

Jueces versus diputados

La revisión judicial en América y la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La facultad judicial de revisar la constitucionalidad de leyes regularmente expedidas por el parlamento es un tópico crucial de la discusión internacional. La cuestión de su origen, es decir la etiología de la revisión judicial, es objeto de investigaciones múltiples e intensas en muchas partes del mundo. La Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, la primera Constitución moderna y el modelo decisivo para los Estados nuevos independientes en todas partes de América, es un punto de partida indispensable. La idea de la supremacía de la Constitución es una base implícita del constitucionalismo que también fue consagrado en el texto. Pero no es cierto que la revisión judicial fuera formalizada en la Constitución misma de la manera inequívoca que se tiene que exigir, cuando se trate de una cuestión crucial del derecho constitucional. Textos constitucionales del siglo XIX en México cumplen estas condiciones por primera vez. De todo alcance la justicia constitucional y la revisión judicial de leyes, que representa el meollo esencial de ella, entretanto alcanzaron un grado de reconocimiento común en todo el mundo. Simultáneamente,

sin embargo, se podrá pronosticar que la discusión sobre la revisión judicial continuará, ya para fundar su legitimación o ya más bien sus límites bajo los puntos de vista de democracia, libertad y justicia.

Los postulados de la libertad humana fueron los impactos comunes de las revoluciones tanto americana como francesa. La doctrina de la división de poderes atribuye al parlamento el rango del poder primero y la función esencial de asegurar libertad e igualdad. Según las ideas de la Revolución francesa la función crucial de cumplir la voluntad general está encargada al Parlamento, cuyos diputados libremente elegidos son la expresión de la soberanía popular. Cuando se absolutiza este principio, no parece admisible la facultad de los jueces de declarar inconstitucional una ley, ordinariamente resuelta por la mayoría de los parlamentarios, los cuales así serían desautorizados como legisladores de una manera penosa. Así mismo estaba divulgada la desconfianza, que primordialmente los revolucionarios franceses mostraban frente al poder judicial, junto con el temor de la tiranía de los jueces. Para evitar este peligro, se estableció en casi todos los países occidentales¹, con excepción de las naciones anglosajonas, la figura del juez como un

aplicador mecánico de ley, que funciona como un autómatas de silogismos, refiriéndose a MONTESQUIEU, que habló del juez como la mera boca que pronuncia las palabras de la ley, como ser inanimado que no puede mitigar la fuerza ni el rigor de la ley misma. Nació así la confianza, o más bien, la fe ciega de los juristas en la omnipotencia legislativa y, como contrapartida, una desconfianza para el juzgador.

La facultad judicial de examinar la validez de leyes, presupone el reconocimiento de la autoridad del juez como *arbiter* independiente en el curso del desarrollo histórico. En el derecho anglosajón se le atribuyó al juez la función esencial de proteger la libertad humana bajo su responsabilidad propia desde la Carta Magna de 1215. Por eso no es asombroso que la doctrina de la revisión judicial tenga su cuna en una colonia inglesa anterior. Parece apropiado hablar del *sistema americano*, pues se extiende por todo el continente americano de norte a sur. Se caracteriza por la facultad principal de todos los tribunales de revisar la constitucionalidad de leyes, pero en la práctica judicial los fallos del tribunal supremo desempeñan el papel decisivo.

Fue solo en 1920 cuando en Austria se atribuyó por primera vez la facultad de anular una ley a un tribunal especializado en asuntos constitucionales. De ahí se habla del *sistema austriaco*, que se puso de modelo para muchos países especialmente en la Unión Europea, pero también en Iberoamérica. En Alemania el Tribunal Constitucional de la Federación, siguiendo al modelo austriaco con ciertas desviaciones importantes, desempeñó un papel decisivo en la vida jurídica y política. Particularmente en España se desarrolló una etapa avanzada del texto constitucional sobre el Tribunal Constitucional.

1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1. Nacimiento de la revisión judicial

La cuna de la revisión judicial es la Suprema Corte de los Estados Unidos. Su célebrima sentencia es el caso *Marbury versus Madison* del año 1803, aunque ya hubo algunos fallos anteriores que lo habían preparado. Por el alcance mundial que obtuvo esta sentencia, se podría suponer que se hubiera tratado de un caso de gran importancia. Pero esta presunción lleva a la desilusión, cuando se examina el alcance del procedimiento mismo. El demandante fue un cierto WILLIAM MARBURY, que había sido nombrado para el cargo del juez de paz por el presidente Adams en el marco de una acción de varios nombramientos a toda prisa antes del fin de su período de oficio. Después de las elecciones, sin embargo, el nuevo gobierno no concedió al demandante la credencial que diera efectividad al nombramiento. La demanda fracasó, puesto que la norma que admitió dicho remedio en el caso, fue declarada inconstitucional (*Writ of mandamus*, según la sección 13.^a de la *Judicial Act* de 1789, declarada una violación de la sección segunda del art. 3.^o de la C. P.). Se trató nada más que de una cuestión meramente procesal que fue decidida en favor del poder público, cuyo representante fue Madison. Perdió el caso Marbury, que no fue admitido al oficio deseado de juez de paz.

Tras el caso *Marbury versus Madison* no hubo invalidación de leyes del Congreso de la Unión hasta el año 1857. Sólo después del año 1865 la situación cambió fundamentalmente. Entre 1865 y la segunda Guerra Mundial, en 77 casos se resolvió que leyes del Congreso de la Unión habían

vulnerado la Constitución. Estos datos contrastan significativamente con el número de leyes de las legislaturas de los Estados declaradas contrarias a la Constitución entre 1790 y 1941: fueron no menos de 658².

Prevalece la opinión de que la revisión judicial de leyes esté consagrada en la misma Constitución estadounidense. Se refiere especialmente al artículo VI, párrafo segundo, donde establece que la Constitución y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de la Constitución se promulgaren, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiese alguna disposición contraria en la Constitución o en las leyes de los Estados. Es decir, la Constitución y las leyes federales tienen el mismo rango constitucional. Del reconocimiento de la supremacía de la Constitución no se puede derivar necesariamente la existencia del control judicial de constitucionalidad³.

La norma del párrafo dos del artículo VI de la Constitución americana esgrime la prerrogativa del derecho federal, la que es el verdadero hito de la historia del derecho constitucional, y no la revisión judicial. Pues en sistemas políticos anteriores no fue formalizada la primacía del derecho de la unidad más grande, como por ejemplo en el Imperio Romano Germano, donde nunca el derecho imperial había obtenido una prerrogativa comparable frente a los derechos particulares de los territorios.

2. *Los precursores de la revisión judicial*

El nacimiento de la revisión judicial (*judicial review*) fue mérito de los esfuerzos exitosos de la misma Suprema Corte y primordialmente del *chief justice* JOHN MARSHALL⁴, que, como cabe decirse, más bien cumplió la función de una partera. En

la Convención Constituyente de Filadelfia se abordó el principio de la revisión judicial, pero finalmente no se formalizó en el articulado constitucional. En los comentarios a la Constitución, publicados posteriormente en un libro bajo el título *The Federalist*⁵, HAMILTON habló del derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura y consideró importante rechazar formalmente la idea de que la doctrina sostenida implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Llama la atención el cambio de la terminología, pues hoy generalmente los federalistas son aquellos que defienden la autonomía de las entidades federativas contra los poderes de la Federación, mientras que en los primeros decenios de los Estados Unidos los federalistas exigieron un fortalecimiento de los poderes centrales, lo que pareció sospechoso a los Estados particulares. Durante la campaña de ratificación de la Constitución Federal de 1787, los antifederalistas esgrimieron contra el perfil constitucional del poder judicial el argumento según el cual el mismo estaría concebido como un instrumento de centralización frente a los Estados miembros de la Unión. En tal situación, Hamilton extendió en otro artículo del *Federalist* (LXXVIII) la revisión judicial a las *leyes emanadas del Congreso de la Unión*, para rebatir el argumento de los antifederalistas. MARSHALL citó dicho artículo LXXVIII en su sentencia *Marbury versus Madison*. Bajo estas circunstancias, HAMILTON puede considerarse como *padre legítimo de la revisión judicial*.

Al igual que HAMILTON, los demás autores del *Federalist* tampoco habían desarrollado ideas completamente nuevas, sino que también tuvieron antepasados. Con toda razón se ha dicho: «*Judicial review, having originated in Europe and been accepted as a doctrine in the United States, has returned*

to Europe elaborated and expanded by American judges»⁶. Se ha constatado la paradoja de que, no obstante que en Inglaterra no se ha reconocido hasta la fecha la facultad de los tribunales para conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, debido al principio de la supremacía del Parlamento, la revisión judicial que actualmente existe en numerosos países del mundo tuvo su origen en las colonias británicas. Influyó en el establecimiento de la revisión judicial la doctrina del famoso magistrado inglés lord EDWARD COKE, en el clásico asunto *Dr. Bonham*, la cual fue acogida por los jueces coloniales americanos de 1657 en Boston para invalidar una ley local. Uno de los argumentos que se esgrimieron posteriormente para considerar la nulidad de la famosa Ley de Estampillas de 1765 fue precisamente su contradicción a la *Carta Magna* y a los derechos naturales de los ingleses⁷. También la filosofía de la antigüedad y de la edad media partió de la idea de que una ley ordinaria retrocederá una ley de un rango más alto, como se lo enseña en el manual *Comparative Constitutional Law* de CAPPELLETTI y COHEN⁸.

Las repercusiones de la sentencia sobre la revisión judicial se fundan en el sistema anglosajón jurídico del *stare decisis*, que tiene como objeto que todos los tribunales inferiores y la Corte Suprema misma principalmente están vinculados por las precedentes, aunque las sentencias habían tenido efectos propiamente solo para las partes que habían intervenido en la controversia en cuestión. De ahí que la sentencia de la Corte Suprema que declare la inconstitucionalidad de una ley, será respetada tanto por los demás tribunales de toda la república como por los poderes legislativo y ejecutivo. Tal efecto general *erga omnes* es una de las razones más importantes del éxito mundial de la revisión judicial, que tampoco fue creada intencio-

nalmente por la Suprema Corte, sino que ya era parte del *common law*, que siguió teniendo vigencia después de la independencia.

3. Miseria y esplendor de la jurisdicción estadounidense

La revisión judicial puede agruparse dentro de la institución que el constitucionalista italiano MAURO CAPPELLETTI ha calificado como “Jurisdicción de la libertad”⁹. También en los Estados Unidos de América la idea de la protección de la libertad y de los derechos humanos teóricamente desde el inicio desempeñó un papel crucial. Pero cabe decir que en la realidad histórica estos principios ya se manifestaron cabalmente durante los primeros cien años en todos aspectos de la convivencia social. En el famoso proceso no ganó MARBURY, el juez de paz fracasado, sino MADISON, es decir, el gobierno de la Federación, puesto que el tribunal aniquiló un remedio del ciudadano. La segunda sentencia en el nivel federal, *Dred Scott vs. Sanford* en el año 1857, rechazó la protección de la libertad humana en el caso de un esclavo que había sido llevado por su amo a un Estado donde no existía la esclavitud y que después retornó al Estado esclavista de Missouri. En el año 1896 el veredicto *Plessy vs. Ferguson* fundó una jurisdicción permanente de la segregación racial lícita (*separate, but equal*), que sólo en el año 1954 finalmente fue abandonado. Con posterioridad, más y más fue realizado el principio de los derechos iguales de todos los seres humanos, que propiamente ya se había proclamado en la Declaración de Independencia. La superación de la segregación racial al fin y al cabo fue un mérito indudable de la Suprema Corte en la segunda mitad del siglo XX. Su nueva jurisdicción fue la razón de una legislación intensa especialmente bajo la presidencia de LYNDON B. JOHNSON.

La resistencia a la legislación social hasta el fin de los años treinta del siglo xx fue una razón de crítica severa a la “aristocracia de la toga” u “oligarquía judicial”¹⁰. En 1905 la Suprema Corte había sentenciado una ley que regulaba la jornada de trabajo de sesenta horas para los panaderos, contra la salvedad de voto de *chief justice* Holmes que la calificaba de “irrazonable y arbitraria”. Durante la presidencia del presidente FRANKLIN D. ROOSEVELT, la Suprema Corte de los Estados Unidos canceló mediante una cadena de doce sentencias leyes sociales urgentes en el marco de la política del *new deal*, la cual fue afirmada por el pueblo en las elecciones de 1932, 1934 y 1936¹¹. La controversia profunda fue comparada con la de la secesión, que fue la razón de la guerra civil americana. La mayoría de cinco jueces de la Suprema Corte continuó con sus declaraciones de inconstitucionalidad en contra de la nación completa. Los diputados fracasaron en sus metas políticas por modificar los textos legales¹². El partido demócrata discutió en 1936 planes para esclarecer el asunto mediante reformas constitucionales. Pero al fin y al cabo la Corte cedió ante el Congreso, comenzando –como dijo ROOSEVELT– «a interpretar la Constitución en lugar de torturarla»¹³.

2. LA FORMALIZACIÓN MEXICANA DE LA REVISIÓN JUDICIAL

En México, como en la mayoría de los países iberoamericanos después de su independencia, los principios esenciales de la revisión judicial de la constitucionalidad según el modelo americano tuvieron grandes repercusiones, pero entendiéndolos en la forma en que los había divulgado la clásica obra del publicista francés ALEXIS DE TOQUEVILLE, *La démocratie en Amérique*,

cuya primera edición en castellano fue publicada 1836, un año después de su publicación en francés¹⁴. La tradición hispánica fue menos evidente, pero no por ello de menor importancia, ya que existió una corriente judicialista apoyada por el Consejo de Indias, en beneficio de las Audiencias de México y Guadalajara, las cuales conocían de los actos y resoluciones de los virreyes, capitanes generales y otras autoridades administrativas. La Suprema Corte mexicana se convirtió en «un caso típico de simbiosis cultural»¹⁵.

El primer documento constitucional que formalizó la revisión judicial fue la Constitución del Estado de Yucatán de 1841, hablando expresamente de la «protección contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarias al texto literal de la Constitución». Fue obra del ilustre jurista y político MANUEL CRESCENCIO REJÓN. La revisión judicial fue objeto del Acta de Reformas a la Constitución Federal de 1824, promulgado el 21 de mayo de 1847, que se inspira en el proyecto elaborado por MARIANO OTERO. En el artículo 25 de la citada Acta de Reformas se dice literalmente: «Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceda esta Constitución y las leyes constitucionales contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación y de los Estados...»¹⁶.

Debe destacarse que se abarca explícitamente la legislación federal como objeto posible del juicio de amparo, en contraste con el texto del artículo 6.º, segundo párrafo, de la Constitución de los Estados Unidos que consagra, como hemos visto, en el fondo meramente la prerrogativa de las leyes federales, sin insinuar la facultad judicial de extender la revisión incluso a ellas. MARIANO OTERO pudo lograr la introducción

de esta norma sólo por la concesión de una restricción importante que sigue teniendo vigencia hasta la actualidad, la llamada *Fórmula Otero*, consagrada en la fracción II del artículo 107 de la Constitución mexicana de 1917, que sigue prohibiendo declaraciones generales de la sentencia. En el siglo XIX, desórdenes internos y conflictos graves entre la Federación y las entidades federativas forzaron a los constituyentes a evitar todas las regulaciones que podrían amenazar la autoridad del poder público por una declaración general en el sentido de que una ley ordinariamente promulgada fuera nula. Se quería, como lo expresó el diputado ARRIAGA, «que las leyes absurdas, que las leyes atentatorias sucumban parcialmente, paulatinamente, ante fallos de los tribunales, y no con estrépito, no con escándalo en un palenque abierto a luchas funestas entre la soberanía de los Estados y la soberanía de la Federación». En la actualidad, por lo contrario, el prestigio del gobierno y especialmente del Parlamento resulta perjudicado mucho más, cuando se renuncia a solventar el problema de una ley inconstitucional de una manera rápida, obligatoria y eficaz. Solamente así se podrá evitar el desconcierto causado por varios procesos acerca de la validez de la misma norma, los cuales en la época de los medios de comunicación seguramente no quedarán desconocidos. Otro aspecto desempeña un papel aun más importante según los principios del Estado social, consagrados en la Constitución mexicana, a saber: parece insoportable que haya personas que sigan estando agraviadas por una ley inconstitucional por una razón simple, que no tengan recursos económicos para pedir el amparo o que no sepan defender sus derechos por su precaria situación¹⁷.

Ya desde hace algún tiempo hay que preguntarse por qué los argumentos de conceso, una y otra vez expuestos por

constitucionalistas prestigiosos, no han podido superar la opinión tradicional sobre el efecto restringido de la sentencia de la Suprema Corte. La *Fórmula Otero*, «se ha conservado posteriormente en forma prácticamente sacramental», como lo expresó HÉCTOR FIX-ZAMUDIO ya hace algunos años¹⁸. Muy significativo es que se haya dicho: «Fue REJÓN el precursor del amparo, fue don MARIANO OTERO su creador», atribuyéndole el rango más alto también por el título añadido de “don”¹⁹. La estimación de OTERO parece fundarse no solamente en razones racionales —no cabe ninguna duda respecto a sus calidades jurídicas—, sino obviamente más bien en un sentimiento del orgullo nacional de los juristas²⁰. Pues a partir de la convicción de que la revisión judicial está consagrada en la Constitución de América del Norte con sus efectos generales, se considera la *Fórmula Otero* un aporte auténticamente mexicano a la revisión judicial. En realidad, sin embargo, la facultad judicial de cancelar leyes, fue formalizada por primera vez en el mismo México, primero en Mérida y después en el Distrito Federal, como hemos visto. Bajo estas circunstancias, la *Fórmula Otero* tampoco puede seguir siendo considerada el único aporte netamente mexicano a la estructura de la revisión judicial. Pues la verdadera evolución de las etapas textuales²¹ en torno a formalizar el control de leyes por los jueces es mérito auténticamente mexicano. Pero tampoco las reformas constitucionales más recientes sobre las garantías individuales fueron aprovechadas para complementar el sistema de la justicia constitucional por atribuir los efectos generales a los fallos de la Suprema Corte sobre la inconstitucionalidad de leyes en todos casos, y no solamente bajo condiciones excepcionales, como todavía está regulado en el derecho vigente en México.

3. EL SISTEMA AUSTRIACO

1. Origen y desarrollo de la justicia constitucional en Austria

Fue una obra pionera crear el modelo de control autónomo de la constitucionalidad por un tribunal especializado, inspirado por HANS Kelsen, que lo ha llamado su «niño favorito». La Asamblea nacional provisional de Austria alemana creó por primera vez un órgano propio con el nombre de Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) y le confirió una nueva competencia de extraordinaria importancia: conocer de los recursos interpuestos por causa de inconstitucionalidad por los parlamentos de las entidades federativas, ya en 1919 en la Constitución provisional y finalmente en Constitución Federal de Austria del 1.º de octubre de 1920.

La diferencia entre el sistema americano y austriaco de la revisión judicial está en la forma de ejercicio. En América sólo puede ser ejercido de una manera incidental (*as an incidental issue*); en Austria, en cambio, se convirtió en un asunto principal en la vía de una demanda especial. Primitivamente a los jueces austriacos no se les había atribuido la facultad de revisar la legislación o de desaplicar una ley considerada inconstitucional. Ni siquiera pudieron someter el asunto a la Corte Constitucional. Exclusivamente órganos políticos como los gobiernos federal o estatales obtuvieron la facultad de impugnar leyes por inconstitucionalidad²². Bajo tales circunstancias el sistema austriaco en los primeros años se manifestó como insuficiente. La Federación y las entidades federativas (*Länder*) evitaron conflictos constitucionales por respetar mutuamente sus competencias. No estaban obligados a impugnar una ley que estimaran inconstitucional. En

1929, por una reforma constitucional, se otorgó la facultad de dirigirse a la Corte Constitucional, también a la Corte Suprema (de lo civil y penal) y a la Corte Suprema Administrativa, pero no a los jueces de los tribunales inferiores. Al mismo tiempo fue introducida la obligación de someter el asunto a la Corte Constitucional, lo que antes se había dejado al libre arbitrio de los órganos políticos.

La Constitución de 1920, suspendida ya por el régimen autoritario en 1934 y durante la dominación nacionalsocialista, fue restablecida por la ley del 1.º de mayo de 1945, con sus diversas atribuciones de control constitucional, entre las que merecen destacarse la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes (*Normenkontrolle*) y el recurso contra violaciones a los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. El recurso constitucional, que ya había surgido por primera vez 1867, fue reglamentado finalmente de una manera precisa en 1953. Simultáneamente se extendió la legitimación activa para solicitar el control abstracto de las disposiciones legislativas, ya que a partir de dicha reforma pueden denunciar ante la Corte Constitucional la constitucionalidad de una ley federal o local, además de los gobiernos respectivos, también un tercio de los miembros de los parlamentos tanto de la Federación como de las entidades federativas, según el caso²³.

2. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

La sentencia de la Corte Constitucional austriaca que declara inconstitucional una ley tiene efectos generales (*erga omnes*) en los términos del artículo 140, párrafo tercero, de la Constitución federal. El fallo debe ser publicado por el canciller federal (*Bundeskanzler*) o por el gobernador local

(*Landeshauptmann*), con la consecuencia de que el ordenamiento calificado como inconstitucional queda anulado, es decir, privado de efectos a partir de la publicación (*ex nunc*). Además, el mismo precepto constitucional otorga facultad discrecional a la Corte Constitucional para disponer que la anulación de la ley surta efectos a partir de una fecha determinada posterior a su publicación, siempre que el plazo respectivo no sea superior a seis meses²⁴. La idea predominante era la asimilación de la anulación por la Corte Constitucional a la abrogación propiamente dicha, es decir, el acto anulado por la sentencia desaparecería del ordenamiento jurídico tal como si hubiera sido abrogado por un acto contrario. La anulación de una ley no generaba, en principio, efectos más que para el futuro (*ex nunc*)²⁵. La sentencia sobre la inconstitucionalidad tiene por eso carácter constitutivo, mientras que en el sistema americano solamente tiene función de constatar la inconstitucionalidad ya existente.

Cuando, sin embargo, la norma inconstitucional tiene vigencia hasta el momento en que su anulación será publicada por el gobierno, entonces el resultado absurdo sería que el demandante que persigue la anulación de la norma no tiene ninguna ventaja. Para evitar dicha consecuencia irracional del sistema austriaco, desde la reforma de 1929, la ley declarada inconstitucional por la Corte Constitucional no será aplicada a los eventos sucedidos antes, que fueron la razón del procedimiento en cuestión. El mismo KELSEN declaró entonces que el efecto retroactivo de la anulación de la ley es una necesidad técnica, puesto que las autoridades judiciales de lo contrario deberían aplicar la ley y no tendrían un interés directo y suficientemente fuerte de iniciar el procedimiento ante la Corte Constitucional. Pero la restricción de la sentencia a las partes del procedimiento

particular implica una inequidad para aquellos que son afectados por la misma ley, sin que antes fuera declarada inconstitucional. Pero se debe considerar que también el sistema opuesto, que se funda en el efecto retroactivo principal, como en el sistema americano y alemán, puede forzar a modificaciones del principio por necesidades prácticas²⁶.

4. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA

1. Bases del Tribunal Constitucional de la Federación

Aunque en Austria la Corte Constitucional ya en 1945 había sido restablecida, los constituyentes alemanes, reunidos en Bonn, se referían comúnmente en los debates a la Suprema Corte de los Estados Unidos, sin dedicar su atención al país vecino de la misma lengua y parte de Alemania no solamente durante seis años bajo el régimen nacionalsocialista, sino durante muchos siglos. La reserva obvia de la parte alemana frente a regulaciones austriacas se explica también por el rechazo de las doctrinas de HANS KELSEN, padre del Tribunal Constitucional austriaco. Su teoría pura del derecho, expuesta como «una geometría del fenómeno jurídico total», era criticada severamente desde la época de Weimar²⁷.

2. Los efectos de las sentencias judiciales

Cuando el Tribunal Constitucional de la Federación llega a la convicción de que una regulación es incompatible con la Ley Fundamental, «deberá declarar su nulidad» (art. 78 LCTC). La jurisdicción del mismo Tribunal Constitucional suele

señalar que parte de una nulidad retroactiva o de antemano (*ex tunc*), de acuerdo con la doctrina alemana casi unánime. Puesto que la única norma constitucional que menciona los efectos de la sentencia del Tribunal sobre una ley inconstitucional se limita a conferir la regulación sobre la fuerza de ley al legislador ordinario, se debería suponer que el fallo judicial tendrá el carácter de una ley abrogatoria, como corresponde al modelo austriaco, que en el fondo fue adoptado en el sentido que se introdujo un tribunal constitucional especializado.

La jurisdicción misma de los Estados Unidos logró solventar los problemas de los efectos de medidas y sentencias anteriores, que se fundaron en un ley que fue declarada inconstitucional después. En el sistema del *case law* fue desarrollada una vía pragmática y flexible para respetar determinados «efectos consolidados» (*consolidated effects*), inclusive para aclarar la cuestión de cuál sea el derecho que se debe aplicar, cuando una ley antes aplicada se manifestó inconstitucional²⁸. Cabe hablar de una convergencia del uso judicial de los Estados Unidos y Alemania, que atañe los rasgos fundamentales de la argumentación²⁹.

El Tribunal Constitucional alemán considera muchas leyes como inconstitucionales, pero no las declara nulas, sino que prefiere una vía que posibilite mejor tomar en cuenta los efectos ya realizados, sin abandonar su evaluación crítica de la ley impugnada. La llamada interpretación de conformidad constitucional (*verfassungskonforme Auslegung*) desempeña un papel crucial en este contexto para armonizar la norma cuestionada con los principios de la Ley Fundamental según las convicciones judiciales. El Tribunal señala la interpretación compatible con la Constitución de una manera obligatoria para las

autoridades administrativas y los tribunales. Los criterios interpretativos judiciales serán especialmente decisivos para el poder legislativo, a fin de evitar una futura declaración de nulidad. En la vida política ocurre una y otra vez que los mismos expertos del Parlamento y del gobierno prefieran esperar una sentencia judicial como base de sus trabajos legislativos, cuando se trata de una cuestión difícil.

En Alemania, el Tribunal Constitucional de la Federación no administra la doctrina de la *cuestión política*, como lo hace la Suprema Corte en los Estados Unidos, para evitar de esta manera decisiones sobre asuntos que se considera exclusivamente políticos, sino que principalmente reclama la competencia de averiguar todos asuntos sometidos a puntos de vista jurídicos. La doctrina de la reserva judicial (*judicial self restraint*) de la Suprema Corte de los Estados Unidos, sin embargo, está reconocida expresamente por el Tribunal alemán, que suele destacar su renuncia a practicar política³⁰, sin seguir sus propias pautas en muchos casos.

Parece deseable formalizar los detalles esenciales del proceso constitucional en el texto mismo de la Constitución, en secciones particulares. Así sucedió en otros países como Italia (arts. 134-137), Portugal (arts. 221-224 y 277-283) y especialmente en España.

5. EL MODELO AUSTRIACO EN ESPAÑA

Bajo la influencia del modelo austriaco, ya en la segunda República española de 1931 fue establecido un Tribunal de Garantías Constitucionales con un sinnúmero de competencias. Fue reimportado también el juicio mexicano de amparo³¹. Por

la Constitución española de 1978 fue introducido el Tribunal Constitucional, creando un sistema de la justicia constitucional que por su madurez conceptual supera a su antecesor, pero también los sistemas constitucionales de Austria, Alemania, Italia y Portugal. Fue desarrollado el sistema concentrado de justicia constitucional, sin excluir completamente la facultad de los tribunales ordinarios de examinar la constitucionalidad, cuando no está reservado al Tribunal Constitucional. Modelos extranjeros fueron examinados detenidamente, adoptados completa o parcialmente, y modificados en un proceso de mutuas influencias, para estabilizar y asegurar la joven democracia³². Desempeña un papel la influencia del sistema alemán de la jurisdicción constitucional, matizado con ciertas variantes, algunas de ellas de inspiración italiana. La Constitución española principalmente adoptó el modelo del control concentrado, según el concepto de Kelsen. De algún modo puede considerarse circunscrito a los parámetros característicos del legislador negativo³³.

Las sentencias del Tribunal Constitucional, que se publiquen en el *Boletín Oficial del Estado*, tienen «valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación», como se prescribe en el artículo 164 de la C. P. española. Cuando se declara la inconstitucionalidad, no meramente tiene la eficacia de una ley negativa y abrogatoria. Su valor es todavía mayor, porque una ley puede ser derogada por una ley posterior, mientras que la sentencia se impone al mismo legislador, y sólo podría, en su caso, ser modificada la doctrina constitucional sentada en la misma por otra sentencia ulterior, dictada en un caso análogo, por cuanto de la Ley Orgánica se infiere con nitidez

que el Tribunal no está vinculado por su propia jurisprudencia. Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva, como se dice en el inciso 1.º, artículo 87 de la Ley Orgánica. La obligatoriedad de tales decisiones constitucionales alcanza no sólo a la parte dispositiva, el fallo de la sentencia, sino, más allá, los órganos constitucionales se encuentran vinculados así mismo a los motivos, esto es, a la *ratio decidendi*, a aquella parte de la argumentación que es relevante para el fallo, o que se llama en la doctrina alemana *tragende Gründe*³⁴.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, «tienen plenos efectos frente a todos», como literalmente lo dispone el inciso 1.º, artículo 164 de la C. P. española. En cuanto que la declaración de nulidad, que acompaña a la constatación de la inconstitucionalidad, impide la aplicación de los preceptos afectados desde el momento de la publicación de la sentencia en *Boletín Oficial del Estado*. El Tribunal Constitucional español no está facultado, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad. Desde esta perspectiva parece obvio que los efectos serán exclusivamente para el futuro (*ex nunc*). Por otro lado, el mismo Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de señalar en sentencia de 1981 que el tratamiento de la derogación y de la inconstitucionalidad varían, porque la derogación priva de eficacia a la norma desde la vigencia de la disposición derogatoria, mientras que la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución conlleva la sanción de la nulidad con ineficacia originaria, si bien dentro del respeto a las situaciones consolidadas, tal y como exige el inciso 1.º, artículo 40 de la Ley Orgánica³⁵.

6. CONVERGENCIAS DE LOS SISTEMAS AMERICANO Y AUTRIACO

Siguiendo el modelo americano, en la mayoría de los países iberoamericanos existe el sistema difuso de control de constitucionalidad de leyes, que otorga la facultad a los jueces de inaplicar las normas que estimen inconstitucionales y que rigen la solución del caso concreto. Las sentencias principalmente tienen efectos particulares (*inter partes*), y declarativos para el pretérito (*ex tunc*). El sistema americano fue adoptado 1887 en Argentina y consagrado constitucionalmente en varios países, como Brasil, Bolivia, Colombia, Guatemala, Honduras, México y Venezuela. En todos los países en los cuales se ha desarrollado en esta base el sistema difuso de control de constitucionalidad, se han establecido correctivos a la posible incertidumbre que puede derivarse de eventuales sentencias contradictorias al preverse el ejercicio de una acción extraordinaria de inconstitucionalidad ante la Corte o Tribunal Supremo, o se ha previsto paralelamente el sistema concentrado de control, que permite impugnar la ley directamente ante la Corte Suprema de Justicia, como en México y Venezuela. En algunos países se ha establecido en los últimos lustros, primero en Guatemala, después en Colombia, Perú y Bolivia un *Tribunal Constitucional*, al cual se atribuyó, en general, poderes anulatorios con efectos para todos (*erga omnes*)³⁶. El sistema concentrado así mismo existe en países donde la Corte Suprema decide sobre la inconstitucionalidad, como en Brasil, El Salvador, México o Panamá, y en Costa Rica, donde decide una sala de la Suprema Corte especializada en cuestiones constitucionales.

Así como la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, cuya jurisdicción

propriadamente se extiende a todas las materias jurídicas, estaba adoptando más y más los elementos de un Tribunal Constitucional auténtico por el número y el alcance de sus sentencias constitucionales, así también las supremas cortes regulares en Iberoamérica adoptaron más y más los rasgos de un Tribunal Constitucional. En México la idea del tribunal no sólo guió—como se ha dicho—el diseño constitucional, sino de modo explícito también ha servido como criterio interpretativo a partir de la reforma constitucional de 1995³⁷, que amplió las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia en materia de jurisdicción constitucional, ya que se extiende de manera considerable el ámbito de las controversias constitucionales, reguladas por el artículo 105 constitucional. La resolución de la Suprema Corte en casos determinados tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los once ministros (frac. I, inc. 2.º art. 105). Pero no perdió por completo su carácter de tribunal de legalidad. Con toda razón se exige que todavía decida la cuestión relativa al organismo jurisdiccional, que debe encabezar a los tribunales federales, que resuelven las cuestiones de estricta legalidad, como no sólo en Europa sino también en varios ordenamientos iberoamericanos los organismos especializados se sitúan el lado o por encima de los tribunales o cortes supremas, pero no se confunden con éstos³⁸. Se ha otorgado a la Suprema Corte mexicana de manera cada vez más acentuada el carácter de un tribunal constitucional.

7. ACERCA DE LA LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El antagonismo tradicional entre jueces y diputados es discutido una y otra vez bajo

puntos de vista esenciales. Se señala que el carácter plural y deliberativo del procedimiento legislativo, y no solo la naturaleza electiva del Parlamento, es lo que cualifica la ley y justifica su preeminencia sobre las demás normas jurídicas, incluso las emanadas de otros órganos que también reciben legitimación democrática directa como el Ejecutivo, elegido popularmente en muchos sistemas políticos actuales³⁹. El procedimiento legislativo es un marco de satisfacer presupuestos valiosos, como son el respeto a la autonomía moral de los individuos, la igualdad y la mayor fiabilidad para tomar decisiones intersubjetivamente válidas. La democracia es el único procedimiento de decisión colectiva que permite y se nutre del disenso como instancia crítica de las decisiones mayoritarios, vigilando el respeto de aquello que ERNESTO GARZÓN VALDÉS denomina el “coto vedado”, asumido como pauta de corrección moral de las decisiones de la mayoría⁴⁰. De esta manera se justifica la jurisdicción constitucional que limite el poder legislativo.

Se han desarrollado distintos conceptos que parten de una postura que respeta el valor del procedimiento democrático, pero están buscando una solución que simultáneamente asegure las ventajas instrumentales del control judicial de constitucionalidad. La presunción de la constitucionalidad de las leyes desempeña un papel importante en la doctrina española. Una versión fuerte del principio *in dubio pro legislatore* se funda en la propuesta de trasladar la presunción de la inocencia al ámbito de la justicia constitucional, para derivar de ella, que solo se puede declarar la inconstitucionalidad de la ley cuando ésta sea evidente, más allá de toda duda razonable; en tanto no sea así, cualquier opción legislativa razonable ha de considerarse consti-

tucional. Una versión matizada y condicionada de la presunción de la constitucionalidad de leyes armoniza el respeto al legislador democrático y el estímulo a la deliberación pública, que favorece la institución del control constitucional⁴¹. Objeciones posibles contra intervenciones de la jurisdicción en las esferas de la legislación no afectan la legitimación principal de la revisión judicial en el contexto de la justicia constitucional.

La Corte Constitucional de Colombia, en una sentencia del año 1992, de entrada ha marcado la legitimación y los límites de la justicia constitucional en el sentido de que es su fin crucial «mantener un adecuado equilibrio de poderes y salvaguardar la esfera de la libertad y los derechos de grupos y minorías carentes de influencia real en el proceso de toma de decisiones...». La rama judicial, a través de la Jurisdicción Constitucional, como se dice en la sentencia, está llamada a contrapesar inteligente y responsablemente el crecimiento del legislativo y del ejecutivo modernos. «El Estado de Derecho requiere del igual fortalecimiento de las tres ramas del poder político...»⁴². El funcionamiento del equilibrio constitucional no será exclusivamente la tarea de los jueces, sino que los parlamentarios están llamados a asegurar por su parte la dirección política responsable, que les está encargada en la democracia por las elecciones populares. Los jueces en asuntos constitucionales, en cambio, de una manera especial son responsables de proteger a los ciudadanos en el marco de «jurisdicción de la libertad» contra leyes injustas, que también un Parlamento democráticamente legitimado pudiera haber expedido. No será posible, sin embargo, encontrar una panacea para superar definitivamente el antagonismo elemental entre los jueces y los parlamentarios, cuyas

decisiones mayoritarias se declaran inválidas. Un Estado social de Derecho necesita una justicia constitucional efectiva, cuya legitimación y cuyos límites sean respetados cabalmente.

HANS-RUDOLF HORN

1. FRANCK MODERNE. "El Consejo Constitucional Francés", en: UNAM (Coord.). *Justicia Constitucional Comparada*. México, 1993, pp. 123 y ss.

2. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. "Evolución histórica y modelos de control constitucional", en: GARCÍA BELAÚNDE y FERNÁNDEZ SEGADO (Coords.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, pp. 55-59, con referencia a C. HERMANN PRITCHET. *La constitución americana*, Buenos Aires, 1965, p. 193. Cfr. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. 2.^a ed. México: Porrúa, 2001, pp. 337 y ss.

3. Cfr. GLORIA PATRICIA LOPERA MESA. "La problemática legitimidad de la justicia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5 (2001), p. 245.

4. HANS-RUDOLF HORN. "Justicia constitucional y consenso básico", en: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM (Coord.). *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Tomo II, *Derecho comparado*. México: UNAM, 1988, pp. 1053-1085.

5. FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. cit. supra, nota 2, pp. 53 y ss., refiriéndose a la versión castellana de 1974, publicada en México, en el mismo sentido ya HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*. México, 1993, pp. 28 y ss.

6. FERNÁNDEZ SEGADO, *ibid.*, p. 51, citando a GOTTFRIED DIETZE. "America and Europe. Decline and emergence of judicial review", *Virginia Law Review*, vol. 44 (1958), pp. 1233 y ss. y 1272. En el mismo sentido, MAURO CAPPELLETTI y WILLIAM COHEN. *Comparative Constitutional Law, cases and materials*. Indianapolis, New York, Charlottesville, 1979, p. 3.

7. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. México: UNAM/Civitas, 1982, pp. 80 y ss.

8. MAURO CAPPELLETTI y WILLIAM COHEN. *Comparative Constitutional Law, cases and materials*, pp. 4 y ss., hablando de la revisión judicial como a fulfilment of the past.

9. FIX-ZAMUDIO. *La protección procesal de los derechos humanos...* cit., pp. 26 y 34, así también el título del libro *La jurisdicción de la libertad*, traducido por el mismo HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, México, 1961. El mismo título usó JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO para su estudio comparativo en la *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, 1975, pp. 149-198.

10. Cfr. con muchos detalles significativos FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA. Ob. cit. supra, nota 2, pp. 340 ss.; EDOUARD LAMBERT. *Le Gouvernement de judges et la lutte contra la legislation sociale aux États-Unis*. Paris: Girard, 1921, pp. 9 ss. y 67 ss.

11. ALPHEUS THOMAS MASON y WILLIAM M. BEANEY. *The Supreme Court in a Free Society*. Englewood Cliffs, 1959, pp. 175 y ss.

12. DAVID H. STERN, "El derecho contemporáneo en la era poswatergate", en: *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, t. II, cit., pp. 1333 y s.

13. MASON y BEANEY. Ob. cit., pp. 176, 179, 177 y 185.

14. FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA. Ob. cit. supra, nota 2, pp. 801 y ss.

15. Cfr. ALFONSO NORIEGA CANTÚ. "El origen nacional y los antecedentes hispánicos del juicio de amparo". *Jus* (septiembre 1942) pp. 151-174.

16. Cfr. FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA. Ob. cit., pp. 811 y ss.

17. HANS-RUDOLF HORN. "Justicia constitucional y consenso básico", en: UNAM (Coord.). *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio...*, cit., pp. 1053 y ss., 1056 y ss.

18. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, en UNAM (Coord.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. México, 1985, p. 255.

19. ALBERTO TRUEBA URBINA y JORGE TRUEBA BARREA. *Nueva legislación de amparo reformada. Doctrina, textos, jurisprudencia*. 43.^a ed. México, 1982, p. 413.

20. Cfr. HANS-RUDOLF HORN. Ob. cit. supra, nota 17, pp. 1057 y ss.

21. Respecto a las etapas textuales constitucionales (*Textstufen*), cfr. PETER HÄBERLE, en distintas obras suyas, como por ejemplo *El Estado constitucional*, traducción de HÉCTOR FIX-FIERRO. México, 2001, pp. 79 y ss.

22. CAPPELLETTI y COHEN. Ob. cit. supra, nota 8, pp. 86 y ss.

23. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. *La protección de los derechos humanos*. México: Civitas, 1982, pp. 166 y ss.

24. Cfr. FELIX ERMACORA. *Der Verfassungsgerichtshof*. Graz, 1956, pp. 259-263.

25. FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. cit. supra, nota 2, p. 80, refiriéndose a CHARLES EISENMANN, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche* (edición original de 1928). Marseille, Paris, Aix-en-Provence, 1986, p. 183.

26. CAPPELLETTI y COHEN. Ob. cit. supra, nota 8, p. 100.

27. HANS-RUDOLF HORN, en UNAM (Ed.), *La Constitución y su defensa*. México, 1984, p. 599. Cfr. VOLKER HARTMANN. "Zur Staatsrechtslehre der Weimarer Verfassung", en: G. LEIBHOLZ, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, t. 20 (1980), pp. 43 y ss.

28. CAPPELLETTI y COHEN. Ob. cit. supra, nota 8, pp. 100 y ss.

29. Cfr. HANS-RUDOLF HORN, en UNAM (Ed.), *La Constitución y su defensa*. México, 1984, pp. 599 y ss.

30. ANDREAS VOßKUHLE, en: VON MANGOLDT, KLEIN y STARCK, *Grundgesetz*. München, 2001, artículo 93, numeral 36.

31. ALBRECHT WEBER. "Die richterliche Normkontrolle in Spanien", en: HORN y WEBER (Coord.), *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, Baden-Baden, 1989, pp. 55 y ss.

32. ALBRECHT WEBER. "Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien". *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 34 (1985), pp. 245 y ss, 283. Idem, en: STARCK y WEBER. *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, t. 1, 1986, p. 119, y loc. cit. en nota anterior, p. 60.

33. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. "La jurisdicción constitucional en España", en: GARCÍA BELAUNDE/FERNÁNDEZ SEGADO (Coords.). *La jurisdicción cons-*

titucional en Iberoamérica. Madrid, 1997, p. 631.

34. *Ibid.*, pp. 668 y s.

35. *Ibid.*, p. 674. Cfr. la doctrina de *consolidated effects* de la Suprema Corte americana, supra 5.2.

36. Cfr. ALLAN A. BREWER CARÍAS. "La jurisdicción constitucional en América Latina", en: GARCÍA BELAUNDE y FERNÁNDEZ SEGADO. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid, 1997, p. 159.

37. JOSÉ RAMÓN COSSÍO D. "La teoría constitucional de la Suprema Corte mexicana 1995-2000". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5 (2001), pp. 399-430.

38. JORGE CARPIZO, JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ y HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. "La jurisdicción constitucional en México", en: GARCÍA BELAUNDE y FERNÁNDEZ SEGADO. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid, 1997, pp. 759 y ss.

39. ANTONIO PEÑA FREIRE. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid, 1997, pp. 195 y ss., según LOPERA MESA, Ob. cit. supra, nota 51, pp. 231 ss.

40. ERNESTO GARZÓN VALDÉS. "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías". *Isonomía*, 12 (2000) pp. 7-34.

41. GLORIA PATRICIA LOPERA MESA. "La problemática legitimidad de la justicia constitucional". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5 (2001), pp. 254 y ss., discutiendo especialmente obras de JUAN CARLOS BAYÓN, PABLO DE LORA, JAMES BRADLEY THAYER, ROBERT H. BORK y VÍCTOR FERRERES.

42. VLADIMIRO NARANJO MESA. "Diez años de la Corte Constitucional colombiana". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5 (2001), pp. 280 y ss. (Sent. T-006 de 1992).