales toda la vida está subordinada, no siendo más que una mínima partícula de ella («*particula naturae*»). Nuestro intelecto, puede por lo tanto, dedicarse a conocer tal realidad y descubrir sus leyes, pero no mudarla. Esta es, en resumen, la «orientación objetiva» de la conciencia.

Pero, por otro lado, nos es necesario considerar que el mismo conocimiento de la naturaleza, precisamente porque es conocimiento y por lo tanto acto del sujeto, tiene en éste (lo que equivale a decir en nuestro espíritu) su principio. Se debe, pues, admitir que la realidad no está ya «fuera» o «antes» del yo (entendido éste universalmente, como sede o centro de las ideas), sino que, por el contrario, es una producción o representación del yo mismo, y las leyes de la realidad no son otra cosa que leyes del pensamiento. Tal es la que podríamos llamar la «orientación subjetiva» de la conciencia.

* Traducción de Mariano Castano.

Tal dualidad permanece insuprimible, como ley inmanente de nuestro ser, porque éste se halla a la par en disposición, por su misma estructura, de orientarse en uno y otro sentido. Los dos términos fundamentalmente antitéticos, son igualmente legítimos y válidos, dominando y abarcando cada uno de ellos al otro, pero no llegando jamás definitivamente a eliminarlo, porque (invirtiéndose el ángulo visual) es a su vez dominado y comprendido por aquél.

También al considerar nuestras acciones, siempre nos es posible referirlas con igual razón a la realidad objetiva (como fenómenos de la naturaleza, y por tanto, sujetas a las leyes de la naturaleza misma), y a la subjetividad de donde emanan.

Esta subjetividad, que es en nosotros suprema certeza, y sella, como indeclinable supuesto, cada exteriorización nuestra, teórica y práctica, nos hace verdaderamente participar de otro mundo diverso del de la naturaleza objetivamente considerada. Cuando hablamos de «nuestra naturaleza», pretendemos precisamente referirnos a un principio de orden subjetivo, que trasciende (y, en cierto sentido, comprende) la naturaleza en sentido físico, quedando siempre a salvo la posibilidad de aquella inversión acerca de la cual antes hemos insistido.

La conciencia de nuestra subjetividad, en este sentido transcendental, va indefectiblemente acompañada (y mas bien, es todo uno) de nuestra libertad e imputabilidad. Cada acción nuestra tiene en noso-

tros mismos su principio, y por consiguiente, tiene la impronta de un absoluto comienzo; aunque considerada en el orden de los fenómenos, y por tanto referida al principio objetivo de la naturaleza, aparece determinada por éste. Antinomia, o mejor **refracción** del ser, que en vano se intentaría eliminar y que encierra en sí todo el drama y la perpetua crisis de nuestra existencia.

Surge ahora para el sujeto el problema práctico o ético (**quid agendum**), problema que, evidentemente, no tendría sentido alguno con respecto a un objeto. En cada instante el sujeto debe obrar, y por lo tanto tomar una actitud o exteriorizar su ser (aunque algunas veces ello se califique negativamente como abstención). Y como el obrar de una u otra manera depende indudablemente del mismo sujeto, éste no puede dejar de buscar para sus acciones una regla, que se le ofrece directamente por su propia conciencia, y también, de reflejo, por las sugerencias más o menos conformes de las conciencias ajenas, con las cuales está en comunicación.

Cuáles sean el tenor y el valor de esta regla (que también podríamos llamar criterio o principio ético), una o múltiple, constante o mutable, fundada en el ser intrínseco del sujeto o impuesta a él desde fuera, todas estas y otras cuestiones conexas forman el argumento de la Ética como disciplina filosófica. No sería ahora posible el trazar, aunque sólo fuera sumariamente, el desenvolvimiento histórico de tales cuestiones y de las varias soluciones propuestas. Recordemos tan sólo que es también posible un tratado empí-

rico de tal materia, en cuanto se observe el **modo efectivo de comportarse** de los individuos y de los pueblos, es decir, sus costumbres; y semejantemente el **hecho** de las **enunciaciones** de preceptos y normas del obrar, independientemente de su valor. La Etica (llamada con más precisión, en este sentido, Etica objetiva, Ciencia de los costumbres o Eto-grafia) deviene entonces una parte de la ciencia de la naturaleza. Por lo tanto, es asunto propio de la Etica, como ciencia especulativa, la investigación del principio universal del obrar, teniendo un propio valor absoluto y una propia verdad deontológica, independiente de la experiencia.

Si para recabar este principio o regla absoluta del obrar se atiende a los elementos constitutivos del ser subjetivo, se puede mientras afirmar genéricamente que éste (o sea, el hombre en sentido universal) debe vivir «conforme a naturaleza» ómolugoménos TE FY Sei Zen según la fórmula de los estoicos (I). Con lo cual, sin embargo, sólo se ha dado un pequeño paso, sin que se hayan quitado de en medio los equívocos; al contrario, conviene advertir pronto que aquí no debe entenderse por naturaleza la realidad física o fenoménica, de la cual ninguna norma ética podría sacarse, sino la naturaleza del hombre mismo. Si después, refiriéndonos a esta fórmula y queriendo explicarla, consideramos por naturaleza del hombre todo lo que al mismo pertenece, encontramos una serie tan variada y múltiple de tendencias, necesidades, aptitudes y aspiraciones, que de ello resultan también prácticamente con-

secuencias frecuentemente contradictorias, y por eso, no es extraño que los sistemas más diferentes de Etica tengan todos igualmente la pretensión de fundarse sobre la naturaleza humana.

Claro que, siendo fin de la Etica el dirigir el obrar, ésta debe poner un orden y consiguientemente una jerarquía, en el contraste de los diversos motivos que agitan el alma y, por lo tanto, la vida humana. Este orden debe posiblemente ser tal que permita al hombre **desenvolver armónicamente todas sus potencias y aptitudes**; fórmula que también podría servir como principio ético, si no quedase por aclarar en qué consiste precisamente tal «armonía».

Ningún motivo en sí singularmente considerado, puede ser suficiente para dar norma a la vida humana. Tal insuficiencia ya está en cierto modo probada por la crítica que con bastante facilidad puede hacerse (y que en otra parte hemos tratado de hacer), de aquellos sistemas que han tomado como base de la Etica, uno u otro motivo (por ejemplo, el egoísmo, la sociabilidad, la compasión, etc). Pero también, mediante un directo razonamiento es fácil descubrir que, allí donde existe una irreductible variedad de motivos, o sea, de elementos psicológicos todos igualmente «naturales», y, por lo tanto, que renacen siempre, no puede atribuirse a uno cualquiera de ellos la virtud de suprimir a los otros.

(1) Sobre las variantes de esta fórmula y sus posibles significados, cfr. Zella, *Die Philosophie der Griechen*, III T. IA bt. (4 Anfe., 1969), pág. 215.

Mirando más hacia adentro la naturaleza humana, se encuentra que su íntima esencia y su ley suprema no consisten en esta o aquella tendencia empíricamente observable, sino en lo que constituye propiamente la subjetividad; esto es, en la cualidad de principio absoluto que trasciende todo dato y toda realidad, e imprime a ella el propio sello. Pero esto tiene precisamente por condición la superación de aquellos motivos de orden empírico, por los cuales el ser subjetivo aparece ligado al mundo de la experiencia como una determinada parte suya.

El valor absoluto de la subjetividad (o personalidad), se afirma en la conciencia con este carácter trascendente, que significa pertenencia a otro mundo: al de las ideas universales, en el cual, precisamente, el yo celebra su verdadera naturaleza y encuentra su propio reino. El mundo de la naturaleza aparece de esta suerte transfigurado, como un reflejo y una dependencia de aquel mundo ideal que se concentra, por decirlo así, en el yo.

Pero la subjetividad, como forma y sustancia absoluta, no puede dejar de ser universal, y por lo tanto, es inagotable en la multiplicidad de los singulares sujetos que pertenecen al orden fenoménico. De ahí, que no toda exteriorización de la personalidad o subjetividad empírica tenga carácter ético o valor absoluto: este carácter y este valor se alcanzan sólo en cuanto el sujeto se eleva en sus determinaciones a aquella pura universalidad que existe en él virtualmente, cual íntima vocación y categórica voz de la conciencia, pero que

aguarda precisamente de él su verificación. No obedeciendo a esta voz, el sujeto conservará, es cierto, su pertenencia (como «partícula») al mundo de la naturaleza, y será en cierto modo actuado por él, pero no actuará verdaderamente, no se adecuará a la propia naturaleza, antes al contrario, traicionará la ley inmanente del propio ser: «*ipse se fugiet*», según la admirable expresión ciceroniana (1).

Esto significa, además, que debe ser eliminada la antítesis (existente tan sólo en el mundo empírico) entre las diversas individualidades subjetivas; la máxima del obrar, para que sea adecuada al ser, y por lo tanto, válida éticamente, debe ser universal, o sea referible a todos los sujetos. En esto está la verdad eterna de la máxima evangélica: «No hacer a otro lo que no quisieras que te fuera hecho»; máxima formulada de diversos modos por las escuelas filosóficas de todos los tiempos, pero impresa, idéntica e indeleblemente en la conciencia de todos los hombres.

Es verdad que, por el contrario, pudiera observarse que también una voluntad perversa o viciada puede no obstante dar a las propias acciones una cierta universalidad, extendiendo a todos los casos semejantes una propia intención de algún modo errada, de lo cual no sería difícil dar ejemplos; pero, esta objeción solamente prueba que la recordada máxima, como toda otra, debe entenderse en el espíritu, no en la letra.

(1) De *República*, III, 17 (22).

Lo cierto es que el principio ético impone una **afirmación** (y no una actitud o trato cualquiera), de la personalidad propia y ajena, en su fundamento común. Por lo tanto, el impedir en sí o en otros el desenvolvimiento del espíritu, que es universal por su naturaleza, jamás podría corresponder a una verdadera universalidad. Este razonamiento nos muestra el punto de encuentro entre la llamada Etica formal y la material (en el significado técnico de estos términos), o sea, el elemento de verdad que está ingénito en esta segunda especie de Etica que, por lo demás, es la más extensamente aceptada, ya sea por sí sola, ya sea también en síntesis con la primera.

El respeto (no solamente pasivo, sino activo) y la elevación de la esencia espiritual de la persona constituyen, pues, el contenido propio del principio ético, mientras en su forma éste impone aquella universalidad que resulta del reconocimiento de la identidad sustancial del ser de todos los sujetos.

Por otra parte, como el ser humano está también ligado al mundo de la naturaleza, la máxima que acabamos de enunciar no debe ser entendida en su mera abstracción, sino que necesita ser integrada atendiendo precisamente a la complejidad del ser humano. Es verdad que éste consta de espíritu pero a la vez de cuerpo (aunque, con Plotino, se avergüence de ello) y tiene múltiples condiciones de vida, con instintos, necesidades, tendencias y aspiraciones, que, como se ha dicho, frecuentemente se hallan en lucha entre sí. De donde surgen cada vez nuevos

problemas prácticos, para cuya solución una simple fórmula como la anteriormente indicada (y del mismo modo cualquiera otra análoga) aparecería demasiado esquemática, unilateral e inadecuada.

Aquella máxima sirve, sin embargo, para designar el criterio jerárquico que hace posible la **armonía** que más arriba hemos indicado. Al desenvolver las propias aptitudes, al alcanzar y mantener con diuturna labor aquel equilibrio en que consiste propiamente la vida, el hombre debe sobre todo «salvar la propia alma», y lo que es lo mismo, guardar intacta y afirmar prácticamente la universalidad ideal del propio ser. En cada acción suya, por lo tanto, debe llevar el sello de aquel puro carácter metaempírico que sólo le garantiza la autonomía y la paz de la propia conciencia, conciliándolo idealmente con toda la humanidad. De ahí la subordinación del placer al deber, de la pasión a la razón, del cuerpo al espíritu, del egoísmo al amor hacia el prójimo, para usar términos que pertenecen al común lenguaje del pueblo, que a la vez tienen un profundo significado filosófico. De ahí la prohibición, expresada en innumerables normas, de todo lo que signifique exceso, turbación o desequilibrio, aun en la existencia física en cuanto ésta es una condición de la actividad y de la elevación espiritual. De ahí, también, la obligación para cada uno de asignarse a sí mismo, en la vida, una propia misión en el campo de trabajo más correspondiente a las propias aptitudes, para alcanzar en ella la mayor perfección posible; y en este esfuerzo voluntario y constante hacia lo

mejor, aun en las cosas más humildes está la verdadera y sola nobleza moral («**age quod agis**», según la antigua máxima).

II

En el principio ético, así sumariamente tratado, va implícito un elemento que ya se nos ha mostrado, pero que aún merece un realce especial: queremos referirnos a la obligación del sujeto de reconocer la subjetividad ajena. Esto es una necesidad deontológica, ya que sin ello no se tendría la superación de la individualidad empírica y su elevación a lo universal, que es precisamente el fundamento de la *Ética*.

Dejamos por ahora aparte la importancia teórica de esta actitud de la conciencia, que tiene el carácter de verdadera **categoría**. Gracias a esa actitud un sujeto atribuye a **otro por sí**, es decir, a un objeto, su misma cualidad de sujeto, poniéndose a sí mismo en condición de objeto respecto a aquél. Considerada bajo el aspecto práctico, como **éticamente** necesaria, tal actitud de la conciencia abre la puerta a toda una serie de valoraciones y determinaciones del obrar, en un sentido que podríamos llamar **intersubjetivo**.

El carácter absoluto de la persona, considerado **sub specie alteritatis**, se hace verdaderamente una norma fundamental de las relaciones entre varios sujetos, cada uno de los cuales tiene una **pretensión** (legítima como fundada en el mismo principio que tiene el valor de ley) a ser reconocido en tal cualidad, y

respectivamente, una **obligación** correspondiente frente a otros. Esta norma fundamental se traduce y refleja consiguientemente en una serie de normas también bilaterales, y por lo tanto, compuestas de pretensiones y obligaciones correlativas que atañen a todos los elementos y aspectos de la vida de la persona y a todas sus posibles actividades.

Se dibuja así, sobre la misma base que es propia de la **Ética subjetiva**, de la cual hemos hablado en primer lugar (y con el mismo valor, porque uno —lo repetimos— es el principio), un sistema de **Ética intersubjetiva** (1). Uno y otro sistema se encuentran real y lógicamente, y constituyen propiamente un solo todo, no siendo otra cosa que dos diversos modos (ambos necesarios) de considerar y regular el humano obrar. Brevemente, podemos llamar al primero **Moral** y al segundo **Derecho**. Con lo cual nos atenemos también al uso común, o, al menos, al prevaleciente, si bien conviene advertir que sólo convencionalmente la palabra **Moral** se adopta en un sentido más restringido que la de **Ética**, mientras, como es sabido, por las respectivas raíces las dos expresiones debieran ser equivalentes (2).

Bajo el aspecto lógico, o sea como conceptos universales, las dos espe-

(1) Preferimos esta expresión a la también usada por nosotros en tal sentido, otras veces, de *Ética objetiva*, para evitar posibles equívocos.

(2) Sobre el uso de estos términos, cfr. las notas de EISLER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe* (3 Anfl., 1910), LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie* (1926), etc. A nosotros nos parece que por razones aducidas en el tex-

cies de valoraciones y reglas prácticas se distinguen en que la primera impone al sujeto el deber de un determinado comportamiento, y consiguiente, el deber de la omisión de todo comportamiento diverso; y la segunda, atribuye a un sujeto una facultad de pretender o exigir, y sólo correlativamente a ello impone a otros una obligación. La primera forma (moral), es, por lo tanto, **unilateral**, y se resuelve enteramente en firmes **necesidades deontológicas**, ignorando, en rigor, la categoría de la **permisión**; y la segunda forma (jurídica) es, en cambio, esencialmente bilateral, y se resuelve en dos series complementarias de permisiones y de obligaciones.

En virtud de esta diversa estructura lógica, la moral considera y valora el obrar desde el punto de vista de la conciencia del sujeto, o sea, **desde lo interno**, dando la prevalencia al elemento psíquico de las acciones; en cambio, el derecho considera y valora siempre conjuntamente el obras de varios sujetos, instituyendo así entre ellos una relación (no existe derecho sin relación jurídica). El derecho, por lo tanto, atiende esencialmente a fijar el punto de encuentro de los comportamientos posibles de varias partes, o sea, el **límite** de las exigibilidades recíprocas; y porque tal punto de encuentro acaece necesariamente en el mundo físico, el derecho atiende primeramente al elemento físico de las acciones, y desde éste, o sea desde lo externo, pasa al elemento interior o psíquico. Así se resuelve definitivamente, si no incurrimos en error, la **vexatissima quaestio** de las relaciones entre moral y derecho, no

en el sentido sostenido también por grandes filósofos, de que la moral juzgue tan sólo las intenciones y los motivos, y el derecho, en cambio, prescinda de ellos, sino mas bien en el sentido de que tanto la moral como el derecho comprenden integralmente las acciones humanas, en sus ambos elementos constitutivos, pero partiendo de puntos de vista diversos y hasta opuestos.

Se deduce además de todo esto la exacta determinación de aquel carácter del derecho, acerca del cual tanto se ha discutido y aún se discute: o sea, la coacción o mejor dicho, la coercibilidad (posibilidad de constreñimiento). Transgredir una obligación jurídica significa hacer una cosa a la cual otros pueden legítimamente oponerse (1), puesto que tal es precisamente el sentido de la intersubjetividad (**o alteritas**) propia del derecho. La bilateralidad esencial de la relación jurídica, quita toda posibilidad de **hiatus** o de interrupción entre sus dos términos, que por su naturaleza son contiguos y complementarios, o como se suele decir, yuxtapuestos. Quien traspasa el límite del propio derecho invade necesariamente el derecho ajeno, que tiene por elemento constitutivo la exigibilidad del respeto, y por lo tanto, la posibilidad de rechazar la

to, conviene distinguir una *Ética en sentido lato*, que significa Filosofía Práctica o ciencia normativa 'del obrar en general, y una *Ética en sentido estricto*, o sea *Ética subjetiva*, como sinónimo de *Moral*, que se contrapone al *Derecho* o *Ética intersubjetiva*.

- (1) Por "hacer" entendemos conducirse de cierto modo, aun negativamente determinado.

invasión. Posibilidad, entiéndase bien, en sentido jurídico, es decir, **licitud**, que no desaparece aunque falte la fuerza y poder físico para la repulsa de la injuria y la efectiva reintegración del derecho lesionado.

Derecho y posibilidad de impedir la injuria, son, pues, lógicamente, una sola cosa, así como son una sola cosa, en el campo de la moral, el deber de hacer y el de omitir lo que en el mismo sujeto sea incompatible con aquel hacer.

III

Hemos procurado así definir de un modo esquemático los caracteres de las dos formas universales de la Ética. Por ellas y sólo por ellas (que una tercera forma no es posible), un único principio o criterio supremo del obrar se hace aplicable a todas las relaciones de vida individual y social.

Ya hemos visto antes cómo tal principio, teniendo un valor absoluto, puede deducirse de una consideración transcendental, y no meramente empírica, del ser subjetivo.

Por lo demás, es obvio observar que, en lugar de aquél, otros principios éticos, de contenido diverso, pueden ser aceptados y, por lo tanto, aplicados en las dos formas predichas. Es posible concebir, adoptando como «valor supremo» cualquier criterio del obrar, sistemas éticos en número indefinido, comprendiendo cada uno coherentemente una doble serie de determinaciones morales y jurídicas. La **positividad** no es verdaderamente esencial

en ningún sistema de orden deontológico.

Si miramos a la fenomenología que nos es ofrecida por el «mundo de las naciones», o sea, por la historia, hallamos que cada pueblo en cada tiempo ha tenido y tiene un propio sistema regulador del obrar, con normas expresadas parte en forma moral y parte en forma jurídica. Este hecho muy general, que no sufre excepción, sirve a la vez para probar la **humana necesidad** de aquellas categorías que tienen la raíz en nuestro espíritu, confirmando así a **posteriori** la demostración dada a **priori**.

Por lo que toca al **contenido**, los sistemas éticos ofrecidos por la historia, nos presentan una rica variedad, y casi diríamos un florecer de persuasiones e imposiciones, dirigidas a ejecutar diferentes tipos de vida, pero sin notables concordancias y ciertas uniformidades de motivos fundamentales. Por lo tanto, estamos lejos de volver a encontrar en el campo histórico aquella ilimitada mutabilidad de concepciones morales y jurídicas, que la mente puede construir a modo de hipótesis para ejercicio dialéctico, en el reino de la lógica abstracta.

Mas bien podemos afirmar, con bastante aproximación, que en las costumbres y en las leyes de los varios pueblos se reflejan, no solamente las inmutables formas de la valoración ética, sino también, en cierta medida, el intrínseco contenido del principio supremo, que sólo a una conciencia «totalmente desenvuelta» se le manifiesta plenamente en su

pura claridad. Desviaciones, incluso graves, son ciertamente posibles en la historia, si sus contingentes testimonios cambian con el orden de los valores, que rige sobre ellas y sobre la realidad empírica en general. Criterio supremo del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, no es lo que a un legislador, a una asamblea o a una multitud cualquiera le haya agradado o le agrade establecer, cuando precisamente tales deliberaciones (tácitas o expresas, singulares o colectivas) son objeto de valoración por parte de aquel criterio. Pero esto no debe impedirnos reconocer que, considerados en su propio fondo más que en las manifestaciones superficiales, las atestiguaciones de la conciencia de los pueblos, las cuales se concretan en su moral positiva y en su derecho positivo, confirman preponderantemente lo que la pura razón deduce.

La positividad, respecto a la moral, se manifiesta en las costumbres, que expresan en acto las persuasiones predominantes, y en las reglas y juicios que se formulan conforme a las mismas costumbres. De esto se deriva una sugestión o presión considerable sobre el arbitrio individual, y se ha observado frecuentemente que esta presión (la llamada «sanción de la opinión pública»), no es prácticamente menos autoritaria ni menos eficaz que la otra sanción específicamente propia del derecho. No se requieren, sin embargo, en el campo de la moral, órganos a propósito para la pronunciación y aplicación de sus normas, ni aquellas en rigor son posibles (como no sea en formas vagas o atenuadas), precisamente en razón al carácter sub-

jetivo de tales normas, que deben hacerse valer directamente (desde lo interno) sobre la conciencia de cada sujeto.

La cosa cambia enteramente de aspecto cuando desde la moral pasamos al derecho. Siendo las normas de éste intersubjetivas, la voluntad que las pone y las hace vigentes, tiene y debe tener un carácter **superindividual**, es decir, que no coincide o al menos no es necesario que coincida con alguna voluntad singular, y tampoco representa (como podemos decir de la Moral) un haz de voluntades paralelas, sino que mas bien representa una **resultante** de tendencias frecuentemente antitéticas, una síntesis de querer que se cruzan en un medio común.

Así, mientras la Moral, aun la positiva, vive en un estado difuso y ejerce su autoridad sobre hombres asociados, sin necesidad de especiales estructuras y articulaciones, el derecho positivo (esto es, el efectivamente aplicable o aplicado en una convivencia cualquiera), se organiza concretamente como expresión de un querer preponderante o soberano que ejerce su función reguladora con propios aparatos e institutos. Las normas jurídicas, juntándose en la unidad de un sistema, están en cierto modo subjetivadas, o sea, referidas como a un centro común, al sujeto de aquel querer preponderante, el cual, no pudiendo identificarse con persona física alguna, representa necesariamente un ente **sui generis**, invisible y, sin embargo, real como es real el mandato que emana de él.

Esto es, en una palabra, el Estado. Su noción emerge así de un exa-

men, aunque rápido, de la positividad del derecho, ya que precisamente esta positividad, hasta cierto punto de su proceso, se resuelve en la **estatalidad (1)**.

Se descubre bastante claramente con todo esto, el por qué el Estado aparece provisto, según las acostumbradas fórmulas de los juristas, de los caracteres de la «personalidad jurídica» y de la «soberanía». Se descubre también el por qué es difícil concebir un Estado no positivo, mientras en cambio el derecho, en su esencia lógica, se distingue claramente de su positividad.

Es verdad que, si suponemos constituido un orden jurídico en el cual esté constantemente reconocido por la voluntad social preponderante, o mejor dicho, sea unánime, el principio deontológico del derecho en su absoluta pureza, tendremos la imagen de un «Estado justo» o «perfecto». No faltan, como es sabido, tentativas de construcciones especulativas, y hasta fantásticas o utópicas, en este sentido, y no estamos lejos de negar de plano su valor. Pero tales construcciones nada de esencial añaden a lo ya expresado por el principio deontológico del derecho, o sea, por la idea de justicia absoluta, si bien supongan alcanzada su ejecución por obra de un determinado organismo que, sin embargo, es sólo hipotético. Ni basta la hipótesis para dar vida a aquella concreta voluntad de un ente superindividual en que consiste propiamente un Estado.

Ningún rasgo de escepticismo hay en estas consideraciones por las cua-

les reaparece mas bien confirmado aquel orden de valores ideales que antes hemos tratado de definir. La positividad del derecho, como la de la moral, no se confunde con su idealidad. Hay en una y otra forma una ley absoluta que prevalece deontológicamente sobre la esfera de la experiencia. Ni sería lógicamente correcto el admitir tal relación transcendental para la moral negándola para el derecho, porque una y otro tienen el mismo fundamento y la misma naturaleza. La moral positiva, con sus notas de relatividad y de mutabilidad según los pueblos y los tiempos, rige y se afirma históricamente, reflejando con mayor o menor aproximación, el principio de la moral absoluta. Análogamente, el derecho positivo, en el cual la relatividad y la historicidad aparecen por dichas razones aún más evidentes, puede y debe ser confrontado con el principio ideal del derecho, como criterio de valor absoluto.

Si el Estado es el órgano del derecho y precisamente el centro y el sujeto de un sistema jurídico positivo, no hay duda que, como el sistema que en él se personifica, se somete deontológicamente a aquel principio ideal, o lo que es igual, se sujeta a las valoraciones fundadas sobre aquel criterio. Sólo quien reniegue de la validez trascendente de la Etica, y confunda más o menos conscientemente el fenómeno con la idea, el hecho con la norma, la fuerza con el derecho, puede atribuir a

(1) No entramos aquí en una demostración detalladamente analítica (que en otro sitio intentamos dar) de esta tesis.

cada Estado existente, sólo porque existe, una absoluta razón y un inmanente valor ético.

La crítica filosófica disuelve tal estatolatría, mientras señala y revindica para el Estado su propia misión, para el cumplimiento de la cual sólo él puede obtener una superior consagración de su autoridad. Tal misión consiste (acaso convenga repetirlo), en la realización de la justicia, o sea de aquella suprema ley que ningún arbitrio puede suprimir, que brilla e impera en toda conciencia, e impone a todos el respeto a la sagrada dignidad del ser humano.

No se crea que estas fórmulas comprenden sólo a la individualidad en su pura abstracción. Al contrario, la comprenden en todas sus concretas determinaciones y señaladamente en las que acompañan necesariamente al surgir y desenvolverse de la persona. Tales son, el vínculo de parentesco que une a los progenitores con la prole, y aquél, otro tanto sagrado, que une el individuo a la nación. Esta es la síntesis de los elementos, elaborados con secular trabajo, que dan a cada individuo cierta impronta espiritual, y por lo

tanto, la plenitud y concreción de su vida (lenguaje, tradición histórica, tipo de cultura y de educación), de donde surge entre el individuo y sus connacionales pasados, presentes y futuros, una serie de derechos y deberes, que también merecen el nombre de «naturales», y que esperan del Estado reconocimiento y tutela, como los que se derivan de la generación en sentido estricto. Un Estado que no corresponda a una Nación, es un Estado imperfecto; un Estado que no defienda y promueva justamente el carácter nacional es un Estado ilegítimo. De donde se ve, bajo otro aspecto, el paralogismo en que incurren quienes, ilusionándose cumplir una obra «supernacionalista», atribuyen a todo Estado que exista o haya existido, sólo por ser tal, un carácter y un valor que pueden derivarse solamente de su conformidad con un elevado ideal.

De todo esto resulta, en fin, que no puede tenerse una plena y verdadera noción del Estado si no se distingue críticamente el derecho ideal del positivo, y esta distinción no es posible sin una fundamentación, igualmente crítica, de los valores éticos en general.

La Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos^(*)

Por Dale B. Furnish

Uno de los rasgos más destacados del sistema jurídico de los Estados Unidos de Norte América —quizás el más interesante para el estudiante del Derecho Comparado— es el poder de la Corte Suprema sobre la constitucionalidad de una ley del Congreso federal. El más alto Tribunal puede declarar inconstitucional una ley, dejándola nula e ineficaz. Se llama esta facultad la **judicial review**, o sea, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, y es para el autor uno de los aspectos de comparación más interesantes en el Derecho norteamericano. La revisión judicial de las leyes es una cuestión que arrastra dentro de su órbita toda la filosofía y la práctica de un sistema de gobierno bajo una constitución y leyes, y, por eso, su investigación puede revelar mucho que es fundamental para la comprensión de otras características del mismo régimen.

Hemos escrito este artículo como la primera parte de un estudio comparativo de los sistemas jurídicos del Perú y los Estados Unidos en cuanto al poder de sus Tribunales Supremos frente a una ley del Parlamento que esté en conflicto con la Constitución. Estas líneas están brindadas, entonces, como un punto de partida para el ensayo que compara directamente la práctica estadounidense con la peruana.

Al principio, pensamos en hacer las dos tareas en una sola obra, pero advertimos un gran interés en la

* El tema de este ensayo es uno de los más populares en la doctrina de los juristas norteamericanos. También, los expertos en Ciencias Políticas, la historia de los Estados Unidos, y otras disciplinas se han ocupado mucho del asunto, hasta el punto que hoy en día no cabría más investigación original de las raíces de la *judicial review*. Su desarrollo y sus presentes aspectos están expuestos en muchas obras. Vista esta situación, el autor hace una sencilla recopilación e interpretación de la labor de los investigadores y comentaristas pioneros, y la presenta en español. De ninguna manera se pretende decir que el tópico queda resuelto en toda faceta; todavía es motivo de muchas discusiones entre juristas.

Muchos juristas peruanos han escrito sobre la revisión judicial en general, reclamando una buena comprensión de práctica, estadounidense. Véase por ejemplo, Eguiguren, *La Inconstitucionalidad de las Leyes* (Lima, 19..); Ferrero, "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes", *Revista Jurídica del Perú* p.87-91 (1960); Zárate Polo, "La Protección Judicial de la Constitucionalidad", *Revista de Jurisprudencia Peruana*, p. 383-414, 497-522, 622-634 (1957).

Estudios más integrales han sido hechos por los Argentinos, quienes han aplicado la jurisprudencia estadounidense como lineamiento para la práctica de la revisión judicial por parte de la Corte Suprema argentina. Véase, entre otros, Bielsa, *La Protección Constitucional* (Buenos Aires, 1936); Ghigliani, *Del "Control" Jurisdiccional de Constitucionalidad* (Buenos Aires, 1953); Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia de Derecho Constitucional*, Tomo II (Buenos Aires, 1961).

revisión judicial tal como tiene lugar en los Estados Unidos y creemos que cabría adelantar un desarrollo exclusivo de este asunto. Con la información sobre los raíces y el presente alcance de la **judicial review** de la Corte Suprema de los Estados Unidos, esta parte puede ser interesante también por las revelaciones inconscientes que contiene sobre las predilecciones y la técnica empleada por un jurista de los Estados Unidos.

Debemos señalar que el alcance de esta obra es, forzosamente, limitado. Trata solamente de la potestad de la Corte Suprema Federal con respecto a una ley del Congreso Federal. El mismo Tribunal ejercita

revisión judicial sobre la legislación estatal de todo Estado de la "Unión", en cuanto a posibles conflictos entre tales leyes y la Constitución Federal. Sin embargo, cada uno de los cincuenta Estados tienen un sistema parecido al nacional, inclusive una constitución y los tres poderes separados, para gobernar en asuntos particulares del Estado. En cada Estado el más alto tribunal estatal controla la conformidad de las leyes del Legislativo estatal con la Carta Fundamental del Estado. Sobre la aplicación de su propia Constitución, la decisión de una **Corte Suprema Estatal**, obliga a la Corte Suprema Federal, siempre y cuando no surja conflicto con la Constitución Federal.

CRECIMIENTO DE LA PRACTICA DE "JUDICIAL REVIEW" EN INGLATERRA Y LOS ESTADOS UNIDOS

Antecedentes Británicos.—

Como mucho de la práctica y costumbre del régimen jurídico de los Estados Unidos en el siglo XX, la historia de la revisión judicial empieza en Inglaterra. El origen de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes no fue espontáneo en el nuevo mundo sino el resultado de la experiencia anglosajona desde el siglo doce hasta el comienzo concreto del poder de revisión por la Corte Suprema estadounidense en el caso de **Marbury c. Madison** en 1803. (1).

Dos tradiciones del **Common Law** inglés, que llegaron a plena madurez en las colonias del nuevo mundo, favorecieron el desarrollo de la revi-

sión judicial en los Estados Unidos de América:

(1) Un respeto, casi una reverencia sagrada, hacia la constitución, es decir hacia una ley máxima que no conoce limitación alguna sino que mas bien limita a toda ley o actividad del gobierno creada al amparo de tal constitución; y (2) un poder judicial fuerte e independiente, acostumbrado a manejar e interpretar la ley a través del principio de **stare decisis**, y a excluir a los otros poderes del Estado en esta labor.

Tradición Constitucional.

En Inglaterra hubo una serie de documentos notables por sus decla-

raciones de derechos y principios fundamentales. Figuran entre ellos, en orden cronológico, la **Charter of Liberties** (Carta de Libertades) de 1100, la **Magna Carta** de 1215, las **Provisions of Oxford** (Provisiones de Oxford) de 1258, el **Confirmatic Cartarum** de 1297, la **Petition of Right** (Petición de Derecho) de 1628, el **Instrument of Government** (Instrumento de Gobierno) de 1653, y el **Bill of Rights** (Declaración de Derechos) de 1688. Todos estos documentos fueron instrumentos hechos para plantear principios permanentes e innegables de gobierno. A pesar de esto, parece que en un comienzo no los hubieran considerado muy importantes. Su influencia y categoría crecieron con el tiempo. (2).

Y con el tiempo, se elevaron estas declaraciones a nivel más alto. Era éste un fenómeno peculiar al desarrollo de la monarquía constitucional en Inglaterra, o sea, al poder creciente del Parlamento y a la vez a la disminución de la autoridad real. Los protagonistas del proceso, que tomó siglos, buscaban la justificación de sus actuaciones en el Derecho, y la encontraron en las leyes de bases mencionadas más arriba. Los intentos de limitar el poder del rey, se basaron en la existencia de una ley fundamental superior aun al poder del monarca, como garantía de derechos inalienables de los individuos (usualmente individuos de la clase noble al principio). Reconocido un derecho, era ratificado en una ley escrita, y así cada de las dichas leyes vino a representar una etapa más en la erosión del poder real. Algunas de las limitaciones se impusieron tranquilamente, sin re-

currir a revoluciones o conflictos armados, mientras que otras se instituyeron debido a acontecimientos que sacudieron las bases más profundas de la sociedad británica. Pero siempre había un hilo que hilvanaba a todas las declaraciones, tejiendo una tela de tradición: el reconocimiento de ciertos principios básicos que regulan todo gobierno, y el uso de estos principios para controlar la conducta del gobierno.

Para nuestro asunto específico, la gran figura fue el jurista Coke, juez en la época del Rey Jacobo I. Pese a que su actitud molestaba al Rey, y por eso al fin le costó su alto cargo, Coke sostuvo en varias oportunidades la precedencia de la "ley básica" sobre la legislación. En 1610 el entonces Presidente de la Corte de **Common Pleas** escribió en la ejecutoria del caso del **Dr. Bonham**: "...aparece en nuestros libros, que en muchos casos el "Common Law" controlará las leyes del Parlamento, y a veces las juzgará completamente nulas: porque cuando una ley del Parlamento está en contra del Derecho y razón común, o es repugnante, o imposible de cumplir, el "Common Law" controlará y juzgará tal ley como nula." (3)

Algunos han notado que la manifestación de Coke en el caso **Dr. Bonham** no reflejó bien la jurisprudencia contemporánea o el pensamiento general de su era. (4) Los otros juristas y jueces de la época, con la destacada excepción de su colega Hobart, no siguieron su precedente. (5) En 1871, la jurisprudencia de **Dr. Bonham's Case**, que

nunca había sido aceptada como parte del Derecho inglés, fue rechazada de manera terminante y específica.⁽⁶⁾ La ironía final es que ahora no existe en Inglaterra la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, aunque la jurisprudencia de Coke fue una piedra angular en el desempeño de la costumbre en los Estados Unidos.⁽⁷⁾

La visión de Coke y su conciencia de una ley básica, superior aún al monarca y definida en términos del "Derecho y razón común", pasó hasta América, donde los lectores del famoso jurista, o no se dieron cuenta de la falta de fundamento para tal regla, o no les importó. Muchos de los colonos en esta era fueron puritanos o de otras facciones que se oponían a la prerrogativa real tal como era practicada por Carlos I (1625-1649), y habían huído al nuevo mundo para escapar de su persecución. La enseñanza de Coke les sirvió perfectamente para dar justificación legal a la actitud de estos rebeldes contra la corona.

El triunfo en 1649 de los que habían quedado en Inglaterra con el líder Cromwell, resultó en el primer intento anglosajón de confeccionar una carta definitiva de gobierno. Cromwell y sus militantes propusieron primeramente el **Agreement of the People** (Acuerdo del Pueblo). El Acuerdo nunca fue adoptado, y una carta sustitutoria, el **Instrument of Government** (Instrumento de Gobierno), fue promulgado en 1653. Después de la muerte de Cromwell, el **Instrument** cayó frente a la reinstalación de la monarquía en 1660, pero no sin haberse tomado bien

en cuenta por la gente en las colonias.

Los Estuardo que sucedieron a Cromwell intentaron de nuevo iniciar una fuerte prerrogativa real, hasta manejar el Estado sin intervención del Parlamento. Dada esta situación, casi todos los grupos políticos y sociales en oposición a los Estuardo se unieron. Finalmente, el Rey Jacobo II se dio a la fuga en 1688 y el Parlamento plantó el **Bill of Rights** (Declaración de Derechos) en 1689. Guillermo de Orange asumió el trono, reconociéndose sujeto a lo expresado en el **Bill of Rights**, cuyos artículos efectivamente crearon el sistema moderno de gobierno inglés: Parlamento sobre Rey. Así, aunque la Gran Bretaña no tiene una Constitución única, el **Bill of Rights**, la **Petition of Right**, y la **Magna Carta** han formado, desde 1689, un triunvirato de documentos fundamentales, ampliados y extendidos por la costumbre.

Independencia del Poder Judicial y su creación del "Common Law" bajo el principio de "Stare Decisis".

Coke también destacó por su defensa de la independencia del poder judicial y de los jueces.⁽⁸⁾ Los reyes Estuardo pretendían hacer que los jueces sirvieran los intereses de la corona antes de todo, tal como los demás funcionarios reales. Aunque en esos días los jueces no disfrutaban de la seguridad de inamovilidad, Coke sostuvo "que los jueces tienen que cumplir con un servicio aún más alto, debiéndose éstos a la majestad de la ley, a la cual

ni siquiera el rey mismo es superior".⁽⁹⁾ Coke nuevamente perdió esta batalla en su propia época. Pero la Historia le dio el triunfo. La dinastía de los Estuardo sufrió la derrota final en la Revolución de 1688, y, con el **Act of Settlement** (Ley de Arreglo) de 1701, el juez inglés fue investido con la inamovilidad y su posición como intérprete y aplicador exclusivo de la ley quedó así ratificada.

Madurando a la vez con la independencia del Poder Judicial y la transcendencia del Derecho sobre el Rey, inextricablemente relacionado con aquellos sucesos, vino el principio de **stare decisis**. Brevemente, la aplicación de la regla quiere decir que todo tribunal se conformará a la jurisprudencia anterior cuando decida sus juicios, asegurando constancia y estabilidad en el Derecho.⁽¹⁰⁾ Así concebido y aplicado, el principio de **Stare decisis**, refleja la esencia y el verdadero significado del "**Common Law**", un Derecho común en el sentido de un Derecho aplicado igualmente en todas partes⁽¹¹⁾. Faltando una legislación nacional como fuente básica de su Derecho, los ingleses alcanzaron un sistema unificado a través de la utilización de **stare decisis**.

Dado este régimen, que aún no existe formalmente en los países del Derecho Civil, una decisión judicial tiene la fuerza de una norma general para todo caso parecido, que reuna las mismas consideraciones de hecho y factores jurídicos. Cuando la cuestión se presenta igual en otro caso posterior, no valdrá la pena ir a juicio porque las partes

podrán vaticinar el resultado sobre la base del específico precedente existente.

Este es un punto muy importante de la práctica de **stare decisis**. El tribunal en su sentencia siempre se restringe a los hechos y las partes del juicio particular para decidir. Pero todos se dan cuenta de que la sentencia representará no simplemente una decisión particular sino un precedente, una pauta en que se puede basar futura conducta. Así que hoy en día la Corte Suprema norteamericana no tiene que decir que su decisión en contra de una ley anula la disposición del Legislativo. Toda persona sabe que en otra oportunidad el tribunal daría el mismo veredicto, y por eso el pueblo podría ignorar la ley con impunidad, eficazmente, anulando su vigencia. No existe tribunal inferior que aplique la ley contra una parte en un juicio nuevo, una vez pronunciada su inconstitucionalidad por la Corte Suprema.⁽¹²⁾

Es de suma importancia para nuestro tema el hecho que los experimentos en el Derecho y en el gobierno que tuvieron lugar en Inglaterra culminaron en un sistema completo antes de la revolución de 1776. Así que la joven nación de **Norte América** gozó la ventaja de poder adoptar lo bueno de un sistema entero y en plena función. La transcendencia de la Constitución como carta básica fue establecida, así como la independencia y poder de la institución judicial inclusive la inamovilidad de los jueces.

Hay que tomar en cuenta que el

"sistema británico" conocido en las colonias no siempre correspondió al modelo verdadero. Las fuentes de información más importantes fueron los libros que circulaban en esa época. Teoristas como Locke, Hobbes, y el francés Montesquieu tuvieron enorme influencia con los americanos. Muchas veces el pensamiento de estos autores era más importante que las realidades y actualidades que ellos describían. Por ejemplo, la teoría del contrato social expuesta por estos escritores para caracterizar el régimen inglés es una idea que está en la misma raíz de la Constitución de los Estados Unidos, empero en Inglaterra tiene una aplicación más periférica. Hemos señalado también el ejemplo de Coke y su fallo en el caso **Bonham**, que no tuvo mucha fuerza en su propia tierra, pero se aceptó como doctrina incontrovertible en las colonias. En realidad, los abogados coloniales no acatan al Derecho inglés, sino al Derecho de Coke y de otros comentaristas. ⁽¹³⁾.

Desarrollo Colonial.

La historia de las colonias y sus gobiernos también revela mucho que está relacionado con el poder actual de la Corte Suprema en los Estados Unidos. La tendencia a escribir cartas fundamentales se trasladó con los inmigrantes. Usualmente, tal documento hizo definir el arreglo entre Gran Bretaña y su colonia, declarando las limitaciones y controles a que las administraciones americanas fueron sujetas.

Las leyes de Inglaterra no se apli-

caron automáticamente en las colonias, pues habían Congresos coloniales que legislaron para sus propios constituyentes. Sin embargo, los Congresos coloniales no ejercieron pleno poder. Todo sus actos y leyes fueron sometidos a revisión del gobierno real en Inglaterra, y una ley colonial que hubiera estado en conflicto con el Derecho inglés hubiera sido derogada. La mayoría de las cartas coloniales contuvieron cláusulas rutinarias otorgando el poder de legislar al gobierno de la colonia, pero "siempre que sus actos y ordenanzas no estuvieran en contra de la prerrogativa real, ni de las leyes, reglas y costumbres del dominio inglés". ⁽¹⁴⁾

En aplicación de tal limitación toda legislación colonial entre los años de 1660 a 1696 pasó al **Privy Council** para su revisión. En el último año, fue creado el **Board of Trade** (Junta de Comercio), un ente administrativo, cuyo único cargo era el de revisar tal legislación. Fueron derogadas muchas leyes coloniales por medio de esta revisión. Uno de los casos más famosos fue **Winthrop c. Lechmere**, ⁽¹⁵⁾ que anuló una ley de la colonia de Connecticut sobre la sucesión de la propiedad de intestados porque era "contraria a las leyes de Inglaterra y no otorgada por la Carta de esa Colonia". Esta derogación judicial trastornó a dos leyes del Legislativo colonial y cinco fallos de su más alta corte. "Si los colonos resintieron el ejercicio de control en tales casos, no obstante ellos se acostumbraron a la idea y la práctica de anulación [de sus leyes] por un tribunal de apelación". ⁽¹⁶⁾

En la mitad del siglo XVIII la naturaleza del Derecho y el gobierno en las colonias había cambiado. Donde habían habido abogados mal entrenados, sin fuentes de investigación, ahora habían más capaces, con mejores fuentes de doctrina y jurisprudencia procedente de Inglaterra. (17) Coincidieron en la misma época unas circunstancias que hicieron subir el descontento de los colonos con su situación frente al reino británico. Su protesta tomó la forma de una demanda por "derechos debidos", fundamentada en la Constitución inglesa y la "ley natural", en la manera expuesta por Coke.

Los colonos deseaban los derechos del **Common Law** inglés y las garantías del **Bill of Rights**, ambos asegurados a todos los ciudadanos británicos residentes en el viejo mundo. Fue la falta de tales garantías lo que permitió la promulgación por el Parlamento británico de la famosa ley de "tasación sin representación", que contenía dispositivos contra el comercio proveeniente de las colonias, y que otorgaba el ejercicio de una poderosa prerrogativa real para las colonias en asuntos que en su propia tierra la corona no atrevía tocar.

Los líderes coloniales abogaron contra la discriminación del gobierno inglés en su conducta hacia los residentes de Norte América y hacia los ciudadanos de Inglaterra. Vincularon sus argumentos en la existencia de una ley fundamental e innegable, que ellos sostuvieron debía regir para toda gente sujeta a la soberanía inglesa. En varias ocasio-

nes, voces coloniales invocaron el caso de **Dr. Bonham** y el comentario de Coke sobre el mismo, la "ley natural" y los "derechos naturales" y la Constitución para respaldar sus derechos absolutos en todas las ventajas disponibles al ciudadano de la madre patria.

Por ejemplo, en 1765, un oficial inglés escribió con respecto a los problemas en la administración de una ley, "... nuestros amigos toman ventaja de una máxima que encuentran en Lord Coke, sosteniendo que una Ley del Parlamento contraria a la Magna Carta o a los derechos especiales de la gente inglesa es, **ipso facto**, nula. Esto, tomado en la amplitud a que el pueblo se muestra dispuesto a tomarlo, tiene que ser fatal para todo gobierno, y parece haber llevado gran parte de la colonia a oponer con fuerza a la aplicación de la Ley en cuestión..."

Empero, mientras que los colonos pretendieron justificar su creciente rebelión por fundamentar su resistencia en principios legales básicos, el gobierno inglés no reconoció tal idea. En 1766, en el **Declaratory Act** (Ley Declaratoria) el Parlamento manifestó su insuperable autoridad de mandar a las colonias "cualquiera que sea el caso". Por su parte, los colonos sostenían que "hay ciertos derechos inherentes y originales pertenecientes al pueblo, que el Parlamento mismo no puede suprimir, sin contradecir sus propias constituciones..." (18)

La situación se puso cada vez más insoportable desde el punto de

vista de las colonias, cuando se reunió el Primer Congreso Continental en Filadelfia, el 5 de setiembre de 1774. La mayoría de este Congreso de líderes y voceros coloniales estaba resignada a someterse al control del Parlamento inglés en cuanto a su comercio externo, pero rechazaba su poder de inmiscuirse en cuestiones de tributación u otros asuntos internos coloniales. Cuando tuvo lugar el Segundo Congreso Continental en 1775, la guerra abierta había comenzado. El resultado del Segundo Congreso fue la Declaración de Independencia, que proclamó: "Tomamos estas verdades como evidentes en si mismas: que todo hombre es creado igual, que es investido por su Creador con ciertos derechos inalienables, entre los que figuran la Vida, la Libertad, y la Consecución de la Felicidad.— Que para asegurar estos Derechos, se instituyen entre hombres gobiernos, derivando sus poderes justos del consentimiento de los gobernados.— Que, cuando cualquier forma de gobierno se hace destructiva de estas metas, es el derecho del Pueblo alterarla o abolirla, y plantear un nuevo gobierno, vinculándolo con tales principios y organizando sus instituciones en tal forma, que les parezca más probable de garantizar la Salud y la Felicidad del Pueblo".

En 1777 los mismos delegados promulgaron los **Articles of Confederation** (Artículos de Confederación), el primer intento de hacer una unión política entre todas las colonias norteamericanas. Casi todos los Estados individuales, cumpliendo con la resolución del Segundo Congreso Continental, también confec-

cionaron sus cartas fundamentales en reemplazo de las cartas coloniales que habían fijado sus arreglos con el Rey inglés. Frente a las nuevas constituciones estatales, los **Articles of Confederation** carecían de autoridad. No había ni Ejecutivo ni Poder Judicial nacional. El Congreso nacional no pudo crear leyes tributarias, ni tampoco regular el comercio entre los Estados. Además, por falta de poder policial, le faltó un modo de aplicar sus decisiones y políticas. Para subsanar estos defectos en los **Articles of Confederation** y crear una nación con el poderío de mantenerse frente a la amenaza de los fuertes países europeos, se reunieron en 1786 los redactores del documento que ha servido como esquema básico para el gobierno estadounidense desde luego. En solamente 6,000 palabras crearon una carta con amplios poderes nacionales, repartidos entre tres poderes, teóricamente iguales: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. La idea básica es la separación y equilibrio de poderes. Una de las claves de la aplicación de este concepto es el ejercicio por la Corte Suprema de los Estados Unidos de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes del Congreso, o sea, la **judicial review**.

La Constitución de 1787

Los redactores de la Constitución empezaron su tarea convencidos de la necesidad de crear una nación fuerte y centralizada, pero a la misma vez que responda a la voluntad del pueblo. Donde la **Confederación** de 1778 hubo enfatizado una unión de estados, los arquitectos del docu-

mento de 1787 dieron más importancia a la idea de una nación vinculada con el ciudadano individual en vez de las unidades políticas que representaban los estados. Hallaron la solución en amplios poderes nacionales, pero repartidos entre las tres instituciones del gobierno en un equilibrio de poderes. Con esta separación ninguno de los poderes podría superar o dominar a los otros, así garantizando la estabilidad y durabilidad del régimen creado por la Constitución. Cada uno de los tres ramos distintos estuvieron provistos de limitaciones contra la actuación indebida de los otros dos. El poder básico de la Corte Suprema bajo este sistema consiste en aplicar e insistir en la Constitución como la ley suprema e insuperable.

La Constitución establece específicamente la jerarquía de las leyes, declarando: "La Constitución, y las Leyes de los Estados Unidos, que se hiciesen en aplicación de la misma; y todos los Tratados hechos, o que se hiciesen, bajo Autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema del país".⁽¹⁹⁾

La Constitución también instituyó un Poder Judicial independiente y al mismo nivel de las otras instituciones del Estado. Declara que el Poder Judicial estará constituido por "una Corte Suprema y tantos tribunales inferiores como el Congreso de vez en cuando ordene y establezca".⁽²⁰⁾ Los jueces no solo disfrutaban de inamovilidad, sino de la seguridad de que sus sueldos no pueden ser reducidos durante su cargo.⁽²¹⁾

La jurisdicción de la Corte Suprema se define abarcando a todo caso... involucrando esta Constitución, las Leyes de los Estados Unidos, y Tratados hechos, o que se hiciesen, bajo su Autoridad".⁽²²⁾ Así que, desde el comienzo, se habían expresado algunos artículos que apoyan el ejercicio de una revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema. Además, no hay en el texto de la Constitución ninguna disposición que se interpretara en contra de tal facultad.

Los comentaristas no han hallado ninguna evidencia referente directamente al propósito final de los redactores sobre la **judicial review** en los apuntes casuales que nos quedan desde los debates constitucionales. Como la historia indica, muchos de los colonos fueron partidarios del inglés Coke y su doctrina. Es posible que los diseñadores simplemente hubieran supuesto que el poder de la revisión judicial de las leyes existía sin decirlo expresamente en el texto de la Constitución.⁽²³⁾ Tiene más fuerza esta posibilidad cuando consideramos la presentación de Alexander Hamilton en **The Federalist** No. 78.⁽²⁴⁾

En su ensayo, Hamilton describió el Poder Judicial y manifestó que incluía a la revisión judicial de las leyes. Justificó su argumento así "... todo acto de una autoridad delegada, en contra del tenor de la comisión bajo la cual ejerce su autoridad, queda nulo. Ninguna ley, desde luego, contraria a la Constitución, puede ser válida. Negar esto, sería afirmar, que el agente sea mayor

que su principal; que el sirviente esté sobre su amo; que los representantes del pueblo sean superiores al mismo pueblo; que hombres actuando en virtud de poderes, puedan hacer no solamente lo que sus poderes no otorgan, sino lo que proscriben...

"Ni de ninguna manera, supone esta conclusión una superioridad del Poder Judicial al Legislativo. Supone solamente que el poder del pueblo sea superior a los dos; y donde la voluntad del Legislativo declarada en sus leyes, se pone en oposición a la voluntad del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deben ser gobernados por ésta en vez de aquellas".

Así, desde el principio las voces más influyentes de la nueva nación habían dotado del poder de **judicial review** a la Corte Suprema. No hubo una mayoría unánime sobre el asunto. Muchos no quisieron dejar al tribunal dar la última palabra con respecto a la constitucionalidad de las leyes promulgadas por el Congreso.

A pesar de la existencia de ciertas manifestaciones en contra del ejercicio del poder por el Tribunal Supremo, la historia de esta época contiene más indicios de la aceptación general de la idea. Los tribunales de los diferentes Estados de la Unión siguieron practicando la revisión, pues cada Estado tuvo su Constitución y su Corte Suprema. La soberanía de estas constituciones sobre las leyes de los legislativos estatales fue confirmada en unas veinte sentencias distintas, entre 1778 y 1803, procedentes de las Cortes Supremas

de varios Estados. Ellos prefieren sus constituciones sobre sus leyes cuando habían conflictos, citando a Coke, la Magna Carta, la Ley Natural y otras fuentes semejantes como fundamento. ⁽²⁵⁾

Además, un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos se acercó al problema, pero no llegó a encarar directamente la cuestión. Se atacó la constitucionalidad de una ley en el caso de **Hylton c. United States**, ⁽²⁶⁾ pero los vocales fallaron en favor de la validez de la ley, sin alcanzar a considerar su propia facultad de anular una ley. De todas maneras, en esta oportunidad la sentencia pareció presumir la existencia de tal facultad.

Más tarde, hasta un grupo de congresistas insistieron que los vocales debían haber ejercitado la **judicial review** para anular las leyes contra la sedición. ⁽²⁷⁾ Estas leyes limitaron severamente la libertad de la prensa y la ciudadanía para criticar públicamente al gobierno, operando en favor de los Federalistas que entonces tenían la presidencia y la mayoría parlamentaria. La minoría sostuvo que la Corte Suprema debía haber empleado su poder de revisión para derogar las leyes en cuestión, por estar en conflicto con la libertad de expresión, consagrada en la Carta Magna de la nación. ⁽²⁸⁾

Así era que no solamente las palabras de la Constitución, sino también su exposición por Hamilton en *The Federalist*, la práctica en los estados individuales, y hasta la actitud de los mismos parlamentarios nacionales comprobaron la vitalidad

y aplicación continua del concepto durante los primeros años de la Unión: la Corte Suprema Federal debe revisar la constitucionalidad de las leyes. Empero su ratificación formal tuvo que esperar catorce años, hasta el caso de **Marbury c. Madison** en 1803, ⁽²⁹⁾ ocasión en que el Tribunal adoptó la doctrina de la revisión definitiva y finalmente.

Marbury c. Madison.

En todo el mundo el caso de **Marbury c. Madison** es sinónimo de revisión judicial en los Estados Unidos de Norteamérica. Dada su alta importancia, cabría una exposición del juicio y la sentencia. La historia revela mucho. En primer lugar, el ambiente político en que el suceso se desarrolló tiene gran incidencia en el resultado final. Uno de los partidos políticos originales en la joven nación eran los Federalistas, quienes lucharon por un gobierno central fuerte, en vez de poderosos Estados, que hubieran repartido peligrosamente el vigor y rumor de la nueva unión. Los Federalistas ganaron las tres primeras elecciones nacionales, logrando la presidencia y la mayoría en ambas cámaras del Legislativo. Los primeros vocales del alto tribunal, nombrado por el Presidente y aprobado por el Senado, también fueron Federalistas.

Pero en las elecciones generales de 1800 la actitud de los votantes cambió en favor del líder Thomas Jefferson, y del otro partido: los Republicanos. Estos ganaron la presidencia y la mayoría en el Parlamento, y los Federalistas quedaban fuera del poder. Sin embargo, hubo un

período entre las elecciones y la inauguración de los nuevos funcionarios del Estado. Se supieron los resultados de la votación en diciembre de 1800, pero los elegidos no pudieron asumir sus cargos hasta marzo de 1801, mientras tanto las responsabilidades del gobierno quedaron en las manos de los Federalistas. Este partido (como un canto de cisne, porque jamás volvió a ser un partido de importancia en la historia de la nación, mientras que los Republicanos quedan hoy en día como uno de los partidos mayores) aprovechó los pocos meses de administración que le quedaron para fortalecer su influencia en el poder no sujeto a elecciones: el Judicial. Se promulgó una ley creando nuevos puestos para vocales de las Cortes Circuitos de Apelación, jueces instructores y jueces de paz. Trabajando contra el tiempo, el Presidente Adams se dedicó a llenar los puestos creados con juristas de tendencias federalistas. Hasta la última hora de su último día de funciones, el Presidente y su equipo se ocuparon de seleccionar y aprobar tales hombres e instalarlos en sus cargos. Habían aprobados algunos jueces de paz, incluyendo un tal Marbury, pero no certificados formalmente por oficio de la oficina del Secretario del Estado, como debían haberlo sido, cuando la administración del gobierno pasó a manos de Jefferson y su nuevo equipo el 4 de marzo de 1801.

El nuevo gobierno se negó a entregar los certificados (ya preparados) a las personas a quienes les correspondía. Los pretendidos jueces de paz no podían entrar en función

sin sus certificados. Para forzar al gobierno republicano a entregarles sus credenciales **Marbury** y otros ejercitaron una acción para sacar un **Mandamus** contra el Secretario del Estado, James Madison. ⁽³⁰⁾

La reacción del gobierno Jefferson contra la gestión apurada y desesperada de los Federalistas, implicó más que guardar las credenciales no enviadas. El nuevo Congreso republicano derogó la ley federalista, terminando con todos los puestos últimamente creados y postergando por catorce meses la próxima sesión de la Corte Suprema.

Cuando la Corte volvió a reunirse en 1803, uno de los primeros asuntos que le tocó fue el asunto **Marbury**. La jurisdicción de la Corte Suprema, como corte de primera instancia en el proceso del **Mandamus**, se vinculaba al **Judicial Act** de 1789 (muy parecido a una ley orgánica de poder judicial) que decía en uno de sus artículos, "La Corte Suprema tendrá... poder de dirigir **writs of mandamus**, en casos señalados por los principios y usos del Derecho, a toda... persona en función bajo autoridad de los Estados Unidos". Empero la Constitución dice, "La Corte Suprema tendrá jurisdicción original en todo juicio que afecte a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y aquellos en que un Estado tome parte. En todo otro juicio, la Corte Suprema tendrá jurisdicción en apelación".

Mientras la Corte prosiguió con la prueba, para determinar la razón del reclamo de **Marbury**, Jefferson y sus partidarios se mostraron bien des-

contentos frente a la actuación del tribunal. El Presidente declaró que todo el proceso representaba una indebida intervención del Poder Judicial en un asunto que hubiera caído exclusivamente dentro de la discreción y la voluntad del Ejecutivo. Jefferson y sus partidarios dijeron que el juicio **Marbury** era otro intento federalista para controlar la nueva administración desde su posición atrincherada en el Poder Judicial. La situación se puso agitada cuando los nuevos funcionarios republicanos, citados como testigos ante la Corte, manifestaron ignorancia de la ubicación de las comisiones escritas que nombraron a **Marbury** y el resto, y hasta de la propia existencia de éstas.

La sentencia de la Corte en **Marbury c. Madison** salió en febrero de 1803, unas solas tres semanas después de abrirse el juicio ante los vocales. Era una ejecutoria larga y un resultado inatacable desde el punto de vista republicano. Y esto porque la Corte declaró que la ley que creaba su jurisdicción de primera instancia en el **Mandamus** era anticonstitucional, nula y sin ninguna aplicación.

La Corte explicó así su decisión, y estableció de esta manera la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, con las siguientes declaraciones (que han quedado como la letra viva de la práctica estadounidense, y una de las ejecutorias más importantes de su historia) en las palabras del Presidente de la Corte, **Chief Justice John Marshall**:

"La cuestión que se refiere a la

validez, de una ley repugnante a la Constitución interesa profundamente a los Estados Unidos; pero, afortunadamente, no es tan complicada como importante. Para decir sólo es necesario recordar algunos principios establecidos desde hace largo tiempo de modo preciso.

“Todo el sistema político norteamericano, ha sido construido sobre el principio fundamental de que el pueblo tiene el derecho originario de establecer, para su futuro gobierno, las reglas que considerara adecuadas para lograr su felicidad. El ejercicio de este derecho originario constituye un grandísimo esfuerzo; y no se puede, ni se debe, repetirlo con frecuencia. Los principios así establecidos, se consideran fundamentales. Y como la soberanía de donde procede es suprema, y puede actuar rara vez, son planteados para ser permanentes.

“Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno, y atribuye a varias ramas sus poderes respectivos. Ella puede limitar a eso su gestión; pero también puede aun establecer ciertos límites que las varias ramas no deben sobrepasar.

“El gobierno de los Estados Unidos es de la última descripción. Los poderes del Legislativo son definidos y limitados; y para que no se equivoque, ni se olvide estos límites están escritos específicamente en la Constitución. ¿Con qué objetivo serían los poderes limitados, y con qué objetivo es esta limitación inserta en el articulado de la Constitución, si estos límites pudieran ser superados en cualquier momento

por aquellos mismos llamados a respetarlos?. Sería suprimida la distinción entre gobiernos con poderes limitados y gobiernos con poderes no limitados, si estos límites no constituyeran un freno para las personas a quienes son impuestos, y si no se hace distinción entre actos prohibidos y actos permitidos. Es una proposición demasiada clara para ser discutida, que, o la Constitución controla cualquier ley que le es repugnante, o el Poder Legislativo puede modificar la Constitución con una ley ordinaria.

“Entre estas dos alternativas no existe término medio. La Constitución es, o bien una ley suprema y soberana, invariable por medios ordinarios, o está en el nivel con las disposiciones ordinarias legislativas y, como ellas, es modificable cuando al Legislativo le parezca modificarla.

“Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces una ley contraria a la Constitución no será ley; si, en cambio, la segunda parte es cierta, entonces las constituciones escritas habrán de ser intentos absurdos, de parte del pueblo, para limitar un poder por su naturaleza ilimitable.

“Ciertamente, todos aquellos que han redactado constituciones escritas las contemplan formando la ley fundamental y suprema de la nación, y, en consecuencia, la teoría fundamental de cada gobierno tal tiene que ser, que una ley repugnante a la Constitución es nula e ineficaz.

"Esta teoría se deduce de la naturaleza de la constitución escrita y, desde luego, ha de ser considerada, por este tribunal, como uno de los principios de nuestra sociedad. No debe de ser, por lo tanto, dejada de lado frente a las demás consideraciones sobre este asunto.

"Si una ley del Parlamento repugnan a la Constitución es nula, ¿puede, no obstante, tener eficacia ante los tribunales y obligarlos a darle efecto?. O, en otras palabras, a pesar de que no sea ley?, puede un acto legislativo constituir causa de efectos jurídicos?. Esto significa destruir, en la práctica, lo establecido en teoría y parecería a primer golpe un absurdo demasiado grosero para ser considerado. Pero, de todas maneras, lo recibirá una consideración más atentativa.

"Es enfáticamente la función y el deber del Poder Judicial señalar qué es la ley. Aquellos que apliquen una norma legislativa a un caso específico deberán, necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes están en conflicto, las cortes tienen que decidir sobre la eficacia de cada una de ellas.

"Así, cuando una ley no está conforme con la Constitución, en cuanto, la ley y la Constitución, se refieren a un caso particular de manera que el tribunal esté obligado de decidirlo, o con arreglo a la ley, no haciendo caso de la Constitución, o con arreglo a la Constitución, no haciendo caso de la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en colisión debe ser aplicada. Esto es de la verdadera esencia de la fun-

ción judicial. Así que, si los tribunales deberán tener en cuenta la Constitución, y si la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, la Constitución y no la ley ordinaria, tiene que controlar el caso a que ambas se refieren.

"Aquellos que discuten el principio de que la Constitución se considera por las cortes, como la ley superior, son reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y fijar solamente la ley.

"Esta doctrina sería subvertir el verdadero fundamento de toda constitución escrita. Sería declarar una ley que, según los principios y teoría de nuestro gobierno, es enteramente nula, es sin embargo, en la práctica, completamente obligatoria. Declararía que si el Legislativo haría lo que le es expresamente proscrito, tal ley, a pesar de la prohibición expresa, es en la práctica eficaz. Se daría al Legislativo una omnipotencia práctica y efectiva, a la vez que proclama restringir sus poderes dentro de límites estrechos. Eso equivaldría a establecer límites y después declarar que los límites puedan ser superados a capricho.

"De este modo se anularían las ventajas de la constitución escrita, que según nosotros constituye la más importante conquista del progreso en el campo de las instituciones políticas. Eso, en si mismo, sería suficiente en América, donde la constitución escrita ha sido vista con tanta reverencia, para rechazar la construcción propuesta ante este tribunal...".

Hay aquellos que acusan a Marshall de una especie de cinismo político y de una construcción más conforme con los objetivos del partido Federalista que el Derecho. ⁽³¹⁾ Sea como sea el ánimo de Marshall, el redactor de la sentencia en **Marbury c. Madison**, su jurisprudencia nos

queda hoy en día como un razgo destacado de la personalidad política de los Estados Unidos y una brillante exposición de su sistema de gobierno constitucional. Su vigencia y su fuerza en pleno siglo veinte es indiscutible.

LIMITACIONES SOBRE LA REVISION JUDICIAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

Lo potestad de la Corte Suprema de los Estados Unidos es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tomar en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sale en busca de oportunidades para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. En su voluminosa jurisprudencia, la Corte ha establecido ciertas reglas incontrovertibles que limitan su función de revisión judicial. ⁽³²⁾ Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la **judicial review**.

A) La Validez Constitucional es la ultima cuestión que la Corte considerará con respecto a una Ley.—

Es un lema principal de la Corte Suprema estadounidense, una pauta sumamente básica para su aporte en estos asuntos, que jamás tocará la cuestión de la constitucionalidad de una ley hasta que no le quede otro remedio. Es decir, el tribunal se di-

rigirá a la validez constitucional de una pieza de legislación del Congreso sólo después de haber agotado todo otro aspecto que pudiera haber servido como base jurídica para su decisión en tal caso. La Corte nunca buscará un cotejo frontal entre la Constitución y una ley. La evitará hasta que no haya otra salida, y entonces por fin la llevará, pero siempre cautamente y con reluctancia.

La Corte, en una de sus sentencias, lo expresó en esta forma, si hubiera una doctrina que ha echado raíces más profundas que cualquier otra en el proceso de la adjudicación constitucional, es la doctrina que no debemos tocar cuestiones de constitucionalidad... hasta que sea inevitable". ⁽³³⁾

Una regla correlativa es cuando hay dos bases para una decisión, una vinculación a la Constitución, la otra al Derecho general, la Corte tratará solamente ésta. No sostendrá nada relacionado con la faceta constitucional; no alcanzará a considerarla formalmente. No deberá aparecer ninguna mención del asunto en la sentencia declarada en el juicio. ⁽³⁴⁾

B) Se requiere un "Caso o Controversia" auténtico para probar la validez de una Ley del Congreso.

La Corte Suprema de los Estados Unidos no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un juicio auténtico entre partes adversarias. Este es el pre-requisito de un verdadero "caso" o "controversia", como exige la Constitución al establecer las jurisdicciones de la Corte Suprema. ⁽³⁵⁾ Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos. Se aplica este requisito aún más severamente cuando se trata de juzgar los méritos entre la Carta Magna y una ley. Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, abstracta o contingentemente sobre la constitucionalidad de una ley. **Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre las fortunas de las partes del juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir exclusivamente por la intervención de la Corte Suprema.**

Este pre-requisito se aplica en las formas y situaciones siguientes:

1.—El demandante tiene que agotar sus recursos ante el ramo administrativo y otras cortes antes de acudir a la Corte Suprema.

2.—El demandante tiene que demostrar ser agraviado directa y perjudicialmente por la aplicación de la ley en cuestión.

Mostrarse afectado directamente no basta; tiene que demostrarse los daños y perjuicios que la ley causa. Si no, no habría por qué quejarse de la ley. ⁽³⁷⁾

3.—Tiene que tratarse de una interpretación o una aplicación concreta de la ley. El mero hecho de que una ley pudiera ser interpretada o aplicada directamente con perjuicio de una persona no creará el derecho de atacar la ley ante el Tribunal. Se observará esta limitación a pesar de que las palabras de la ley fuesen obvias y claras, e indudablemente afectarían directa y perjudicialmente al demandante en el futuro próximo. ⁽³⁸⁾

4.—El efecto de la ley tiene que ser presente en la fecha de la sentencia sobre su constitucionalidad. Por ejemplo, si una mujer en estado de gravidez iniciara un juicio contra una ley aplicada a las mujeres embarazadas, y el Tribunal no llegara a su decisión final antes del parto, probablemente la Corte abandonaría el caso porque la demandante habría perdido una característica esencial de su demanda. La ley no la afectaría más. ⁽³⁹⁾

5.—El juicio tiene que ser entre adversarios, y no el resultado de una colusión entre las aparentes partes. Por ejemplo, la Corte rehusó escuchar una causa en que una de las partes pagaba los costos de las dos. ⁽⁴⁰⁾

6.—La Corte Suprema jamás proporcionaría, aún en respuesta al Presidente o el Congreso, una opinión sobre la eficacia probable de un Proyecto de Ley. Hubo casos en que tales opiniones fueron solicitadas, pero el Tribunal rechazó terminantemente la gestión. ⁽⁴¹⁾

7.—Hay más ejemplos específicos

en la jurisprudencia norteamericana, pero las pautas principales deben quedar claras de la lectura de los puntos citados. (42)

C) La Corte Suprema no interviene en una "Cuestión Política".

Existe una clase de asuntos que la Corte Suprema estadounidense ha designado "cuestiones políticas", o sea, cuestiones que el Tribunal no reconoce como dentro de su competencia legal. Se ha negado a opinar sobre el reconocimiento de un gobierno extranjero, dejándolo completamente dentro de la voluntad del Ejecutivo. Otro ejemplo es el proceso legislativo; no se preguntará si el Congreso ha cumplido con todas las reglas formales al promulgar una ley que el Legislativo presenta como promulgada correctamente. (43)

D) La Corte Suprema, a propia discreción, puede decidir no considerar un caso.

La voluntad y la discreción de la Corte Suprema y sus nueve miembros también mitigan la función del Tribunal. La Corte es un tribunal de apelación, pero no tiene que aceptar todas las demandas presentadas. (44) La Corte misma escoge entre las causas, según su propio criterio seleccionando sólo los casos que se consideran los más apropiados para una decisión de fondo.

El entonces Presidente de la Corte Suprema, el desaparecido Fred Vinson, manifestó en 1949 lo siguiente con respecto al cargo que desempeñaba en la Corte: "El de-

ber de la Corte Suprema no es, y jamás ha sido, principalmente preocuparse en corregir los errores en los fallos de las cortes inferiores. En casi toda causa dentro de la potestad en apelación de la Corte, el demandante ya ha recibido una revisión de su caso. Los debates en la Convención Constitucional dicen claramente que el objetivo de formar un tribunal supremo nacional fue... 'para asegurar los derechos nacionales y la uniformidad de juicios'. La función de la Corte Suprema es, desde luego, resolver conflictos de opinión sobre cuestiones federales que han surgido entre las cortes inferiores; considerar cuestiones de impacto amplio bajo la Constitución, leyes y tratados de los Estados Unidos; y ejercer poder de supervisión sobre las cortes federales inferiores. Si lleváramos cada caso en que hubiera una cuestión jurídica interesante, o nuestra prima facie impresión fuera que la decisión de abajo fuese errónea, no podríamos cumplir con las responsabilidades puestas en la Corte por la Constitución y las leyes. Para seguir en forma eficaz, la Corte Suprema tiene que continuar decidiendo solamente los casos que presentan asuntos cuya resolución sería de importancia general, aparte de los hechos y las partes particulares involucradas". (45)

Para llevar a cabo esta regla de escuchar sólo las apelaciones que más le conviene conforme a su tarea jurídica, la Corte ha creado "la regla de los cuatro". (46) Eso quiere decir que cuando hay cuatro de los nueve vocales de la Corte Suprema quienes favorecen dar a una causa

una consideración más profunda (que creará nueva jurisprudencia), el Tribunal lo aceptará para su presentación formal. ⁽⁴⁷⁾ La opinión final de la Corte aparecerá como una ejecutoria larga, incluyendo un desarrollo entero del asunto. Si faltan los cuatro votos a favor de su consideración, se decidirá el caso por medio de una manifestación simple del resultado, sin explicación. O se puede rechazar la apelación, así en efecto afirmando el resultado de abajo, ⁽⁴⁸⁾ o se puede declarar haber o no haber nulidad en forma breve, sin crear jurisprudencia. ⁽⁴⁹⁾

La regla de los cuatro introduce una flexibilidad en la función de la Corte. Digamos, cuando hay cuatro de los nueve vocales ⁽⁵⁰⁾ que quisieran escuchar y decidir por resolución integral un caso controvertido, la Corte Suprema desempeñará un papel relativamente agresivo. En cambio, una conjunción de seis vocales conservadores podría rehuir involucrar a la Corte en cualquier asunto realmente discutible. De este hecho, procede el conflicto tradicional entre los vocales **Judicial Activists** (Activistas Judiciales) y aquellos que practican **Judicial Restraint** (Restricción Judicial). He aquí la mejor explicación de la diferencia entre vocales "liberales" y vocales "conservadores", en los Estados Unidos. Muchas veces los dos tipos decidirían la misma cuestión legal de la misma manera, pero los conservadores no aprobarán su examen integral. Ellos simplemente evitarán al problema, mientras que los activistas examinarían el punto en el fondo, creando Derecho en forma de jurisprudencia.

Actualmente el Tribunal "Warren" (por el Presidente de la Corte Suprema, **Chief Justice Earl Warren**) cuenta con una mayoría de activistas que literalmente han reformado el campo de derechos civiles en los últimos quince años, por el sencillo hecho de considerar asunto no tocados previamente.

E) No anulará ninguna ley del Congreso por su inconstitucionalidad, excepto en los casos más claros.

Encima de toda otra limitación al poder de revisar la constitucionalidad de las leyes, queda la norma establecida en la primera sentencia de la Corte acerca de la constitucionalidad de una ley, en 1796 antes aún que el caso de **Marbury c. Madison**. El caso se llama **Hylton c. United States**, y se confirmó la vigencia de una ley en ataque a su constitucionalidad. En la ejecutoria, señaló el Vocal Chase que dada una ley claramente en acuerdo con la Carta Fundamental, no era necesario declarar si la Corte Suprema "posee constitucionalmente la facultad de declarar una ley del Congreso nula... pero si las cortes tuvieran tal poder, puedo afirmar, nunca lo ejerceré, salvo en un caso sumamente claro". ⁽⁵¹⁾

Este precedente está en plena vigencia hoy en día. De todas las limitaciones ésta favorece más a la validez de una ley, porque es la última prueba, casi insuperable, de la constitucionalidad de una ley. Empleándola, los nueve jueces tienen que decidir principalmente entre ellos si una pieza de legislación se muestra

en conflicto con las provisiones de la Constitución. Pero esto es únicamente el comienzo, porque no es suficiente el juicio de los nueve. Lo que determina por fin la cuestión en cada caso es: "¿Pudiera otro poder del Estado —el Congreso— haber promulgado esta ley creyendo razonablemente en su validez constitucional?". O, en otra forma, el último problema no es: ¿Qué será el verdadero sentido de la Constitución según el criterio de los jueces, sino si la legislación será sostenible como ejercicio razonable del Poder Legislativo? (52)

Una anécdota sobre el punto, quizá lo ilustre más claramente. El jurista Cooley, notó de acuerdo con la limitación bajo discusión, que un miembro del Congreso puede luchar contra un proyecto de ley y por fin votar en contra a su promulgación si estima que la ley propuesta entra en conflicto con la Constitución. Como legislador, su mera opinión propia le basta para determinar su voto. Nombrado subsecuentemente a la Corte Suprema la misma persona, si la misma ley se presentara para una determinación de su constitucionalidad el ex-legislador podría encontrar su deber judicial sostener la validez de la ley, aunque no haya cambiado de ninguna manera su opinión personal sobre el asunto. Es que, como vocal de la Corte Suprema, tiene que preguntarse objetivamente "¿Puede haber tenido alguna razón para creer en su constitucionalidad la mayoría legislativa que votó en favor de la ley? Si la respuesta es positiva, el juez tiene que fallar en favor de la validez de la ley.

CONCLUSION

Para apreciar bien lo que es la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos, el lector deberá tener en cuenta dos consideraciones básicas. Primeramente, las circunstancias fortuitas de la historia y la tradición han dado a la práctica una trayectoria larga e ininterrumpida en los Estados Unidos, desde la fundación de la nación en 1787. Hoy en día, la **judicial review** forma una verdadera parte del ambiente gubernamental estadounidense, aceptada por el pueblo tanto como el tener un Legislativo que legisla y un Presidente que ejecuta. La estabilidad del mismo esquema durante ciento ochenta años presta una fuerza casi irresistible a su existencia. Si se preguntara a los ciudadanos de los Estados Unidos: "¿Cuáles son los poderes de un más alto tribunal cualquiera?; no cabría duda que la mayoría le contestaría: "el poder de revisión sobre la constitucionalidad de las leyes del Congreso", entre otros. Para esta mayoría, inclusive probablemente la gran parte de los abogados también, la **judicial review** es sencillamente, como son el agua y el aire. Ni siquiera se les ocurre acabar con la costumbre o modificarla, aunque la misma Constitución lo hace factible y hasta relativamente fácil hacerlo.

Una prueba de la fuerza de la tradición fue durante la Gran Depresión de los años treinta. El Presidente Franklin Roosevelt vio frustrados sus programas sociales y eco-

nómicos debido a las decisiones de la Corte Suprema que anularon las leyes creadoras de algunos de dichos programas. Propuso crear cuatro cargos adicionales en la Corte, para poder nombrar unos jueces que estuvieran de acuerdo a sus propósitos, así alcanzando una mayoría favorable entre trece vocales en vez de nueve. Habría logrado su fin con una simple ley del Congreso, donde tuvo la mayoría de las curules, pero la resistencia al plan aun dentro de los rangos de sus más leales partidarios derrotó esta propuesta.

En el segundo lugar, a pesar de toda la fuerza de la historia, el Poder Judicial quedará, por fin, supeditado a la voluntad de las otras ramas de gobierno. Es importante hacer notar que a la Corte le falta el poder de iniciativa. En cambio, el Legislativo y en un grado menor, el Ejecutivo, funcionan como cuerpos creadores de la política estatal, saliendo en búsqueda de sus trabajos. El Tribunal no hace reglas ni el Derecho en la manera de los otros dos poderes del Estado; la Corte se abstiene hasta que le proporcionen un juicio concreto entre partes y luego aplica las reglas encontradas en las varias fuentes del Derecho norteamericano. Siempre, y sobre todo, quedará la Constitución como la fuente suprema.

Además la función de la Corte Suprema de los Estados Unidos está sujeta a la merced del Congreso y el Ejecutivo de una forma más pragmática. Por ejemplo, la Constitución deja al Congreso la facultad de cambiar el número de jueces en

el Tribunal.⁽⁵³⁾ Lo han hecho en variadas ocasiones en el siglo diecinueve.⁽⁵⁴⁾ El Ejecutivo tiene que llevar a cabo lo dispuesto en los fallos de la Corte Suprema y, con una administración que no hiciera caso de las sentencias de la Corte, ésta encontraría su labor completamente ineficaz. Nunca ha habido un Presidente que ignorase abiertamente una ejecutoria de la Corte,⁽⁵⁵⁾ aunque se dieron casos en que el Primer Mandatario no aplicó los fondos y los esfuerzos necesarios para cumplir eficazmente con la jurisprudencia de la Corte⁽⁵⁶⁾ Probablemente la barrera más estimable contra el ejercicio de estas posibilidades para modificar la función o el efecto de los fallos la Corte es la opinión pública, que hoy en día no soportaría maniobra política contra el papel actual del más alto Tribunal.

En gran parte, la misma Corte Suprema de los Estados Unidos ha contribuido mucho a su propia categoría actual, por la responsabilidad y la prudencia con que ha desempeñado su deber. Los rangos de sus vocales, desde la gran figura de Marshall, han incluido a los juristas más destacados y capaces del país. Pese al desacuerdo interno doctrinario, entre los partidarios del **Judicial Activism** (Activismo Judicial) y los del **Judicial Restraint** (Restricción Judicial), la Corte jamás ha sido una entidad lírica, en el sentido de hacer gestiones caprichosas o mal pensadas, o por fines de corto plazo. Su vergüenza de autolimitación es indiscutible.⁽⁵⁷⁾

Esto no quiere decir que la Cor-

te es omnisciente o que no ha hecho decisiones controvertidas; muchas lo han sido y siguen siendo. Pero su jurisprudencia sale como la Sagrada Escritura: severa en algunos casos, pero innegable la voluntad y la acertada consideración que coinciden en su pronunciamiento.⁽⁵⁸⁾ No cabría consideración más pura ni más objetiva de la cuestión, que la contemplación jurídica rendida entre los nueve miembros de la Corte Suprema. Cuando se combina esto con las autolimitaciones que el Tribunal se ha puesto sobre su potestad, se ve que la facultad ha crecido por lo poco que se emplea.⁽⁵⁹⁾

Por fin y por todo, el poder de la **judicial review** reside en la Corte Suprema por gracia del pueblo y las otras instituciones del gobierno. El Tribunal no posee poder en sí, sino solamente a través de la voluntad popular. El Legislativo y el Ejecutivo quedan en la misma situación frente a la ciudadanía, empero ellos son organismos extendidos y variados. La Corte Suprema, en última instancia, está constituida por nueve hombres que trabajan a plena luz, y el producto de su labor es obvio a todo el mundo. Mientras practique su función dentro de unos límites invisibles, que jamás esté demasiado delante de la sociedad y nunca demasiado atrás del sentimiento común, su trabajo es un engranaje firme y fijo en el proceso democrático estadounidense y los jueces son oráculos del Derecho. Si se apartan demasiado de los tácitos márgenes de su papel, los jueces son nada más que nueve hombres como nueve ciudadanos cualesquiera. Lo increíble y lo bueno es que

el Tribunal ha comprendido y respetado la delicadeza de su situación durante toda su historia y cambios de personal, y ha nutrido su posición hasta la presente suerte.

BIBLIOGRAFIA

- 1.—L. Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).
 - 2.—Véase Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, 26—40 (1966).
 - 3.—*Dr. Bonham's Case*, 8 Rep. 114, 118, (1610).
 - 4.—Véase, Allen, *Law in the Making*, 432-35 (6a. ed., 1958); Dowling, *Constitutional Law*, 29 (6a. ed., 1959); Plucknett, "Bonham's Case and Judicial Review", 40 *Harv. L. Rev.* 30 (1926); Thorne, "Dr. Bonham's Case", 54 *L.Q.R.* 543.
 - (5).—Véase, Day V. Savadge, Hobart 85, 86 (1615); Sheffield (Lord) v. Ratcliffe, Hobart 334, 346 (1615); Allen, *ob. cit. supra* nota 6, 433.
 - 6.—*Lee v. Bude & Torrigton Jct. Ry.*, L.R. 6, C.P. 576, 582 (1871).
 - 7.—Para una descripción breve del efecto de Coke en los Estados Unidos colonial, véase Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law* 56—57 (1961).
- Además, hay otros países en el reino británico que tienen la casación de sus leyes por el tribunal máximo. Esta práctica ha sido influida mucho por la tradición esta-

dounidense. Véase, Haines, "Judicial Review of Legislation in Canada", 28 **Harv. L. Rev.** 565 (1915).

8.—Sobre el desarrollo tradicional del juez inglés, véase Cooper, **Diez Ensayos Sobre el Common Law**, 61—85, esp. 62—68 (1967); Cooper, **Evolución de Pensamiento Jurídico** (1967).

No fue la labor exclusiva de Coke, la elevación del juez inglés a su presente prestigio. Empero Coke fue el líder y el pionero de la transición desde sirviendo del rey hasta intérprete independiente de la ley y último oráculo del derecho.

9.—Plucknett, "Boham's Case and Judicial Review", 40 **Harv. L. Rev.** 30, 48 (1926).

10.—El concepto de **stare decisis** es complejo, y muy a menudo mal entendido aun por los abogados del "**Common Law**". Bajo **stare decisis** el precedente de una sentencia reside en los principios generales necesarios para decidir el problema específico puestos los hechos y las partes involucrados en el juicio. Estos principios, aplicados concretamente en la decisión de un caso y **absolutamente necesarios para tal decisión**, constituyen el **ratio decidendi** de la sentencia. Empero un juez puede expresar mucho más en su fallo. Estas manifestaciones "extras" del Derecho no deben tener fuerza de jurisprudencia, porque son **obiter dictum**. Por ejemplo, si el juez escribiera: "Si fuera así la situación, el resultado sería tal", no siendo así la situación, su declaración no tiene que ver con la decisión del caso puesto, es **obiter dictum** y carece de aplicación futura.

Cuando surge una racha de casos semejantes, todos aplicando los mismos principios en la misma forma, la norma común o las normas comunes que aparecen como **ratio decidendi** en estos precedentes se convierten en reglas consagradas en el "**Common Law**".

A menudo, es muy difícil distinguir entre el **ratio decidendi** y el **obiter dictum** de una decisión o de extraer el principio común de una serie de fallos. La hábil manipulación e interpretación de la jurisprudencia así constituye la maña tradicional del abogado del "**Common Law**". Véase J.C. Grey. **The Nature and Sources of The Law** 198—259 (Boston, 1963).

11.—Por supuesto, el sistema de **stare decisis** es menos factible donde no hay una jerarquía de tribunales, inclusive una corte suprema para definir cuál regla tiene precedencia donde dos tribunales en el mismo nivel se encuentran con su jurisprudencia en conflicto sobre una cuestión.

Debemos señalar que en los Estados Unidos los tribunales no son terminantemente obligados a seguir sus decisiones anteriores. Si existe una razón para dejar de aplicar una norma de la jurisprudencia, lo harán. Sin embargo, desviaciones de los precedentes existentes son excepcionales y son casi siempre de responsabilidad del último tribunal, y no de los jueces inferiores. Véase J. C. Gray, **The Nature and Sources of The Law** 241—259 (Boston, 1968).

La obligación de la jurisprudencia pudiera ser más estricta en Inglaterra, la cuna del "**Common Law**". Véase Allen, **Law in The Making** 183-342

(London, 1958), Sin embargo, el **House of Lords** recientemente decidió que no está obligado por sus precedentes anteriores, trastornando siglos de tradición. Véase *Chancery Lane Sale Deposit and Offices Co. v. Inland Revenue Commons*, (1966), A.H. E.R.I.

12.—Este aspecto se compara con la práctica en el Derecho Civil, donde un fallo no es obligatorio como precedente. Así una corte en el Perú puede decir, como ha sostenido la Corte Suprema peruana en el juicio **I.P.C. con Evans**:

"Que ninguno de estos dispositivos legales (con referencia a la Constitución del Estado; el Título Preliminar del Código Civil, art. XXII; y la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 8º) concede atribuciones a la Primera Sala de esta Corte Suprema para declarar inconstitucional una ley, sino preferir la Constitución a cualquier otra ley... que el Poder Legislativo al formar la ley, el Poder Ejecutivo al promulgarla y el Poder Judicial al aplicarla, han cumplido con lo que la Constitución de la República señala como atribución a cada uno de estos poderes y sin que nuestra Carta Política conceda al Poder Judicial la facultad de declarar inconstitucional una ley..."

Bajo el sistema de **stare decisis** la declaración del tribunal no tendría sentido porque "preferir la constitución a una ley" y "anularla" serían sinónimos en sus efectos.

13.—Véase Corwin, **The "Higher Law" Background of American Constitutional Law**, 72—89 (1961), sobre la influencia de Coke y Locke en las colonias.

14.—Véase Dowling, **Constitutional Law**, 42 (6a. ed., 1959).

15.—Sentencia del **Privy Council**, 1727—28. Apareció en Thayer, **Cases on Constitutional Law** 34 (1895).

16.—Dowling, **ob. cit. supra**, nota 14, en página 49.

17.—Véase Plucknett, **ob. cit. supra**, nota 9.

18.—Véase Dowling, **ob. cit. supra**, nota 14, en página 51.

19.—Constitución de los Estados Unidos de Norte América, art. 2.

20.—Constitución, **Ibid.**, art. III, § 1.

21.—**Ibid.**

22.—**Ibid.**, art. III, § 2.

23.—Para el autor es la versión más creíble después de leer los datos contemporáneos sobre el asunto. Empero, hay que tomar en cuenta el debate académico que continúa hasta la fecha, y probablemente jamás callará. Hay aquellos que sostienen que es claro el apoyo en favor del concepto de la revisión judicial entre los redactores de la Constitución y los ciudadanos de la joven nación, mientras otros investigadores, con presentaciones bien documentadas, no reconocen tal caso. Aunque esta discusión no tiene importancia pragmática hoy en día (fija la práctica de la revisión judicial), es interesante que los juristas que favorecen la teoría de la revisión como sobreentendida en la Constitución de 1787, incluyendo a

Beard, *The Supreme Court and The Constitution* (1912); Corwin, *The Doctrine of Judicial Review* (1914); I Warren, *The Supreme Court in United States History*, cap. 5, esp. 252—67 (1922); Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", 7 *Harv. L. Rev.* 129 (1893), con los juristas en contra a la misma teoría, incluyendo a Cohen, *The Faith of a Liberal*, esp. 178—95 (1946); Boudin, *Government by Judiciary* (2 vols. 1932); II Crosskey, *Politics and the Constitution* (1953); Levy, "Judicial Review, History and Democracy: An Introduction", en *Judicial Review and the Supreme Court*, 1—12, (1967).

24.—Después de su redacción por la Convención Constitucional, la Constitución, para entrar en vigencia, tenía que ser ratificada por la mayoría del voto popular por lo menos, nueve de los trece estados. Para defender su obra y ayudar en su ratificación popular, tres de los redactores escribieron ensayos explicativos sobre el propuesto documento, elaborando y exponiendo las ventajas de su sistema. Esta serie de ensayos se publicaron en un folleto titulado *The Federalist*. Visto que la gente de nueve estados aceptó a la Constitución de 1787 dentro de dos años, los argumentos de los autores de *The Federalist* habrían tenido gran aplicación en interpretar el sentido contemporáneo de la Constitución.

25.—Véase, e.g., Dowling, *ob. cit. supra*, 58—61; Plucknett, "Bonham's Case and Judicial Review", 40 *Harv. L. Rev.* 30 (1926). Empero, había

excepciones, véase Thayer, *ob. cit. supra*, nota 22, en pp. 133—34.

26.—3 *Dall.* 171 (1796). Otros fallos de la Corte Suprema también trataron del asunto del poder de la Corte en cuanto a una ley inconstitucional, y en las sentencias los vocales reconocieron, casi presumieron, la existencia del poder de revisión judicial. *Cooper c. Telfair*, 4 *Dall.* 14 (1800); *Calder c. Bull*, 3 *Dall.* 386 (1798); *Van Horn's Lessee c. Dorrance*, 2 *Dall.* 309 (1795). En el primer nivel de la apelación, las *circuit courts* federales, los jueces de un circuito fallaron en contra de una ley del Congreso nacional, fundamentando su decisión en el conflicto entre la ley y la Constitución. Sin embargo, este juicio no prosiguió al último nivel apelativo, la Corte Suprema. *Hayburn's Case*, 2 *Dall.* 409 (1792).

27.—Véase, e.g., Warren, *op. cit. supra*, nota 22 en pp. 164-66, 266-67.

28.—Constitución de los Estados Unidos de Norte América, Enmienda Primera.

29.—1 *Cranch* 137, 2 *L. Ed.* 60 (1803).

30.—La acción de *Mandamus* en los Estados Unidos es algo semejante a ciertos aspectos del *Habeas Corpus* peruano. Es un proceso en que se intenta establecer ante un tribunal el deber de gobierno de hacer una cosa específica. Establecida la obligación en cuestión, la corte ejecutará un *writ of mandamus*. Este documento es un mandato judicial,

dirigido al funcionario u oficina gubernamental que debe cumplir con lo dispuesto en el writ. Por ejemplo, en el caso Marbury c Madison el writ of mandamus habría mandado al Secretario del Estado Madison, entregar las comisiones en cuestión a los nombrados jueces de paz.

31.—Véase, e.q., Warren, ob. cit. supra, 264.

32.—Una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la **judicial review**. Véase ashwander c. T.V.A., 297 U.S. 288, 346 (1939) (opinión concurrída del Brandeis, J.); Rescue Army c. Municipal Court of Los Angeles, 331 U.S. 549 (1947).

Sin embargo, hay unas pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar estas limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables.

33.—Spector Motor Service c. McLaughlin, 323 U.S. 101, 105 (1944). Véase Alabama State Federation of Labor c. McAdory, 325 U.S. 450 (1945); Crowell c. Benson, 285 U.S. 22, 62 (1932); Burton c. United States, 196 U.S. 283, 295 (1904).

34.—Véase Siler c. Louisville & Nashville Ry. Co., 213 U. S. 175, 191 (1909).

35.—Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, art. 6, § 2.

36.—Véase Parker c. Los Angeles Country, 338 U.S. 327 (1949); Wilson c. Cook, 237 U. S. 477, 480

(1946); Yalus c. United States, 321 U. S. 414 (1944).

37.—Véase Tileston c. Ullman, 318 U. S. 44 (1943); Columbus & Greenville Ry. c. Miller, 283, U.S. 96, 99-100 (1931); Massachusetts c. Mellon, 262 U. S. 447 (1938). Pero véase Pierce c. Society of Sisters, 268 U. S. 510 (1925).

38.—Véase Poe c. Ullman, 367 U. S. 497 (1961); United Public Workers c. Mitchell, 330 U. S. 75 (1947); Liverpool, N. Y. & P. S. S. Co. c. Emigration Commirs, 113 U. S. 33,39 (1885).

39.—Véase Wright, **Federal Courts** 33-34 (1963); Parker c. Ellis, 362 U. S. 574 (1960).

40.—Véase United States c. Johnson, 319, U. S. 302 (1943); Chicago & G. T. Ry. c. Wellman, 143 U. S. 339, 345 (1892); Lord c. Veazie, 8 How. 251 (1850). Pero véase Dred Scott c. Sanford, 19 How 393 (1857).

41.—Véase Alabama c. Arizona, 291 U. S. 286, 291 (1943); Muskrat c. United States, 219 U. S. 346 (1911).

42.—Véase Barrett, et. al., **Constitutional Law**, 48-111 (1959); Dowling, **Constitutional Law** 112-159 6a. ed., 1959); Lockhart, et. al, **American Constitution** 36-95 (1964).

43.—Véase Baker c. Carr, 369 U. S. 186 (1962); Colegrove c. Green, 328 U. S. 549 (1946).

44.—Sería imposible hacerlo. Por ejemplo, en 1963 habían presenta-

do 2183 demandas. La Corte escribió jurisprudencia en 574 de estos casos.

45.—Conferencia ante el **American Bar Association** el 7 de setiembre de 1949.

46.—Véase *Rogers c. Missouri Pacific Ry. Co.* 352, U. S. 500, 559, (1957); *Ferguson c. Moore-Mac Cormick Lines, Inc.*, 352 U. S. 521, 559 (1957); *State of Maryland c. Baltimore Radio Show*, 338 U. S. 912 (1950); Leiman, "The Rule of Four", 57 **Colum. L. Rev.** 975 (1957).

47.—Esta presentación consiste en argumentos orales, de 30 minutos, hechos por los abogados de las partes interesadas. La Corte puede permitir más tiempo en casos especiales. La presentación oral suplementa los expedientes imprimidos, llamados **briefs**.

48.—Esta forma es "**negar certiorari**".

49.—Esta forma es muy parecida a una sentencia de la Corte Suprema peruana.

50.—En la Corte Suprema de los Estados Unidos hay solamente nueve vocales, y los nueve participan en una sala única en que se presentan todos los juicios que lleguen ante la Corte.

51.—3 **Dall.** 171 (1796) (enfático en el original).

52.—Thayer, "The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Laws", 7 **Harv. L. Rev.** 149 (1893).

53.—La Constitución dice solamente que habrá "una Corte Suprema", sin especificar su organización o composición. Véase art. III, § 1.

54.—Hasta el año 1806, habían solamente seis **justices** (vocales) de la Corte. Después habían siete hasta el año 1836, cuando el Congreso creó dos puestos más en la Corte. En 1862 se agregó un vocal, por un total de diez. Empero en 1865 bajó otra vez a nueve, después en 1867 nuevamente a sólo ocho **justices**. En 1869 el Legislativo volvió a crear un puesto noveno y ahí se ha quedado desde luego.

55.—A pesar del famoso cuento sobre la supuesta declaración del Presidente Jackson en 1832, cuando él está supuesto de haber dicho acerca de un fallo que no le agradó: "La Corte ha decidido; ahora bien, ellos mismos pueden ejecutar su fallo". En realidad, el Presidente Jackson cumplió en llevar a cabo la sentencia de la Corte en esta ocasión, no obstante sus sentimientos personales. Véase I Warren, **The Supreme Court in United States History**, cap. XIX, esp. página 759 (1923).

56.—Un ejemplo es la gestión del Presidente Eisenhower, quien no impulsó a toda fuerza la integración de las razas en los colegios estadounidenses después del famoso fallo en contra a la segregación en la educación pública en *Brown c. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954).

57.—A lo menos, en el juicio del presente autor. Otros observadores y juristas norteamericanos no son a la par con esta opinión.

58.—Cada uno de los nueve jueces investiga y opina sobre cada caso presentado ante la Corte. Sin embargo, el Presidente (**Chief Justice**) de la Corte Suprema encarga a un vocal específico la responsabilidad de redactar la sentencia, que saldrá con su nombre como el autor. Si otros vocales se hallan en desacuerdo con el resultado ellos pueden escribir su **dissenting opinión**, u opinión en contra. Otros vocales, quienes coinciden en el resultado, suelen escribir su propia interpretación de los factores que determinan el resultado. Estas se llaman **concurring opinions**, u opiniones concurridas. Así que, en una sentencia bien discutida entre los miembros de la Corte, la jurisprudencia podría salir como opinión principal, más unas opiniones concurridas, más las opiniones en discordia.

Para llevar las obligaciones de las extensas investigaciones exigidas en este sistema, cada vocal tiene uno

o dos **law clerks**, quienes hacen las investigaciones preliminares y enfocan en los puntos de hecho o de Derecho más importantes en el caso. Se puede comparar estos **law clerks** con los relatores o aun con los fiscales en el sistema peruano. Su papel con la Corte es muy semejante, por costumbre son abogados jóvenes que entran en servicio inmediatamente de obtener su grado, y servirán solamente uno u dos años de entrar en la profesión. La competencia para estos cargos en la Corte Suprema y en las demás cortes federales es fuerte, así asegurando que los que logran entrar en servicio como **law clerks** representan una solución de élite de los recién graduados.

59.—En toda su historia, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha anulado menos que unas 50 leyes del Congreso Federal por ser anti-constitucionales.

Comentario a la Ley de Reforma Agraria N. 17716 como una introducción al estudio del Derecho Agrario Peruano

Por: Guillermo Figallo Adrianzén

Toda Reforma Agraria para ser auténtica, debe ser integral. Este concepto comprende necesariamente un cambio efectivo de las estructuras sociales y jurídicas relativas a la tenencia y explotación de la tierra, así como un desarrollo agrícola capaz de aumentar significativamente la producción y la productividad a corto plazo.

La Ley N° 17716 no se limita a la definición de reforma agraria, contenida en la derogada ley N° 15037, que constituye una transcripción textual del Punto 6 del Título I de la Carta de Punta del Este, sino que la enriquece señalando, además, que la reforma agraria debe estar integrada en la política nacional de desarrollo y en íntima vinculación con las acciones planificadas del Estado en otros campos esenciales para la promoción de las poblaciones campesinas del país, principalmente la organización de una Escuela Rural efectiva, la asistencia técnica, la política de urbanización, la expansión del sistema nacional de Salud y la comercialización de los productos agropecuarios, entre otros; o sea que responde a una concepción humanista de la Reforma Agraria y de participación efectiva del agricultor en el desarrollo económico y social de la Nación.

En otras palabras, una Ley de Reforma Agraria debe ser instrumento de liberación de las poblaciones campesinas, pues su propósito final es la erradicación de la miseria y del hambre en las áreas rurales.

El germen del Derecho Agrario moderno, basado en principio de justicia social, es que el derecho a la tierra se origina en el trabajo. Por consiguiente, toda Ley de Reforma Agraria debe crear una nueva estructura que consagre el derecho del hombre del campo de adquirir la tierra que trabaja y recibir de la comunidad todos los medios necesarios para cultivarla. Este principio es consagrado por la Ley N° 17716, sin excepciones, en todas sus normas. No cabe, pues, llamarse a engaño sobre los exactos alcances de la ley 17716, acerca de la nueva organización jurídica del dominio agrario en el Perú.

El postulado antes enunciado sobre las relaciones de tenencia y uso de la tierra, que necesariamente implica un cambio en el sistema productivo y en la organización de la sociedad, conforma un estatuto jurídico que se fundamenta en el principio constitucional de la función social de la propiedad. Este principio es desarrollado considerando

que el rendimiento de la tierra debe ser concorde con su potencialidad productiva, dentro de límites de extensión, adecuados a las diversas explotaciones agrícolas.

A la Reforma Agraria, más que atacar al latifundio, por su tamaño, le interesa transformar la estructura de la explotación y tenencia de la tierra y, fundamentalmente, la democratización en la distribución de los ingresos de la empresa agrícola, a fin de promover una movilidad social, no solamente horizontal sino esencialmente vertical que brinde iguales oportunidades a todos los peruanos.

De acuerdo con los principios enunciados, la ley 17716 considera que el abandono del cultivo de la tierra constituye un acto de negligencia u omisión dolosa contrario al orden social y lo sanciona con la pérdida del derecho de propiedad. Asimismo, considera como susceptibles de afectación las tierras deficientemente explotadas, criterio compartido por toda la legislación comparada y que concuerda también con la definición que contenía el artículo 13 de la derogada ley 15037, la cual desarrollaba el principio constitucional del no uso de las tierras en armonía con el interés social y que, inexplicablemente, no se traducía en la afectación de tales tierras.

No es novedad decir que todos los sectores del pensamiento contemporáneo reconocen el carácter limitado y relativo del derecho de propiedad, más aún si se trata de la tie-

rra. Como señala Su Santidad Paulo VI en la Encíclica Sobre el Desarrollo de los Pueblos, citando a San Ambrosio "No es parte de tus bienes lo que tú das al pobre; lo que le das le pertenece, porque lo que ha sido dado para el uso de todos tú te lo apropias". La Tierra ha sido dada para todo el mundo, no solamente para los ricos. Es decir que la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto. "No hay ninguna razón para reservarse el uso exclusivo que supera la propia necesidad, cuando a los demás les falta lo necesario. En una palabra, el derecho de propiedad no debe jamás ejercerse con detrimento de la utilidad común, según la doctrina tradicional de los Padres de la Iglesia y los grandes teólogos".

La ley 17716 suprime la disposición que contenía la ley 15037 relativa a los bienes rústicos de las entidades religiosas, cuyos términos ambiguos y confusos, so pretexto de establecer la afectación total de los predios pertenecientes a la Iglesia, conventos, monasterios y asociaciones religiosas, cualquiera que fuera su credo, en realidad hacían posible su interpretación en sentido contrario. Nada justifica que instituciones rectoras de la vida espiritual de la sociedad puedan conservar una posición privilegiada con respecto a la aplicación de una ley eminentemente social y que sólo podrían pretender cuando más ser consideradas en igual plano que los particulares a cuya condición las asimila el derecho común.

La asimilación de los predios arrendados a la condición de los conducidos directamente por sus propietarios, contenida en el artículo 18 de la ley 15037, amparaba formas de tenencia indirecta de la tierra contradiciendo el principio básico de Reforma Agraria de que la tierra debe ser para quien la trabaja. La ley 17716 ha resuelto esta contradicción estableciendo la afectación total de las tierras dadas en arrendamiento o trabajadas por otros agricultores no propietarios y pone énfasis en el derecho preferencial del agricultor para convertirse en propietario de las tierras que conduce hasta el límite inafectable (art. 19) coordinando así la finalidad social con el aspecto económico a fin de que los actuales arrendatarios reacios a efectuar inversiones en tierras ajenas, contribuyan a la capitalización del campo incrementando la productividad agrícola, lo que es indispensable debido a que la ley mantiene el criterio de aplicación por Zonas de Reforma Agraria debido a la imposibilidad de hecho de ejecutarla en todo el país simultáneamente por falta de recursos materiales y humanos.

El artículo 25 de la ley 15037 agravando el error de su modelo colombiano creaba una incongruente excepción al instituto de la persona jurídica y propiciaba el condominio, fuente de innumerables litigios, cuya liquidación es propiciada por la legislación común desde la época de los romanos. Dicho numeral fue calificado como "el más grave defecto" de la citada ley, afirmándose con razón, que bastaba leer su texto pa-

ra comprender que hacía verdaderamente imposible la afectación de los predios rurales pertenecientes a sociedades anónimas o condominios, lo que explica la proliferación de formas simuladas y artificiosas de estas figuras jurídicas durante los últimos años. Todos los grupos políticos presentaron al Parlamento proyectos modificatorios o derogatorios de la expresada disposición legal, no obstante este consenso ninguna de tales iniciativas prosperó. La ley 17716 señala claramente que todos los predios de una persona jurídica, sea o no sociedad, serán afectados como pertenecientes a una sola persona (art. 21), de acuerdo a la doctrina de la personalidad jurídica reconocida en todas las esferas de nuestro ordenamiento legal.

Igual regla se propone para los condominios (art. 22), salvo los originados a título universal, por haberse tenido en cuenta que éstos se producen por causas ajenas a la voluntad de los partícipes, quienes requieren un término razonable para liquidarlos, que se ha señalado en 3 años.

Sin embargo, la ley 17716 en materia de sociedades llega más allá prohibiendo que las sociedades anónimas y en comandita sean propietarias de predios rurales debido a que sus accionistas persiguen exclusivamente la percepción de la mayor renta posible y la tierra ha dejado de considerarse como bien de renta.

Con la misma unanimidad que en el caso de las sociedades anónimas

todos los sectores interesados han venido señalando que debe erradicarse el minifundio, que es la otra cara del sub-desarrollo. Sin embargo, las normas de la ley 15037 se orientaron en sentido inverso, o sea a la consolidación del minifundio. En efecto, dicha ley establecía la afectación de las tierras enfeudadas, con la obligación de reconocer a los feudatarios prioridad absoluta sobre los minifundios que trabajaban (arts. 93 y 244); pero sus restantes disposiciones concedían privilegios y excepciones de inafectación y ampliación de límites para las tierras conducidas directamente, las arrendadas, las de sociedades y las de condominios, por lo que se hacía imposible dotar a los feudatarios de unidades agrícolas familiares. De otro lado, los artículos 244 y siguientes (Título XV) de la ley 15037 obligaban a la afectación de todas las tierras enfeudadas dentro del territorio de la República, lo que determinaba la consolidación masiva del minifundio, pues la disposición que permitía el reordenamiento y la concentración parcelaria (art. 246) resultaba impracticable debido a que para dotar de unidades familiares a unos pocos, el Estado hubiera tenido que desalojar a la gran mayoría de los campesinos. A ello se agrega que el Título XV consagraba como privilegiados a quienes eran feudatarios a la fecha de dación de la ley 15037 frente a los demás campesinos que han ingresado posteriormente a trabajar parcelas minifundiarias. La ley 17716 (arts. 17 y 188) repara la injusticia ampliando la afectación de los predios enfeudados hasta alcanzar la superficie necesaria para dotar

de unidades agrícolas familiares a todos los feudatarios.

La ley 15037 bajo la apariencia de fijación de 150 hectáreas, como mínimo inafectable para la Región de la Costa (art. 29) en la práctica ampliaba dicho límite mediante un sistema de equivalencias, de acuerdo a la clasificación de las tierras según el riego (art. 30), que las dividía en tierras de riego permanente, riego eventual, secano y pastos naturales. De este modo a las tierras de la Costa en su gran mayoría les correspondía un mínimo inafectable de 300 hectáreas, pues no cabía comprenderlas en la definición de tierras de riego permanente, sino de riego eventual. Asimismo, el sistema de cuotas de afectación permitía que un latifundio pudiera observar hasta 1,690 hectáreas de tierras bajo riego, con la posibilidad de la ampliación del área inafectable por razones de eficiencia. La ley 17716 (art. 28) se aparta de estas fórmulas artificiosas que no permiten una clara comprensión de los límites inafectables. Suprime la distinción entre tierras de cultivo o en riego permanente, que constituyen excepción en nuestra Costa y tierra de cultivo con riego eventual; elimina el complicado sistema de cuotas de afectación, escalas y equivalencias y reduce el límite inafectable a 150 hectáreas de tierras bajo riego en la Costa, extensión razonable para una explotación agrícola que puede llegar hasta 200 hectáreas por razón de eficiencia. De este modo lo que la ley 15037 permitía como mínimo inafectable, inclusive tratándose de tierras deficientemente explotadas, la ley 17716 lo

convierte en la superficie máxima que puede conservar un propietario que explota directa y eficientemente sus tierras.

Para la Región de la Sierra la Ley 17716 recoge los límites de inafectabilidad señalados en el Decreto Supremo N° 38 de 25-XI-1964, cuya aplicación ha demostrado que se encuentran ajustados a la realidad.

Contrariamente a lo que podía esperarse, la ley 15037 exigía sólo en la Región de la Selva que la explotación fuera eficiente para reconocer la inafectabilidad. Razones geográficas, ecológicas, históricas, culturales y políticas aconsejan que las tierras vírgenes de nuestra Selva sean objeto de una legislación especial que permita y facilite su desarrollo e incorporación a la civilización dentro del más breve plazo.

La ley 15037 exceptuaba de afectación los predios de las empresas dedicadas a la transformación industrial de la caña de azúcar. La ley 17716 (art. 38) suprime dicho privilegio sometiendo a afectación total no sólo las tierras sino la integridad del complejo agro-industrial, confirmando el principio de que la Reforma Agraria no consiste en un simple reparto de tierras y así dispone la cooperativización de las empresas de transformación industrial, bajo las condiciones que deberán fijarse en cada caso.

Uno de los más graves defectos de las leyes de Reforma Agraria es la complejidad del procedimiento de afectación y expropiación que torna

lenta y engorrosa su aplicación. La ley 15037 no escapaba a esta crítica sino más podría haber servido para ejemplificarla (art. 62). La modificación que introduce la ley 17716 en este aspecto primordial redundará notablemente en la agilización del procedimiento y reducción de los costos de aplicación de la Reforma Agraria puesto que elimina una serie de diligencias engorrosas, tal como la elaboración del primer plano provisional de conjunto que además de inútil generaba el desconcierto entre los interesados. La ley 17716 evita trámites que no hacían sino dilatar el procedimiento administrativo, sin que ella signifique desconocer el derecho del interesado a objetar la valorización o recurrir a la vía jurisdiccional en el fuero privativo que ha establecido dónde jueces especializados resolverán las controversias y conflictos respetándose todas las garantías procesales.

La forma de valorización de las tierras afectadas adoptada por la ley 15037 (art. 75) era sumamente compleja, difícil y onerosa y se prestaba a interpretaciones subjetivas tanto por parte de los funcionarios de la Reforma Agraria como de los propietarios afectados, lo que ha dado margen a una serie de controversias. La ley 17716 contiene un nuevo sistema de valorización, simple y objetivo, basado en las declaraciones formuladas por los mismos propietarios para la acotación del impuesto al valor predial (auto-avalúo).

La ley 17716 incluye entre los beneficiarios de la Reforma Agraria a

las sociedades agrícolas de interés social constituidas por campesinos, comuneros o cooperativistas. Asimismo, como innovación recogida de la experiencia abre la posibilidad de adjudicar tierras en común a grupos campesinos que se obliguen a constituir cooperativas o sociedades de interés social. Igualmente, de acuerdo con nuestra realidad sociológica la ley 17716 faculta la adjudicación de la unidad agrícola familiar directamente por la autoridad administrativa a favor de la cónyuge, compañera e hijos menores en caso del fallecimiento del padre de familia. Finalmente, otorga preferencia en la adjudicación a los campesinos de la zona.

La ley 17716 propicia la integración del minifundio facultando a la Banca Estatal a otorgar préstamos destinados a financiar la adquisición de extensiones adicionales de tierras para constituir unidades familiares y concede amplias facultades al Poder Ejecutivo para realizar programas de concentración parcelaria y reordenamiento rural.

La ley 15037 significó un retroceso en materia del contrato de arrendamiento rural, pues restableció las tradicionales causales de dehasucio y aviso de despedida del derecho civil provocando la inestabilidad en la explotación de la tierra con los abusos consiguientes. La ley 17716 restringe dichas causales y suprime el contrato de arrendamiento después de declarada una zona de reforma agraria.

Si bien la ley 15037 disponía que el arrendatario gozaba preferencialmente del derecho de retracto tal

norma era burlada en la práctica al hacer figurar en los contratos de compra-ventas precios simulados que frustraban su derecho. Para evitar tales maniobras la ley 17716 establece que el precio que debe pagar el arrendatario que ejercite el retracto sea el determinado de acuerdo a sus normas de valorización (art. 128).

Uno de los más serios problemas que plantea toda Reforma Agraria es el relativo al financiamiento de las expropiaciones de tierras por lo que es necesario recurrir a la emisión de bonos del Estado a largo plazo y bajo tipo de interés. Empero una de las más interesantes innovaciones de la ley 17716 es el carácter personal e intransferible de dichos bonos lo que impide la fuga masiva de capitales al extranjero. Asimismo, permite la redención mediante el aporte de una suma igual para la instalación de nuevas industrias debidamente calificadas dándoles oportunidad a los ex-terratenientes para contribuir a la aceleración del desarrollo económico-social del país.

Por último, debe subrayarse que el amparo que brinda la ley 17716 a la mediana propiedad garantiza el mantenimiento de los niveles de producción y productividad durante la etapa de transición sin desdeñarse de su franca orientación hacia nuevas formas cooperativas y comunitarias como expresiones del deber de solidaridad social lo que hace de ella una auténtica contribución peruana para la solución de los problemas del sub-desarrollo.

Excepción de Prescripción

Por AUGUSTO FERRERO COSTA

Existen dos tipos de prescripción en el derecho civil:

1. La prescripción extintiva, llamada también liberatoria, que extingue un derecho de obligación.

2. La prescripción adquisitiva, que constituye un derecho real. (1)

Ambas figuras deben analizarse al tratar de excepciones, ya que son derechos del demandado susceptibles de hacerse valer en el proceso.

En Roma, aunque por su tramitación fuesen mas bien cuestiones prejudiciales, tanto la prescripción extintiva como la adquisitiva eran deducidas en vía de excepción. El demandado citado a juicio, habiendo el actor dejado transcurrir el tiempo útil para ejercitar su acción, podía deducir la exceptio o praescriptio temporis (prescripción liberatoria) (2). Asimismo el poseedor podía oponer a la demanda de reivindicación del propietario la exceptio o praescriptio longi temporis (prescripción adquisitiva) (3). Respecto a esta segunda excepción, Felipe Serafini (4) señala en su Tratado de Derecho Romano que poco a poco fue aumentando su eficacia hasta convertirse en una verdadera usucapion. Fue así que Justiniano fusionó en una de las dos figuras, declarando que dicha excepción era un modo de adquirir la propiedad.

En el derecho moderno, la concepción de la prescripción como excepción no ha variado sustancialmente. Es así que muchos códigos la mantienen en sus dos formas.

La ley procesal peruana no incluye a la prescripción entre las excepciones dilatorias. Se tramita por lo tanto con las defensas de fondo, resolviéndose en la sentencia.

En nuestro concepto la prescripción, según si sea liberatoria o adquisitiva, debe ser deducida en vía distinta. Esta diferenciación no es caprichosa, sino obedece a la naturaleza misma de ambas institucio-

1. León Bariandarán, José, Comentarios al Código Civil Peruano, Tomo I: Acto Jurídico, Lima, Librería e Imprenta Gil, primera edición, 1938, p. 295. Para Jorge Eugenio Castañeda, la prescripción liberatoria no solamente extingue derechos obligacionales, sino también reales, sucesorios y de familia. (Castañeda Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil, Tomo I. Los Derechos Reales Lima, Editado por la Comisión Administradora del Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tercera edición, 1965, p. 285).
2. Serafini, Felipe. Instituciones de Derecho Romano, traducción española de la novena edición italiana, Tomo I, Barcelona, Hijos de J. España Editores, 1915, p. 279.
3. Serafini, Ob. cit., p. 364.
4. Serafini, Ob. cit., p. 364.

nes. Tan es así que se trata de instituciones distintas, que el legislador de 1936 tuvo la previsión de tratarlas en títulos distintos (5), normando la extintiva en el libro del derecho de obligaciones y la adquisitiva en el libro de los derechos reales.

PRESCRIPCION EXTINTIVA

Creemos que solamente la prescripción extintiva debe ser admitida en vía de excepción. Actualmente es deducida como tal en el proceso, de conformidad con el artículo 1153 del Código Civil, que señala que puede oponerse en cualquier estado de la causa (6).

El Código debería permitir que la prescripción liberatoria formule artículo de previo y especial pronunciamiento, al ser deducida como excepción. Se obviaría continuar el proceso hasta llegar a la sentencia, para que ésta declare que el derecho de acción ha prescrito, en caso que la excepción sea fundada. A los cuatro años de la publicación del Código, el gran jurista peruano Julián Guillermo Romero (7) señalaba que era de extrañarse la exclusión de la prescripción entre las excepciones oponibles como dilatorias, ya que "con ello se impide que el demandado pueda acogerse a los beneficios que de la prescripción le resulte, cuando pudiendo acreditarla con facilidad, haga inútil la prosecución lata de un litigio que siempre ocasiona gastos, molestias y contrariedades de todo orden" (8). Más tarde, en el año 1942, en el seno de la Comisión Reformadora del Código de Procedimientos Civiles que presidía Lino Cornejo como Ministro de Justicia, Germán Aparicio

y Gómez Sánchez propuso que se agregase la excepción de prescripción de la acción, siendo aceptada por el ponente de dicho capítulo, el doctor Ernesto Araujo Alvarez (9). El proyecto de la mencionada Comisión quedó simplemente como estudio.

El fundamento jurídico de esta excepción es impugnar la acción, por cuanto el plazo para hacerla valer ha caducado. Y es que aunque esta institución esté legislada en el Código Civil, no se trata de una excepción sustancial sino de una excepción de naturaleza típicamente procesal (10). No se dirige contra el

5. El Código Civil de 1852 las trataba conjuntamente.
6. Este artículo debería estar en el Código de Procedimientos Civiles y no en el Código Civil, dada su naturaleza procesal.
7. Romero, Julián Guillermo. Estudios de Legislación Procesal, Tomo II, Lima, Tipográfica de El Lucero, 1916, p. 174.
8. Romero, Ob. cit., p. 174.
9. Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código de Procedimientos Civiles, segundo fascículo, Lima, Gil Impresores, p. 11.
10. No toda la doctrina conviene en este enunciado. Ugo Rocco expresa por ejemplo, que la prescripción es de naturaleza sustancial y que lo que mediante la prescripción se extingue es el derecho sustancial y no el derecho a accionar (Rocco, Ugo. Teoría General del Proceso Civil, México, Editorial Porrúa, primera edición en español, 1959, p. 569). El más calificado estudioso peruano de la Ciencia Procesal, Mario Alzamora Valdez, señala lo contrario, afirmando que subsiste el derecho pero la acción queda paralizada por prescripción (Alzamora Valdez, Mario. Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso, Lima, Tipografía Peruana, 1965, p. 46).

derecho mismo, sino contra la forma de hacer valer ese derecho, es decir contra la acción.

Ahora bien, es importante dilucidar si la oposición del demandante a la excepción se aparta de la esfera de la acción para entrar en el campo del derecho. Creemos que no, pues si por ejemplo adujese que la prescripción se ha interrumpido por pago parcial, lo que interesa averiguar no es el fondo del derecho sino si el derecho de accionar del demandante ha prescrito, o si la prescripción se ha interrumpido por el pago. Importa solamente el hecho de la prescripción.

Varios tratadistas señalan que procede la prescripción extintiva en vía de acción. Al respecto Jorge Eugenio Castañeda dice acertadamente que nada impide hacerla valer como tal y que "es lícito que quien se ha liberado del cumplimiento de una obligación pueda pedir que en juicio se haga la declaración correspondiente" (11).

PRESCRIPCION ADQUISITIVA

El Código Civil peruano señala expresamente en el artículo 872, que "quien adquiere un inmueble por prescripción puede entablar juicio para que se le declare dueño". Está indicando pues, que es en vía de acción que procede solicitar al Poder Judicial al título de propiedad sobre el inmueble (12). Al decir "puede entablar" en lugar de "debe entablar", el legislador ha querido hacerlo facultativo. Eso no significa sin embargo que queda entonces abierta la vía de la excepción como otra posi-

bilidad. Quiere decir que si el poseedor no opta por "entablar juicio", puede defenderse en el juicio que le entablen a él (acción reivindicatoria por ejemplo) mediante la misma vía de acción, es decir, interponiendo reconvencción. Y es que "aun cuando la excepción tiene su raíz en un derecho del demandado, la misma no tiende a hacer valer este derecho, sino exclusivamente a anular la acción, esto es, la misma permanece dentro de los límites de la defensa" (13). Si aceptamos que la prescripción adquisitiva procede como excepción, estaríamos desnaturalizando la naturaleza de ésta. Es más, cuando "la excepción trasciende de la esfera de la acción, es que la excepción ha dejado de ser tal y se ha transformado en una acción reconvenzional de impugnación" (14).

Está además de por medio el principio de la economía procesal. De proceder la prescripción adquisitiva en vía de excepción y de ser declarada fundada en la sentencia el juez no podría declarar dueño al demandado pues, es materia controvertida. Este tendría entonces que accionar para que se le declare dueño y el problema que pudo ventilarse en un proceso se ventilaría en dos. En sín-

11. Castañeda, Ob. cit., p. 349.

12. El Código Civil de 1852 no aceptaba esta prescripción en vía de acción, sino en vía de excepción (Romero Romaña, Eleodoro. Derecho Civil, Los Derechos Reales, Tomo I, Lima, Talleres Gráficos Marco, p. 169).

13. Chiovenda, Guiseppe. Ensayos de Derecho Procesal Civil, traducción de Santiago Sentís Melendo. Tomo I, Buenos Aires, EJEA, 1949, p. 265.

14. Chiovenda, Ob. cit., p. 266.

tesis: el demandado que reconviene le dice al Juez: decláreme dueño; el que excepciona le dice: el demandante ya no es dueño. La ley no señala que se pueda declarar dueño en vía de excepción.

Es importante sin embargo tener en cuenta la práctica jurídica. En el caso de un demandado que no hace uso debido de su derecho y aduce la prescripción adquisitiva en vía de excepción, el juez deberá entenderla no como tal, sino como extintiva del derecho del propietario. Y es que el derecho del poseedor de adquirir por prescripción conlleva la extinción del derecho del propietario. Estaría haciendo uso entonces no de la prescripción adquisitiva, derecho suyo, sino de la prescripción extintiva del derecho del demandante. No se entendería como un derecho alegado por el demandado, sino como la impugnación a la acción del demandante. De ser fundada, el Juez no podrá declararle ningún derecho. Si el demandado quisiese darle mayor eficacia a su derecho, tendrá que accionar en otro proceso para que se le declare dueño.

Creemos entonces que esta prescripción procede solamente como acción y no como excepción. Esta figura no está dirigida a impugnar el derecho ajeno, sino a que se reconozca el propio. El derecho después del fallo sigue siendo el mismo, lo que varía como expresa autorizadaamente Couture (15), es su "extensión y eficacia". Jorge Eugenio Castañeda (16) considera que sí procede como excepción. Es más, el Có-

digo de Procedimientos en Materia Civil y Comercial de la Capital Federal de Argentina de 1880, recientemente derogado, reglamentaba este instituto como excepción, legislando solamente sobre la larga o treintañal. La corte fue excluida por ser su probanza más difícil, ya que se tiene en cuenta el justo título y la buena fe (17). No tomaba en consideración, sin embargo, a la prescripción liberatoria como excepción, razón por la cual era hecha valer al contestar la demanda (18). El actual Código, promulgado en 1967 y vigente desde febrero de 1968, trata de la excepción de prescripción sin hacer distingo alguno, razón por la que creemos está referida a ambas.

La naturaleza de esta prescripción no es procesal como la anterior, sino sustancial. La acción de prescripción adquisitiva de dominio no es otra cosa que la solicitud de reconocimiento de un derecho. Bien dice Couture: (19) "Mediante el proceso, el poseedor procura hacer cesar la incertidumbre. Nada más".

15. Couture, Eduardo J. Introducción al Estudio del Proceso Civil, Buenos Aires, Editorial Depalma, segunda Edición, 1953, p. 100.
16. Castañeda, Ob. cit., p. 290.
17. Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo III, Buenos Aires, Ediar Editores, segunda edición, 1961, p. 149.
18. Reimundin, Ricardo. Derecho Procesal Civil, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Viracocha, 1957, p. 35.
19. Couture Eduardo J. Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Buenos Aires, Ediar Editores, 1948, p. 344.

Sobre la Reforma de la Facultad

Luis Pásara

Durante muchos años — casi cincuenta — la Facultad ha vivido dentro de los rígidos moldes que han caracterizado a muchas facultades de derecho nuestras y extranjeras: currículum inamovible, profesores por horas, clases magistrales sin participación o con muy poca de los alumnos, enfrascamiento en el estudio de la ley y eventuales referencias a la doctrina, etc. La repetición del método y el estilo hizo que el nivel académico deviniera pobre, casi ausente. El pasar por la Facultad — como alumno o profesor — se convirtió en un rito sin entusiasmo. Parecía haberse olvidado que una formación tan “profesional”, tan de ejercicio, como la del abogado requería trabajo académico serio y dedicado, profesores a tiempo completo que lo prepararan y alumnos de veras consagrados a tal estudio. De hecho casi ningún profesor estaba dedicado a la docencia, y no se ponía ninguna atención sobre la promoción de nuevos docentes entre los mejores alumnos, puesto que el sistema de reclutamiento aceptado era llamar a los profesionales en ejercicio de más éxito y con la buena voluntad de “sacrificar” unas horas en el dictado de clase.

En 1967 empezó un proceso de reforma en la Facultad dirigido a varios aspectos importantes de su situación. Se reformó el currículum, adecuándolo mejor a necesidades básicas de la formación actual del abogado; se introdujo el sistema de profesores a medio tiempo; se inició el sistema de seminarios y prácticas, para lograr una mayor participación del alumno y un nivel más concreto de estudios, respectivamente; en suma, se inició un cambio reconocido como el primer paso de un proceso destinado a modificar sustancialmente los objetivos y el estilo de trabajo de la Facultad. Estando así, al inicio de un proceso importante de cambio, conviene presentar algunas de las ideas necesarias para implementarlo. En otros términos, es necesario explicitar y discutir las condiciones del cambio más allá de una aceptación global. Con estos apuntes esquematizamos algunos de los puntos más importantes a considerar.

Veamos en primer término, cuáles son las limitaciones que el cambio que examinamos, encuentra. Hay un primer tropiezo proveniente de las resistencias al cambio en sí mismo, fácilmente detectables en

cualquier institución. Un cambio — sobre todo, si es radical y de largo alcance — entraña riesgos, supone nuevos estilos, que a veces generan oposiciones o conflictos. Para decirlo de manera más concreta, la exigencia que se plantea a profesores y a alumnos debe ser ahora mayor. De este hecho pueden provenir resistencias (1), que si bien es cierto no paralizarán el proceso, pueden deteriorarlo. De ahí que sea necesario buscar la mayor participación consciente de los miembros de la Facultad en esta búsqueda de nuevos modos de trabajar.

Si pasamos por alto limitaciones del sistema, como por ejemplo la imposibilidad de reducir el número de años de estudio debido a una expresa prohibición legal, debemos encarar el sector de escasez de recursos. Desde el renglón de financiación hasta el de personal. En efecto, los nuevos métodos suponen una cadena de necesidades: locales más adecuados, con buen mobiliario e iluminación, biblioteca, sueldos de tiempo completo, que requieren fuentes de financiación (2). Aquí hay un problema hasta ahora no insuperable, pero complicado. Pero no sólo se trata de dinero. También se necesita trabajar con bibliografía nacional (escasa, de baja calidad), con índices de jurisprudencia (inexistentes casi), con fuentes documentales periódicas, etc. Y es necesario contar con un equipo de profesores dedicados al trabajo académico, con consagración a él y con gran preocupación pedagógica que logre motivar al estudiante hacia el conocimiento de la disciplina. Todo esto hace ver lo complejo de un pro-

ceso como el propuesto, especialmente para aquéllos que piensan en trasplantar modelos extranjeros o en calcar estilos de trabajo ajenos.

Sin embargo, el cambio se ha iniciado. Preguntémonos ahora cuáles son los objetivos del proceso, que sustituyen a las metas tradicionales de la Facultad.

En cuanto a **qué derecho enseñar**, hay que hacer hincapié en una distinción fundamental entre el "derecho en los libros" y el "derecho actuante". Se ha incidido generalmente, y con muy poca utilidad, en el derecho como está consagrado, y a menudo como el texto de la ley lo señala. Es necesario derivar la preocupación hacia el derecho tal como regla realmente la conducta humana. Es decir, hay que pasar del estudio de la ley al estudio de su vigencia y aplicación. Ello implica ir a la jurisprudencia, que nos dice cómo se ejecuta el derecho por decisión de la administración judicial. Largamente nos hemos referido a la jurisprudencia para discutir sobre su carácter de fuente formal. No es ése el punto. Es necesario estudiarla como testimonio del derecho actuante. También debemos recurrir a otras fuentes documentales, que nos

(1) Mi experiencia en 1967 con alumnos acostumbrados a memoriar copias de clase, tratando de que consultaran bibliografía y reflexionaran sobre ella, refuerza esta apreciación. No se trata sino de una inercia creada por hábitos perniciosos que es una especie de lastre.

(2) La Fundación Ford ha contribuido con un programa de ayuda que cubre renglones, pero *inicialmente*, para que arranquen. De otro lado, debe observarse con preocupación que las fuentes de financiación permanentes crean dependencia.

den idea de cómo el derecho vive a través del comportamiento diario de los hombres; por ejemplo, pasar del estudio del libro de los Contratos en el Código Civil, al estudio de **contratos** concretos, reales, que den al estudiante la cabal idea del funcionamiento del articulado legal (1). Este punto de vista es tan válido para los recursos de derecho positivo como para los llamados de "teoría general de derecho": ambos deben permitir una aproximación al derecho real y no al derecho en cuanto idea, o concepción abstracta (2).

Si ésta debería ser la principal meta en cuanto al derecho a enseñar, debemos enfrentarnos con el problema de **qué tipo de formación** dar. Expresamente o no, siempre se ha pensado en la Facultad que ésta debe dar un conjunto de conocimientos legales, y la práctica complementaría este bagaje, desarrollando las habilidades necesarias en el abogado. Aquí hay dos aspectos que debemos distinguir. El primero es si la Facultad debe hacer conocer el derecho o enseñar a usarlo. El segundo es si la Facultad debe desarrollar en el estudiante las habilidades del abogado.

La respuesta tradicional a la primera ha sido que sólo se debe enseñar a conocer el derecho. No están del todo claros los fundamentos de tal afirmación, quizá porque ésta no es tanto racional sino producto de la inercia. Renunciar de antemano a enseñar a usar el derecho, dejándolo a la incertidumbre de la "práctica" — a menudo pobre, deficiente, o simplemente inexistente— no pa-

rece ser justificado. En cuanto al segundo problema, siempre se ha supuesto que este tipo de habilidades — redactar, discutir, interpretar textos, etc. — o son innatas o deben dejarse a su normal desenvolvimiento en la "práctica". Ambas interpretaciones son erróneas. Estas pericias son enseñables y la Facultad debe asumir la responsabilidad de hacerlo, porque es su función en cuanto responsable de la preparación de abogados.

Este objetivo docente para la Facultad, supone mayor dedicación del alumno y mayor exigencia en su rendimiento. Así, la "práctica" que hasta ahora le tomaba cuando menos medio tiempo, debe situarse como accesoria respecto de la principal dedicación: la académica. Puesto que ahora "trabajo académico" no debe significar abstracción o juego de conceptos, sino análisis racional y dirigido de problemas muy concretos.

Debe hacerse referencia a **los métodos pedagógicos** que tradicionalmente han sido poco considerados en la universidad peruana en general. Ya se ha iniciado el método de seminarios y prácticas que suponen una participación más activa del

- (1) En vía de anécdota ilustrativa puede referirse que, muchos egresados de la Facultad hace pocos años, sostenían no haber visto jamás una demanda o tener idea de cómo se redacta, a pesar de los varios cursos de procedimiento que habían seguido y aprobado.
- (2) Pasar por ejemplo, de la idea de justicia al análisis crítico de su vigencia en un orden jurídico concreto, o en una sentencia, o en una relación contractual.
- (3) A estas carencias se dirige la nueva Oficina de Orientación Profesional.

alumno en clase y una documentación que necesariamente incluye trabajo extra-clase. De un lado, promoviendo la búsqueda en las fuentes — autores, sentencias, leyes, reglamentos, decretos—, de otro lado, provocando la participación del alumno en clase, haciendo que en el diálogo resida el transcurso de la clase, puede lograrse no sólo una mayor motivación para el estudiante sino además un adentramiento en el modo jurídico de razonar y enfrentar los problemas. Este último logro es un “adiestramiento” de vital importancia, cual sea el tipo de ejercicio profesional al que quiera dirigirse posteriormente el estudiante.

En cuanto a la **orientación de la formación**, debe reconocerse que ésta fue esencialmente privatista hasta ahora. No sólo en el sentido de una mayor preocupación por el derecho privado, sino en la toma del punto de vista del sector privado — es decir, los grupos económicamente dominantes — en el análisis del derecho peruano. Una serie de compromisos de hecho explican esta actitud. Hay aquí la necesidad de un equilibrio, en el sentido de que el punto de vista del sector público debe estar presente. Pero no sólo se trata de ello; superando la diferencia — a veces competitiva — entre ambos sectores, es necesario impregnar el estudio del derecho de una ideologización consistente en volcar a los profesionales en el trabajo por

el desarrollo del país. Los términos de este trabajo deben ser asumidos como responsabilidad de cada profesor que desde el ángulo de su especialidad puede diseñarlos, y como responsabilidad de cada estudiante que desde el ángulo de su ejercicio profesional más tarde, tendrá que ejercitarlos.

Por último, se hace necesario revitalizar la **presencia de la Facultad** en cuanto al desarrollo del derecho en el Perú. Todos reconocen que el desarrollo del país requiere una implementación jurídica, ahora incipiente. De otra parte, se reconoce que el derecho —legislado y administrado judicialmente— tiene una serie de trabas y vicios que deben ser estudiados sistemáticamente para proponer soluciones. Esta tarea ha sido asumida parcialmente sólo por esfuerzos aislados. La Facultad tiene el imperativo de desarrollar un trabajo institucional en este campo, investigando y proponiendo. Principalmente, a través de su personal dedicado, debe aportar con la calidad que supone su nivel académico y con la responsabilidad que supone su función frente al país. De esta tarea de investigación deben participar los alumnos, de entre los cuales debe reclutarse a los futuros abogados — estudiosos del derecho, dedicados principal o enteramente a labores académicas.

Enero de 1969

Transferencia de la Propiedad de los Bienes Muebles en el Código Civil Peruano de 1936^(*)

Felipe Osterling Parodi

¿Desde cuándo se produce la transferencia de la propiedad de los bienes muebles, desde el momento en que el contrato de compra-venta ha quedado concluído o desde que el vendedor entrega al comprador la cosa vendida?

Dice Raymundo M. Salvat (1) que en el derecho romano se exigía, para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, no sólo el consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades, sino la tradición o entrega real de la cosa. Consideraban los romanos que la voluntad de las partes, por sí sola, no debía ser suficiente para crear el derecho de propiedad, y que la tradición o entrega de la cosa, que exteriorizaba la transferencia del dominio, prevenía a los terceros.

Agrega Salvat que en el antiguo derecho francés prevaleció el sistema romano, pero que la tradición llegó, posteriormente, a considerarse una mera ficción, estimándose cumplida por medio de cláusulas en virtud de las cuales el vendedor se daba por desposeído y el comprador por puesto en posesión de la cosa. Ante este precedente, el Código Napoleón estableció el principio de que la propiedad de los bienes muebles se tramite por el solo efecto de las convenciones (artículos 711 y 1138).

Expresa Salvat, por último, que el Código civil alemán exige, para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, el consentimiento y la tradición, volviendo al sistema romano.

¿Cuál es el sistema en el Código Civil peruano de 1936?

Parece evidente que el Código Civil peruano de 1936 ha seguido, en esta materia, al Código Civil alemán. La ley peruana exige, para que se opere la transferencia de los bienes muebles, además de la conclusión del contrato, o sea del consentimiento, la tradición.

Las razones que sustentan esta tesis son las siguientes:

- 1.—El artículo 890 del Código Civil. Este precepto dispone que aquél que de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de un mueble, adquiere el domi-

(*) Con motivo de la polémica sostenida entre el Dr. Jorge Avendaño V. y Felipe Osterling Parodi, éste último deja por escrito su posición frente al tema. En el siguiente número, el Dr. Avendaño hará lo mismo.

(1) Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, I Tomo, páginas 309 y 310.

nio, aun cuando el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. La norma exige, además de la buena fe, que se efectúe la entrega del bien y que quien lo reciba lo haga a título de propietario. El texto es de claridad meridiana.

El artículo 890 alude, como se ha expresado, a que se reciba "la posesión de un mueble". El artículo 843 del mismo Código prescribe, por su parte, que la posesión se adquiere por la tradición. Y el artículo 844 establece, finalmente, que la tradición queda verificada entregando el bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley. Cuando el artículo 890, en consecuencia, se refiere al desplazamiento de la posesión, alude, sin duda, a la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley.

Desde luego que la tradición y, por consiguiente, la entrega o transferencia de la posesión del bien mueble, también opera en las hipótesis previstas por los artículos 845 y 847 del Código Civil, relativas al poseedor del bien por título distinto; a la transferencia del bien que está en poder de un tercero; y a los artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales. En estos casos no se requiere, para el traslado de la posesión, el traslado físico del bien mueble objeto de la transferencia.

Se trata de casos excepcionales en que el legislador, por la naturaleza de las cosas, ha previsto la tradición sin necesidad del desplazamiento.

- 2.—El artículo 1172 del Código Civil. Esta regla establece que la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace el acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario: la convención, en el caso de los bienes inmuebles, tramite el dominio.

Si el legislador hubiera querido incorporar este mismo precepto a los bienes muebles, habría agregado, indudablemente, la expresión "o mueble" después de la palabra "inmueble". No lo hizo porque el artículo 890 ya se refería a los bienes muebles, estableciendo un precepto distinto, o sea que la transferencia del dominio requería la tradición.

El caso de los bienes muebles está pues previsto por el artículo 890 del Código Civil y el caso de los bienes inmuebles por el artículo 1172 del mismo Código. Esto explica por qué se suprimió en el proyecto de Código Civil y, posteriormente, en el Código Civil hoy en vigencia, la norma consignada en el anteproyecto que exigía en forma expresa, para la transferencia del dominio de los bienes muebles, la tradición. La regla se suprimió por la simple y llana razón de que ya se encontraba consigna-

da en el dispositivo que hoy corresponde al artículo 890 del Código. Mantener aquel precepto hubiera significado consignar la misma regla en dos normas distintas. La duplicidad, además de ociosa, hubiera sido antitécnica.

- 3.—El artículo 1173 del Código Civil. Esta norma se refiere a las prelaciones cuando el deudor se ha obligado a entregar un mismo bien a diversos acreedores. En el caso de los bienes muebles, previsto por la regla citada, se prefiere al acreedor de buena fe a quien el deudor hubiera efectuado la tradición de la cosa, aunque su título fuera posterior. O sea que el artículo 1173 confirma la regla consignada en el artículo 890 del Código que exige para la transferencia del dominio de los bienes muebles, la buena fe de quien los recibe y la tradición. Y esto aunque existan otros adquirientes con títulos de fecha anterior.

En caso que el solo acuerdo de voluntades transfiriera el dominio de los bienes muebles, ¿no se habría preferido acaso al acreedor de título más antiguo —aunque no se hubiera operado la tradición a su favor— porque habría sido su legítimo dueño?

- 4.—El artículo 1175 del Código Civil. Esta norma dispone que si una cosa mueble determinada se perdiese sin culpa del deudor, antes de efectuarse su tra-

dición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación. La regla en el derecho moderno —y sobre esto no hay debate posible— es “res perit domino”: la cosa se pierde para su dueño. El artículo 1175 del Código Civil, en aplicación de este principio, estatuye que la pérdida de la cosa mueble sin culpa del deudor, antes de que se efectúe su tradición, disuelve la obligación. La cosa se pierde pues para el deudor quien, en el caso de los bienes muebles, continúa siendo el dueño hasta que se opere la tradición.

La regla es tan clara que en el caso de los bienes inmuebles no existe disposición legal alguna porque el comprador o acreedor adquiere el dominio por el simple acuerdo de voluntades, sin necesidad de que se efectúe la tradición a su favor, según se ha visto al analizar el artículo 1172 del Código Civil. Y si en esta hipótesis la cosa se pierde sin culpa del vendedor o deudor, antes de efectuarse la tradición, la pérdida la asume el comprador o acreedor, en su calidad de propietario.

- 5.—El artículo 1412 del Código Civil. Esta regla dispone que en la venta de cosas muebles que no se han entregado al comprador, si éste no paga ni otorga la garantía cuando a ello se hubiese obligado, puede el vendedor disponer de la cosa sin pedir la rescisión. Si el vende-

dor ya no fuera el dueño —porque habría transferido el bien mueble por el simple acuerdo de voluntades— cómo podría disponer de él? Parecería incongruente que el vendedor pudiera disponer de la cosa ajena, sin solicitar, previamente, la rescisión del contrato.

6.—La Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil.

Dice la Exposición de Motivos (2) que “El Título primero de esta Sección se refiere a las obligaciones de dar y su exposición requiere un breve desarrollo. Para definir el régimen de estas obligaciones, precisa resolver si conviene adoptar respecto de los inmuebles el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediante la inscripción; y si tratándose de las cosas muebles, debe mantenerse el principio de que la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio”. Y agrega: “La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro”.

7.—La opinión de los comentaristas más distinguidos del Código Civil peruano de 1936.

te que tratándose de cosas mue-
Expresa el doctor José León Barriandiarán (3): “Pero es eviden-

bles, la regla de nuestra ley civil es que solus consensus non perfeciumtur. Así resulta del sentido del artículo 1175, de indicaciones pertinentes formuladas por el autor del Código, y también de la disposición a que se contrae el número 890, que reza: “Aquel que da buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de un mueble, adquiere el dominio, aun cuando el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo”. El doctor Eleodoro Romero Romaña (4), afirma, por su parte, que “Al estudiar la posesión hemos visto en el número 79 que ésta se adquiere por la tradición o entrega de la cosa. Pues bien, tratándose de los bienes muebles, esta tradición es de tal naturaleza e importancia que no solamente se adquiere en esa forma la posesión, sino también, en muchos casos, la propiedad. Esto es lo que establece el artículo 890; naturalmente, con ciertos requisitos tales como el que la persona tenga buena fe al recibir como propietario el bien mueble. Debe estar convencido de que la persona con quien está tratando es el verdadero propietario”. Y agrega “El fundamento de la disposición obedece a que la adquisición de los bienes muebles es completamente diferente de la de los in-

(2) Ver páginas 16 y 18.

(3) Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, Tomo II, Modalidades y Efectos, página 21.

(4) Derecho Civil, Los Derechos Reales, Págs. 211 y 212.

muebles, por ser distinta la situación de unos y otros. Los inmuebles tienen títulos de propiedad y pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble. En cambio, en los muebles no existe, por lo general, ningún título, reputándose propietario de ellos a quien los tiene en su poder. El que contrata sobre bienes muebles no tiene, en realidad, cómo asegurarse sobre quien es su verdadero propietario".

El doctor Jorge Eugenio Castañeda (5) manifiesta que "El acreedor del inmueble no es un mero acreedor; es un propietario. Por ejemplo, el comprador, el donatario, no son sólo acreedores que pueden exigir la entrega; son dueños y pueden, por tanto, reivindicar, no obstante no haber tenido nunca la posesión.

Por el contrario, tratándose de cosas muebles, el comprador o el donatario a los que no se les hubieran entregado no son dueños".

Dice el doctor Angel Gustavo Cornejo (6) que "Tratándose de cosas muebles su dominio se adquiere por la tradición".

Expresa el doctor Rosendo Badani (7), finalmente, que "En cuanto a los muebles, la tradición es necesaria para la transmisión del dominio, conservándose así respecto a ellos la doctrina del derecho romano".

-
- (5) Instituciones de Derecho Civil, El Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Teoría General de las Obligaciones, página 91.
 - (6) Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, página 88.
 - (7) Obligaciones y Contratos.

Un Problema de Derecho Constitucional

Alejandro Alfageme Rodríguez Larraín

Es conveniente referirnos, antes de desarrollar el tema del presente artículo, a las nociones generales de Constitución y de Constitucionalidad.

Las normas jurídicas no se encuentran aisladas unas de otras; existe entre ellas una relación, de acuerdo a un orden de gradación. Esta recibe el nombre de ordenamiento jurídico, en el que cada ley tiene su lugar, estando ligado dicho ordenamiento según la tesis kelseniana, al de la razón o fundamento de validez de una norma, es decir, que la pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico es el fundamento de validez de dicha norma, y éste está dado en forma inmediata de otra norma superior hasta llegar a la Constitución. (La que, como observa Kelsen, tiene su fundamento en la norma hipotética fundamental o primera Constitución).

La Constitución, dentro de lo que acabamos de ver, sería, como dice el Dr. Raúl Ferrero R., la norma fundamental de la que desciende por grados el resto del orden jurídico. Puede también definírsele como la norma o conjunto de normas que determinan quiénes y mediante qué procedimientos están autorizados para dictar normas obligatorias y qué tipo de normas determi-

na los órganos del Estado, y también su competencia, es decir, los límites dentro de los cuales el órgano puede dictar normas obligatorias. De esta manera regula, en términos generales, las relaciones entre gobernantes y gobernados; entre los órganos del Estado y los súbditos sujetos al ejercicio de ese poder; como así también las relaciones entre los distintos órganos del Estado. No constituyen, sin embargo, normas constitucionales las que instauran órganos cuyas atribuciones y establecimientos se determinan por otro órgano constituido. En este caso, aquel órgano se encuentra subordinado al que lo rige como tal y no constituye un órgano constitucional.

Podemos decir, en consecuencia, que la Constitución de un Estado es la determinación originaria de los órganos de gobierno y la competencia que se atribuye a los mismos para dictar normas obligatorias.

Dado que los principios fundamentales de cualquier constitución pueden estar contenidos en un código o carta, aparece un sentido formal de la palabra constitución. Con arreglo a esta acepción formal, es indudable que la Constitución se integra no sólo con las normas que se refieren a la estructura y atribuciones de los órganos, sino también

las relativas a los derechos y garantías de las personas.

De acuerdo con la concepción moderna, las constituciones comprenden generalmente dos partes: una dogmática, en la que se enuncian los principios fundamentales, la forma de gobierno, la soberanía del pueblo, las garantías de la libertad individual y los derechos protegidos; la otra, orgánica, se refiere a los poderes, su organización y funcionamiento.

Por constitucionalidad podemos entender la subordinación o adecuación que media entre leyes, decretos, ordenanzas o resoluciones que dictan los organismos de la administración con relación a la ley fundamental o Constitución.

Significa, asimismo, que toda disposición normativa debe tener esa cualidad so pena de que su obligatoriedad pueda enervarse en casos judiciales planteados o en decisiones de la propia administración, ya que es imperativo elemental de todos los funcionarios que integran los poderes del Estado, aplicar en primer lugar la Constitución y a raíz de esa aplicación deviene la preterición de la norma antinómica o violatoria de la ley fundamental, de la que aquella, al final de cuentas, deriva su vigencia.

El constitucionalismo significa el imperio del derecho por medio de la ley, de la norma jurídica que excluye toda arbitrariedad circunstancial intencionada o caprichosa.

La adecuación de las normas jurídicas a la Constitución es siempre

prenda de seguridad social, porque la Constitución es el límite a la voluntad humana en el gobierno y garantía de los gobernados. En ese carácter radica la importancia superlativa de la Constitución porque, sobre todas las leyes, ella es una ley de protección política, garantía de la Nación contra las usurpaciones de los poderes a los cuales ha debido confiar el ejercicio de su soberanía; garantía también de la minoría contra la omnipotencia de la mayoría. Es, sin duda, como dice Borgeaud, una ley de garantías.

El principio de la constitucionalidad es consecuencia necesaria y también lógica de la supremacía constitucional, o sea, como ya lo dijéramos, la Constitución ocupa el lugar más eminente en la gradación jurídica de un Estado de Derecho, y a ella se adecúa toda la legislación; o dicho con palabras de Kelsen, la Constitución es la más alta grada jurídica-positiva, y su misión consiste en regular los órganos y el procedimiento de la producción jurídica, esto es, de la legislación ya que la norma fundamental arraiga en último término la significación normativa de todas las situaciones de hecho constitutivas del orden jurídico.

La supremacía de la Constitución es un principio fundamental de todo Estado de Derecho. En el fondo no es sino respeto a la ley, supremacía de la Constitución y no de los hombres encargados de aplicarla.

Coke, decía al respecto, en 1610, que cuando una ley del Parlamento

es contraria al Decreto común y a la razón, o repugnante o imposible de ser aplicada, el Common Law la limita e impone su validez.

En el Agreement of the People de 1647 y en el Instrument of Government de 1653, como lo pone de relieve el tratadista Linares Quintana, se propone establecer una ley suprema colocada fuera del alcance del Parlamento, limitando sus poderes y declarando, por vía de restricciones expresas, cuáles son los derechos que la nación se reserva y a los que ninguna autoridad podría allanar sin delito.

Aunque la doctrina de la supremacía constitucional enervase luego en Inglaterra, ella es acogida en las prácticas judiciales y la doctrina de los Estados Unidos de América; hasta su sanción en la cláusula segunda del Artículo 6º de la ley de Filadelfia. Hamilton, en las páginas de El Federalista, nos dice al respecto que una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces... En otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria... Donde la voluntad de la legislatura declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras.

Pero fue el Juez Marshall, en la causa de Marbury V. Madison, en 1803, quien sostuvo que en presencia de dos reglas antagónicas, una ordinaria y otra constitucional, correspondía al Tribunal decir cuál de ellas debía gobernar.

Si la supremacía de la Constitución supone un sistema básico de normas y hay diferencia entre una ley constitucional y una ordinaria, es lógico suponer que debe existir un poder capaz de resguardar los grandes principios receptados por la Constitución y que el pueblo ha estimado necesarios para la existencia del Estado y de su orden jurídico.

Son tres los grandes sistemas que se han establecido con la finalidad de garantizar la vigencia de la Constitución.

1) El control de la constitucionalidad de la ley por un órgano político;

2) El control de la constitucionalidad de la ley mediante un sistema mixto; y

3) El control de la constitucionalidad de la ley por un órgano judicial.

En Francia se ensayó el primer sistema, a partir de la Revolución Francesa, creándose, en 1946, un Comité Constitucional.

En Austria, existe una Alta Corte Constitucional. En Gran Bretaña es el Parlamento que posee esta función. En Alemania Federal e Italia, desde la Segunda Guerra Mundial, existe una Corte Constitucional que, como la Alta Corte Constitucional Austríaca, posee la facultad de anular la ley dictada.

En el Ecuador es el Congreso que se pronuncia sobre la constituciona-

lidad de las leyes cuando para ello es requerido por la Corte Suprema.

El sistema mixto tiene su aplicación en el Brasil y en Portugal.

Pero indudablemente el sistema más difundido y que ha proporcionado mejores resultados, es el Control Jurisdiccional de la Ley. Este, al que Haurion llama Superlegalidad Constitucional, es de estricto derecho dentro del Estado gobernado por leyes, y corresponde a la misión natural de los jueces.

El sistema a que nos venimos refiriendo adopta su faceta más interesante en el procedimiento judicial norteamericano. En los Estados Unidos son los Tribunales que pueden declarar nulas disposiciones legales por considerarlas contrarias a disposiciones constitucionales; esta facultad comprende también la de declarar que las leyes constitucionales de los Estados son nulas por resultar repugnantes a la ley federal contenida en la Constitución.

Esta facultad, empero, sólo la poseen los altos tribunales de los Estados y la Suprema Corte de los Estados Unidos, puesto que la decisión sobre una cuestión constitucional en cualquiera de los tribunales inferiores es simplemente un proceso preparatorio destinado a limpiar el camino para el más alto Tribunal.

Esta doctrina de la revisión de las leyes por la Corte Suprema Federal fue construida y fundamentada por el Chief Justice Marshall, quien estableció la facultad de los Tribunales y, por ende de la Corte Suprema,

ya que la palabra final le pertenecía para rehusarse a aplicar las leyes del Congreso que considerara inconstitucionales.

En el Perú se practica también un Control Jurisdiccional de la ley, pero reducido al mínimo, ya que no se declara en ningún momento nula cualquier disposición inconstitucional, sino inaplicable en un caso concreto.

El Artículo XXII del Título Preliminar de nuestro Código Civil, prescribe que, cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se debe preferir la primera. La Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto-Ley N° 14605, dice en su Artículo 8° que cuando los jueces o tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, deberán preferir la primera. Sin embargo, a pesar de que la segunda parte del artículo citado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se refiere al caso de que si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique la incompatibilidad, se elevarán en consulta a la Corte Suprema, no se manifiesta la facultad de la misma para poder declarar la inconstitucionalidad de una ley. Esto debería ser objeto de una reforma puesto que, como se ha observado en el sistema norteamericano, la Corte Suprema juega un papel importante dentro del Control Jurisdiccional de las leyes; los jueces inferiores sólo deberían actuar como intermediarios, dado que es excesivo proporcionarles una fa-

cultad de tan extraordinaria gravedad. Eso sí, debe quedar de la parte el uso sistemático de este derecho, señalando la oportunidad de ejercerlo, la forma escrita y la intervención necesaria de todos los órganos de la defensa y del juzgamiento. Igual importancia a la de los dispositivos ci-

tados encontramos en los Arts. 133 y 154 de la Constitución, que establecen acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos, decretos y resoluciones que infrinjan la Constitución; que desarrolla también el Artículo 7° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFIA

1) FERRERO, Raúl. **Teoría del Estado/Derecho Constitucional**, Editorial Librería Studium, Lima, 1966.

2) AFTALION, VILANOVA, GARCIA OLANO. **Introducción al Estudio del Derecho**. Editorial Litográfica La Ley, Buenos Aires, 1967.

3) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomos III, IV, XVIII, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1955, 1956 y 1964. Ley, Constitucionalidad, Constitución.

4) LINARES QUINTANA, **Tratado de la Ciencia del Derecho**, Buenos Aires. 1963.

5) MAYERS, Lewis, **El Sistema**

Legal de los Estados Unidos, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

LEYES

6) Código Civil Peruano de 1936, versión de Germán Aparicio y Gómez Sánchez, Tomos I y III, Editorial Taller de Linotipia, Lima, 1942.

7) Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto-Ley 14605 de 25 de Julio de 1963, en Revista de Jurisprudencia Peruana.

8) Constitución Política del Perú de 1933, en Revista de Jurisprudencia Peruana.

Autores en este número

Giorgio del Vecchio (nació en 1878), realizó estudios en Génova primero y en Roma y Berlín después. Ha sido catedrático en las Universidades de Ferrara, Sássari, Mesina, Bolonia y Roma, siendo Rector de esta última. En 1921 fundó la "Revista internazionale di Filosofia del diritto", una de las de mayor prestigio en su campo, que siguen publicándose hasta el día de hoy. En 1936, fundó la Sociedad Italiana de Filosofía del Derecho, de la que es actual Presidente. Su amplísima producción científica ha tenido gran repercusión en Hispano-américa, especialmente, su Filosofía del Derecho. Entre sus obras destacan: "El sentimiento jurídico", "Los Presupuestos filosóficos de la noción del derecho", "Los principios generales del derecho", "La justicia", "Sobre la estatalidad del derecho", "La crisis del Estado", "Derecho y Economía", etc. Ha escrito con anterioridad en esta revista, socio honorario de la Asociación Jurídica de Thémis.

Felipe Osterling Parodi, abogado, doctor en Derecho, con estudios de post-graduado en las universidades de Michigan y Nueva York. Ha dictado Derecho Internacional Privado (1957 - 1959), en la Universidad Católica. En la actualidad, tiene a su cargo el curso de Derecho Civil (obligaciones) en la misma Universidad desde 1964.

Guillermo Figallo Adrianzén, Abogado de la Pontificia Universidad Católica especialista en D. Agrario, Ex-Miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima presidida por el Dr. José Luis Bustamante y Rivero, Ex-Miembro de la Comisión Liquidadora y Depuradora de Créditos del Estado, Delegado del Perú en Roma en el Congreso Mundial sobre Reforma Agraria, Delegado del Perú en las Reuniones Latinoamericanas de Ejecutivos de Reforma Agraria de Bogotá y Santiago de Chile, Miembro y presidente de Comisiones Consultivas del Colegio de Abogados de Lima sobre Petróleo y Reforma Agraria, autor y ponente de los aspectos sobre Capitalización y problemas metodológicos instrumentales del desarrollo en el Forum sobre Desarrollo Económico y Social de la Sociedad de Ingenieros del Perú, Director General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Agricultura; tiene a su cargo los cursos de Derecho Agrario y Administrativo en el Programa Académico de Derecho, Presidente del Tribunal Agrario del Perú.

Dale B. Furnish, B. A., Grinswell College; J. O., University of Iowa. Actualmente Sub-Director y Profesor en Visita con el Centro Internacional Legal en Santiago de Chile. Sirvió en los años 1963-65 en el Directorio Estudiantil de la Iowa Law Review.

Luis H. Pásara, abogado, profesor a tiempo completo del Departamento de Derecho de la Universidad Católica (Introducción al Derecho, Historia del Derecho Peruano). Este año ha vuelto de una estada de casi un año en el programa cooperativo que nuestra Universidad tiene con la Universidad de Wisconsin, en el cual trabajó sobre aspectos metodológicos de la enseñanza del derecho.

Augusto Ferrero Costa, abogado.

Alejandro Alfageme Rodríguez Larraín, alumno del segundo año de Derecho de la P. U. C. Instructor en los cursos de Etica y Metafísica en el 2º año de la Facultad de Letras en la misma Universidad.

AGRADECIMIENTO:

Programa Académico de Derecho de la Universidad Católica
del Perú.

