

# JUECES *VERSUS* DIPUTADOS: SISTEMAS AMERICANO Y AUSTRÍACO DE LA REVISIÓN JUDICIAL

Por HANS-RUDOLF HORN \*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONSTITUCIONALISMO FRANCÉS.—3. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: A) Nacimiento de la revisión judicial. B) Los precursores de la revisión judicial. C) Miseria y esplendor de la jurisdicción estadounidense.—4. LA FORMALIZACIÓN MEXICANA DE LA REVISIÓN JUDICIAL.—5. EL SISTEMA AUSTRÍACO: A) Origen y desarrollo de la justicia constitucional en Austria. B) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.—6. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA: A) Bases del Tribunal Constitucional de la Federación. B) Los efectos de las sentencias judiciales.—7. EL MODELO AUSTRÍACO EN ESPAÑA.—8. CONVERGENCIAS DE LOS SISTEMAS AMERICANO Y AUSTRÍACO.—9. ACERCA DE LA LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

## 1. INTRODUCCIÓN

La etiología de la revisión judicial de leyes es objeto de investigaciones múltiples e intensas en muchas partes del mundo, que parten de la *Constitución de los Estados Unidos de América de 1787*, la primera Constitución moderna y modelo decisivo para los Estados nuevos independientes. La idea de la supremacía de la Constitución es una base implícita del constitucionalismo. 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 la libertad y la igualdad. Según las ideas de la Revolución francesa, la función crucial de cumplir la voluntad general está

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Maguncia. Estudios de Postgrado en la UNAM con el Prof. Recaséns Siches. Hasta 1970, desempeñó la función judicial. A partir de ese año, alto funcionario en la Cancillería del *Land* de Renania Palatinado. Vicepresidente de la Asociación Mexicano-Alemana de Juristas.

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 revisar una ley que fue ordinariamente expedida por la mayoría de los parlamentarios, y declararla inconstitucional, pues así se desautorizaría al legislador de una manera penosa.

La facultad judicial de examinar la validez de leyes, presupone el reconocimiento de una autoridad del juez como árbitro independiente en el curso del desarrollo histórico. Desde la *Magna Carta* de 1215 se atribuyó al juez la función esencial de proteger la libertad humana en el Derecho anglosajón bajo su responsabilidad propia. Por eso no es asombroso que la doctrina de la revisión judicial tenga su cuna en una colonia inglesa anterior. Mas es de extrañar que fuera divulgada rápidamente en los países iberoamericanos, cuyos sistemas jurídicos fueron acuñados primordialmente por el Derecho de Europa continental, como también por las ideas de Revolución Francesa. En la Constitución venezolana de 1811 ya se estableció que toda ley expedida contra la Constitución «será absolutamente nula y de ningún valor». Se ha hablado de un «control judicial implícito» de la constitucionalidad<sup>1</sup>. En la República mexicana 1847 en la reforma de la Constitución de 1824 se consagró el control judicial de leyes que abarca expresamente también leyes federales. La revisión judicial de la constitucionalidad había sido formalizada por primera vez en un texto inequívoco en el Estado de Yucatán de 1841. Parece apropiado hablar del *sistema americano*, pues se extiende por todo el continente americano del norte al 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 los papeles decisivos.

El sistema austríaco se distingue del sistema americano por la concentración en un tribunal constitucional especializado. Entretanto fue adoptado en muchos países como también en Alemania, pero sin el marco de la justicia constitucional, como lo fue elaborado en la misma Austria, en donde desde el inicio el Tribunal Constitucional tiene la función de una legislación negativa, es decir, abriga la ley inconstitucional. En Alemania, en cambio, se parte de la idea de que la inconstitucionalidad existe como deficiencia de antemano, orientándose en el modelo americano en este respecto. El Tribunal Constitucional de la Federación no se limita a anular leyes, sino que suele prescribir al Parlamento detenidamente cómo debe legislar.

La doctrina de la primacía del parlamento principalmente tiene vigencia en todos los sistemas democráticos. Sus repercusiones en Francia, donde fue cultivada en la forma más pura, serán el primer objeto de nuestras reflexiones. Entonces las circunstancias y el trasfondo del nacimiento de la

<sup>1</sup> CARLOS M. AYALA CORAO, «La jurisdicción constitucional en Venezuela», en D. GARCÍA BELAUNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, pp. 933 y ss.

revisión judicial en los Estados Unidos merecen consideraciones más detenidas, a partir de la famosa sentencia *Marbury versus Madison*, cuyos argumentos notables sólo podrán fundar cabalmente el resultado y las repercusiones del caso, cuando se toman en cuenta las raíces históricas implícitas. La función esencial de la justicia constitucional es la protección de la libertad y la dignidad humana, que, sin embargo, no de entrada fue cumplido en todos aspectos por la jurisdicción de la Suprema Corte de los Estados Unidos, sino que en relaciones importantes de la vida social sólo desde la segunda mitad del siglo XX.

En el país vecino de los Estados Unidos, en México, la revisión judicial no fue adoptada ciegamente, sino se desarrollaba bases aptas, fundándose en su propia tradición jurídica. En Austria se atribuyó en 1920 por primera vez la facultad de anular una ley a un tribunal especializado en asuntos constitucionales. De ahí que se hable del *sistema austríaco*, que se puso de modelo para muchos países especialmente en Europa, pero también en Iberoamérica. En Alemania el Tribunal Constitucional de la Federación, siguiendo al modelo austríaco con ciertas desviaciones importantes, desempeña un papel decisivo en la vida jurídica y política. Especialmente en España se desarrolló una etapa más del texto constitucional sobre el Tribunal Constitucional.

Los sistemas americano y austríaco no siempre se puede separar estrictamente; pues en muchos países, especialmente en Iberoamérica, la justicia constitucional combina los elementos americano y austríaco. En toda América y en otras partes del mundo las Supremas Cortes de Justicia adoptaron más y más las atribuciones de tribunales constitucionales especializados. Finalmente, conviene reanudar la discusión principal acerca de la legitimidad de la justicia constitucional, que repite las objeciones tradicionales, para buscar vías que aseguren mejor el equilibrio entre los tres poderes.

## 2. EL CONSTITUCIONALISMO FRANCÉS

En el constitucionalismo francés la sacralización de las leyes como emanaciones perfectas del contrato social impediría todo tipo de control de la legislación, que hubiera sido considerado como insulto al pueblo soberano, verdadero autor de la ley a través de sus representantes elegidos. Simultáneamente, los revolucionarios franceses mostraban una desconfianza insuperable hacia el poder judicial, expresándose en el temor a la tiranía de los jueces, que se puede encontrar en publicaciones todavía más recientes<sup>2</sup>. Se estableció en casi todos los países occidentales, 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

<sup>2</sup> FRANCK MODERNE, «El Consejo Constitucional Francés», en UNAM (coord.), *Justicia Constitucional Comparada*, México, 1993, pp. 123 y ss., 124.

Montesquieu, que había dicho, que «los jueces, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y 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 hacia el juzgador, que debía estar hasta en los detalles a la supervisión del cuerpo legislativo. El Tribunal de Casación francés fue creado no como órgano judicial, sino como un apéndice del cuerpo legislativo, que tenía por objeto vigilar que los tribunales se ciñeran estrictamente a la voluntad general expresada en el texto legal<sup>3</sup>.

Los hechos históricos que acuñaron el régimen judicial en Francia, hacen patente que el control de constitucionalidad de las leyes oficialmente no fue tomado en consideración antes de la segunda mitad del siglo XX. La Constitución de la Quinta República de 1958 introdujo la institución de un Consejo Constitucional, que no ha marcado una ruptura brutal con la evolución anterior. Pues la concepción teórica de los constituyentes y precisamente del general De Gaulle, nunca fue la imitación de los tribunales europeos y menos aún la justicia constitucional de los Estados Unidos de América. El Consejo Constitucional ha sido concebido esencialmente como un órgano de carácter político y como un arma dirigida precisamente contra el Parlamento. Se intuía útil instituir un mecanismo eficaz para obligar al Parlamento a permanecer en el marco de sus atribuciones constitucionales<sup>4</sup>, en la medida en que el régimen del general De Gaulle se preocupa en primer lugar de reforzar el ejecutivo y debilitar el Parlamento, que en la Cuarta República había removido tantos gobiernos durante un período electoral.

La única técnica de control de la constitucionalidad de las leyes era el control previo. Las leyes sólo podían ser recurridas ante el Consejo Constitucional antes de su promulgación. Una vez la ley ha sido promulgada, se convierte en inimpugnable. Entretanto, sin embargo, el Consejo Constitucional se ha convertido en un tribunal constitucional, adoptando el modelo de las Cortes europeas, aunque con competencias relativamente diferentes y en un cierto modo más reducido, y ha pasado progresivamente de la vigilancia del Parlamento a la defensa de las libertades públicas y la garantía de los derechos fundamentales<sup>5</sup>. La ruptura con la tradición de la Revolución Francesa no es el resultado de la voluntad del Constituyente, sino esencialmente de la propia voluntad del mismo Consejo Constitucional que fue aceptado por los poderes públicos. Las bases teóricas de una

<sup>3</sup> HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, 1993, pp. 1 y ss.

<sup>4</sup> FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «Evolución histórica y modelos de control constitucional», en D. GARCÍA BELAUNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, p. 68.

<sup>5</sup> MODERNE, *op. cit.*, *supra*, nota 2, pp. 125 y 130.

justicia constitucional fueron elaboradas en Francia ya al comienzo del siglo XX<sup>6</sup>. La superación de la doctrina errónea de que el juez es nada más que el aplicador automático de la disposiciones legislativas, a la manera de una verdadera máquina silogística, es el resultado de esfuerzos inmensos de un sinnúmero de pensadores en muchas partes del mundo entre los cuales sobresale Luis Recaséns Siches, cuya filosofía jurídica es una base crucial de la revisión judicial<sup>7</sup>.

### 3. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

#### A) Nacimiento de la revisión judicial

La cuna de la revisión judicial es la Suprema Corte de los Estados Unidos. Su celeberrima 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. 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 el fin de su período de oficio. Después de las elecciones, sin embargo, el gobierno nuevo no concedió al demandante la entrega de 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.<sup>a</sup> de la *Judicial Act* de 1789, declarada una violación de la sección segunda del artículo 3.<sup>o</sup> de la Constitución). Se trató de nada más que una cuestión meramente procesal que fue decidida en favor del poder público.

Tras el caso «Marbury versus Madison» no hubo invalidación de leyes del Congreso de la Unión hasta 1857 en el caso «*Dred Scott*». Sólo en la época subsiguiente al 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 658<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, *supra*, nota 3, pp. 30 y s, señalando las obras de Leon Duguit, Julian Boncasse y Georges Burdeau.

<sup>7</sup> HANS-RUDOLF HORN, «Filósofos españoles en México: Manuel Pedroso y Luis Recaséns Siches» en ANTONIO COLOMER VIADEL, (coord.), *Congreso internacional sobre la universidad iberoamericana*, Actas II, Madrid, Valencia, 2000, pp. 11-28, 19 y s.

<sup>8</sup> FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, *supra* nota 4, 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*, México: Porrúa, 2.<sup>a</sup> ed., México, 2001, pp. 337 y ss.

Prevalece la opinión de que la revisión judicial de leyes está consagrada en la misma Constitución estadounidense. Se suele referir especialmente al artículo VI, segundo párrafo, estableciendo que la Constitución y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de la Constitución se promulgaran 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 la constitucionalidad<sup>9</sup>.

La norma del párrafo dos del artículo 6 de la Constitución americana esgrime la prerrogativa del Derecho federal, 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 de la Nación Alemana, donde nunca el Derecho imperial había obtenido una prerrogativa comparable frente a los Derechos particulares de los territorios.

## B) Los precursores de la revisión judicial

El nacimiento de la revisión judicial (*judicial review*) fue el mérito de los esfuerzos exitosos de la misma Suprema Corte y, primordialmente, del *Chief Justice John Marshall*<sup>10</sup>, que, como cabe decir, más bien cumplió la función de una comadrona. 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 ulteriormente en un libro bajo el título «*The Federalist*»<sup>11</sup>, *Hamilton* habló del derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura y lo 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, según la cual hoy generalmente los federalistas son aquellos que defienden la autonomía

<sup>9</sup> Cfr. GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, «La problemática legitimidad de la justicia constitucional», en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 5 (2001), p. 245, señalando que del reconocimiento de la supremacía constitucional no se deriva necesariamente la existencia del control judicial de la constitucionalidad.

<sup>10</sup> 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, 1988, pp. 1053-1085, p. 1059.

<sup>11</sup> FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, supra nota 4, 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.

de las entidades federativas contra los poderes de la federación, mientras que en el comienzo 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 que 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*. Hamilton bajo estas circunstancias puede considerarse como padre legítimo de la revisión judicial.

Tampoco Hamilton como los demás autores del «Federalista» habían desarrollado ideas completamente nuevas, sino que también de su parte 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*»<sup>12</sup>. Se ha constatado la paradoja de que no obstante que en Inglaterra no se ha re-conocido 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 clásico asunto *Dr. Bonham*, la cual fue acogida por los jueces coloniales americanos en 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 ingleses<sup>13</sup>. También la filosofía de la antigüedad y de la Edad Media partió de la idea de que una ley ordinaria retrocederá ante una ley de un rango más alto, como se enseña en el manual de Cappelletti y Cohen, *Comparative Constitutional Law*<sup>14</sup>.

Las repercusiones de la sentencia sobre la revisión judicial se fundan en el sistema anglosajón del *stare decisis*, es decir, todos los tribunales

<sup>12</sup> FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *ibidem*, p. 51, citando a GOTTFRIED DIETZE, «America and Europe. Decline and emergence of judicial review» en *Virginia Law Review*, vol. 44 (1958), pp. 1233 y ss., 1272. En el mismo sentido MAURO CAPPELLETTI y WILLIAM COHEN, *Comparative Constitutional Law*, Indianapolis, New York, Charlottesville (Virginia), 1979, p. 3.

<sup>13</sup> HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, México: UNAM/Editorial Civitas, 1982, pp. 80 y ss.

<sup>14</sup> CAPPELLETTI y COHEN, *op cit.* supra nota 12, pp. 4 y ss., hablando de la revisión judicial como «a fulfilment of the past».

inferiores y la Corte Suprema misma principalmente están vinculados por los precedentes, aunque las sentencias tendrían efectos propiamente sólo 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 intencionalmente por la Suprema Corte, sino que ya era parte del *common law*, que siguió existiendo en tal respecto después de la independencia.

### C) 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*»<sup>15</sup>. 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 apenas cabe decirse que en la realidad histórica estos principios ya se manifestaron cabalmente durante los primeros cien años en todos los aspectos de la convivencia social. El proceso famoso no lo ganó Marbury, el juez de paz fracasado, sino Madison, es decir, el gobierno actual 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 Missouri. En el año 1896 el veredicto *Plessy vs. Ferguson* creó una jurisdicción permanente sobre la segregación racial lícita (*separate, but equal*). Sólo en 1954 la Suprema Corte, finalmente, abandonó su jurisprudencia de la discriminación. Con posterioridad, cada vez más se realizó el principio de los derechos iguales de todos los seres humanos, que solemnemente ya se había proclamado en la *Declaración de Independencia*. La superación de la segregación racial, al fin y al cabo, es un mérito indudable de la Suprema Corte en la segunda mitad del siglo XX. Su jurisdicción nueva fueron 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 hacia la «aristocracia de la toga»

<sup>15</sup> HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, supra nota 13, pp. 26 y 34; así también el título del libro, 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.



o la «oligarquía judicial»<sup>16</sup>. En 1905 la Suprema Corte había sentenciado contra el voto disidente del *Chief Justice* Holmes, de que era «irrazonable y arbitraria» una ley que regulaba la jornada de trabajo de sesenta horas para los panaderos. Durante la presidencia del presidente *Franklin D. Roosevelt*, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América canceló mediante una cadena de 12 sentencias leyes sociales urgentes en el marco de la política del *new deal*, la cual fue confirmada por el pueblo en las elecciones de 1932, 1934 y 1936<sup>17</sup>. La controversia profunda fue comparada con la de la secesión, que era la razón de la guerra civil americana. La mayoría de cinco jueces de la Suprema Corte continuó sus declaraciones de inconstitucionalidad en contra de la nación completa. Los diputados fracasaron en conseguir sus metas políticas de modificar los textos legales<sup>18</sup>. El Partido Democrático discutió en 1936 planes para esclarecer el asunto mediante reformas constitucionales. Pero al fin y al cabo la Corte cedió al Congreso, por comenzar —como dijo Roosevelt— «a interpretar la Constitución en lugar de torturarla»<sup>19</sup>.

#### 4. LA FORMALIZACIÓN MEXICANA DE LA REVISIÓN JUDICIAL

En México, como en la mayoría de los países iberoamericanos después de su independencia, se intentó la introducción de los principios esenciales de la revisión judicial de la constitucionalidad según el modelo americano, pero entendiéndolo en la forma en que la 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 francés<sup>20</sup>. La tradición hispánica fue menos evidente, pero no por ello de menos importancia, ya que existió una corriente judicialista apoyada por el Consejo de Indias, en beneficio de las Audiencias de México y Guadalajara, que 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»<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. con muchos detalles significativos FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA, *op. cit.* supra nota 7, pp. 340 y ss, Lambert, Edouard, *Le Gouvernement de judges et la lutte contra la legislation sociale aux États-Uni*, 1921, pp. 9 y ss. 67 y ss.

<sup>17</sup> ALPHEUS THOMAS MASON y WILLIAM M. BEANEY, *The Supreme Court in a Free Society*, Englewood Cliffs N. J., 1959, pp. 175 y ss.

<sup>18</sup> DAVID H. STERN, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, Tomo II, México: UNAM, pp. 1333 y s.

<sup>19</sup> MASON y BEANEY, *op. cit.*, supra nota 17, pp. 176, 179, 177 y 185.

<sup>20</sup> HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA, *op. cit.*, supra nota 7, pp. 801 y ss.

<sup>21</sup> Cfr. ALFONSO NORIEGA CANTÚ, «El origen nacional y los antecedentes hispánicos del juicio de amparo», en *Jus*, México, septiembre de 1942, pp. 151-174.

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 la 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 les conceda esta Constitución y las leyes constitucionales contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación y de los Estados...»<sup>22</sup>

Debe destacarse que se abarca explícitamente la legislación federal como objeto posible del juicio de amparo en contraste con el texto del artículo 6, 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 inclusivamente a ellas. *Mariano Otero* pudo conseguir 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, 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 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 hasta más importante según los principios del Estado social, consagrados en la Consti-

<sup>22</sup> Cfr. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA, *op. cit.*, supra nota 7, pp. 811 y ss.

tución mexicana: a saber, parece insoportable que haya personas que sigan estando agraviadas por una ley inconstitucional por la simple razón de que no tengan recursos económicos para pedir el amparo o no sepan defender sus derechos por su precaria situación<sup>23</sup>.

Ya desde tiempo atrás nos hemos de preguntar por qué los argumentos concienciadores, una y otra vez expuestos por constitucionalistas prestigiados, 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 años<sup>24</sup>. Muy significativa es una advertencia literal que dice: «Fue Rejón el precursor del amparo, fue don Mariano Otero su creador», atribuyendo el rango más alto también por el título añadido de «don»<sup>25</sup>. 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<sup>26</sup>. 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 la aportación netamente mexicana a la revisión judicial. En realidad, sin embargo, la facultad judicial de cancelar leyes federales por primera vez fue formalizada en el Acta de Reforma de 1847 en México. Bajo estas circunstancias la fórmula Otero tampoco puede tener el fin de destacar la aportación netamente mexicana a la estructura de la revisión judicial. Pues realmente la evolución de las etapas textuales en torno al control de leyes por los jueces es el aspecto auténticamente mexicano<sup>27</sup>.

## 5. EL SISTEMA AUSTRÍACO

### A) 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

<sup>23</sup> HANS-RUDOLF HORN, «Justicia constitucional y consenso básico», en 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, 1988, pp. 1053 y ss., 1056 y ss.

<sup>24</sup> HÉCTOR FIX-ZAMUDIO en UNAM (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, 1985, p. 255.

<sup>25</sup> ALBERTO TRUEBA URBINA y JORGE TRUEBA BARREA, *Nueva legislación de amparo reformada. Doctrina, textos, jurisprudencia*, 43 edición, México, 1982, p. 413.

<sup>26</sup> Cfr. HANS-RUDOLF HORN, *op. cit.* supra nota 23, pp. 1057 y ss.

<sup>27</sup> Respecto a las etapas textuales constitucionales (*Textstufen*), cfr. PETER HÄBERLE, en distintas obras suyas, como por ejemplo también *El Estado constitucional*, traducción Héctor Fix-Fierro, México, 2001, pp. 79 y ss.

lo ha llamado su «niño favorito». La Asamblea nacional provisional de la Austria alemana creó por primera vez un órgano propio con el nombre de «Corte Constitucional» (*Verfassungsgerichtshof*) y la 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 la Constitución Federal de Austria del 1 octubre de 1920.

La diferencia entre el sistema americano y austríaco de la revisión judicial es 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 austríacos no se les había atribuido la facultad de revisar la legislación o de desaplicar una ley considerada inconstitucional. Ni siquiera podían someter el asunto a la Corte Constitucional. Exclusivamente órganos políticos como los gobiernos federal o estatales obtuvieron la facultad de impugnar leyes por inconstitucionalidad<sup>28</sup>. Bajo tales circunstancias el sistema austríaco 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 estimaron 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 de 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 en 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 acudir ante la Corte Constitucional para plantear 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 caso<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> CAPPELLETTI y COHEN, *op. cit.*, supra nota 12, pp. 86 y ss.

<sup>29</sup> HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *La protección de los derechos humanos*, México: Editorial Civitas, 1982, pp. 166 y ss.

## B) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

La sentencia de la Corte Constitucional austríaca 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 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 meses<sup>30</sup>. 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 de modo similar a 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*)<sup>31</sup>. La sentencia acerca de la inconstitucionalidad tiene por eso carácter constitutivo, mientras que en el sistema americano solamente tiene la función de constatar la inconstitucionalidad ya existente.

Cuando la norma inconstitucional tiene vigencia hasta el momento en que su anulación es publicada por el gobierno, entonces el resultado absurdo será que el demandante que persigue la anulación de la norma no tenga ninguna ventaja. Para evitar dicha consecuencia irracional del sistema austríaco, 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 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 desigualdad para aquellos que sean afectados por la misma ley, sin que fuera declarada inconstitucional antes. 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 prácticas, como destacaron Cappelletti y Cohen con toda razón<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. FÉLIX ERMACORA, *Der Verfassungsgerichtshof*, Graz (Austria), 1956, pp. 259-263.

<sup>31</sup> FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit. supra* nota 4, 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.

<sup>32</sup> CAPPELLETTI y COHEN, *op. cit. supra* nota 12, p. 100.

## 6. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA

### A) 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, en los debates se referían comúnmente a la Suprema Corte de los Estados Unidos, sin dedicar su atención al país vecino de la misma lengua y que fuera parte de Alemania no solamente seis años bajo el régimen nacionalsocialista, sino durante muchos siglos. La reserva obvia de la parte alemana frente a regulaciones austríacas se explica también por el rechazo de las doctrinas de Hans Kelsen, del padre del Tribunal Constitucional austríaco. Su teoría pura del derecho, expuesta como «una geometría del fenómeno jurídico total» era criticada severamente desde la época de Weimar<sup>33</sup>. Después de la Segunda Guerra Mundial surgió un gran desconcierto, pues Kelsen insistió estrictamente en su teoría de la equiparación de Estado y Derecho también en el caso del régimen nacionalsocialista, aunque él mismo tuvo que huir a América ante este sistema criminal.

En las discusiones prevaleció durante algún tiempo la idea de un Tribunal Superior, al cual se quiso atribuir la facultad de decidir en última instancia sobre todas las cuestiones jurídicas e inclusive constitucionales. Hasta después de la decisión final de crear un Tribunal Constitucional de la Federación no se abandonó el concepto de un Tribunal Superior. Puesto que pronto en la realidad se manifestó que tal tribunal superior no tenía una función comprensible, no se estableció y la norma constitucional finalmente fue suprimida en el año 1968. En su lugar fue creada una Sala Conjunta de las Supremas Cortes Federales para decidir en las controversias entre los distintos ramos de la justicia federal para salvaguardar la unidad de la jurisprudencia (artículo 95, inciso 3, de la Ley Fundamental)<sup>34</sup>.

La Ley Fundamental de 1949 todavía no contuvo una norma expresa sobre el recurso constitucional, aunque un remedio semejante ya se había consagrado efectivamente en las Constituciones del Estado Libre de Baviera de 1919 y 1946, como lo destaca la literatura fuera de Alemania<sup>35</sup>. Sólo por una reforma constitucional del año 1969 fue agregada una norma específica, que atribuyó al Tribunal Constitucional de la Federación la facultad de conocer de recursos constitucionales, que pueden ser interpues-

<sup>33</sup> 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*, tomo 20 (1980), pp. 43 y ss.

<sup>34</sup> Cfr. HORN, *ibidem*, pp. 583 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. MAURO CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961, pp. 39-62.

tos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales (número 4 a del inciso 1 del artículo 93 de la Ley Fundamental), como ya era posible antes según la *Ley sobre el Tribunal Constitucional de la Federación*. En la actualidad el número de tales recursos es tan grande que se introdujo un procedimiento preliminar para examinar su admisibilidad, lo que es tarea de las cámaras judiciales de las dos salas del Tribunal, introducidas con posterioridad (artículos 15a, 93a, 93b de la Ley Fundamental).

## B) Los efectos de las sentencias judiciales

Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional de la Federación los menciona el inciso 2 del artículo 94 meramente en el sentido de que una ley federal regulará su organización y procedimiento, determinando los casos en los cuales sus decisiones tienen fuerza de ley. En el artículo 31 de la Ley del Tribunal Constitucional de la Federación (LTCF) se establece que sus sentencias vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de las entidades federativas como a todos tribunales y autoridades (inciso 1). En cinco casos las sentencias tienen la fuerza de la ley, los más importantes son el procedimiento de control normativo abstracto a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de una entidad federativa o de un tercio de los miembros del parlamento federal; el procedimiento de control concreto, iniciado por un tribunal que considera inconstitucional una ley y también en el caso de un recurso constitucional que termina con la declaración de la inconstitucionalidad de una ley (inciso 2 del artículo 31 de la LTCF). Tales sentencias serán publicadas en la Gaceta Oficial de Leyes Federales (*Bundesgesetzblatt*) por el ministro de justicia, en cuanto declaren una nulidad o incompatibilidad con la Ley Fundamental.

Cuando el Tribunal Constitucional de la Federación llega a la convicción de que una regulación es incompatible con la Ley Fundamental, debe declarar su nulidad (artículo 78 de la LCTC). La jurisprudencia 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 austríaco, que en el fondo fue adoptado en el sentido de que se introdujo un tribunal constitucional especializado.

Tampoco de los textos de la Ley del Tribunal Constitucional de la Federación se puede desprender que la ley declarada inconstitucional sea nula desde el inicio. Por lo contrario obviamente parte de la idea de que una

sentencia en asuntos penales, fundada en una ley inconstitucional, principalmente conserva su validez. Por eso el legislador estableció que será admisible el remedio de la readmisión o reanudación de procedimiento (*Wiederaufnahme des Verfahrens*), que propiamente es posible bajo la condición de nuevos hechos después de una sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada, según las normas del procedimiento penal (art. 79 de la LCTF). Hasta cuando una ley sea declarada nula mediante un recurso constitucional exitoso, rige la misma regla de manera correspondiente (art. 94, inciso 3). Solamente cuando el recurso constitucional se ha dirigido contra una sentencia judicial, ésta será declarada nula (artículo 94, inciso 2).

La teoría de la nulidad retroactiva tiene sus raíces en dos tradiciones distintas, que coinciden en el resultado. La primera es el Derecho civil, partiendo de las ideas del Derecho romano, desarrolladas por los romanistas alemanes del siglo XIX. Cuando un negocio jurídico contravenga a la ley o a las buenas costumbres, es nulo de antemano, como también en el caso de un contrato que sea impugnado por razones de error o de violencia. La segunda raíz de la postura respecto a la nulidad de leyes inconstitucionales es el sistema americano. Éste tuvo mucha influencia en los constituyentes de la Ley Fundamental, que no tomaron en consideración las peculiaridades del modelo austríaco, que propiamente adoptaron<sup>36</sup>. Respecto a la sentencia *Marbury versus Madison* se ha hablado de una «teoría ingenua del Derecho natural», que se fundó en reflexiones que parecían plausibles a primera vista, pero que en el fondo presuponen lo que propiamente quieren comprobar, a saber, el principio de la revisión judicial, que apenas podría imaginarse sin la idea de que una ley inconstitucional sea nula de antemano<sup>37</sup>.

La jurisprudencia 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 esclarecer la cuestión, de cuál será el derecho que se debe aplicar, cuando una ley antes usada se revelara inconstitucional<sup>38</sup>. Cabe hablar de una convergencia del uso judicial de los Estados Unidos y Alemania, que atañe a los rasgos fundamentales de la argumentación<sup>39</sup>. Como en los Estados Uni-

<sup>36</sup> Cfr. HANS-RUDOLF HORN, «Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als verfassungsrechtliches Problem», en la revista *Die öffentliche Verwaltung*, 1980, pp. 84-91. 88 y ss.

<sup>37</sup> Así STANLEY L. PAULSON, en su ponencia para el World Congress en Basilea 1979 y en *Archives for Philosophie of Law and Social Philosophy*, 1979, pp. 1 y ss., y «Rejoinders to Hart on Rules and Rights», en *Michigan Law Review*, 1979, pp. 484 y ss. Cfr. HANS-RUDOLF HORN, en UNAM (ed.), *La constitución y su defensa*, México, 1984, pp. 588 y ss.

<sup>38</sup> CAPPELLETTI y COHEN, *op. cit. supra nota 12*, pp. 100 y ss.

<sup>39</sup> Cfr. HANS-RUDOLF HORN, en UNAM (ed.), *La constitución y su defensa*, México, 1984, pp. 599 y ss.



dos, también en los países europeos el Derecho constitucional está acuñado por sentencias judiciales particulares, que se deben citar bajo cierta palabra clave al discutir un problema.

El Tribunal Constitucional alemán considera muchas leyes como inconstitucionales, pero no las declara nulas, sino que prefiere una vía que posibilite 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, para evitar una futura declaración de nulidad. En la vida política ocurre una y otra vez que los mismos expertos del parlamento y del gobierno prefieren esperar una sentencia judicial como base de sus trabajos legislativos, cuando se trate de una cuestión difícil.

En Alemania el Tribunal Constitucional de la Federación no administra la doctrina de la *political question*, como lo hace la Suprema Corte en los Estados Unidos, para evitar de esta manera decisiones sobre asuntos que se consideran exclusivamente políticos, sino que principalmente reclama la competencia de averiguar todos asuntos sometidos bajo 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 de practicar política<sup>40</sup>, sin seguir sus propias pautas en muchos casos.

Una revisión completa de la Ley Fundamental para formalizar inequívocamente en textos constitucionales los asuntos importantes del proceso constitucional, como la revisión judicial, después de tantos ensayos, que en el pasado fracasaron, parece estar completamente excluida. Tampoco la gran coalición de la democracia cristiana y del partido socialdemócrata, que disponía de la mayoría necesaria de dos tercios para reformas constitucionales, en 1967-1969, logró encontrar una regulación convincente en el parlamento por las objeciones en los dictámenes de los catedráticos universitarios<sup>41</sup>. La oportunidad de la unificación alemana fue desechada asimismo por una postura restrictiva respecto a toda reforma constitucional, que contrasta obviamente con las tendencias iberoamericanas de re-

<sup>40</sup> ANDREAS VOßKUHLE, en von Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, München, 2001, Art. 93, núm. 36.

<sup>41</sup> Cfr. HANS-RUDOLF HORN, «Verfassungswidrigkeit von Gesetzen und Verfassungsgerechtheit», en PAUL TRAPPE (coord.), *Archives for Philosophie of Law and Social Philosophy, Proceedings of the 9th World Congress Basel 1979*, Vol. I, Part 2, pp. 369-382, 376 y ss., con referencia a Frowein en la revista *Die Öffentliche Verwaltung*, 1970, p. 592.

formar las constituciones y crear nuevas una y otra vez. La renuncia a normas detalladas en un campo esencial de la vida constitucional encuentra al aplauso de la mayoría de los representantes de las ciencias jurídicas y la política, pero también se ha dicho que se puede deplorar por la incertidumbre permanente<sup>42</sup>. 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 (artículos 134-137), Portugal (artículos 221-224 y 277-283) y especialmente en España.

## 7. EL MODELO AUSTRIACO EN ESPAÑA

Bajo la impresión del modelo austríaco ya en la República segunda española de 1931 fue establecido un Tribunal de Garantías Constitucionales con un sinnúmero de competencias. Fue reimportado también el juicio mexicano de amparo<sup>43</sup>. Por la Constitución española de 1978 fue introducido el Tribunal Constitucional, creando un sistema de la justicia constitucional que por su madurez concepcional supera a su antecesor, pero también a los sistemas constitucionales de Austria, Alemania, Italia y Portugal. Fue desarrollado el sistema concentrado de una 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 democracia joven<sup>44</sup>. Desempeña un papel la influencia del sistema de la jurisdicción constitucional alemana, 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. En modo alguno puede considerarse circunscrito a los parámetros característicos del legislador negativo<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> CHRISTIAN WALTER, «Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle es Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 125 (2000) p. 519 y s. En comentarios más recientes se deplora la índole fragmentaria y defectuosa del Derecho constitucional, cfr. JOACHIM WIELAND, en H. DREIER (coord.), *Grundgesetzkommentar*, Tübingen, 2000, tomo 3, núm. 45, Art. 93.

<sup>43</sup> ALBRECHT WEBER, «Die richterliche Normkontrolle in Spanien», en HORN y WEBER (coord.), *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, Baden-Baden, 1989, pp. 53-79, pp. 55 y ss.

<sup>44</sup> ALBRECHT WEBER, «Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 34 (1985), pp. 245 y ss., 283, idem, en STARCK y WEBER, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, tomo I, 1986, p. 119, y *loc. cit. supra* nota anterior, p. 60.

<sup>45</sup> FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «La jurisdicción constitucional en España», en D. GARCÍA BELAUNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid 1997, pp. 623-709, p. 631.

Las sentencias del Tribunal Constitucional, que se publicarán en «Boletín Oficial del Estado», tienen el «valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación», como se prescribe en el artículo 164 de la Constitución española. Cuando declaran la inconstitucionalidad, no meramente tienen 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 artículo 87, inciso 1, de la Ley Orgánica. La obligatoriedad de tales decisiones constitucionales alcanza no sólo a la parte dispositiva, el fallo de la sentencia, sino que, más allá, los órganos constitucionales se encuentran vinculados asimismo a los motivos, esto es, a la *ratio decidendi*, a aquella parte de la argumentación que es relevante para el fallo, que se llama en la doctrina alemana *tragende Gründe*<sup>46</sup>.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, tienen plenos efectos a todos, como literalmente lo dispone el artículo 164, inciso 1, de la Constitución española. 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 su 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 artículo 40 inciso 1 de la Ley Orgánica<sup>47</sup>. El mismo artículo establece que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de leyes no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada. Esta regla tiene una excepción, por cuanto no ha de regir «en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos, referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la

<sup>46</sup> FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *ibídem*, pp. 668 y s.

<sup>47</sup> *Ibídem*, p. 674, cfr. la doctrina de los «consolidated effects» de la Suprema Corte americana, *supra* 6.2.

norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión o limitación de la responsabilidad», como establece literalmente el artículo 40, inciso 2, de la Ley Orgánica.

## 8. CONVERGENCIAS DE LOS SISTEMAS AMERICANO Y AUSTRÍACO

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 desaplicar 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 sobre 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*)<sup>48</sup>. El sistema concentrado asimismo 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.

Como la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, cuya jurisdicción propiamente 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 que de modo explícito también ha servido como criterio interpretativo a partir de la reforma constitucional de 1995<sup>49</sup>, que ha ampliado las atribuciones de la Su-

<sup>48</sup> Cfr. ALLAN A. BREWER CARÍAS, «La jurisdicción constitucional en América Latina», en D. GARCÍA BELAÚNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, pp. 117-161, p. 159.

<sup>49</sup> JOSÉ RAMÓN COSSÍO D., «La teoría constitucional de la Suprema Corte mexicana 1995-2000», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5 (2001), pp. 399-430.

prema Corte de Justicia en materia de jurisdicción constitucional, ya que se amplía 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 aprobado por una mayoría de por lo menos ocho votos de los once ministros (fracción I, inciso 2, del artículo 105). Pero no perdió por completo su carácter de tribunal de legalidad. Con toda razón se afirma que todavía debe decidirse 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 éstos<sup>50</sup>. Se ha otorgado a la Suprema Corte mexicana de manera cada vez acentuada el carácter de un tribunal constitucional.

## 9. ACERCA DE LA LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La justificación de la revisión judicial, que bajo la influencia de la Revolución Francesa fue negada en el constitucionalismo liberal, es un tema que recientemente se puso de nuevo como objeto de discusiones controvertidas, como también en ciertos países iberoamericanos. Así, por ejemplo, en Colombia «La problemática legitimidad de la justicia constitucional» es el tema de una investigación reciente<sup>51</sup>. Un fenómeno típico es que se critica los elevadísimos costos que para el erario público han tenido decisiones de tribunales constitucionales que desautorizaban medidas necesarias del gobierno para afrontar una crisis económica. Además, sucede muchas veces que se reprocha a los tribunales haber invadido la órbita de los poderes legislativo y ejecutivo, como fue señalado por los magistrados colombianos disidentes en sus «salvamentos de voto». En algunos casos la misma Corte ha dado efecto retroactivo a sus sentencias, lo cual también ha sido objeto de críticas. Objeto de agudos enfrentamientos tuvieron que ver con el narcotráfico. Fue declarado como delito autónomo el enriquecimiento ilícito y fueron anuladas las decisiones del Congreso sobre la extradición de nacionales y otra decisión de los congresistas, que, actuando como jueces, precluyeron la investigación sobre la acusación del entonces presidente Ernesto Samper de haber recibido en su campaña dineros del narcotráfico. Las mayorías escasas en las votaciones finales de la corte (5:4)

<sup>50</sup> JORGE CARPIZO, JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ y HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, «La jurisdicción constitucional en México», en la misma obra colectiva, nota 48, pp. 759 y ss.

<sup>51</sup> Autora GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5/2001, pp. 227-256.

hicieron pensar en exigir una mayoría calificada para decisiones de tanta trascendencia<sup>52</sup>.

El antagonismo tradicional entre jueces y diputados una y otra vez es discutido bajo puntos de vista principales. 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 actuales<sup>53</sup>. El procedimiento legislativo es un marco para satisfacer presupuestos valiosos como lo 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 mayoritarias, vigilando el respeto de aquello que Ernesto Garzón Valdés denomina el «*coto vedado*», asumido como pauta de corrección moral de las decisiones de la mayoría<sup>54</sup>. De esta manera se justifica la jurisdicción constitucional que limite el poder legislativo. Pero se puede considerar cuestionable sustraer tales decisiones del juego político, negando de esta manera la facultad de los legisladores e indirectamente de los ciudadanos a quienes representan, de decidir sobre tales materias. Así se revela, según esta opinión, una actitud que combina una excesiva autoconfianza de los constituyentes en la bondad y la corrección de sus propias convicciones y a la vez desconfianza en las motivaciones y argumentos de quienes defienden posiciones discrepantes que hoy estén en la minoría o que lleguen a plantearse en el futuro<sup>55</sup>.

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 sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de la ley cuando ésta sea evidente, más allá de toda duda ra-

<sup>52</sup> VLADIMIRO NARANJO MESA, «Diez años de la Corte Constitucional Colombiana» en la misma edición del *Anuario mencionado arriba*, p. 289.

<sup>53</sup> ANTONIO PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, 1997, pp. 195 y ss., según LOPERA MESA, *op. cit.* supra nota 51, pp. 231.

<sup>54</sup> ERNESTO GARZÓN VALDÉS, «El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías», *Isonomía*, 12, México 2000, pp. 7-34.

<sup>55</sup> JEREMY WALDRON, «A Right-Based Critique of Constitutional Right», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), p. 28.

zorable; en tanto no sea así, cualquier opción legislativa razonable ha de considerarse constitucional. 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 constitucional<sup>56</sup>.

Llaman la atención los problemas que se discuten en países distintos; en el fondo suelen tener el mismo núcleo, que tiene que ver con el antagonismo entre parlamentos y tribunales. En Alemania el Tribunal Constitucional de la Federación sigue gozando de un prestigio increíble en la opinión pública y entre los expertos en tiempos más recientes, sin embargo, simultáneamente parece crecer la tendencia a expresar objeciones contra su jurisdicción, menos por parte de los políticos cuyo trabajo esté afectado que en los comentarios científicos. Desde hace algún tiempo se discute el alcance del *cambio constitucional*, señalando el peligro de un crecimiento indebido del alcance de la jurisdicción constitucional<sup>57</sup>. Se expresa el rechazo del papel del Tribunal «como legislador superior» y de la «erosión de la división de poderes»<sup>58</sup>. Se critica también que la interpretación de conformidad constitucional en la realidad no signifique un respeto de las esferas legislativas, sino, al contrario, sea una intervención en el ámbito del legislador para estructurar las normas bajo propia responsabilidad<sup>59</sup>.

Las objeciones razonables contra intervenciones de la jurisdicción en las esferas de la legislación no afectan a la legitimidad principal de la revisión judicial en el contexto de la justicia constitucional. Su función principal, la protección de los derechos humanos, se manifiesta en el caso de un tribunal bastante joven, que a pesar de grandes dificultades pudo conseguir algunos progresos notables: a la Corte Constitucional de Colombia ya mencionada, se ha nombrado de la «vanguardia en el campo del control de constitucionalidad»<sup>60</sup>. La labor que ha adelantado la Corte en diez años de funcionamiento hasta febrero de 2002, ha sido particularmente fecunda.

<sup>56</sup> LOPERA MESA, *op. cit.* supra nota 51, pp. 254 y s., discutiendo especialmente obras de Juan Carlos Bayón, Pablo de Lora, James Bradle Thayer, Robert H. Bork y Víctor Ferreres.

<sup>57</sup> ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Grundrechte als Grundsatznormen, en la revista *Der Staat*» 29 (1990), pp. 1 ss.; cfr. CHRISTIAN WALTER, «Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozess des Verfassungswandels», en la revista *Archiv des öffentlichen Rechts*, 125 (2000), pp. 517-550, 520, asimismo VOßKUHLE, *op. cit.*, nota 40, núm. 35.

<sup>58</sup> WOLFGANG MEYER, en von MÜNCH/KUNIG (coord.), *Grundgesetzkommentar*, 3.ª edición, tomo 3, München 1996, Art. 93, núm. 66, que con toda razón se refiere a Hesse y Böckenförde, pero va demasiado lejos, cuando niega la función del Tribunal Constitucional de la Federación como guardián de la Constitución.

<sup>59</sup> VOßKUHLE, *op. cit.* supra, nota 40, Art. 93, núm. 52.

<sup>60</sup> Así el ex presidente de la Corte Constitucional VLADIMIRO NARANJO MESA, «Diez años de la Corte Constitucional Colombiana», en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional* 5 (2001), pp. 278 y ss., 288 y s.

Hasta el fin del año 1999 no fueron menos de 8.884 sentencias, entre ellas 2.140 sentencias de constitucionalidad y 6.744 sentencias de recursos de amparo, que se denomina «tutela» en Colombia. En el año 1999 se pronuncian 330 sentencias de constitucionalidad y 1413 recursos de amparo, llamados «tutela» en Colombia. Pero además de los resultados cuantitativos, que son impresionantes por sí solos —ya se ha hablado de un «tutelismo»—, debe reconocerse su considerable aporte a la jurisprudencia constitucional, marcada por una notable tendencia progresista en materia de interpretación de los derechos fundamentales, además de la importante labor pedagógica<sup>61</sup>.

La misma Corte en una sentencia del año 1992 de la entrada ha marcado la legitimidad 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<sup>62</sup>. El funcionamiento del equilibrio constitucional no exclusivamente será tarea de los jueces, sino que los diputados están llamados a asegurar de su parte la dirección política responsable que les está encomendada 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.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 288 y s.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 280 y ss. (Sentencia T-006 de 1992).