

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1990

DOCTRINA

ALBERTO B. BIANCHI: *El caso "Texas vs. Johnson" y el dilema de la colisión de los derechos constitucionales*

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *Filosofía política y filosofía jurídica en Constitución española de 1978*

GUIDO SANTIAGO TAWIL: *El contencioso-administrativo uruguayo tras la reforma de 1987*

EDMUNDO S. HENDLER: *Una aproximación al tema de los delitos económicos*

MARCELA RODRÍGUEZ - CLAUDIO GABOT: *Sobre las posibles reformas a la competencia y funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

DOCUMENTO - BIBLIOGRAFIA

II

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Universidad de Buenos Aires
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1990

II



ABELEDOPERROT

BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Profesor Dr. Eduardo Antonio Pigretti.

Vice-Decano: Profesor Dr. Jaime Luis Anaya.

Secretaría Técnica y de Relaciones Institucionales: Profesora Angélica G. E. Vitale.

Subsecretario Académico: Profesor Dr. Julio J. Martínez Vivot (h.).

Subsecretario Técnico y de Relaciones Institucionales: Dr. Javier M. Petrantonio.

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores:

Consejeros Titulares: Dr. Jaime Luis Anaya, Dr. Juan Carlos Goyena; Dr. Lino Enrique Palacio, Eduardo Ventura, Dr. Eduardo R. Conesa, Dr. Eduardo Antonio Zannoni, Dr. Horacio Pedro Fargosi, Abel M. Fleitas Ortiz de Rosas.

Consejeros Suplentes: Dr. Alberto J. Bueres, Dr. Julio César Rivera, Dra. Beatriz Silvia Krom, Juan Ramón de Estrada, Dr. Norberto E. Spolansky, Dra. Elena I. Highton de Nolasco, Dra. Ana Raquel Nuta.

Graduados:

Consejeros Titulares: Laura Cristina Musa, Hugo Germano, Antonio Rafael Cammarotta, Ernesto O'Farrell.

Consejeros Suplentes: Carlos A. Cruz, Edgar Ramón Gigena, Pedro Pablo Zannoni, Alejandro Quiroga López.

Estudiantes:

Consejeros Titulares: Miguel Guruceaga, Pablo Tornielli, Adriana Galafassi, Gonzalo Alvarez.

Consejeros Suplentes: Héctor Huici, Santiago Murias, Juan Curutchet, Fernando Solari.

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Subdirector: Profesor (C) Carlos J. Colombo.

Secretario General: Profesor Enrique M. Falcón.

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

Director: Profesor Carlos E. Colautti.

Subdirector: Profesora Ana María M. de Aguinis.

Secretario de Redacción: Profesor Pedro Aberastury (h.).

Consejo de Redacción: Profesores Daniel Lago, Roberto M. López Cabana, Rafael Mariano Manóvil, Mónica Pinto, Adolfo Tamini e Inés Weinberg.

**COLABORADORES ARGENTINOS
RESIDENTES EN EL EXTERIOR**

Enrique Bacigalupo, Madrid (España)
Hugo Caminos, Washington D. C. (Estados Unidos de Norteamérica)
Roberto Bergalli, Barcelona (España)
Alberto Ciria, British Columbia (Canadá)
Enrique Dahl, Dallas (Estados Unidos de Norteamérica)
Natán Elkin, Ginebra (Suiza)
Alejandro Garro, New York (Estados Unidos de Norteamérica)
Ernesto Garzón Valdés, Mainz (Rep. Federal de Alemania)
Marcos Kaplan, México D. C. (Estados Unidos Mexicanos)
Natán Lerner, Tel Aviv (Israel)
Saúl Litvinof, Baton Rouge (Estados Unidos de Norteamérica)
Antonio Martino, Florencia (Italia)
Carlos Plastino, Río de Janeiro (Rep. Federativa del Brasil)

INDICE

DOCTRINA

ALBERTO B. BIANCHI: <i>El caso "Texas vs. Johnson" y el dilema de la colisión de los derechos constitucionales</i>	11
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: <i>Filosofía política y filosofía jurídica en la constitución española de 1978</i>	45
GUIDO SANTIAGO TAWIL: <i>El contencioso-administrativo uruguayo tras la reforma de 1987</i>	85
EDMUNDO S. HENDLER: <i>Una aproximación al tema de los delitos económicos</i>	115
MARCELA RODRÍGUEZ y CLAUDIO GABOT: <i>Sobre las posibles reformas a la competencia y funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación</i>	125

DOCUMENTO

<i>Texas vs. Johnson</i> . Traducción al español: Alberto B. Bianchi ..	149
---	-----

BIBLIOGRAFIA

BEATRIZ R. BISCARO: <i>Régimen de filiación y patria potestad. Ley 23.264</i> . Por ROBERTO M. LÓPEZ CABANA	187
---	-----

DOCTRINA

EL CASO "TEXAS vs. JOHNSON" Y EL DILEMA DE LA COLISIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES *

(Tu me quemas, yo te absuelvo. Libertad de expresión y respeto a los símbolos patrios)

por ALBERTO B. BIANCHI **

I. Planteo

a. El 21 de junio de 1989, la Corte Suprema de los Estados Unidos, falló un caso verdaderamente singular¹ —aunque como veremos luego con antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal norteamericano—, en el cual un individuo que había sido condenado penalmente por la quema de la bandera de ese país en una manifestación pública, fue posteriormente absuelto, pues consideró la Corte que su conducta estaba protegida por la libertad de expresión, garantizada en la Primera Enmienda de la Constitución. Es indudable que esta decisión tiene enormes repercusiones para el derecho Constitucional, no sólo de los Estados Unidos, sino también de nuestro país, por lo que cabe analizarlo con detenimiento². Antes de entrar en materia específica,

* La traducción del fallo comentado se publica en este número en la Sección Documentos.

** Profesor Adjunto de Derecho Administrativo —U.B.A.—.

¹ "Texas vs. Johnson", 109 Supreme Court Reporter 2533 (1989).

² Es preciso señalar que apenas conocida en nuestro país, la noticia de la existencia del fallo, Guido S. Tawil publicó un excelente comentario acerca del respeto a los símbolos patrios y la libertad de expresión

sin embargo, creo oportuno efectuar una consideración acerca de algo que considero vital en el análisis constitucional de los derechos y garantías.

b. No me caben dudas de que el mayor de los dilemas que presenta el estudio y análisis de los derechos constitucionales es el de su jerarquía e interrelación. No tiene caso alguno estudiar los derechos constitucionales en abstracto, ello constituye una tarea no más que teórica y muy poco útil. La verdadera forma de estudiarlos es en su relación entre sí, pues ello es lo que nos confiere su verdadera dimensión. Aún sin considerarme enrolado decididamente en la Escuela Ecológica, adhiero a los postulados de Carlos COSSIO cuando señalaba que el derecho es conducta humana en interferencia intersubjetiva³, pues es de esa interferencia precisamente, que nace el derecho⁴. De modo que podría decirse que el estudio de los derechos constitucionales es, principalmente, el estudio de sus interrelaciones y enfrentamientos recíprocos. El derecho constitucional nos obliga permanentemente a tomar decisiones o elegir entre dos alternativas, entre dos valores, ambos respetables, pero que —dada una circunstancia fáctica— no pueden estar equiparados y necesariamente debemos optar, en ese caso, por uno de ellos postergando al otro. En un estudio bastante reciente, precisamente denominado “Opciones Constitucionales” (*Constitutional Choices*), el profesor Laurence TRIBE de Harvard, describe la tarea de los que hacen Derecho Constitucional como una tarea de optar entre dos o varias alter-

(Tawil, Guido S., “La Constitución, el respeto a los símbolos patrios y la libertad de expresión”, *El Derecho*, diario del 14 de setiembre de 1989).

³ “... mediante la conceptualización normativa —decía Cossio— se conoce el objeto de la Ciencia Jurídica, que es la conducta humana en su interferencia subjetiva”, Cossio, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pág. 212.

⁴ Desde que el derecho es, como señalaba Savigny, “el conjunto de reglas que ordenan la vida humana en sociedad”, es obvio que existe en la medida que existan por los menos dos individuos que deban regir sus conductas armónicamente. Esa coexistencia traerá necesariamente colisiones de intereses y colisiones de derechos.

nativas. Esas alternativas se les presentan a los jueces cuando deben decidir por una u otra interpretación de la Constitución, se les presentan al Presidente y a los gobernantes cuando tienen que elegir entre varias nominaciones para un cargo judicial. Lo mismo ocurre con los legisladores cuando deben aceptar o rechazar estas nominaciones. Como abogados debemos optar también en los casos que tenemos que defender, en los puntos de vista constitucionales y principios que debemos exponer. En fin, esas opciones deben ser ejercidas por los burócratas encargados de aplicar la ley, por los escritores que describen la sociedad actual o por los historiadores que reconstruyen el pasado y por los ciudadanos al votar cuando deciden quién tendrá el ejercicio del poder. Nadie está exento de ellas, ni aún los que se sienten observadores neutrales. La Constitución —dice TRIBE— es en parte la suma de todas estas opciones. Pero es también algo más que eso. Tiene que ser algo más que eso para poder ser fuente tanto de crítica como de legitimación⁵.

⁵ *Constitutional choices must be made; to all of us belongs the challenge of making them wisely. We make them at many levels and in many ways. Judges must take them whenever choosing among alternative interpretations of the Constitution. Presidents and governors make them whenever choosing among judicial nominees of differing constitutional perspectives. Legislators must take such choices in confirming or rejecting these nominees, in voting for or against measures challenged as constitutionally infirm, and in proposing or disposing of possible constitutional amendments. As lawyers or as scholars, all of us must take constitutional choices in the cases and causes we argue, in the constitutional viewpoints and principles we espouse or reject, and in the stands we take upon learning of the decisions made by others. Such choices must be made as well by government bureaucrats charged with implementing the law, by writers who describe contemporary society, by historians who construct and reconstruct our past, by voters when they decide who will exercise the power to appoint our judges, and by all of us as we challenge or defend prevailing practices in the Constitution's name —whether as victims of those practices, as perpetrators of what others call injustice, or as those who think of themselves as neutral observers.*

The Constitution is in part a sum of all these choices. But it is also more than that. It must be more if it is to be a source either of critique or of legitimation". (Tribe, Laurence H., "Constitutional Choices", Harvard University Press, Massachusetts, 1985, Preface, p. vii).

Partiendo de un modelo teórico, podemos decir que los derechos constitucionales pueden ser estudiados desde dos ángulos distintos. Existen derechos que, como el de defensa en juicio, por ejemplo, se estructuran a partir de la necesidad de darles contenidos que van configurando sus perfiles. Son derechos que teniendo igual rango o aún superior a los otros, se van haciendo cada vez más perfectos a medida que avanza el estudio sobre ellos. De tal suerte hoy día tenemos institutos como la "doctrina del fruto del árbol venenoso"⁶ que aun no están desarrollados pero que poco a poco van ganando terreno en nuestro derecho procesal. Hay otros derechos en cambio que podríamos decir, se encuentran en estado puro. No necesitan de ninguna construcción especial para existir. Tales son, por ejemplo, el derecho de propiedad, la libertad de expresión. Por tal motivo, su análisis y estudio no se hace, como en la defensa en juicio, desde el ángulo positivo de los mismos, sino desde el ángulo negativo. Lo que estudiamos de esos derechos, no es el derecho en sí sino sus restricciones. El derecho de propiedad se conoce no a través de su elemento positivo, que se agota en una definición⁷, sino que a partir de esa noción es que tratamos de verificar cuáles son las restricciones que son constitucionales y cuáles son las inconstitucionales. En definitiva, la tarea del jurista constitucional en este terreno, pasa por demarcar la línea que separa unas y otras. Lo

⁶ Existe una regla elaborada en los Estados Unidos, según la cual no puede ser condenada una persona en virtud de una prueba obtenida de manera ilegal. Se la denomina "doctrina del fruto del árbol venenoso" (*fruit of the poisonous tree*) y nace con el caso "Silverthorne Lumber Co. vs. United States" (251 U.S. 385; 1920), habiendo sido luego aplicada en casos posteriores, v.gr., "Nardone vs. United States", (308 U.S. 338; 1939) "Wong Sun versus United States", (371 U.S. 471; 1963); "Brown versus Illinois" (442 U.S. 590; 1975). En nuestro país, la doctrina no ha tenido hasta el presente más que aplicaciones aisladas en los tribunales inferiores. Por su lado, la Corte ha hecho aplicación de ella en el caso "Reginald Rayford" (*Fallos*, t. 308, p. 733; 1986). Para un estudio de la cuestión, me remito a Carrió, Alejandro, *Justicia Criminal*, ed. Lerner, Buenos Aires, 1986, p. 88 y sigtes.

⁷ Por ejemplo, la que adoptó la Corte en "Pedro Emilio Bourdié vs. Municipalidad": "todos los intereses apreciables que un hombre puede tener fuera de su vida y de su libertad" (*Fallos*, t. 145, p. 325; 1925).

mismo ocurre con la libertad de expresión. Todos nacemos con el derecho a expresarnos libremente y eso no está en discusión alguna. Pero habida cuenta de que no es un derecho absoluto (ningún derecho lo es), lo que nos interesa saber es cuándo las múltiples restricciones que se le imponen son válidas o no lo son. En suma, lo que nos interesa desde el ángulo constitucional es saber cuándo una restricción impuesta a uno de esos derechos es legítima o ilegítima.

Ahora bien, sea que se trate de unos o de otros derechos, sea que se estudien por adición o por sustracción, lo cierto es que interesan en la medida en que los de una persona chocan contra los de otra y debe decidirse cuál debe triunfar, tarea que, obviamente, en última instancia corresponde a los jueces, pero que no por ello es solamente jurídica o puede ser resuelta según pautas dogmáticas y preestablecidas. Por el contrario, en muchos casos, la valoración que de cada derecho se hace, responde a criterios de valoración sociológicos, culturales, políticos, económicos y de muy variado orden que obligan a los jueces a alejarse de los códigos de derecho positivo para internarse en soluciones profundamente vinculadas con la historia, la moral y las necesidades cotidianas del país al cual gobiernan. Ello fue, precisamente, lo que hacia fines del Siglo pasado trajo la reacción de Holmes contra los juristas tradicionales embebidos del positivismo entonces reinante⁸. No en vano, el derecho de propiedad que en el siglo XIX ocupaba un lugar de privilegio, perdió sus fueros en el presente a impulsos del intervencionismo keynesiano en la economía y se vio obligado a abandonar su plaza en aras de la cons-

⁸ Decía este autor, en 1881, fecha de la primera publicación de su trabajo, reaccionando contra el positivismo preconizado del siglo XIX, que tanto las ideas morales y políticas, así como las instituciones del orden público, y aún los prejuicios de los jueces, han tenido una mayor influencia que los silogismos en la formación del derecho, agregando luego que los fundamentos que raramente enuncian los jueces en sus decisiones y siempre pidiendo disculpas, pero que son la raíz secreta de la cual el derecho extrae todos los jugos de la vida (*the secret root from which the law draws all the juices of life*), son las consideraciones acerca de lo que es más conveniente para la comunidad (Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, edited by Mark DeWolfe Howe, 1963, págs. 5, 31 y 32).

trucción del "Estado de bienestar". Tarea en la cual tanto la Corte Suprema de los Estados Unidos⁹, ayudada por el *self restraint*, preconizado por el ya citado Holmes, como la nuestra¹⁰, estuvieron muy de acuerdo¹¹.

II. Análisis de la sentencia

a. El caso materia de análisis aquí presenta, precisamente, un ejemplo elocuente de las opciones que ante un Tribunal se plantean cuando debe juzgar la conducta de un individuo que, *prima facie*, está tipificada como delito en una ley pero que, según las circunstancias de hecho en que haya sido realizada y según también el contenido que le demos a la Constitución —esto es, según cuál sea la opción que a tal efecto se elija— puede sin embargo, convertirse en una conducta constitucionalmente protegida bajo una expresa disposición, como es, en este caso, la libertad de expresión. El caso se presentó de la siguiente manera.

Al finalizar un acto de la Convención Nacional Republicana en Dallas, Texas, en 1984, luego de la segunda postulación de Ronald Reagan como presidente, un grupo de manifestantes se lanzaron a la calle para protestar contra la política de aquél. La manifestación, en su marcha, pintó con aerosol los frentes de algunos edificios y terminó ante la municipalidad de la ciudad. Allí, uno de los manifestantes, Gregory Lee Johnson, tomó una bandera norteamericana que otro manifestante había sacado del frente de un edificio, la roció con kerosene y le prendió fuego.

⁹ V.gr., casos "Nebbia vs. New York", 291 U.S. 502 (1934) o "West Coast Hotel vs. Parrish", 300 U.S. (1973).

¹⁰ Serían varios los casos a citar pero elijo entre ellos "Avico vs. De la Pesa", *Fallos*, t. 172, pág. 29 (1934).

¹¹ En los Estados Unidos sólo las reformas propuestas por F. D. Roosevelt, bajo el *New Deal*, sufrieron interferencias judiciales cuyo origen no era el respeto a los derechos individuales sino el enfrentamiento que éste tenía con la Corte Suprema. Acerca de esta cuestión véase, Bianchi, Alberto B., *La Delegación Legislativa*, "Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública", ed. Abaco, Buenos Aires, 1990, pág. 82 y sigtes.

Mientras ello ocurría los manifestante coreaban: "*América, the red, White and blue, we spit on you*"¹². Luego de terminada la demostración, un testigo recogió los restos de la bandera y los enterró en el jardín de su casa.

Johnson fue acusado de violar las disposiciones de la Sección 42.09 del Código Penal Anotado de Texas, el cual condena la profanación de un objeto venerado, entre los que se encuentra la bandera nacional¹³ y fue condenado por la Corte Criminal del Condado de Dallas a un año de prisión y a pagar una multa de 2.000 dólares. Apelada esta decisión, la misma fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Dallas¹⁴. Johnson apeló entonces pidiendo revisión discrecional ante la Corte de Apelación Criminal del estado de Texas, sosteniendo que la norma bajo la cual había sido penalizado era inconstitucional. Este tribunal revocó la decisión, pero no sostuvo la inconstitucionalidad genérica de la norma tal cual lo solicitaba el apelante, sino que declaró que la Sección 42.09 era inconstitucional según como se la había aplicado¹⁵. Apelada esta decisión ante la Corte Suprema, el *certiorari* fue concedido. La Corte Suprema, en fallo del 21 de junio de 1989¹⁶, confirmó esta última decisión absolviendo al acu-

¹² "Norteamérica, el rojo, blanco y azul, escupimos sobre ti".

¹³ La Sección 42.09 del Cód. Penal Anotado de Texas (*Texas Penal Code Ann.*) prevé:

æ 42.09 (1989) *Desecration of Venerated Object.*

"a) *A person commits an offence if he intentionally or knowingly desecrates:*

"(1) *a public monument;*

"(2) *a place of worship or burial; or*

"(3) *a state or national flag.*

æ 42.09 (1989) *Profanación de un Objeto Venerado.*

"(a) *Una persona comete una ofensa si intencionalmente o a sabiendas profana:*

"(1) *un monumento público;*

"(2) *un lugar de culto o una sepultura; o*

"(3) *la bandera de un estado o la bandera nacional.*

¹⁴ *Dallas Court of Appeals, Fifth Supreme Judicial District, 706 S.W. 2d 120.*

¹⁵ *Texas Court of Criminal Appeals, 755 S.W. 2d 92.*

¹⁶ "Texas vs. Johnson", 109 S. Ct. 2533 (1989).

sado. Para ello sostuvo que su acción, en la medida que se trataba de "lenguaje expresivo o simbólico", estaba protegida por la Primera Enmienda de la Constitución¹⁷. El fallo fue emitido por una ajustada mayoría de cinco jueces contra cuatro¹⁸.

b. Conviene analizar en primer lugar, el fallo de la mayoría del tribunal y detenerse en los argumentos que emplea para decidir la absolución de Johnson, los que, para un lector argentino, resultan bastante singulares. "Johnson —dice la Corte— fue condenado por profanación de la bandera, pero por la quema de la misma, más que por proferir palabras insultantes. Este hecho complica, en parte, nuestra consideración acerca de su condena a tenor de la Primera Enmienda. En primer lugar debemos determinar si la quema de la bandera constituyó *conducta expresiva*¹⁹ que le permita a Johnson invocar la Primera Enmienda para objetar su condena. Si su conducta fue expresiva, debemos considerar, en segundo lugar, si la ley estatal (bajo cuya vigencia fue condenado) está relacionada con la supresión de la libertad de expresión". Luego, "si la norma del estado no está relacionada con la expresión, rige entonces el *standard* menos estricto que enunciamos en *United States vs. O'Brien* (391 U.S. 367, 377), para reglamentaciones de la conducta no comunicativa". Por el contrario, "si la norma del estado está relacionada con la expresión, estamos fuera del caso *O'Brien* y debemos preguntarnos

¹⁷ La Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, aprobada junto con las nueve restantes en 1791, dice: "El Congreso no podrá aprobar ninguna ley por la cual se establezca determinada religión, o se prohíba el libre ejercicio de una de ellas. Tampoco aprobará ley alguna que restrinja la libertad de palabra y de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar al Gobierno la reparación de cualquier agravio".

¹⁸ Por la mayoría votaron los jueces Brennan (que condujo la opinión de la mayoría), Marshall, Blackmun, Scalia y Kennedy (este último según su voto). La minoría estuvo integrada por los jueces Rehnquist (*Chief Justice*), White, O'Connor y Stevens (este último según su voto).

¹⁹ La bastardilla es mía. Debo aclarar que cuando la Corte norteamericana se refiere en este caso y en los anteriores que le sirven de fundamento, a la "conducta expresiva", se está refiriendo a la expresión de ciertas ideas por medio de una conducta material. Esta temática será analizada *infra*, punto III-a.

si este interés justifica la condena de Johnson de acuerdo con un *standard* más exigente”²⁰.

Luego de colocar en estos términos el derrotero argumental a seguir, la Corte en primer lugar, establece las siguientes pautas en orden a determinar si la conducta de Johnson fue “expresiva” de ideas, o dicho de otro modo, si se expresó en “lenguaje simbólico”:

1. La Primera Enmienda, desde un punto de vista literal, prohíbe solamente la limitación (*abridgement*) de la palabra (*speech*), pero se ha admitido que su protección se extiende fuera de la palabra oral o escrita.

2. Si bien no cualquier conducta puede ser considerada como “palabra” (*speech*), cuando una persona intenta expresar una idea a través de esa conducta, esta es alcanzada por la protección de la Primera Enmienda.

3. Para determinar si una conducta posee un mensaje expresivo que le permite ser equiparada a la “palabra” y estar protegida por la Primera Enmienda se requiere tanto la intención de transmitir un mensaje, como que el mismo pueda ser comprendido por los que lo visualizaron.

4. Si bien se ha reconocido en otros casos que ciertas expresiones respecto de la bandera (vg. colocarle un símbolo de la paz en repudio a la guerra de Vietnam)²¹, constituyen conducta expresiva (de alguna idea), ello no implica automáticamente que cualquier conducta respecto de la bandera sea tal. Ello depende del contexto de que se trate.

5. Desde este punto de vista, el estado de Texas reconoce que la conducta de Johnson fue expresiva. Por otro lado el condenado quemó una bandera como culminación de un acto político, por lo que la naturaleza expresiva y abiertamente política de esta conducta fue intencional. De modo tal que constituyó un

²⁰ 109 S. Ct. 2533, en 2538.

²¹ “Spence vs. Washington”, 418 U.S. 405 (1974).

acto expresado en "lenguaje simbólico", suficientemente imbuido de elementos de comunicación ²².

Una vez determinada la naturaleza "expresiva" de la conducta de Johnson, la Corte pasa al segundo de los pasos de su análisis, es decir, pasa a determinar si la condena impuesta por el estado de Texas, se relaciona con la supresión de la libertad de expresión. Ello lo hace a través del siguiente razonamiento:

1. El gobierno posee más libertad para restringir la conducta expresiva que la palabra oral o escrita. Sin embargo no puede proscribir la conducta individual por el hecho de que esta posea elementos expresivos. Por ello, no es solamente la naturaleza verbal o no verbal de la expresión lo que ayuda a determinar si una restricción sobre la misma es válida, sino el interés gubernamental en juego.

2. De tal manera, si bien en otros casos se ha reconocido que cuando se combinan elementos "verbales" y "no verbales" en una misma conducta, el interés gubernamental en controlar el elemento no verbal, puede justificar limitaciones incidentales sobre las libertades de la Primera Enmienda, ello ocurre cuando el interés gubernamental no se relaciona con la supresión de la libertad de expresión.

3. Ello indica que debe establecerse, en este caso, si el estado de Texas alega un interés (que sustente la condena) que no esté relacionado con la supresión de la expresión ²³.

4. El estado de Texas ofrece dos intereses para sustentar la condena: a) evitar quebrantamientos de la paz y b) preservar la bandera como símbolo de la independencia y unidad nacional. De ambos, sólo el segundo está relacionado con la supresión de la expresión.

5. En cuanto al primero de los intereses, la realidad del caso indica que no hubo quebrantamientos de la paz, lo cual está reconocido por el propio estado de Texas. Por otra parte,

²² 109 S. Ct. 2533, en 2540.

²³ 109 S. Ct. 2533, en 2541.

existen precedentes según los cuales la función principal de la libertad de expresión, en el sistema de gobierno norteamericano, es invitar a la disputa²⁴. Nadie podía sentirse por la conducta de Johnson, criticando al gobierno federal, directa o personalmente ofendido, como si se le hubieran proferido palabras ofensivas. Por lo tanto este argumento está fuera del caso, lo cual no implica despojar a Texas del derecho de mantener el orden y la paz para lo cual posee incluso una norma expresa²⁵.

6. El segundo interés del estado de Texas, es decir el de mantener la bandera como símbolo de independencia y unidad nacional, sí está en cambio relacionado con la supresión de la libre expresión. En efecto, al estado le preocupa que dicha conducta lleve a la gente a creer que la bandera no representa independencia y unidad nacional, sino que refleja otros conceptos menos positivos. Estas preocupaciones son atendibles cuando el tratamiento dado a la bandera comunica un mensaje. De esta forma puede decirse que estamos frente a un caso en que el interés del estado de Texas está relacionado con la supresión de la libertad de expresión.

Por último, establecidas las dos premisas anteriores, la Corte pasa analizar si el interés del estado en preservar la bandera como símbolo de independencia (*nationhood*) y unidad nacional, justifica la condena de Johnson. Las razones que aduce para rechazar el interés del estado y para absolver al condenado, declarando a su vez inconstitucional, en su aplicación al caso, la ley de Texas, son las siguientes:

²⁴ Aquí la Corte cita los casos "Terminiello vs. Chicago", 337 U.S. 1 (1949); "Cox vs. Louisiana" 379 U.S. 536 (1965); "Tinker vs. Des Moines Independent School District", 393 U.S. 508; "Coates vs. Cincinnati", 402 U.S. 611 (1971) y "Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell", 485 U.S. 46 (1988), en los cuales se estableció que la libertad de expresión, incluso puede servir mejor a su alta finalidad cuando induce a un estado de desorden, crea insatisfacción por las condiciones existentes o fomenta el enojo popular.

²⁵ *Texas Penal Code Annotated* Pt. 42.01, (1989).

1. Johnson fue condenado por demostrar insatisfacción con la política de su país, expresión ésta que está situada en el corazón de la Primera Enmienda.

2. Johnson fue condenado porque sabía que su expresión política causaría una grave ofensa. No habría sido condenado por quemarla, como medio de deshacerse de la misma, si ésta estuviera rota y desecha²⁶.

3. Existe un principio fundamental que subyace en la Primera Enmienda, según el cual el gobierno no puede condenar o prohibir la expresión de una idea sencillamente porque ésta sea de por sí ofensiva o desagradable²⁷ y no se ha reconocido una excepción a este principio ni aun tratándose de la bandera nacional²⁸.

4. Tampoco puede el gobierno imponer una conducta que demuestre respeto hacia la bandera. Ningún funcionario de cualquier jerarquía puede prescribir lo que es ortodoxo en materia de política, nacionalismo, religión o cualquier otra cuestión opinable u obligar a los ciudadanos a confesar mediante la palabra o la acción su fe en aquellos²⁹.

5. En suma, no existe precedente alguno que justifique que un estado pueda fomentar (*foster*) su propio punto de vista sobre la bandera prohibiendo la conducta expresiva con relación

²⁶ La Corte cita incluso, que en el orden federal, el artículo 36, Sección 176 (k) del *United States Code* (U.S.C.), prevé la quema de la bandera como el medio más adecuado para deshacerse de ella cuando "la misma se encuentra en un estado tal que deja de ser un emblema adecuado para exhibirse", 109 S. Ct. 2533, en 2543.

²⁷ Aquí la Corte cita un numerosísimo grupo de casos antecedentes, entre algunos de ellos, "City Council of Los Angeles vs. Taxpayers for Vincent", 466 U.S. 789 (1984); "Bolger vs. Young Drug Product Corp.", 463 U.S. 60 (1983); "Carey vs. Brown", 447 U.S. 455 (1980).

²⁸ Se cita el caso "Street vs. New York", 394 U.S. 576 (1969), en el cual se sostuvo que un estado no puede no puede condenar a una persona por pronunciar palabras críticas hacia la bandera.

²⁹ La Corte cita aquí, especialmente, el precedente "West Virginia Board of education vs. Barnette", 319 U.S. 624 (1943).

a ella³⁰. El gobierno no puede prohibir la expresión simplemente porque no esté de acuerdo con su mensaje.

Como conclusión de lo decidido por la Corte —y ello se advierte en el voto del juez Kennedy—³¹ la misma no toma la quema de la bandera como una ofensa a la bandera en sí misma. Si bien no está de acuerdo con el medio elegido, entiende que se trata de una forma de expresar una idea política contraria a la gestión presidencial de Ronald Reagan, incapaz por sí de transmitir un mensaje negativo hacia la propia bandera.

c. Pasemos ahora al voto de la minoría conducida por la opinión del *Chief Justice* Rehnquist.

Si el hecho dominante en la mayoría fue el frío rigor formal del silogismo propuesto al comienzo del voto del juez Brennan, el voto de la minoría comienza sustentándose, en cambio, en argumentos enraizados en la historia del país donde no está ausente una nota emotiva. El tenor de la argumentación aparece inmediatamente con una cita preliminar de HOLMES, según la cual “una página de historia vale más que un volumen de lógica”³². Se describe, a continuación, la importancia que la bandera ha tenido desde la época misma de la independencia hasta nuestros días, relatándose acontecimientos y batallas en los que ha estado siempre presente. “La bandera —dice el voto— simboliza la nación en paz, como así también en guerra. Significa nuestra presencia

³⁰ 109 S. Ct. 2533, en 2545.

³¹ Existe, como dije antes, el voto del juez Kennedy, que acompaña a la mayoría. Se trata de una mera referencia a que la libertad que consagra la Constitución norteamericana impide que un individuo, aún cuando haya realizado un acto reprochable, esa condenado por haberse expresado de la manera como lo hizo. “. . . no creo que la Constitución nos dé el derecho de fallar como lo recomiendan los miembros de la Corte en disidencia, por más doloroso que este juzgamiento se anuncie. Si bien los símbolos con frecuencia son lo que nosotros mismos hacemos de ellos, la bandera es constante en expresar las creencias que comparten los norteamericanos, creencias en la ley y en la paz y en la libertad que sustenta al espíritu humano, el caso que hoy nos ocupa nos obliga a reconocer los costos a que nos comprometen dichas creencias. Es punzante (*poignant*) pero fundamental que la bandera proteja a los que la desprecian (109 S. Ct. 2533, en 2548).

³² “New York Trust Co. vs. Eisner”, 256 U.S. 345 (1921).

nacional en barcos de guerra, aeronaves, instalaciones militares y edificios públicos, desde el Capitolio de los Estados Unidos hasta los miles de tribunales de condado y municipalidades de todo el país”³³.

Se pasa, asimismo, una prolija revista a las muchas disposiciones legales referidas a la bandera y a su respeto, especialmente a lo dispuesto en la sección 700 del título 18 del *United States Code* (U.S.C.) que prevé al igual que la ley de Texas y la de casi todos los estados —con excepción de Alaska y Wyoming—, penalidades para la quema de la bandera³⁴.

Luego de ello, el voto entra en el análisis estrictamente jurídico de los antecedentes jurisprudenciales y su aplicabilidad al caso. Sostiene en primer término que a pesar de que la mayoría del Tribunal sostenga que el Código Penal de Texas sea violatorio de la libertad de expresión, no puede olvidarse que dicha libertad no es absoluta, tal como fue dicho en “*Schenck vs. United States*”, 249 U.S. 47 (1919). Se cita también el caso “*Chaplinsky vs. New Hampshire*” 315 U.S. 568 (1942), donde quedó establecido que el derecho a la libre expresión no es absoluto. Existen determinadas clases de lenguaje o expresión, cuyo castigo nunca ha creado problemas constitucionales. Al igual que en este último caso, en que Chaplinsky fue condenado por insultar a un agente de policía, puede decirse que la actitud de Johnson no formó parte de un conjunto de ideas y asimismo tendía a quebrantar la paz³⁵.

Agrega el voto, asimismo, que la quema de la bandera, a los fines de la Enmienda Primera, no es parte esencial de una exposición de ideas y constituye además un valor social tan bajo como paso hacia la verdad, que todo beneficio que pueda derivarse de la misma queda evidentemente descompensado. La quema de la bandera es un lenguaje simbólico no permitido por la

³³ 109 S. Ct. 2533, en 2551.

³⁴ La sección 700 (a), del Título 18 del USC, dice: “A quien a sabiendas desprecie cualquier bandera de los Estados Unidos mutilándola, deformándola, manchándola, quemándola, o pisoteándola públicamente, se le impondrá una multa máxima de U\$. 1.000, o se lo condenará a prisión por un período máximo de un año o ambos”.

³⁵ 109 S. Ct. 2533, en 2553.

Primera Enmienda, pues equivale a un rugido o gruñido desarticulado que se complace más en antagonizar con otras ideas que en expresar una idea en particular. De tal suerte la Enmienda Primera no garantiza el derecho a emplear todo método de comunicación concebible en cualquier momento y en todo lugar.

Se establece luego la diferencia entre el presente caso y "Spencer vs. Washington". En este último se trataba de un estudiante que había adherido a una bandera de su propiedad un símbolo de la paz. Evidentemente aquí no sólo la bandera era de propiedad del acusado sino que además su acto no puso nunca en peligro la paz ni fue potencialmente peligroso para ella³⁶. Asimismo la Corte recuerda que si bien en "Smith vs. Goguen" 415 U.S. 566 (1974), fue anulada una condena impuesta en virtud de una ley de Massachusetts a una persona que había adherido a los fondillos de sus pantalones una pequeña bandera, dicha anulación se basó en que la referida ley tenía una redacción muy vaga, pues permitía la condena de quien "trate con desprecio" a la bandera, lo que la hacía inconstitucionalmente vaga.

Por último, la Corte destaca que el gobierno, no ha impuesto o establecido, tal como dice el fallo de la mayoría, un determinado sentimiento hacia la bandera. Ese sentimiento ha sido establecido por 200 años de historia. El gobierno solo reconoce como un hecho ese profundo respeto, sancionando leyes que prohíben la quema pública e irreverente de la bandera.

El voto minoritario está acompañado de una disidencia a cargo del *justice* STEVENS, quien entre otras consideraciones, señala que Johnson fue condenado no por su expresión de insatisfacción por la política de su país, expresión ésta ubicada en el corazón de la Primera Enmienda. Fue condenado por el método empleado para expresar su insatisfacción. Distinto hubiera sido el caso si ese descontento se hubiera manifestado pulverizando pintura o proyectando un mensaje sobre el monumento a Lincoln. En tal caso, no habría sido condenado.

III. Antecedentes del caso en los Estados Unidos.

Es indudable que este fallo, cuya solución es susceptible de despertar toda clase de reacciones tanto favorables como adver-

³⁶ 109 S. Ct. 2533 en 2554.

sas, no ha surgido de la nada. Existe, por el contrario, en la historia jurisprudencial de los Estados Unidos, un nutrido grupo de casos que le sirven de antecedente y que explican —si no justifican—, el criterio adoptado. Los antecedentes que voy a examinar seguidamente, se mezclan algunos de ellos no sólo con la Libertad de Expresión, sino también con la libertad religiosa, tal como ocurrirá también con los precedentes argentinos que analizaré en el punto siguiente.

a. La Primera Enmienda y el “lenguaje simbólico” o “conducta expresiva”.

Vimos que la Corte Suprema confirma la sentencia absolutoria que había dictado la *Texas Court of Criminal Appeals* en favor de Johnson. Para ello acudió, en síntesis, al argumento de que la conducta del acusado era “expresiva”. En otras palabras, a juicio del Tribunal, Johnson no quiso o no intentó ofender o menoscabar a la bandera en sí, utilizó, simplemente, la quema de la misma como medio de expresión de una idea, como vehículo de protesta hacia la política de su país. Empleó entonces lo que se llama “lenguaje simbólico”, el cual está protegido al igual que el lenguaje simple, por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana.

En la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, el lenguaje simbólico posee una protección amplia desde hace ya varias décadas. Muchas conductas, algunas reprochables de por sí —tal la quema de la bandera— o bien inofensivas —como dormir en un parque público— han sido consideradas lenguaje expresivo o simbólico y gozan de la protección que a la Libertad de Expresión depara la Primera Enmienda. El primer caso “*Stromberg vs. California*” se remonta a casi sesenta años atrás³⁷ y tuvo lugar cuando la Corte declaró la inconstitucionalidad de una prohibición decretada contra el despliegue de una bandera roja como signo, símbolo o emblema de protesta contra el gobierno organizado. Dijo en tal sentido, que la ley cercenaba la oportunidad de ejercer libremente la libertad de discusión. Años más

³⁷ 283 U.S. 359 (1931).

tarde se produjo otro caso que continuó dentro de esta misma línea. Se trata de "Brown vs. Luisiana"³⁸, suscitado como consecuencia de una protesta de un grupo de ciudadanos negros en una biblioteca pública de Luisiana. En dicha biblioteca los negros tenían prohibido el acceso. Un grupo de cinco de ellos se presentó requiriendo un libro y ante la negativa a entregárselo y el requerimiento de que abandonaran el lugar, se produjo una "sentada" de los negros en señal de protesta. Los manifestantes fueron desalojados por la policía y condenados —bajo las previsiones de una ley de Luisiana— por quebrantamiento de la paz. La Corte, con ajustada mayoría de cinco a cuatro, revocó la condena, sosteniendo que la conducta de los convictos estaba protegida por las Enmiendas Primera y Catorce³⁹.

Uno de los casos más célebres en materia de "expresión simbólica" es "United States vs. O'Brien" 391 U.S. 367 (1968), varias veces mencionado por la Corte en "Texas vs. Johnson"⁴⁰. El caso se suscitó cuando una mañana de marzo de 1966, David O'Brien junto con un grupo de compañeros del *Selective Service*, quemaron públicamente, frente a los Tribunales de Boston, en presencia de una numerosa concurrencia entre la que se encontraban agentes del FBI, las credenciales que los acreditaban como pertenecientes a dicho Servicio, en señal de protesta contra la guerra de Vietnam. O'Brien y sus compañeros fueron acusados por violación a la Sección 462 b) 3) de la *Universal Military*

³⁸ 383 U.S. 131 (1966).

³⁹ De todos modos la Corte norteamericana no ha extendido la protección constitucional a todas las demostraciones públicas de protesta. Así en "Adderley vs. Florida", 385 U.S. 39 (1966) un grupo de 32 estudiantes de la Universidad de Florida fueron condenados, según una ley de Florida, por ingresar ilegalmente en la cárcel del condado, como señal de protesta contra el arresto de otros estudiantes ocurrida el día anterior y contra el sistema de segregación racial en las cárceles. Luego de ser intimados a abandonar la cárcel, fueron arrestados. La Corte sostuvo que el estado de Florida había actuado dentro de sus previsiones legales y que poseía derecho a desalojar la cárcel para preservarla de otros usos que los legalmente establecidos.

⁴⁰ Aunque, como vimos, la Corte sostiene que el caso está fuera de la prueba O'Brien.

Training and Service Act de 1948 que prohibía toda mutilación voluntaria de tales documentos. Sin embargo, la *Court of Appeals* sostuvo que la ley en cuestión (según su enmienda de 1965) era inconstitucional por violar la libertad de expresión de la Primera Enmienda. Llegado el caso a la Corte Warren, su entonces *Chief Justice*, conduciendo la opinión del Tribunal, revocó la decisión condenando a O'Brien, por violación de dicha ley. La llamada "prueba" O'Brien aludida por la Corte en "Johnson" donde vimos que la misma no era aplicable a este último caso, sostiene: "Creemos claramente que una reglamentación gubernamental está suficientemente justificada si está dentro del poder constitucional del Gobierno: si promueve un importante o sustancial interés gubernamental; si el interés del gobierno no está relacionado con la supresión de la libertad de expresión y si la incidental restricción de la alegada Primera Enmienda, no es de tanta importancia como la promoción del interés gubernamental"⁴¹.

Otro caso en el que fue analizado el lenguaje simbólico fue "Tinker vs. Des Moines School District"⁴². En este caso, a diferencia del anterior, prevaleció el derecho de los apelantes, aunque señala Gunther que el caso no es demasiado importante para el análisis del lenguaje simbólico pues la Corte asemejó la conducta presumiblemente punible al lenguaje puro⁴³. El caso se produjo en estas circunstancias: en diciembre de 1965 un grupo de estudiantes se colocó brazaletes negros en señal de protesta contra la guerra de Vietnam. Las autoridades del colegio les in-

⁴¹ "We think it clear that a governmental regulation is sufficiently justified if it is within the constitutional power of the Government; if it furthes an important or substancial governmental interest; if the governmental restriction is unrelated with the suppression of free expression; if the incidental restriction on alleged First Amendment freedoms is no greater than is essential to the furtherance of that interest".

Aquí se nota claramente la diferencia que la Corte traza entre los casos O'Brien y Johnson. En el primero, el poder y el interés del gobierno son superiores al derecho de libre expresión del acusado. En el segundo, la Corte sostiene que el estado de Texas carece de interés suficiente que justifique la condena de Johnson.

⁴² 393 U.S. 503 (1969).

⁴³ Gunther, Gerald, *Constitutional Law*, 11th. edition, The Foundation Press, Mineola, New York, 1985, pág. 1176.

Training and Service Act de 1948 que prohibía toda mutilación voluntaria de tales documentos. Sin embargo, la *Court of Appeals* sostuvo que la ley en cuestión (según su enmienda de 1965) era inconstitucional por violar la libertad de expresión de la Primera Enmienda. Llegado el caso a la Corte Warren, su entonces *Chief Justice*, conduciendo la opinión del Tribunal, revocó la decisión condenando a O'Brien, por violación de dicha ley. La llamada "prueba" O'Brien aludida por la Corte en "Johnson" donde vimos que la misma no era aplicable a este último caso, sostiene: "Creemos claramente que una reglamentación gubernamental está suficientemente justificada si está dentro del poder constitucional del Gobierno: si promueve un importante o sustancial interés gubernamental; si el interés del gobierno no está relacionado con la supresión de la libertad de expresión y si la incidental restricción de la alegada Primera Enmienda, no es de tanta importancia como la promoción del interés gubernamental"⁴¹.

Otro caso en el que fue analizado el lenguaje simbólico fue "Tinker vs. Des Moines School District"⁴². En este caso, a diferencia del anterior, prevaleció el derecho de los apelantes, aunque señala Gunther que el caso no es demasiado importante para el análisis del lenguaje simbólico pues la Corte asemejó la conducta presumiblemente punible al lenguaje puro⁴³. El caso se produjo en estas circunstancias: en diciembre de 1965 un grupo de estudiantes se colocó brazaletes negros en señal de protesta contra la guerra de Vietnam. Las autoridades del colegio les in-

⁴¹ "We think it clear that a governmental regulation is sufficiently justified if it is within the constitutional power of the Government; if it furthes an important or substancial governmental interest; if the governmental restriction is unrelated with the suppression of free expression; if the incidental restriction on alleged First Amendment freedoms is no greater than is essential to the furtherance of that interest".

Aquí se nota claramente la diferencia que la Corte traza entre los casos O'Brien y Johnson. En el primero, el poder y el interés del gobierno son superiores al derecho de libre expresión del acusado. En el segundo, la Corte sostiene que el estado de Texas carece de interés suficiente que justifique la condena de Johnson.

⁴² 393 U.S. 503 (1969).

⁴³ Gunther, Gerald, *Constitutional Law*, 11th. edition, The Foundation Press, Mineola, New York, 1985, pág. 1176.

timaron a que se quitaran los brazaletes y frente a la negativa fueron suspendidos hasta tanto regresaran sin ellos. En las instancias de los tribunales federales inferiores, la medida adoptada contra los estudiantes fue admitida, aún en contra de jurisprudencia anterior de la Corte de Distrito ⁴⁴. La Corte, en su opinión mayoritaria, conducida por el juez Fortas, revocó estas decisiones y sostuvo que el uso de los brazaletes no implicaba una conducta potencial o actualmente quebrantadora (*disruptive*) del orden. Esta conducta se asemejaba en mucho al lenguaje puro y no había nada en ello que produjera disturbios en la escuela o interfiriera con ella. La protesta estudiantil estaba, entonces, bajo la protección de la Primera Enmienda.

Un caso bastante reciente de conducta expresiva es "Clark vs. Community for Creative Non-Violence" ⁴⁵. El caso se suscitó cuando un grupo que protegía los derechos de las personas sin techo pretendió dormir en una plaza (Lafayette Park) como demostración pública, siéndole ello impedido por una reglamentación del Servicio Nacional de Parques (*National Park Service*) que prohíbe hacer camping en las plazas ⁴⁶. El grupo entonces sostuvo que la reglamentación así aplicada, era inconstitucional, pues violaba la libertad de expresión. La Corte con el voto del juez WHITE, sostuvo que la reglamentación no era inconstitucional, revocando así la sentencia de la Corte de Apelaciones. Si bien admitió que la petición del grupo implicaba el ejercicio de conducta expresiva, sostuvo también que la misma no es un derecho absoluto y que debe ejercerse razonablemente en los lugares

⁴⁴ En "Burnside vs. Byars", 363 F. 2d. 744 (1966), el Quinto Circuito había prohibido a las autoridades escolares poner en vigencia una disposición que impidiera el uso de "botones de la libertad" (*freedom buttons*).

⁴⁵ 104 *Supreme Court Reporter* 3065 (1984).

⁴⁶ La Comunidad para la no-violencia creativa (tal el nombre de la entidad) había solicitado permiso al *National Park Service*, para efectuar una demostración en Lafayette Park y el Mall, en Washington D. C. La misma consistía en erigir grupos de carpas en uno y otro lugar como símbolo de protesta por los que no tienen casa y duermen en las calles. El permiso les fue conferido solamente para levantar las tiendas pero no para dormir en ellas. Esta negativa, fundada en la reglamentación del Servicio Nacional de Parques, motivó la demanda judicial.

y momentos correctos. Se hizo cita expresa del caso O'Brien y de los intereses estatales en prohibir la conducta expresiva allí contemplados. Disintieron los jueces Marshall y Brennan.

b. La conducta expresiva relativa específicamente a la bandera.

De todos los casos analizados el que constituye el antecedente más próximo a "Johnson" —en cuanto a los hechos que le dieron origen— es "Street vs. New York"⁴⁷, relacionado también con la quema de la bandera. Los hechos del caso son éstos: en la tarde del 6 de junio de 1966, Street, ciudadano negro habitante de Brooklyn, escuchó por la radio que James Meredith, líder en la lucha por los derechos civiles de los negros, había sido asesinado por un francotirador en Mississippi. Reaccionando contra esta noticia, tomó una bandera de los Estados Unidos que tenía en su casa y corrió hacia la calle. Al llegar a la intersección de dos calles prendió fuego a la bandera y la arrojó al pavimento, en señal de protesta por la falta de protección policial brindada, según su opinión, a Meredith. Según el testimonio de un oficial de policía que acudió al lugar del hecho poco después, Street, estaba hablando en voz alta a un grupo de personas diciendo: "No necesitamos ninguna bandera maldita"; "esta es mi bandera, yo la quemé. Si dejaron que eso le ocurriera a Meredith no necesitamos la bandera norteamericana". Street fue condenado por una disposición del estado de Nueva York que tipificaba como delito leve (*misdemeanor*) el mutilar públicamente o profenir palabras insultantes contra cualquier bandera de los Estados Unidos.

La Corte con un fallo muy dividido de cinco a cuatro, falló a favor de la libertad de Street. En realidad la disputa entre la mayoría⁴⁸ y la minoría⁴⁹, estuvo centrada en el hecho de que ambas opiniones enfocaron la condena de Street desde dos puntos de vista curiosamente distintos. La mayoría entendió que la con-

⁴⁷ 394 U.S. 576 (1969).

⁴⁸ Conducida por el Justice Harlan.

⁴⁹ Integrada por el Chief Justice Warren, y los Justices Black, White y Fortas, este último redactor del voto mayoritario en "Tinker vs. Des Moines School District".

dena era inconstitucional pues se la había aplicado por haber proferido palabras insultantes respecto de la bandera. En tanto que la minoría sostuvo que la misma era válida pues estaba destinada a reprimir el delito de quema pública de la bandera. La mayoría entendió que no existía ningún interés legítimo del estado de Nueva York en condenar a Street. Así, no había interés en evitar otros actos similares, pues Street no estaba incitando a ello. Tampoco existía interés en evitar que se quebrantara la paz debido a posibles venganzas que contra Street fueran tomadas por otros transeúntes, ya que sus palabras no fueron suficientes como para ello. Tampoco podía aducir el estado un interés en preservar la sensibilidad de los restantes transeúntes, ya que en primer lugar la única palabra empleada por Street que podría ser ofensiva fue "maldita" y en segundo lugar, la Enmienda Primera protege a quien emplea incluso palabras que pueden resultar ofensivas a otros. Finalmente tampoco pudo el estado mostrar interés en que la bandera fuera obligatoriamente respetada. En otras palabras, el estado no puede exigir respecto de la bandera un respeto determinado. Aquí la mayoría cita el caso "Barnette" de 1942, también mencionado en "Texas vs. Johnson" y que analizaré más adelante.

Como dije, la minoría enfocó el otro ángulo de la cuestión. Es curioso observar que el voto mayoritario se produjo como si el convicto sólo hubiera hablado en contra de la bandera sin haber ejercido sobre ella ningún otro acto. La minoría en cambio, pone la mira en el que a mi juicio es el aspecto más saliente del caso, que es la quema de la bandera, el cual se presenta como el hecho principal frente a las palabras posteriores a la quema que son, en realidad accesorias. Es oportuno citar algunos pasajes de la disidencia del juez Fortas: Dice en primer lugar que tanto los estados como el gobierno Federal tienen poder suficiente para evitar o castigar actos de profanación de la bandera cometidos en público. Hay que distinguir entre la bandera y cualquier objeto personal de uso privado. Es obvio que nadie puede estar sometido a reglamentaciones estatales acerca del uso de esos objetos. Nadie podría ser condenado por la quema pública de su camisa o pantalones y si lo hiciera, como medio de protesta, estaría protegido por la libertad de expresión de la Primera Enmienda. Cita

luego "Halter vs. Nebraska" de 1907, donde se declaró la constitucionalidad de una ley que prohibía emplear la bandera en anuncios comerciales.

De fecha más reciente es el caso "Spence vs. Washington"⁵⁰. Spence, un estudiante de la ciudad de Seattle, fue condenado, conforme las previsiones de una ley del estado de Washington⁵¹, por colocar en ambos lados de una bandera de su propiedad, luego desplegada en la ventana de su departamento en la Universidad, símbolos de la paz hechos con una cinta, como señal de protesta contra la invasión a Camboya y contra la matanza ocurrida en la Universidad de Kent State. Spence sostuvo en el juicio que su propósito fue el de simbolizar la bandera norteamericana con la paz y no la guerra, destacando asimismo que adhirió a ella una cinta para no dañar la bandera al ser ésta quitada. La Corte, con el voto disidente del entonces *Chief Justice* BURGER y de los *Justices* REHNQUIST y WHITE revocó la condena del tribunal local. Para ello sostuvo que la actitud de Spence, protegida por la Primera Enmienda, no había quebrantado la paz en absoluto. Tampoco podía llevar a confusión acerca de hacer pensar a quienes lo observaran que el gobierno podía estar de acuerdo con su opinión. La forma en que la bandera fue desplegada era la que normalmente se emplea y su mensaje fue directo. Por otro lado se trataba de una bandera de su propiedad.

c. El problema del "saludo a la bandera" y las objeciones religiosas.

Muy conectado con la cuestión del respeto a la bandera está el problema de la constitucionalidad del saludo obligatorio a la misma. El asunto se relaciona asimismo con los conflictos que se crean con aquellas personas que, debido a objeciones religiosas⁵², se niegan a efectuar dicho saludo. En otras palabras, ¿es

⁵⁰ 418 U.S. 405 (1974).

⁵¹ Esta ley llamada del "uso impropio", prohíbe colocar en las banderas emblemas y otros símbolos nacionales o estatales, dibujos, figuras, palabras o anuncios. No se trata de la ley que también en el mismo estado prohíbe la profanación (desecration) de la bandera.

⁵² Principalmente los objetores son los que pertenecen a los "Testigos de Jehová".

válido desde el punto de vista constitucional que una persona sea condenada por negarse a saludar la bandera? ¿Qué ocurre cuando dicha negativa se funda, además, en una creencia religiosa? Tanto la Corte norteamericana, como la argentina, según **veremos más abajo**, tienen respuestas para estos interrogantes. Antes de analizarlos, cabe señalar sin embargo —aún cuando ello es bastante obvio— que la conducta respecto de la bandera en estos casos es cualitativamente distinta de la analizada más arriba, en tanto no se trata ya de actitudes activas (pacíficas como en “Spence” o violentas como en “Street”), sino pasivas. Ello marca una diferencia importante.

La Corte de los Estados Unidos, presenta dos casos en los que se ha ocupado de la cuestión. En el primero de ellos la negativa a saludar la bandera, motivada por objeciones religiosas condujo a la condena del imputado. En el segundo, ocurrido pocos años después, esta decisión fue corregida. El primer caso es “Minersville School District vs. Gobitis”⁵³, en el cual la objeción religiosa fundada en el “mandato de la escritura” no fue atendida. La opinión mayoritaria conducida por el voto del juez Frankfurter sostuvo: “La sola posesión de una convicción religiosa que contradice las obligaciones relevantes de una sociedad política, no releva al ciudadano de su responsabilidad política”⁵⁴.

Tres años después esta decisión fue modificada, en “Board of education vs. Barnette”⁵⁵. La opinión mayoritaria en este caso fue redactada por el juez Jackson quien centró la cuestión no en la libertad religiosa, sino en la libertad de expresión. “La cuestión —dijo— no está centrada en la posesión personal de una religión particular, o de la sinceridad con que ella es sostenida. . . . El verdadero propósito del *Bill of Rights* fue apartar ciertos asuntos de las vicisitudes de las controversias políticas, colocándolos más allá del alcance de las mayorías y establecerlos como principios aplicables por los Tribunales. . . . Los derechos de la Primera Enmienda son susceptibles de restricción solamente cuando es necesario evitar un daño grave e inminente a los intereses que

⁵³ 310 U.S. 586 (1940).

⁵⁴ El fallo se produjo con la disidencia del *Chief Justice* Stone.

⁵⁵ 319 U.S. 624 (1943).

el Estado legalmente debe proteger... Si existe una estrella fija en nuestra constelación constitucional es que nadie puede prescribir cuál es la ortodoxia en política, nacionalismo, religión u otras materias opinables o forzar a los ciudadanos a confesar a través de palabras o actos su fe... Aquellos que comienzan a eliminar coercitivamente la disidencia, se encontrarán en poco tiempo exterminando a los disidentes. La unificación compulsiva de las opiniones obtiene tan solo la unanimidad del cementerio”⁵⁶.

d. La Teoría de las “libertades preferidas” (*preferred freedoms*).

Estos fallos de la Corte de los Estados Unidos, en los que la libre expresión ha sido tan fuertemente protegida, deben ser explicados dentro del contexto de lo que los norteamericanos llaman las “libertades preferidas”, las que comenzaron a hacerse notar ya en la nota de pie de página n.º 4 de “United States vs. Carolene Products”⁵⁷ y que según DUCAT⁵⁸, fue formulada tajantemente en 1945 en “Thomas vs. Collins”⁵⁹, cuando fue decla-

⁵⁶ Votaron en disidencia los *Justices* Frankfurter, Roberts y Reed.

Más recientemente la Corte empleó los argumentos de “Barnette” en “Wooley vs. Maynard” 430 U.S. 705 (1977), en el cual un matrimonio perteneciente a los Testigos de Jehová impugnó la constitucionalidad de una ley de New Hampshire que obligaba a colocar en las patentes de los autos la leyenda “Vivir libre o Morir”, no hacerlo constituía un delito leve. La Corte, a través del *Chief Justice* Burger, dijo: “Aquí, como en Barnette, nos encontramos con una medida estatal que obliga a un individuo a ser un instrumento en el fomento de una pública adherencia a un punto de vista ideológico que él encuentra inaceptable. La ley obliga a que el individuo emplee su propiedad privada como pancarta móvil para publicitar el mensaje del estado o caso contrario ser sancionado. Ello no está justificado por interés estatal alguno. La libertad de expresión de la Primera Enmienda contempla tanto el derecho de hablar libremente como el de guardar silencio. Ambos derechos son complementarios del concepto más amplio de la libertad de pensamiento”.

⁵⁷ 304 U.S. 144 (1938). Véase la nota en Gunther, *ob. cit.*, página 473.

⁵⁸ *Modes of Constitutional Interpretation*, West Publishing Co., 1978, pág. 199.

⁵⁹ 323 U.S. 516 (1945).

rada inconstitucional una ley de Texas que obligaba a los sindicalistas a registrarse en el estado, sometiendo sus actividades al otorgamiento de una licencia previa. La Corte norteamericana a partir de esa época ha construido una teoría según la cual debe establecerse una jerarquía de cláusulas constitucionales. Existe un doble *standard* de constitucionalidad. Por un lado los derechos económicos y por el otro las llamadas libertades fundamentales (vg. libertad de expresión, de reunión, de privacidad). Con relación a los primeros, sólo una grosera inconstitucionalidad puede permitir al Tribunal invalidar la ley. Por el contrario, en relación con las segundas, es el Estado quien debe justificar la existencia de un interés especial en la restricción de las mismas. Como vemos, la presunción de constitucionalidad de las leyes juega de manera distinta en un caso y en otro. En lo atinente a las libertades fundamentales cede sólo frente a casos de seguridad nacional⁶⁰, intereses militares⁶¹ o a los efectos de asegurar el censo a los fines electorales⁶².

Esta tendencia comenzó a visualizarse especialmente a partir de 1965 cuando se afirmó en "Griswold vs. Connecticut"⁶³ el derecho a la privacidad (*right of privacy*) y quedó confirmada en 1973, en el célebre caso "Roe vs. Wade"⁶⁴, la legitimidad constitucional del aborto⁶⁵. Otros muchos derechos "personales" han

⁶⁰ Vg. "Koromatsu vs. United States", 323 U.S. 214 (1944) donde se justificó la internación de ciudadanos norteamericanos de origen japonés en campos de concentración al comenzar la Segunda Guerra Mundial.

⁶¹ Vg. "Rostker vs. Goldberg", 453 U.S. 57 (1981), que admitió la constitucionalidad de la *Military Selective Service Act* la cual permitía la discriminación en razón de los sexos, permitiendo la registración de los varones y no de las mujeres.

⁶² Vg. "Marston vs. Lewis", 410 U.S. 679 (1973).

⁶³ 381 U.S. 479 (1965), caso en que se declaró inconstitucional una ley de ese estado que prohibía el uso de anticonceptivos. Este fallo fue confirmado luego en "Carey vs. Population Services International", 431 U.S. 678 (1977), donde se declararon inconstitucionales restricciones impuestas por el estado de New York para la venta de anticonceptivos. Tales restricciones prohibían la venta de aquéllos a menores de dieciséis y la venta a mayores de esa edad que no fuera hecha por un farmacéutico.

⁶⁴ 410 U.S. 113 (1973).

⁶⁵ En realidad de acuerdo con esta sentencia el período de embara-

ingresado también a estas libertades preferidas: el derecho al matrimonio⁶⁶, el derecho a vivir todos juntos los miembros de una familia⁶⁷, el derecho a decidir el internamiento de los hijos en institutos mentales⁶⁸, el derecho a la educación familiar privada de los hijos⁶⁹, el derecho de los encargados de la educación de menores a no ser despedidos del trabajo por embarazo, sin que el derecho a la planificación sexual no integrada de la familia⁷⁰ sufra el nocivo efecto que ello pudiera tener sobre los alumnos⁷¹.

De tal modo puede decirse que desde comienzos de la década de 1940 la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos ha tomado rumbos muy distintos en el control de constitucionalidad cuando se trata de leyes de regulación económica y cuando se trata de leyes que restringen derechos personales. Y cuando desde 1937, la Corte no ha vuelto a declarar inconstitucional ninguna ley al respecto⁷². Por el contrario, todo el ámbito de las libertades personales ha sido fuertemente protegido. "Texas vs. Johnson" no es, entonces, un fallo aislado. Está enmarcado dentro de un contexto que, podemos o no concordar con él, pero que en todo caso sigue las aguas de una jurisprudencia que cuenta ya con casi cinco décadas de vigencia y que, al parecer tiende a fortificarse.

zo se divide en tres períodos de tres meses cada uno. Es durante el primero de ellos que la mujer posee plena libertad para abortar, sin cometer un delito.

⁶⁶ "Zablocki vs. Redhail", 434 U.S. 374 (1978).

⁶⁷ "Moore vs. City of East Cleveland", 431 U.S. 494 (1977).

⁶⁸ "Parham vs. J. R.", 442 U.S. 584 (1979).

⁶⁹ "Winconsin vs. Yoder", 406 U.S. 205 (1972). (Se declaró inconstitucional la penalización de la no asistencia de los alumnos a una escuela si los padres la promovían por motivos religiosos).

⁷⁰ "Cleveland Board of Education vs. La Fleur", 414 U.S. 632 (1974).

⁷¹ "Eisentadt vs. Baird", 405 U.S. 438 (1972).

⁷² Un solo fallo declaró inconstitucional una ley: "Morey vs. Doud",

IV. *La situación en la Argentina*

No puedo ni quiero cerrar este comentario sin echar un vistazo a la situación que se da en nuestro país. Sentado que *Texas vs. Johnson* es un caso focalizado principalmente en la libertad de expresión, no es del caso analizar qué ha ocurrido en la Argentina en materia de libertad de expresión, ya que ello sería bastante extenso. Existen algunos fallos relativamente recientes como "Campillay"⁷³ pero su análisis excede los límites de este comentario. Me interesa centrar la cuestión en lo atinente al respeto debido a la bandera y cómo ha reaccionado la Corte Argentina, frente a casos de supuesta infracción a las normas que regulan ese respeto.

En el orden normativo, rige en la actualidad el artículo 222 tercer párrafo del Código Penal, que establece: "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la bandera, el escudo o el himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina"⁷⁴. Sin embargo no existen antecedentes relevantes acerca de conductas que encuadren dentro del tipo penal. No se registran en nuestro país hechos de individuos que hayan quemado la bandera o ultrajado otro símbolo patrio públicamente. Se observan antecedentes sí de personas que han observado una conducta pasiva frente a la obligación de saludar o reverenciar algún símbolo como la bandera o el himno.

Tomemos en primer lugar el caso "José Hernán Ascencio" fallado por la Corte el 9 de septiembre de 1982⁷⁵. El actor era padre de un menor de doce años que fue excluido de una escuela primaria provincial (Río Gallegos) por resolución ministerial del año 1980, en razón de haberse negado a reverenciar los símbolos

354 U.S. 457 (1957) y fue revocado luego en "New Orleans vs. Dukes", 427 U.S. 297 (1976).

⁷³ Fallos, t. 308, pág. 789 (1986).

⁷⁴ Esta figura penal fue originariamente introducida en el Código por la ley 16.648. Luego la ley 21.338 introdujo en el art. 230 bis como conducta punible el que "públicamente ultrajare" a los símbolos patrios y finalmente en 1984, la ley 23.077 volvió a la redacción anterior transcrita en el texto.

⁷⁵ Fallos, t. 304, pág. 1293 (1982).

patrios. La razón de tal actitud estaba fundada en razones religiosas, dado que el menor y su padre pertenecían a los Testigos de Jehová. Contra la Resolución ministerial de expulsión se entabló una acción de amparo que desestimada en las instancias provinciales llegó a la Corte por vía extraordinaria. La Corte revoca los anteriores pronunciamientos y hace lugar al amparo sobre la base de la siguiente argumentación: "Que la resolución impugnada al establecer directamente la sanción expulsiva como única e inmediata consecuencia posible frente a la comprobación de haberse negado el alumno a reverenciar los símbolos patrios resulta excesiva —prescindiendo de si dicha sanción entraba dentro de las facultades del órgano— si se aprecia que no se han invocado precedentes desfavorables respecto del alumno que cumplió normalmente anteriores ciclos escolares, pues le impide completar la educación primaria obligatoria, máxime ante las precisiones del régimen educacional de la provincia que como se ha previsto un sistema gradual y progresivo de sanciones inclusive a los padres pudiendo sólo en circunstancias extremas concebirse la expulsión como sanción final". Luego agrega la Corte "Que no puede dejar de considerarse, por lo demás, que se trata en el caso de un menor de 12 años, impúber y por ende de capacidad limitada (art. 126 y concordantes del Código Civil), sometido a la autoridad y poder de sus padres a quienes debe respeto y obediencia (arts. 265, 266 y concord. del Cód. Civil), y no punible (arts. 34 y 36 del Cód. Penal). De ahí que no pueda hacerse recaer indiscriminadamente sobre él la máxima sanción impuesta, con mayor razón si se atiende a que es en su beneficio y de la comunidad toda —como se dijo supra— que el maestro ha de proveer a la formación integral del niño rectificándolo si es necesario los errores o desviaciones de que adolezca"⁷⁶.

⁷⁶ Votaron en disidencia los doctores Black y Renom quiénes entre otras consideraciones sostuvieron: "Que reconocerle relevancia a la mera 'objeción de conciencia' por el hecho de que apele a fundamentaciones religiosas, implica dejar de lado el deber de los ciudadanos para con la sociedad temporal que integran, deber que por ser exigencia de la justicia general o legal es además un imperativo de conciencia, exigible por los órganos jurisdiccionales del Estado".

Dos meses después, el 11 de noviembre de 1982, la Sala II de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, falló en igual sentido una causa análoga⁷⁷. Se trataba en este caso también, de un menor de edad (en este caso cursante del 4º año del bachillerato) quien, por sus méritos, fue designado escolta bandera. Dicho honor fue declinado con fundamento en sus creencias religiosas como Testigo de Jehová. Ante ello las autoridades del Colegio mediante la invocación del artículo 205 del Reglamento General para establecimientos de enseñanza, decidieron expulsar al alumno "de todos los colegios del país hasta su mayoría de edad, por estimar que su actitud es agraviante contra nuestros símbolos patrios". Esta medida fue confirmada por el Director Nacional de Enseñanza Media e interpuesto contra ella Recurso Jerárquico, el mismo fue denegado por vía de silencio. En primera instancia se hizo lugar al amparo intentado y en la Cámara de Apelaciones el voto estuvo a cargo del doctor TONELLI, quien entre otras consideraciones al confirmar el decisorio, sostuvo: "Resulta imprescindible entonces, responder a la pregunta acerca de si es o no lesiva del orden jurídico y de los valores que él protege la conducta de quien, por motivos atendibles, se abstiene respetuosamente de producir actos positivos de homenaje y adhesión a los símbolos nacionales, al mismo tiempo que con igual esmero cuida de exteriorizar una actitud de irreverencia o menosprecio hacia ellos. Sin perjuicio de advertir que serán las circunstancias de cada caso las que determinen y precisen el carácter de la conducta asumida, debe establecerse como principio, según mi modo de ver, la respuesta negativa, porque así lo exige la garantía constitucional que ampara la libertad de conciencia, comprensiva de la libertad religiosa, el correlativo derecho de expresar con inmunidad de coacción lo que la conciencia dicta a cada individuo y porque ese modo de obrar, aunque sea públicamente, no ofende al orden y la moral públicos ni perjudica a un tercero (arts. 14, 19 y 28 de la Cons-

⁷⁷ "D.A.F. vs. Estado Nacional" (Ministerio de Cultura y Educación). Véase su texto en *Doctrina Penal*, año 6, 1983, págs. 329/333, con comentario laudatorio de Carlos S. Nino, *Un caso de conciencia* (La cuestión de reverenciar los símbolos patrios), págs. 315/329.

titución Nacional). Los sentimientos hacia los símbolos nacionales, la casi unanimidad de los argentinos, los expresamos por convicción espontánea, alegre y orgullosamente, como también lo hace la inmensa mayoría de los integrantes de las comunidades extranjeras que arraigaron en nuestro suelo, como los hechos recientes lo han demostrado. A esa moral prevaleciente no le perturba que alguien se abstenga respetuosamente por motivos que le incumben a su propia intimidad, de expresar una adhesión semejante. En cambio resultaría ofensivo de la conciencia nacional mayoritaria, que tiene seguramente elaboradas las convicciones patrióticas, que alguien se viera compelido a demostrar sin sinceridad iguales sentimientos mediante la contradicción de sus creencias. Las adhesiones logradas coercitivamente son de ningún valor, es muy poco lo que puede esperarse de las unanimidades forzadas y además los hechos demuestran felizmente, que tampoco se las logra por ese camino...⁷⁸.

Por último debe ser mencionado el caso "Frávega Luis Mariano y otros s/infrac. art. 230 bis del Código Penal"⁷⁹. Este caso presenta una singularidad que lo distingue de los dos examinados precedentemente. Se trata de un supuesto en que un grupo de individuos voluntaria y públicamente no saludó debidamente un símbolo patrio (en este caso el Himno Nacional), pero en este caso ello no se debió a motivos de orden religioso sino tan solo a una omisión de orden cívico. Asimismo debemos tener en cuenta para analizar el caso que se trata de un expediente penal, donde lo que la justicia intenta averiguar no es tanto la legitimidad en el obrar de los poderes públicos —interés preponderante en "Ascencio" y "D.A.F."— sino que se pretende determinar si la conducta de los imputados es delito a tenor del artículo 222, tercer párrafo, del Código Penal arriba transcripto. Los hechos del caso son los siguientes: cinco individuos se encontraban en un cine en la víspera del 20 de junio. Al llegar la hora 24 se inte-

⁷⁸ Como vemos, palpitan en esta decisión iguales convicciones a las demostradas por el *Justice Jackson* en el antes citado caso "Barnette".

⁷⁹ Cámara Federal Criminal y Correccional, Sala II, 30-4-1987. Doctrina Penal, año 10, 1987, págs. 769/780, con comentario de Jorge López Bolado y José María Figueredo, págs. 759/769.

rrumpió la película y se entonaron los acordes del Himno Nacional. Como es de práctica, la mayoría de los espectadores se levantó de sus asientos en señal de respeto a la canción patria. Los procesados permanecieron sentados en sus asientos. Si bien su actitud no respondió a convicciones religiosas, tampoco manifestaron hacerlo con un intento de menosprecio a los símbolos. De hecho su actitud —según testigos del hecho— fue pasiva sin ejercer actos positivos de insulto.

El fallo de primera instancia condena a los procesados a la pena de un año de prisión en suspenso y la Cámara, con el voto del juez doctor D'ALESSIO al que adhirió el juez doctor CATTANI⁸⁰, revocó la decisión absolviendo a los acusados. Entre los argumentos de la absolución, se dice: “el tipo penal del ultraje⁸¹ requiere para configurarse un plus sobre el mero menosprecio, plus que, según mi parecer, supone la realización de una conducta que, mediante positivos y ostensibles actos de injuria ofenda la dignidad de los símbolos allí protegidos. . . . Ponerse de pie cuando se escucha el Himno Nacional es una saludable costumbre cívica que, al propio tiempo, expresa la veneración que sus estrofas merecen de todos los argentinos y constituye, además, la posición natural para entonarlas. Omitir adoptarla no me parece una actitud trivial, creo que ella es propia de quienes a pesar de haber superado cronológicamente la edad en que el derecho supone la madurez, no han aprehendido aun la escala de valores que rige la conducta de sus conciudadanos. . . . Por último bastaría recordar que ese Himno que estos jóvenes tontos no creyeron necesario homenajear poniéndose de pie comienza por comprometernos a respetar la libertad, también la de ellos, con una solemne invocación tres veces reiterada”⁸².

⁸⁰ Se registra una extensa disidencia del doctor Valerga Aráoz.

⁸¹ Recuérdese que el artículo 222 tercer párrafo del Código Penal prevé como conducta delictiva el “ultraje” del Himno y no solamente el “menosprecio” del anterior, art. 230 bis.

⁸² Con este fallo, la Cámara revocó el criterio que anteriormente había sustentado en “López, Alberto D.”, fallo del 23-10-1970, *Nuevo Pensamiento Penal*, número 1, pág. 131, en el cual fue condenado a dos meses de prisión, en suspenso, un individuo que permaneció sentado en un cine mientras se entonaba el Himno Nacional.

V. Algunas conclusiones

Cuando se analizan fallos como "Texas vs. Johnson", cuya trascendencia es de tal magnitud, es a veces saludable dejar que sus considerandos queden flotando en la mente de quien los ha leído, sin añadir ningún comentario personal, para evitar toda influencia que el lector pueda recibir. Creo sin embargo que las muy leves conclusiones que me voy a permitir hacer ahora, no van a obstaculizar ese propósito.

De los antecedentes tanto argentinos como norteamericanos antes citados, creo que queda bien en claro que los símbolos nacionales pueden ser agraviados u ofendidos a través de dos tipos de actitudes: a) pasivas y b) activas. A su vez las primeras pueden producirse por motivos religiosos, casos "Barnette" o "Ascencio" o por motivos simples (mera comodidad) como "Frávega". Las segundas pueden también ocurrir a través de dos medios 1) pacíficos y respetuosos, caso "Spence" o 2) violentos y susceptibles de agraviar a terceros, casos "Street" y "Johnson".

Creo que cualquier sociedad que se precie de ser libre y de respetar por tanto las libertades esenciales de pensamiento, expresión y religión no puede condenar a nadie por conductas que estén incluidas en los grupos a y b.1. En otras palabras, una sociedad libre no puede obligar a nadie a reverenciar ni a los héroes ni a los símbolos nacionales. En el primero de los casos existen convicciones religiosas que a los fines constitucionales merecen una custodia tan importante como la tutela de los símbolos patrios. En el segundo de los casos, cuando un individuo decide no saludar la bandera o el himno sin que concurren para ello motivos especiales, debemos recordar que el nacionalismo, el amor a la patria no se logran —como en los regímenes totalitarios— por adhesiones producto del miedo a la persecución. Se logran con ejemplos y con persuasión, no con condenas. De lo contrario, como decía el juez JACKSON en "Barnette", sólo se logra la uniformidad de los cementerios. Hago más, en este sentido, todas las expresiones de su voto y las del voto de la mayoría de la Corte en "D.A.F." y del doctor TONELLI en "Ascencio"⁸³.

⁸³ Coincido así también con TAWIL en su artículo ya citado, *E.D.*, 14-9-89.

Tratándose de expresiones positivas como la del caso "Spence" reconozco que coincido con la decisión adoptada allí, pues en ese caso particular, el imputado empleó un medio no sólo pacífico sino además no agravante para la bandera. Simplemente le adhirió un símbolo de la paz, como medio de protesta. Creo que ello no es ofensivo para la bandera. Por el contrario, la contrapone precisamente a los hechos denunciados. No hay intención de denigrarla.

"Street" y "Johnson" presentan un dilema más profundo aún. Dos individuos reaccionan contra la política de su país y por ello queman la bandera⁸⁴. Hay tres hechos que valorar: a) se trata de un medio de expresión. b) es un medio violento y c) se trata de un ultraje a un símbolo nacional. Adelanto que coincido con los votos en minoría en cada fallo por lo siguiente: Si bien no caben dudas de que ha existido la aludida "conducta expresiva" o "lenguaje simbólico" aludido por la corte norteamericana y que la libertad de expresión es un derecho ampliamente reconocido en toda democracia, no es menos cierto que la libertad que poseemos no es absoluta (como bien lo señala la disidencia en Johnson). El hecho de que Street o Johnson hayan obrado pretendidamente amparados por la Primera Enmienda, no los pone a cubierto de cometer un delito, pues de lo contrario la invocación de aquella obraría como una suerte de *bill* de indemnidad para cualquier conducta. Me pregunto, asimismo, ¿puede invocar la protección amplia e irrestricta de la libertad de expresión quien elige un medio violento para expresarse? La respuesta no es fácil pues, de hecho, debe valorarse si esa violencia es potencialmente peligrosa para terceros o si causa daños. Si lo es, seguro que no hay protección constitucional. Si no lo es, el medio violento no es de suyo ilícito. En los casos analizados la conducta no fue potencialmente peligrosa. Pero si además de la violencia se está agrediendo con la conducta en cuestión un símbolo nacional, ¿podemos decir que la Constitución protege también di-

⁸⁴ Creo que el hecho de que en un caso la bandera fuera propia (Street) y en otro ajena (Johnson), agrava un poco la conducta de este último, pero no es, ciertamente, un elemento fuertemente diferenciador de ambos casos a los efectos del delito imputado, es decir el ultraje a la bandera.

cha conducta? La Corte norteamericana parece hacerle decir a la bandera en un gesto de magnanimidad y exagerada libertad: "tu me quemas, yo te absuelvo". ¿Es ése, efectivamente, el espíritu de la Constitución?

En mi opinión, la interpretación que de la libertad de expresión ha hecho la Corte norteamericana es demasiado absoluta. Ciertamente que nada puede objetarse al hecho de la crítica hacia la política llevada a cabo por el gobierno norteamericano. Pero no es el fin de la acción sino el medio escogido para ello lo criticable. El fallo protege un medio de exteriorizar las ideas, no sólo legislado como delito por el derecho positivo —lo cual no es un dato relevante pues ello puede ser derogado— sino que efectivamente puede agraviar los sentimientos legítimos de muchos ciudadanos. Creo que la Corte en este caso puso la mira de la protección más en cabeza del agresor que de los agredidos. ¿Qué pasaría si, por ejemplo, alguien que está en desacuerdo con una Encíclica Papal, quemara públicamente una cruz o una imagen religiosa? ¿Qué ocurriría si lo mismo tuviera lugar con el Talmud o el Corán? ¿Sostendríamos en esos casos también la constitucionalidad de la acción bajo la protección de la libertad de expresión? ¿Es tan amplia, tan absoluta esta libertad que nos permite agraviar a cualquiera con impunidad?⁸⁵

Un gobierno democrático nos brinda numerosísimos medios de expresar nuestras ideas, desde los más simples hasta los más sofisticados, desde los más corrientes hasta los más impactantes, todos ellos ampliamente protegidos. Existen diarios, revistas, radios, televisión, protestas callejeras pacíficas, "sentadas" en lugares públicos (como la del caso "Brown vs. Louisiana" arriba mencionado), etcétera. Por qué elegir el peor de ellos y por qué protegerlo. ¿En aras de la libertad? ¿De quién, del agresor o de los agredidos?

⁸⁵ Recordemos que Johnson y sus compañeros en la protesta, estaban además repudiando a la Nación en su conjunto al corear: "*Red, white, blue, we spit on you.*"

FILOSOFIA POLITICA Y FILOSOFIA JURIDICA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO *

1. *Consideración previa.*

Hablar de filosofía de la Constitución no supone sugerir que el texto normativo sea un cuerpo completo y sistemático de doctrina, ni un compendio iusfilosófico; lo más que puede significar la afirmación de que la Constitución responde a una determinada filosofía, como bien señala BIDART¹, es que el código constitucional ha asumido unos valores y fines extraídos de una determinada cosmovisión filosófica, inspirándose en los mismos para organizar sus instituciones.

No parece pertinente pensar en la neutralidad ideológica de una constitución; bien al contrario, todo intento de vertebrar jurídicamente la organización política de una comunidad está transido por unos fines, por unos valores, por una ideología, por un ingrediente filosófico, en definitiva, por una filosofía política. Aproximarnos a la misma, esto es, a la dimensión valorativa y ontológica de la Constitución española de 1978 es la finalidad que aquí pretendemos.

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago de Compostela.

¹ Germán J. Bidart Campos, *Para vivir la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1984, págs. 141-142.

2. *Consenso e ideología en la Constitución.*

1. Uno de los elementos nucleares de toda constitución debe ser, en términos de VANOSI² su "faz de compromiso", que desde luego no siempre encontramos, sino tan sólo cuando la "Lex Superior" se nos presenta como el resultado de una transacción; con ella se promulga una fórmula de avenimiento, un *gentleman's agreement* de los intereses sociales en ese momento dominantes.

El compromiso, el consenso "activo", como lo denomina BIDART para diferenciarlo del mero acatamiento^{2 bis}, viene a suponer un acuerdo en lo esencial, un pacto para la convivencia que debe darse en torno de los principios básicos sobre los que se asienta la convivencia política de una colectividad social, de modo especial en las reglas que han de regir el juego político-institucional, así como en los derechos fundamentales de los ciudadanos, que, como con toda razón sostiene PÉREZ LUÑO³, constituyen los presupuestos del consenso sobre el que debe edificarse cualquier sociedad democrática.

Este acuerdo fundamental, este compromiso para la convivencia libre, pacífica y democrática, no sólo se ha dado en torno de la Constitución española de 1978, sino que bien puede ser considerado como uno de sus rasgos más sobresalientes.

El "espíritu de consenso" ya definió la actitud de la casi absoluta totalidad de las fuerzas políticas con representación parlamentaria en las que, "de facto", habrían de ser Cortes Constituyentes, elegidas el 15 de junio de 1977.

La trascendencia de este espíritu, de este nuevo ánimo que animaba y motivaba a los constituyentes, se verá acentuada en España por el hecho de que a través del mismo se pretendía superar una funesta constante histórica de nuestro constituciona-

² Jorge Reinaldo Vanossi, "En torno al concepto de Constitución: sus elementos", en el libro —*Homenaje a Manuel García Pelayo*—, tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980, págs. 51 y sigtes.; en concreto, págs. 55-56.

^{2 bis} Germán J. Bidart Campos, *El régimen político. De la 'politeia' a la 'res publica'*, Ediar, Buenos Aires, 1979, págs. 140-143.

³ Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1981, pág. 21.

lismo de los siglos XIX y XX: la naturaleza "partidista" de nuestros códigos políticos. En efecto, las Constituciones españolas, desde la de Cádiz (1812) hasta la de la Segunda República (1931), con alguna mínima salvedad (quizá la de 1837, si bien desde una perspectiva diferente), no han reflejado un ámbito mínimo de acuerdo entre las fuerzas políticas, sino tan sólo la concepción que en cada momento tenía, respecto de la forma de organización del gobierno, el partido dominante, o por lo menos preponderante, en las Constituyentes. Con frecuencia, los partidos no hacían sino convertir los principales puntos de su programa político en artículos constitucionales, lo que, como es obvio, no sólo contribuía a dar un sesgo totalmente parcial a la Norma Suprema, sino que, precisamente por ello, se traducían en la casi automática reticencia de las restantes fuerzas políticas a aceptar como ley fundamental común la que consideraban elaborada por un sólo partido y para su exclusivo provecho⁴. Todo ello, por lo demás, propiciaría una inestabilidad constitucional endémica.

II. La idea del consenso, además de apuntar a la existencia de ese espíritu de compromiso, presupone una teoría que justifica el fundamento último de las normas esenciales de la convivencia, del poder y del Derecho, en la voluntad de los ciudadanos y de los grupos que lo representan⁵, con lo que se inserta en la moderna corriente de justificación del poder, del Estado y del Derecho, en la perspectiva democrática.

Ahora bien, el consenso no sólo puede ser considerado como el fundamento racional de la obediencia al Derecho⁶, sino que ha incidido de modo positivo sobre el propio contenido de nuestra Norma Suprema, haciendo posible la elaboración de un texto de contornos elásticos (y obviamente no nos estamos refiriendo a su caracterización formal), que soslaya cerrarse rígidamente en

⁴ En análogo sentido, Joaquín Tomás Cillarroya, *Breve historia del constitucionalismo español*, Editorial Planeta, Barcelona, 1976, págs. 5-6.

⁵ Gregorio Peces-Barba, "La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y Política", Fernando Torres Editor, Valencia, 1981, págs. 17-18.

⁶ *Ibidem*, pág. 20.

fórmulas susceptibles de disenso. "La Constitución —ha significado al respecto el Tribunal Constitucional español—⁷ es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo". Tal circunstancia se proyectará a su vez sobre la propia hermenéutica constitucional, pues ésta, como reconoce el Tribunal en su propia Sentencia 11/1981, no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. Bien al contrario, las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas.

Es cierto que este consenso no se ha traducido (difícilmente podía haber acontecido así) en un acuerdo ideológico. La Constitución no responde a una sola ideología, sino que, como se ha significado⁸, refleja una desigual presencia de elementos ideológicos, en equilibrio inestable, en razón de que el proceso constituyente se ha movido por la dinámica del consenso de intereses, y no del consenso ideológico.

III. Una ideología demoliberal recorre buena parte del articulado constitucional, quedando perfectamente reflejada ya en el propio Preámbulo, en el que se proclama el deseo de la Nación española de "consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular".

Sin embargo, esa ideología aparece transida por un soporte ideológico demócrata-cristiano. Como bien sostiene Gil CREMADES⁹ en la Constitución late un cierto humanismo cristiano que matiza el alcance del humanismo democrático tradicional vigente en muchos sectores de la sociedad capitalista e incluso dentro del pensamiento marxista¹⁰. Buena muestra de ese humanismo la

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 7º.

⁸ Juan José Gil Cremades, "Las ideologías en la Constitución Española de 1978", en Manuel Ramírez (ed.), "Estudios sobre la Constitución Española de 1978", Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, págs. 71 y sigtes.; en concreto, pág. 77.

⁹ *Ibidem*, pág. 84.

¹⁰ Enrique Tierno Galván (en "Especificación de un Derecho Cons-

podemos encontrar en la determinación del artículo 10.1 de nuestra *lex legum*, para el que la dignidad de la persona humana constituye uno de los fundamentos del orden político y de paz social, lo que casa a la perfección con el principio personalista, reiterado insistentemente por el pensamiento pontificio desde que Pío XII, en el Mensaje de Navidad de 1942, definiera como fin supremo de la vida social, la conservación, desarrollo y perfección de la persona humana¹¹. “El principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana”. Así se subrayará en el Concilio Vaticano II¹².

Finalmente, es patente el influjo que en la obra de nuestros constituyentes ejerció el socialismo democrático. Como afirma Lucas VERDÚ¹³, el techo ideológico demoliberal, homologable con el de las Constituciones europeas de los países integrados en la Europa comunitaria, no cierra el camino a una interpretación y aplicación socializadoras.

Tras las críticas socialistas a la doctrina constitucional demoliberal¹⁴, de la que puede considerarse paradigmática la posi-

titucional para una fase de transición”, en el Boletín Informativo de Ciencia Política, nº 10, agosto 1972, pág. 5 y sigtes.; en concreto, págs. 8-9) se haría eco del problema jurídico constitucional más grave con que habían tropezado los teóricos soviéticos: la destrucción de la globalidad de la libertad del ser humano en cuanto ciudadano, al hacerle, por un lado, sujeto activo y pasivo de derecho y garantías, en cuanto no atañen a la esfera política, y por otro lado, mero súbdito al impedir que tales derechos y garantías pudiesen incidir en el proceso político de transformación del Estado y de abolición de la clase dominante.

Planteado así el problema, Tierno precisaría que únicamente en los autoritarismos mesiánicos impregnados de la idea de que están realizando la historia en su plenitud, el individuo no cuenta y la concepción de la garantía y del derecho individual ocupan un lugar secundario.

¹¹ Cfr. a este respecto, Luis Sánchez Agesta, *Los principios cristianos del orden político*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 217 y sigtes.

¹² Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* (Sobre la Iglesia en el mundo de hoy), de 7 de diciembre de 1965, 25.

¹³ Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. IV (“Constitución de 1978 y transformación político-social española”), Tecnos, Madrid, 1984, pág. 259.

¹⁴ Cfr. al respecto, Pablo Lucas Verdú, *Socialismo y Derecho Cons-*

ción de Ferdinand LASSALLE, sentada en su famosa conferencia pronunciada en Berlín, en 1862, sobre la esencia de la Constitución (Über Verfassungswesen)¹⁵, en la que, como es conocido, plasma las bases del realismo constitucional, parece claro que, en buena medida, por el influjo de dicha corriente ideológica, —aunque, desde luego, no sólo de ella, pues, como bien dice VANOSI¹⁶, las raíces ideológicas de las cláusulas económicas y sociales han de encontrarse en la confluencia de varias corrientes del pensamiento contemporáneo que, alineadas en una concepción democrática del Estado, vuelcan los aportes filosófico-políticos del neoliberalismo, de la social-democracia y de la doctrina social-católica—, el constitucionalismo de entreguerras dará un nuevo sesgo al régimen constitucional de los derechos y libertades¹⁷, propiciando lo que MIRKINE-GUETZÉVITCH denomina¹⁸ las “tendencias sociales de las declaraciones de derechos de la post-guerra”.

Los derechos, dirá LASKI¹⁹, van a convertirse en las condiciones de la vida social, sin las cuales no puede ningún hombre libre perfeccionar y afirmar su propia personalidad. Puesto que el Estado existe para hacer posible esa tarea, sólo manteniendo esos derechos podrá conseguir su fin.

Desde esta perspectiva, la idea de SPENCER del individuo frente al Estado parece haberse desvanecido; no en vano los términos de las relaciones entre individuo y Estado se han multipli-

titucional, en “Sistema”, nos. 17-18, abril 1977, págs. 25 y sigtes.; en concreto, págs. 32-41.

¹⁵ Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*, Editorial Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1976.

¹⁶ Jorge Reinaldo A. Vanossi, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, pág. 363.

¹⁷ Cfr. al efecto, Francisco Fernández Segado, “El constitucionalismo de entreguerras”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XC de la segunda época, nº 4, abril 1985, págs. 535 y sigtes.; en concreto, págs. 549-553.

¹⁸ Boris Mirkine-Guetzévitch, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 1934, págs. 86 y sigtes.

¹⁹ Harold J. Laski, *El Estado Moderno* (Sus instituciones políticas y económicas), Editorial Bosch, Barcelona, 1932, tomo I, pág. 100.

cado. El individuo se mueve ahora inserto en un verdadero tejido social, pero con ello no se contraponen al Estado, sino que, por el contrario, es miembro del Estado y, al unísono, miembro de un conjunto de formaciones sociales muy dispares.

La extensión de los derechos individuales en un sentido social no se limitará tan sólo a las relaciones recíprocas de trabajo y capital, sino que las declaraciones constitucionales de derechos tenderán a englobar la totalidad de la vida social: la familia, la escuela. . . , en definitiva, la mayor parte del conjunto de las relaciones sociales.

Este carácter "social" de los códigos constitucionales se acentuará y generalizará tras la Segunda Guerra Mundial. Así, por poner tan sólo un significativo ejemplo, en la República Federal Alemana, la "Bonner Grundgesetz" positivará en su artículo 20.1 ("La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social") la idea del "Estado social", acuñada en 1903 por HERMANN HELLER²⁰, mientras que los constituyentes italianos, poco tiempo antes, habían optado, entre los dos modelos contrapuestos de estructura socio-económica y socio-institucional, el modelo de democracia formal y el de democracia real, por este último²¹, con lo que ello entrañaba de clara opción por un nuevo modelo de sociedad.

IV. La Constitución española de 1978 se ha alineado con inequívoca claridad en esta última dirección, desarrollando y profundizando algunas de las directrices ya trazadas por las Constituciones alemana e italiana y, más tarde, portuguesa, entre otras. Lo que Lucas VERDÚ llama²² la "fórmula política" de la Constitución, esto es, la expresión ideológica, jurídicamente organizada,

²⁰ Hermann Heller, "Rechtsstaat oder Diktatur", en *Gesammelte Schriften Zweiter Band A W*, Sijthoff, Leiden, 1971, pág. 450.

²¹ Umberto Romagnoli, "Il principio d'uguaglianza sostanziale", en *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Nicola Zanichelli Editore —Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna—, Roma, 1975, vol. 1º (Arts. 1-12), págs. 162 y sigtes.; en concreto, pág. 162.

²² Pablo Lucas Verdú, "El Título I del Anteproyecto Constitucional" ("La fórmula política de la Constitución"), en el colectivo, *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 11 y sigtes.

de una estructura social, aun cuando acomodada a una ideología demoliberal, nos ofrece numerosos reflejos de los postulados de esa otra ideología que podríamos identificar con la del socialismo democrático.

Ya el Preámbulo, que viene a representar una síntesis de los valores básicos del orden jurídico-político constitucional, en sentido análogo a lo que la doctrina germana denomina *Grundwerte*²³, delinea los rasgos nucleares de la estructura socioeconómica: conformar la convivencia democrática dentro de la Constitución a un *orden económico y social justo*; promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una *digna calidad de vida* y establecer una *sociedad democrática avanzada*, precisión ésta que marca un aspecto radical del *telos* de la Constitución, y que, desde luego, encierra enormes posibilidades de desarrollo y aplicación.

Es cierto que, a diferencia de otras expresiones del Preámbulo, la que ahora nos ocupa no vuelve a ser reiterada por el articulado constitucional. Si advertimos que, como es doctrina comúnmente admitida, el Preámbulo, aun gozando de un enorme valor como solemne declaración política de intenciones formulada por el poder constituyente, es un texto carente de fuerza jurídica de obligar en términos directos, podríamos llegar a pensar que esa proclamación a favor del establecimiento de una "sociedad democrática avanzada" es una mera fórmula retórica carente de toda trascendencia política y, por supuesto, privada de cualquier vinculatoriedad jurídica.

Una conclusión de esta naturaleza estaría indiscutiblemente muy apartada de la realidad por cuanto por una parte, el Preámbulo debe situarse en un lugar muy destacado entre los elementos hermenéuticos de que pueden servirse el Tribunal Constitucional y los jueces y tribunales ordinarios a la hora de la búsqueda de una interpretación auténtica de los preceptos de la Constitución, como por lo demás la *praxis* judicial viene revelando, y por otra, esa opción del constituyente en favor de la consecución de una "sociedad democrática avanzada" reviste una inequívoca opera-

²³ Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales. ob. cit.*, páginas 58-59.

tividad política, pudiendo erigirse en motor impulsor de aquellas actuaciones de los poderes públicos encaminadas a transformar la sociedad, haciéndola más justa, más solidaria, más igualitaria y, por ello mismo, más libre.

Es sabido que las Constituciones, en nuestro tiempo, cumplen, o al menos deben cumplir, una función transformadora de la sociedad que no se agota en la mera posibilidad de la reforma constitucional encaminada a su acomodo a las nuevas exigencias de una sociedad siempre en continua evolución, sino que se traduce asimismo, como se ha señalado²⁴, en la existencia de cláusulas que permiten, sin romper la legalidad constitucional, el avance a través de la consecución de ciertos objetivos, con el fin de hacer real y no ficticia la preeminencia del pueblo, en tanto que sujeto de la soberanía.

Es en este ámbito en donde, a nuestro entender, puede desempeñar un rol destacado la proclamación del Preámbulo que ahora nos ocupa, no ya por sí sola, sino en conexión con aquellas otras previsiones del articulado constitucional que responden a lo que la doctrina italiana llamara *norme di scopo*²⁵, esto es, "normas de intenciones" o "normas finalistas", que no son sino las que se dirigen a promover una realidad futura distinta de la actual, diferenciándose de las normas programáticas en el carácter vinculante de aquéllas frente a la naturaleza meramente indicativa de éstas últimas. Pues bien, como entre nosotros ha sostenido Lucas VERDÚ²⁶, creemos que esa meta a que propende el constituyente español, la "sociedad democrática avanzada", es la expresión técnica que designa el desarrollo político-social imprescindible para que se cumplan los postulados proclamados por el artículo 9º.2, fiel trasunto de la conocida *cláusula* Lelio BASSO del párrafo se-

²⁴ Jorge De Esteban, "La función transformadora en las Constituciones occidentales", en el colectivo, *Constitución y Economía*, (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, págs. 151 y sigtes.; en concreto, pág. 155.

²⁵ Carlos Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Il Mulino Editore, Bologna, 1977, págs. 51 y sigtes.

²⁶ Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, *ob. cit.*, pág. 449.

gundo del artículo 3º de la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947²⁷; de conformidad con el referido artículo 9º.2:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

En cierto modo, puede decirse, siguiendo al propio Lelio BASSO —a quien se debe la incorporación de esta norma al texto italiano—, que en cuanto un precepto como el transcrito describe las diferentes afirmaciones constitucionales que dan por realizado lo que aún se halla pendiente de conseguir (la democracia, la igualdad...), asume una virtualidad jurídica que sobrepasa la propia de un mero mandato para el legislador, convirtiéndose en una norma llamada a superar esa flagrante contradicción constitucional mediante la transformación de la propia estructura constitucional en un sentido material²⁸.

V. En un marco jurídico distinto al del artículo 9º.2, bien que conectado con éste y con esa función transformadora de la sociedad que debe cumplir toda constitución, debemos situar las previsiones del artículo 40, y de modo específico de su apartado primero, a cuyo tenor:

“Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

²⁷ A tenor de este precepto:

“*E compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”.

²⁸ Cfr. al respecto, Umberto Romagnoli, “Il principio d'uguaglianza sostanziale”, *ob. cit.*, pág. 166.

Este precepto, que se ubica en el Capítulo 3º (relativo a los "principios rectores de la política social y económica") del Título I ("De los derechos y deberes fundamentales"), sienta unos principios cuyo reconocimiento, respeto y protección debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 de la Constitución). Es evidente que alguno de los anteriores principios encuentra cauces de materialización de una eficacia normativa superior. Es el caso del principio de distribución más equitativa de la renta, a cuyo logro parece orientarse la previsión del artículo 31.1, que constitucionaliza, en sintonía con el artículo 53 del código político italiano²⁹, el principio de progresividad del sistema tributario.

VI. Espigando el articulado constitucional, podríamos encontrar otras muchas disposiciones que traducen, con mayor o menor fidelidad, la ideología del socialismo democrático. Es el caso de los diversos preceptos que implican una proyección de los principios democráticos al campo socioeconómico; así, el artículo 35.1, que tras reconocer el deber de trabajar y el derecho al trabajo de todos los españoles, proclama su derecho a la promoción a través del trabajo; igualmente, el artículo 37.1, de conformidad con el cual la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios. Asimismo el supuesto de algunos de los principios contemplados dentro de lo que se conoce como la "constitución económica". En este ámbito, parece acentuarse el principio participativo, proclamado, como ya vimos, por el artículo 9º.2. Es paradigmático a este respecto el artículo 129.2, a cuyo tenor: "Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción".

²⁹ A tenor del artículo 53 de la Constitución italiana:

"Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva.

Il sistema tributario è informato a criteri di progressività".

Las precedentes previsiones podrían completarse con un resarcio de preceptos impregnados de similar espíritu: la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 de la Norma Suprema); la posibilidad de que el Estado, mediante ley, planifique la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el crecimiento regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1); el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2).

En definitiva se trata de potenciar tanto la participación de los ciudadanos como la realización de funciones positivas por parte de los poderes públicos³⁰ con la finalidad última de superar la crisis de la democracia formal, caracterizada por el divorcio entre titularidad y ejercicio de los derechos políticos, con vistas a alcanzar una verdadera democracia social, lo que necesariamente exige que la igualdad formal ceda el paso a la igualdad sustancial y que las libertades dejen de ser meramente formales y se conviertan en reales y efectivas.

VII. Como ya pusimos de manifiesto con anterioridad, es evidente que la formulación de buen número de los anteriores enunciados no puede ser considerado como patrimonio exclusivo de la ideología social-demócrata; el social-cristianismo ha venido insistiendo reiteradamente en análogos puntos de vista, si bien no podemos dejar de reconocer el difuso perfil con que esta última ideología quedó reflejada en las Constituyentes de 1977-78, en consecuencia de la ausencia de una formación que, individualmente, buen número de parlamentarios, ubicados políticamente en muy diversas formaciones, compartieran tales premisas ideológicas, siendo, por lo demás, su influjo muy notable en ocasiones, de modo especial en el caso de algunos de los diputa-

³⁰ Como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional —en su Sentencia 11-1984, de 7 de febrero, fundamento jurídico 3º—, el reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una trascendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos y al cumplimiento de determinados deberes.

dos que perteneciendo a esta adscripción ideológica, militaban en la Unión de Centro Democrático.

Esta circunstancia, en último término, no hace sino corroborar esta superposición ideológica característica de la Constitución española de 1978. Se desechó de modo consciente un "texto de partido"; se puso el acento en la búsqueda de fórmulas de acuerdo, de compromiso, nunca de disenso o enfrentamiento, y aunque ello, a veces, propiciara preceptos opacos, incluso polivalentes, es lo cierto que el resultado final quedaría reflejado en una textura abierta, sustancialmente flexible y potencialmente transformadora de la sociedad.

3. *El orden valorativo en la Constitución de 1978.*

La Constitución de 1978 encabeza su texto dispositivo con la siguiente determinación: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Aunque, a efectos de nuestras reflexiones, lo que nos interesa es el segundo inciso del precepto, hemos de comenzar significando que la fórmula "Estado social y democrático de Derecho" exige una interpretación total o armónica de conformidad con la cual se produce una implicación recíproca entre los términos de la fórmula que, por lo demás, tiene verdadera consistencia jurídica y no mero valor político, tal como ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional³¹.

A la vista del precepto anterior (art. 1º.1 de nuestra Norma Suprema), parece evidente que puede avanzarse, ya que la Constitución de 1978 ha evitado caer en el reduccionismo del positivismo estatalista; no estamos, en definitiva, ante un código de corte positivista, como veremos de inmediato con mayor detención.

³¹ En el mismo sentido, Angel Garrarena, "El Estado español como Estado social y democrático de Derecho", Universidad de Murcia, Murcia, 1950, págs. 151-152.

A) *La superación constitucional del positivismo normativista.*

Como es de sobra conocido, las muy numerosas concepciones del Derecho son reducibles a estas tres: la iusnaturalista, la positivista y la histórico-sociológica. Como bien afirma HERNÁNDEZ GIL³², sería de un simplismo extremo, rayando en lo ingenuo, adscribir la Constitución de 1978 a una de aquellas tres grandes concepciones que, por otra parte, no se manifiestan hoy en estado de absoluta pureza.

La concepción jurídica latente en nuestra *Lex Superior* es fruto de su propio conjunto dispositivo, bien que en él sobresalgan declaraciones de innegable valor, como la del artículo 1º.1, que pueden conducirnos no tanto a adscribir nuestra Constitución a una de aquellas grandes concepciones jurídicas, cuanto a caracterizarla negativamente. Nos detendremos a este respecto en la determinación del artículo 1º.1.

Este precepto ofrece un planteamiento relativamente singular en el que, tomando como punto de partida la Nación, "España", procede a conectar el poder político del Estado con un ordenamiento jurídico respecto del que propugna una serie de valores.

El hecho de que la norma en cuestión recurra al concepto de "ordenamiento jurídico" podría ofrecernos una argumentación suficiente como para sostener que la Constitución desborda con creces el modelo del positivismo normativista, pues es sabido que si bien el concepto de "ordenamiento jurídico" arranca del positivismo, tras una serie de desarrollos, logra superarle. Después de la fundamental aportación de SANTI ROMANO³³, cuyas dos ideas centrales son: la institución, que dota de existencia y justifica el ordenamiento, y la pluralidad de ordenamientos, que descarta la exclusividad del ordenamiento estatal, pues existen otros grupos sociales dotados de organización propia (la Iglesia, la Comunidad internacional...) y, por tanto, otros ordenamientos, bien po-

³² Antonio Hernández Gil, *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982, pág. 363.

³³ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Ed. Sansoni, Florencia, 1918.

dríamos sostener que la mera referencia constitucional del artículo 1º.1 al ordenamiento jurídico —a la que habría que sumar otras, como la del artículo 9º.1, por mor del cual: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”— es suficiente para entender superado el modelo de la teoría positivista del Derecho, por cuanto el ordenamiento no es mero agregado de normas, sino una realidad dinámica³⁴ en la que las normas cambian, si bien el ordenamiento permanece, en tanto permanecen sus principios³⁵.

Ahora bien, una postura de este tipo podría ser replicada sobre la base de que el artículo 1º.1 habla de “su ordenamiento”, esto es, del ordenamiento del Estado, lo que implica imputar el ordenamiento al Estado, interpretación que, literalmente entendida, chocaría con la tesis de la teoría institucional del ordenamiento, que sostiene la no estatalidad exclusiva del Derecho³⁶.

Por nuestra parte, creemos con HERNÁNDEZ GIL³⁷ que cuando el artículo 1º.1 atribuye el ordenamiento al Estado no necesariamente está consagrando la tesis de la estricta estatalidad del Derecho. Decir que el Estado tiene “su” ordenamiento jurídico no supone afirmar que todo ordenamiento jurídico procede del Estado.

³⁴ Cfr. a este respecto la introducción de Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo”, en la traducción de la obra de Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

³⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 4ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág. 60.

³⁶ Para Gregorio Peces-Barba (en “Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 61, invierno 1981, págs. 95 y sigtes.; en concreto, págs. 98-99), la relación entre los factores que integran el artículo 1º.1 supera el idealismo iusnaturalista y vincula el Derecho al poder del Estado, aunque tampoco desconoce los valores y por eso no cae en el reduccionismo del positivismo estatalista.

³⁷ Antonio Hernández Gil, *El cambio político español y la Constitución*, ob. cit., pág. 370.

Ya en el Código Civil se acoge un sistema de fuentes del que es preciso destacar que no todo el Derecho emana del Estado: la costumbre, los principios generales, con la función plena de fuentes, y la jurisprudencia y la equidad, con una función complementaria, nutren al ordenamiento jurídico de normas o criterios normativos de origen no estatal. La Constitución no sólo no se opone a estas previsiones, sino que las ratifica cumplidamente cuando en su artículo 149.1.8 atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la determinación de las fuentes del Derecho (el precepto se enmarca dentro de los que delimitan las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas). El solo hecho de admitir la existencia de "fuentes", dirá HERNÁNDEZ GIL³⁸, supone una clara concesión al pluralismo jurídico.

No obstante las consideraciones precedentes, la superación constitucional del normativismo positivista hay que buscarla prioritariamente en la sujeción del ordenamiento a un orden valorativo.

Es al Estado a quien se imputa el ordenamiento en el artículo 1º.1, pero también es el propio Estado quien "propugna" unos valores superiores del ordenamiento. "Propugna" equivale a decir que el Estado definido como social y democrático, asume la misión de que el ordenamiento jurídico tienda hacia esos valores, los alcance y realice³⁹. Consecuentemente, para nuestra Constitución, el ordenamiento jurídico no se legitima *per se*, por proceder del Estado y atenerse a los cauces procedimentales de elaboración y formulación formalmente enunciados por la propia Constitución; bien al contrario, el ordenamiento se nos ofrece como el instrumento para la realización de los fines que la Norma Suprema enuncia como valores. Queda, pues, establecida una íntima conexión entre ordenamiento y valores, con lo que ello supone de reconocimiento de la dimensión axiológica del Derecho.

El Derecho, como diría RECASÉNS SICHES⁴⁰, no es una idea pura, tiene que ver con lo que se llama el reino de la cultura.

³⁸ *Ibidem*, pág. 371.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Luis Recaséns Siches, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1981, pág. 11.

Entre los seres ideales hay una peculiar clase de ellos con muy especiales características: los valores. RECASÉNS se alinearé con la tesis objetivista, esto es, la que sostiene que los valores son esencias ideales, con validez objetiva y necesaria, si bien admitirá su conexión con la realidad.

La afirmación de que los valores son objetivos —sostiene RECASÉNS—⁴¹ debemos entenderla tan solo como el aserto de que los valores no son emanación del sujeto, no son la expresión de unos peculiares mecanismos psicológicos del sujeto, sino que, por el contrario, el sujeto se encuentra con ellos, por así decirlo, cuando ellos le son dados por una intuición. Pero, por otra parte, hemos de comprender que la objetividad de los valores es algo que se da en la existencia humana y, a la vez, debemos comprender también que los valores tienen sentido precisamente en relación con la vida del hombre, referidos a la existencia de éste. Es por ello mismo, por lo que habrá que atender a las circunstancias particulares de cada realidad a la hora de proceder a juzgar conductas o instituciones, y no sólo a aquellos valores morales y jurídicos, aunque en sí tengan una validez intrínseca.

En definitiva, RECASÉNS concluirá intentando compaginar el objetivismo de los valores y la relatividad de las estimaciones concretas⁴².

La objetividad la reconocemos a los criterios estimativos básicos, a las ideas axiológicas que constituyen el fundamento y la guía de la estimativa. Pero tal dimensión objetiva no impide ni estorba el punto de que los juicios concretos de valor, las estimaciones particulares, sean inevitablemente relativos a situaciones reales concretas, históricas, y por lo tanto a las circunstancias de hecho, del lugar y de la época. Estas relatividades no se oponen a la objetividad de los criterios, porque tales relatividades no implican subjetivismo fortuito, antes bien representan el condicionamiento y la influencia que la realidad social (histórica) particular debe y tiene que ejercer sobre la elaboración de las normas jurídicas, de las positivas o de las programáticas ideales.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 14.

⁴² *Ibidem*, pág. 289.

Estas reflexiones aclaran con precisión, a nuestro modo de ver, la pretensión última que encierra la conexión entre ordenamiento jurídico y valores. En definitiva, en cuanto la Constitución de 1978 no se ha limitado a considerar los valores alojados en el cuadro de los derechos subjetivos y las libertades (pensemos, por ejemplo, que la libertad y la igualdad irrumpieron en el constitucionalismo liberal burgués como contenido de los derechos individuales), sino que ha preferido declararlos expresamente, los valores han venido a impregnar el total ordenamiento jurídico objetivamente entendido.

“Los derechos y libertades fundamentales —puede leerse en el Voto particular sobre el Motivo 1º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981 de 13 de febrero, epígrafe 19, suscrito por cuatro magistrados— son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero”.

B) *Los principios constitucionales y su valor jurídico.*

Este *Wertordnung*, este orden valorativo con el que el ordenamiento jurídico queda impregnado por un orden axiológico, aparece expresado no sólo por el artículo 1º.1 (y con él, por el propio Título Preliminar), sino también por el fundamental artículo 10.1, y aún por la sección primera del Capítulo 2º del Título I, que formula el sistema formal de libertades y derechos fundamentales, como también por el trascendental artículo 14, que enuncia el principio de igualdad, y por el mismo Preámbulo constitucional, en el que la Nación española expresa su deseo de establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos lo integran.

En todas estas disposiciones podemos encontrar auténticos principios constitucionales, esto es, principios que encarnan los valores esenciales concernientes al fundamento del orden jurídico al que dotan de unidad de sentido, como afirma GARCÍA DE ENTE-

RRÍA⁴³, la unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales del Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir, o la Constitución los ha declarado de manera formal.

Es cierto que nuestra Constitución se sirve de la expresión "principios" con alcance distinto y no siempre equivalente⁴⁴. Así, en el artículo 1º.1 y en el artículo 10.1, que son las localizaciones locales de los principios, no utiliza tal término, sino los de "valores" y "fundamentos". Del diferente empleo del término "principios" debe inferirse que los principios constitucionales no son sólo aquellos criterios ordenadores expresamente mencionados como "principios" por la Constitución, sino cuanto en ésta tenga el carácter de fundamento y criterio esencial de la ordenación⁴⁵.

Una trascendental cuestión se suscita respecto de estos principios: la de su valor jurídico, aspecto que conecta con el valor que ha de darse a la propia Constitución, que evidentemente no es el de una norma cualquiera, sino el de una norma portadora de unos valores materiales superiores que, por ello mismo, asume una fuerza jurídica superior a las restantes.

Consecuentemente, los valores materiales a que venimos refiriéndonos no son mera retórica; no estamos en presencia de unos simples principios programáticos; por el contrario, nos hallamos ante el mismo soporte básico del ordenamiento en su conjunto, ante la base que da al mismo su sentido y su coherencia, y por ello mismo, ante el núcleo que debe presidir su interpretación y aplicación.

Otto BACHOF⁴⁶, al contemplar esta cuestión, se ha referido a la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución, consecuencia de un orden de valores que vincula directamente a los tres poderes estatales tal como se manifiesta

⁴³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., tomo I, pág. 128.

⁴⁴ En el mismo sentido, Antonio Hernández Gil, *El cambio político...*, ob. cit., pág. 352.

⁴⁵ Antonio Hernández Gil, *El cambio político...*, ob. cit., pág. 354.

⁴⁶ Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, páginas 39-40.

de modo expreso en la regulación de los derechos fundamentales; un orden de valores que ha sido considerado por la Constitución como anterior a ella misma; un orden de valores, pues, que no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea del hombre que descansa en estos valores.

La trascendencia jurídica de las consideraciones que preceden puede llegar a desbordar el marco estricto de la pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución frente a otra serie de normas infraconstitucionales, para proyectarse hacia el interior del propio código normativo constitucional, pudiéndose deducir de todo ello la existencia de dos niveles de normas constitucionales, uno de los cuales —el primero en cuanto a su eficacia jurídica— vendría integrado por estas normas materiales a que venimos refiriéndonos, mientras que en el otro tendrían cabida todas las demás.

Ya el Tribunal Supremo norteamericano ha tenido ocasión de pronunciarse en torno de esta cuestión⁴⁷. Sin embargo, será la doctrina alemana la que advertirá sobre la existencia de normas de la Constitución inconstitucionales⁴⁸, lo que será ratificado por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Baviera, que en 1950, tras admitir la existencia de “principios constitucionales fundamentales que son de naturaleza tan elemental y expresión de un derecho que precede a la Constitución, que el mismo constituyente está vinculado a ellos”, aceptará la posibilidad de considerar nulas aquellas normas de la Constitución que no poseyendo tal rango, no concuerden con los referidos principios⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. al efecto, Pierre Mutignon, “Les arrêts de la Court Suprême sur le redécoupage des circonscriptions électorales”, en *Revue du Droit Public*, 1967, págs. 694 y sigtes.

⁴⁸ Otto Bachof, “Verfassungswidrige Verfassungsnormen?”, Tübingen, 1951. Asimismo, Gottfried Dietze, “Unconstitutional norms?. Constitutional development in postwar Germany”, en *Virginia Law Review*, vol. 42, enero 1956, nº 1.

⁴⁹ Para un análisis más detenido, cfr. Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. II, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1977, pág. 707.

Esta enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución se ha proyectado asimismo sobre la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la propia Constitución, de modo tal que aquellas normas materiales se han convertido en los principios jerárquicamente superiores que han de presidir la hermenéutica jurídica; ha quedado consolidado de esta forma el principio de interpretación del ordenamiento conforme y bajo la dirección de la Constitución, del que se derivan una serie de consecuencias a las que se ha referido entre nosotros GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁰, y de las que nosotros destacaremos tan sólo estas tres:

a) El carácter normativo de la Constitución prevalece no sólo en la llamada interpretación declarativa, sino también en la denominada interpretación integrativa, que colma insuficiencias de los textos legales a aplicar.

b) El principio de interpretación conforme a la Constitución de toda norma del ordenamiento tiene su correlación lógica en la implícita prohibición de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales.

c) Las normas constitucionales son "normas dominantes" frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento.

C) *La filosofía iuspersonalista subyacente en la Constitución.*

El orden valorativo subyacente en nuestra Constitución no aparece expresado tan sólo por el artículo 1º.1; bien al contrario, como ya hemos advertido, en otras varias disposiciones encontramos enunciados esos valores o principios que han de impregnar el conjunto del ordenamiento jurídico; entre ellas, es preciso destacar por su trascendencia la previsión del artículo 10.1, a tenor de la cual:

⁵⁰ E. García de Enterría y T.-R. Fernández, *Curso...*, *ob. cit.*, tomo I, págs. 131-132.

"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

Este precepto supone la consagración de la persona y de su dignidad no sólo como el fundamento de la totalidad del orden político, sino, y por ello mismo, también como el principio rector supremo del ordenamiento jurídico. Se condensa aquí, en clave principal, dirá PAREJO⁵¹, la filosofía, los criterios axiológicos a que responde por entero y que sustentan el orden dogmático constitucional. El valor último es, obviamente, la dignidad humana, sin connotación o conexión alguna con un determinado orden económico o social, pero valorada evidentemente como valor propio del individuo en sociedad.

Como dijera GOLDSCHMIDT⁵², cada persona humana individual es una realidad en sí misma, mientras que el Estado no es más que una realidad accidental, ordenada como fin al bien de las personas individuales; consecuentemente, es perfectamente oportuno afirmar que el derecho fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás, es el derecho a ser reconocido siempre como persona humana⁵³.

En cuanto la democracia, como bien afirmara MARITAIN⁵⁴, es una organización racional de libertades fundada en la ley, y en cuanto la libertad es indivisible y se asienta en la libertad fundamental del individuo, en un derecho radical, entre los fundamentales, del que, como advirtiera PECES BARBA⁵⁵, traben su causa los demás, esto es, en el derecho a ser considerado como ser

⁵¹ Luciano Parejo Alfonso, *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 71.

⁵² Werner Goldschmidt, *Introducción Filosófica al Derecho*, Depalma, 6ª ed., Buenos Aires, 1983, pág. 543.

⁵³ Luis Legaz Lacambra, "La noción jurídica de persona humana y los derechos del hombre", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 55, enero-febrero 1951, págs. 15 y sigtes.; en concreto, pág. 44.

⁵⁴ Jacques Maritain, *El hombre y el Estado*, Encuentro Ediciones Madrid, 1983, pág. 75.

⁵⁵ Gregorio Peces Barba, *Derechos Fundamentales*, Latina Universitaria, 3ª ed., Madrid, 1980, pág. 91.

humano, como persona, es decir, como ser de eminente dignidad, titular de derechos y obligaciones, el Derecho, el ordenamiento jurídico en su conjunto no quedará iluminado —en términos de LUCAS VERDÚ—⁵⁶, legitimado, sino mediante el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de los derechos que le son inherentes, lo que nos permite hablar de la existencia de un sustrato filosófico iuspersonalista que, a nuestro modo de ver, se alimenta ideológicamente de las aportaciones del liberalismo, del socialismo democrático y del social-cristianismo o, si se prefiere, del humanismo social-cristiano.

Este iuspersonalismo se manifiesta socialmente en lo que se ha denominado⁵⁷ el “personalismo comunitario”, esto es, en una comunidad social plural. Es desde esta perspectiva, creemos, como cobran pleno sentido todos y cada uno de los valores enunciados por el artículo 1º.1: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político. Es cierto que desde diferentes sectores de pensamiento se han tratado de relativizar algunos de esos valores⁵⁸; sin embargo, a nuestro juicio, no sólo no debe excluirse ninguno, sino que todos y cada uno de ellos se complementan de algún modo entre sí.

La libertad y sobre todo la igualdad forman parte del contenido y del fin de la justicia⁵⁹; incluso se ha tendido a considerar identificados los valores justicia e igualdad; sin embargo, la

⁵⁶ Pablo Lucas Verdú, *Curso...*, *ob. cit.*, tomo IV, pág. 320.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Es el caso de Gregorio Peces Barba (en *Reflexiones sobre...*, *ob. cit.*, págs. 123-124), quien, tras relativizar la necesidad de la presencia del valor “pluralismo político”, ha entendido que “la justicia es también un término innecesario y reiterativo con los términos libertad e igualdad, que constituyen hoy el contenido material de la idea de justicia”, reflexión que choca de modo frontal con la que, obviamente al margen de la Constitución, sostuvo Castán Tobeñas (en *Los derechos del hombre*, 3ª ed., Reus, Madrid, 1985, pág. 61), para quien las nociones de libertad e igualdad son dependientes de la idea de justicia, pues al proyectarse el ideal de justicia sobre aquéllas —admite Castán haciendo suya la posición de Ruiz del Castillo, (*Manual de Derecho Político*, Reus, Madrid, 1939, pág. 344)—, llena de significación esas ideas que, de otro modo, serían inexplicables.

⁵⁹ Antonio Hernández Gil, *El cambio...*, *ob. cit.*, pág. 382

justicia, en cuanto valor social por excelencia, es un criterio de valoración destinado a conformar el comportamiento social; en definitiva, la justicia tiene un sentido de totalidad que le lleva a ser no sólo valor, en sí, sino también medida de los demás valores sociales y jurídicos. Por lo demás, el valor absoluto de la justicia, dar a cada uno "lo suyo"⁶⁰, se encuentra vinculado con la dignidad de la persona, al principio de la privativo, al que parece apuntar el texto constitucional cuando en su propio artículo 10.1 se alude al "libre desarrollo de la personalidad", esto es, al despliegue de las diferentes potencialidades (psíquicas, morales, culturales, económicas y sociales) de cada persona humana, la conquista de los valores que la satisfagan y de los ideales que la atraigan; el alcance, en suma, hacia "su modo de ser humano" y de miembro activo, protagonista, en una sociedad determinada⁶¹.

Y es aquí en donde entra en juego el valor "pluralismo político", que aunque con una proyección básicamente estructural, desborda con creces tal perspectiva para incidir muy positivamente en que cada ser humano pueda desarrollar en libertad su personalidad. El pluralismo ínsito a cualquier libertad social no sólo debe ser respetado por el ordenamiento jurídico, sino que éste debe venir informado por aquél. Corresponderá al Tribunal Constitucional la función de fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues, como el propio Tribunal recuerda⁶², en términos generales,

⁶⁰ Creemos que este valor absoluto es perfectamente compaginable con esa dimensión dinámica a que aludiera Carl J. Friedrich (en *La Filosofía del Derecho*, F.C.E., 1ª ed., 3ª reimpr., México, 1982, pág. 286), que se referiría a cómo podía comprenderse la justicia como una realidad cambiante, cuyos cambios ocurren en respuesta al proceso dinámico de la política.

⁶¹ Joaquín Ruiz-Giménez Cortés, "Derechos fundamentales de la persona", (Comentario al art. 10 de la Constitución), en Oscar Alzaga (dir.), *Comentario a las Leyes Políticas*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 45 y sigtes.; en concreto, pág. 123.

⁶² STC 4/1981, de 2 de febrero, fund. jur. 2º.

resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo.

En definitiva, la Constitución española ha venido a consagrar como valor supremo el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, de la cual fluye el principio de libertad, valor que, como significara RECASÉNS SICHES⁶³, es el único que puede asegurar un contenido valorativo al Derecho.

D) *El reconocimiento de unos derechos fundamentales inherentes a la persona.*

I. El artículo 10.1, como ya expusimos, incluye entre los fundamentos del orden político y de la paz social, los derechos inviolables inherentes a la persona humana. Aunque el legislador constituyente, entre la multiplicidad de expresiones relativas a esos derechos inherentes a la persona humana (derechos naturales, derechos innatos, derechos humanos, derechos fundamentales...), optó en este precepto por la de "derechos inviolables", es lo cierto que esa es la única ocasión en que ha utilizado tal denominación, pues en el conjunto de la Norma Suprema la expresión prevaleciente es la de "derechos fundamentales". Dada la utilización de esta última en relación con un determinado conjunto de derechos, aquéllos que se contemplan en la sección primera del Capítulo 2º del Título I (arts. 15 al 29), a los que el artículo 53 les otorga un mayor grado de protección jurídica, cabe pensar que el recurso a la denominación "derechos inviolables" no tiene otro objetivo que el de reservar la calificación de "fundamentales" a un sector del conjunto de derechos y libertades; por ello mismo, y sin que de aquí deba desprenderse que el constituyente español, en la polémica terminológica reseñada, se ha querido decantar en uno u otro sentido, nosotros creemos preferible optar por la expresión "derechos fundamentales".

⁶³ Luis Recaséns Siches, *Introducción...*, *ob. cit.*, pág. 334.

II. El reconocimiento de unos derechos fundamentales no es sino la manifestación obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona humana⁶⁴. Todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma.

El reconocimiento de estos derechos se vincula de modo íntimo con dos de los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna nuestro Estado social y democrático de Derecho: el valor libertad y el valor igualdad. Bien puede decirse que en una de sus dimensiones⁶⁵, la organizativa, el valor libertad se constituye en la misma raíz de los derechos fundamentales. Como ya indicamos, la consideración constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento no es una afirmación retórica, aun cuando algún autor así la haya venido a considerar⁶⁶. Por el contrario, la práctica judicial ha venido a corroborar la efectividad de tal declaración. Como al efecto ha precisado GARCÍA DE ENTERRÍA⁶⁷, puede considerarse una constante la invocación de este carácter superior en el ordenamiento de ciertos valores, en el sentido de la *preferred position* de la jurisprudencia norteamericana. Y por lo que al valor libertad se refiere, cabe significar su

⁶⁴ Como significa Bidart Campos (en *Para vivir la Constitución*, ob. cit., pág. 145), la "razón de ser" de "qué", son los derechos humanos, "como" son, "porqué" se los reconoce, y "para qué", está dado en la doble dimensión ontológica y valorativa: el hombre es una persona a la que el Estado debe facilitar el desarrollo de su valor "personalidad".

⁶⁵ Gregorio Peces-Barba (en *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 135) considera que el valor "libertad" tiene dos grandes dimensiones, una organizativa y otra relacionada con el "status" de las personas en la organización social.

⁶⁶ Tal sería el caso de Silvio Basile, en "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en E. García de Enterría y Alberto Predieri, *La Constitución Española de 1978 Estudio Sistemático*, Civitas, 2 ed., Madrid, 1981, págs. 263 y sigtes.; en concreto pág. 266.

⁶⁷ Eduardo García de Enterría, "Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en el Derecho español", en *Civitas-Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 59, julio-septiembre 1988, págs. 325 y sigtes.; en concreto, pág. 331.

permanente invocación, en el bien entendido de que no se trata de una invocación genérica, la libertad en abstracto como un valor, igualmente abstracto; por el contrario, a lo que se alude en la práctica de nuestra jurisdicción constitucional, e incluso de nuestra jurisdicción *tout court*, es a esa libertad que, definida como un valor superior en el artículo 1º, se especifica en el Título I en el conjunto de la tabla de derechos que éste contempla.

De otra parte, los derechos fundamentales no son comprensibles al margen del valor "igualdad". PECES BARBA se ha referido a la existencia de un componente igualitario que matiza fuertemente los derechos de libertad para hacerlos reales⁶⁸. No deja de ser bastante significativo a este respecto que el capítulo 2º del Título I, que a lo largo de sus dos secciones se refiere a los derechos y libertades que gozan de mayor protección constitucional, se abra con un precepto, el artículo 14, que regula desde una vertiente formal el principio de igualdad, y que al quedar expresivamente fuera de las dos secciones de que consta el capítulo, matiza todos y cada uno de los derechos enunciados por el mismo.

Junto a la citada vertiente formal de la igualdad, la norma constitucional contempla una vertiente sustancial, a la que ya nos hemos referido, si bien incidiremos de nuevo sobre ella.

III. El artículo 9º.2 de la Constitución, como ya indicáramos, refleja con bastante exactitud el párrafo segundo del artículo 3º de la Constitución italiana de 1947, con las dos solas diferencias significativas de que mientras el precepto del texto transalpino alude a la participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país, el código español se refiere de modo genérico a la participación de todos los ciudadanos, diferencia que, de hecho, no nos parece relevante⁶⁹, mientras que sí hubiera podido serlo la alusión del ar-

⁶⁸ Gregorio Peces-Barba, *La Constitución Española de 1978...*, ob. cit., pág. 38.

⁶⁹ Contraria es la opinión de Francesco Galgano, *Rapporti economico-sociali*, en *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Arnaldo Forni Editore, Bologna, 1978, págs. 87 y sigtes.; en concreto, pág. 88.

título 9º.2 a la libertad e igualdad no sólo del individuo sino, asimismo, de los grupos en que se integra; no obstante, el silencio del texto italiano en torno de la aplicación del principio de igualdad sustancial a los grupos sociales ha sido subsanado por la interpretación de la *Corte Costituzionale* que, en su Sentencia de 23 de marzo de 1966, precisó que el principio de igualdad encuentra aplicación no sólo en relación a las personas físicas, sino también respecto de las personas jurídicas y de los grupos sociales ⁷⁰.

Esta referencia constitucional a los grupos en que el individuo se integra ha sido considerada por algún autor como muy desafortunada ⁷¹, llegándose incluso a juzgar el precepto como de carácter meramente programático y de operatividad práctica muy escasa ⁷².

No nos sentimos identificados con tales apreciaciones; por un lado, porque creemos que la operatividad de la norma es más relevante de lo que a primera vista pudiera pensarse. Estamos ante una disposición dirigida a todos los poderes públicos, tanto estatales como autonómicos (esto es, de las Comunidades Autónomas en que se organiza territorialmente el Estado), a fin de que, desarrollando la función promocional del Derecho, hagan lo posible para que la libertad y la igualdad dejen de ser meramente formales y se conviertan en algo real, consustancial a nuestra sociedad; como bien ha dicho PREDIERI ⁷³, la norma da testimonio de una democracia siempre de frontera, móvil, nunca realizada del todo y definida como meta que se mueve. Por lo demás,

⁷⁰ Cfr. al efecto, Pietro Virge, *Diritto Costituzionale*, 6ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1967, pág. 519.

⁷¹ Oscar Alzaga, *La Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 135.

⁷² Fernando Garrido Falla, "Comentario al artículo 9º.2", en la obra dirigida por él mismo, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1985, pág. 157.

⁷³ Alberto Predieri, "Régimen económico y social en la Constitución italiana", en el colectivo, *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, págs. 19 y sigtes.; en concreto, página 24.

constituye un valiosísimo instrumento hermenéutico, permitiendo una interpretación evolutiva del Derecho.

Además, una norma de este tipo encierra una virtualidad político-constitucional indudable. Es preciso que esos derechos que BIDART denomina "imposibles"⁷⁴, esto es, lo que un hombre no alcanza a ejercer y gozar, encuentren un remedio efectivo. El progreso de la civilización humana, ha dicho FROSINI⁷⁵, se mide sobre todo en la ayuda dada por el más fuerte al más débil, en la limitación de los poderes naturales de aquél como reconocimiento de las exigencias morales de éste, en el aumento del sentido de una fraternidad humana sin la cual los derechos a la libertad se convierten en privilegios egoístas y el principio de igualdad jurídica, en una nivelación basada en el sometimiento al poder del más fuerte.

Es por todo lo expuesto por lo que bien podemos estimar que en el artículo 9º.2 está expresado un verdadero mandato de hacer, de actuar, dirigido a los poderes públicos a fin de obtener unos determinados resultados sociales. Nuestro Tribunal Constitucional ha ratificado esta interpretación al entender que un acto del Poder Legislativo se revela arbitrario cuando engendre desigualdad. "Y no ya —precisa el Tribunal—⁷⁶ desigualdad referida a la discriminación (que ésta concierne al art. 14), sino a las exigencias que el artículo 9º.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley".

En cuanto a la referencia constitucional del artículo 9º.2 a los grupos, pensamos con PECES-BARBA, verdadero artífice de su introducción en nuestra Norma Suprema, que abre la posibilidad y la promoción a aspectos sociales donde el hombre realiza

⁷⁴ Germán J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I ("El Derecho Constitucional de la libertad"), Ediar, Buenos Aires, 1986, pág. 210.

⁷⁵ Vittorio Frosini, "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica" en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, Universidad Complutense, Madrid, 1983, págs. 101 y sigtes.; en concreto, pág. 107.

⁷⁶ STC 27-1981, de 20 de julio, fundamento jurídico 10.

su actividad con otros hombres, a la autogestión, a las cooperativas, a las Iglesias... , colocándolas al mismo nivel del hombre individual, y superando las limitaciones del normativismo individualista ⁷⁷.

La Constitución, tal y como expusimos, se asienta en una filosofía iuspersonalista cuya manifestación social es el pluralismo comunitario; no es causal que el pluralismo se enuncie como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico; es la consecuencia obligada del reconocimiento de que la persona se integra en una serie de grupos intermedios que favorecen el desarrollo de su personalidad, facilitando a la par su participación en la convivencia política; la importancia de estos grupos en el desarrollo integral de la persona, insistentemente subrayada en la doctrina social de la Iglesia ⁷⁸, hace muy conveniente proyectar ese mandato hacia los poderes públicos explicitado por el artículo 9º.2 más allá del marco estrictamente individual.

E) *La trascendencia jurídico-constitucional de los derechos fundamentales.*

I. La decisiva trascendencia jurídica del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales queda patente, por un lado, por su eficacia directa e inmediata, sin perjuicio de que el ejercicio de muchos de ellos, no de todos, deba ser desarrollado, y por otro, por la puesta a su servicio de un amplio repertorio de mecanismos de protección entre los que descuella el recur-

⁷⁷ Gregorio Peces-Barba, *La Constitución Española de 1978...*, ob. cit., pág. 40.

⁷⁸ Así, por ejemplo, el Pontífice Juan XXIII, en su Encíclica *Pacem in Terris*, de 11 de abril de 1963, insistía en la absoluta necesidad de "que se funden muchas asociaciones u organismos intermedios, capaces de alcanzar los fines que los particulares por sí solos no pueden obtener eficazmente. Tales asociaciones deben considerarse como instrumentos indispensables en grado sumo para defender la dignidad y libertad de la persona humana, dejando a salvo el sentido de la responsabilidad". Cfr. a este respecto, *El Mensaje Social de la Iglesia*, Ediciones Palabra, 2ª ed., Madrid, 1987, pág. 259.

so de amparo, que deja en manos del Tribunal Constitucional la protección última de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

De la eficacia inmediata de los derechos da fe la previsión del artículo 53.1 de la Constitución, a tenor de cuyo primer inciso:

“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título (arts. 14 a 38) vinculan a todos los poderes públicos”.

Ese carácter vinculante, como es obvio, incluye asimismo a los jueces y tribunales, a los que se encomienda la garantía plenaria de su tutela efectiva, como queda reflejado por el artículo 7º.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, de conformidad con el cual:

“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo I del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales, y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”.

Nuestra Constitución precisa incluso aún más esa vinculabilidad de los derechos fundamentales al proyectarla explícitamente hacia el Poder Legislativo. En efecto a tenor del inciso segundo de su artículo 53.1: “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1, a” (precepto este último que contempla el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley).

En último término, un reducido núcleo de derechos, aquellos que la Constitución recoge en el ya referido artículo 14 y en la Sección 1ª del Capítulo 2º (artículos 15 al 29, englobados bajo el rótulo de “derechos fundamentales y libertades públicas”), es dotado de unos mecanismos de protección reforzada a los que se refiere el artículo 53.2 de la propia Norma Suprema, de conformidad con el cual:

"Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30".

La justificación de esta competencia que ha de asumir el Tribunal Constitucional debe intentar vislumbrarse desde el lugar central que los derechos fundamentales ocupan en la dogmática constitucional, circunstancia de la que constituye prueba fehaciente el hecho de que la libertad y la igualdad sean considerados como valores superiores del ordenamiento jurídico, así como la elevación de la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes y del libre desarrollo de la personalidad, a fundamento del orden político y de la paz social. Como a este respecto bien dice GARCÍA DE ENTERRÍA⁷⁹, la tutela socialmente y reforzada del amparo constitucional es una exigencia sistemática del lugar que la libertad ocupa en el orden constitucional mismo. A ese lugar destacado se ha referido nuestro supremo intérprete de la Constitución en multitud de ocasiones. Destacaremos una de sus primeras manifestaciones al efecto:

"No cabe desconocer —advierte el Tribunal—⁸⁰ que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, y que, asumidos como **decisión constitucional básica**, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico"⁸¹.

⁷⁹ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 149.

⁸⁰ S.T.C., 21/1981, de 15 de junio, fundamento jurídico 10.

⁸¹ Conviene recordar asimismo que, de conformidad con el artículo 10.2. de nuestra *lex legum*: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

II. Casa a la perfección la precedente doctrina constitucional con una orientación que no por conocida conviene olvidar, y que bien puede quedar subsumida en la conocida afirmación de Herbert KRÜGER: "Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales"⁸².

Ya Rudolf SMEND sentó las bases de una interpretación más profunda de los derechos fundamentales, gracias a su *teoría de la integración*. SMEND verá en los derechos fundamentales un medio de integración objetiva, lo que justificará en que "los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Este orden positivo es válido sólo en cuanto que representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo"⁸³.

Poco tiempo después de formular tales reflexiones, en su famosa conferencia pronunciada en la Universidad "Friedrich Wilhelm" de Berlín, el 18 de enero de 1933⁸⁴, SMEND llegará a sus últimas conclusiones al afirmar que la esfera de los derechos fundamentales emerge "no como una barrera o reserva que separe al ciudadano del Estado, sino como lazo de unión con él, como fundamento de su adecuación política".

A partir de este momento, estaban sentadas las bases teóricas de la consideración de los derechos fundamentales como parte

⁸² Herbert Krüger, "Grundgesetz und Kartellgesetzgebung", 1950, pág. 12. Cit. por Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, ob. cit., pág. 41.

⁸³ Rudolf Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht" (1928), en la obra de recopilación de algunos de sus trabajos, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, página 232.

⁸⁴ Rudolf Smend, "Bürgen und Bourgoins im deutschen Staatsrecht", en "Staatsrechtliche Abhandlungen", 1955, págs. 309 y sigtes. Recogido en la obra, *Constitución y Derecho Constitucional*, ob. cit., págs. 247 y sigtes.; en concreto, pág. 258.

esencial de un ordenamiento jurídico democrático, a la par que como elemento de legitimación del mismo.

La "Bonner Grundgesetz" haría suya la nueva concepción de los derechos fundamentales en su artículo 1º.2, en el que se reconocían a "los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana", para, de inmediato (art. 1º.3), enunciar el principio de vinculatoriedad: "Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales a título de derecho directamente aplicable".

Estas previsiones vendrán complementadas por la famosa "cláusula general" de protección jurisdiccional del ciudadano, contenida en el artículo 19.4⁸⁵, que pretende consagrar un *lückense Rechtsschutz*, una protección jurídica sin lagunas; esta cláusula, aunque declara protegibles únicamente las lesiones que los ciudadanos sufran en sus derechos, ha sido profundizada por la doctrina con la finalidad de incluir dentro del concepto de derechos con que se maneja la idea creada por la doctrina italiana de los "intereses legítimos"⁸⁶.

III. Los principios a que acabamos de aludir han sido incorporados a la Constitución de 1978, tal y como ya hemos referido en distintas ocasiones al hilo de nuestro desarrollo.

La previsión alemana del artículo 1º.2 tiene su correlato en el artículo 10.1 de nuestra *Lex Superior*, que, como ya expusimos, eleva al rango de fundamento del orden político a los derechos inviolables inherentes a la persona, precisión de la que el Tribunal Constitucional ha extraído la importantísima doctrina de la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, de los derechos fundamentales:

⁸⁵ A tenor del art. 19.4. de la "Bonner Grundgesetz": "Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los Tribunales...".

⁸⁶ Cfr. al respecto, Eduardo García de Enterría. "Sobre los derechos públicos subjetivos", en *Civitas-Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 6, julio-setiembre, 1975, págs. 427 y sigtes.

esencial de un ordenamiento jurídico democrático, a la par que como elemento de legitimación del mismo.

La "Bonner Grundgesetz" haría suya la nueva concepción de los derechos fundamentales en su artículo 1º.2, en el que se reconocían a "los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana", para, de inmediato (art. 1º.3), enunciar el principio de vinculatoriedad: "Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales a título de derecho directamente aplicable".

Estas previsiones vendrán complementadas por la famosa "cláusula general" de protección jurisdiccional del ciudadano, contenida en el artículo 19.4⁸⁵, que pretende consagrar un *lückenlose Rechtsschutz*, una protección jurídica sin lagunas; esta cláusula, aunque declara protegibles únicamente las lesiones que los ciudadanos sufran en sus derechos, ha sido profundizada por la doctrina con la finalidad de incluir dentro del concepto de derechos con que se maneja la idea creada por la doctrina italiana de los "intereses legítimos"⁸⁶.

III. Los principios a que acabamos de aludir han sido incorporados a la Constitución de 1978, tal y como ya hemos referido en distintas ocasiones al hilo de nuestro desarrollo.

La previsión alemana del artículo 1º.2 tiene su correlato en el artículo 10.1 de nuestra *Lex Superior*, que, como ya expusimos, eleva al rango de fundamento del orden político a los derechos inviolables inherentes a la persona, precisión de la que el Tribunal Constitucional ha extraído la importantísima doctrina de la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, de los derechos fundamentales:

⁸⁵ A tenor del art. 19.4. de la "Bonner Grundgesetz": "Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los Tribunales...".

⁸⁶ Cfr. al respecto, Eduardo García de Enterría. "Sobre los derechos públicos subjetivos", en *Civitas-Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 6, julio-setiembre, 1975, págs. 427 y sigtes.

“En primer lugar —advierte al efecto el Tribunal—⁸⁷, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un ‘status’ jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”.

Esta doble naturaleza, reconocida de modo explícito por el Tribunal, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 10.1 de nuestra Norma Suprema.

En cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento. Vienen de esta forma a operar en un sentido integrador. “Puede decirse —afirma el Tribunal Constitucional en la misma Sentencia— que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un *status* jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador...”.

En definitiva, los derechos fundamentales se han convertido en un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, a la par que en un elemento constitutivo del ordenamiento jurídico, con lo que han venido a establecer una especie de vínculo directo entre los individuos y el Estado, operando en último término como fundamento de la propia unidad política.

IV. En lo que al principio de vinculatoriedad inmediata de los derechos se refiere, ya hicimos alusión en un momento precedente a cómo el artículo 53.1 de la Constitución lo establece de modo inequívoco y rotundo. En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha insistido con reiteración en tal principio. Así, ya en una de sus primeras Sentencias precisaba⁸⁸, en relación

⁸⁷ STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5º.

⁸⁸ STC 21/1981, de 15 de junio, fundamento jurídico 17.

con el artículo 24.1 (que proclama el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva), que este precepto vincula a todos los poderes públicos; es origen inmediato de derechos y obligaciones y no mero principio programático.

En su Sentencia 15/1982 el Tribunal reiteraba que "los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos"⁸⁹, doctrina que rige incluso respecto de aquellos derechos que para su desarrollo y plena eficacia requieren la *interpositio legislatoris*, supuesto en el que el precepto constitucional no ha de entenderse en modo alguno como un mero mandato dirigido al legislador, sin virtualidad *per se* para amparar pretensiones individuales.

A mayor abundamiento, en su Sentencia 80/1982, el Tribunal reflexionará como sigue: "Que el ejercicio de los derechos y libertades recogidos por el Capítulo 2º del Título I haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial, implican que esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos... desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional"⁹⁰.

Esta eficacia jurídica inmediata de los derechos fundamentales⁹¹ se proyecta explícitamente frente a los poderes públicos, si bien la norma constitucional sienta las bases para que pueda extenderse a las relaciones entre particulares.

En efecto, el artículo 9º.1 de aquélla prescribe que: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Es la muestra más fehaciente del carácter normativo de la Constitución, pero también es el punto de apoyo en el que sostener, sobre la base de una interpretación sistemática de este precepto con el artículo 53.1, lo

⁸⁹ STC 12/1982, de 23 de abril, fundamento jurídico 8º.

⁹⁰ STC 80/1982, de 20 de diciembre, fund. jur. 1º.

⁹¹ Recientemente, se ha defendido la tesis del pluralismo en el efecto vinculante de los derechos fundamentales, o lo que es igual de la diversidad y pluralidad de tipos de vinculación de los derechos fundamentales. Cfr. al efecto, Jesús García Torres, "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales", en *Poder Judicial*, 2ª época, nº 10, junio 1988, págs. 11 y sigtes.

que los alemanes han llamado *Drittwirkung der Grundrechte*, literalmente, efecto frente a terceros de los derechos fundamentales, en definitiva, la eficacia de los derechos sobre las relaciones jurídicas privadas⁹².

Elaborada por la doctrina alemana, que tiene en este punto a NIPPERDEY como figura más destacada⁹³, será finalmente aplicada la *Drittwirkung* por el Tribunal Constitucional Federal.

En España, aunque el Tribunal Constitucional ha soslayado una formulación general al respecto, a modo de contrapartida, ha tendido a reconocer generosamente la *Drittwirkung* en los casos concretos. Como han señalado a este respecto GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO⁹⁴, de esta liberalidad en reconocer y proteger los efectos entre particulares de los derechos fundamentales, ha sido piedra angular la doctrina de la imputación a los órganos jurisdiccionales de la violación por deficiente protección.

V. La superioridad de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico se ha traducido, por lo demás, en un conjunto de consecuencias sustanciales de entre las que, para finalizar, destacaremos las que siguen^{94 bis}:

A) El cambio radical de situación en la relación que media entre Administración y administrado, que ha propiciado la quiebra de la tradicional superioridad de aquélla. Tal mutación ha quedado patente en alguna institución concreta, cual es el caso del efecto no suspensivo de la eficacia del acto recurrido, rasgo característico de los recursos propios del Derecho Administrativo

⁹² Análoga es la posición de Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 67.

⁹³ Nipperdey, formulará su exposición de la *Drittwirkung* en su trabajo "Die Würde des Menschen", en la obra de F. L. Neumann, H. C. Nipperdey y V. Scheuner, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1954, págs. 18 y sigtes.

⁹⁴ Jesús García Torres y Antonio Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 139-140.

^{94 bis} Seguimos, en parte, desarrollándola, la exposición de Eduardo García de Enterría, *Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en el Derecho Español*, ob. cit.

en el pasado, y que ha quebrado ahora en determinados supuestos, cual acontece en el caso de interposición de recurso contencioso-administrativo contra ciertos actos de la Administración pública, sujetos a Derecho Administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

B) Puede considerarse una constante de nuestra jurisprudencia constitucional, y por efecto de ella, de la propia jurisprudencia ordinaria, el principio *favor libertatis*, esto es, el principio de que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible. Así, en su Sentencia 34/1983, el Tribunal significaba que "la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos"⁹⁵. En su Sentencia 17/1985, el Tribunal se hará eco del "mandato positivo que... obliga a interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental"⁹⁶.

En conexión con esta idea, bien puede hablarse de una verdadera *fuerza expansiva de todo derecho fundamental*, reconocida igualmente por la doctrina constitucional. Para el Tribunal Constitucional, esa fuerza expansiva restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el derecho fundamental; "de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos"^{97, 98}.

C) Finalmente, la primacía de estos derechos restringe la

⁹⁵ STC 34/1983, de 6 de mayo, fund. jur. 3º.

⁹⁶ STC 17/1985, de 9 de febrero, fund. jur. 4º.

⁹⁷ STC 159/1986, de 16 de diciembre, fund. jur. 6.

⁹⁸ En otro lugar, el Tribunal, sobre la base del valor central que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, ha exigido que toda restricción a los mismos deba de estar justificada. (STC, 62/1982, de 15 de octubre, fund. jur. 3º, D/).

posibilidad de habilitaciones legales para que el Ejecutivo pueda inmiscuirse en ámbitos propios de la libertad⁹⁹. De este modo, las llamadas *regulae agendi*, esto es, las reglas que prescriben conductas que constriñen o limitan la libertad de los ciudadanos, deben estar amparadas por habilitaciones legales explícitas.

Esta consecuencia ha sido acogida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 83/1984, en la que nuestro intérprete de la Constitución, tras considerar el principio de “reserva de ley” como una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, debiendo ser preservado como tal, entiende que su significado último es el de “asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos¹⁰⁰.”

El principio no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que, a juicio del Tribunal, supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que el Tribunal resume en el criterio de que las remisiones “sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley”¹⁰¹. Y este criterio aparece contradicho

⁹⁹ A modo de principio nuclear a estos efectos, el Tribunal Constitucional, en una de sus primeras sentencias —la STC 6/1981, de 16 de marzo, fund. jur. 4.º—, entendió que “ciertamente cualquier limitación de estas libertades sólo es válida en cuanto hecha por Ley, no ya porque así lo exijan diversos Pactos Internacionales ratificados por España, sino sobre todo porque así lo impone la propia Constitución, que extremando aún más las garantías, exige para esas Leyes limitativas una forma especial e impone al propio legislador una barrera infranqueable” (arts. 53 y 81).

¹⁰⁰ STC 83/1984, de 24 de julio, fund. jur. 4.º.

¹⁰¹ *Ibidem*.

con evidencia mediante cláusulas legales en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador reservada para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional ha entendido que debe reputarse contraria a las exigencias constitucionales antes expuestas no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carentes de toda base legal sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras ¹⁰².

En definitiva, el principio de "reserva de ley" que el artículo 53.1 de la Constitución contempla para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2º del Título I debe entenderse en el sentido de una exigencia de ley expresa, que se vulnera con cláusulas formales deslegalizadoras que suponen, como dijera el Tribunal ¹⁰³, la reducción del rango normativo de una materia regulada por norma legal en el momento en que se dicta la ley deslegalizadora, de tal manera que a partir de ésta y en su virtud pueda ser regulada por normas reglamentarias.

¹⁰² STC 42/1987, de 7 de abril, fund. jur. 2º.

¹⁰³ STC 29/1986, de 20 de febrero, fund. jur. 2º, c/.

EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO URUGUAYO TRAS LA REFORMA DE 1987

por GUIDO SANTIAGO TAWIL *

El derecho administrativo se encuentra, como es bien sabido, en constante evolución. Tan rápidas y variadas son las reformas producidas en los distintos sistemas jurídicos que, en un gran número de ocasiones, ellas son advertidas, en otras latitudes, lustros o décadas después. Ello no resultaría demasiado grave —a pesar de los sofisticados medios de comunicación actuales— si no fuera porque en numerosos supuestos el involuntario desconocimiento de las modificaciones producidas en los países de origen lleva a la peligrosa utilización —en forma inconsciente— de modelos ya perimidos. En este aspecto, la Argentina ha sufrido en carne propia, como muchas otras naciones, las consecuencias de la desinformación. Basta recordar, al respecto, lo ocurrido con nuestros sistemas contencioso-administrativos provinciales¹.

En razón de ello, hemos optado —desde hace ya un tiempo—, por describir algunos de los cambios más importantes producidos en el ámbito del derecho administrativo comparado, a fin de evitar —en lo posible— la repetición de ciertas experiencias negativas largamente descriptas². Nos hemos referido así, ante-

* Profesor Adjunto de Derecho Administrativo (U.B.A.).

¹ Ver, al respecto, Tawil, Guido Santiago, "El 'Código Varela' y la necesidad de una profunda transformación en el contencioso-administrativo provincial argentino", *Revista L.L.*, Buenos Aires, 1, 2 y 3 de marzo de 1989.

² Esencial resultaría, en este aspecto, el dictado —en nuestras carre-

riormente, a la modificación introducida en el sistema administrativo francés por la ley 87/1127³, creadora de las Cortes Administrativas de Apelaciones; a la importante evolución acaecida en el campo de la responsabilidad derivada del mal funcionamiento de la administración de justicia⁴, al igual que a la paulatina superación de la teoría de la inmunidad soberana en el derecho norteamericano⁵.

En esa senda, hemos considerado de interés referirnos, en la presente ocasión, a los cambios introducidos por la ley 15.869 de 22 de junio de 1987 —modificatoria de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo— en el sistema contencioso administrativo uruguayo, describiendo —brevemente— su funcionamiento actual.

Varias son las razones que justifican el presente estudio. Valga señalar, entre ellas, a dos de las más relevantes. En primer lugar, el injustificado desconocimiento reinante en la Argentina respecto del régimen vigente en un país no sólo cercano al nuestro en lo histórico-político, territorial o afectivo, sino también en lo jurídico, tal como nos lo demuestra la influencia ejercida por juristas de la talla de Eduardo J. Couture, Alberto R. Real, o Enrique Sayagués Laso, cuyas obras han logrado trascender toda frontera física. Segundo, el convencimiento —no compartido por

ras de especialización o doctorado— de cursos sobre derecho administrativo comparado. Las corrientes reinantes en la actualidad —confundidas al creer que el estudio de publicaciones en idiomas extranjeros o de sistemas foráneos, por ellos desconocidos, perjudicarán, en lugar de beneficiar, el progreso de nuestra ciencia jurídica— han obstaculizado, incomprensiblemente, la mayor parte de los esfuerzos realizados en este sentido.

³ Ver, al respecto, Tawil, Guido Santiago, "La reforma del contencioso-administrativo francés", *Revista L.L.*, Buenos Aires, 17 de junio de 1988.

⁴ Tawil, Guido Santiago, *Responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1989.

⁵ Tawil, Guido Santiago, "La responsabilidad extracontractual del Estado y de sus funcionarios y la doctrina de la inmunidad soberana en el derecho norteamericano", *Revista L.L.*, Buenos Aires, 16 y 17 de mayo de 1988.

todos— de que el desarrollo se encuentra cada día más unido al intercambio de recursos y experiencias entre los distintos pueblos. De tal interacción —sólo pasible de ser alcanzada mediante el abandono de un nacionalismo mal entendido⁶ y la superación del aislamiento en el que nos encontramos inmersos— dependerá, en gran medida, el afianzamiento de un sistema jurídico-político que garantice a nuestros conciudadanos una protección más acabada —en tanto justa y efectiva— de sus derechos.

I. *Situación existente con anterioridad a la sanción de la ley 15.869.*

El sistema de control jurisdiccional de la Administración difiere sustancialmente, en el Uruguay, de sistemas típicamente judicialistas como los consolidados en España con la sanción de la L.J.C.A.⁷ o plasmado, en la Argentina, con la adopción por la Constitución de 1853 del artículo 93 del proyecto de Alberdi⁸.

⁶ Nuestra visión de este fenómeno la hemos esbozado en nuestros trabajos "En busca de una nueva Argentina", publicado en "Primer seminario internacional sobre aspectos legales de la privatización y desregulación", *Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, 1989, págs. 252 y sigtes. y "Foreign Direct Investment in Latin America: Recent Trends, Prospects and Policy Issues", en el *International Tax & Business Lawyer*, vol. 6, n° 1, Berkeley, 1988, págs. 216 y sigtes.

⁷ La sanción de la ley del 13 de setiembre de 1888 y de la ley Maura —en el año 1904—, si bien implicaron la opción por un sistema judicialista, no significaron su consolidación definitiva, en tanto el sistema mantenía ciertas características que conferían a la instancia judicial el papel de segunda instancia jurisdiccional, concepción ésta expresamente rechazada por la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (L.J.C.A.) de 27 de diciembre de 1956. Ver, al respecto, Tawil, Guido Santiago, "Dos aniversarios en el derecho administrativo comparado: A 100 años de la Ley Santamaría de Paredes y 50 del 'The Administrative Process' de Landis", *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, tomo 48, n° 3, noviembre 1988, págs. 79 y sigtes.

⁸ El art. 95 de la Constitución argentina dispuso así —basándose en el proyecto mencionado, en las normas del 22 de octubre de 1811, 22 de noviembre de 1816 y en la Constitución chilena de 1833— que "en

En efecto, revestido de características propias que lo diferencian de otros sistemas tanto de raíz continental europea como anglosajona, el sistema uruguayo —sin duda atípico— puede calificarse como mixto, al contar tanto con una jurisdicción típicamente administrativa —la anulatoria—, como con una judicial —la reparatoria—⁹. Bajo esta óptica se lo ha asimilado frecuentemente al sistema belga, aun cuando persisten marcadas diferencias.

Distinta fue, sin embargo, la solución esbozada en sus orígenes por los constituyentes uruguayos. La Constitución de 1830 adoptó un modelo de gobierno unitario, basado en la separación de los tres poderes clásicos. Interpretada —al igual que en nuestro país— en su vertiente norteamericana y no francesa napoleónica¹⁰, esta doctrina llevó a sostener que correspondía al Poder

ningún caso, el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. Al respecto, ver, Bullrich, Rodolfo, *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, pág. 154, y Bosch, Jorge Tristán, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951, pág. 55.

⁹ El precedente francés fue, sin embargo, el que sin duda primó en Uruguay. Ver, así, Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 3ª ed., puesta al día por Daniel H. Martins, Montevideo, 1974, pág. 498.

¹⁰ Hasta que el Consejo de Estado Francés se adentró, a fines del siglo XIX, en forma decidida, en el control de la legalidad del obrar administrativo —especialmente por intermedio de su recurso por exceso de poder— la idea predominante era aquélla para la cual juzgar a la Administración equivalía a administrar (*juger l'administration c'est encore administrer*). En razón de ello se entendía, en primer lugar, que los órganos a quienes se les encomendaba la función de juzgar a la Administración debían estar dentro de la propia estructura administrativa (jurisdicción retenida). Segundo, que en los actos en que se manifestaba el poder de mando de la Administración —es decir el “imperium”—, estos no podían ser controlados por otro Poder distinto, en este caso el Judicial. Esta concepción se encontraba claramente plasmada en la ley francesa del 16-24 de agosto de 1790 —que expresaba que “las funciones judiciales son y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrati-

Judicial y no a la Administración —o tribunales creados en su esfera— el decidir en las acciones que los particulares dedujesen en razón de actos o hechos de las autoridades administrativas¹¹. Desde esa óptica, se rechazó la posibilidad de que el legislador creara tribunales, si bien en la esfera administrativa, separados de la Administración activa (jurisdicción delegada), al igual que la posibilidad de que fuera el Poder Legislativo quien resolviera tales conflictos¹². Los constituyentes de 1830 siguieron, así, en cuanto a la adopción de un sistema judicialista, a la tendencia esbozada por sus pares argentinos en las cartas de 1819 y 1826¹³.

vos, ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”— y en su par del 16 de Fructidor del año III (3 de septiembre de 1975) que prohibía “terminantemente que los Tribunales conozcan de los actos de Administración, cualquiera sea su especie”. Si bien dichas normas eran presentadas como producto de la división de poderes, ésta surgía solamente entendida como la exención jurisdiccional pura y simple de las operaciones administrativas, cayendo así en el sistema tradicional de la Administración absolutista. Adoptada en su momento por nuestra Corte (ver C.S.J.N., “Tomás Tomkinson y Cía.”, *Fallos*, tomo I, pág. 62 [1864]) tal interpretación fue posteriormente abandonada. En sentido similar fue también recepcionada en su momento en el derecho español. Ver, así, García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás, Ramón, *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Civitas, 4ª ed., Madrid, 1984, pág. 468, quienes señalan que “los constituyentes habían vivido esa experiencia de un desviado gobierno de los jueces y quisieron resueltamente excluirla en adelante, tanto porque no respondía a un sistema viable ni objetivo de gobierno, como porque para ellos se identificaba de hecho con el estamentalismo nobiliario, como, en fin, porque en aquel momento el poder era suyo y no admitían de grado que tuviesen que facilitar su condicionamiento o limitar las posibilidades de confirmación revolucionaria que con su ejercicio se les abría”. Ver, en igual sentido, García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder* . . . , 3ª ed., Civitas, 1983, págs. 17 y sigtes.; y *La Revolución Francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea*, Homenaje a Pérez Serrano, Madrid, 1969, t. II, pág. 202 y sigtes.

¹¹ Varela, Luis V., *De lo contencioso administrativo*, Montevideo, 1901, tomo I, pág. 211.

¹² Sayagués Laso, *Tratado* . . . , tomo II, *ob. cit.*, pág. 520, a quien seguimos en este tema.

¹³ Tawil, *El 'Código Varela'* . . . , *ob. cit.*, cap. II.

La proliferación de procedimientos administrativos especiales —que diferían en su tramitación en aspectos tales como plazos, objeto de la acción, condiciones de admisibilidad, etcétera— producto de la influencia de la doctrina y legislación francesa llevó a la paulatina distinción entre la acción anulatoria y la acción ordinaria de derecho común, en tanto la existencia de un procedimiento especial impedía la utilización de la vía ordinaria.

La creación de tribunales judiciales especializados —como el Juzgado Nacional de Hacienda, creado por la ley del 5 de julio de 1892—¹⁴ gozó de efectos limitados ante la oposición de quienes consideraban que el principio de separación de poderes impedía a los jueces suspender la ejecución de los actos administrativos, así como la posibilidad de anular o modificar las decisiones de la Administración. Para quienes así opinaban, la declaración de ilegitimidad del acto por parte de los magistrados sólo podía traer aparejada la reparación patrimonial del perjuicio causado, más allá de la obligación de los funcionarios administrativos de ajustar sus conductas posteriores a la interpretación jurisprudencial predominante¹⁵.

La Constitución de 1934 reflejó la clara influencia ejercida en esa época, en el ámbito rioplatense, por la doctrina y jurisprudencia administrativa francesa. En efecto, apartándose del sistema judicialista esbozado por la Constitución de 1830, la nueva Ley Suprema confirió al legislador la posibilidad de crear un tribunal independiente tanto de la Administración activa, como del Poder Judicial, al que denominó Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Competente para conocer en las demandas de anulación, la sección XVII de la Constitución de 1934 facultó al legislador para atribuirle, además, la competencia en materia de plena jurisdicción. Si bien el Poder Ejecutivo propugnó en forma casi inmediata la instalación del citado tribunal, su proyecto no fue aprobado por el Parlamento uruguayo. Tal situación per-

¹⁴ El creciente número de pleitos radicados ante éste, llevó a la creación de dos juzgados más, mediante las leyes 9164 y 9722, del 19 de diciembre de 1933 y 18 de noviembre de 1938.

¹⁵ Sayagués Laso, *Tratado...*, tomo II, *ob. cit.*, págs. 523 y sigtes.

duró hasta la reforma constitucional de 1952 que —con el fin de superar la indecisión legislativa— dispuso su creación en forma directa, sin supeditarla a la sanción de la ley orgánica del tribunal.

La Constitución uruguaya de 1967 —vigente en la actualidad— mantuvo, en lo esencial, el texto de 1952¹⁶. Reguló, en sus artículos 307 a 320, lo relativo a la denominada jurisdicción anulatoria, contemplando, al efecto, dos órganos: el Tribunal de lo Contencioso Administrativo —compuesto de cinco miembros¹⁷, con sede en Montevideo¹⁸, y en una posición institucional similar a la de la Corte Electoral y el Tribunal de Cuentas— y la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo¹⁹. Dejó, además, abierta la posibilidad de que —por vía legislativa— se crearan otros tribunales inferiores en esa esfera²⁰. La Constitución (arts. 307 y 308) y el Decreto-Ley 15.524 (arts. 1º al 13)

¹⁶ Entre sus innovaciones cabe mencionar, sin embargo, la ampliación de la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo al comprender los actos administrativos definitivos de otros poderes y órganos del Estado, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2º de su artículo 309.

¹⁷ Art. 307 de la Constitución uruguaya.

¹⁸ Art. 2º del decreto ley 15.524.

¹⁹ Artículos 307 y 314 de la Constitución uruguaya. Regulado su funcionamiento por los artículos 16 a 21 del decreto ley 15.524, la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo es definida por el primero de esos artículos como “un órgano técnico, independiente en el ejercicio de sus funciones que, bajo la jefatura del Procurador del Estado, tiene a su cargo el cometido de dictaminar según su convicción, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a derecho en todos los asuntos de la Jurisdicción del Tribunal en lo Contencioso Administrativo”. Según lo dispuesto por el art. 315 de la Constitución uruguaya, el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo —que cumple una función similar a la de los Comisarios de Gobierno en el Consejo de Estado francés— debe necesariamente ser oído, en último término, en todos los asuntos de la jurisdicción del Tribunal. Se trata, pues, de un asesor especializado del Tribunal y no, necesariamente —dada su independencia— de un defensor de la posición del Estado.

²⁰ Art. 320 de la Constitución uruguaya. Esta posibilidad ha merecido elogiosos comentarios por parte de la doctrina especializada. Ver así Sayagués Laso, Enrique, “El Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, 1962, tomo 3, pág. 66.

regularon, además, la integración y calidades para ser miembros del Tribunal en lo Contencioso Administrativo. Su competencia, asignada en forma directa por la Ley Suprema, abarca la resolución de las contiendas de competencia y conflictos entre órganos estatales²¹ —conocido comúnmente como el contencioso inter-administrativo—²² y el denominado contencioso de anulación, previsto en el artículo 309 de la Constitución uruguaya²³ y dirigido, exclusivamente, contra actos materialmente administrativos²⁴.

A la par del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el

²¹ Art. 313 de la Constitución uruguaya.

²² Sayagués Laso, *Tratado...*, tomo II, *ob. cit.*, pág. 553.

²³ Que dispone: "El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder. La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados. La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto administrativo". El art. 23 del decreto ley 15.524 señala, a méro título enunciativo, que "En particular, y sin que ello importe una enumeración taxativa, se considerarán objeto de la acción de nulidad: a) los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza dictados con desviación de poder, o con violación de una regla de derecho, considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual; b) los que sean separables de los contratos administrativos; c) los que hayan sido dictados durante la vigencia de la relación estatutaria que vincula al órgano estatal con el funcionario público sujeto a su autoridad, relativos a cualquier clase de reclamo referente a la materia regulada por ella, así éstos sean de índole puramente económica".

²⁴ Expresaba, en ese sentido, Sayagués Laso (*Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, *ob. cit.*, págs. 558 y sigtes.) que "están fuera de la competencia del Tribunal los actos de las personas públicas no estatales, porque no son actos administrativos. Por igual razón están excluidos los actos legislativos, o sea las leyes y los decretos con fuerza de ley de las Juntas Departamentales, cualquiera sea su contenido intrínseco. Lo mismo cabe decir de los actos jurisdiccionales, sea que emanen del Poder Judicial, o de órganos administrativos cuando excepcionalmente ejercen función jurisdiccional".

sistema uruguayo reconoce la existencia de los denominados juzgados letrados de primera instancia en lo Contencioso Administrativo. Estos juzgados —de los cuales subsiste hoy en día tan sólo uno— no son, sin embargo, tribunales inferiores en la esfera del contencioso de anulación. En efecto, regulados originariamente por los artículos 14 y 15 del decreto-ley 15.524, no integran, en la actualidad, la denominada jurisdicción contencioso Administrativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 169 de la ley 15.750. Se trata, por el contrario, de órganos del Poder Judicial y sus decisiones son recurribles ante los tribunales de apelaciones en materia civil. Su competencia, regulada por la ley 15.881, difiere sustancialmente de la otorgada al Tribunal en lo Contencioso Administrativo, correspondiendo a su conocimiento la denominada acción reparatoria patrimonial²⁵, condicionada a la interposición y resolución previa de la acción de nulidad, en los casos que ella proceda²⁶. Al Poder Judicial continúa correspondiéndole así el conocimiento de aquellas acciones en las cuales el Estado es actor —tal como lo hacía con anterioridad a 1952— y en aquellos litigios en que resulta demandado, en tanto no se impugne un acto comprendido en la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

²⁵ Señala, en ese sentido, el artículo 1º de la ley 15.881 que “Los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo entenderán, en primera instancia, en toda materia contencioso-administrativa *de reparación patrimonial*, en que sea parte demandada una persona pública estatal. Esta materia comprende el contencioso de reparación por: a) actos administrativos anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o respeto de los cuales el Tribunal haya reservado la acción de reparación (art. 312 de la Constitución); b) actos administrativos respecto de los cuales no proceda la acción anulatoria (art. 26 del decreto ley 15.524. Por la reforma introducida por el artículo 1º de la ley 15.869 sólo queda excluida de esta acción el denominado “acto de gobierno”); c) hechos de la Administración; d) actos administrativos revocados en vía administrativa por razón de legitimidad; e) actos legislativos y jurisdiccionales”. Ver, al respecto, Bruno Mentasti, Daniel P., *La acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo desde la óptica de la técnica forense*, Editorial Universidad Ltda., Montevideo, 1988, págs. 11 y sigtes.

²⁶ Artículo 321 de la Constitución uruguayana.

Sentados los lineamientos básicos por la Constitución, el funcionamiento del contencioso de anulación uruguayo se manifestaba, sin embargo, particularmente confuso. En efecto, regido —con anterioridad a la sanción de la ley 15.869— por la Constitución de 1967, el decreto-ley 15.524 orgánico del Tribunal en lo Contencioso Administrativo— del 9 de enero de 1984— y los decretos constitucionales números 8, del 1º de julio de 1984— y 12, del 10 de noviembre de 1981— que derogó el sistema recursivo establecido por su par nº 8²⁷ e integró al Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Poder Judicial—²⁸ y 19, del 15 de agosto de 1984, que modificó notablemente al mencionado decreto-ley; los distintos textos legales —en varios aspectos de la Constitución, 20 días en el decreto-ley). Lo propio acontecía respecto de los efectos que debía atribuirse —a fin de una eventual acción de anulación posterior ante el Tribunal Contencioso Administrativo— a la decisión expresa de la Administración posterior a la denegatoria ficta²⁹. O al lugar que debía ocupar en la estructura jurídico-política uruguaya el citado Tribunal.

²⁷ Dispuso en este aspecto —en su Disposición Transitoria letra A)— que “mientras no se promulgue la ley orgánica del Tribunal en lo Contencioso Administrativo, continuarán vigentes las normas de la sección XVII, sus reglamentaciones y las disposiciones transitorias y especiales I) y J) de la Constitución de 1967, en lo aplicable”. Sobre las distintas interpretaciones a que dio lugar esta disposición, ver, Prat, Julio A., *Poder Judicial. Justicia Administrativa y Acto Institucional* nº 12/1981, Montevideo, 1982, págs. 39 y sigtes.

²⁸ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal hispanoamericano*, Temis, Bogotá, 1985, pág. 46.

²⁹ Si bien la doctrina mayoritaria dedujo de la Constitución de 1967 —frente a la obligación de la Administración de pronunciarse expresamente respecto de toda petición o recurso— que la decisión tardía traía aparejada el comienzo de un nuevo plazo para recurrir ante el Tribunal Contencioso Administrativo, la jurisprudencia no se mostró uniforme en este aspecto, tal como lo demuestra la célebre sentencia 87/1978 del T.C.A. uruguayo, mediante la cual se rechazó esa interpretación doctrinaria. Esta posición fue también la adoptada en el decreto ley 15.524. La contraria, fue la utilizada posteriormente en el artículo 2º del Decreto Constitucional nº 12. Ver, al respecto, Delpiazzo, Carlos E., “Proceden-

Reinstaurado el sistema democrático, el Poder Ejecutivo uruguayo dispuso— en el propio acto de toma de posesión del cargo— el envío de un proyecto de ley introduciendo modificaciones al decreto-ley 15.524, con el fin de obtener el inmediato restablecimiento y vigencia de las disposiciones constitucionales en la materia³⁰. A pesar de la premura puesta de manifiesto por el Poder Ejecutivo, la esperada ley obtuvo su sanción definitiva, recién tres años después³¹.

II. *Innovaciones introducidas por la ley 15.869. Sistema vigente en la actualidad.*

Compuesta por tan sólo 14 artículos y elaborada por la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, la normativa de 1987 —comentada en términos elogiosos por la doctrina especializada—³², se caracteriza por una mayor amplitud en el reconocimiento de los derechos de los administrados.

En efecto, basada en fuentes de diverso origen —entre las que cabe mencionar el propio decreto-ley 15.524; el proyecto del Poder Ejecutivo mencionado anteriormente; el informe Delpiazzo-Cajarville-Cassinelli Muñoz; un proyecto de Ley Orgánica elaborado por el Tribunal en lo Contencioso Administrativo y el informe Cassinelli Muñoz-Martins-Delpiazzo-Cajarville respecto de

cia de la acción de nulidad frente a la resolución expresa posterior a la denegatoria ficta”, *Revista Uruguaya de Derecho Administrativo*, año III, n° 1, págs. 107 y sigtes.; Bengoa Villamil, Ricardo, “Vigencia de la obligación de la Administración de decidir en forma expresa peticiones y recursos y reapertura del accionamiento ante el T.C.A. por restitución del término”, *L.J.U.*, tomo 92, 2, pág. 51.

³⁰ Mientras tanto, la jurisprudencia intentó esclarecer el confuso panorama existente. Ver, al respecto, la sentencia n° 308 bis de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 29 de agosto de 1986, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones del decreto ley 15.524.

³¹ Cajarville Peluffo, Juan Pablo, *Recursos Administrativos*, F.C.U., Montevideo, 1989, pág. 11.

³² Ver, al respecto, Bengoa Villamil, Ricardo, *Análisis de la ley n° 15.869...*, Dibugraf, Montevideo, 1987, págs. 12 y sigtes.

este último proyecto— la ley 15.869 se destaca por haber eliminado una de las disposiciones más cuestionables del decreto-ley 15.524: aquella que impedía —reiterando lo dispuesto por los artículos 31 y 23 de los decretos constitucionales números 8 y 12— la impugnación de los actos enumerados en su artículo 26³³.

Esta disposición —plasmada en el artículo 1º de la ley 15.869—³⁴ permite, en consecuencia, la plena justiciabilidad de los actos excluidos anteriormente del contencioso de anulación, entre los que se encontraban los mal llamados actos discrecionales³⁵; los actos fundados en razones de seguridad nacional; los

³³ Señala, al respecto, —con indudable acierto— Cajarville Peluffo (*Recursos administrativos, ob. cit.*, págs. 13/14) que “es difícil exagerar la peligrosidad de esas excepciones al contralor jurisdiccional anulatorio propias de un sistema autoritario, que justamente en aquellos casos en que el conflicto entre el individuo y el Estado puede ser más intenso, dejan la última palabra al órgano estatal directamente comprometido: porque no se puede perder de vista que un ‘órgano estatal’ no es una entidad metafísica, imbuida de sabiduría, de espíritu de justicia y equidad y divina o mágicamente guiada a la satisfacción del ‘bien común’ o del ‘interés general’, sino —tecnicismos jurídicos a un lado— un hombre o un conjunto de hombres, con todas sus virtudes, pero también con todas sus ignorancias, intereses, pasiones y caprichos. No se trata, ciertamente, de pretender confiar a órganos jurisdiccionales la solución de problemas político-institucionales; nada más inadecuado para resolver cuestiones de sustancia política, que un órgano jurisdiccional. Pero el reflejo subjetivo de esos conflictos, que lesiona el derecho o el interés directo, personal y legítimo de un individuo, no puede ser sustraído a su ámbito natural de resolución, al que el orden jurídico asegura —o debe asegurar— al menos la imparcialidad: el jurisdiccional”.

³⁴ Que dispone: “Deróganse los numerales 2, 3 y 4 del artículo 26 del decreto ley nº 15.524 de 9 de enero de 1984. Los llamados actos políticos podrán ser objeto de la acción de nulidad”.

³⁵ Pues, como hemos señalado en reiteradas oportunidades, no puede hablarse hoy en día de actos reglados o discrecionales, sino de elementos reglados o discrecionales de los actos administrativos. En este aspecto, el citado artículo 26 disponía que “no podrán ser objeto de la acción anulatoria... 2) Los actos discrecionales, sin perjuicio de que puedan juzgarse los supuestos normativos o de principio en que se funde la discrecionalidad, en cuyo caso el Tribunal deberá pronunciarse especialmente sobre los motivos invocados y el fin perseguido por la Administración, así como su adecuación a las reglas de derecho”. El decreto ley

actos de interés público así declarados por ley³⁶ y, los denominados actos políticos.

Restringida la competencia del Tribunal en lo Contencioso Administrativo a las demandas de nulidad respecto de actos administrativos definitivos³⁷, los actos de gobierno —diferenciados en Uruguay de los políticos³⁸, —no resultan, en cambio, revisables por la vía del contencioso de anulación³⁹, tal como lo ha entendido el legislador al no haber derogado el numeral primero del mencionado artículo 26⁴⁰. Todo acto administrativo “definitivo”⁴¹ —cualquiera sea la denominación que reciba— que lesio-

15.524 autorizaba en tales casos, sin embargo, la promoción de una “acción reparatoria patrimonial”.

³⁶ Categorías de esta especie no admiten, desde un punto de vista técnico, justificación alguna en tanto todo acto estatal debe —como tal— perseguir la consecución del interés público, a riesgo de encontrarse viciado de desviación de poder. El hecho de que sea o no así efectivamente declarado por ley carece de toda relevancia. Ver, al respecto, Tawil, Guido Santiago, “La desviación de poder: ¿noción en crisis?”, *Revista L.L.*, Buenos Aires, 5 de octubre de 1989, capítulo I.

³⁷ Artículo 309 de la Constitución uruguaya.

³⁸ Tanto esta distinción, como el hecho de que los actos de gobierno se encuentren excluidos del contencioso de anulación y no los políticos, han sido objeto de importantes críticas. Ver, al respecto, las distintas posiciones descritas por Bengoa Villamil, *Análisis de la ley...*, *ob. cit.*, págs. 15 y sigtes.; Martins, Daniel H., “El Contencioso Administrativo y el Acto Institucional”, n° 8, *F.C.U.*, Montevideo, 1978, págs. 31 y sigtes.; Real, Alberto R., “El acto de gobierno”, *D.J.A.*, Montevideo, tomo 57, págs. 213 y sigtes.; y Aguirre Ramírez, Gonzalo, “El Estado de Derecho y la Jurisprudencia sobre el acto de gobierno”, *D.J.A.*, Montevideo, tomo 69, págs. 240 y sigtes.

³⁹ Ello no significa que queden excluidos del contencioso de reparación. Ver, al respecto, Méndez, Aparicio, *Lo Contencioso de Anulación*, Montevideo, pág. 92.

⁴⁰ La exclusión de los actos de gobierno —cuya diferencia con los actos administrativos se ha deducido de numerosas disposiciones constitucionales como el artículo 147, 1° —del contencioso de anulación ha sido aceptada, en forma mayoritaria, por la doctrina y jurisprudencia uruguaya. Respecto a este tema, ver, Bengoa Villamil, *Análisis de la ley...*, *ob. cit.*, págs. 15 y sigtes.

⁴¹ La doctrina y legislación uruguaya se ha apartado —en cuanto al significado otorgado a este concepto— del criterio predominante en los

ne un derecho o un interés directo, personal y legítimo resulta, en consecuencia, susceptible de impugnación ante el Tribunal en lo Contencioso Administrativo, a menos que se encuentren expresamente excluidos⁴². En tales supuestos, el interesado se encontrará, por lo general, habilitado para ejercer sus derechos por vía de la justicia ordinaria. Entre aquellos actos susceptibles del contencioso de anulación el decreto-ley 15.524 incluía expresamente —en su art. 23— tanto a los actos unilaterales, o convencionales, como a aquellos separables de los contratos administrativos que les dieran lugar. La doctrina uruguaya —y posteriormente su legislación—⁴³ ha considerado susceptible de la ac-

sistemas español y argentino. Ha optado, en cambio, por la interpretación italiana, al asimilar al acto definitivo con aquél que agota la instancia administrativa, es decir, que "causa estado". En ese sentido, el decreto ley 15.524 señala expresamente en su artículo 24 que "los actos administrativos, a los efectos de la acción anulatoria, adquieren carácter definitivo cuando a su respecto se ha agotado la vía administrativa con la resolución expresa o ficta recaída sobre él o los recursos que correspondan, conforme a lo regulado en el capítulo sobre el cumplimiento de aquél presupuesto". Confunde, sin embargo, ambas concepciones al expresar que "a los mismos efectos se consideran comprendidos entre los actos administrativos definitivos procesales, aquellos que hacen imposible o suspenden en forma definitiva la tramitación, decidiendo así, directa o indirectamente, el fondo del asunto".

⁴² En esta situación, es decir excluidos de la jurisdicción anulatoria, se encuentran, sin embargo, —en atención a lo dispuesto por el artículo 27 del decreto ley 15.524— los actos que "1) se emitan denegando los reclamos de cobro de pesos, indemnización de daños y perjuicios que tienen su causa en un hecho precedente de la Administración, del que se la responsabiliza; 2) desestiman la devolución de las cantidades de dinero que reclaman los interesados por entender que han sido indebidamente pagadas; 3) desestimen las peticiones de los interesados que tienden al reconocimiento de compensaciones de adeudos, imputación de sus créditos o pagos futuros o reclamos similares; 4) estén regulados por el derecho privado".

⁴³ Expresa en ese sentido el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (decreto ley 15.524) que "será admisible la demanda de nulidad de los actos generales que dictare la Administración, que hubiesen de ser cumplidos directamente o no por los administrados, cuando no fuesen conformes a derecho y lesionaren

ción de anulación, asimismo, a los actos administrativos de alcance general⁴⁴, denominación ésta no compartida —respecto de los reglamentos o actos de esa especie con contenido normativo— por destacados autores argentinos⁴⁵.

A falta de disposición expresa, el procedimiento anulatorio —estructurado como un verdadero juicio entre partes y no como un proceso al acto impugnado— se rige por las normas existentes, para el juicio ordinario, en el Código de Procedimiento Civil⁴⁶. El decreto-ley 15.524 introduce, sin embargo, algunas modificaciones respecto del proceso civil⁴⁷.

Al igual que acontece en otros ordenamientos jurídicos, la admisibilidad de la acción de anulación se encuentra supeditada —en el sistema uruguayo— al cumplimiento de ciertos recaudos. En materia de legitimación, tanto la Constitución de 1967, como la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo otorgan la posibilidad de promover la acción anulatoria a las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto administrativo impugnado⁴⁸, admitiendo expresamente la intervención, como co-

algún derecho o interés legítimo, personal y directo de los administrados. También lo será la impugnación de los actos dictados en aplicación de los actos generales mencionados en el inciso anterior, fundada en la ilegitimidad de estos o de los primeros aun cuando se hubiere omitido recurrir y contender a propósito del acto de carácter general”.

⁴⁴ Sayagués Laso, *Tratado...*, tomo II, *ob. cit.*, pág. 561.

⁴⁵ Ver, así, Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 126.

⁴⁶ Ver, en ese sentido, los artículos 58 y 104 del decreto ley 15.524.

⁴⁷ Dispone, así, en su artículo 38, la imposibilidad de que el Tribunal ejerza de oficio su jurisdicción anulatoria. Permite al Tribunal, en sus artículos 39 y 43, requerir el auxilio de los órganos del Poder Judicial —cuando las diligencias deban efectuarse fuera del radio de Montevideo— o de otras autoridades públicas. Faculta a las partes, en su artículo 47, a suspender el trámite del proceso por el término que ellas establezcan. Establece, en su artículo 59 —al referirse al contenido de la demanda— que no será necesario indicar el domicilio del demandado, al poner a cargo del Tribunal la determinación del lugar donde deberá efectuarse la notificación de la acción.

⁴⁸ Artículo 309, inciso 3º de la Constitución uruguaya y artículos 25, 38 y 49 del decreto ley 15.524.

adyuvantes del demandado, de quienes cuenten con algún derecho o interés directo, personal y legítimo en la subsistencia del acto⁴⁹. Esta disposición, sin duda elogiada, garantiza un debate más acabado respecto de la legitimidad del acto cuestionado.

En el ámbito temporal⁵⁰, la Constitución uruguaya deja librada al legislador la posibilidad de establecer los plazos dentro de los cuales debe interponerse la acción de nulidad⁵¹. Fijado por el artículo 9º de la ley 15.869 en 60 días corridos a partir de la notificación personal al recurrente del acto que pone fin a la vía administrativa, de la publicación del citado acto en el Diario Oficial, o de la configuración de la denegatoria ficta —considerada erróneamente como un acto administrativo—⁵², la mayor parte de las críticas que hemos formulado al sistema argentino resultan plenamente aplicables al régimen uruguayo.

A ellas cabe agregar la condena que formuláramos al avanzado sistema español frente a la existencia de un plazo de caducidad para accionar en el caso de denegatoria ficta⁵³, toda vez que creemos —al igual que el legislador argentino— que el silen-

⁴⁹ Artículo 55 del decreto ley 15.524.

⁵⁰ Respecto de los requisitos temporales de admisibilidad de la acción contencioso administrativa en el sistema argentino, ver Tawil, Guido Santiago, "Los plazos para accionar en la instancia contencioso administrativa: Primera aproximación", *Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, año 12, nº 133, octubre de 1989, págs. 11 y sigtes.

⁵¹ Ver, en ese sentido, el artículo 319 de la Constitución uruguaya.

⁵² Ver, así, Bengoa Villamil, *Análisis de la ley...*, *ob. cit.*, pág. 73. En efecto, el silencio negativo debe interpretarse únicamente como una presunción legal —*iuris tantum o iure et de iure* según el sistema jurídico de que se trate—, pero jamás debe considerarse un acto administrativo. Ver, al respecto, Tawil, Guido Santiago, "Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial", *Revista E.D.*, Buenos Aires, tomo 128, pág. 968 y sigtes. (1988).

⁵³ Algunos autores, como Bengoa Villamil (*Análisis de la ley...*, *ob. cit.*, págs. 70 y sigtes.), interpretan al artículo 9º en forma tal de considerar que el plazo de caducidad para iniciar la acción de nulidad sólo debe ser computado a partir del día siguiente de la notificación de la denegatoria ficta. Sin duda loable, en su intención, esta interpretación no parece ser, sin embargo, la tenida en mira por el legislador uruguayo.

cio negativo sólo puede ser interpretado como presunción en favor del administrado ⁵⁴ —y por ende optativa—, sin que la existencia de una presunción simple en favor del administrado en el contencioso de anulación posterior —sobre la que nos referiremos más adelante— parezca remedio suficiente ante la desidia administrativa ⁵⁵. En el supuesto de que el acto dictado no hubiera sido notificado al administrado o publicado en el Diario Oficial —y no hubiera vencido, naturalmente, el plazo previsto para considerar configurada la denegatoria ficta— la ley 15.869 faculta al particular a promover la acción de nulidad en cualquier momento.

A pesar de las críticas formuladas, la ley 15.869 incorpora en su artículo 9º una solución digna del mayor elogio, al permitir la promoción de la acción de nulidad dentro del plazo de sesenta días desde la notificación o publicación *de cada acto ulterior que confirme expresamente, interprete o modifique el acto recurrido o el acto que haya agotado la vía administrativa* —sin poner fin al agravio— aun cuando hubiera vencido el término de caduci-

⁵⁴ Toda vez que —como bien señala Guido Zanobini (*Corso di Diritto Amministrativo*, tomo II, Milano, 1946, pág. 44)— el recurrente es titular de un derecho subjetivo a la resolución, correlativo a la obligación de la Administración a pronunciarse. Ver en sentido coincidente, en el derecho uruguayo, Cassinelli Muñoz, Horacio, “Obligación de decidir y acto administrativo ficto en la Constitución”, *D.J.A.*, Montevideo, tomo 57, págs. 145 y sigtes.

⁵⁵ En contra, Cajarville Peluffo, *Recursos administrativos*, quien califica a esta solución —esbozada en el sistema uruguayo— como “perfecta”. Disentimos, sin embargo, con esta apreciación. En efecto, estructuras burocráticas indisciplinadas como la argentina, donde la responsabilidad de los funcionarios públicos parece inexistente y las decisiones adoptadas son tomadas en ocasiones sin la menor reflexión —toda vez que muchas veces será el sucesor del funcionario en el cargo quien deberá sobrellevar las consecuencias políticas o económicas del acto temerario —exigen la adopción de medidas de coerción sobre los propios funcionarios encargados de la toma de decisión y no cargar las consecuencias de ese accionar irresponsable sobre toda la comunidad, que no cuenta muchas veces —en la práctica— con medios aptos de control. A ello apunta, por ejemplo, la institución argentina del amparo por mora, legislada en el artículo 28 de la ley 19.549. Respecto de ésta, ver Creo Bay. Horacio D., *Amparo por mora de la Administración*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

dad de computarse éste desde la notificación o publicación del acto original. En este aspecto, el legislador uruguayo se ha mostrado extremadamente más progresista que su par argentino, al adoptar soluciones que, si bien esbozadas por prestigiosos autores como Mairal⁵⁶, no han sido en general aceptadas por nuestra jurisprudencia⁵⁷. En todos los supuestos, la acción de nulidad deberá ser promovida, sin embargo, dentro del plazo máximo de caducidad que la ley establece en dos años desde la fecha de la interposición de los recursos frente a la Administración activa⁵⁸.

A diferencia de lo que acontece en el contencioso de anulación francés, la acción de nulidad exige en el sistema uruguayo, como hemos mencionado, el agotamiento previo de la instancia administrativa. Recaudo propio de los sistemas judicialistas, la citada exigencia debe ser interpretada, naturalmente, como carga del particular frente a la Administración activa. En efecto, según lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 15.869 —derogatorio del art. 32 del decreto-ley 15.524— tal agotamiento se produce con la interposición del recurso de revocación ante el órgano que dictó el acto y, en el supuesto de que el acto hubiera sido dictado por un órgano de grado inferior en la línea jerárquica, del recurso jerárquico —en forma conjunta y subsidiaria— a resolverse por la máxima autoridad jerárquica del ente. En los supuestos en que el acto hubiera sido dictado por el Director General o Directorio de un ente o servicio descentralizado, el particular debe interponer además, en forma conjunta y subsidiaria, un recurso de anulación a ser resuelto por el Poder Ejecutivo. Si el acto emanara de un órgano inferior del ente descentralizado, deberá interponer, en forma conjunta y sucesivamente subsidiaria, el recurso jerárquico para ante el Direc-

⁵⁶ Ver, así, Mairal, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, tomo I, pág. 402.

⁵⁷ En efecto, el legislador uruguayo se ha apartado así —en forma loable— de la interpretación predominante en los sistemas continentales europeos respecto del acto confirmatorio. Ver, al respecto, Tawil, *Los plazos para accionar...*, *ob. cit.*, págs. 20 y sigtes.

⁵⁸ Artículo 9º de la ley 15.869.

tor General o Directorio y el recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo.

En este aspecto, la ley 15.869 regula los recursos administrativos ya contemplados en el artículo 317 de la constitución uruguaya, es decir los recursos de revocación, jerárquico y de anulación, al igual que los de reposición y apelación en materia departamental, a los que somete a igual régimen que a los de revocación y jerárquico respectivamente⁵⁹. La sanción de la ley 15.869 no ha implicado, sin embargo, la derogación de ciertos regímenes especiales como el previsto en los artículos 25 a 28 de la ley 15.739 respecto de la impugnación de estos actos administrativos dictados por los órganos integrantes de la Administración Nacional de Educación Pública, o el contemplado en el artículo 32 de la ley 15.783, respecto de la reincorporación o reparación a funcionarios destituidos o perjudicados durante el gobierno militar⁶⁰.

Similar, en su esencia, al régimen impuesto en la Argentina por el artículo 23 de la ley 19.549 y el título VIII del decreto 1759/72, el sistema uruguayo difiere sustancialmente, sin embargo, en las consecuencias otorgadas a la falta de resolución expresa de los recursos administrativos. En efecto, en tanto en nuestro país, el silencio guardado por la Administración otorga al particular la facultad de optar entre varias posibilidades frente a la mora administrativa en la resolución de un recurso (silencio negativo, amparo por mora o espera)⁶¹, el sistema uruguayo ha seguido, en este aspecto, una de las pocas soluciones criticables de su par español, al considerar configurado en forma imperativa —a pesar de reconocer que el vencimiento de los plazos no exime al órgano competente de su obligación de pronunciarse— el agotamiento de la instancia administrativa, mediante la denominada denegatoria ficta⁶².

⁵⁹ Cajarville Peluffo, *Recursos administrativos*, ob. cit., pág. 61.

⁶⁰ Ver, así, Cajarville Peluffo (*Recurso administrativos*, ob. cit., pág. 17) con cita de Supervielle.

⁶¹ Ver, Tawil, *Los grandes mitos...*, ob. cit., cap. II, c).

⁶² Expresa, en ese sentido, el artículo 318 de la Constitución uruguaya, que "toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos

tor General o Directorio y el recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo.

En este aspecto, la ley 15.869 regula los recursos administrativos ya contemplados en el artículo 317 de la constitución uruguaya, es decir los recursos de revocación, jerárquico y de anulación, al igual que los de reposición y apelación en materia departamental, a los que somete a igual régimen que a los de revocación y jerárquico respectivamente⁵⁹. La sanción de la ley 15.869 no ha implicado, sin embargo, la derogación de ciertos regímenes especiales como el previsto en los artículos 25 a 28 de la ley 15.739 respecto de la impugnación de estos actos administrativos dictados por los órganos integrantes de la Administración Nacional de Educación Pública, o el contemplado en el artículo 32 de la ley 15.783, respecto de la reincorporación o reparación a funcionarios destituidos o perjudicados durante el gobierno militar⁶⁰.

Similar, en su esencia, al régimen impuesto en la Argentina por el artículo 23 de la ley 19.549 y el título VIII del decreto 1759/72, el sistema uruguayo difiere sustancialmente, sin embargo, en las consecuencias otorgadas a la falta de resolución expresa de los recursos administrativos. En efecto, en tanto en nuestro país, el silencio guardado por la Administración otorga al particular la facultad de optar entre varias posibilidades frente a la mora administrativa en la resolución de un recurso (silencio negativo, amparo por mora o espera)⁶¹, el sistema uruguayo ha seguido, en este aspecto, una de las pocas soluciones criticables de su par español, al considerar configurado en forma imperativa —a pesar de reconocer que el vencimiento de los plazos no exime al órgano competente de su obligación de pronunciarse— el agotamiento de la instancia administrativa, mediante la denominada denegatoria ficta⁶².

⁵⁹ Cajarville Peluffo, *Recursos administrativos, ob. cit.*, pág. 61.

⁶⁰ Ver, así, Cajarville Peluffo (*Recurso administrativos, ob. cit.*, pág. 17) con cita de Supervielle.

⁶¹ Ver, Tawil, *Los grandes mitos...*, *ob. cit.*, cap. II, c).

⁶² Expresa, en ese sentido, el artículo 318 de la Constitución uruguaya, que "toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos

En este aspecto, el legislador uruguayo ha preferido combatir la mora administrativa, como hemos visto, mediante una solución que, elogiada en su finalidad, aparece —a nuestro entender— como insuficiente, al disponer que la omisión del órgano o ente administrativo de resolver en forma expresa el recurso dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que se configuró la denegatoria ficta, deberá ser apreciada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo como una presunción simple en favor de la pretensión del administrado en el contencioso de anulación⁶³. En efecto, si bien tal sanción evitará, por lo general, perjuicios al interesado en forma directa, el efecto correctivo de la sanción respecto de casos futuros —en modo alguno desdeñable— pierde eficacia en aquellos sistemas donde la responsabilidad patrimonial y disciplinaria de los funcionarios públicos no funciona debidamente. Significa en la mayor parte de los casos, por el contrario, cargar el costo de la desidia de ciertos funcionarios —nombrados, en un alto porcentaje, por razones ajenas a la idoneidad— sobre una comunidad que en la práctica se muestra

administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previos los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días, a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable. Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado”.

⁶³ Expresan en ese sentido los artículos 5 a 8 de la ley 15.869: “Artículo 5º. A los ciento cincuenta días siguientes al de la interposición de los recursos de revocación y de reposición; a los trescientos días siguientes a la interposición conjunta de los recursos de revocación y jerárquico, de revocación y de anulación, y de reposición y apelación, y a las cuatrocientos cincuenta días siguientes al de la interposición conjunta de los recursos de revocación, jerárquico y de anulación, si no se hubiere dictado resolución sobre el último recurso se tendrá por agotada la vía administrativa. Art. 6º. Vencido el plazo de ciento cincuenta días o el de trescientos, en su caso, se deberán franquear, automáticamente, los recursos subsidiariamente interpuestos reputándose fictamente confirmado el acto impugnado. El vencimiento de los plazos a que se refiere el inciso anterior no exime al órgano competente para resolver el recurso de que se trate, de su obligación de dictar resolución sobre el mismo (art. 318 de la Constitución). Si ésta no se produjera dentro de los sesenta días

indefensa frente a una burocracia ineficiente y sobredimensionada. Bien podría decirse que la comunidad cuenta, en tales casos, con el arma del sufragio a fin de castigar a quien —con su accionar— ha permitido la existencia de semejante “desbande” administrativo. Pero tal argumento —intachable desde un punto de vista teórico— cae irremediabilmente presa de realidades en extremo ingratas, cuando uno constata, tristemente, que semejante castigo debería aplicarse a todas las opciones —si pueden considerarse tales— que se presentan en la lid electoral.

Conforme con lo dispuesto por el artículo 38 del decreto-ley 15.524, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se encuentra vedado para ejercer de oficio, como hemos visto, su jurisdicción anulatoria. En el supuesto en que la acción de nulidad fuera deducida antes de producirse el agotamiento de la instancia administrativa, el legislador uruguayo se ha apartado —con acierto— de la solución esbozada en otros sistemas jurídicos, al rechazar la configuración de la denominada extemporaneidad por prematuridad⁶⁴. Ha dispuesto así, que en tales supuestos, la presentación deberá considerarse válida, suspendiéndose sin embar-

siguientes a aquél en que se configuró la denegatoria ficta, la omisión se tendrá como presunción simple a favor de la pretensión del administrado en el momento de dictarse sentencia por el Tribunal, para el caso de que se promoviese acción de nulidad. Artículo 7º. Si la resolución definitiva de la Administración fuere notificada personalmente al recurrente o publicada en el Diario Oficial antes del vencimiento del plazo total que en cada caso corresponda, la vía administrativa quedará agotada en la fecha de la notificación o de la publicación. Artículo 8º. Las peticiones que el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo formule ante cualquier órgano administrativo, se tendrán por desechadas si al cabo de ciento cincuenta días siguientes al de la presentación no se dictó resolución expresa sobre lo pedido. El vencimiento de dicho plazo no exime al órgano de su obligación de pronunciarse expresamente sobre el fondo del asunto. La decisión expresa o ficta sobre la petición, podrá ser impugnada de conformidad con las disposiciones siguientes. Cuando el peticionario sea titular de un derecho subjetivo contra la Administración, la denegatoria expresa o ficta no obstará al ejercicio de las acciones tendientes a hacer valer aquel derecho”.

⁶⁴ Ver, al respecto, Vivancos, Eduardo, *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*, Barcelona, 1963, pág. 241.

go los procedimientos hasta tanto se produzca el agotamiento de la instancia administrativa⁶⁵.

De la demanda —a interponerse, como hemos visto, dentro del plazo de caducidad de sesenta días —⁶⁶ el ordenamiento uruguayo prevé la necesidad de conferir traslado al Estado por el término de 20 días, prorrogable a solicitud de parte por 10 días más⁶⁷. Dentro de ese plazo, la Administración se encuentra obligada a contestar la demanda y remitir los antecedentes administrativos. El incumplimiento de esta última carga crea —al igual que la falta de resolución expresa de los recursos administrativos— una presunción simple en favor de las afirmaciones formuladas por el actor. En los primeros nueve días, la demandada cuenta con la posibilidad de oponer excepciones, entre las que cabe mencionar a la cosa juzgada, la falta de agotamiento de la instancia administrativa, la caducidad, la falta de jurisdicción⁶⁸, la falta de capacidad del actor o personería del representante, el defecto legal en el modo de preparar la demanda o la prestación de caución cuando legalmente correspondiera⁶⁹.

En caso de que el particular o la Administración consideren conveniente el ofrecimiento de prueba, el Tribunal se encuentra facultado para desestimar los medios de prueba propuestos que a su juicio se encontraran prohibidos tales como la absolucón de posiciones del ente estatal—⁷⁰ o que dilataran o entorpecieran injustificadamente el proceso⁷¹. Certificada y agregada la prueba pertinente, las partes cuentan con un plazo de quince días para alegar sobre la prueba producida en la causa. Vencido este plazo, presentados los alegatos, o producidas las medidas para mejor proveer que el Tribunal considere pertinentes, la causa queda —pre-

⁶⁵ Artículo 10, inciso 5º de la ley 15.869.

⁶⁶ Artículo 9º de la ley 15.869.

⁶⁷ Artículo 63 del decreto ley 15.524.

⁶⁸ Estas últimas tres circunstancias deberán ser consideradas de oficio por el Tribunal —aun a falta de oposición de parte— en caso de manifestarse en forma inequívoca. Ver, así, los artículos 67 y 73 del decreto 15.524.

⁶⁹ Artículo 66 del decreto ley 15.524.

⁷⁰ Artículo 78 del decreto ley 15.524.

⁷¹ Artículo 74 del decreto ley 15.524.

via intervención del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo— en estado para dictar sentencia.

En este aspecto, la decisión del Tribunal debe limitarse a confirmar o anular —en forma parcial, de no constituir un todo inseparable— el acto administrativo impugnado⁷². El Tribunal se encuentra, efectivamente impedido para reformar o sustituir el acto, al igual que para dar órdenes o mandatos a la Administración activa. Tampoco le resulta posible pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de leyes, salvo que existan pronunciamientos anteriores de la Suprema Corte sobre ese punto.

Las decisiones del Tribunal resultan pasibles de ciertos recursos. Contra las resoluciones de mero trámite es admisible el recurso de reposición⁷³. Respecto de las sentencias definitivas y las interlocutorias con fuerza de definitivas, el decreto-ley 15.524 prevé los recursos de aclaración y ampliación⁷⁴, al igual que el de revisión, supeditado a la aparición de elementos desconocidos —imposibles de ser utilizados durante el proceso— y susceptibles de incidir en la decisión adoptada⁷⁵.

La sentencia anulatoria cuenta —al igual que acontece en nuestro país— con efecto relativo, restringido al caso concreto⁷⁶. dada la ubicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la esfera administrativa, la ejecución de sus decisiones ha sido conferida a la propia Administración, correspondiéndole a ésta

⁷² Artículo 28 del decreto ley 15.524. Ver, al respecto, Sayagués Laso, *Tratado...*, tomo II, *ob. cit.*, págs. 594 y sigtes.; Bruno Mentasti, *La acción de nulidad...*, *ob. cit.*, pág. 30.

⁷³ Salvo que la propia ley declare irrecurrible a esa decisión. Artículo 97 del decreto ley 15.524.

⁷⁴ Artículo 98 del decreto ley 15.524.

⁷⁵ Artículos 99 y 100 del decreto ley 15.524.

⁷⁶ En efecto, si bien la Constitución uruguaya dispone —en su artículo 311— que “cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte” y que “cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla del derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos”, esta última posibilidad ha sido considerada inaplicable. Ver, así, Sayagués Laso. *Tratado...*, tomo II, *ob. cit.*, págs. 595 y sigtes.

el adoptar todas las medidas necesarias para el debido cumplimiento de la decisión del Tribunal⁷⁷. En este aspecto, el sistema uruguayo se asemeja al español, aun cuando en este último supuesto la ejecución de las sentencias por parte de la Administración no encuentra una justificación similar al tratarse de órganos pertenecientes al Poder Judicial⁷⁸.

Declarada la nulidad del acto impugnado, el particular cuenta con la posibilidad de promover una acción de reparación patrimonial a fin de que se determinen los daños causados en forma inmediata y directa por el acto dejado sin efecto⁷⁹. Deberá demostrar, naturalmente, la existencia de daño indemnizable, su entidad y la relación causal entre el perjuicio invocado y el acto dejado sin efecto por el Tribunal.

⁷⁷ Señala al respecto Sayagués Laso (*Tratado...*, tomo II, *ob. cit.*, págs. 597 y sigtes.) que "en algunos casos la sola extinción del acto por la sentencia produce todos los resultados perseguidos. Pero aún así conviene que la Administración, al tomar conocimiento de la sentencia, dicte un pronunciamiento constatando la existencia del acto. En otros casos será necesario que la Administración dicte uno o más actos expresos, o que ordene ciertas medidas de contenido material para cumplir en los hechos con el pronunciamiento jurisdiccional. Además de los actos y hechos de ejecución que son consecuencia directa e inmediata de la sentencia, la Administración puede verse obligada a adoptar numerosas otras medidas, que son el resultado indirecto de la ejecución del fallo. Esto suele ocurrir porque en el tiempo transcurrido desde la emisión del acto hasta su extinción por la sentencia anulatoria, la Administración ha dictado actos o realizado hechos que suponían la validez de aquél. Al desaparecer el acto impugnado, esos otros actos o hechos tienen que ser revisados en razón de faltar un presupuesto indispensable para su existencia".

⁷⁸ Ver al respecto, Tawil, Guido Santiago, "El decreto 679/88 y la ejecución de sentencias condenatorias contra la Nación", *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1, 2 y 5 de setiembre de 1988, capítulo II a) y bibliografía allí citada, reproducido parcialmente en el número 118 de la *Revista de Administración Pública (R.A.P.)* de España. En sentido contrario a nuestra posición, ver, Guaita, Aurelio, "Ejecución de sentencias en el proceso administrativo español", *Revista de Administración Pública (R.A.P.)*, págs. 28 y sigtes.

⁷⁹ Artículos 312 de la Constitución uruguayo y 29 del decreto ley 15.524.

La ley 15.869 ha legislado además, en sus artículos 2º y 3º, una cuestión de crucial importancia, no siempre tratada por los ordenamientos existentes en el derecho comparado: aquella referida a la suspensión en la ejecución del acto impugnado. En este aspecto, la nueva normativa reemplaza las previsiones ya existentes anteriormente en los artículos 347 de la ley 13.318 y 30 del decreto-ley 15.524.

En el nuevo régimen, el interesado en la suspensión de la ejecución del acto deberá peticionarlo conjuntamente con la demanda. En este sentido, la previsión legal introduce una modificación significativa respecto de lo que acontecía en el sistema instaurado por la ley 13.318 —en tanto permitía solicitar la suspensión de los efectos del acto aún antes de deducir la acción de nulidad⁸⁰, o del previsto por el decreto-ley 15.524, que habilitaba su promoción con posterioridad a la interposición de la demanda⁸¹. Efectuada la presentación —que tramita por vía incidental—, el ordenamiento vigente dispone su sustanciación, mediante traslado a la demandada por el término de seis días prorrogables y no perentorios. Culminada la sustanciación —y agregados en su caso los antecedentes administrativos— el Tribunal cuenta con un plazo de treinta días para pronunciarse respecto de la suspensión solicitada. Este plazo puede, sin embargo, ser ampliado por el Tribunal hasta un máximo de sesenta días de considerar éste necesaria la producción de alguna medida de prueba —facultad ésta privativa del Tribunal— al respecto. La falta de contestación del traslado conferido por parte del órgano o ente administrativo no obsta a la adopción de una decisión respecto de la suspensión solicitada, si las afirmaciones de la parte actora y los elementos de juicio obrantes en la causa justificaran, a criterio del Tribunal, una decisión en ese sentido.

El sistema uruguayo introduce, en este ámbito, otra novedad digna de destacar. En efecto, si bien la suspensión en la ejecución del acto será, generalmente, obtenida a petición de la actora, nada obsta a que el Tribunal pueda decretarla de oficio

⁸⁰ Ver, así, la sentencia 53/1973 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

⁸¹ Ver, en contra, Bengoa Villamil, *Análisis de la ley...*, *ob. cit.*, págs. 28 y sigtes.

en aquellos supuestos en que a su entender el acto impugnado resulte manifiestamente ilegítimo⁸². El ejercicio de esta facultad —impensada en sistemas como el argentino—⁸³ encuentra su justificación en la ubicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo uruguayo como parte —en cuanto al contencioso de anulación— de un sistema de justicia administrativa delegada. El hecho de que los tribunales contencioso-administrativos argentinos pertenezcan a la esfera judicial impide a éstos, por el contrario, la toma de decisiones de esa naturaleza, contrarias a la interpretación predominante de la doctrina de la separación de poderes. Distinto sería el panorama, quizás, de prevalecer la opinión de aquellos juristas que confieren a los jueces la posibilidad de declarar, en el sistema argentino, la inconstitucionalidad de las leyes —y, por ende, también de los actos y decisiones administrativos— de oficio.

La decisión recaída en el incidente de suspensión de los efectos del acto goza, naturalmente, con autoridad de cosa juzgada material, mas no formal y, como tal, mantendrá su validez desde la notificación de la demanda hasta la conclusión del proceso o el momento en que el Tribunal —de oficio o a petición de parte— considere conveniente revertir la decisión adoptada⁸⁴. Esta resolución deberá —en caso de ser consecuencia de un pedido de parte— encontrarse precedida de un trámite incidental similar al que dio origen a la decisión revocada. Sujeta a apreciación del Tribunal, el legislador uruguayo ha optado por fijar una pauta similar a la sentada en nuestro país por el artículo 12 de la ley 19.549 —respecto de la facultad o el deber de la Administración de suspender los efectos del acto en sede administrativa—⁸⁵ para

⁸² Artículo 2º de la ley 15.869 que aclara expresamente que “la decisión del Tribunal, en este caso, no importará prejuzgamiento”.

⁸³ Ella subsiste, naturalmente, para la Administración, en el ámbito del procedimiento administrativo. El art. 12 de la ley 19.549 argentina dispone, así, que “la... Administración podrá, *de oficio* o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicio graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta”.

⁸⁴ Artículo 3º de la ley 15.869.

⁸⁵ Si bien una interpretación literal de la norma llevaría a consi-

conceder la suspensión: que el acto impugnado sea "susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiere ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado", sin que obste a la suspensión del acto el hecho de que el particular pueda ver reparados los perjuicios patrimoniales que la decisión impugnada le haya causado⁸⁶.

El sistema contencioso-administrativo uruguayo difiere, como hemos visto, notablemente, de aquellos con los que nos encontramos más familiarizados. En pocos supuestos, como en los de él, la confluencia de fuentes de diverso origen aparece en forma tan clara⁸⁷. Si bien la distancia que separa al observador de la

derar la suspensión como una facultad de la Administración, su obligación de revocar los actos administrativos irregulares —de conformidad con lo dispuesto por el artículo 17 de la ley 19.549— nos convence de que la suspensión es, en el supuesto de tales actos, en tanto medida de alcance menor, también imperativa.

⁸⁶ Artículo 2º de la ley 15.869.

⁸⁷ A pesar de los esfuerzos doctrinarios por dar preponderancia al sistema continental sobre el anglosajón, o viceversa, no cabe duda de que la mayor parte de los sistemas actuales —como el argentino y el uruguayo— no son sino una conjunción de ambos. Expresaba en ese sentido Jorge Tristán Bosch (*¿Tribunales judiciales...?*, *ob. cit.*, págs. 281/2) que "la sustitución del Estado de Policía por el Estado de Derecho en la Europa continental, importa —desde el ángulo en que ahora nos colocamos— la sujeción de la actividad administrativa del príncipe a reglas de derecho. El nacimiento del derecho administrativo, representado por ese conjunto de reglas, debió necesariamente constituir un acontecimiento preñado de esperanzas para los administrados, pues sometidos anteriormente a la más absoluta arbitrariedad de la Administración, podían al menos esperar que desde entonces en adelante aquélla obraría bajo el imperio de la ley. Para la vieja Inglaterra liberal, en la cual las relaciones entre la Administración y los administrados habían estado regidas por el mismo derecho común que gobierna los vínculos que se establecen entre los particulares, el derecho administrativo tenía un significado muy distinto. Fue concebido por los ingleses —y más tarde por los norteamericanos— como un derecho especial, creado para favorecer a la Administración Pública, hecho a su medida, tendiente a desequilibrar en favor de ésta la igualdad de derechos hasta entonces imperante. Tan falso como este desconocimiento de la necesaria preponderancia del interés público

realidad analizada nos ha permitido desarrollar este estudio comparativo desde una perspectiva exclusivamente teórica, sus enseñanzas no deben, por esa razón, ser desdeñadas. En efecto, de él se desprenden numerosas características dignas de ser tenidas en cuenta a la hora de valorar o reestructurar otros sistemas jurídicos. En términos positivos, basta recordar —frente al sistema argentino— la detallada regulación de que ha sido objeto el incidente de suspensión de ejecución del acto; la delegación efectuada en el Tribunal respecto de la individualización del domicilio de la Administración demandada; las soluciones esbozadas frente a la deducción anticipada de la acción o a fin de mitigar las consecuencias del vencimiento del plazo de caducidad para accionar; o —en sistemas con una organización administrativa efectiva— las consecuencias otorgadas a la demora en la resolución de los recursos administrativos. En sentido negativo, cabe destacar, por el contrario, la repetición de aquellos vicios comu-

sobre el interés particular en aquella clase de relaciones, fue la exageración contraria que caracterizó el período napoleónico, durante el cual una Administración omnipotente invocaba a cada paso un supuesto derecho administrativo para mantener a los administrados a su merced. Dicey, viejo *whig*, que no quería admitir otro derecho que el *common law* y cuya primera impresión de un régimen de derecho administrativo la tuvo analizando el sistema impuesto por Napoleón, tenía que ser necesariamente el detractor más grande de aquella rama del derecho público. En su obra chocaron con extraordinaria violencia dos concepciones extremas sobre lo que debería ser el derecho destinado a regir los vínculos de la Administración Pública con los particulares. A la evolución posterior del derecho francés (y europeo continental en general) hacia el establecimiento de un *droit administratif*, donde el predominio de la Administración no va más allá de lo que imponen las exigencias de un bien entendido interés público, le ha salido al encuentro en estos últimos años el *administrative law* anglosajón, producto de una evolución cumplida en sentido contrario, pero respondiendo también a las mismas exigencias, no contempladas por el derecho consuetudinario tradicional y que se habían vuelto premiosas a partir del colapso del sistema político liberal. De este encuentro, de esta reconciliación entre dos mundos jurídicos que parecen condenados a un eterno paralelismo, surge un derecho administrativo común en toda la sociedad occidental: nuestro derecho administrativo.

nes en otros sistemas del derecho comparado, producto, por lo general, de ese rompecabezas indescifrable que —con piezas que no siempre encajan debidamente en él— se ha transformado, en muchas latitudes, nuestro derecho administrativo.

UNA APROXIMACION AL TEMA DE LOS DELITOS ECONOMICOS

por EDMUNDO S. HENDLER *

Los bienes jurídicos colectivos.

En el terreno de la dogmática jurídico-penal la cuestión de la definición y deslinde de los delitos económicos está, fundamentalmente, hoy en día, centrada alrededor del concepto de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. Se trata de un objeto de tutela jurídica caracterizado por su naturaleza complementaria. Al decir de BUSTOS RAMÍREZ, mientras que los bienes jurídicos individuales están en las bases mismas de existencia del sistema social, aquéllos operarían con relación a su funcionamiento. En la misma categoría complementaria estarían los que tutelan las instituciones y los que atienden a un estricto control. Lo que está en juego con esa noción de bienes jurídicos, que Bustos Ramírez prefiere designar como colectivos antes que supraindividuales, son las necesidades de carácter social y económico o, dicho en otras palabras, la participación de todos en el proceso económico-social¹.

* Profesor Asociado de Derecho Penal, U.B.A.

¹ Juan Bustos Ramírez, "Los bienes jurídicos colectivos", en Revista de Derecho, Universidad Complutense. Monográfico 11, 1986, págs. 147-164.

no, al proteger la economía, tiende a disolver el concepto de bien jurídico, puesto que no se trata de intereses humanos concretos sino de instituciones sociales o "unidades funcionales de valor"⁶.

Para superar esta disfuncionalidad HASSEMER propone una fórmula conciliatoria: los intereses generales de la sociedad se deben funcionalizar a partir del individuo. La idea es retornar a la noción personal de bien jurídico, limitando la protección de los de carácter colectivo a aquellos que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre individual. En otras palabras, sólo se justifica el castigo cuando el objeto de tutela colectivo sea el medio para proteger concretos intereses del individuo. La posición es, desde luego, sensata, pero lo que no está dicho es cuál sería la fórmula para reconocer la mediación. Lo único que se puede establecer es una conclusión de política criminal que vale la pena consignar tal como la expone, a manera de regla, el propio HASSEMER: "Cuanto más difícil sea conciliar legítimamente una amenaza penal con un interés humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y cómo".

El carácter problemático de la determinación de los bienes jurídicos en los delitos económicos es, desde luego, una constante en la bibliografía del tema. Los comportamientos aislados constitutivos de esta clase de delitos no suelen ser, en sí mismos, mayormente dañosos. La dañosidad está relacionada con su eventual generalización y con el desajuste del modelo económico imperante. Esto último implica una gran relatividad histórico-geográfica y ha hecho decir que los delitos económicos, a diferencia de los delitos tradicionales, no tutelan "valores humanos inmutables"⁷. O, con una perspectiva algo semejante, que la determinación está supeditada al distingo del modelo de organización

⁶ Winfried Hassemer: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" (traducción castellana de Patricia Ziffer) en *Doctrina Penal*, nro. 46/47, págs. 275/285 (Buenos Aires, ed. Depalma, 1989).

⁷ Cesare Pedrazzi, "El bien jurídico en los delitos económicos" (incluido en *La reforma penal. Delitos socio-económicos*, ed. de Marino Barbero Santos, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1985, págs. 279/298. La negación de esa característica está implícita en la afirmación de Pedrazzi de que el Derecho Penal económico se contrapone a los capítulos centrales de los Códigos en los que sí se tutelan esa clase de valores.

económica que adoptan los estados de la comunidad internacional, es decir, esquemáticamente, los estados del sistema capitalista, los del sistema socialista y los regímenes intermedios⁸.

Esta diversidad de los modelos económicos no sería óbice, sin embargo, en opinión de NOVOA MONREAL, para reconocer una rama del Derecho original y autónoma designada Derecho Económico así como un bien jurídico específico denominado "orden público económico". Tampoco lo sería para admitir un rasgo de universalidad: la existencia de fenómenos semejantes al actual Derecho Penal Económico en todas las épocas de la historia⁹. El dato es altamente significativo. En todos los tiempos, dice, por su parte, Jorge DE LA RÚA, el derecho ha sancionado atentados graves a la actividad económica de la comunidad. El ejemplo está en las normas sobre acaparamiento de trigo en Roma o el castigo de la caza furtiva en el Medioevo¹⁰.

No hay dudas, sin embargo, de que se trata de un fenómeno de características peculiares en nuestro tiempo y, sobre todo, de que esas características surgen a partir del llamado proceso de industrialización de las naciones. Está claro, entonces, que la peculiaridad está constituida por una intensificación. A la manera de esas bacterias que son huéspedes permanentes del organismo pero que, en ciertas circunstancias, se multiplican y conforman un cuadro patológico.

Y lo que es todavía más importante, en todos los tiempos también, esa clase de transgresiones han tenido una esencia problemática. Si ella se debe, como entiende Pedrazzi, a la misma complejidad del fenómeno económico¹¹ igual se impone indagar más a fondo sobre sus características.

⁸ Eduardo Novoa Monreal, "Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXV, 1982, págs. 44/45.

⁹ Obra y lugar citado en nota anterior, pág. 57 y nota al pie 21.

¹⁰ Jorge de la Rúa, "Los delitos económicos" en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año III, 1980, n° 9, pág. 11/14.

¹¹ En el trabajo ya citado, "El bien jurídico en los delitos económicos".

Las precisiones que pueden conseguirse a partir de las reseñadas observaciones de distintos autores no son, desde luego, de gran alcance. Puede, eso sí, establecerse una base problemática inicial. La proposición de HASSEMER ya comentada, en definitiva, no hace sino señalar los graves inconvenientes que se derivan de la creación misma de delitos de carácter económico. Las dificultades con que se tropieza para su delimitación conceptual en la doctrina serían, por ende, una consecuencia de esos mismos inconvenientes. El punto de partida que, más allá de las divergencias, parece posible adoptar, conduce a un único común denominador: los bienes jurídicos a cuya protección corresponden los delitos económicos conciernen a la tutela de la economía de una comunidad en su conjunto. Y esta última noción, como es fácil advertir, se denota, exclusivamente, por su contraposición a la de protección de intereses económicos individuales o de grupos más reducidos o familiares.

Los términos de la contraposición pueden ser varios. Se ha señalado, por ejemplo, el carácter dialéctico de la relación de convergencia y antagonismo entre intereses de distinta naturaleza identificados como: individuales, de grupo, difusos, y de la comunidad¹². Pero para la verdadera utilidad de la reflexión se impone hallar el conjunto binario de términos antagónicos.

La familia y la sociedad civil son, en ese sentido, las variables más significativas que entran en juego. El fortalecimiento de la cohesión en una debilita la otra y viceversa. BECCARIA, que se ocupó del "carácter de la familia", en uno de los capítulos de su obra clásica, lo advertía claramente. Considerar a la sociedad como una reunión de familias, decía el autor de "De los delitos y las penas", es erróneo y contrario al espíritu regulador de la república¹³. Lo mismo que ORTEGA Y GASSET que, en varias partes de su obra, mostró el carácter contrapuesto y hasta contra-

¹² Lo expresa así Cesare Pedrazzi en el trabajo ya citado, "El bien jurídico...".

¹³ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, traducción de M. Doppelheim, Barcelona, ed. Sopena, pág. 133.

dictorio de la familia y la sociedad civil¹⁴. También es, finalmente, una tesis sustentada por la "Antropología estructural" de hoy en día. LEVI-STRAUSS, el creador de la corriente de pensamiento así llamada, lo expresa sintéticamente en estos términos: "...la existencia de la familia es, al mismo tiempo, la condición y la negación de la sociedad"¹⁵.

Investigaciones recientes sobre la transformación de la familia europea, aun emprendidas con el propósito de refutar la contraposición entre estado y familia, deben conceder que esta última ya no es la institución dominante en función de la cual se organizan las otras esferas de la sociedad¹⁶. Las mutaciones experimentadas en su estructura, en el aspecto demográfico, en el rol desempeñado por la mujer o en las relaciones intergeneracionales, a partir de la llamada "revolución industrial", son de tal magnitud que resulta imposible prescindir de ellas en la explicación de un fenómeno que se entiende característico del proceso de industrialización como lo es el de los delitos económicos. Aun cuando tal característica sólo sea una intensificación de hechos que tienen vigencia permanente, como ya antes fue puesto de manifiesto, igual salta a la vista la correlación entre ambas variables: la transformación de los vínculos solidarios de parentesco y la organización económica a escalas mucho mayores que las que permite el entorno familiar.

Mientras que las unidades en que aparece organizada la actividad económica son los individuos y su grupo familiar, cada una de esas unidades opera independientemente y contrapuesta a las demás. Las reglas necesarias son las que aseguren el *fair play*

¹⁴ Por ejemplo: en el ensayo: "Socialización del hombre" (incluido en el volumen *El Espectador VII-VIII*, Madrid, ed. Rev. de Occidente, colección El Arquero, 1961, págs. 183/284).

¹⁵ Conf. el ensayo, "La familia" incluido en el volumen *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*, ed. Anagrama, Barcelona, 1974, págs. 47/49.

¹⁶ Es el caso de la investigación llevada a cabo por Martine Segalen con el título "La revolución industrial: del proletario al burgués" que integra la obra *Historia de la familia*, dirigida, junto con los autores, por la misma Segalen (versión en castellano de ed. Alianza, Madrid, 1988, vol. II, págs. 387/424).

dentro de la contraposición: se trata de evitar las transferencias furtivas, violentas, con engaño o con abuso de confianza. Más allá de eso impera el *caveat emptor* y el libre comercio entre los individuos. Los castigos de índole criminal se requieren únicamente cuando las transferencias tienen alguna de aquellas características. En el interior de cada unidad, y fuera de las normas que rigen las transmisiones de riqueza en el orden familiar por medio de las herencias y las asociaciones conyugales, el derecho se desentiende y descansa en el control doméstico generalmente ejercido por un jefe o *paterfamilias*.

Esa verdadera actitud prescindente de la ley está claramente reflejada en la circunstancia de que la mayoría de los hechos delictivos de carácter patrimonial ocurridos en el seno de la familia se hallen al margen de la ley penal. Es la regla que exime de castigo a los delitos contra la propiedad entre parientes próximos que muchas legislaciones consagran, entre ellas la argentina (artículo 185 del Código Penal en vigor). Aún en aquellas legislaciones que no establecen expresamente la exención, como ocurre en las de tradición germana, igual se verifica una situación semejante. En ellas se condiciona el ejercicio de la acción penal por los delitos de esa especie ocurridos entre parientes próximos, a la exclusiva instancia de la parte damnificada. Los Códigos Penales modernos afines a la tradición romana se han mantenido firmes en consagrar la excusa aunque con diferencias en cuanto a su mayor o menor amplitud. Su origen ancestral se hace remontar al Derecho Romano y a la ficción de la unidad de persona. Se la explica como inspirada en el propósito de no relajar los vínculos parentales más directos pero también se reconoce que juegan en ella consideraciones de comunidad patrimonial familiar¹⁷.

El funcionamiento de esa regla resulta, por eso mismo, indicativo del carácter de unidad económicamente solidaria de cada grupo familiar. Pero las necesidades de la producción industrial y masiva exigen unidades mucho más extensas que las del clan

¹⁷ Así lo explica un autor de la materia como A. Quintano Ripollés en su *Tratado de la parte especial del Derecho Penal* (2da. edición actualizada por E. Gimbernat Ordeig, tomo II, pág. 141).

familiar. Toda la sociedad está abarcada y, por lo tanto, pierde significado el segmento constituido por el orden solidario interno de la familia.

En una perspectiva utópica, y aparentemente inalcanzable por ahora, una sociedad organizada económicamente de manera verdaderamente solidaria debería conferir a los delitos contra la propiedad, en general, un *status* semejante al que hoy en día se les asigna cuando tienen lugar entre quienes son parientes próximos. Bajo esa perspectiva, los castigos criminales, como *última ratio* del sistema social, podrían quedar de lado y sería preferible no utilizarlos con esa clase de delitos. En otras palabras, una organización económica en que las unidades productivas involucren a toda una comunidad y no sólo a un clan familiar debiera poder desentenderse del problema de algunos delitos que, aunque suponen la indebida apropiación de ciertos bienes, no trastornan la economía del conjunto. Al menos sería posible pensar que la criminalidad de esa clase de hechos no debiera ser mayor que la que, hoy en día, se atribuye a los que tienen lugar dentro del ámbito familiar. El castigo quedaría reservado a los hechos que afecten la estructura del sistema, cosa que no ocurre con las apropiaciones de bienes particulares que pasen de uno a otro individuo dentro de la misma comunidad. Los verdaderos delitos de índole patrimonial serían, en consecuencia, únicamente aquellos que hoy conocemos como delitos económicos.

De cualquier manera, la extensión de esas unidades comunitarias económicas está siempre determinada por su contraposición con otras. Solidaridad y oposición son las coordenadas de los hechos sociales y su intersección marca el punto que delimita cada segmento. Para expresarlo en las palabras de un etnólogo contemporáneo "a cualquier nivel de una determinada estructura social, la solidaridad de un grupo depende de la existencia de otro grupo al que puede oponérsele. Lejos de ser algo innato, el fenómeno solidario es una función de su relación con aquello que se halla conceptualmente excluido de él"¹⁸.

¹⁸ Lo expone en esos términos el antropólogo social inglés Julián Pitt-Rivers en "El análisis del contexto y el *locus* del modelo" (recogido en el

Un autor ya clásico de la Antropología Social moderna, Franz BOAS, al destacar las ideas ingenuas de progreso, propias del historicismo evolucionista, puntualizaba que el grupo cerrado al que pertenece un individuo reconoce un código de ética humana en cierta forma invariable. La diferencia, decía BOAS, "reside más bien en la extensión del grupo social hacia el cual se sienten obligaciones y un discernimiento más claro del dolor humano"¹⁹. Hoy en día, sin duda, esa extensión tiende a estar referida a las fronteras del estado así como en otros tiempos o en sociedades distintas de las que integran la civilización occidental, no puede imaginársela más allá de los límites del clan o de la tribu.

La diferenciación propuesta por BOAS es, posiblemente, la fórmula más acabada para deslindar los fenómenos sociales y dar clara explicación de las dificultades con que tropieza el Derecho Penal Económico. La formación de una conciencia comunitaria que abarque segmentos sociales apropiados a un sistema económico de producción masiva exige que los individuos dejen de ver al entorno familiar, o al de los vecinos de la aldea, como los únicos susceptibles de crearle deberes solidarios y piensen, en cambio, en comportarse de modo leal hacia muchos otros individuos (tal vez millones de ellos) con la mayoría de los cuales no tendrán el menor contacto en toda su vida.

A todo esto, la vigencia del Derecho Penal es, en cierto sentido, la instauración de un sistema de castigos que no sean una pura reacción indiscriminada y supone, fundamentalmente, un criterio de coherencia racional y un relieve subjetivo en su aplicación. Esto es, en otras palabras, un cierto grado de comprensión humana hacia el transgresor y, por consecuencia, un reconocimiento del vínculo solidario de pertenencia a la comunidad. Y ese vínculo se da de manera estratificada. Dentro de una sociedad pueden distinguirse varios niveles de convivencia que confluyen y se contraponen. Las actividades económicas no escapan

volumen *Tres ensayos de antropología estructural*, Barcelona, ed. Anagrama, 1973, pág. 18).

¹⁹ Franz Boas, *Cuestiones fundamentales de Antropología Cultural*, Buenos Aires, 1964 (ed. Solar-Hachette), pág. 209.

a esta regla y pueden estar organizadas de manera de corresponder a alguno de esos niveles. Cuando se trata de que lo sean en función de la comunidad toda los resultados tienden a optimizarse pero, al mismo tiempo, surgen otras dificultades, esencialmente, la ya mencionada concerniente a la creación de una conciencia comunitaria apropiada a la dimensión extendida de esa clase de actividades.

El fenómeno, como ya ha quedado de manifiesto, se aprecia desde las dos vertientes. Por un lado, en la proclividad a la transgresión por la dificultad de comprender la cuantía del daño comunitario que puede ser individualmente insignificante. Por el otro, y he aquí la esencia problemática que incumbe al tema de los delitos económicos, en la necesidad de instrumentar un régimen de sanciones que atienda a las necesidades de disuasión sin declinar de lo que es sustancial a la noción misma del Derecho Penal: conformar un mecanismo de castigos coherentemente discriminados y aplicados en función del relieve subjetivo de cada hecho.

SOBRE LAS POSIBLES REFORMAS A LA COMPETENCIA Y FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

por MARCELA RODRÍGUEZ y CLAUDIO GABOT *

I. *Introducción:*

Un servicio de administración de justicia independiente, accesible y eficiente es una condición necesaria para la existencia y viabilidad de todo sistema democrático.

En tal sentido deben respetarse aquellas pautas que sustraen a los integrantes del Poder Judicial de los vaivenes de la actividad política o de las diversas presiones de distinta índole, tales como las que pueden provenir de los otros poderes del Estado o de las distintas corporaciones que constituyen fuertes y notorios grupos de presión.

Por otra parte, también se requiere que la estructura, organización y funcionamiento del poder judicial supere las prácticas y concepciones emanadas de un pasado más o menos lejano y que evolucionen para adecuarse a las necesidades que plantea la sociedad moderna.

La función principal del poder judicial consiste en la resolución de los conflictos que surgen en una sociedad mediante la aplicación de normas jurídicas generales a casos concretos. Así, los jueces interpretan las disposiciones que constituyen la base

* Profesores de Derecho Constitucional —U.B.A.—.

del ordenamiento jurídico e integran, con sus decisiones, el derecho vigente.

Al desempeñar esta función, los jueces se encuentran con la difícil labor de velar por la supremacía constitucional respecto de la gestión de los poderes del Estado. La Corte Suprema de Justicia, cabeza del Poder Judicial, resulta así la intérprete final de la Constitución Nacional.

En tal sentido, cabe destacar la doctrina enunciada por la Corte en fallos 12-134, y que hoy reitera en sus pronunciamientos: "La Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones. . ."

Por tal motivo, este trabajo se centra en el estudio de las condiciones de funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia y las reformas que se han propuesto en la materia.

II. *Competencia y funcionamiento de la Corte Suprema argentina*

Según surge de la última estadística oficial, el número promedio de causas que anualmente ingresan a la Corte Suprema ha sido de 5900, en los últimos años. Ello implica un considerable incremento si lo comparamos con el promedio de causas que se elevaron al Supremo Tribunal entre 1957 y 1976, que ronda entre las 2000 y 3500.

Por cierto, este aumento en el número de causas que han ingresado a la Corte Suprema se vio reflejado en un incremento de los litigios resueltos anualmente.

Este notable incremento de causas a resolver por la Corte Suprema es un fenómeno que también se ha dado en casi todos los altos tribunales del mundo y los distintos sistemas han intentado dar solución a los problemas originados por el exceso de

tareas desempeñadas por los Tribunales Supremos, a través de diferentes vías.

A los efectos de analizar la situación que enfrenta nuestra Corte Suprema de Justicia es conveniente realizar una descripción de las principales funciones que ejerce:

- a) Control de constitucionalidad de las leyes, decretos y actos de autoridades nacionales o provinciales.
- b) Interpretación de leyes, decretos o actos de autoridades nacionales de naturaleza federal.
- c) Causas de jurisdicción originaria.
- d) Causas en que es parte la Nación y el monto de lo debatido ante la Corte excede el fijado por el legislador.
- e) Asuntos de superintendencia.

En este esquema de funciones observamos que la Corte Suprema ejerce 3 tipos de jurisdicción a saber:

- a) Jurisdicción originaria: la Constitución Nacional establece los supuestos en los cuales la Corte interviene originariamente y actúa como tribunal de instancia única. Este tipo de jurisdicción no significa un recargo sustancial de tareas.
- b) Jurisdicción apelada: la Corte Suprema interviene a través de esta jurisdicción en aquellos casos en los cuales la Nación es parte y que superan un monto mínimo que el Poder Legislativo determina. Tampoco se observa que este tipo de jurisdicción presente graves dificultades dentro de las tareas de la Corte, ni que implique un significativo recargo de las mismas.
- c) Jurisdicción extraordinaria: este caso constituye la función principal de la Corte Suprema: ser el tutor final de los derechos y garantías constitucionales y de la supremacía de la Constitución y las leyes dictadas en consonancia con ella. Esta jurisdicción es la que ocasiona mayor recargo de tareas de la Corte y la vía por la cual se accede es el recurso extraordinario federal.

En el ámbito del recurso extraordinario federal, una de las causas principales del recargo de tareas antes señalado, la cons-

tituye la admisión de la arbitrariedad de sentencia como una causal autónoma de acceso al conocimiento de la Corte.

Otra causa de menor entidad que ésta pero aún relevante dentro del cúmulo de funciones de la Corte es la admisión de la gravedad institucional. El incremento de tareas que la misma conlleva pudo haber sido mayor en el caso de haberse aceptado la tesis de Gabrielli con respecto a que la gravedad institucional constituye una causal autónoma de acceso a la Corte.

La Corte ha ampliado en numerosas situaciones y bajo diversos pretextos esta herramienta de la arbitrariedad de sentencia. Ello ha derivado en un uso indiscriminado por parte de abogados y litigantes de esta causal para acceder al tribunal supremo.

Dentro de este ámbito, uno de los excesos más frecuentes en el trabajo de la Corte radica en la cantidad de recursos de queja originados en recursos extraordinarios por arbitrariedad que han sido denegados en las instancias inferiores y que deben ser revisados en la instancia extraordinaria.

La mayor parte de estos recursos son rechazados por la Corte. Para ello, sin embargo, la Corte debe analizar cuidadosamente las actuaciones y fundar la resolución que deniega el recurso, lo que demanda tiempo y esfuerzo.

Este exceso de trabajo que debe soportar la Corte Suprema redundará en un debilitamiento de su función de custodio final de derechos individuales y de la supremacía constitucional, toda vez que termina convirtiéndose en un tribunal de tercera instancia encargado de enmendar los errores emanados de los tribunales inferiores. La Corte Suprema debería concentrarse en la enunciación de lineamientos claros para la resolución de conflictos sustanciales en materia federal.

En este sentido se han elaborado varias propuestas a los efectos de diagramar soluciones posibles para enfrentar el sobrecargo de tareas que padece nuestra Corte Suprema. Dentro de tales propuestas se encuentran: a) el aumento del número de sus miembros, b) la división en salas de la Corte (propuesta que se puede combinar con la anterior o no), c) la creación de tribunales intermedios, d) la limitación de la competencia de la Corte, e) la facultad de seleccionar discrecionalmente las causas en las cuales interviene, f) el cambio en el número de colaboradores

(aumento o disminución), g) la creación de nuevos tribunales de apelaciones.

Muchas de estas propuestas han sido estudiadas y en muchos casos ensayadas en sistemas comparados debido al notable incremento del número de causas que llegan a los tribunales respecto de su funcionalidad y eficacia. En efecto, se ha observado que este exceso de tareas implica un perjudicial retardo, que sumado a situaciones de bloqueo entre los miembros del tribunal, metodología deficiente, jueces poco idóneos, etcétera, produce un significativo arrastre de un porcentaje negativo de causas que son relegadas año tras año.

En primer lugar es conveniente analizar cómo funciona nuestro Superior Tribunal para, posteriormente, estudiar las posibles reformas.

Observa al respecto Genaro Carrió, que la Corte Suprema de Justicia no está limitada por plazos para decidir las causas que se le presentan, por lo que suele incurrir en una gran dilación en el dictado de sus sentencias. Este retraso, por supuesto, obedece también al aumento de números de causas al que nos habíamos referido ¹.

Otra característica que presenta el método de funcionamiento de la Corte es la delegación. En efecto, la Corte suele recurrir al auxilio de sus colaboradores para poder resolver la gran mayoría de los casos que se le presentan.

Existen dos tipos de delegación. La colaboración con que cuentan los ministros resulta de fundamental importancia para que puedan cumplir su tarea con mayor eficacia. Los auxiliares son los encargados de buscar antecedentes, legislación, doctrina comparada, darle los lineamientos principales para que el juez pueda estudiar el caso y también aportan en la discusión de las ideas. Esta delegación no es cuestionable.

El problema radica en aquellos casos en los que los ministros, por estar desbordados de trabajo, no podrían abocarse a la redacción personal de los proyectos.

¹ Genaro R. Carrió, "Don Quijote en el Palacio de Justicia", *La Ley*, 27-11-89.

Esto deriva en una frecuente dilación, dado que el expediente sufre un desplazamiento "circular", el cual continúa hasta que al menos un número mayoritario de miembros de la Corte hayan coincidido en alguno de los proyectos (hoy esta mayoría se ha incrementado, atento a la reciente sanción de la ley que modifica el número de miembros del Supremo Tribunal). Ello implica que la celeridad con que funciona la Corte está determinada por la rapidez con que trabaja el más lento de sus miembros.

Gran parte del número de causas que ingresan a la Corte no se refieren a cuestiones arduas o difíciles respecto de las normas aplicables o de hechos controvertidos. En efecto, muchas de las pretensiones que se presentan son claramente admisibles u obviamente inadmisibles ya sea porque los hechos han sido probados claramente o bien su inexistencia también se ha probado de manera suficiente, y lo mismo ocurre respecto del derecho. De todas formas, para decidir cuáles son los recursos que deben admitirse o rechazarse hay que estudiar detenidamente el expediente y elaborar el proyecto para decidir el caso.

En la mayoría de estos casos se utilizan fórmulas estereotipadas para rechazar las causas. Sin embargo, el uso de las mismas requiere un análisis detenido del caso que permita decidir si se puede emplear o no la fórmula en cuestión. Este análisis, aún cuando se trate de cuestiones simples, también requiere de tiempo y de esfuerzo.

Hay otros muchos casos en los cuales se tratan cuestiones complejas ya sea respecto de los hechos en juego o de las normas que deben aplicarse. Estas causas no permiten el uso de fórmulas y exigen un detenido estudio por parte de cada uno de los jueces y sus colaboradores.

III. *Algunas propuestas frente al exceso de tareas de la Corte Suprema de Justicia argentina*

1. *El incremento del número de ministros.*

Una de las propuestas que se ha ensayado en los últimos tiempos y que ha recibido reciente sanción legislativa ha sido sugerir

el aumento del número de miembros de la Corte. Los que sostienen esta medida argumentan que el exceso de causas tiene su correlato en el aumento de la población y que se han modificado las circunstancias para las cuales nuestros constituyentes pensaron la composición de la Corte Suprema. Por tal motivo se cuestiona la eficacia de una Corte compuesta por 5 miembros y se pretende agilizar su tarea y dotarla de mayor eficiencia a través del aumento del número de sus miembros.

Otro argumento que se ha utilizado con el objeto de sustentar esta posición es que la mayor parte de los altos tribunales de los sistemas comparados están compuestos por un número de miembros bastante superior al de nuestra Corte Suprema.

Esta propuesta es merecedora de serias y graves críticas. Algunas de estas críticas son de índole teórica, otras se basan en la experiencia de la Corte Suprema Argentina durante la presidencia de Frondizi en la cual el número de sus miembros fue aumentado de 5 a 7.

Finalmente, las críticas más serias se relacionan con el avasallamiento de la independencia del Poder Judicial a que tal medida puede dar lugar.

En primer lugar, lo que hemos mencionado respecto de la labor de la Corte y de su desplazamiento circular, se ve aletargado con la introducción de más personas a este circuito al que deben someterse los borradores y proyectos de sentencias.

En efecto, una Corte compuesta como en la actualidad por 9 miembros tardará un tiempo sensiblemente mayor que una Corte compuesta de 5 miembros para que cada uno de los miembros analice las actuaciones, prepare los borradores y se obtenga una mayoría para la resolución definitiva del caso.

En el caso argentino que mencionáramos respecto de la labor de la Corte Suprema durante la presidencia del doctor Frondizi nos encontrábamos ante un típico supuesto de mayorías y minorías congeladas. Ello así toda vez que cuatro de los miembros de este tribunal coincidían en la aplicación de los mismos criterios para la resolución de los casos que se le presentaban. De esta manera se lograba la mayoría exigida, pero y aún cuando supuestamente este método aceleraba el arribo a una sentencia, este procedimiento habitualmente impedía que los miembros que com-

ponían la minoría tuvieran tiempo suficiente para realizar el estudio de las causas y tampoco era relevante la opinión que las mismas les merecían para su discusión y decisión. El aumento del número de miembros, en este caso, tampoco ha conllevado resultados positivos.

Por otra parte, el riesgo que presenta esta propuesta es el manejo que pueden realizar los poderes políticos respecto de la independencia del Poder Judicial. Ello así, toda vez que la posibilidad de integrar el Alto Tribunal con miembros adeptos a los poderes políticos permite modificar los criterios de resolución de casos y asegurarse un pronunciamiento favorable en casos comprometidos.

2. *La división en salas.*

Otro de los proyectos tendientes a solucionar el exceso de tareas de la Corte, cuya discusión ha cobrado nuevamente vigencia, y que ha merecido mayoritariamente el rechazo por parte de los juristas, consiste en la división de la Corte en salas, ya sea otorgándole a cada una de ellas competencia en distintas materias, o bien con competencia ilimitada e independencia para decidir.

Si bien parece que esta propuesta podría agilizar la labor de la Corte, se le han dirigido numerosas críticas.

Una de ellas apunta a la falta de uniformidad en el criterio del Alto Tribunal, que pasaría a depender de lo que, sobre un asunto específico, opinara una sala determinada. Ello merecería un reproche constitucional, atento a la inteligencia que es dable otorgar el artículo 94 de la norma de base, al referirse a "una Corte Suprema de Justicia". En tal caso, la existencia de ministros "especialistas" redundaría en un debilitamiento del órgano judicial supremo, tanto en su función estrictamente jurídica, como en su misión de último intérprete y garante del estado de derecho².

² Al respecto, sostiene Cueto Rúa que "...no sería una solución sabia y equilibrada la de dividir el trabajo de la Corte entre diversas salas, que serían creadas y organizadas según la materia o la razón de su competencia. Esta no es una solución satisfactoria. La Argentina nece-

Uno de los problemas más delicados respecto de este proyecto, se centra en el tema del control de constitucionalidad. Con-
bunales deben interpretar las normas y demás constancias de cada
caso, en concordancia con los preceptos constitucionales, ajus-
tándose al principio de supremacía consagrado por el artículo 31
del texto de base. No obstante, la validez de sus pronunciamien-
tos suele ser cuestionada, correspondiendo a la Corte Suprema
establecer, en última instancia, si estos han respetado o no el prin-
cipio antes señalado. Esta función tutelar del Alto Tribunal se

sita ahora más que antes contar con un tribunal supremo capaz de hablar
con la unidad de voz y autoridad que sólo puede dar la intervención y el
voto de la totalidad de sus miembros en cada caso. Sería profundamente
perturbador que al nivel de la máxima autoridad judicial se dieran con-
tradiciones entre las diversas salas, o mensajes normativos ambiguos o
vagos producidos por los integrantes de las diversas salas, en vez de lo-
grar de ese tribunal la definición de criterios claros para la solución de
los conflictos suscitados en el seno de la comunidad y la sanción de
directivas unívocas y precisas a ser seguidas en el futuro por los tribu-
nales de la Nación..."; Julio C. Cueto Rúa, "La Corte Suprema como
Poder de Estado", *L.L.*, 1987, tomo D, pág. 864.

Dentro de la misma línea de razonamiento se encuentra el doctor
Bidart Campos, afirmando respecto del tema en cuestión que "...estando
directamente establecido por la Constitución un órgano judicial máximo
como Corte Suprema, y surgiendo su competencia también de la Cons-
titución, entendemos que la Corte no puede ser dividida en salas. Ello
equivaldría a que sus sentencias fueran dictadas por una sala y no por
el tribunal en pleno. Admitimos que la ley fije el número de miembros de
la Corte —porque así lo permite la Constitución—; pero una vez fijado,
el cuerpo así constituido es la Corte de la Constitución, y como tal cuer-
po —o sea, en pleno— debe fallar las causas que por la Constitución (y
por la ley en consecuencia de la Constitución) le toca resolver dentro
de su competencia. En suma, creada la Corte por la Constitución, fijado el
número de sus miembros por la ley, asignada su competencia originaria
por la Constitución, y la no originaria por la ley con base constitucio-
nal, cada vez y todas las veces que la Corte tiene que entender en un
caso judicial, debe hacerlo en pleno porque sólo en pleno es el tribu-
nal supremo que la Constitución ha impuesto..."; Bidart Campos, Ger-
mán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, tomo II, pági-
na 304.

vería afectada, al menos *ab initio*, ante la existencia de pronunciamientos contradictorios dentro de su mismo seno, con los consiguientes perjuicios para la seguridad jurídica y para el equilibrio del sistema³.

Por nuestra parte, creemos que resulta inconveniente la adopción del proyectado sistema de división en salas. Por un lado,

³ Con relación a este tema sostiene Bianchi que "...el proyecto de división en salas de la Corte se hace más inconveniente aún cuando lo analizamos desde la óptica de la función más importante que el tribunal posee, es decir el control de constitucionalidad. Todos los tribunales tienen a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado. Sin embargo, dicho control adquiere importancia, se sublima, cuando la Corte pronuncia definitiva respecto de la validez constitucional de la ley cuestionada. Pensemos qué valor puede tener la decisión de un tribunal una de cuyas salas declara inconstitucional a la ley y otra no. ¿Cuál es la doctrina definitiva?, ¿cuál es la opinión de la Corte?, no lo sabemos. Puede argumentarse que para ello es dable instrumentar un sistema de unificación de la jurisprudencia constitucional, sea a pedido de parte o bien de oficio cuando no haya parte que inste el recurso, pero en cualquier supuesto la solución es contraria al propósito que anima la idea de dividir a la Corte en salas, pues lo único que se logra es demorar aún más la decisión definitiva esperando la reunión del plenario de la Corte. La división en salas no se presenta entonces como el remedio adecuado para obtener una Corte ni más ágil ni más especializada en sus tareas".

Se refiere a continuación el destacado jurista, en coincidencia con Bidart Campos y Linares Quintana, al papel que juega la Corte dentro de la estructura política del Estado, señalando que "...quienes están de acuerdo en dividir a la Corte en salas no advierten que entre ellas y las Cámaras de Apelación no solamente existe una diferencia de grado basada en la jerarquía superior de la primera, sino que existe también una diferencia cualitativa que hace que la Corte además de un tribunal sea un poder del Estado semejante y jerárquicamente igual a los otros. Esto quiere decir que cuando la Corte se pronuncia a través de sus sentencias (al igual que el Congreso lo hace a través de leyes y el poder ejecutivo por medio de actos administrativos individuales o generales), su decisión debe ser la del cuerpo todo, debe ser la decisión de la Corte como tribunal y como poder, pero no la de un grupo minoritario de personas, cuya decisión no refleja tal vez el pensamiento de los demás jueces que la integran", Alberto B. Bianchi, "La Corte dividida en salas (¿una Corte o muchas Cortes?)", *E.D.*, t. 126, p. 971.

porque afectaría la confianza del particular respecto de la homogeneidad en las decisiones del más alto tribunal, aumentando sus suspicacias y especulaciones. Asimismo, y como lo sostiene Bianchi, ello afectaría el principio de división de poderes, esencial en nuestro sistema republicano, ya que quitaría a la Corte su carácter de órgano político, que comparte y controla el equilibrio del sistema de poderes, y lo transformaría en un órgano de carácter eminentemente técnico, sin posibilidades de intervenir con plena eficacia en aquellas cuestiones de grave trascendencia institucional. Por último, y como lo señaláramos, una Corte dividida vería perturbada su misión esencial, cual es la de tutelar la supremacía de la Constitución, alterando de esta manera el mandato expreso establecido por el artículo 100 de la norma de base.

3. *El tribunal de casación.*

Otra alternativa que se ha sugerido se basa en la creación de una Corte de casación federal con jurisdicción en todo el país y con competencia para unificar la interpretación que los otros tribunales, salvo la Suprema Corte, hagan de las normas federales.

Este tribunal fijaría las cuestiones relevantes para dotar de uniformidad a las soluciones judiciales y podría relevar a la Corte de intervenir en aquellos casos que se suscitan por la falta de unidad en estas decisiones.

De esta manera, la creación de un tribunal de tales características aliviaría en parte las tareas de la Corte. Sin embargo, su función no sería de suma utilidad, toda vez que la mayor parte de la labor de la Corte está constituida por los casos de arbitrariedad de sentencia en todos aquellos supuestos de aplicación de normas de derecho común y local, y este nuevo tribunal de casación no tendría competencia sobre los mismos.

Por tal motivo, se ha sostenido que se podría crear un nuevo tribunal con competencia exclusiva y excluyente en estos casos de arbitrariedad.

De todas formas, este nuevo tribunal también estaría sometido al contralor de la Corte Suprema, que no podría dejar de conocer en aquellos supuestos considerados arbitrarios por invocación de la garantía de defensa en juicio.

4. *Writ of certiorari* y *Stare decisis*.

Otros proyectos que se han elaborado proponían la incorporación de la figura del *writ of certiorari* del derecho estadounidense a nuestro sistema jurídico. Esta propuesta ha recibido recientemente sanción legislativa. La institución del *writ of certiorari*, ha sido creada también con el objeto de solucionar un problema semejante que sufría el supremo tribunal de EE.UU. y fue incorporada en 1925.

En 1789, las sentencias de los jueces federales de distrito (equivalentes a nuestros jueces federales de provincia) podían ser recurribles directamente ante la Corte Suprema.

Recién en 1891, se crearon los tribunales de apelación de circuito (equivalentes a nuestras cámaras federales de apelación). La ley de creación de estos tribunales ha dispuesto que, aún cuando no fuera procedente la apelación contra la sentencia definitiva de estos tribunales de circuito, la Suprema Corte podría, discrecionalmente, intervenir en aquellos supuestos a los efectos de evitar que las cámaras dictaran fallos contradictorios y socavaran la uniformidad en la aplicación e interpretación de derecho federal.

Sin embargo, en esta etapa la utilización de criterios de discrecionalidad no revestía importancia. La propia Corte había observado la necesidad de utilizarlos moderadamente.

En 1911 y en 1916, se concretaron una serie de reformas parciales tendientes a aliviar a la Corte Suprema del exceso de tareas que tenía a su cargo. Estas reformas, sin embargo, no resultaron eficaces y ya en 1921 la Corte estaba retrasada un año respecto de las causas que habían ingresado para su conocimiento.

Se formó, entonces, una comisión compuesta por 3 de los 9 miembros de la Corte Suprema a los efectos de proponer al Congreso las reformas que considerara necesarias para aliviar el exceso de trabajo de la Corte. El resultado de la tarea de esa comisión fue un proyecto que fue discutido por la Corte en pleno y luego fue objeto de un polémico debate legislativo que culminó con su sanción en 1925.

Los ejes fundamentales de esta reforma eran:

A) disminuir el ámbito de la jurisdicción apelada de la Suprema Corte, y

B) aumentar la jurisdicción discrecional.

De esta manera, la mayor parte de la labor de la Corte Suprema de los EE.UU. consiste en el conocimiento de las causas que la Corte recibe a través del *writ of certiorari* y son muy pocas las tareas que se vinculan con la jurisdicción apelada obligatoria.

El Supremo Tribunal de los EE.UU. solamente abre la instancia extraordinaria para el conocimiento de 200 ó 300 causas anuales respecto de 5900 que ingresa, que es el número promedio según lo indican las estadísticas de los tres últimos años de labor de la Corte Suprema.

Así, la Corte Suprema Estadounidense se limita a sentar los principios rectores (que son vinculantes para los tribunales inferiores en virtud del *stare decisis*) en aquellas causas que revisten especial interés para toda la comunidad y trascienden el mero interés particular de las partes.

Este instituto implica que el Supremo tribunal tiene la posibilidad de limitar su tarea mediante la selección de aquellos casos en los cuales conocerá a través de la discrecionalidad en el acogimiento o rechazo de las causas que se le presentan.

De esta manera la Corte Suprema de los EE.UU. se ha limitado a intervenir en aquellos casos cuyo interés público, o gravedad institucional, justifique el pronunciamiento de este tribunal.

En todos los otros casos en los cuales la Corte considera que no revisten interés suficiente, simplemente utiliza la fórmula *certiorari denied* sin necesidad de mayores argumentaciones o fundamentaciones para rechazar el recurso.

Este instituto se complementa con otro llamado *stare decisis*. Se trata de una norma consuetudinaria judicial que consagra el carácter obligatorio de las decisiones judiciales que hayan sido dictadas con anterioridad y por la cual los tribunales inferiores utilizan los mismos criterios que la Corte Suprema aplica para la resolución de sus casos.

Con respecto al *writ of certiorari* dentro de los proyectos en los cuales se ha propuesto la incorporación de esta figura a nuestro ordenamiento encontramos dos posiciones:

1. — Considera que la discrecionalidad en la selección de las causas en que interviene la Corte debe ser entendida en un sentido amplio para todas aquellas causas que llegan a ella, y

2. — Para otra opinión, se limita su utilización solamente para el caso de los recursos de queja y no en los recursos extraordinarios concedidos.

La razón que se invoca para limitar el *certiorari* solamente a los recursos de queja es que se considera conveniente que un instituto nuevo para nuestro derecho sea aplicado solamente en la medida en que sea sumamente necesario. Dado que el mayor número de tareas de la Corte está constituido por los recursos de queja (la arbitrariedad suele llegar por esta vía debido a que es sumamente difícil que los tribunales admitan la arbitrariedad de sus propios fallos), este es, entonces, el ámbito en el cual la Corte se encuentra agobiada de trabajo. Mucho menor es el número de causas que llegan a través de recursos extraordinarios concedidos.

Las críticas que se han formulado a la incorporación del *certiorari* están basadas en que esta institución podría violar la garantía de defensa en juicio. Ello así porque se cerraría la jurisdicción de la Corte sin necesidad de recurrir a fundamentación alguna, y no se satisfecerían los reclamos de los justiciables, que no recibirían respuesta alguna del órgano jurisdiccional.

A ello se le han formulado las siguientes observaciones:

1. — En primer lugar la Corte Suprema no es un tribunal de apelación de tercera instancia, sino que constituye un órgano jurisdiccional de carácter extraordinario y jurisdicción sumamente circunscripta.

2. — Por otra parte la misión fundamental que tiene la Corte Suprema de Justicia es la de constituirse en tutora final de derechos y garantías individuales y es esa función la que debe prevalecer sobre cualquier otra y ante la cual deben ceder las demás si ésta no pudiera cumplirse cabalmente.

Otra de las críticas que se le han dirigido al *writ of certiorari* es que el mismo constituye una "salida de emergencia" para evitar conocer en aquellos casos que por sus características especiales (estado de la opinión pública en la materia, presiones po-

líticas, etc.) importan una decisión comprometida de la cual quieren evadirse.

El llamado *writ of certiorari* —que ha recibido consagración normativa a través de la reforma al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación—, es considerado por la doctrina como un medio eventualmente eficaz para atenuar la concentración de causas por ante el Alto Tribunal.

No obstante, los autores coinciden en señalar como uno de los aspectos quizás más débiles y objetables del mismo, la circunstancia de que a través de su aplicación la Corte desvirtúe el objetivo principal de fundar sus sentencias, utilizando en su lugar pronunciamientos escuetos y carentes de razonamiento.

Esto llevaría a que frente a una determinada causa que se trae a conocimiento del tribunal supremo, éste pueda decidir “arbitrariamente” que allí no existe arbitrariedad⁴.

En uno de sus trabajos BIDART CAMPOS explica los distintos modos de implementación de este instituto, al señalar que “. . . el *certiorari* puede funcionar de varias maneras: estableciendo requisitos de admisibilidad del recurso federal, que de no concurrir fundan la denegatoria del recurso; o bien concediendo al tribunal federal una facultad para rechazar *in limine* el recurso si, a su sana discreción, no se dan los supuestos mínimos para

⁴ Bianchi, luego de referirse a la aceptación mayoritaria que el *certiorari* tuvo en nuestra doctrina, señala algunas objeciones al respecto, afirmando que “. . . es de la esencia de la función judicial la fundamentación de sus pronunciamientos, y no puedo menos que coincidir con Néstor Sagüés cuando eleva esa exigencia al rango constitucional, señalando que se trata de una obligación nacida como conquista del estado de derecho y que obra como garantía contra la desidia y arbitrariedad, a la vez que activa el rol ejemplificador de los fallos al forzarlos a demostrar su basamento normativo. . . De modo pues que esta discrecionalidad que la Corte se atribuye y nadie le cuestiona, no puede ser ejercida sin la fundamentación adecuada; en otras palabras, es admisible y en ocasiones necesario y surge además de su propia esencia, que la Corte y otros tribunales tengan facultades discrecionales en ocasión de dictar sentencia, pero lo que no puede admitirse es que tales facultades carezcan de la debida fundamentación”. Alberto B. Bianchi, “El *writ of certiorari*, en nuestra Corte Suprema (La cuestión federal suficiente como concepto jurídico indeterminado)” *E.D.*, tomo 125, pág. 857.

sustanciarlo; o confiriéndole similar facultad para excluir de su conocimiento la causa recurrida... con una u otra modalidad, se cierra el acceso a la jurisdicción federal apelada. Parece que las hipótesis caben en la competencia que el artículo 101 otorga al Congreso para establecer reglas y excepciones a la jurisdicción apelada de la Corte. La ley puede darle a la Corte el manejo de una válvula para admitir o rechazar el recurso, para decidir o no la causa, para usar o no la revisión extraordinaria. Dejarle tal discrecionalidad no excede el margen de regulación recursiva que el artículo 101 depara a la ley... en tanto sea razonable la reglamentación del *certiorari*, la ley respectiva, y el uso que del *certiorari* haga la Corte, pueden ser vistos como compatibles con la Constitución..."⁵.

Debe señalarse que la reforma al artículo 280 del código procesal recientemente sancionada, reproduce en forma textual la del proyecto elaborado por la comisión creada por resolución 772/84 del Ministerio de Justicia de la Nación, integrada por los doctores Boffi Boggero, Bidart Campos, Guillermo Moncayo, Héctor Masnatta, Juan F. Linares, Ricardo Colombres y Augusto M. Morello.

El mismo señala que "la Corte según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar *in limine* el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planeadas resulten insustanciales".

Señala con acierto SAGÜES que "Las objeciones que se han hecho al *writ of certiorari* insisten de modo particular en que esa excesiva discrecionalidad e infundamentación daría escasa legitimidad al instituto en nuestros medios jurídicos. Además, habría una contradicción con la doctrina de la C.S.J.N. que afina las exigencias de motivación y fundamentación en las sentencias comunes (so pena de incurrir en arbitrariedad) y su facultad de resolver estos rechazos *in limine* sin tales recaudos (en síntesis 'haz lo que yo digo pero no lo que yo hago')".

⁵ Germán J. Bidart Campos, "El «*certiorari*» y la «avocación» en la competencia de la Corte Suprema (innovaciones en un proyecto de reforma)" *E.D.*, tomo 115, pág. 804.

Concluye luego sosteniendo que "Por nuestra parte, apuntamos que esta clase de *writ of certiorari* propuesta no resuelve el tema básico que nos motiva; crear un sistema en el que los jueces de la C.S.J.N. puedan leer lo que deben decidir. Para descartar *in limine* un R.E. por plantear éste una cuestión frívola, insustancial o baladí, es necesario de todos modos consultar los autos sobre el fondo del asunto; y con 4.000 causas anuales esto es materialmente inalcanzable. El problema, pues, subsiste"⁶.

No obstante las críticas apuntadas, a las cuales adherimos como en este último caso, debe tenerse en cuenta que la consagración legal del *certiorari* no ha hecho otra cosa que otorgarle jerarquía normativa a una práctica observada por la Corte en forma sistemática en los últimos años. Por nuestra parte sostenemos que hoy, con más razón, la Corte debe contar con instrumentos que se integren y permitan un funcionamiento adecuado, evitando de ese modo las autocontradicciones en que podría incurrir el Alto Tribunal.

Para ello, consideramos necesaria la implementación legal del llamado *stare decisis* y su aplicación en forma armónica con el instituto antes analizado. El mismo consistiría en adjudicar a la jurisprudencia de la Corte Suprema carácter vinculante respecto de los tribunales inferiores. Ello no sería otra cosa que adecuar la realidad al plano jurídico, ya que resulta indiscutible la influencia que ejerce la misma respecto de aquellos, sin perjuicio de su indudable peso político, recientemente demostrado en el caso "Sejean".

CUETO RÚA se refiere a la influencia de la doctrina emanada del Alto Tribunal, denominándola "función cuasi legislativa de la Corte Suprema"⁷.

⁶ Néstor Pedro Sagiús, "Recurso Extraordinario: ¿Ampliación o Reducción?", *E.D.*, t. 115, pág. 959.

⁷ Sostiene que "la Corte Suprema de Justicia Nacional, como cabeza del poder judicial de la Nación, y en el ejercicio de la competencia que le atribuye la Constitución, goza de la singular potestad de poner punto final a los litigios llevados a sus estrados, mediante la interpretación y la aplicación de las normas generales suministradas por el Poder Legislativo y por el Poder Ejecutivo... Esta inclinación a la subsistencia en el plano genérico que exhiben las sentencias dictadas por la

La incorporación legal del *Stare Decisis*, amén de resguardar el espacio de poder político de la Corte, y jerarquizar sus decisiones, permitiría la elaboración de una doctrina uniforme sobre arbitrariedad de sentencias, de aplicación automática por parte de los tribunales inferiores.

5. *Auxiliares de la Corte.*

Otro de los aspectos a considerarse en orden a la reestructuración de nuestro Tribunal Supremo, es el relativo a la existencia de colaboradores de los ministros de la Corte, lo que ha generado no pocas críticas llegando a sugerirse incluso su reducción. El auxilio de tales colaboradores es admisible, salvo en los casos de delegación censurable y en este caso la crítica debe formularse a la actitud del ministro y no a la existencia de colaboradores.

La existencia de secretarios letrados y otros auxiliares, lejos de constituir una falla en el funcionamiento de la Corte, contribuye a su mayor eficacia, agilidad y nivel académico de sus fallos.

Ello así, dado que son estos colaboradores los encargados de buscar precedentes jurisprudenciales, doctrinarios y las soluciones existentes en los sistemas comparados.

En uno de los estudios más importantes respecto de los cambios posibles a la jurisdicción de la Corte Suprema de los EE.UU. realizado en 1972, se sugiere que en lugar de insistir en el aumento del número de miembros de la Corte Suprema debe incrementarse y mejorarse el nivel de los asesores y secretarios letrados, así como el de las bibliotecas y oficinas de colaboración con la labor de la Corte Suprema.

6. "*Per saltum*" o *avocación*.

Por último, una de las propuestas cuya constitucionalidad es debatida, es la incorporación del instituto del *per saltum*, esto es,

Corte Suprema de Justicia Nacional constituyen una nota de importancia capital para quienes enseñan derecho, para quienes lo aplican como jueces, y para quienes abogan por las partes". Julio C. Cueto Rúa, *ob. cit.*

la avocación de la Corte Suprema en aquellos casos que no han recibido todavía sentencia definitiva del superior tribunal de la causa.

Si bien la propuesta de incorporar el *per saltum* ha sido estudiada por los diferentes proyectos de reformas a la Corte Suprema, en alguno de ellos se ha considerado que la incorporación de este instituto a nuestro derecho sería violatorio de la Constitución Nacional en sus artículos 100 y 101, dado que se podría acudir directamente a la Corte en casos en los cuales no ha sido previsto por estos artículos.

Por supuesto aquellos que proponen incorporar ese instituto sostienen que sólo debería hacerse para aquellos casos en los cuales existiera gravedad institucional o revistiera un especial interés para la comunidad.

Por ello, debemos dejar planteada la posibilidad de incorporar, por vía legislativa, el *per saltum* a nuestro sistema judicial, permitiendo al Supremo Tribunal intervenir de oficio, prescindiendo de recaudos formales, en aquellos asuntos en que la gravedad o trascendencia social o institucional requieran una urgente y definitiva decisión.

Uno de los aspectos que genera mayores dudas en nuestra doctrina, es el relativo al funcionamiento de este instituto, así como su adecuación a los preceptos constitucionales. Podemos señalar, siguiendo a Bidart Campos que, *prima facie*, el *per saltum* sería admisible en aquellos casos en que, sin perjuicio de fundarse la existencia de gravedad institucional, existiese al menos un pronunciamiento de primera instancia. Ello sería compatible con lo dispuesto por el artículo 101 de la Constitución Nacional respecto de la competencia por apelación. En tal caso, la ley regulando este instituto constituiría un requisito *sine qua non*⁸.

⁸ Bidart Campos lo define con precisión al expresar que "lo que resultaría inconstitucional sería que la ley confiriera a la Corte competencia "por salto" para permitirle avocarse a una causa que, en una instancia inferior, no hubiera merecido todavía ninguna resolución sobre el fondo del asunto, porque ello equivaldría a darle una competencia originaria para fallar un caso sin decisión anterior, y por ende, configuraría una añadidura inconstitucional a las únicas causas de competencia originaria y exclusiva previstas en el artículo 101... la avocación "por salto"

Coincidimos con MORELLO en afirmar que la aplicación de este instituto, ejercido claro está de modo restrictivo por la Corte, permitiría tener una idea más precisa de conceptos hasta ahora vagos y ambiguos como "gravedad institucional" o "notorio interés institucional" o similares⁹. Asimismo, creemos que su aplicación no ocasionaría un incremento significativo de las causas llevadas a decisión de la Corte, atento a que su intervención sería, como dijimos, de carácter sumamente restringido y en circunstancias de extrema urgencia.

IV. Conclusiones

Como lo señalamos al principio de este trabajo, el mayor número de causas a decidir por parte de la Corte, la constituyen los recursos extraordinarios fundados en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias.

Ello nos permite formular dos observaciones de singular importancia a los efectos del tema en cuestión: la primera de ellas, quizás la más grave, resulte el continuo incremento de sentencias arbitrarias dictadas por los tribunales inferiores en los últimos años.

Coincidimos con BIANCHI respecto de que dicho fenómeno excede el ámbito estrictamente jurídico, para transformarse en un problema de graves repercusiones sociales, y que asimismo, afecta la estabilidad del sistema por el que pretende regirse nuestra sociedad.

Nos atrevemos a afirmar también como lo señala dicho jurista, que con las reformas propuestas sólo se atenuarán las consecuencias de dicho problema, más no sus causas, las cuales radican en la existencia de un deficiente servicio de justicia. Su solución requeriría un tratamiento de fondo el cual pasaría ineludiblemente

y sin recurso de parte es viable, entonces, únicamente después de haber recaído en la causa por lo menos una decisión inferior sobre el fondo del asunto, y por supuesto, por razones de real apremio e interés institucional". Germán J. Bidart Campos, *ob. cit.*, en (5).

⁹ Augusto Mario Morello, "Ley 48, Reformas, Avances", *E.D.*, tomo 119, pág. 869.

te por un exigente plan de capacitación profesional, sin dejar de tener en cuenta, claro está, un sustancial incremento de los recursos económicos para poder llevarla a cabo.

No obstante convengamos que se trata de un problema estructural complejo, el cual requeriría un tratamiento ajeno al presente trabajo.

Sin perjuicio de ello, debemos advertir que el sobrecargo de tareas en cabeza de nuestro más alto tribunal reviste el carácter de un problema coyuntural que requiere un urgente tratamiento y solución, más no por ello inadecuada.

Como lo señaláramos anteriormente, el Congreso acaba de sancionar el aumento de miembros de la Corte Suprema de Justicia Federal elevándolo de 5 a 9.

Ello no implica en modo alguno la solución a los problemas que hemos venido enumerando en el presente trabajo; por el contrario, de mantenerse el actual sistema para el estudio de un expediente por parte del Alto Tribunal —el cual detalláramos *ut supra*— ello implicaría el agravamiento de la presente situación.

En realidad las propuestas aquí sugeridas sólo constituyen algunas medidas puntuales respecto del aligeramiento de la labor de la Corte.

Sin embargo consideramos que los problemas que padece nuestro Poder Judicial deben encararse a través de una reforma global, de otra manera sólo estaremos recurriendo a los medios paliativos que sin llegar a solucionar los problemas de fondo sólo significarán parches en un sistema que ya evidencia notorias muestras de ineficacia.

Esta reforma profunda de nuestro sistema judicial es imprescindible para poder cumplir con el objetivo antes señalado de convertir a nuestro sistema judicial en uno de los pilares fundamentales del sistema democrático.

Como dijéramos, la estabilidad del régimen constitucional depende, en buena medida, de que la justicia cumpla con su papel de controlar la constitucionalidad de los actos de gobierno de los otros poderes del Estado, de resguardar los derechos y garantías individuales y de ofrecer, en tiempo oportuno, una instancia última y efectiva de solución pacífica de conflictos entre grupos e individuos.

DOCUMENTO

El presente documento tiene como objetivo principal proporcionar información sobre el desarrollo de la cultura en el país durante el período comprendido entre 1950 y 1960. Se analizará el papel de la literatura, el teatro, el cine y las artes plásticas en la configuración de la identidad cultural de la época. Se abordará también el impacto de los movimientos de renovación cultural y el papel de los intelectuales en la promoción de la cultura popular.

El desarrollo de la cultura en el país durante el período comprendido entre 1950 y 1960 estuvo marcado por una serie de factores que contribuyeron a la configuración de una identidad cultural propia. En primer lugar, el surgimiento de movimientos de renovación cultural, como el "Renacimiento Cultural", que buscaba recuperar los valores tradicionales y promover la cultura popular. En segundo lugar, el papel de los intelectuales, que se comprometieron con la cultura y la literatura, promoviendo la creación de obras que reflejaban la realidad social y política del país. En tercer lugar, el desarrollo de las artes plásticas, el teatro y el cine, que se convirtieron en medios importantes de expresión cultural y de crítica social.

El presente documento fue elaborado por el autor en el mes de mayo del año 1965.

TEXAS vs. JOHNSON *

109 Supreme Court Report 2533 (1989)
21 de Junio de 1989

El Juez Brennan pronunció la opinión de la Corte.
Luego de quemar públicamente una bandera de los Estados Unidos como medio de protesta política, Gregory Lee Johnson fue condenado por profanar una bandera, en violación a la ley de Texas. Este caso presenta el interrogante de si la condena es compatible con la Enmienda Primera. Sostenemos que no lo es.

I

Durante el desarrollo de la Convención Nacional Republicana, en Dallas, en 1984, el apelado Johnson participó de una manifestación política apodada "La cruzada de recaudación (para la guerra) republicana". Como se explicaba en literatura distribuida por los manifestantes y en discursos dados por los mismos, el propósito de dicho acontecimiento era protestar por las políticas de la administración Reagan y de determinadas empresas con sede en Dallas. Los manifestantes marcharon a través de las calles de Dallas cantando consignas políticas y deteniéndose en varias empresas para representar "aparecidos" con la intención de dramatizar las consecuencias de la guerra nuclear. En varias ocasiones, pintaron con aerosol las paredes de los edificios y voltearon

* Traductor: Dr. Alberto B. Bianchi.

ron maceteros, pero el propio Johnson no intervino en dichas actividades. Sin embargo, aceptó una bandera de los Estados Unidos de manos de un compañero que protestaba, que la había tomado de un mástil que se hallaba fuera de los edificios que constituían su objetivo.

La manifestación terminó frente a la municipalidad de Dallas, donde Johnson desplegó la bandera de los Estados Unidos, la roció con kerosene y le prendió fuego. Mientras la bandera se quemaba, los que protestaban gritaban "Estados Unidos, el rojo, el blanco y el azul, escupimos sobre ti" (Nota: en inglés, la consigna rima: "*América, the red, the white, the blue, we spit on you*"). Una vez que los manifestantes se dispersaron, un testigo de la quema de la bandera recogió los restos de la misma y los enterró en el fondo de su casa. Nadie fue lastimado o amenazado de serlo, si bien algunos testigos declararon que habían sido gravemente ofendidos por la quema de la bandera.

De los aproximadamente 100 manifestantes, sólo se acusó a Johnson de haber cometido un delito. El único delito penal del cual se lo acusó fue la profanación de un objeto venerado, en violación del Código Penal Anotado de Texas Pt 42.09(a) (3) (1989). Luego de un juicio, se lo condenó a un año de prisión y a una multa de 2.000 dólares. La Cámara de Apelaciones correspondiente al Quinto Distrito de Texas en Dallas confirmó la condena de Johnson, 706 S.W.2d. 120 (1986), pero la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Texas anuló la sentencia, 755 S.W.2d. 92 (1988), sosteniendo —en compatibilidad con la Enmienda Primera— que el estado no podía castigar a Johnson por quemar la bandera en dichas circunstancias.

La Cámara de Apelaciones en lo Penal comenzó por reconocer que la conducta de Johnson era lenguaje simbólico amparado por la Enmienda Primera: "Dado el contexto de una manifestación organizada con alocuciones, consignas y distribución de literatura, cualquiera que haya observado la actitud del apelante habrá entendido el mensaje que éste intentaba transmitir. El acto por el cual se condenó al apelante fue evidentemente 'lenguaje', contemplado por la Enmienda Primera." Id., en 95. Para justificar la condena de Johnson por involucrarse en lenguaje simbólico, el estado alegó dos intereses: conservar la bandera como

símbolo de unidad nacional y evitar quebrantamientos de la paz. La Cámara de Apelaciones en lo Penal afirmó que ninguno de los intereses sustentaba su condena.

Reconociendo que esta Corte aún no había dictaminado si el gobierno puede penar la profanación de la bandera a fin de preservar el valor simbólico de la misma, la Cámara de Texas extrajo sin embargo como conclusión que nuestra decisión en el caso "West Virginia Board of Education v. Barnette", 319 US 624, 63 S.Ct. 1178, 87 L. Ed. 1628 (1943), sugería que fomentar este interés restringiendo el lenguaje era impermissible. "Admitiendo que el derecho a disentir es el centro de nuestras libertades contenidas en la Enmienda Primera", explicaba la Cámara, "un gobierno no puede decretar un sentimiento de unidad en sus ciudadanos. Por lo tanto, ese mismo gobierno no puede adueñarse de un símbolo de unidad y prescribir una serie de mensajes aprobados asociados a dicho símbolo cuando no puede decretar la jerarquía o el sentimiento que el símbolo trata de representar". 755 S.W.2d. en 97. Observando que el estado no había demostrado que la bandera se hallara en "peligro grave e inminente" (Barnette, supra, en 639, 63 S. Ct. en 1185) de ser despojada de su valor simbólico, la Cámara de Texas también decidió que la jerarquía especial de la bandera no se vio en peligro por la conducta de Johnson (755 S.W.2d. en 97).

En cuanto al propósito del estado de evitar quebrantamientos de la paz, la Cámara extrajo como conclusión que la ley sobre profanación de la bandera no estaba redactada tan minuciosamente como para abarcar sólo las quemaduras de bandera que probablemente provoquen un grave disturbio de la paz. Y, en realidad, la quema de la bandera en este caso en particular no amenazó con dicha reacción. "Se produjo una grave ofensa", admitió la Cámara, "pero no existió quebrantamiento de la paz ni el expediente refleja que la situación fuese potencialmente explosiva. No se puede igualar 'la ofensa grave' con la incitación a quebrantar la paz". Id., en 96. La Cámara también remarcó que otra ley de Texas, Código Penal Anotado de Texas Pt 42.01 (1989), prohibía quebrantamientos de la paz. Al citar el caso "Boos v. Barry", 485 US 312, 108 S. Ct. 1157, 99 L. Ed. 2d 333 (1988), la Cámara decidió que el artículo 42.01 demostraba la capacidad de

Texas para evitar disturbios de la paz, sin castigar esta profanación de la bandera. 755 S.W.2d. en 96.

Dado que anuló la condena de Johnson fundamentándose en que el artículo 42.09 era inconstitucional según se le aplicara, la Cámara del estado desestimó el alegato de Johnson acerca de que la ley era lisa y llanamente inconstitucional, vaga y sobredimensionada. Emitimos auto de avocación, 488 US, 109 S. Ct. 257, 102 L. Ed. 246 (1988), y ahora confirmamos la sentencia.

II

A Johnson se lo condenó por profanar la bandera a causa de quemarla, más que a causa de proferir insultos. Este hecho complica en parte nuestra consideración de su condena de acuerdo con la Enmienda Primera. Ante todo debemos determinar si la quema de la bandera por parte de Johnson constituyó conducta expresiva que le permitiera invocar la Enmienda Primera para objetar su condena. Ver, por ejemplo, caso "Spence v. Washington", 418 US 405, 409-411, 94 S. Ct. 2727, 2729-31, 41 L.Ed. 2d 842 (1974). Si su conducta fue expresiva, luego debemos decidir si la norma del estado está relacionada con la supresión de la libre expresión. Ver, por ejemplo, caso "United States v. O'Brien", 391 US 367, 377, 88 S. Ct. 1673, 1679, 20 L.Ed.2d 672 (1968); Spence, *supra*, en 414, n. 8 94 S. Ct. en 2732 n. 8. Si la norma del Estado no está relacionada con la expresión, entonces rige la norma menos estricta que anunciamos en el caso "United States v. O'Brien" para reglamentaciones de la conducta no comunicativa. Ver O'Brien, *supra*, en 377, 88 S. Ct. en 1679. Si lo es, estamos fuera de la prueba O'Brien, y debemos averiguar si dicho interés justifica la condena de Johnson de acuerdo con una norma más exigente. Ver Spence, *supra*, en 411, 94 S. Ct., en 2730. Una tercer posibilidad es que el interés alegado por el estado sencillamente no tenga que ver con estos hechos y, en dicha situación, el interés no viene al caso. Ver 418 US, en 414, n. 8, 94 S. Ct. en 2732.

1.2. La enmienda Primera prohíbe literalmente la limitación sólo del "lenguaje", pero durante mucho tiempo hemos reconocido que su protección no termina en la palabra hablada o escrita. Si bien hemos rechazado "la opinión de que una variedad

inmensamente ilimitada de conductas puede ser rotulada de "lenguaje" toda vez que la persona que participa de la conducta intenta expresar una idea a través de la misma", caso "United States v. O'Brien" *supra*, en 376, 88 S. Ct., en 1678, hemos reconocido que la conducta puede estar "suficientemente imbuída de elementos de comunicación comprendidos en el alcance de las Enmiendas Primera y Decimocuarta". Spence, *supra*, en 409, 94 S. Ct., en 2730.

Al decidir si una conducta en particular posee suficientes elementos de comunicación para hacer entrar en juego a la Enmienda Primera, hemos averiguado si "existió una intención de transmitir un mensaje individualizado y si existió gran probabilidad de que el mensaje fuese entendido por los que lo visualizaron". 418 US, en 410-411, 94 S. Ct., en 2730. De allí que hayamos reconocido la naturaleza expresiva del hecho de que los estudiantes vistieran brazaletes negros para protestar contra la participación militar de los Estados Unidos en Vietnam, caso "Tinker v. Des Moines Independent Community School District", 393 US 503, 505, 89 S. Ct. 733, 735, 21 L.Ed. 2d 731 (1969); de una ocupación pacífica por parte de negros en un área "exclusiva para blancos" a fin de protestar contra la segregación, caso "Brown v. Louisiana", 383 US 131, 141-142, 86 S. Ct. 719, 723-24, 15 L. Ed. 2d 637 (1966); de que se vistieran uniformes militares de los Estados Unidos en una representación dramática en la que se criticaba la participación de los Estados Unidos en Vietnam, caso "Schacht v. United States", 398 US 58, 90 S. Ct. 1555, 26 L.Ed.2d 44 (1979); y de realizar piquetes de huelga por una gran variedad de causas, ver por ejemplo, "Food Employees v. Logan Valley Plaza Inc." 391 US 308, 313-314, 88 S. Ct. 1601, 1605-06 20 L.Ed.2d 603 (1968); caso "United States v. Grace" 461 US 171, 176, 103 S. Ct. 1702, 1706, 75 L.Ed.2d. 736 (1983).

Son especialmente pertinentes a este caso nuestros fallos en los que se reconoce la naturaleza comunicativa relativa a las banderas. Fijación de una señal de Paz en la bandera, caso Spence, *supra*, en 409-410, 94 S. Ct., en 2729-30; saludo a la bandera, caso Barnette, 319 US en 632, 63 S. Ct., en 1182; y exhibición de una bandera roja, caso "Stromberg v. California", 283 US 359, 368-369, 51 S. Ct. 532, 535-36, 75 L.Ed. 1117 (1931); hemos

sostenido que todos éstos estaban amparados por la Enmienda Primera. Ver también caso "Smith v. Goguen", 415 US 566, 588, 94 S. Ct., 1242, 1254, 39 L.Ed.2d 605 (1974) (el juez WHITE emitió un voto concurrente) (el hecho de tratar a la bandera "desdeñosamente" usando pantalones con pequeñas banderas cosidas en sus fondillos es conducta expresiva). No es sorprendente que nos haya costado identificar un elemento expresivo en la conducta relativa a las banderas. El verdadero propósito de una bandera nacional es servir de símbolo de nuestro país; se podría decir que es "la única manifestación visible de doscientos años de independencia". Id., en 603, 94 S. Ct., en 1262 (juez REHNQUIST, en disidencia). Así, hemos observado lo siguiente:

"El saludo a la bandera es una forma de expresión. El simbolismo es una forma primitiva pero eficaz de comunicar ideas. El uso de un emblema o una bandera para simbolizar algún sistema, alguna idea, institución o personalidad, es un atajo que va de mente en mente. Causas y naciones, partidos políticos, logias y grupos eclesiásticos buscan enlazar la lealtad de sus seguidores con una bandera o un estandarte, a un color o diseño". Caso *Barnette*, supra, en 632, 63 S. Ct., en 1182. Llena de contenido expresivo, la bandera significa esta Nación tanto como lo hace la combinación de letras en la palabra "Estados Unidos de América".

3.4. Sin embargo, no hemos extraído como conclusión automáticamente que cualquier acción tomada con respecto a nuestra bandera sea expresiva. En cambio, al caracterizar dicha acción a los fines de la Enmienda Primera, hemos considerado el contexto en el cual ésta se produjo. Por ejemplo, en el caso *Spence*, hemos enfatizado que la adhesión por parte de *Spence* de una señal de paz a su bandera fue "aproximadamente simultánea a la incursión en Camboya y la tragedia del estado de Kent y admitidamente provocada por las mismas". 418 US, en 410, 94 St. Ct., en 2730. En realidad, el estado de Washington había admitido que la conducta de *Spence* era una forma de comunicación y establecimos que "el reconocimiento por parte del estado es inevitable en este expediente". Id., en 409, 94 S. Ct., en 2730.

El estado de Texas admitió a los fines de su alegato oral en este caso, que la conducta de *Johnson* fue conducta expresiva,

Fr. el Oral Arg. 4, y este reconocimiento nos parece tan prudente como lo fue el de Washington en el caso Spence. Johnson quemó una bandera de los Estados Unidos como parte —en realidad, como culminación— de una manifestación política que coincidió con la Convención del Partido Republicano y la nueva postulación de Ronald Reagan como Presidente. La naturaleza expresiva, abiertamente política de esta conducta fue tanto intencional como abrumadoramente aparente. En su juicio, Johnson explicó las razones que lo llevaron a quemar la bandera, de la siguiente manera: "La bandera de los Estados Unidos se quemó mientras Ronald Reagan era nuevamente postulado como Presidente. Y en dicho momento no se pudo haber hecho una declaración más poderosa en lenguaje simbólico, esté de acuerdo o no. Es una posición (yuxtaposición) bastante legítima. Tuvimos un nuevo patriotismo y no patrioterismo". 5 Expediente 656. En estas circunstancias, la quema de la bandera por parte de Johnson fue conducta "suficientemente imbuída de elementos de comunicación", caso Spence, 418 US, en 409, 94 S. Ct., en 2730, como para hacer entrar en juego a la Enmienda Primera.

III

5. El gobierno generalmente posee una autoridad más libre (discrecional) para restringir la conducta expresiva que para restringir la palabra escrita o hablada. Ver caso O'Brien, 391 US en 376-377, 88 S. Ct., en 1678-1679; caso "Clark v. Community for creative Non-Violence", 468 US 288, 293, 104 S. Ct., 3065, 3068, 82 L.Ed.2d 221 (1984); caso "Dallas v. Stanglin", 490 US 199, 109 S. Ct., 1591, 1594, 104 L.Ed.2d 18 (1989). Sin embargo, no puede proscribir la conducta individual porque posea elementos expresivos. "Lo que podría llamarse la garantía de libertad de expresión más generalizada hace que la naturaleza comunicativa de la conducta sea una base inadecuada para individualizar dicha conducta a los fines de proscribirla. Una ley dirigida a la naturaleza comunicativa de la conducta debe —al igual que una ley dirigida al propio lenguaje— justificarse mediante la demostración material de necesidad que la Enmienda Primera requiere". Caso "Community for Creative Non-Violence v. Watt",

227 U.S. App. D. C. 19, 5-56, 703 F. 2d. 586, 622-623 (1983) (el juez Scalia disintió), revisado bajo la carátula "Clark contra Comunidad para la no violencia creativa", 468 US 288, 104 S. Ct., 3065, 82 L.Ed.2d 21 (1984) (énfasis en el original). En pocas palabras, no es simplemente la naturaleza verbal o no verbal de la expresión, sino el interés gubernamental en juego, lo que ayuda a determinar si una restricción sobre dicha expresión es válida.

Así, si bien hemos reconocido que cuando se combinan elementos "verbales" y "no verbales" en el mismo curso de la conducta, un interés gubernamental suficientemente importante en regular el elemento no verbal puede justificar limitaciones incidentales sobre las libertades de la Enmienda Primera, caso O'Brien, *supra*, en 376, 88 S. Ct., en 1678; hemos limitado la aplicabilidad de la norma O'Brien relativamente indulgente a aquellos casos en los que "el interés gubernamental no está relacionado con la supresión de la libre expresión". Id., en 377, 88 S. Ct., en 1679; ver también caso Spence, 418 US, en 414, n. 8, 94 S. Ct., en 2732, n. 8. Además, al establecer que la prueba O'Brien "en el último análisis es apenas diferente —cuando lo es— de la norma aplicada a restricciones de tiempo, lugar o maneras", caso Clark, *supra*, en 298, 104 S. Ct., en 3071, hemos destacado el requerimiento de que el interés gubernamental en cuestión no esté relacionado con la expresión, a los fines de ser considerado menos exigente de acuerdo con la norma de O'Brien.

Por lo tanto, a fin de decidir si la prueba O'Brien se aplica aquí, debemos decidir si Texas ha alegado un interés que sustente la condena de Johnson, que no esté relacionado con la supresión de la expresión. Si hallamos que un interés alegado por el estado sencillamente no tiene que ver con los hechos que se nos presentan, no es necesario que averigüemos si se aplica la prueba O'Brien. Ver Spence, *supra*, en 414, n. 8, 94 S. Ct., en 2732, n. 8. El estado ofrece dos intereses distintos para justificar esta condena: evitar quebrantamientos de la paz y preservar la bandera como símbolo de independencia y unidad nacional. Sostenemos que el primer interés no viene al caso en este expediente y que el segundo está relacionado con la supresión de la expresión.

6.7. Texas sostiene que su interés en evitar quebrantamientos de la paz justifica la condena de Johnson por profanación de la bandera. De todas maneras, realmente no se produjeron perturbaciones de la paz ni existió amenaza de ello en razón de la quema de la bandera por parte de Johnson. Si bien el estado recalca el comportamiento destructor de los que protestaban durante su marcha hacia la Municipalidad, alegato escrito por el recurrente 34-36, dicho estado admite que "no se produjo quebrantamiento efectivo de la paz en el momento en que se quemó la bandera o en respuesta a la quema de la bandera". Id., en 34. El énfasis del estado en las acciones de desorden de los que protestaban antes de llegar a la Municipalidad no sólo es algo sorprendente —dado que no se produjeron acusaciones en base a esta conducta— sino que no logra demostrar que la perturbación de la paz fuese una reacción probable de la conducta de Johnson. La única prueba ofrecida por el estado en el juicio para demostrar la reacción provocada por las acciones de Johnson, consistió en el testimonio de varias personas que fueron gravemente ofendidas por la quema de la bandera Id., en 6-7.

Por lo tanto, la posición del estado importa afirmar que es probable que un auditorio que se ofende gravemente por una expresión individual, necesariamente perturbe la paz y que la expresión puede prohibirse en base a esto. Nuestros precedentes no favorecen dicha presunción. Por el contrario, éstos reconocen que una "función principal de la libertad de palabra acorde con nuestro sistema de gobierno, es invitar a la controversia. En realidad, puede servir mejor su alto fin cuando induce a un estado de desorden, crea insatisfacción por las condiciones existentes o hasta fomenta el enojo popular". Caso "Terminiello v. Chicago", 337 US 1, 4, 69 S. Ct., 894, 896, 93 L.Ed. 1131 (1949). Ver también caso "Cox v. Louisiana", 379 US 536, 551, 85 S. Ct. 453, 462, 13 L.Ed.2d 471 (1965); caso "Tinker v. Des Moines Independent School District" 393 US, en 508-509, 89 S. Ct., en 137-38; caso Coates v. Cincinnati, 402 US, 611, 615, 91 S. Ct., 1686, 1689, 29 L.Ed. 2d 214 (1971); caso "Hustler Magazine Inc. v. Falwell", 485 US 46, 55-56, 108 S. Ct. 876, 99 L.Ed.2d 41(1988).

En realidad, sería tan extraño extraer como conclusión que "si es la opinión del portavoz la que ofende, la consecuencia de ello sea una razón para otorgarle amparo constitucional, caso "FCC v. Pacifica Foundation", 438 US 726, 745, 98 S. Ct. 3026, 3038, 57 L.Ed.2d 1073 (1978) (voto del juez Stevens) como que el gobierno puede prohibir la expresión de determinadas ideas desagradables bajo la presentación no sustentada de que la gran desagradabilidad de las mismas provoca violencia.

De esta forma, no le hemos permitido al gobierno suponer que toda expresión de una idea provocativa incite al desorden, pero en cambio hemos requerido una cuidadosa consideración de las reales circunstancias que rodearon dicha expresión, averiguando si la expresión "está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilegal y si es probable que incite a dicha acción o la produzca". Caso "Brandenburg v. Ohio", 395 US 444, 447, 89 S. Ct. 1827, 1829, 23 L.Ed.2d 430 (1969) (revisión de las circunstancias que rodearon a una reunión y alocuciones del Ku Kluz Klan). Aceptar los alegatos de Texas de que éste sólo necesita demostrar "la posibilidad de un quebrantamiento de la paz", alegato escrito por el recurrente 37, y de que toda quema de la bandera abriga necesariamente dicha posibilidad, sería desentrañar lo que hemos sostenido en el caso Brandenburg. Y esto, nos negamos a hacerlo.

Tampoco entra la conducta expresiva de Johnson en la pequeña categoría de "palabras ofensivas" que "probablemente provoquen el agravio de un individuo común y causen de esta forma un quebrantamiento de la paz". Caso "Chaplinsky v. New Hampshire", 315 US 568, 574, 62 S. Ct. 766, 770, 86 L.Ed 1031 (1942). Ningún observador razonable hubiera considerado la expresión de insatisfacción generalizada de Johnson por las políticas del gobierno federal como un insulto personal directo o una invitación a intercambiar golpes de puños. Ver *íd.*, en 572-573, 62 S. Ct. en 769-770; caso Cantwell v. Connecticut, 310 US 296, 309, 60 S. Ct. 900 905-06, 84 L.Ed. 1213 (1940); caso FCC contra Pacifica Foundation, *supra*, en 745, 98 S. Ct. en 3038 (voto del juez Stevens).

De esta forma extraemos como conclusión que el interés del estado por mantener el orden no hace a estos hechos. El esta-

do no debe preocuparse de que nuestro juzgamiento lo inhabilite para preservar la paz. No sugerimos que la Enmienda Primera prohíbe a un estado evitar una "inminente acción ilegal" Caso *Brandenburg, supra*, en 447, 89 S. Ct. en 1829. Y, en realidad Texas ya posee una ley que específicamente prohíbe quebrantamientos de la paz, Tex. Penal Code Ann. Pt 42.01 (1989), la cual tiende a confirmar que no es necesario que Texas castigue esta profanación de la bandera a fin de mantener la paz. Ver caso "*Boos v. Barry*", 485 US, en 327-329, 108 S. Ct., en -,-

B

El estado también sostiene un interés en preservar la bandera como símbolo de independencia y unidad nacional. En el caso *Spence*, reconocimos que el interés del gobierno en preservar el valor simbólico especial de la bandera "está directamente relacionado con la expresión en el contexto de la actividad" tal como fijar un símbolo de paz a una bandera, 418 US, en 414, n.8, 94 S. Ct. en 2732, n. 8. Estamos igualmente persuadidos de que este interés está relacionado a la expresión en el caso de la quema de la bandera de Johnson. Aparentemente, al estado le preocupa que dicha conducta lleve a la gente a creer que la bandera no representa independencia y unidad nacional, sino que en cambio refleja otros conceptos menos positivos, o que los conceptos reflejados en la bandera en realidad no existen, es decir, que no disfrutamos de la unidad como Nación. Estas preocupaciones prosperan sólo cuando el tratamiento que una persona hace de la bandera comunica un mensaje y de esta forma están relacionadas con "la supresión de la libre expresión" dentro del significado del caso *O'Brien*. Por lo tanto, estamos totalmente fuera de la prueba *O'Brien*.

IV

8. Queda por considerar si el interés del estado en preservar la bandera como símbolo de independencia y unidad nacional justifica la condena de Johnson.

Como en el expediente *Spence*, "estamos frente a un caso de procesamiento por la expresión de una idea a través de la ac-

tividad", y "por consiguiente, debemos examinar con particular cuidado los intereses alegados por el recurrente para sustentar la acción penal iniciada". 418 US, en 411, 94 S. Ct. en 2730. Agregamos que Johnson no fue procesado por la expresión de cualquier idea; fue procesado por su expresión de insatisfacción por las políticas de su país, expresión situada en la esencia de nuestros valores contenidos en la Enmienda Primera. Ver, por ejemplo, caso "Boss v. Barry", *supra*, en 318, 108 S. Ct. en -; caso "Frisby v. Schultz", 487 US -, 108 S. Ct. 2495, 101 L.Ed.2d 420 (1988).

Además, Johnson fue procesado porque él sabía que su expresión con carga política causaría una "grave ofensa". Si hubiera quemado la bandera como medio de deshacerse de la misma porque estaba sucia o desgarrada, no se lo hubiera condenado por profanar la bandera de acuerdo con esta ley de Texas: la ley federal designa a la quema como el medio preferente para deshacerse de una bandera "cuando la misma se encuentra en un estado tal que deja de ser un emblema adecuado para exhibirse", 36 USC Pt 176 (k), y Texas no critica esta forma de deshecho. Alegato escrito por el recurrente 45. De esta forma la ley de Texas no apunta a proteger la integridad física de la bandera en todas las circunstancias, sino que está destinada a protegerla sólo contra daños que causen grave ofensa a terceros. Texas sostiene otro tanto: "El artículo 42.09 (b) alcanza sólo a los actos graves de abuso físico de la bandera, llevados a cabo en forma probablemente ofensiva. La ley regula el abuso intencional o a sabiendas, es decir, la clase de maltrato que no es inocente, sino más bien intencionalmente destinado a ofender gravemente a otros individuos". *Id.* en 44.

Determinar si el tratamiento que Johnson dio a la bandera violó la ley de Texas, dependió así del impacto probablemente comunicativo de su conducta expresiva. Nuestro fallo en el caso "Boos v. Barry", *supra*, nos indica que esta restricción en la expresión de Johnson está basada en el contenido. En el caso Boos, hemos considerado la constitucionalidad de una ley que prohibía "la presentación de cualquier signo dentro de los 500 pies de una embajada extranjera, si dicho signo tendía a provocar el 'odio público' o el 'des crédito público' de ese gobierno extranjero". *Id.* en 315, 108 S. Ct. en 1160. Al rechazar el alegato de que la ley

era neutral con respecto al contenido porque estaba justificada por "nuestra obligación de derecho internacional de proteger a los diplomáticos contra las palabras que ofendan su dignidad", *id.*, en 320, 108 S. Ct. en 1163, hemos sostenido que "el impacto emotivo de las palabras sobre su auditorio no es un efecto secundario", independiente del contenido de la propia expresión. *Id.* en 321, 108 S. Ct. en 1164, (voto de la mayoría); ver también *id.* en 334, 108 S. Ct. en 1171 (juez Brennan, adhiere parcialmente y adhiere al fallo).

De acuerdo con los principios enunciados en el caso *Boos*, la expresión política de Johnson fue restringida en razón del contenido del mensaje que transmitía. Por lo tanto, debemos someter el interés alegado por el estado en preservar el carácter simbólico especial de la bandera, a "la más minuciosa inspección". Caso "*Boos v. Barry*" 485 US, en 321, 108 S. Ct. en 1164.

Texas alega que su interés en preservar la bandera como símbolo de independencia y unidad nacional sobrevive a este estrecho análisis. Buscando extensamente citas de los escritos de esta Corte para hacer una crónica de la función histórica y simbólica de la bandera en nuestra sociedad, el estado enfatiza el "lugar especial" reservado a la bandera en nuestra Nación. Alegato por el recurrente 22, donde se cita caso *Smith v. Goguen*, 415 US, en 601, 94 S. Ct. en 1261 (juez Rehnquist, en disidencia). El alegato del estado no es que tenga un interés sencillamente en mantener la bandera como símbolo de algo, independientemente de lo que simbolice; en realidad, si esa fuera la posición del estado, sería difícil ver cómo queda este interés en peligro por una conducta altamente simbólica como la de Johnson. En cambio, el estado afirma que tiene un interés en preservar la bandera como símbolo de independencia y unidad nacional, símbolo con una determinada variedad de mensajes. Alegato por el recurrente 20-24. Según Texas, si uno trata físicamente a la bandera de forma tal que se tienda a poner en duda que la idea de independencia y la de unidad nacional sean los referentes de la misma o bien que realmente exista unidad nacional, el mensaje así transmitido es perjudicial y por lo tanto, puede prohibirse.

9.10. Si existe un principio fundamental que subyace en la

Enmienda Primera, es precisamente que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea sencillamente porque la sociedad encuentre dicha idea de por sí ofensiva o desagradable. Ver, por ejemplo, "Hustler Magazine v. Dalwell", 485 US, en 55-56, 108 S. Ct. en -; caso "City Council of Los Angeles v. Taxpayer for Vincent", 466 US 789, 804, 104 S. Ct. 2118, 2128, 80 L. Ed2d (1984); "Bolger v. Young Drug Products Corp", 463 US 60, 65, 72, 103 S. Ct. 2875, 2879, 2883, 77 L. Ed.2d 469 (1983); "Carey v. Brown", 447 US 455, 462-463, 100 S. Ct. 2286, 2291, 65 L. Ed.2d 263 (1980); "FCC v. Pacifica Foundation", 438 US, en 745-746, 98 S. Ct. en 3038; "Young v. American Mini Theatres" nc. 427 US 50, 63-65, 67-68, 96 S. Ct. 2440, 2448-2450, 2450-2451, 49 L. Ed.2d 310 (1976) (voto de la mayoría); "Buckley v. Valeo", 424 US, 16-17, 96 S. Ct. 612, 633-634, 46 L. Ed.2d 659 (1976); "Grayned v. Rockford", 408 US 104, 115, 92 S. Ct. 2294, 2302-2303, 33 L. Ed.2d 222 (1972); "Police Department of Chicago v. Mosley", 408 US 92, 95, 92 S. Ct. 2286-2289, 33 L. Ed.2d 212 (1972); "Bachellar v. Maryland", 397 US 564, 567, 90 S. Ct. 1312, 1314, 25 L. Ed.2d 570 (1970); O'Brien, 391 US, en 382, 88 S. Ct. en 1681; "Brown v. Louisiana", 383 US, en 142-143, 86 S. Ct. en 724-725; "Stromberg v. California", 283 US, en 368-369, 51 S. Ct. en 535-536.

No hemos reconocido una excepción a este principio, aún cuando esté en juego nuestra bandera. En el caso *Street v. New York*, 394 US 576, 89 S. Ct. 1354, 22 L. Ed.2d 572 (1969), hemos sostenido que un estado no puede penar a una persona por pronunciar palabras críticas de la bandera. Rechazando el alegato de que la condena podría sustentarse en el fundamento de que *Street* "no había logrado demostrar el respeto por nuestro símbolo nacional que debidamente puede requerirse de cada ciudadano", hemos extraído como conclusión que "la libertad garantizada por la constitución de ser intelectualmente distintos o aún contrarios, y el derecho a diferir en cuanto a las cosas que llegan al corazón del orden existente, abarcan la libertad de expresar públicamente las opiniones propias acerca de nuestra bandera, incluyendo las opiniones que sean insolentes o despectivas". *Id.* en 593, 89 S. Ct. en 1366, citando caso *Barnette*, 319 US, en 642, 63 S. Ct. en 1187. Hemos sostenido que tampoco puede

el gobierno imponer una conducta que demuestre respeto por la bandera. "Para mantener el saludo obligatorio a la bandera es necesario que digamos que la Declaración de Derechos, que ampara el derecho del individuo a expresar su opinión, dejó al arbitrio de las autoridades públicas el hecho de obligarlo a pronunciar lo que no piensa". Id. en 634, 63 S. Ct. en 1183.

Al sostener en el caso *Barnette* que la Constitución no dejó esta conducta a merced del gobierno, el juez Jackson describió uno de los principios definidores de nuestra sociedad en palabras que merecen ser repetidas: "Si existe una estrella fija en nuestra constelación constitucional, es precisamente que ningún funcionario, de cualquier jerarquía, puede prescribir lo que será ortodoxo en política, nacionalismo, religión o cualquier otra materia opinable u obligar a los ciudadanos a confesar, mediante la palabra o la acción, su fe en aquéllos". Id. en 642, 63 S. Ct. en 1187. En el caso *Spence*, hemos sostenido que el mismo interés alegado por Texas en este expediente fue insuficiente para sustentar la condena penal de acuerdo con una ley sobre el mal uso de la bandera por la adhesión de una señal de paz a una bandera de los Estados Unidos. "Dado el carácter protegido de la expresión de *Spence* y en vista de que ninguno de los intereses que el estado pueda tener en preservar la integridad física de una bandera de propiedad privada se vio significativamente perjudicado por estos hechos, hemos juzgado que la condena debe anularse". 418 US en 415, 94 Ct. en 2732. Ver también *Goguen*, 415 US, en 588, 94 S. Ct. en 1254 (juez *WHITE*, quien se unió al fallo) (condenar a una persona que cosió una bandera a los fondillos de sus pantalones por tratamiento "desdeñoso" de la misma, sería "condenar no para proteger la integridad física o para proteger contra actos que interfieran con el debido uso de la bandera, sino para castigar la comunicación de ideas inaceptables para la mayoría gobernante en la legislatura").

Para resumir, nada de lo contenido en nuestros precedentes sugiere que un estado pueda fomentar su propia opinión de la bandera prohibiendo la conducta expresiva con relación a la misma. Para producir su alegato fuera de nuestros precedentes, Texas intenta convencernos de que si aún cuando su interés en preservar la función simbólica de la bandera no le permita prohibir

palabras o alguna conducta expresiva crítica de la bandera, sí le permite prohibir la franca destrucción de la bandera. El alegato del estado no puede depender aquí de la distinción entre palabras escritas u orales y conducta no verbal. Hemos demostrado que dicha distinción carece de importancia cuando la conducta que verbal es expresiva, como lo es aquí, y cuando la conducta no de dicha conducta tiene que ver con la expresión, como ocurre en este caso. Ver *supra*, en 2538-2539. Además, tanto el caso *Barnette* como el caso *Spence* tenían que ver con la conducta expresiva —no sólo con la comunicación verbal— y en ambos se halló que dicha conducta estaba amparada.

Además, el enfoque de Texas sobre la precisa naturaleza de la expresión de Johnson, olvida el punto de nuestros fallos anteriores: la lección permanente de los mismos acerca de que el gobierno no puede prohibir la expresión simplemente porque no esté de acuerdo con su mensaje, no depende del modo en particular que se elija para expresar la idea. Si sostuviéramos que un estado puede prohibir la quema de la bandera cuando existe la posibilidad de que tal hecho ponga en peligro la función simbólica de la bandera, pero que puede permitirla cuando tal hecho promueva dicha función —como ocurre por ejemplo cuando una persona quema ceremoniosamente una bandera sucia— estaríamos diciendo que cuando llega el momento de dañar la integridad física de la bandera, la propia bandera puede ser usada como símbolo —en reemplazo de la palabra escrita o hablada o como “atajo que va de mente en mente”— sólo en una dirección. Estaríamos permitiéndole a un estado “prescribir lo que es ortodoxo” al decir que se puede quemar la bandera para transmitir la actitud de uno hacia la misma y hacia sus referentes, sólo si no ponemos en peligro la independencia y unidad nacional que la bandera representa.

Nunca antes hemos sostenido que el gobierno puede asegurar el uso de un símbolo para expresar sólo una opinión de dicho símbolo o de sus referentes. En realidad, en *Schacht v. United States* invalidamos una ley federal que permitía que un actor que personificaba a un miembro de una de nuestras fuerzas armadas “use el uniforme de dicha fuerza armada si la personificación no tiende a desacreditar dicha fuerza armada”. 398 US, en 60, 90

S. Ct. en 1557, donde se cita 10 USC Pt 772 (f). Sostenemos que esta condición, "que les da a los estadounidenses la libertad de elogiar la guerra de Vietnam pero que puede enviar a personas como Schacht a prisión por oponerse a la misma, no puede sobrevivir en un país que posee la Enmienda Primera". Id. en 63, 90 S. Ct. en 1559.

No percibimos una base que sostenga que el principio que subyace en nuestro fallo del caso Schacht no se aplique a este caso. Extraer como conclusión que el gobierno puede permitir que los símbolos designados se utilicen para comunicar sólo un conjunto limitado de mensajes, sería ingresar a un territorio que no posee límites discernibles o defendibles. ¿Podría el gobierno, en base a esta teoría, prohibir la quema de las banderas de los estados? ¿De copias del sello Presidencial? ¿De la Constitución? ¿Al evaluar estas elecciones de acuerdo con la Enmienda Primera, de qué manera decidiríamos cuáles son los símbolos suficientemente especiales que garantizan esta condición exclusiva? Para hacerlo, nos veríamos obligados a consultar nuestras propias preferencias políticas e imponerlas a la ciudadanía, justamente lo que la Enmienda Primera nos prohíbe. Ver "Carey v. Brown", 447 US, en 466-467, 100 S. Ct. en 2293-2294.

Además, nada indica —ni el texto de la Constitución ni nuestros casos de interpretación— que exista una categoría jurídica distinta para la bandera de los Estados Unidos solamente. En realidad, no nos sorprendería saber que las personas que estructuraron nuestra Constitución y redactaron la Enmienda que ahora interpretamos, no fueran conocidos por su reverencia hacia la "Unión Jack" (bandera con el emblema que representa la unión de los estados). La Enmienda Primera no garantiza que otros conceptos virtualmente sagrados para nuestra Nación en su conjunto —tales como el principio de que la discriminación racial es odiosa y destructiva— no sean cuestionados en el terreno de las ideas. Ver "Brandenburg v. Ohio" 395 US 444, 89 S. Ct. 1827, 23 L.Ed.2d 430 (1969). Por lo tanto, nos negamos a crear para la bandera una excepción a la justa de principios amparados por la Enmienda Primera.

No objetamos los fines del estado, sino sus medios. No puede negarse que exista un lugar especial reservado para la bandera

en esta Nación, y de esta forma, no dudamos en que el gobierno tenga un interés legítimo en esforzarse por "preservar la bandera nacional como símbolo puro de nuestro país". Caso Spence, 418 US, en 412, 94 S. Ct. en 2731. Rechazamos la sugerencia, adelantada en el alegato oral por parte del representante legal de Johnson, de que el gobierno carece de "un interés estadual" en reglamentar la forma en que se exhibe la bandera. *Tr. of Oral Arg.* 38. Por ejemplo, el Congreso sancionó reglamentaciones precautorias que describen el tratamiento correcto de la bandera, ver 36 USC PtPt 173-177, y no ponemos en duda la legitimidad de su interés en realizar dichas recomendaciones. Sin embargo, decir que el gobierno tiene un interés en alentar el tratamiento correcto de la bandera, no es decir que pueda penar a una persona por quemar una bandera como medio de protesta política. "No se cuestiona la unidad nacional como un fin que los funcionarios pueden alentar mediante persuasión y ejemplo. El problema radica en determinar si bajo nuestra Constitución, la compulsión —tal como aquí se la aplica— es un medio permisible para su logro". Caso Barnette, 319 US en 640, 63 S. Ct. en 1186.

Estamos fortificados en nuestra convicción de que prohibir la condena penal para una conducta tal como la de Johnson no pondrá en peligro la función especial que desempeña nuestra bandera o los sentimientos que la misma inspira. Para parafrasear al juez Holmes, exponemos que nadie puede suponer que este único gesto de un desconocido cambie la actitud de nuestra Nación hacia su bandera. Ver "Abrams v. United States", 250 US 616, 628, 40 S Ct 17, 21, 63 L.Ed. 1773 (1919) (juez Holmes, en disidencia). En realidad, el alegato de Texas acerca de que la quema de una bandera de los Estados Unidos "es un acto que muy probablemente provoque un quebrantamiento de la paz", alegato escrito por parte del recurrente 31, donde se cita "Sutherland v. Dewulf", 323 F. Supp. 740, 745 (SD Ill. 1971) (cita omitida), y la presunción implícita de su ley acerca de que el maltrato físico de la bandera provoca una "grave ofensa", tienden a confirmar que la función especial de la bandera no está en peligro; si así fuese, nadie provocaría desórdenes o se ofendería porque se queme una bandera.

En realidad, estamos tentados a decir que el lugar mereci-

damente apreciado de la bandera en nuestra comunidad se fortalecerá, no se debilitará, por nuestra decisión de hoy. Nuestro fallo es una reafirmación de los principios de libertad e inclusividad que mejor refleja la bandera, y de la convicción de que nuestra tolerancia de una crítica tal como la de Johnson es signo y fuente de nuestra fortaleza. En realidad, una de las imágenes más memorables de nuestra bandera, la inmortalizada en nuestro himno nacional, es la del bombardeo a que sobrevivió en Fort McHenry. Es la elasticidad de la Nación, y no su rigidez, la que Texas ve reflejada en la bandera —y es precisamente esa elasticidad la que hoy reafirmamos.

La forma de preservar la función especial de la bandera no es castigar a los que sienten distinto acerca de estas cuestiones. Es persuadirlos de que está equivocados. "Para los hombres valientes, autoseguros, con confianza en el poder del razonamiento libre y sin temores, aplicado a través de los procesos de gobierno popular, no puede considerarse que exista un peligro evidente que emane del lenguaje, a menos que la incidencia del mal percibido sea tan inminente que pueda sobrevenir antes de que exista la oportunidad de una plena consideración. Si hubiese tiempo de exponer a través del debate las falsedades y los errores para reconocer el mal a través de los procesos de educación, el remedio a aplicar sería más lenguaje, no silencio forzoso". "Whitney v. California", 274 US 357, 377, 47 S. Ct. 641, 649, 71 L.Ed. 1095 (1927) (juez Brandeis, concurriendo con su voto). Y, precisamente porque se trata de nuestra bandera, la respuesta que se dé al que la ha quemado, puede aprovechar al poder exclusivamente persuasivo de la propia bandera. No podemos imaginar respuesta más apropiada a la quema de una bandera que renunciar a nuestra propia respuesta; mejor forma de contrarrestar el mensaje de una persona que quema la bandera que saludar a la bandera que quema; medio más seguro de preservar la dignidad aún de la bandera que se quemó que otorgar a sus restos un respetuoso entierro, tal como lo hizo un testigo. No consagramos a la bandera castigando a los que la profanan, ya que al hacerlo diluimos la libertad que su estimado emblema representa.

A Johnson se lo condenó por involucrarse en conducta expresiva. El interés del estado en evitar quebrantamientos de la paz no sustenta su condena, porque la conducta de Johnson no amenazó con perturbar la paz. Tampoco el interés del estado en preservar la bandera como símbolo de independencia y unidad nacional justifica su condena penal por involucrarse en expresión política. Por lo tanto, *se confirma* la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Texas.

Juez Kennedy, en coincidencia.

Escribo, no para calificar las palabras que el juez Brennan tan bien elije, ya que él dice con autoridad todo lo necesario para explicar nuestro fallo. Me uno a su dictamen sin reservas, pero con un agudo sentido de que este caso, al igual que otros que se nos presentan periódicamente, exige su tributo personal. Esto me lleva a agregar a nuestras páginas estas pocas observaciones.

El caso que se nos somete a consideración ilustra mejor que la mayoría, que el poder judicial con frecuencia es difícil de ejercer. Aquí no podemos solicitar a otra rama que comparta responsabilidades, tal como ocurre cuando se alega que una ley posee vicios o es incompleta, ya que se nos presenta una ley evidente y sencilla que debe ser juzgada de acuerdo con un mandato puro de la Constitución. El resultado está solamente a nuestro alcance.

Lo difícil es que a veces debemos tomar decisiones que no nos gustan. Las tomamos porque son correctas, correctas en el sentido de que la ley y la Constitución, tal como las vemos, imponen el resultado. Y tan grande es nuestro sometimiento al proceso que, salvo raras excepciones, no nos detenemos a expresar el desagrado por el resultado, quizás por miedo de socavar algún valioso principio que impone la decisión. Este es uno de esos raros casos.

Nuestros colegas en desacuerdo adelantan poderosos argumentos de por qué el apelado debe ser condenado por su expre-

sión, recordándonos que entre los que se desalentarán con nuestro fallo, se hallarán algunos de los que han tenido el singular honor de portar la bandera en batalla. Y estoy de acuerdo en que la bandera ostenta un lugar de honor solitario en una época en que se desconfía de los principios absolutos y se cargan las pesadas verdades de apologías innecesarias.

Con todo el respeto hacia estas opiniones, no creo que la Constitución nos dé el derecho de fallar como lo recomiendan los miembros de la Corte en disidencia, por más doloroso que esto lo que nosotros mismos hacemos de ellos, la bandera es constante en expresar las creencias que compartimos los estadounidenses: creencias en la ley y en la paz y en la libertad que sustentan al espíritu humano. El caso que hoy nos ocupa nos obliga a reconocer los costos a que nos comprometen dichas creencias. Es punzante pero fundamental que la bandera proteja a los que la desprecian.

Por todo lo hasta aquí expuesto, este apelante no era un filósofo y quizás ni siquiera contara con la capacidad para comprender lo repelente que sus declaraciones han de ser para la propia República. Pero, independientemente de si pudo o no apreciar la enormidad de la ofensa que cometió, el hecho es que sus actos fueron de lenguaje, tanto en el sentido técnico como fundamental de la Constitución. Por lo tanto, estoy de acuerdo con la Corte, en que debe quedar en libertad.

Disidencia:

Chief Justice REHNQUIST, al cual se unieron los jueces WHITE y O'CONNOR, en disidencia.

Al sostener que esta ley de Texas es inconstitucional, la Corte ignora el aforismo familiar del juez HOLMES acerca de que "una página de historia vale más que un volumen de lógica", *New York Trust Co. v. Eisner*, 256 US 345, 349, 41 S. Ct. 506, 507, 65 L.Ed. 963 (1921). Durante más de 200 años, la bandera de los Estados Unidos ocupó un lugar único como símbolo de nuestra Nación, exclusividad que justifica una prohibición gubernamental contra la quema de la bandera en la forma como lo hizo aquí el apelado Johnson.

En tiempos de la Revolución de los Estados Unidos, la bandera sirvió para unificar las Trece Colonias internamente, al tiempo que se obtenía el reconocimiento de soberanía nacional en el extranjero. El himno a la concordia de Ralph Waldo Emerson describe las primeras escaramuzas de la Guerra Revolucionaria en estas líneas:

“A través del rudo puente que arquea la sangre
se desplegó su bandera hacia la brisa de abril,
Aquí se detuvieron una vez los granjeros fortificados
y dispararon el tiro que se oyó en todo el mundo”.

En esa época existían muchas banderas coloniales y de los regimientos, adornadas con símbolos tales como pinos, castores, anclas y serpientes de cascabel, que poseían consignas tales como “Libertad o Muerte”, “Esperanza”, “Un llamado al cielo” y “No me pises”. La primera bandera distintiva de las colonias fue la *Grand Union Flag* (Gran Bandera de la Unión) —con 13 franjas y una bandera británica en la esquina izquierda— que fue ondulada por primera vez el 2 de enero de 1776 por tropas de la Armada Continental en las cercanías de Boston. El 14 de junio de 1777, una vez declarada nuestra independencia de Inglaterra, el Congreso Continental resolvió:

“Que la bandera de los trece Estados Unidos sea de trece franjas, rojas y blancas alternadas, que el símbolo de unión sean trece estrellas —blancas en un campo azul— que representen una nueva constelación”. 8 Diario del Congreso Continental 1774-1789, p. 464 (Ford. Ed. 1907).

Un resultado inmediato de la adopción de la bandera fue que los buques de los Estados Unidos que acosaban a los barcos británicos, comenzaron a navegar bajo una bandera nacional autorizada. Sin dicha bandera, los británicos podían tratar a los hombres de mar capturados como piratas y ahorcarlos sumariamente; con una bandera nacional, dichos hombres de mar eran tratados como prisioneros de guerra.

Durante la guerra de 1812, las fuerzas navales británicas navegaron por la Bahía de Chesapeake y marcharon por tierra para saquear y quemar la ciudad de Washington. Luego, navega-

ron por el río Patapsco para sitiar la ciudad de Baltimore, pero para hacerlo, primeramente era necesario reducir al Fuerte McHenry en el Puerto de Baltimore. Francis Scott Key, un abogado de Washington, había conseguido un permiso de los británicos para abordar uno de sus barcos de guerra a fin de negociar la liberación de un estadounidense que había sido tomado prisionero. Esa noche, esperando ansiosamente en el buque británico, Key vio que la flota británica disparaba sobre el Fuerte McHenry. Finalmente, al amanecer, vio que la bandera estadounidense del fuerte aún ondulaba; el ataque británico había fallado. Intensamente emocionado, comenzó a delinear en el revés de un sobre, el poema que se convirtió en nuestro himno nacional:

“¿¡Oh! dime si puedes ver a través de las primeras luces del alba,
Lo que tan orgullosamente aclamamos en los últimos destellos del
crepúsculo?

¿De quién son las anchas franjas y las brillantes estrellas a través
del peligroso fuego,

Por encima de los bastiones que hemos visto flamear tan
galantemente?

Y el fulgor rojo de los cañones, las bombas explotando en el aire,
Dieron prueba a través de la noche de que nuestra bandera aún
estaba allí.

¿¡Oh! dime, aún ondula este estandarte adornado de estrellas
Por encima de la tierra del libre y del país del valiente?”

La bandera de los Estados Unidos desempeñó una función central en el conflicto más trágico de nuestra Nación, cuando el Norte abrió fuego sobre el Sur. El hecho de arriar la bandera de los Estados Unidos en el Fuerte de Sumter fue visto como el inicio de la guerra. G. Preble, *Historia de la bandera de los Estados Unidos de América* 453 (1880). Los estados del Sur, para formalizar su separación de la Unión, adoptaron las “Estrellas y franjas” de la Confederación. Las tropas de la Unión marcharon al sonido de “Si, nos reuniremos alrededor de los abanderados,

nos reuniremos una vez más". El presidente Abraham Lincoln rechazó las propuestas de eliminar de la bandera de los Estados Unidos las estrellas que representaban a los estados rebeldes, porque consideró que el conflicto no era una guerra entre dos naciones, sino un ataque por parte de once estados contra el gobierno nacional. Id. en 411. Al finalizar la guerra, la bandera de los Estados Unidos flameó una vez más sobre "una unión indestructible, compuesta por estados indestructibles". Caso Texas contra White, 74 US (7 Wall) 700, 725, 19 L.Ed. 227 (1869).

Una de las grandes historias de la Guerra Civil se relata en el poema de John Greenleaf Whittier, denominado Bárbara Frietchie (en el texto de la sentencia sigue un poema).

En la Primera y Segunda Guerras Mundiales, miles de compatriotas murieron en suelo extranjero peleando por la causa de los Estados Unidos. En Iwo Jima, en la Segunda Guerra Mundial, los Marineros de los Estados Unidos pelearon cuerpo a cuerpo contra miles de japoneses. Para cuando los Marineros alcanzaron la cima del Monte Suribacchi, irguieron un trozo de caño y desde uno de los extremos desplegaron una bandera. Este ascenso había costado cerca de seis mil vidas estadounidenses. El monumento de Iwo Jima en el Cementerio Nacional de Arlington recuerda dicho evento. El presidente Franklin Roosevelt autorizó el uso de la bandera en etiquetas, paquetes, cajas y envases destinados a ser exportados como ayuda de préstamo y arriendo, para informar a la gente de otros países acerca de la ayuda estadounidense. Proclama Presidencial nº 2605, 58 Stat. 1126.

Durante la guerra de Corea, el exitoso desembarco anfibio de las tropas de los Estados Unidos en Inchon, fue identificado con el izamiento de una bandera de los Estados Unidos a una hora del evento. El incentivo por sancionar la Ley Federal sobre Profanación de la Bandera en 1967 surgió del impacto de quemaduras de banderas en los Estados Unidos, sobre la moral de las tropas en Vietnam. El representante L. Mendel Rivers, entonces presidente del Comité de Servicios Armados del Parlamento, atestiguó que "La quema de la bandera. . . ha hecho que mi correspondencia aumentara el 100 % procedente de los muchachos en Vietnam, que me escriben y preguntan qué está pasando en Estados Unidos". Sesiones sobre Profanación de la Bandera, en H.R. 271

ante los subcomités nº 4 del Comité Parlamentario sobre el Poder Judicial, 900. Congreso, primer sesión 189 (1967). El representante Charles Wiggins declaró: "El acto público de profanación de nuestra bandera tiende a socavar la moral de las tropas estadounidenses. La veracidad de este hallazgo puede ser testificada por muchos miembros que han recibido correspondencia proveniente de hombres de servicio que expresan su sorpresa y disgusto por tal conducta". 113 Cong. Rec. 16459 (1967).

La bandera simboliza la Nación en paz, como así también en guerra. Significa nuestra presencia nacional en barcos de guerra, aeronaves, instalaciones militares y edificios públicos desde el Capitolio de los Estados Unidos hasta los miles de tribunales de condado y municipalidades de todo el país. En nuestra sala del tribunal hay dos banderas prominentemente emplazadas. Innumerables banderas se colocan cada año en las tumbas de los soldados en lo que primeramente se llamó el Día de la Decoración y ahora se denomina Día Conmemorativo. La bandera se coloca tradicionalmente en el ataúd de los miembros difuntos de las fuerzas Armadas y es luego dada a la familia del difunto. 10 USC PtPt 1481, 1482. El Congreso ha ordenado que la bandera flamee a media asta en caso de muerte del Presidente, del Vicepresidente y de otros funcionarios del gobierno "como signo de respeto a su memoria". 36 USC Pt 175 (m.). La bandera identifica a los barcos mercantes de los Estados Unidos, 22 USC Pt 454, y "las leyes de la Unión protegen nuestro comercio toda vez que flamee la bandera del país". "United States v. Guthrie", 58 US (17 How.) 284, 309, 15 L.Ed. 102 (1855).

Ningún otro símbolo de los Estados Unidos ha recibido universalmente tantos honores como la bandera. En 1931, el Congreso declaró que "El estandarte decorado de estrellas" era nuestro himno nacional. 36 USC Pt 170. En 1949, el Congreso declaró que el 14 de junio era el Día de la Bandera. Pt 157. En 1987, se estableció que "Las estrellas y franjas para siempre" de John Philip Sousa era la marcha nacional. Pub. L. 101-186, 101 Stat. 1286. El Congreso también estableció "La Promesa de Lealtad a la Bandera" y la forma en que se pronunciaría. 36 USC Pt 172. La bandera ha aparecido como símbolo principal en aproximadamente 33 estampillas postales de los Estados Unidos y en

el diseño de por lo menos 43 más, más veces que cualquier otro símbolo. *United States Postal Service* (Servicio Postal de los Estados Unidos). *Definitive Mint Set 15* (1988).

Tanto el Congreso como los estados han sancionado numerosas leyes que regulan el maltrato de la bandera de los Estados Unidos. Hasta 1967, el Congreso dejó a merced de los estados la reglamentación sobre el maltrato de la bandera. Ahora, sin embargo, el título 18 del USC Pt 700 (a), establece lo siguiente: "A quien a sabiendas desprece cualquier bandera de los Estados Unidos mutilándola, deformándola, manchándola, quemándola o pisoteándola públicamente, se le impondrá una multa máxima de 1.000 dólares o se lo condenará a prisión por un período máximo de un año, o ambos".

El Congreso también prescribió, entre otras, detalladas normas para el diseño de la bandera 4 USC Pt 1, el momento y la ocasión de su exhibición 36 USC Pt 174, la posición y la forma de su exhibición Pt 175 el respeto por la misma Pt 176, y la conducta mientras se la iza, se la arría y durante el paso de la misma Pt 177. Con excepción de Alaska y Wyoming, todos los estados tienen ahora leyes que prohíben la quema de la bandera. La mayoría de las leyes estatales tomaron como modelo la Ley Uniforme sobre la Bandera de 1917, la cual en el Pt 3 establece: "Ninguna persona mutilará, deformará, manchará, pisará o despreciará mediante actos o palabras, públicamente, cualquier bandera, estandarte, color, insignia o escudo". Actas de la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Uniformes de los estados 323-324 (1917). La mayoría fueron sancionadas por los estados en tiempos de la Primera Guerra Mundial. Rosenblatt *Flag desecration statutes: history and analysis* (Leyes sobre profanación de la bandera: historia y análisis), 1972 Wash. U. L. Q., 193, 197.

Así, la bandera de los Estados Unidos, a través de más de doscientos años de nuestra historia, ha llegado a ser el símbolo visible que materializa nuestra Nación. No representa las opiniones de un partido político en particular y no representa una filosofía política en particular. La bandera no es meramente otra "idea" u otro "punto de vista" que compite para ser reconocida en el terreno de las ideas. Millones y millones de estadounidenses la ven con una reverencia casi mística, independientemente de las

creencias sociales, políticas o filosóficas que puedan tener. No puedo estar de acuerdo en que la Enmienda Primera anula la Ley del Congreso y las leyes de 48 de los 50 estados que penan la quema pública de la bandera.

Más de ochenta años atrás, en "Halter v. Nebraska", 205 US 34, 27 S. Ct. 419, 51 L.Ed. 696 (1907), esta Corte sostuvo la constitucionalidad de una ley de Nebraska que impedía el uso de representaciones de la bandera estadounidense con fines publicitarios en artículos de comercio. La Corte manifestó: "Por esta bandera, todo verdadero estadounidense tiene no sólo aprecio sino un profundo afecto... De allí que a menudo haya sucedido que los insultos hacia la bandera hayan sido causa de guerra, y las afrentas que se le impusieran en presencia de los que la honran, con frecuencia hayan sido tomadas como ofensa y a veces castigadas en el lugar". Id. en 41, 27 S. Ct. en 421.

Hace apenas dos períodos de sesiones, en "San Francisco Arts & Athletics Inc. v. United States Olympic Commitee", 483 US 522, 107 S. Ct. 2971, 97 L.Ed.2d 427 (1987), la Corte sostuvo que el Congreso podía otorgar el uso exclusivo de la palabra "Olímpico" al Comité Olímpico de los Estados Unidos. La Corte pensó que esta "restricción sobre el lenguaje expresivo propiamente dicho se caracterizaba como incidental con respecto al fin principal del Congreso de alentar y recompensar las actividades del USOC (Comité Olímpico de los Estados Unidos)". Id. en 536, 107 S. Ct. en 2974. Como manifestara la Corte, "cuando una palabra o un símbolo adquiere valor como el resultado de una organización y del gasto de mano de obra, capacidad y dinero por parte de la entidad, dicha entidad puede obtener constitucionalmente un derecho de propiedad limitado sobre la palabra o el símbolo". Id. en 532, 107 S. Ct. en 2974, donde se cita "International News Service v. Associated Press", 248 US 215, 39 S. Ct. 68, 72, 63 L.Ed. 211 (1918). Indudablemente, el Congreso o los estados pueden reconocer un interés similar en la bandera.

Pero la Corte insiste en que la ley de Texas, que prohíbe la quema pública de la bandera de los Estados Unidos, transgrede la libertad de expresión del apelado Johnson. Evidentemente, dicha libertad no es absoluta. Ver "Schenck v. United States", 249 US 47, 39 S. Ct. 247, 63 L.Ed 470 (1919). En "Chaplinsky v.

New Hampshire", 315 US 568, 62 S. Ct. 766, 86 L.Ed. 1031 (1942), una Corte unánime manifestó: "Dando el más amplio alcance al lenguaje y al propósito de la Enmienda Decimocuarta, queda bien entendido que el derecho a la libre expresión no es absoluto en todo momento y bajo toda circunstancia. Existen determinadas clases de lenguaje bien definidas y estrechamente limitadas, cuya prevención y cuyo castigo nunca se pensó que plantearían un problema constitucional. Estas incluyen las palabras lujuriosas y obscenas, las profanas, las libidinosas y las insultantes u "ofensivas", palabras que con sólo pronunciarlas infligen un daño o tienden a incitar un inminente quebrantamiento de la paz. Se ha observado que dichas pronunciaciones no forman parte esencial de una exposición de ideas, y son de un valor social tan bajo como paso hacia la verdad, que todo beneficio que de ellas pueda derivarse queda evidentemente descompensado por el interés social en el orden y la moralidad". Id. en 571-572, 62 S. Ct. en 769 (se omitieron las notas al pie).

La Corte reafirmó la condena de Chaplinsky de acuerdo con una ley estadual que ilegalizaba "emitir palabras ofensivas, irónicas o molestas a cualquier persona que se hallara legalmente en cualquier calle u otro lugar público". Id. en 569, 62 S. Ct. en 768. Chaplinsky le había dicho a un jefe de policía local "Eres un maldito estafador" y un "maldito fascista y todo el gobierno de Rochester es fascista o agente del facismo". *Ibid.*

Aquí, puede decirse con igual criterio que la quema pública de una bandera de los Estados Unidos por parte de Johnson no formó parte esencial de una exposición de ideas, y al mismo tiempo tendió a incitar un quebrantamiento de la paz. Johnson era libre de realizar cualquier denuncia verbal de la bandera que quisiese; de hecho, era libre de quemarla en privado. Podía quemar públicamente otro símbolo del gobierno o las efigies de líderes políticos. El encabezó una marcha a través de las calles de Dallas y dirigió una reunión frente a la Municipalidad de Dallas. Participó en una representación de "aparecidos" para protestar contra las armas nucleares. Expresó a viva voz diversas consignas durante la marcha, incluyendo la siguiente: "Reagan, Mondale, ¿que será? Cualquiera de los dos significa Tercera Guerra Mundial"; "Ronald Reagan, asesino del momento actual, Perfec-

to ejemplo del poder estadounidense"; y "rojo, blanco y azul, te despreciamos, representas pillaje, serás vencida". Alegato escrito por parte del apelado 3. No se lo arrestó ni procesó por ninguno de estos actos; fue recién cuando procedió a quemar públicamente una bandera de los Estados Unidos robada a su legítimo dueño, que violó la ley de Texas.

La Corte no pudo decir, y no lo dijo, que las manifestaciones de Chaplinsky no eran frases expresivas —éstas transmitían evidente y suscintamente una opinión muy baja del destinatario. Lo mismo puede decirse de la quema pública de la bandera por parte de Johnson en este caso; evidentemente ésta sí transmitió el amargo disgusto de Johnson por su país. Pero su acto, al igual que las palabras provocativas de Chaplinsky, no transmitió nada que no pudiese haber sido transmitido y que no fuese transmitido con la misma fuerza a través de una docena de formas diferentes. Al igual que ocurre con las "palabras ofensivas", la quema de la bandera, a los fines de la Enmienda Primera, "no es parte esencial de una exposición de ideas, y es de un valor social tan bajo como paso hacia la verdad, que todo beneficio que pueda derivarse de la misma queda evidentemente descompensado" por el interés público en evitar un probable quebrantamiento de la paz. Los más altos tribunales de varios estados han reafirmado las leyes estatales que prohíben la quema pública de la bandera en base a que el hecho es tan inherentemente sedicioso, que puede provocar un quebrantamiento del orden público. Ver, por ejemplo, "State v. Royan", 113 N.H. 224, 229, 305 A.2d 676, 680 (1973); "State v. Waterman", 190 N.W.2d 809, 811-812 (Iowa 1971); ver también "State v. Mitchell", 32 Ohio App.2d 16, 30, 288 N.E.2d 216, 226 (1972).

Evidentemente, el resultado de la ley de Texas es repudiar uno de los muchos medios de "lenguaje simbólico" en la estructura mental de Johnson. Lejos de ser un caso de "una imagen que vale más que miles de palabras", la quema de la bandera es el equivalente a un rugido o gruñido desarticulado que, nos parece justo decirlo, muy probablemente se complazca en no expresar una idea en particular, sino en antagonizar otras. Hace apenas cinco años manifestamos en "City Council of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent", 466 US 789, 812, 104 S. Ct. 2118, 2132, 80

L.Ed.2d 772 (1984), que “la Enmienda Primera no garantiza el derecho a emplear todo método de comunicación concebible en cualquier momento y en todo lugar”. La ley de Texas despojó a Johnson de una de las formas simbólicas de protesta bastante inarticulada —una forma de protesta profundamente ofensiva para muchos— y le brindó una completa panoplia de otros símbolos y toda forma imaginable de expresión oral para expresar su profunda desaprobación de la política nacional. Así, de ninguna manera puede decirse que Texas esté castigándolo porque los que lo escuchaban —o cualquier otro grupo de gente— se opusieron profundamente al mensaje que él intentó transmitir. Dicha oposición no es una base adecuada para restringir el lenguaje o la expresión de acuerdo en la Enmienda Primera. Fue por el uso que Johnson hizo de este símbolo en particular, y no por la idea que él trató de transmitir mediante ésta o mediante muchas de sus otras expresiones, que se lo castigó.

Nuestros casos anteriores que tenían que ver con las leyes de profanación de la bandera han dejado abierta la cuestión que hoy resuelve la Corte. En “Street v. New York”, 394 US 576, 579, 89 S. Ct. 1354, 1339, 22 L.Ed.2d 572 (1969), el demandado quemó una bandera en la calle, gritando “No necesitamos bandera maldita alguna” y, “si dejan que eso le ocurra a Meredith, no necesitamos una bandera de los Estados Unidos”. La Corte decidió que, como el demandado podría haber sido condenado solamente por sus palabras, la condena no podía prosperar, pero reservó expresamente la cuestión de si un demandado podía ser constitucionalmente condenado por quemar la bandera. Id. en 581, 89 S. Ct. en 1360.

El *Chief Justice* WARREN, en desacuerdo, expresó: “Creo que los estados y el gobierno federal sí tienen el poder de proteger la bandera contra actos de profanación y deshonra. . . Me cuesta suponer que, si la Corte se hubiera enfrentado a esta cuestión, su conclusión hubiera sido otra”. Id. en 605, 89 S. Ct. en 1372 (WARREN, *Chief Justice*, en disidencia). Los jueces BLACK y FORTAS también expresaron su opinión personal acerca de que una prohibición de quemar la bandera no violaba la Constitución. Ver id. en 610, 89 S. Ct. en 1374 (juez BLACK, en disidencia) (“El hecho de que todo lo contenido en la Constitución Federal im-

pide a un estado hacer de una deliberada quema de la bandera de los Estados Unidos una ofensa, va más allá de mis creencias"); *id.* en 615-617, 89 S. Ct. en 1377, 1378 (juez FORTAS, en disidencia). ("Los estados y el gobierno federal poseen el poder de proteger la bandera contra actos de profanación cometidos en público... La bandera es una clase especial de personalidad. Su uso está tradicional y universalmente sujeto a normas y reglamentaciones especiales... Una persona puede poseer una bandera, pero el derecho de propiedad está sujeto a cargas y responsabilidades. Una bandera puede ser propiedad, en un sentido; pero es propiedad cargada con obligaciones y restricciones peculiares. Ciertamente... estas condiciones especiales no son de por sí arbitrarias o van más allá del poder gubernamental de acuerdo con nuestra Constitución").

En "Spence v. Washington", 418 US 405, 94 S. Ct. 2727, 41 L.Ed.2d 842 (1974), la Corte revocó la condena de un estudiante universitario que exhibió la bandera con un símbolo de paz adherido a la misma mediante cinta negra adhesiva, desde la ventana de su departamento. Contrariamente a lo que ocurre en el caso que nos ocupa, no existió riesgo de quebrantamiento de la paz; nadie más que los oficiales que lo arrestaron vieron la bandera, y el demandado era dueño de la bandera en cuestión. La Corte extrajo como conclusión que la conducta del estudiante estaba amparada en la Enmienda Primera, dado que "ningún interés que el estado pueda tener en preservar la integridad física de una bandera de propiedad privada, se vio significativamente menoscabado por estos hechos". *Id.* en 415, 94 S. Ct. en 2731-2733. Sin embargo, la Corte tuvo el cuidado de observar que el demandado "no fue acusado de acuerdo a la ley sobre profanación, ni deformó permanentemente la bandera o la destruyó". *Ibid.*

En otro caso relacionado, "Smith v. Goguen", 415 US 566, 94 S. Ct. 1242, 39 L.Ed.2d 605 (1974), el apelado, quien vestía una pequeña bandera sobre los fondillos de sus pantalones, fue condenado de acuerdo a la ley sobre maltrato de la bandera de Massachusetts, la cual sometía a responsabilidad penal a todo aquél que "públicamente... trata con desprecio a la bandera de los Estados Unidos". *Id.* en 568-569, 94 S. Ct. en 1244-1245. La Corte afirmó la anulación de la condena del apelado por parte del

tribunal inferior, porque la frase "trata con desprecio" era inconstitucionalmente amplia y vaga. Id. en 576, 94 S. Ct. en 1248. La Corte fue nuevamente cuidadosa en señalar que "con seguridad, nada impide a una legislatura definir con especificidad material lo que constituye un tratamiento prohibido de las banderas de los Estados Unidos". Id. en 581-582, 94 S. Ct. en 1251. Ver también id. en 587, 94 S. Ct. en 1254 (juez White, quien se unió al fallo) ("La bandera es propiedad nacional y la Nación puede regir sobre los que la elaboran, emitan, venden, poseen, utilizan. No cuestionaría aquellas leyes que proscriben la mutilación, la deformación o la quema de la bandera o que de cualquier otra manera protegen su integridad física, independientemente de si dicha conducta pudiese provocar violencia. . . Parecería que existen pocas dudas acerca del poder del Congreso para prohibir la mutilación del monumento a Lincoln. . . La bandera es de por sí un monumento, sujeto a una protección similar"); id. en 591, 94 S. Ct. en 1256 (juez BLACKMUN en disidencia) ("La pena impuesta a Goguen fue constitucionalmente permisible, ya que éste dañaba la integridad física de la bandera, vistiéndola pegada a los fondillos de sus pantalones").

Pero hoy la Corte no quiere saber nada de esto. La admiración y el respeto singularmente profundos por nuestra bandera, sentidos virtualmente por todos nosotros, son despedidos sin ceremonia bajo la rúbrica de "símbolos designados", ante, en 2546, que la Enmienda Primera prohíbe al gobierno "establecer". Pero el gobierno no ha "establecido" este sentimiento; lo han hecho 200 años de historia. El gobierno sólo reconoce como un hecho el profundo respeto por la bandera de los Estados Unidos creada por dicha historia, al sancionar leyes que prohíban la quema pública irrespetuosa de la bandera.

La Corte termina su fallo con una disertación cívica lamentablemente condescendiente, presumiblemente dirigida a los miembros de ambas Cámaras del Congreso, a los miembros de las 48 legislaturas estatales que sancionaron prohibiciones contra la quema de la bandera, y a las tropas que pelearon bajo dicha bandera en Vietnam y que objetaron que la misma fuese quemada: "La forma de preservar la función especial de la bandera no es castigar a los que piensan distinto acerca de estas cuestiones. Es

persuadirlos de que están equivocados". Ante, en 2547. La función de la Corte como expositor final de la Constitución se halla bien establecida, pero su función como guardián platónico amonestando a los responsables de la opinión pública como si fueran niños de escuela holgazanes, no tiene cabida en nuestro sistema de gobierno. El grito de "no hay impuestos sin representación" animó a los que se levantaron contra la Corona Inglesa para fundar nuestra Nación —la idea de que aquéllos que se someten al gobierno deben tener algo que decir acerca de qué clase de leyes se deben aprobar. Evidentemente, uno de los grandes fines de una sociedad democrática es legislar contra la conducta considerada mala y profundamente ofensiva para la mayoría de la gente —ya se trate de asesinato, desfalco, polución o quema de la bandera.

Nuestra Constitución coloca sabiamente límites a los poderes de actuación de las mayorías legislativas, pero la declaración de dichos límites por parte de esta Corte "es, en todo momento, una cuestión de suma delicadeza, que rara vez —si acaso alguna— debe ser decidida afirmativamente en caso de duda". "Fletcher v. Peck", 10 US (6 Cranch) 87, 128, 3 L.Ed. 162 (1810) (MARSHALL, *Chief Justice*). La extensión sin críticas de la protección constitucional de la quema de la bandera amenaza con frustrar el verdadero propósito con que se instituyeron los gobiernos organizados. La Corte decide que la bandera de los Estados Unidos es sólo otro símbolo, con respecto al cual no sólo deben tolerarse las opiniones a favor y en contra, sino por la cual no puede disfrutarse del más mínimo respeto público. El gobierno puede reclutar hombres en las Fuerzas Armadas donde deben luchar y quizás morir por la bandera, pero no puede prohibir la quema pública de un estandarte bajo el cual estos hombres pelean. Yo reafirmaría la ley de Texas en su aplicación a este caso.

Juez Stevens, en disidencia.

A medida que la Corte analiza este caso, expone la cuestión de si el estado de Texas, o en realidad, el gobierno federal, tiene el poder de prohibir la profanación pública de la bandera de los Estados Unidos. La cuestión es singular. En mi opinión, las normas que se aplican a un sinnúmero de otros símbolos, tales

persuadirlos de que están equivocados". Ante, en 2547. La función de la Corte como expositor final de la Constitución se halla bien establecida, pero su función como guardián platónico amonestando a los responsables de la opinión pública como si fueran niños de escuela holgazanes, no tiene cabida en nuestro sistema de gobierno. El grito de "no hay impuestos sin representación" animó a los que se levantaron contra la Corona Inglesa para fundar nuestra Nación —la idea de que aquéllos que se someten al gobierno deben tener algo que decir acerca de qué clase de leyes se deben aprobar. Evidentemente, uno de los grandes fines de una sociedad democrática es legislar contra la conducta considerada mala y profundamente ofensiva para la mayoría de la gente —ya se trate de asesinato, desfalco, polución o quema de la bandera.

Nuestra Constitución coloca sabiamente límites a los poderes de actuación de las mayorías legislativas, pero la declaración de dichos límites por parte de esta Corte "es, en todo momento, una cuestión de suma delicadeza, que rara vez —si acaso alguna— debe ser decidida afirmativamente en caso de duda". "Fletcher v. Peck", 10 US (6 Cranch) 87, 128, 3 L.Ed. 162 (1810) (MARSHALL, *Chief Justice*). La extensión sin críticas de la protección constitucional de la quema de la bandera amenaza con frustrar el verdadero propósito con que se instituyeron los gobiernos organizados. La Corte decide que la bandera de los Estados Unidos es sólo otro símbolo, con respecto al cual no sólo deben tolerarse las opiniones a favor y en contra, sino por la cual no puede disfrutarse del más mínimo respeto público. El gobierno puede reclutar hombres en las Fuerzas Armadas donde deben luchar y quizás morir por la bandera, pero no puede prohibir la quema pública de un estandarte bajo el cual estos hombres pelean. Yo reafirmaría la ley de Texas en su aplicación a este caso.

Juez Stevens, en disidencia.

A medida que la Corte analiza este caso, expone la cuestión de si el estado de Texas, o en realidad, el gobierno federal, tiene el poder de prohibir la profanación pública de la bandera de los Estados Unidos. La cuestión es singular. En mi opinión, las normas que se aplican a un sinnúmero de otros símbolos, tales

como banderas estatales, brazaletes, o diversos emblemas de identidad política o comercial privadamente promovidos— no son necesariamente aplicables. Aún cuando la quema de la bandera pudiera ser considerada sólo como otra especie de lenguaje simbólico bajo la aplicación lógica de las normas que la Corte ha desarrollado en su interpretación de la Enmienda Primera en otros contextos, este caso posee una dimensión intangible que hace que dichas normas sean inaplicables.

“Una bandera de un país es un símbolo de algo más que independencia y unidad nacional”. Ante, en 2541, 2542, 2544, 2546, 2548. También significa las ideas que caracterizan a la sociedad que ha elegido dicho emblema, como asimismo a la historia especial que ha animado el crecimiento y el poder de esas ideas. La flor de lis y la tricolor simbolizan ambas “independencia y unidad nacional” pero éstas poseen significados ampliamente diferentes. El mensaje transmitido por algunas banderas —la esvástica, por ejemplo— puede sobrevivir a la utilidad de la misma como símbolo de unidad de un regimiento en una nación en particular.

Así ocurre con la bandera de los Estados Unidos. Es algo más que un símbolo memorable del coraje, de la determinación, y de los dones de la naturaleza que transformaron a las 13 colonias recién nacidas en una potencia mundial. Es un símbolo de libertad, de igualdad de oportunidades, de tolerancia religiosa y de buenaventura para otros pueblos que compartan nuestras aspiraciones. El símbolo lleva su mensaje a los disidentes tanto dentro del país como en el extranjero, los que pueden no tener interés alguno en nuestra supervivencia y unidad nacional.

El valor de la bandera como símbolo es inconmensurable. Aún así, no tengo dudas de que el interés en preservar dicho valor para el futuro es tanto significativo como legítimo. Es de imaginar que dicho valor se intensificará a través de la conclusión de la Corte acerca de que nuestro compromiso nacional de respetar la libertad de expresión es tan fuerte que aún Estados Unidos como garante fundamental de dicha libertad, no tiene autoridad para prohibir la profanación de su símbolo original. Pero estoy impersuadido. La creación de un derecho federal a fijar pizarras de anuncios y grafitos sobre el monumento a Wash-

ington, podría ampliar el terreno para la libre expresión, pero a un costo que yo no pagaría. En forma similar, en mi opinión, —tanto para los que estimaron las ideas por las cuales la misma flamea como para los que desean martirizarla quemándola. Este empañamiento no se justifica por la carga banal sobre la libertad, ocasionada por requerir el empleo de un modo de expresión disponible y alternativo —que incluye pronunciar palabras críticas de la bandera; ver “Street v. New York”, 394 US 576, 89 S. Ct. 1354, 22 L.Ed.2d 572 (1969).

Es conveniente enfatizar ciertas proposiciones no implicadas por este caso. La prohibición por ley de profanar la bandera no “prescribe lo que será ortodoxo en política, nacionalismo, religión u otras materias opinables u obliga a los ciudadanos a con-fesar mediante actos o palabras su fe en aquéllos”. West Virginia Board of education v. Barnette, 319 US 624, 642, 63 S. Ct. 1178, 1187, 87 L.Ed. 1628 (1943). La ley no impone una conducta o profesión de respeto por una idea o un símbolo.

Tampoco la ley viola “la obligación fundamental del gobierno de ser neutral en su reglamentación de la comunicación amparada”. “Young v. American Mini Theatres Inc.” 427 US 50, 70, 96 S. Ct. 2490, 2452, 49 L.Ed.2d 310 (1976) (opinión de la mayoría). El contenido del mensaje del apelado no tiene importancia alguna para el caso. El concepto de profanación no hace a la esencia del mensaje que el autor intenta transmitir, sino más bien al hecho de si los que vieron el acto se ofenderán gravemente. Por consiguiente, alguien que intente transmitir un mensaje de respeto por la bandera quemándola en una plaza pública podría ser sin embargo culpable de profanación, si él sabe que otros se ofenderán gravemente —quizás sólo porque ellos adviertan mal el mensaje que se intentó dar. En realidad, aún cuando el autor supiese que todos los testigos posibles entenderán que él tiene la intención de enviar un mensaje de respeto, podría ser culpable de profanación si él también sabe que dicho entendimiento no disminuye la ofensa sufrida por algunos de estos testigos. Así, este no es un caso en el cual el hecho de que “es la opinión del portavoz la que ofende” ofrece una razón especial para otorgarle amparo constitucional. “FCC v. Pacifica Founda-

tion", 438 US 726, 745, 98 S. Ct. 3026, 3038, 57 L.E.2d 1073 (1978) (opinión de la mayoría). El caso nada tiene que ver con "ideas desagradables", ver ante, en 2542. Implica conducta desagradable que, a mi juicio, disminuye el valor de un importante patrimonio nacional.

Por lo tanto, la Corte está equivocada en afirmar imperturbablemente que el apelado fue procesado por su expresión de insatisfacción por las políticas de este país, expresión situada en la esencia de nuestros valores de la Enmienda Primera". Ante, en 2543. El apelado fue procesado en razón del método que eligió para expresar su insatisfacción por esas políticas. Si hubiera elegido pulverizar pintura —o quizás transmitir mediante un proyector de cine— su mensaje de insatisfacción sobre la fachada del monumento a Lincoln, no se hubiera cuestionado el poder del gobierno para prohibir su medio de expresión. La prohibición sería sustentada por el interés legítimo en preservar la calidad de un importante patrimonio nacional. Si bien el patrimonio en cuestión en este caso es intangible, dado su valor original, el mismo interés sustenta una prohibición sobre la profanación de la bandera de los Estados Unidos.

Las ideas de libertad e igualdad han sido una fuerza irresistible que motivó a líderes tales como Patrick Henry, Susan B. Anthony y Abraham Lincoln, a maestros tales como Nathan Hale y Booker T. Washington, a los exploradores filipinos que pelearon en Bataan y a los soldados que escalaron el risco en la Playa Omaha. Si vale la pena luchar por esas ideas —y nuestra historia demuestra que así es— no puede ser cierto que la bandera que originalmente simboliza el poder de aquéllos no merezca de por sí ser protegida contra la profanación innecesaria.

Respetuosamente, disiento.

BIBLIOGRAFIA

BISCARO, Beatriz R. — *Régimen de filiación y patria potestad. Ley 23.264.* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990. (148 páginas).

En un breve y conciso volumen, la autora ha logrado un satisfactorio análisis del régimen legal de dos instituciones de capital importancia: la filiación y la patria potestad.

La naturaleza del trabajo le ha exigido ceñirse al articulado de la ley 23.264, pero con elogiado criterio ha extendido también su exégesis a las normas legales que no fueron modificadas.

Resulta oportuno este comentario maduro y reflexivo sobre materias tan decisivas. El tiempo transcurrido desde la puesta en vigencia de tan trascendentes reformas, exigía un análisis actualizado de sus aplicaciones jurisprudenciales y un examen de sus repercusiones doctrinarias.

La incorporación al Código Civil de los nuevos regímenes analizados ha puesto en sintonía nuestra legislación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, que mereció la aprobación de nuestro país a través de la ley 23.054.

Se examinan con seriedad los variados efectos que las nuevas normas han tenido sobre las demás áreas del Derecho Civil.

La equiparación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales y la eliminación de diferencias entre familia legítima e ilegítima tuvieron influencia sobre los órdenes sucesorios y el establecimiento de una legítima global única.

El otorgamiento de la patria potestad en forma conjunta a ambos padres los ha colocado igualitariamente frente a los deberes

y derechos que surgen de las relaciones paterno-filiales. Como consecuencia de ello, la regulación de las responsabilidades asignadas a los progenitores, deben analizarse ahora en la sistematización lograda en el nuevo texto del artículo 1114, Código Civil.

La obra, encarada con criterio eminentemente práctico, contiene precisa información y actualizadísima jurisprudencia, convirtiéndose en una herramienta necesaria para quien quiera lograr una moderna comprensión de dos materias fundamentales del Derecho de Familia.

por ROBERTO M. LÓPEZ CABANA

NOVEDADES 1990

ABELED0-PERROT

- ALSINA, Mario A. - BASALDUA, Ricardo X. - COTTER MOINE, Juan P. — *Código Aduanero*, Tomo VI, Arts. 761 a 859, 1 tomo, 736 páginas.
- ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 8 — Año 1988. 1 tomo, 278 páginas.
- BALESTRA, Ricardo. — *Manual de Derecho Internacional Privado*. Parte General, 1 tomo, 238 páginas, primera reimpresión.
- BENEGAS LYNCH, Alberto (h.). — *Fundamentos de Análisis Económico*. Prólogo del Premio Nobel de Economía F. A. Hayek, 1 tomo, 582 páginas, décima edición actualizada.
- BOLLINI SHAW, Carlos - BONEO VILLEGAS, Eduardo. — *Manual para Operaciones Bancarias y Financieras*, 1 tomo, 492 páginas, tercera edición actualizada.
- BONFANTI-GARRONE. — *Concursos y Quiebras*. 1 tomo, 1032 páginas, 4ª edición actualizada.
- BORDA, Guillermo. — *Manual de sucesiones*. 1 tomo, 560 páginas, 11ª edición.
- BORDAS DE ROJAS PAZ, Nerva. — *Perspectivas Etico Jurídicas*. Una Lectura Americana. 1 tomo, 160 páginas.
- BUONNOCORE, V.-FANTOZZI, A.-ALDERIGHI, M.-FERRARINI, G. *El Leasing*. Traducción del italiano, 1 tomo, 296 páginas.
- CARRIO, Genaro R. — *Cómo Fundar un Recurso*. 1 tomo, 132 páginas.
- CARRIO, Genaro R. — *Los Derechos Humanos y su Protección*. 1 tomo, 80 páginas.
- CARRIO, Genaro R. — *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 1 tomo, 418 páginas, 4ª edición.
- CUADERNOS DE FAMILIA. Vol. 5. Nº 3. — 1 tomo, 56 páginas.

- D'ALESSIO, José O. — *Guía para el Despacho Judicial de Trámite*, 1 tomo, 248 páginas, 2ª edición.
- DERECHO DE FAMILIA Nro. 3. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. — *Lecciones y Ensayos - Legislación Nacional - Jurisprudencia Nacional - Jurisprudencia Extranjera - Informaciones - Bibliografía y Comentarios - Revista de Revistas*, 1 tomo, 176 págs.
- FALCON, Enrique M. — *Cómo contestar una Demanda*, 1 tomo, 128 páginas.
- FALCON, Enrique M. — *Cómo hacer una demanda*, 1 tomo, 128 páginas.
- GAGLIARDO, Mariano. — *Sociedades Anónimas*. Prólogo del doctor Héctor Cámara, 1 tomo, 768 páginas.
- LLERENA AMADEO, Juan R. — *Las Relaciones Iglesia-Estado a la luz de la Política*, 1 tomo, 80 páginas.
- MARIENHOFF, Miguel S. — *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 808 páginas, 4ª edición actualizada.
- MARQUEZ SMITH, Eduardo. — *Plazo para Protestar. Su Comienzo. Transporte Aéreo*, 1 tomo, 48 páginas.
- MORELLO, Augusto M. — *Contrato y Proceso. Apertura - Funciones del contrato en nuestra realidad socio-económica nacional e internacional*, 1 tomo, 264 páginas.
- MORELLO, Augusto M. — *La Nueva Etapa del Recurso Extraordinario. El Certiorari (Ley 23.774)*, 1 tomo, 316 páginas.
- MORELLO, A. - SOSA, G. - BERIZONCE, R. — *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Tomo 4-B. Artículos 330 y 357, 592 páginas, 2ª edición.
- PADILLA, Miguel M. — *Lecciones Sobre Derechos Humanos y Garantías*, Tomo I, 224 páginas, 2ª edición actualizada.
- PALACIO, Lino E. — *Manual de Derecho Procesal Civil*, 2 tomos, 1192 páginas, 7ª edición, tercera reimpresión.
- PEARSON, Marcelo M. — *Manual de Procedimientos Administrativos*, 1 tomo, 232 páginas, 3ª edición actualizada.
- RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. — *Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Director: Alberto J. Bueres. - Volumen I. Alberto J. Bueres - Jorge Mosset Iturraspe - Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez - Luis O. Andorno - Luis Moisset de Espanés - Matilde Zavala de González - Augusto M. Morello - Ricardo Lorenzetti - Jorge E. Bustamante - Atilio A. Alterini - Rubén S. Stiglitz - Gabriel A. Stiglitz - Juan J. Casiello - Roberto A. Vázquez Ferreyra - María V. González

de Prada - Ernesto C. Wayar - Carlos A. Gherzi - Alejandro Borda -
Carlos A. Parellada - Jorge A. Carranza - Isidoro H. Goldenberg -
Santos Cifuentes - 1 tomo, 416 páginas.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. — *Homenaje a Jorge Bustamante
Alsina*. Director: Alberto J. Bueres. - Volumen II. Eduardo A. Zan-
Salerno - Roberto M. López Cabana - Ramón D. Pizarro - Marcelo U.
Vedia - Nora Lloveras - Jorge A. Alterini - Agustín Durañona y
Gualterio Martín-Marchesini - Félix A. Trigo Represas - Enrique C. Banchio -
Gagliardo - María E. Lloveras de Resk - Aída Kemelmajer de Car-
dela Escalada. 1 tomo, 384 páginas.

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES. - 1990 - I. — Publicación Ofi-
cial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad
de Buenos Aires, 1 tomo, 192 páginas.

SANZ DE URQUIZA, Fernando. — *La Interpretación de las Leyes Tri-
butarias*. 1 tomo, 84 páginas.

SMITH, Juan C. — *Los Supuestos de la Ciencia Política*. Una introduc-
ción a la problemática científica de la política, 1 tomo, 148 páginas.

VIGO, Rodolfo L. (h.). — *Etica del Abogado*. Conducta Procesal Inde-
bida, 1 tomo, 148 páginas, reimpresión.

VILLEGAS, Carlos G. - SCHUJMAN, Mario S. — *Intereses y Tasas*, 1 to-
mo, 248 páginas.

WILLIAMS, Maureen. — *Derecho Internacional Contemporáneo*. La uti-
lización del Espacio Ultraterrestre, 1 tomo, 254 páginas.

ZORRAQUIN BECU, Ricardo. — *Estudios de Historia del Derecho*. To-
mo II, 402 páginas.

ABELED0-PERROT

“ESPECIALIZARSE ES UNA GARANTIA”

LAVALLE 1280
☎ 35-2848

LAVALLE 1328
☎ 40-6126

AZCUENAGA 1846
☎ 803-5591

Locales en Facultades de Derecho U.B.A. y U.C.A.

ANTONIO BOGGIANO

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TERCERA EDICIÓN

TOMO I

Desarrollo Histórico del Concepto del Derecho Internacional Privado. — Comparación de Tendencias Conceptuales en los Diversos Sistemas de Derecho Internacional Privado. — Derecho Internacional Público. Derecho Natural y Derecho Internacional Privado. — Concepto y Sistema del Derecho Internacional Privado. — El Nuevo Derecho Internacional Privado mediante la Cooperación de las Organizaciones Internacionales. — Jurisdicción Internacional de los Tribunales Argentinos. — Inmunidad de Jurisdicción. — Procedimiento Internacional. — La Norma de Conflicto. — La Norma Material. — La Norma de Policía. — El Acto Administrativo Extranjero. — Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras. — Aplicación del Derecho Extranjero. — Procesos Interjurisdiccionales. — Personas. — Matrimonio. — Filiación. — Adopción. — Patria Potestad, Tutela y Curatela. — Sustracción Internacional de Menores. — Cosas. — Sucesiones. — Trust.

1 tomo, 1.212 páginas.