

La Teoría de los Poderes Implícitos. Existencia Simultánea a la Carta Fundacional

Vladimir Villalba-Paredes

En un nivel de organización federal, *Marbury v. Madison* (en el derecho anglosajón estadounidense) y en otro de organización supranacional, *Costa v. ENEL* (en el derecho de integración europeo) demuestran la existencia de los poderes implícitos, con base a los cuales, la Corte Suprema ha proclamado para sí el poder de revisión judicial y el poder de declarar la supremacía del derecho comunitario respectivamente y, con ello, a su tiempo, ha robustecido la estructura encaminada a la consecución del propósito inicial que, en ambos casos, ha sido la unión de sus miembros.

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

La organización para alcanzar un fin requiere -al menos, una asignación de responsabilidades entre sus partícipes de tal forma que mediante la división del esfuerzo, la delegación de atribuciones y la asunción de responsabilidades, se logre el cumplimiento del motivo teleológico, que es su justificación material y espiritual.

Este marco conceptual inicial puede reproducirse en muchos niveles tomando en cuenta factores como número de partícipes, nivel de colaboración, naturaleza del fin y, en general, la densidad de la estructura organizativa para alcanzar el objetivo.

En un nivel doméstico de gestión, por ejemplo, podemos encontrar que un mandante ha otorgado al mandatario la facultad de administrar un fondo dinerario en beneficio periódico de un tercero sin que le haya propuesto o impuesto un catálogo de actos para mantener -sino mejorar, el rendimiento del fondo. La falta de una atribución expresa de cómo administrar el fondo significa que el mandatario ¿puede -o no puede, invertir a mediano o largo plazo parcialmente el dinero del fondo? O ¿puede -o no puede, sustituir el activo dinerario por un activo ilíquido con ánimo de reventa futura, eso sí sin afectar los flujos periódicos para atender las necesidades del beneficiario?

Ciertamente el mandatario, en cumplimiento del encargo encomendado, que es el fin del negocio jurídico, puede realizar los actos necesarios para alcanzar ese fin¹ que, en la especie, son actos de conservación del fondo que, a su vez, es un requisito *sine qua non* para atender al beneficiario. Es decir, para alcanzar el fin, el mandatario está facultado para realizar cualquier acto necesario conexo para cumplir el encargo, así no aparezca escrito del contrato. Lo dicho se aplica al fiduciario en la adminis-

tración del fideicomiso², al administrador de negocios ajenos en la administración de la cosa ajena y otros tantos negocios jurídicos de colaboración.

En un nivel superior de colaboración asociativa encontramos el mismo marco conceptual en el cumplimiento del rol social por parte del administrador de una sociedad cuando, establecido por estatuto social las actividades que conforman el objeto, se deja de lado la referencia a otros actos conexos necesarios para alcanzar ese objeto. Específicamente, ¿puede el administrador de una compañía inmobiliaria celebrar un contrato de fideicomiso de cartera con fines a una *securitización* para apalancar un proyecto de edificación inmobiliaria, teniendo en cuenta que ese acto no se refleja en el objeto social?

Si para el cumplimiento del objeto social se requiere ejecutar un acto que, aunque no se encuentre expresamente listado en el estatuto social, viabiliza el fin social, efectivamente puede hacerlo. En este caso, la doctrina societaria a fundamentado la tesis afirmativa en la distinción entre el objeto social propiamente dicho y los medios para alcanzarlo³; éstos últimos que no requieren constar en el estatuto social, aunque son las herramientas que viabilizan alcanzar permanentemente el fin social.

Ascendiendo a un nivel organizativo hasta orillar el de las naciones, la pregunta es recurrente en el sentido a si en una organización, en el que las naciones se unen para formar un Estado federal, ¿puede aplicarse igualmente la teoría de los poderes implícitos por parte de los órganos constituidos? O si, en un nivel aún más sofisticado como la integración de Estados-miembros hacia la creación de una superestructura comunitaria, ¿los poderes implícitos se encuentran "explícitamente" reconocidos en el tratado de la unión?

Es esta la cuestión que se explora con base a la construcción teórica de dos *leading cases* resueltos en cada una de esas dos realidades: el primero, *Marbury v. Madison*, en el que la Corte Suprema de Justicia de los

Estados Unidos de América reconoció el *Judicial Review* y, el segundo, *Costa v. ENEL*, en el que -a su vez, la Corte de Justicia Europea reconoció el *Supremacy Principle* y, con estos reconocimientos, el poder del órgano judicial para dirigir la interpretación en las relaciones entre los partícipes de la estructura organizativa, con base a principios que hemos etiquetado como la teoría de los poderes implícitos.

II. EL JUDICIAL REVIEW

A. La Constitución de la Unión Americana

La Constitución de los Estados Unidos de América⁴, en el Artículo III -Sección 1, crea el Sistema Judicial, encabezado por la Corte Suprema de Justicia y las Cortes inferiores de justicia, así como por aquellas que apruebe el Congreso en lo venidero. A su vez, en el Artículo III -Sección 2, reconoce el poder de administrar justicia por parte de la Corte Suprema de Justicia sobre los casos que surjan bajo la Constitución, las leyes y los tratados, sea en jurisdicción⁵ original o sea por recurso de apelación, bajo las leyes que apruebe el Congreso⁶.

A su vez, el Congreso mediante la aprobación del *Judiciary Act of 1789*⁷, en la Sección 13⁸, estableció la competencia de la Corte Suprema para ordenar un apremio de cumplimiento (*writ of mandamus*) contra un funcionario público, en jurisdicción original o por recurso de apelación⁹.

La Sección 13 (que se refiere exclusivamente a la competencia de la Corte Suprema en razón de las personas y grados), está dividida en 4 párrafos que se perfilan según los diferentes casos: el primero, al caso de jurisdicción exclusiva original; el segundo, a otros casos de jurisdicción exclusiva y al de jurisdicción original pero no exclusiva; el tercero, que se refiere a la jurisdicción original por jurado; y, el cuarto, a los casos de jurisdicción por apelación.

Este último, el párrafo cuarto, establece: "*La Corte Suprema tendrá también jurisdicción por apelación venida desde las Cortes del Circuito y las diferentes Cortes de los Estados en los casos específicamente indicados y tendrá el poder de ordenar apremio de prohibición a las Cortes Distritales, cuando juzgue como Corte de jurisdicción Marítima y, apremio de cumplimiento, en casos garantizados por los principios generales y usos del derecho, a cualquier corte electa o funcionarios públicos bajo la autoridad de los Estados Unidos ...*".¹⁰ [El resaltado es nuestro].

Por lo mismo, ¿la facultad de la Corte Suprema de ordenar un apremio de cumplimiento es exclusiva para casos de jurisdicción por apelación o también incluye a casos de jurisdicción original?¹¹ La respuesta a la pregunta es trascendental porque con ella no solamente se fija el continente sino el contenido de la resolución¹².

Si la Sección 13 es interpretada en el sentido que la Corte Suprema tiene autoridad para ordenar un apremio de cumplimiento únicamente en jurisdicción de apelación, el efecto negativo nos lleva a un caso de falta de competencia para dictar la orden (ya que la hipótesis es la presentación de una demanda directamente ante el Tribunal en jurisdicción original) e inevitablemente a un caso de incompetencia¹³.

Si por el contrario, la Sección 13 es interpretada - como de hecho así lo fue, que la Corte Suprema tiene autoridad para ordenar un apremio de cumplimiento tanto en jurisdicción por apelación cuanto en jurisdicción original, el efecto positivo lleva a examinar la constitucionalidad de la ley que fija ese nuevo caso en jurisdicción original (ya que la hipótesis es la presentación de una demanda en jurisdicción original contra un funcionario público al amparo de una ley en contra del texto constitucional Constitución), e inevitablemente a un caso de inconstitucionalidad¹⁴.

B. Marbury vs. Madison¹⁵.

B1. Hechos

El 27 de febrero de 1801, en el último año de la administración del Presidente John Adams¹⁶, el Congreso¹⁷ aprobó el *Organic Act of the District of Columbia* por el que se creaba -entre otros cargos judiciales federales, los denominados Jueces de Paz. Una vez creados, el 2 de marzo, el Presidente Adams nombró a Marbury y a otros para ocupar estos cargos. Como parte del procedimiento, el Senado ratificó esos nombramientos el 3 de marzo (un día antes de la posesión del nuevo presidente) y, finalmente, el Presidente dispuso al Secretario de Estado que emita los nombramientos, fije sellos y envíe las credenciales a las personas elegidas. Sin embargo, en el apuro de ese último día no se dispuso del tiempo suficiente para que algunas de las personas elegidas para esos nuevos cargos -entre ellas Marbury, recibieran sus nombramientos.

El Presidente Thomas Jefferson ya en funciones dispuso a James Madison -su Secretario de Estado, que se abstenga de enviar las credenciales respectivas, por lo que Marbury y los otros demandaron ante la Corte Suprema de Justicia la entrega de los nombramientos. Específicamente, Marbury demandó que el *Judiciary Act of 1789* facultaba a la Corte Suprema para que ordene un *writ of mandamus* en contra del funcionario público en jurisdicción original.

B2. Temas

El desarrollo de la argumentación de la sentencia explora tres cuestiones fundamentales¹⁸: (i) ¿Tiene el actor derecho a la entrega de su nombramiento?; (ii) Si el actor tiene derecho y éste ha sido violado, ¿existe un

remedio para el actor que provean las leyes del país?; (iii) Si las leyes proveen para el actor un remedio, ¿es éste el apremio de cumplimiento ordenado por la Corte Suprema?

La primera cuestión¹⁹ examina el derecho del actor. Técnicamente la Corte analiza en qué momento se produce el nombramiento, para luego establecer si ese derecho debe ser protegido. Al efecto, la Corte concluye que la falta de sello o envío de las credenciales no niega la existencia del nombramiento²⁰, basado en el proceso constitucional de nombramiento de funcionarios y en las obligaciones del Secretario de Estado, conforme a la ley especial de la materia.

La segunda cuestión examina si el derecho reclamado tiene un remedio para el caso de ser violado, como es la pretensión del actor. La Corte empieza por reconocer el principio que el Poder Ejecutivo es un gobierno limitado por las leyes²¹, para luego, examinar la naturaleza del acto de envío de credenciales, y finalmente concluir que más que un acto discrecional del gobierno es una obligación²² y, frente al incumplimiento (que provoca una lesión de un derecho), debe reconocerse un remedio²³.

Adicionalmente, esta segunda cuestión y su resolución afirmativa, tácitamente supera la cuestión de eventual incompetencia a la facultad de la Corte de ordenar un apremio de cumplimiento²⁴; es decir, bajo la interpretación que otorga al párrafo 4º de la Sección 13 del *Judiciary Act of 1789*, la Corte está facultada para ordenar apremios tanto en jurisdicción por apelación (jurisdicción referida en el párrafo 4º) cuanto en jurisdicción originaria (jurisdicción referida en los párrafos 1º, 2º y 3º)²⁵.

Tanto el principio que todo derecho debe tener un remedio para protegerlo o restablecerlo cuanto aquél que los actos del gobierno deben estar sometidos a la ley, justifican para que la Corte reconozca la existencia del derecho y su protección, de tal suerte que nos lleva a la siguiente cuestión a examinarse²⁶.

La tercera cuestión empieza por ratificar²⁷ que el *writ of mandamus* es la herramienta remedial apropiada para el caso del incumplimiento de una obligación por parte de un funcionario público²⁸. Hecho, ingresa por confrontar al *real issue*²⁹ del caso:

¿Es la Corte Suprema competente para ordenar, en jurisdicción original, un apremio de cumplimiento contra un funcionario público que ha violado su obligación legal, en perjuicio del derecho de otro?

Es que al admitir el caso en busca de una orden de apremio de cumplimiento, con base a la sección 13 del *Judiciary Act of 1789*, implica admitir -por otro lado, un caso adicional (el del funcionario público) a los tres casos constitucionales que la Corte Suprema puede conocer en jurisdicción original, en aparente³⁰ contradicción³¹ con la Constitución en el Artículo III, Sección 2, párrafo 2º, que taxativamente se refiere al de los "... *Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be a Party, ...*".

Inmediatamente viene la siguiente cuestión: ¿está facultada la Corte Suprema a declarar inconstitucional una ley que va contra el texto constitucional?; más concretamente, ¿la Corte Suprema tiene la atribución del *Judicial Review power*?³²

B3. Razones

La Corte Suprema sostiene para sí el poder para declarar la inconstitucionalidad de cualquier ley! El Tribunal para fundamentar este criterio, se basa en un conjunto de principios con el siguiente *rationale*:

a) Aunque su ejercicio debería ser por excepción, existen *principios originales* cuya invocación es un *derecho originario* de los pueblos para alcanzar su bienestar³³;

b) La constitución contienen simultáneamente la *distribución de poderes* entre los diferentes órganos con sus limitaciones, por lo que cualquier acto que orille esos límites escritos debe ser frenado³⁴;

c) Alrededor de toda constitución escrita gira la teoría de que ella es la *cúspide y la ley fundamental* de una nación, por lo que cualquier acto legislativo contrario a la Constitución debe carecer de validez³⁵;

d) Constituye una *obligación* del poder judicial determinar *lo que es la ley*³⁶; por lo mismo, los jueces al interpretar una ley a los casos de su conocimiento deben decidir el destino inconstitucional de las leyes que pugnan con el contenido constitucional³⁷.

e) Adicionalmente a estos principios de supremacía constitucional, hay indicaciones en la Constitución, como en el Artículo III, Sección 2, párrafo 1º, que establece que "*el poder judicial de los Estados Unidos se extiende a todos los casos que se presentan bajo la Constitución*", lo cual significa la obligación de examen de cualquier instrumento a la luz constitucional³⁸;

f) Hay otras disposiciones constitucionales que guían la interpretación constitucional sobre cualquier otra ley, como el valor de una prueba penal condenatoria no contemplada en la Constitución³⁹;

g) El *juramento* de los Jueces constituye precisamente la obligación de hacer cumplir la Constitución⁴⁰.

h) La *ley de la nación* es la Constitución y las leyes en sentido general, siempre que se encuentren en armonía constitucional⁴¹.

B4. Epílogo

En virtud de existir una contradicción entre el *Judiciary Act of 1789*, Sección 13 y la Constitución, Artículo III, Sección 2, párrafo 2º, la Corte Suprema declara inconstitucional la ley en conflicto, desechando la pretensión de la demanda por no tener competencia para conocer el caso en una de jurisdicción original, sino que en razón de la persona demandada, debió venir por recurso de apelación, por tratarse de un funcionario público. La ley no podía añadir otros casos de jurisdicción original a aquellos previstos taxativamente en la Constitución.

La Corte Suprema al declarar la inconstitucionalidad asumió para sí el poder de revisión judicial constitucional (*Judicial Review*)⁴², que aunque no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, la Corte Marshall entiende incorporado en la función judicial, con base a los principios⁴³ que sustentan las constituciones escritas y el sentido de algunas disposiciones constitucionales⁴⁴.

Más allá de las críticas que pudieran hacerse moderadamente a la resolución⁴⁵, ciertamente la Constitución

americana se ha moldeado hasta la actualidad con base a estos dos principios: (i) La Constitución es la cúspide legal bajo la cual, todo el cuerpo de leyes debe someterse; y, (ii) El poder judicial es el órgano llamado a precautelar la Constitución⁴⁶ y, con ello, a limitar los actos de los demás poderes del Estado a vía de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Más allá del camino de interpretación⁴⁷ que la Corte Marshall optó frente a otros; más allá de la selección de un conjunto de principios frente a otros, el mérito⁴⁸ de la sentencia está en reconocer la existencia implícita⁴⁹ de un poder de revisión judicial constitucional y, con ella, medio para alcanzar el fin de la estructura, a través del equilibrio y limitación de los poderes de la naciente organización, bajo el abrigo constitucional⁵⁰.

El *Judicial Review* se lo reconoce como un poder implícito (por no encontrarse escrito), aunque explícito para informar el alcance de la Constitución, en favor del órgano encargado de la administración judicial. Este poder tiene sustento en los principios generales del derecho constitucional que lo informa, y reconocidos con base a la herramienta interpretativa⁵¹.

III. EL "SUPREMACY PRINCIPLE"

C. El Tratado de la Unión Europea

El Tratado de la Unión Europea⁵² no contiene alguna disposición expresa⁵³ sobre la supremacía de sus normas sobre aquellas de la legislación interna de los países miembros. En palabras dramáticas, el Tratado guarda silencio al no contener un *Supremacy clause*⁵⁴ que establezca la jerarquía de la norma de la unión⁵⁵ sobre la norma constitucional⁵⁶ de un Estado en caso de conflicto.

D. Costa vs. Enel⁵⁷

Frente a esta comprensible⁵⁸ ausencia normativa, el principio fue desarrollado -una vez más⁵⁹, a través de la jurisprudencia comunitaria, aunque sin un precedente⁶⁰.

D1. Hechos

En 1962, el gobierno italiano resolvió la nacionalización de la generación y distribución de la industria eléctrica, a cuyo efecto, dispuso la transferencia de los activos de la empresa privada (que venía prestando esos servicios) a la conformación del *Ente Nazionale per L'Energia Elettrica* (ENEL).

Flamingo Costa se rehusó al pago de la planilla por servicio eléctrico en alrededor 1.925 liras (USD 3.00), con base a que el acto de la nacionalización era inconstitucional, conforme a la Constitución italiana e incompatible con el Tratado comunitario, en especial, con los Arts. 31 (ex 37), ex 53 (actualmente derogado), 88 (ex 93) y 97 (ex 102).

El caso tomó conocimiento el *Giudice Conciliatore* (Corte de Milán con competencia de menor cuantía), quien solicitó interpretación prejudicial⁶¹ a la Corte Europea de Justicia respecto al alcance de la norma comunitaria y, simultáneamente, a la Corte Constitucional italiana respecto a la conformidad con la norma constitucional, aunque el gobierno italiano sostuvo que en materia constitucional, únicamente el Tribunal constitucional italiano era competente para dejar sin efecto la ley de nacionalización, con base únicamente a la Constitución.

La cuestión fue resuelta por el Tribunal constitucional italiano en el sentido que el Tratado tiene el *status* de una ley ordinaria dentro de la legislación doméstica, en virtud que fue ratificado mediante un simple acto parlamentario y que cualquier subsecuente acto que esté en conflicto con la norma comunitaria, automáticamente la revocará a ésta (tesis de la subordinación de la norma comunitaria a la legislación interna posterior).

D2. Temas

Aunque existen algunas cuestiones⁶² que se discuten en el caso, el principal y novedoso es ¿qué norma tiene supremacía en caso de conflicto, la comunitaria o la doméstica de un país miembro?

La cuestión ciertamente fuerza a explorar la naturaleza jurídica del Tratado de la Unión que, aunque con un formato de carácter internacional, tiene un contenido supranacional.

D3. Razones

La Corte de Justicia Europea interpreta⁶³ que el Tratado tiene una supremacía sobre la legislación interna de cada uno de los países miembros de la Unión, con base a los siguientes principios⁶⁴:

a) El Tratado creó su *propio sistema legal*, diferente de aquellos ordinarios tratados internacionales⁶⁵;

b) El Tratado es *parte integral* de la legislación interna de cada uno de los países miembros, y las cortes nacionales están *obligadas a aplicarlo*⁶⁶;

c) El Tratado implica la *transferencia de poderes* a la Comunidad de manera permanente, por lo que sus miembros han *limitado sus derechos de soberanía*⁶⁷;

d) La ley comunitaria no puede variar en su aplicación entre los diferentes Estados miembros, conforme el Art. 10 (ex Art. 5) y el Art. 12 (ex Art. 6) del Tratado, por lo que un principio de reciprocidad ha sido acordado⁶⁸;

e) La primacía de la norma comunitaria está sustentada en el Art. 249 (ex Art. 189) del Tratado, la cual no tiene el carácter de contingente a los actos legislativos posteriores⁶⁹.

D4. Epílogo

La Corte fundamenta esencialmente su resolución en los principios⁷⁰ necesarios para alcanzar el espíritu del Tratado⁷¹. La Corte recoge la idea principal de la interpretación⁷² en un caso anterior en *van Gend en Loos*, aun-

que al aplicar al caso *Costa*, pasa de reconocer a la Comunidad como *un nuevo orden de ley internacional a un sistema propio legal*⁷³, con lo cual, prepara el principio de supremacía sobre la base de la supranacionalidad⁷⁴ (abandonando el carácter de contenido internacional).

El reconocimiento del principio de la supremacía, a su vez, comporta que la Corte, con base a su atribución de interpretar la norma comunitaria, reclama para sí la función⁷⁵ de protector⁷⁶ del cumplimiento del Tratado, así como el poder de indirectamente declarar la inconformidad, a vía de interpretación prejudicial, sobre cualquier legislación interna⁷⁷.

IV. Conclusión. La teoría de los poderes implícitos

La atribución escrita no es suficiente, en ocasiones, para apreciar el verdadero alcance del poder, sino que es necesario aproximar la premisa menor a la premisa mayor que le informa y el fin que le guía, con sustento en aquella razón de ser de la estructura legal al cual la atribución y el poder pertenecen.

Hay ocasiones, por lo mismo, que el órgano responsable de un objetivo, tiene para sí la atribución implícita de actuar, como única herramienta para alcanzar el fin. No hacerlo significaría, además de cometer un acto de omisión, desnaturalizar el propósito de la existencia tanto del órgano cuanto de la estructura legal. Es la competencia que tiene el artesano de cimentar cualquier orificio que encuentre en el material entregado a su creación.

Esta teoría tiene importancia en el campo constitucional, sobretodo si conceptualizamos a una ley suprema como la declaración de un conjunto de derechos individuales, colectivos y sociales, así como la edificación de un andamiaje básico y esencial para alcanzar la protección y realización de esos derechos. Entendida esta visión, la misión debería ser, más que propender a la creación de un nuevo instrumento básico que sustituya al anterior, la adjudicación clara de atribuciones sobre las cuales se construya el poder que viabilice el movimiento constitucional. A lo más debería haber una tendencia a la reforma constitucional.

Es coincidente que en la primera etapa de elaboración de doctrina constitucional en los Estados Unidos de

América así como de la comunitaria de la actual Unión Europea, la Corte Suprema haya emprendido en pulir y dar forma a las columnas sobre las cuales se edifica la ley suprema. Al hacerlo, el Tribunal confrontó dos realidades: por un lado, un texto que reconocía de manera general una atribución esencial para el desenvolvimiento de la estructura jurídica para cada órgano y, por otro, la necesidad de alcanzar el fin de la unión a través del reconocimiento de atribuciones implícitas. No hacerlo hubiese significado poner en riesgo la justificación teleológica de la organización al dejar a cada uno de los partícipes la producción de actos extraños al espíritu original.

Mientras el Tribunal en *Marbury v. Madison* asume para sí el poder para declarar inconstitucional una ley, en *Costa v. ENEL* asume el poder de declarar la supremacía de la norma comunitaria sobre la ley interna de los países miembros; en ambos casos, ejerce un poder de revisión judicial salvaguardando el fin de la norma suprema.

La Corte Suprema ha rasgado aquella concepción fija sobre el alcance constitucional que concibe como uno de "doce reglas escritas en piedra" por otra de "doce reglas de piedra", ésta última, que al ser esculpidas, le ha permitido asumir un poder de revisión como medio para llegar al cumplimiento del encargo confiado. Sin esa visión no se hubiese llegado a conservar esa voluntad inicial o, peor aún, se hubiese distorsionado con la razón de cada uno de los partícipes.

La herramienta en ambos casos ha sido la interpretación judicial, bajo la regla del entendimiento sistemático de la estructura jurídica acordada. El reconocimiento de principios como el derecho originario de los pueblos, la limitación de poderes, la supremacía constitucional o comunitaria, la jerarquía de leyes, la transferencia de soberanía hacia un fin común, la aplicación homogénea de la ley entre sus partícipes, la eficacia incondicional de la ley han justificado la existencia de los poderes implícitos simultáneamente a la de los implícitos. Más todavía, el poder estaría constituido por atribuciones del uno y del otro género.

Como corolario resulta que, aunque el poder se encuentra implícito, su construcción ha sido con base a principios explícitos que giran alrededor del fin de la estructura jurídica. Con ese cincel se ha torneado las columnas constitucionales de esas dos realidades.

Notas

- 1 "En el cumplimiento del mandato, por tanto, el mandatario puede ejecutar actos jurídicos y hasta no jurídicos, siempre que éstos sean conexos con el encargo que deba ejecutar.", Wladimiro VILLALBA VEGA, «Fundamentos de Práctica Forense», Editorial Jurídica Alameda, Quito, 1987, pág. 484.
- 2 Aunque para el caso de la responsabilidad del fiduciario deberá confrontarse con principios particulares del negocio fiduciario como aquél por el cual el encargo debe encontrarse contenido en las reglas (escritas) del contrato y las disposiciones de la legislación pertinente.
- 3 "Determinado el objeto del modo antes indicado, la sociedad, por medio de sus órganos, tiene plena capacidad para realizar todos los actos jurídicos lícitos necesarios para la realización de tal objeto, sin necesidad de indicación alguna en el contrato social o en los

Notas

- estatutos.*”, Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, «El Contrato de Sociedad», Vol. 2, (Biblioteca de Derecho Societario), Editorial Heliasta, 1° ed., Buenos Aires, 1994, pág. 259.
- 4 Adoptada por la Convención Federal (Constitucional) en la ciudad de Filadelfia, el 17 de septiembre de 1787, para posteriormente ser sometida a aprobación de los 13 Estados, aunque fue previsto que con la sola ratificación de 9 Estados (ocurrida el 21 de junio de 1788 por New Hampshire), el cronograma de instalación del nuevo gobierno entraría en funciones (ocurrido el 4 de marzo de 1789).
 - 5 La norma constitucional se refiere a *jurisdicción*, aunque debe entenderse como *competencia*.
 - 6 “Section 2. The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties. [...] §2 In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have **original Jurisdiction**. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have **appellate Jurisdiction**, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make. [...]” [El resaltado es nuestro]
 - 7 A diferencia de la claridad del Artículo I sobre el *Legislative Power* en el que se establece un abanico de atribuciones, el Artículo III es vago en cuanto a lo que significa el *Judicial power*. A través del Judiciary Act, el Congreso -como uno de sus primeros actos y con base a la atribución constitucional, estableció el sistema de organización de las Cortes Federales de Justicia.
 - 8 “Sec. 13. [1] And be it further enacted that the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party, except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction. [2] And shall have exclusively all such jurisdiction of suits or proceedings against ambassadors, or other public ministers, or their domestics, or domestic servants, as a court of law can have or exercise consistently with the law of nations; and original, but no exclusive jurisdiction of all suits brought by ambassadors or other public ministers, or in which a consul, or vice-consul, shall be a party. [3] And the trial of issues in fact in the Supreme Court, in all actions at law against citizens of the United States, shall be by jury. [4] The Supreme Court shall also have **appellate jurisdiction** from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have the power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principle and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States...” [El resaltado e introducción de números de párrafos son nuestros].
 - 9 Esta es la visión interpretativa del efecto de la ley por parte del Tribunal Marshall. Sin embargo, como se verá más adelante, existe otra visión interpretativa generada por el foro académico actual.
 - 10 Libre traducción.
 - 11 La pregunta nos lleva ciertamente a la construcción de cuatro modelos posibles, tomando en cuenta dos variables en juego, con su respectiva solución, a saber: MODELO I [Estructura + +] Hay lugar al apremio y es constitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original; Modelo II [Estructura -+] No hay lugar al apremio, aunque es constitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original; Modelo III [Estructura +-] Hay lugar al apremio, aunque es inconstitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original; Modelo IV [Estructura - -] No hay lugar al apremio y es inconstitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original.
 - 12 “If § 13 were read as dealing only with the Supreme Court’s power in cases heard on appeal, Marbury’s action would have to be dismissed on the ground that no law authorized him to sue originally in the Supreme Court. However, such a reading would have deprived the Court of the opportunity to declare an act of Congress unconstitutional. Instead, the Justices agreed with Marbury that § 13 authorized the Supreme Court to take original jurisdiction over his mandamus action but then proceeded to declare § 13 unconstitutional.”, Christopher N. MAY and Allan IDES, «Constitutional Law -National Power and Federalism: examples and explanations», Aspen Law & Business, 1998, pág. 10.
 - 13 Llamamos a esta *Interpretación Clásica* porque es la que muy probablemente cualquier Juez tomaría con solo mirar el cuerpo de la Sección 13: el apremio de cumplimiento se encuentra ubicado a propósito de la jurisdicción por apelación por lo que le es exclusiva, por lo que no se pudiera ordenar en jurisdicción original.

Notas

- 14 Llamamos a esta la *Interpretación Constitucional* porque conduce a revisar la materia del efecto de una ley inferior contraria a la Carta Constitutiva y, al hacerlo, reconoce para sí el poder de declarar inconstitucional un acto del Congreso. Es esta la interpretación que optó el Tribunal Marshall.
- 15 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- 16 La elección del nuevo presidente fue encarnizada entre John Adams (buscando la reelección y apoyado por el Partido Federalista), Aaron Burr (apoyado por el novel Partido Democrático Republicano) y Thomas Jefferson (apoyado por el Partido Republicano). Después de un empate en el Colegio Electoral, Jefferson fue elegido como Presidente y Burr como Vicepresidente por la Cámara de Representantes del Congreso, conforme al procedimiento constitucional.
- 17 Integrado en su mayoría por miembros del Partido Federalista de John Adams que obviamente tenían interés en dejar influencia antes de la posesión de la administración de Thomas Jefferson. La elección de Jefferson significó el cambio por primera vez del dominio político del partido Federalista (momento histórico conocido como *Jeffersonian revolution*).
- 18 "Having found that the executive branch had acted illegally, the Court proceeded to dismiss Marbury's case for lack of jurisdiction. This was certainly an unorthodox way to proceed. It is well recognized that a court must first determine whether it has jurisdiction over the case; only if jurisdiction is found to exist may the court proceed to the merits. Yet had the issue of jurisdiction been addressed first, Marbury's case would have been dismissed without an opportunity for the Court to address the legality of the executive's conduct. By reversing the usual sequence, the Chief Justice was able to use Marbury as a vehicle for establishing the principle of judicial review with respect to Congress as well as the executive branch.", Christofer N. MAY, Ob. cta., Nota N° 12, pág. 12; En el mismo sentido: "Marshall's first coup was to reverse the regular order of questions (he warned counsel that there would be 'some departure in form' from the points stated in argument). He could have disposed of the case straight off -and without ruling on Section 13- by holdings that Marbury could not bring a case on original jurisdiction before Court since he was not an ambassador, public minister, or consul. Instead, Marshall asked questions one and two, which gave him an opportunity to expound the doctrine of vested rights and to remind the President of the United States that he was not above the laws of the country (a lecture he would surely not have dared give to Washington or Adams)", R. Kent NEWMYER, «The Supreme Court under Marshall and Taney », Harlan Davidson, Inc, 1968, págs. 29-30.
- 19 Bajo la denominada *interpretación clásica*, la Corte debió directamente declarar la incompetencia para ordenar un apremio de cumplimiento o, bajo la denominada *interpretación constitucional* (que es la optada por la Corte), declarar directamente la inconstitucionalidad del *Judiciary Act of 1789*. Por el contrario, al proponer esta primera cuestión, la Corte censura la actitud del Presidente Jefferson por haberse rehusado entregar las credenciales al actor cuando fue legalmente nombrado. Quizá el hecho que antes de asumir el cargo de Presidente de la Corte Suprema, John Marshall fue inicialmente el encargado de enviar el nombramiento a Marbury, en su calidad de Secretario de Estado del Presidente saliente James Madison (circunstancia que no ocurrió ni siquiera por encargo a su hermano James Marshall) fue el motivo *político* que explica esta primera cuestión.
- 20 "Mr. Marbury, then, since his commission was signed by the President, and sealed by the Secretary of State, was appointed; and as the law creating the office, gave the officer a right to hold for five years, independent of the executive, the appointment was not revocable, but vested in the officer legal rights, which are protected by the laws of his country.", Ob. cta., Nota N° 15.
- 21 "The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right.", Ob. cta., Nota 15.
- 22 "Is the act of delivering or withholding a commission to be considered as a mere political act belonging to the executive department alone, for the performance of which entire confidence is placed by our constitution in the supreme executive; and for any misconduct respecting which, the injured individual has no remedy? That there may be such cases is not to be questioned; but that every act of duty to be performed in any of the great departments of government, constitutes such a case, is not to be admitted." [...] "But when the legislature proceeds to impose on that officer other duties; when he is directed peremptorily to perform certain acts; when the rights of individuals are dependent on the performance of those acts; he is so far the officer of the law; is amenable to the laws for his conduct; and cannot at his discretion sport away the vested rights of others.", Ob. cta., Nota 15.

Notas

- 23 *"But where a specific duty is assigned by law, and individual rights depend upon the performance of that duty, it seems equally clear that the individual who considers himself injured, has a right to resort to the laws of his country for a remedy."*, Ob. cta., Nota N° 15.
- 24 En verdad, aquí radica el *bypass* del caso de tal suerte que la Corte se mueve de lo que originariamente hubiese sido un Modelo II [Estructura -+: No hay lugar al apremio, aunque es constitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original] al Modelo III [Estructura +-: Hay lugar al apremio, aunque es inconstitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original]. Este movimiento le permitirá a continuación examinar la constitucionalidad del *Judiciary Act of 1789*.
25. El profesor Abernathy intuye la otra interpretación (la que denominamos *interpretación clásica*) que se otorga al párrafo 4° de la Sección 13 del *Judiciary Act of 1789*, al provocar respuestas a las preguntas que hace al lector: *"(a) Consider the punctuation used in the Act. The first two sentences relate to original jurisdiction and the third to jury trial, a procedure that applies only to non-appellate cases. What topic does the fourth sentence cover? In which sentence does the statute provide for writs of mandamus? In which jurisdiction, then, should mandamus be exercised?"*, Charles F. ABERNATHY, «Law in the United States -Cases and Materials», International Law Institute, 1995, pág. 149-51.
- 26 Insistimos: aquí la Corte aplica a la que denominamos *interpretación constitucional*, dejando a un lado a la que denominamos *interpretación clásica*.
- 27 Aunque más que apoyarse en una interpretación gramatical del párrafo 4° de la Sección 13 del *Judiciary Act*, encuentra sustento en el principio universal que una orden judicial debe ser la acción para apremiar a un funcionario público que cumpla con su obligación.
- 28 *"This, then, is a plain case for a mandamus, either to deliver the commission, or a copy of it from the record;..."*, Ob. cta., Nota N° 15.
- 29 Ciertamente esta es la verdadera cuestión a resolver. Las cuestiones anteriores tiene el rol de llevar el caso del Modelo II [Estructura -+: No hay lugar al apremio, aunque es constitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original] al Modelo III [Estructura +-: Hay lugar al apremio, aunque es inconstitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original].
- 30 Hay quienes interpretan que la misma Constitución, en el mismo Art. III, Sección 2, al final del párrafo 2°, estableció la facultad al Congreso para que libremente pueda modificar los casos de jurisdicción original y por apelación. Cfr. MAY, Nota. N° 31, pág. 11; CHEMERINSKY, Nota N° 31, pág. 41.
- 31 Sin embargo, puede intentarse otra lectura en el sentido que el Artículo III, Sección 2, párrafo 2 permite que el Congreso pueda crear excepciones a los diferentes casos tanto en jurisdicción original cuanto en jurisdicción por apelación. En este sentido: *"However, the Exceptions Clause of Article III, § 2 appeared to permit the transfer of cases between the Court's original and appellate jurisdiction. After specifying which cases the Supreme Court may hear as an original matter, Article III, §2, cl. 2 states that '[i]n all the other Cases ... the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.* [Resaltado es del texto]. *This clause seemingly permits Congress to re-deal the cards so that cases which the Constitution assigned to the Court's original jurisdiction could be moved to appellate pile, while other cases such as Marbury's suit for a writ of mandamus might be shifted from the Court's appellate to original jurisdiction. Under this interpretation of the Exceptions Clause, §13 would have been constitutional."*, Christofer N. MAY, Ob. cta., Nota 12, pág. 11. Otra lectura, a su vez, puede ser que el *Judiciary Act of 1789* faculta el apremio de cumplimiento únicamente en jurisdicción por apelación. En este sentido: *"Although the Court read this statute granting it original jurisdiction over requests for mandamus, alternative readings seem even more plausible. For example, the statute might be read as pertaining only to the Court's appellate jurisdiction because that is the only type of jurisdiction mentioned. Alternatively, the statute might be understood as according to the Court the authority to issue mandamus where appropriate, in cases properly within its jurisdiction. By this reading, the statute does not create original jurisdiction, but simply grants the Court the remedial powers when it has jurisdiction. Under either of these approaches, Marbury still would have lost, but the Court would have avoided the question as to whether the statute was constitutional and thus would have lost the opportunity to announce its power to declare statutes unconstitutional."*, Erwin CHEMERINSKY, «Constitutional Law -Principles and Policies», Aspen Law & Business, 1997, pág. 41.
- 32 *"The question, whether an act, repugnant to the constitution, can become the law of the land, is a question deeply interesting to the United States; but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognize certain principles, supposed to have been long and well established, to decide it."*, Ob. cta., Nota N° 15.

Notas

- 33 "That the people have an original right to establish, for their future government, such principles, as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor ought it, to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent.", Ob. cta., Nota N° 15.
- 34 "The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed [...].", Ob. cta., Nota N° 15.
- 35 "Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nations, and, consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void. The theory is essentially attached to a written constitution, and, is consequently to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society [...].", Ob. cta., Nota N° 15.
- 36 "It is emphatically the providence and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. [...] This is of the very essence of judicial duty.", Ob. cta., Nota N° 15.
- 37 Como Hamilton escribió en el *The Federalist* (fuente interpretativa de la Constitución): "The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body.", *The Federalist*, No. 78 (The Judiciary Department), Alexander HAMILTON, Clinton Rossiter ed., 1961, pág. 467.
- 38 "Could it be the intention of those who gave this power, to say that in using it the constitution should not be looked into? That a case arising under the constitution should be decided without examining the instrument under which it arises?", Ob. cta., Nota N° 15.
- 39 "If, however, such a bill should be passed, and a person should be prosecuted under it; must the court condemn to death those victims whom the constitution endeavors to preserve?", Ob. cta., Nota N° 15.
- 40 "Why otherwise does it direct the judges to take an oath to support it?", Ob. cta., Nota N° 15.
- 41 "It also not entirely unworthy of observation, that in declaring what shall be the supreme law of the land, the constitution itself is first mentioned; and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the constitution, have that rank.", Ob. cta., Nota N° 15.
- 42 Con posterioridad, la Corte declaró la supremacía constitucional sobre la legislación de los Estados [*Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810)]; y la revisión de las resoluciones de las Cortes inferiores sobre asuntos constitucionales [*Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816)] y en *Cohens v. Virginia* [19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821)].
- 43 "In its essence, *Marbury* rested on three propositions: (a) that the Constitution is law, not merely an enshrinement of a set of political ideas; (b) that the Constitution is supreme law, and overrides any conflicting source of law within the legal system; and, (c) that judges have the same responsibility and authority with regard to the Constitution as they do with regard to other sources of law.", Alan B. MORRISON (editor), «Fundamentals of American Law», Oxford University Press, 2000, pág. 53.
- 44 "The basic idea behind *Marbury* is that constitutional review of laws is nothing extraordinary. As the Court observed the first 'providence and duty' of all Courts is to determine "what the law is' in any case before them. "The Law" includes the Constitution and, in particular, its supremacy clause setting the hierarchy of laws. Consequently, when a court discovers that a statute violates the Constitution, it simply engages in a 'choice-of-law' determination, applying the Constitution and ignoring the statute.", William BURNHAM. *Introduction to the Law and legal system of the United States*, West Group, 2° ed., 1999, pág. 304.
- 45 "Nonetheless, judicial review is still subject to debate. For one thing it is 'countermajoritarian'. That is to say, nobody elects the Supreme Court. The voters elect congressmen, senators, presidents to govern them. Why should the Court overturn what the public decides, through its representatives? True, the Constitution is the highest law of the land. But it is really naive to claim that the Supreme Court only 'interprets' the text, that is, that it does nothing more than ask what the document means or what it meant to the people who

Notas

wrote it. The Court goes far beyond anything that can reasonably be called 'interpretation'. The Court invents and expands constitutional doctrine, and some of this doctrine is connected to the text by gossamer threads, if at all.", Lawrence M. FRIEDMAN, «American Law-An Introduction», W.W. Norton, 2º ed., NY, 1998, pág. 210; Cfr. W. Van ALSTYNE, «A Critical Guide to Marbury v. Madison», Duke Law Journal, 1, 1969; En el mismo sentido: "Critics contend that the democratic process -not the Court, is the proper curb on legislative and executive excesses. If the President or Congress exceed their proper roles, the voters can correct the abuse at the ballot box. The legitimacy of judicial review and its true source remains a vigorously debated matter to this day; but the doctrine seems firmly established and accepted by all branches of the federal government.", Margaret Z. JOHNS & Rex R. PERSCHBACHER, «The United States Legal System -An Introduction», Carolina Academic Press, 2002, págs. 78-79; En el mismo sentido: "La tesis de un intérprete es incompatible con la supremacía constitucional porque ésta implica criterios constitucionales independientes y sobre la base de estos criterios siempre se puede criticar a cualquier intérprete. Por lo tanto, formulamos la pregunta errónea al tratar de localizar el poder de la revisión constitucional. Un monopolio tal no se encuentra en la Constitución. En realidad, se podría ir tan lejos como para decir que un monopolio tal no puede haber sido colocado en la Constitución y que sea consecuente de alguna forma con la supremacía, por la ley de la Constitución misma. En lugar de un monopolio encontramos una obligación para actuar constitucionalmente que se aplica a todos los que ejercen funciones constitucionales, no sólo para aquéllos que practican la función judicial.", Sotirios A. BARBER, «Sobre el Significado de la Constitución de los EE.UU.», Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 984, pág. 236; "Los teóricos políticos se han preguntado durante largo tiempo si el supuesto por parte de la Corte Marshall del poder de revisión estaba justificado por la Constitución o era un acto de usurpación judicial.", Bernard SCHWARTZ, «Algunos Artífices del Derecho Norteamericano », Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 60.

- 46 "Although not totally free of ambiguity, much of Marbury is consistent with a robust interpretive role by other institutions. Marbury can be read as claiming simply the power to review statutes as they arise in cases before the Court, not as making the Court the exclusive or ultimate constitutional voice.", Norman REDLICH y otros, «UNDERTANDING CONSTITUTIONAL LAW, Matthew Bender, 2º ed., 1999, pág. 5.
- 47 "[Marshall] asserts that the Constitution has a superior status as higher law by virtue of its enactment by the People. Until a constitutional movement successfully amends our higher law, the Court's task is to preserve the People's judgments against their erosion by normal lawmaking.", Bruce ACKERMAN, «WE THE PEOPLE -Foundations», Harvard University Press, Cambridge, 1991, pág. 72
- 48 "The point of this discussion is not, of course, to argue that Chief Justice John Marshall was wrong or that judicial review is illegitimate. History has proven the opposite. Rather, the point is that constitutional review was not axiomatic or unassailable; it had to be established by the Supreme Court and John Marshall found the ideal occasion. He established judicial review while declaring unconstitutional a statute that he read as expanding the Court's powers. The particular statutory provision invalidated was minor and Marshall's holding was a victory for his opponents.", CHEMERINSKY, Ob. cta., Nota 31, pág. 43.
- 49 "Many of the Court's efforts to pack constitutional language were controversial, such as its finding that the Contract Clause embodied the unwritten principle that a legislature cannot take property from A and give it to B without compensation, or its finding that enumerated powers given to Congress gave rise to additional unenumerated 'implied' powers", G. Edward WHITE, «The Marshall Court and Cultural Change. 1815-1835», Abridged Edition, Oxford University Press, 1991, pág. 114.
- 50 "Más aún, Marbury estableció un principio más amplio e importante: la revisión judicial es un elemento indispensable del sistema constitucional de frenos y contrapesos diseñado para evitar que otras ramas de gobierno usurpen autoridad. El poder que tiene el Congreso de limitar la jurisdicción de los tribunales no debería ser interpretado tan ampliamente como para permitir que los legisladores mismos destruyan este importante control sobre los límites de su poder.", David P. CURRIE, «Introducción a la Constitución de los Estados Unidos», Zavalia, Buenos Aires, 1993, pág. 40.
- 51 "En las palabras del Juez Marshall, la naturaleza de una Constitución requiere 'que solamente estén delineados sus grandes contornos, designados sus objetos importantes, y que los ingredientes menores que componen estos objetos se deduzcan de la naturaleza de los objetos mismos ... Nunca debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando", en *McCulloch v. Maryland*, citado por E. Allan FARNSWORTH,

Notas

- «Introducción al Sistema Legal de los Estados Unidos», Zavalia, Buenos Aires, 1990, pág. 194.
- 52 Acordado mediante el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, en vigencia a partir del 1 de mayo de 1999, que reformó el Tratado de Maastrich, firmado el 7 de febrero de 1992 que, a su vez, se reformó el Tratado de Roma, firmado el 25 de octubre de 1957, que estableció la Comunidad Económica Europea. A su vez, la CEE junto con la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (Tratado de París de 1951 sobre el ECSC) y el Tratado Comunitario Europeo de Energía Atómica (Tratado EURATOM de 1951) son las raíces de la actual Unión Europea. Al respecto: "*Of the three Communities which existed by 1958, two -the ECSC and EURATOM- were subject specific. The EEC, on the other hand, was not; its remit was broad enough to cover any economic activity not included in that of the other two. The result is that the EEC became by far the most important of the three Communities.*", O.F. ROBINSON y otros, «European Legal History», Butterworths, 1994, pág. 301.
- 53 "*The three founding European Community treaties made no express provision to deal with the possibility of a conflict between a rule of European Community law and a rule of the municipal law of one of the Member States.*", Tom KENNEDY, «Learning European Law -A Primer and Vade-mecum», Sweet and Maxwell, 1998, pág. 153.
- 54 Como existe reconocido en el Artículo VI, párrafo 2º de la Constitución Americana que proclama al texto constitucional como the *supreme Law of the Land*, obligando a cualquier juez de cualquier Estado, así la Constitución o la ley local esté en contraposición. En este sentido: "*The Community Treaties do not themselves provide a particularly firm textual foundation for the supremacy of Community law. Unlike the US Constitution, which contains an express Supremacy Clause in favor of federal over state law, the Treaties do not expressly address the issue.*", George A. BERMANN y otros, «Cases and Materials on European Community Law», West Publishing, 1993, pág. 192.
- 55 "*Some have analogized the Treaty of Rome to a constitution. Certainly it is the founding document of the European Community. The European Court of Justice has, of late, referred to the Treaty of Rome as the 'constitutional charter of a Community based on the rule of law'.*", Ralph H. FOLSOM, «European Union Law», West Group, 1999, pág. 9.
- 56 El conflicto no existió en países como el Reino Unido, no solamente por el hecho que no reconoce una ley constitucional sino porque la doctrina de la supremacía fue reconocida internamente con mucha anterioridad a su adhesión a la norma comunitaria. Al respecto, "*Even before the United Kingdom joined the Community it was well established that Community law was supreme when in conflict with national domestic law and that Member States abrogated a part of their sovereignty to the Community.*", James HANLON, «European Community Law», Sweet & Maxwell, 1998, pág. 42.
- 57 *Costa v. Ente Nazionale per L'Energia Elettrica (ENEL)*, Case 6/64, (1964) ECR 585.
- 58 Digo comprensible porque el fijar la supremacía como norma comunitaria sobre la norma constitucional local hubiese significado que algunos países miembros no se adhirieran a la unión por cuestiones de soberanía, con lo cual se hubiese atentado contra el sistema de membresía. En este sentido: "*There are various reasons why the authors of the Treaty may have decided not to incorporate the doctrine of primacy expressly. It may have been thought politically unwise to embody such a doctrine explicitly at the outset. It may not have been possible to reach agreement over the wording of an appropriate provision. The six may simply have been divided on whether Community law was to take precedence at all. From this perspective, the absence of a provision saying that it was not to have this effect is at least as significant as the absence of a provision saying that it was. It seems probable that the issue was deliberately left obscure, which implies an acceptance that it would eventually have to be resolved by the Court of Justice. Against that background, there can be little dispute that the solution preferred by the Court in Costa v. ENEL was the only one which was consistent with the scheme of the Treaty.*", Anthony ARNULL, «The European Union and its Court of Justice», Oxford University Press, 1999, pág. 97.
- 59 Ya en el caso *van Gend en Loos (Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen)*, Caso 26/62, [1963] ECR 1), la Corte Europea de Justicia reconoció el principio del efecto directo del Tratado sobre la legislación interna de cada país miembro, sin necesidad de implementación posterior, de tal forma de asegurar *l'effet utile*. Este principio junto con el de la supremacía -ambos desarrollados en la jurisprudencia, constituyen el ángulo gravitacional sobre el cual gira la aplicación del Tratado de la Unión Europea.
- 60 "*One of the main difficulties in this respect was the absence of precedents.*", Walter CAIRNS, «Introduction to European Union Law», Cavendish Publishing Limited, 1998, pág. 81.
- 61 *Preliminary rulings* con base a la letra a) del Art. 234 (ex 177) del Tratado de la Unión. Sobre su actual significación: "*Formally, a division of responsibilities between national courts and the Court of Justice is envisaged in Article 177. The former are responsible for*

Notas

- application of Union law to issues before them, while the Court of Justice merely interprets the meaning of the relevant provisions of Union law. Thus the Court of Justice has no power to interpret national law, to apply Union law to a specific case, or to declare that a provision of national law is incompatible with the Union law and invalid. Nevertheless, the fact that the question referred may be couched by the national court in terms which relate to the application of Union law or to the interpretation or validity of national law does not prevent the Court of Justice from effectively reformulating the question so as to extract from the case the true issues of interpretation of Union law arising.*", Andrew EVANS, «A Textbook on European Union Law», Hart Publishing, 1998, pág. 138.
- 62 Una de ellas, el efecto directo del Tratado sobre la legislación nacional. En este sentido: "[...] *it was held that as some of the provisions in question were capable of direct effect, they could override the national legislation and that, in such an eventuality, the national courts would be bounded to give effect to the Community provisions, without more ado.*", W. RAWLINSON & M. CORNWELL-KELLY, «European Community Law - A Practitioner's Guide», Sweet & Maxwell, 2º ed., 1994, pág. 20.
- 63 "*There is, however, a certain ambiguity in some of these provisions, as a clear distinction is not always made between a mere delegation of power, which could remain subject to the ultimate control of the delegating authority, and a true transfer of sovereignty, which, though limited as regards its area of operation, would be absolute within that area. According to the European Court, only the latter fully complies with the requirements of memberships.*", T.C. HARTLEY, «The Foundations of European Community Law», Oxford University Press, 4º ed. 1998, pág. 234.
- 64 "*The Court provided a number of arguments in support of its dicta.*". Karen DAVIES, «Understanding European Union Law», Cavendish Publishing Ltd., 2001, pág. 73; "*By contrast, the position of such principles vis-à-vis primary Community law is not entirely clear. Since their origins lie in the EC Treaty, it is submitted that they have equivalent status with the founding Treaties. Their equal ranking with the Treaties derives from their character as constitutional principles emanating from the sole of law.*", Takis TRIDIMAS, «The General Principles of EC Law», Oxford University Press, 2000, pág. 33.
- 65 "*By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system ...*", Ob. cta., Nota Nº 55.
- 66 "[its own legal system] *which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply.*", Ob. cta., Nota Nº 55.
- 67 "*By creating a Community of unlimited duration, [...] real powers stemming from a limitation of sovereignty or a transfer of powers from the States to the Community, the Member States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and have thus created a body of law which binds both their nationals and themselves.*", Ob. cta., Nota Nº 55.
- 68 "*The integration into the laws of each Member States of provisions which derive from the Community, and more generally terms and the spirit of the Treaty, make it impossible for the states, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on the on the basis of reciprocity. Such a measure cannot therefore be inconsistent with that legal system. The executive force of Community law cannot vary from one State to another in deference to subsequent domestic laws, without jeopardizing the attainment of the objectives of the Treaty set out in Article (2) and giving rise to the discrimination prohibited by Article 7.*", Ob. cta., Nota Nº 57.
- 69 "*The obligations undertaken under the Treaty establishing the Community would not be unconditional, but merely contingent, if they could be called into a question by subsequent legislative acts of the signatories [...]* The precedence of Community law is confirmed by Article 189, whereby a regulation 'shall be binding' and 'directly' applicable in all Member States.", Ob. cta., Nota Nº 57.
- 70 "*By general principles in this sense we are referring to the unwritten legal principles upon which at the European Court of Justice may rely on occasions. Unwritten means that they do not appear in any written document such as a Treaty nor in any decision of the Court. [...] They are called les principes généraux du droit. Violation of such principles is a ground for review and this was occasioned by broadening the idea of loi (law).*", Arthur LEWIS, «European Community Law», Tudor, 1997, pág. 35.
- 71 "*Above all, what comes across most strongly in the judgment is the Court's teleological approach. The aims of the Community and the spirit of the Treaties are constantly emphasized, and there is little support in the text of the Treaties for the proposition that Community law has a 'special and original nature' of which it would be deprived if subsequent domestic laws were to prevail. Of course, the Court's opinion is not 'neutral' in any legal or political sense, nor does it purport to be so. It was a bold step to support its*

Notas

- conception of the Community legal order by asserting that the States had permanently limited their powers and had transferred sovereignty to the Community institutions.”, Paul CRAIG y Gráinne DE BÚRCA, «EU LAW -Text, Cases and Materials», Oxford University Press, 1998, pág. 259.
- 72 “The Treaty does not define precisely what is meant by ‘interpretation’ of Community law in the context of the preliminary rulings procedure. Initially, the Court of Justice strongly emphasised the distinction between interpretation and application, which was also to demarcate the respective functions of the Court of Justice and the national courts. [...] Since then [Schwarze v Einfuhr] the idea of ‘judicial cooperation’ has got the upper hand over the distinction between interpretation and application, the aim being to ensure that the main proceedings are determined in a way which secures the uniform ‘application’ of Community law.”, Koen LENAERTS and Dirk ARTS, «Procedural Law of the European Union», Sweet & Maxwell, London, 1999, pág. 125-26.
- 73 “With one stroke of the pen, the ECJ thus conferred on the treaty an authority similar to that of a constitution in a federal system.”, Renaud DEHOUSSE, «The European Court of Justice», St. Martin’s Press, New York, 1998, pág. 43; “Initially [in van Gend en Loos], the Court’s decisions considered Community law as a new legal system, remaining within the international law model; but giving rights to individuals. The Court has now [after Costa] completely abandoned any effort to situate Community law within the international law model.”, Paolo MENGOZZI, «European Community Law», Kluwer Law International, 1999, pág. 96.
- 74 “El principio de primacía se deriva, como se ha visto, de la propia naturaleza del derecho comunitario. Como bien recuerda Isaac y motiva abundantemente una sentencia de 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhem c. Bundeskartellamt*, no expresa una relación de jerarquía normativa: no se sabe de qué jerarquía entre autoridades nacionales y comunitarias se trataría, contraria a la base de la construcción europea; sino que se basa en el principio de que esta regla debe prevalecer so pena de dejar de ser común; y, si no es común, deja de existir por perder su significación.”, Victoria ABELLÁN HONRUBIA, «Lecciones de Derecho Comunitario Europeo», Ariel, Barcelona, 2002, pág. 167; “By contrast with ordinary international treaties, the European Treaties thus created their own legal system to which the term ‘international’ does not apply; the term ‘supranational’ did therefore indicate the difference, and, indeed, Community law is not international law.”, P.S.R.F. MATHIJSEN, «A Guide to European Union Law», Sweet & Maxwell, 7^o ed., 1999, pág. 8.
- 75 “[...] we examine what is sometimes termed judicial legislation by the Court. For the Court’s decisions constitute a source of Community law in a number of ways. First and foremost, the Court has formulated certain fundamental doctrines which were at most only implicit in the Treaties.”, L. Neville BROWN & Tom KENNEDY, «The Court of Justice of the European Communities», Sweet & Maxwell, 5^o ed., 2000, pág. 316.
- 76 “The European Commission is often described as the guardian of the treaties, but it is the Court of Justice that is charged with ensuring that the principles of the treaties are observed when EU law is being interpreted and applied.”, Johnn McCORMICK, «Understanding The European Union -A concise introduction», St. Martin’s Press, New York, 1999, pág. 111.
- 77 El principio de supremacía ha sido posteriormente desarrollado con más naturalidad en casos como *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA (II)* [Caso 106/77, (1978) ECR 629]; *The Queen v. Secretary of State for Transport ex part Factortame Ltd.* [Caso C-213/89 (1990) ECR I-2433]; *Firma Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost* [Caso 314/85 (1987) ECR 4199].