

¿RENEGAR DE MONTESQUIEU? LA EXPANSION Y LA LEGITIMIDAD DE LA «JUSTICIA CONSTITUCIONAL» (*)

MAURO CAPPELLETTI

Traducción: PABLO DE LUIS DURÁN

SUMARIO: 1. LA CONTRIBUCIÓN DE LA JUSTICIA A LA BÚSQUEDA DE LA LIBERTAD POLÍTICA.—2. EL SENTIDO DE LA «JUSTICIA CONSTITUCIONAL».—3. LA APARICIÓN Y EL CRECIMIENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DESPUÉS DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL.—4. ¿HA REPUDIADO FRANCIA A MONTESQUIEU?—5. LA «GRUNDNORM» INGLESA: LA SUPREMACÍA ABSOLUTA DEL PARLAMENTO.—6. ¿ESTÁ INGLATERRA ABANDONANDO SU «GRUNDNORM» LOCKIANA?: A) *El Derecho Comunitario no se puede detener.* B) *La «justicia transnacional» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*—7. EL GRAVE PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—8. LA REVOLUCIÓN CONTEMPORÁNEA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU LEGITIMIDAD POR ENCIMA DEL CONFLICTO TRADICIONAL ENTRE DERECHO NATURAL Y POSITIVO.

(*) Este artículo se escribió mientras el autor era miembro residente de The Stanford Center for Advanced Studies in the Behavioral Sciences; es el texto anotado de la conferencia anual «Papa Juan XXIII» pronunciada el 25 de abril de 1985 en la Universidad Católica de América. El autor agradece la ayuda en la investigación de CRISTOPHER BERTICS, del curso 1985 de la Escuela de Derecho de Stanford; y por su gran información y perspicacia, a los conferenciantes regionales de la Conferencia de la Asociación Internacional de Ciencia del Derecho celebrada en Uppsala (Suecia) sobre «Revisión judicial de la legislación y su legitimidad. Desarrollos recientes». Los informes regionales, así como el informe general del profesor CAPPELLETTI, están siendo publicados por tomos bajo la dirección de los profesores LOUIS FAVOREU y J. A. JOLOWICZ; se citan en este artículo como «Informe de Uppsala».

1. LA CONTRIBUCION DE LA JUSTICIA A LA BUSQUEDA DE LA LIBERTAD POLITICA

Lo que puede hacer la «justicia del hombre» es resolver, o intentar resolver, problemas concretos de la vida del individuo o de la sociedad: promulgar y aplicar normas, crear instituciones, diseñar procedimientos, todo ello con un objetivo final: resolver los problemas existentes. Pero los problemas del hombre cambian continuamente y lo mismo ocurre con las normas, los procedimientos y las instituciones. La justicia del hombre está cambiando a la justicia, haya o no haya al final de todo algo permanente que nos abarque, un Absoluto que nos dé serenidad y significado, e ilumine todo este agitarse, luchar y pasar fugazmente que es la vida del hombre.

Es un honor para mí el rendir junto a ustedes un homenaje de respeto y gratitud al Papa Juan XXIII. Su visión y su fe de lo Absoluto no disminuyen su profunda entrega y su dedicación por lo cambiante. La justicia humana fue siempre una de sus preocupaciones. Sus dos Encíclicas más importantes, *Mater et Magistra* (1961) y *Pacem in Terris* (1963) (1) representan un formidable esfuerzo para trazar las líneas directrices de una solución a los que constituyen quizá los más preocupantes problemas de nuestra época: los desafíos de la opresión, la pobreza y la guerra; los problemas de la libertad y la dignidad del hombre, la justicia social, la coexistencia pacífica de los hombres y los pueblos. Problemas cuya solución debería unir, como él dijo, a todos los hombres de buena voluntad, cualesquiera que sean sus razas, sus nacionalidades y sus creencias. De esta manera nos dio la base para desarrollar una filosofía de la vida adecuada a los hombres y naciones de nuestro tiempo.

La suya era, en sus raíces, una doctrina valedera para todos los tiempos, puesto que cada época ha sufrido la opresión, la injusticia social, la violencia y la guerra. Pero, en un sentido más profundo, su doctrina quería ser una filosofía más esencialmente de y para nuestro tiempo. Era la lección sacada de los tremendos desafíos de nuestro siglo, por cuanto éste, mientras proclamaba la grandeza de los más nobles ideales de libertad y dignidad del hombre,

(1) Se puede encontrar una versión inglesa con comentarios en «Las Encíclicas y Otros Mensajes de Juan XXIII», ordenados y editados por la redacción de *The Pope Speaks Magazine*, Washington, D.C. TPS Press, 1964.

se ha caracterizado precisamente por ser la época de los más aterradores sistemas de opresión de las personas, los grupos y los pueblos, con el holocausto y el intento de genocidio de poblaciones y países enteros. El nuestro es también un siglo en el que mientras se asistía al crecimiento más impresionante de la riqueza material y a una posibilidad única de crear nuevas riquezas y bienestar, existe todavía la plaga de una miseria generalizada y hambre en gran escala. En nuestro siglo, un mundo exhausto pide, incluso a voz en grito, la unidad y la paz, y ha habido ya, sin embargo, dos espantosas guerras mundiales y existe la amenaza inminente de un tercer y último conflicto, el último diluvio universal, el final, posiblemente, de la raza humana.

Este es, pues, el momento para todos nosotros de preocuparnos por lo fundamental. Si sucesos tan relativamente aislados como, por ejemplo, el escándalo del Watergate, han recordado a los juristas y los profesores de Derecho americanos que hay un problema de moralidad en el Derecho, en el ejercicio del Derecho y en la educación legal; y si el Vietnam, con Irán, Chile y Afganistán, y muchos más, han recordado a los hombres y mujeres —esperemos que también detrás de la cortina de acero— que hay un problema de moralidad en la política y en la forma en que se dirige nuestro amenazado mundo, es el momento, para todos nosotros, de preocuparnos por buscar soluciones adecuadas para las cuestiones más fundamentales, los problemas de supervivencia de nuestra época. Los problemas de búsqueda de la libertad, de la justicia y de la paz son nuevos en cuanto que han tomado una dimensión sin precedentes en nuestro tiempo: una dimensión que, si no se encuentran soluciones apropiadas, puede significar el fin de miles de años de civilización.

Les ruego, pues, que me dejen usar este distinguido foro para hacer una breve indagación sobre una respuesta específica que nuestra época ha intentado dar a esos problemas fundamentales de supervivencia, y especialmente a uno de ellos, el problema de la opresión política. Desde un punto de vista personal, déjenme añadir que me es especialmente grato hablarles sobre ello en este día, el 25 de abril, *Día de la Liberación* de Italia, en el cuarenta aniversario de la liberación de mi país de un sistema de opresión política espantoso que condujo a la más trágica de todas las guerras. Mi investigación se centrará en Europa, aunque sin limitarse a ella. Será, por supuesto, la visión de un jurista, puesto que intentaré ordenar algunos de los procedimientos, normas e instituciones legales más relevantes que caracterizan, en mi opinión, las respuestas actuales o futuras al desafío más dramático de nuestro tiempo.

Por supuesto, otros pondrían más énfasis en respuestas distintas a esta cuestión —o, como prefiero pensar, en distintas facetas de la misma respuesta—, en términos, por ejemplo, de acercamiento económico en vez del legal que me interesa directamente aquí y ahora.

2. EL SENTIDO DE LA «JUSTICIA CONSTITUCIONAL»

La respuesta principal en términos de justicia legal al problema de la opresión puede expresarse con una fórmula ampliamente utilizada todavía hoy en Europa: *justicia constitucional*. Se utiliza para indicar que el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación.

Es cierto que las formas de opresión que han caracterizado nuestra época son verdaderamente muchas y muy complejas. Por ejemplo, el poder no gubernamental, así el poder de los grupos organizados, o de las corporaciones económicas, o de los sindicatos, o de los profesionales, o de los partidos políticos, ha demostrado ser en ocasiones tan peligroso y opresor como el poder oficial del Estado, y no menos invasor de la intimidad y de la libertad de las personas. Incluso los fantásticos y espléndidos avances de la tecnología se han convertido en una amenaza potencial puesto que sus elementos se han hecho cada vez más asequibles a un uso opresor. Y quizá nunca tan profundamente como ahora haya sentido el individuo la opresión de su «soledad entre la muchedumbre»; el sentimiento de que nuestra voz, como en la Biblia, «clama en el desierto»; el sentido de la alienación que es una de las fundamentales enfermedades psicológicas del hombre moderno.

Sin embargo, el peligro que ha demostrado ser el más temible de nuestro siglo es, sin lugar a dudas, el poder oficial organizado, el Estado y sus múltiples ramas y agencias, sus proliferaciones centrales o locales. Los casos de la Alemania nazi, la Italia fascista o la Rusia de Stalin, por mencionar sólo a los más llamativos, no pasaron sin enseñarnos una importante lección. Cuando el poder político no se controla, incluso los instrumentos de la nueva tecnología, de comunicación de masas, de la llamada «educación popular», pueden ser pervertidos en una gran máquina de corrupción. La corrupción de las mentes se consigue gracias a una desinformación masiva y a la prohibición de toda crítica. Recuerden una de las infames leyes discutidas hace años en el muy citado debate sobre derecho y ética entre los profesores

HART y FULLER (2): aquella ley alemana de 1944 permitió que un hombre, denunciado por su mujer, fuese condenado a la pena capital. Su «crimen» fue que, estando de permiso del ejército en su casa, pronunció unas críticas a Hitler (3). Lo que resulta de un gobierno no controlado, como lo demuestra la triste historia reciente, es una deformación del más simple sentido común de la justicia: de aquí resultan la intolerancia, el fanatismo y, eventualmente, la aceptación o incluso la búsqueda de la violencia y la guerra.

La justicia constitucional, en mi opinión, es quizá la más importante y más prometedora de las respuestas que un número creciente de naciones ha intentado dar a este problema de la opresión gubernamental. Como ya se ha dicho, la justicia constitucional implica un nuevo (4) tipo de *normas, instituciones y procedimientos constitucionales* en un intento de limitar y controlar con ellos el poder político. Hay, por supuesto, múltiples maneras de conseguir ese fin. Estas incluyen el regionalismo, que al descentralizar parte del poder político, origina un cierto «reparto vertical» de ese poder. Aquí, sin embargo, pretendo centrar mi exposición en la revisión judicial de la constitucionalidad de la acción del Estado, y particularmente de la legislación. Esta nueva justicia ha cambiado en un sentido real la estructura de gobierno en gran parte de Europa en los últimos cuarenta años más o menos, extendiéndose a otras parte del mundo como, por ejemplo, Japón.

3. LA APARICION Y EL CRECIMIENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DESPUES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Austria desde 1945, Japón desde 1947, Italia desde 1948 y Alemania desde 1949 han seguido un camino similar en su esfuerzo por construir una nueva forma de gobierno, con libertades civiles y democráticas, desde que salieron de la pesadilla de la tiranía y la guerra. Todos han adoptado una Constitución escrita, que debe ser cumplida por todas las ramas del gobierno;

(2) H. L. A. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», 71 *Harv. L. Rev.*, 593-629 (1958); LON L. FULLER, «Positivism and Fidelity to Law: A reply to Professor Hart», *ibidem*, 630-672.

(3) HART, *op. cit.*, 618-619; FULLER, *op. cit.*, 654-655.

(4) Para algunos precedentes históricos véase p. ej. M. CAPPELLETTI y J. C. ADAMS, «Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations», 79 *Harv. L. Rev.*, 1207-1224 (1966); M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, BobbsMerrill, 1971, 25-43 (a partir de ahora, «Judicial Review»).

han introducido unos límites estrictos al procedimiento de enmienda de la Constitución, amparando de esta manera las nuevas leyes básicas frente a los caprichos de las mayorías pasajeras; han incluido una declaración de derechos en la Constitución, incluyendo así en la protección de la Constitución a los individuos en su relación con el poder gubernamental; y por último, han confiado la aplicación de la Constitución, y de su declaración de derechos, a nuevos o renovados tribunales judiciales, dotados con importantes garantías de independencia con respecto a los grupos políticos (5).

Esto les resultará conocido a los americanos y quizá les parezca algo antiguo. Sin embargo, permítanme sugerir que incluso en este país, el papel de la sentencia constitucional adquirió su importancia actual solamente después de la segunda guerra mundial, cuando se convirtió en el instrumento por excelencia para hacer cumplir algunos de los derechos civiles básicos, individuales y de grupos minoritarios, contra las mayorías poco dispuestas en los Estados, y contra la inactividad de los grupos políticos a nivel federal. En cuanto al resto del mundo, se debe apuntar que en muchos otros países la justicia constitucional, con todos sus significados mencionados más arriba, ha supuesto una innovación fundamental; en efecto, el resultado es una verdadera revolución, por lo menos en Europa continental y quizá en Japón.

Es evidente que las Constituciones y las declaraciones de derechos ya existían en Francia, Alemania y otros sitios desde hace años. Hasta después de la segunda guerra mundial tendían a ser, sin embargo, unas declaraciones político-filosóficas más que actos de legislación vinculantes. Porque, con algunas excepciones esporádicas y de corta duración (en particular la de Austria en los años veinte y principios de los treinta) (6), ningún cuerpo independiente tenía derecho a supervisar su aplicación. La revolución constitucional —en el pleno sentido de la palabra— ocurrió en Europa sólo con el conocimiento que dio la dolorosa experiencia de que una Constitución y una

(5) Sobre estos desarrollos véase *Judicial Review*, *supra* nota 4, particularmente cap. 4. La principal característica de los sistemas de revisión europeos es su carácter «centralizado», es decir que la autoridad para declarar anticonstitucional una ley, por lo tanto (en principio) nula y sin efecto está reservada a un recientemente creado tribunal constitucional. Si se encuentran ante la duda de la anticonstitucionalidad de una ley relacionada con un caso, los otros tribunales no resolverán este problema sino que suspenderán el caso y remitirán la cuestión de la anticonstitucionalidad al tribunal constitucional, cuyas decisiones tienen efecto *erga omnes*. Los sistemas europeos se distinguen del sistema americano «descentralizado» en que todos los tribunales tienen poder judicial de revisión. Véase *Judicial Review*, *supra* nota 4, cap. 3-4-5.

(6) Véase *idem* 46-47 y *passim*.

declaración constitucional de derechos, necesitan un sistema judicial para hacerlas efectivas. Los Estados Unidos ofrecieron sin duda un ejemplo influyente. Pero la lección más convincente vino de la experiencia vivida, la experiencia de la tiranía y la opresión por parte de un poder político no controlado por un sistema a la vez *asequible* a las víctimas del abuso gubernamental, *capaz* de contener dicho abuso.

La lección fue, finalmente, aprendida; tribunales constitucionales han sido creados y se han ideado procedimientos constitucionales para que éstos funcionen. Permítanme mencionarles uno de estos procedimientos que parece el más indicativo de la filosofía que impregna esta revolución constitucional y de los derechos civiles. En 1951 en Alemania la legislación ordinaria garantizaba el derecho de cualquier individuo para presentar una queja ante el recientemente creado Tribunal Constitucional contra cualquier tipo de acción del Estado, legislativa, administrativa o judicial que violase sus derechos constitucionales (7). En 1969, este remedio extraordinario llamado *Verfassungsbeschwerde* o demanda constitucional, se incorporó a la Constitución alemana; y Austria, concretamente desde 1975, ha adoptado un procedimiento similar (8). Con éste y otros recursos se ha controlado la constitucionalidad de miles de acciones del Gobierno, legislativas y de otro tipo, y los derechos fundamentales de los ciudadanos han sido protegidos por tribunales independientes en Alemania, Austria, Italia y otros sitios.

El éxito de la «justicia constitucional» como instrumento para la protección de los derechos humanos, y su profundo impacto en la forma de gobierno de democracia libre, ha sido reconocido en todos esos países. Incluso aunque, muchas veces, se oigan opiniones contrarias acerca del contenido de ciertas decisiones constitucionales o acerca de algunas tendencias generales en la jurisprudencia constitucional. La evidencia más concluyente, quizá,

(7) Véase ídem, 22-23, 78. Para evitar el abuso de este procedimiento, se exige el agotar todos los recursos normales, pero incluso este requisito previo no sería necesario en el caso de una demanda que reflejase «un interés general» o cuando el retraso causase un perjuicio importante a la parte concernida. Véase K. SLAICH, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Tribunal Constitutionnel Fédéral Allemand», en *Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1982, dirigido por LOUIS FAVOREU, 105 a 128-129 (a partir de ahora *Cours Constitutionnelles*).

(8) Véase Informe de Uppsala por L. FAVOREU sobre Europa Occidental, *supra* nota §§ 8-10. Existe una versión adaptada del Informe del decano señor FAVOREU publicada en *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1984, 1147-1201.

de este fantástico desarrollo viene dada por su tremenda fuerza de expansión. Se pueden citar algunos ejemplos: los siguientes países introdujeron formas de control constitucionales basadas ampliamente en las de Alemania, Austria e Italia: Chipre en 1960, Turquía en 1961 y Malta en 1964 (9). En efecto, parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante, pueda encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la justicia constitucional en su nuevo sistema de gobierno. Este ha sido el caso de Grecia en 1975, después de la caída del régimen de los coroneles (10); de Portugal en 1976, después de la caída del régimen de Salazar (11), y de España en 1978, después de la caída de Franco (12). Significativamente, también Yugoslavia, en su búsqueda de autonomía política e ideológica frente a la Unión Soviética, promulgó una Constitución en 1963 que introducía un sistema de revisión judicial (13).

(9) Constituciones de Chipre (1960), Turquía (1961) y Malta (1964). Véase *Judicial Review*, *supra* nota 4 en 50-51.

(10) Constitución griega de 1975. Véase E. SPILIOPOULOS, «Judicial Review of Legislative Acts in Greece», 56 *Temple Law Quarterly*, 463 (1983); J. ILIOPOULOS STRANGAS, «Grundrechtsschutz in Griechenland», *Jahrbuch des oeffentlinchen Rechts*, 1983, 396; V. PERIFANAKI ROTOLO, «La Corte Suprema Speciale nella Costituzione greca del 1975», 29 *Rivista trim. di diritto pubblico*, 183 (1979); L. FAVOREU, *supra* nota 8, §§ 27-31. En el sistema griego, todos los tribunales tienen la facultad de denegar la aplicación de leyes anticonstitucionales (sistema ya llamado «descentralizado» de revisión, véase nota 5 *supra*), pero un recientemente instituido Tribunal Supremo Especial tiene la palabra final en el caso de opiniones contrapuestas entre distintos tribunales.

(11) Constitución portuguesa de 1976. Después de la reforma constitucional de 1982, Portugal adoptó un sistema de revisión judicial similar al existente en la mayoría de las naciones europeas mencionadas en el texto, confiando la función de control a un recientemente creado tribunal constitucional. Véase L. FAVOREU, *supra* nota 8, §§ 22-26; H. FIX ZAMUDIO, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982, 203-207.

(12) Constitución española de 1978, seguida de la creación en 1980 de un tribunal constitucional muy activo. Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 2.ª ed., 1982; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980; M. ARAGÓN REYES, «El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978», 7, *Revista de Estudios Políticos*, 171 (1979); H. FIX ZAMUDIO, *supra* nota 11, 197-202; FAVOREU, *supra* nota 8, §§ 13-14.

(13) El sistema se reafirmó en la Constitución yugoslava de 1974. Véase Informes de Uppsala por PAVLE NIKOLIC sobre los países socialistas, *supra* nota *, §§ I.1, III.2A,

Yugoslavia ha sido el primer y hasta ahora único país en hacerlo bajo un régimen comunista, pero es muy notable que Checoslovaquia intentase seguirla en 1968 —año de las pasiones y esperanzas de la «primavera de Praga»— (14) igual que Polonia en 1982 antes de que Solidarinosc y todos los demás fuesen condenados al silencio (15). Contrariamente a lo ocurrido en Yugoslavia, sin embargo, las enmiendas constitucionales de Checoslovaquia y Polonia se han convertido en papel mojado, aplastadas por el resurgimiento de sus regímenes autocráticos. En efecto, si algún dato surge claramente de un análisis comparativo de los más recientes acontecimientos, un dato que muchos críticos de la legitimidad democrática de la revisión judicial parecen olvidar, este es que ningún sistema efectivo de control judicial es compatible ni es tolerado por los regímenes autocráticos enemigos de la libertad, ya estén colocados a la derecha o a la izquierda del espectro político. Este hecho, el que la revisión judicial sea anatema para el tirano, se confirma por los acontecimientos de muchos países de varios continentes, y más frecuentemente en Latinoamérica y Africa (16). Suráfrica nos ofrece un peculiar ejemplo de ello con la «crisis constitucional» que se desarrolló en 1950 cuando la judicatura declaró inconstitucionales algunos de los decretos discriminatorios del Parlamento surafricano. La crisis culminó con la adopción de la Constitución de 1961 que denegaba a la judicatura toda autoridad para revisar la validez de la legislación (17).

y *passim*; véase también H. FIX ZAMUDIO, *supra* nota 11, 208-212; *Judicial Review*, *supra* nota 4, 51-52.

(14) Véase Informe de Uppsala por P. NIKOLIC, *supra* nota 13, § III.2.B; Informe general de Uppsala por M. CAPPELLETTI, *supra* nota *.

(15) Véase A. GWIZDZ, «The Constitutional Review of Laws in Poland», Informe polaco sobre el primer congreso de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional celebrado en Belgrado, en septiembre de 1983 (no publicado); Informe de Uppsala por P. NIKOLIC, *supra* nota 13, § III.2.C; Informe general de Uppsala por M. CAPPELLETTI, *supra* nota *.

(16) Véanse los esclarecedores informes de Uppsala por J. CARPIZO y H. FIX ZAMUDIO sobre Latinoamérica y por B. O. NWABUEZE sobre Africa, *supra* nota *.

(17) La historia surafricana de la lucha de un tribunal contra algunos excesos de un régimen intolerante son muy significativos y merecen ser contados con cierto detalle. La crisis constitucional de aquel país se puede remontar a la decisión tomada en 1952 por el Tribunal Supremo de Suráfrica en el caso de *Harris y otros contra el Ministro del Interior*, 1952 (2) S.A. 428 (A.D.), conocido también como el caso del voto. En el fallo, el Tribunal sostuvo que el Decreto 46 de 1951 (la Ley de Representación Segregada de los Votantes) era anticonstitucional. La Ley tenía como resultado principal el privar del derecho de voto a los «mestizos» del Cabo y el Tribunal estimó

4. ¿HA REPUDIADO FRANCIA A MONTESQUIEU?

No soy un experto en asuntos japoneses. Sin embargo, me dicen los que saben que, incluso en ese país, la justicia constitucional, inicialmente vista

que esto violaba algunos artículos fundamentales de la Constitución surafricana (Constitución de Suráfrica de 1909), y en particular al artículo 35 que estipulaba que «... ninguna ley... podrá incapacitar a ninguna persona... que esté o pueda estar inscrita como votante, negándole su inscripción como tal... por razón de su raza o color únicamente, a no ser que sea aprobada por una mayoría de dos tercios del Senado y la Cámara de la Asamblea en sesión conjunta». En aquel momento, la autoridad de revisión judicial del Tribunal Supremo con respecto a los artículos fundamentales fue el centro de un gran debate y la decisión del presidente del Tribunal Supremo, A. VAN DE SANDT CENTLIVRES (que fue considerada por al menos un comentarista —el entonces decano de la Harvard Law School, ERWIN GRISWOLD— como una de las mejores sentencias de Derecho constitucional; véase GRISWOLD, «Comment: The 'Coloured Vote Case' in South Africa», 65 *Harv. L. R.*, 1361, 1374 [1953]) originó toda una controversia en Suráfrica. En la sentencia, el presidente del Tribunal Supremo declaró que el Tribunal era competente para investigar si una ley del Parlamento había sido aprobada correctamente: «Pensar de otra manera significaría que los tribunales no tendrían poderes para proteger los derechos de los individuos especialmente protegidos en la Constitución de este país», caso *Voto* en 479. Al gobierno surafricano no le agradó esta sentencia. Posteriormente, en 1952, cada Cámara del Parlamento aprobó por mayoría simple la ley del Alto Tribunal del Parlamento, 35 de 1952, que creaba un «Alto Tribunal» del cual podía ser miembro todo parlamentario. El «Alto Tribunal» se convirtió en Tribunal de Derecho y se le dio el poder de revisar cualquier sentencia del Tribunal Supremo que invalidase una ley del Parlamento. El Alto Tribunal procedió entonces a revisar el caso del *Voto* y lo anularon diciendo que aquellos artículos de la Constitución surafricana ya no eran vinculantes. La Ley del Alto Tribunal fue rápidamente recurrida. El Tribunal Supremo la consideró nula y los jueces acordaron que el Alto Tribunal no era más el «Parlamento disfrazado». *Minister of the Interior v. Harris*, 1952 (4) S.A. 769 (A.D.). Finalmente, en 1955, en otro intento de pasar por encima de la actitud «poco amistosa» de la judicatura, el Parlamento amplió el Senado (y la judicatura) y lo hizo con partidarios del National Party de manera que en una sesión conjunta de las dos Cámaras del Parlamento el Gobierno tuviese una mayoría de dos tercios de la totalidad de las dos Cámaras. Ley del Senado 53 de 1955. Al año siguiente la Ley de Enmienda Surafricana, 9 de 1956, fue aprobada en una sesión conjunta de este género. Esta enmienda constitucional revisó las disposiciones fundamentales de la Constitución y en particular suprimieron el artículo 35 sobre el derecho al voto. La enmienda constitucional también consideró el problema de la revisión judicial. El artículo 2 estableció en términos generales: «Ningún tribunal estará capacitado para investigar o dictar sentencia sobre la validez de cualquier ley aprobada por el Parlamento (excepto aquellas que conciernen a los artículos fundamenta-

por muchos como un elemento extraño al sistema japonés de gobierno, se ha abierto gradualmente camino hasta colocarse en un lugar adecuado con verdadera importancia en ese sistema, aun cuando todavía no tiene un lugar tan importante y tanta trascendencia como en Europa continental.

Volviendo a Europa, mi historia se quedaría incompleta si no ampliase algo la explicación sobre las dos grandes naciones que son Francia e Inglaterra. Estos países han sido, y todavía lo son en parte, más reticentes que la mayoría del resto de Europa a participar en la «revolución constitucional». La supremacía parlamentaria ha sido durante mucho tiempo su credo político —el Parlamento nacional, como personificación de la voluntad democrática, se pensaba era inmune al control judicial—. Esta ha sido la tradición y también el mito de Inglaterra desde la «gloriosa revolución» de 1688, y de Francia desde su revolución un siglo después, mito no compartido por la revolución americana (19).

les.)» Por supuesto, como ya hemos apuntado, los artículos fundamentales ya habían sido considerablemente vaciados de contenido por la enmienda. La ley que ampliaba el Senado y la enmienda constitucional fueron recusadas, pero la judicatura recientemente ampliada las confirmó. El Gobierno pudo entonces actuar y consiguió privar del derecho al voto a los «mestizos» del Cabo, como lo había intentado en 1951. El escándalo causado por estos acontecimientos terminó desapareciendo en 1961 cuando Suráfrica se convirtió formalmente en una República. La Constitución de 1961 reflejaba los reducidos artículos fundamentales y la letra de la enmienda de 1956. Esta ausencia de revisión judicial efectiva se conservó en la Constitución de 1983. La nueva Constitución, sin embargo, incorpora algo de terminología de «declaración de derechos» en su preámbulo y esto puede implicar un papel constitucional más activo para los tribunales. Todavía es una incógnita si la revisión judicial puede ser de nuevo viable en Suráfrica.

Para una más amplia discusión sobre la «crisis constitucional de 1950» de Suráfrica, véase H. J. MAY, *The South African Constitution*, 3.^a ed., Capetown, Juta & Co., 1955; B. BEINHART, «The South African Appeal Court and Judicial Review», 21 *Modern L. R.*, 587 (1958). Para una más amplia discusión sobre revisión judicial y el trasfondo constitucional en Suráfrica, véase H. HAHLO y E. KAHN, *The South African Legal System and its Background*, Capetown, Juta & Co., 1968, 53-63; L. A. ROSE INNES, *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa*, Capetown, Juta & Co., 1963, 1-20. Sobre la Constitución de Suráfrica de 1983 (y demás bibliografía), véase J. BOULLE, *Constitutional Reform and Apartheid*, New York, St. Martin's Press, 1984.

(18) Véase Informes de Uppsala por Y. TANIGUCHI sobre Japón, *supra* nota ^o.

(19) Quizá la razón histórica de esta diferencia fundamental, que se refleja en la profunda diferencia entre las versiones francesa y americana de la «separación de poderes» (véase el texto a continuación y nota 33, *infra*), reside en el hecho de que para los independistas americanos la hegemonía parlamentaria tiene el odiado significado de hegemonía del Parlamento británico. Esto podría explicar porqué, como dice el pro-

Claro está que cada una de esas dos naciones europeas tiene una historia diferente de la supremacía parlamentaria. En Francia habría que remontarla, en parte, a un rechazo popular profundamente sentido contra el abuso del oficio judicial por los altos tribunales de justicia bajo el Antiguo Régimen. Esos tribunales, cuyo nombre era irónicamente el de *Parlements*, imponían su poder de revisión sobre los decretos del soberano, rehusando aplicar aquellos que eran incompatibles con las «leyes fundamentales del reino» (20). La interpretación que daban aquellos tribunales a esas leyes fundamentales, generalmente no escritas, condujo a los tribunales a afirmar la *heureuse impuissance* del legislador para introducir reformas liberales por menores que fueran. Aquellos jueces estaban tan profundamente arraigados en el régimen feudal que encontraban inaceptable cualquier innovación liberal. Su oficio era hereditario y podía ser comprado o vendido (21), su actividad debía ser pagada por cada litigante, como si fuese un privilegio el impartir justicia y no un deber (22). Su *status*, su educación y sus intereses personales, de familia y de clase formaban un conjunto que motivaba su actitud extremadamente conservadora, actitud que contribuyó finalmente a provocar la explosión revolucionaria (23). El sentimiento popular en contra de los *Parlements*

tesor HENKIN, los que hicieron la Constitución americana «no estaban satisfechos con la democracia, ni siquiera teniendo un gobierno representativo, puesto que habían aprendido que también el Parlamento puede ser despótico». LOUIS HENKIN, *The Rights of Man Today*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1978, en 10, citando a *The Federalist*, núm. 47 (James Madison): «La acumulación de todos los poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, en las mismas manos, a veces en una, o en pocas, o en muchas, a veces de manera hereditaria, por autonombramiento, o por elección, es la definición más exacta que se pueda dar de tiranía.»

(20) El desarrollo gradual y las consecuencias políticas del «poder del Parlamento para vetar la legislación del rey» están descritos por JOHN P. DAWSON en *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Law School, 1968, 362-371. El derecho de veto se producía por una negativa a inscribir los edictos reales en los registros del *Parlement* o bien por una protesta pública (*remonstrance*) contra un decreto real desaprobado por el *Parlement*.

(21) Véase p. ej., J. P. DAWSON, *supra* nota 20, 350-362.

(22) El llamado «principio de la venalidad de la justicia» fue abolido en Francia por la Revolución con la ley 16-24 de agosto de 1790, cap. II, art. 1. Véase M. CAPPELLETTI y J. GORDLEY, «Legal Aid: Modern Themes and Variations», 24 *Stanford Law Rev.* 347-355 (1972).

(23) «Hacia 1750 los *Parlements* surgieron como oposición determinada y organizada, resistiéndose a todo intento de reforma moderada que pudiesen proponer los sucesivos ministros. Los *Parlements* apoyaron sus demandas en la más altas razones. Invocaron las leyes fundamentales del reino y proclamaron que defendían sus liberta-

estaba perfectamente justificado (24), y esta justificación se refleja, aunque en forma velada, en el tan celebrado trabajo *De l'esprit des lois*, publicado por primera vez en 1748 por alguien que cuando hablaba de los jueces de su época y de su país sabía demasiado bien de lo que hablaba. CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, descendiente de una antigua familia de jueces *parlementaires*, era a la edad de veintisiete años, en 1716, *Président à mortier* en el *Parlement* de Burdeos, al haber heredado el alto cargo judicial, así como el nombre de MONTESQUIEU de su difunto tío (25). Dado el carácter de los jueces de su tiempo, es muy comprensible que un ilustrado MONTESQUIEU predicase que los jueces no deberían tener ningún poder político:

«No hay libertad... si el poder de sentenciar no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo» (26).

Incluso cuando la ley, «que es al mismo tiempo clarividente y ciega» (27), pueda parecer demasiado severa, aun entonces no deben intervenir los jueces sino el legislador. A los jueces les corresponde únicamente el deber de aplicar ciegamente la ley, porque

«... los jueces de una nación no son ...sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; son seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley» (28).

des... Su línea de actuación consistente era la defensa de los privilegios de la nobleza y el rechazo a todo cambio de administración», J. P. DAWSON, *supra* nota 20, 369.

(24) La Revolución disolvió pronto todo los *Parlements* y, «cuando se considera la ferocidad de los sentimientos populares contra ellos, es sorprendente que se guillotinará a tan escaso número de sus miembros, si bien esto se debe a que muchos se exilaron», J. P. DAWSON, *supra* nota 20, 370. «El mayor índice de mortalidad lo sufrieron los *parlementaires* de Toulouse (55 ejecutados, 50 por 100). Burdeos le sigue (26 ejecutados, con un 20 por 100) y París es tercero (28 ejecutados, 14 por 100)» *Ibidem*, 370, n. 22.

(25) Véase ROBERT DERATHÉ, en *De l'Esprit des lois*, Tome I, Paris, Editions Garnier Frères, 1973, en LXVII-LXVIII, de MONTESQUIEU.

(26) *De l'Esprit des lois*, libro XI, cap. VI.

(27) *Ibidem*.

(28) *Ibidem*. La teoría de MONTESQUIEU tiene, sin embargo, profundas ambigüedades. Contrariamente a J.-J. ROUSSEAU, que estaba a favor de un gobierno «republicano» —es decir, un gobierno «guiado por la voluntad general, que es la ley» (JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du Droit politique*, libro II, cap. VI, nota 1 y siguientes) o, tomando la definición de MONTESQUIEU, un gobierno en el que

De este modo, aunque MONTESQUIEU, a diferencia de LOCKE, enumeró al poder judicial como uno de los «tres poderes», que se situaba después de los

«el pueblo... tiene el poder soberano» (MONTESQUIEU, *op. cit.*, libro II, cap. 1)—, MONTESQUIEU abogaba por lo que nosotros llamaríamos una monarquía constitucional, moderada y no absoluta (libro II, cap. IV, y libro V, cap. XI), mientras condenaba las formas despóticas de gobierno (libro II, cap. V, y libro V, cap. XIV). La monarquía de MONTESQUIEU se caracterizaba, según él, por ser el sistema en el que «una sola persona gobierna, pero sobre la base de leyes fijadas y establecidas» (libro II, cap. I) y se distinguía del régimen despótico en que «una persona lo decide todo, sin leyes ni reglas, basándose solamente en su voluntad y sus caprichos» (*idem*). Recalcó repetidamente que un monarca no despótico debería regirse «por leyes fundamentales» (libro II, cap. IV; libro V, cap. XI) y no debería dedicarse por sí mismo a la función judicial (libro VI, cap. V). De esta manera, MONTESQUIEU parece apoyar exactamente lo que los *Parlements* habían intentado durante tanto tiempo: el imponer, incluso ante el monarca, la superioridad de unas *leges generales* o leyes fundamentales, esencialmente no escritas, que fuesen *fixes et immuables*, y que por su naturaleza fundamentalmente flexible y su vaguedad fueron interpretadas arbitrariamente por aquellos tribunales de justicia del antiguo régimen. Esta doctrina de la superioridad de las «leyes fundamentales del reino» condujo a los *Parlements* a llevar a cabo una labor que correspondía a la revisión judicial de la legislación. Véase *Judicial Review*, *supra* nota 4, 32-36; y véase texto y nota 20, *supra*. Hay, por lo menos, dos pasajes en *L'Esprit des lois* donde MONTESQUIEU parece aprobar esta función judicial de los *Parlements* en el libro III, cap. X, donde se queja de que en regímenes despóticos, el «príncipe» exige una obediencia absoluta a su voluntad y no se admiten *remonstrances*; y en el libro V, cap. X, donde alaba la monarquía (moderada) por el hecho de que, aunque los asuntos del Estado están dirigidos por una sola persona, por tanto más eficiente y prontamente que en un gobierno «republicano», esta eficiencia no degenera en abuso porque la acción del Estado está sujeta al respeto de las leyes. ¿Se contradijo o renegó entonces de sí mismo MONTESQUIEU? ¿Dónde está el «verdadero» MONTESQUIEU? ¿Cómo se pueden reconciliar esos pasajes con las continuas invocaciones: sobre la «no arbitrariedad» de las decisiones judiciales (libro XI, cap. VI); que en la buena monarquía, la virtud del juez es la *mediocrité* (libro XX, cap. XIII); que los jueces deben aplicar la ley rigurosamente (la *loi* «cuando es precisa, el juez sólo tiene que seguirla; cuando no lo es, buscar su espíritu») (libro VI, cap. III); que las sentencias no deben reflejar nunca las opiniones personales del juez (libro XI, cap. VI); que no existe libertad cuando el juez es también legislador (libro XI, cap. VI); que el juez, en resumen no debe ser más que la boca «inanimada» de la ley (*ibidem*)? Una explicación posible podría ser la de la influencia de las teorías del Derecho natural que dominaban toda Europa en los siglos XVII y XVIII, a las que Montesquieu contribuyó con algo más que con alabanzas (véase el libro I, cap. II; para una interpretación más erudita, véase el libro de R. SHACKLETON, «Montesquieu in 1948», 3 *French Studies* 299, 309-323 [1949]). Estas teorías afirmaban la existencia de ciertas leyes fundamentales, no escritas, cuyo origen está en la naturaleza humana o en la razón, inmutables, universales y superiores a las leyes positivas localizadas en lugar y tiempo. Estas teorías eran difícilmente compati-

poderes legislativo y ejecutivo (29), también dejó claro que en realidad el tercer poder no lo es en absoluto:

«De los tres poderes de los que hemos hablado, el judicial en cierto sentido es nulo» (30).

bles con un papel puramente mecánico del juez, a menos que la obediencia y la aplicación del Derecho natural fuesen un asunto exclusivo del soberano, como en la concepción de HOBBS, que fue severamente criticada por MONTESQUIEU (véase «*Montesquieu in 1948*» de R. SHACKLETON, 3 *French Studies* 299, en 310-311 [1949]). Otra explicación pudiera ser la de que MONTESQUIEU no le diese finalmente tanta importancia a las «leyes fundamentales» en la determinación del papel de los jueces. Se podría apuntar que, aunque los reyes de Francia admitiesen la existencia de dichas leyes de las que emanaba su poder, «habían limitado su número (de esas leyes) a dos: la ley que regulaba la sucesión de la Corona (Ley Sálica) y la ley que establecía la inalienabilidad de las posesiones reales» (R. DERATHÉ, *supra* nota 25, en 430). No había, pues, materia para establecer un sistema de revisión judicial de la legislación del monarca. Una tercera explicación, que me parece la más acertada, es aquella en que la visión y la defensa de MONTESQUIEU de la «monarquía moderada» era aquella en que los poderes del monarca estaban limitados por los «poderes intermedios» (véase *De l'Esprit des lois*, libro II, cap. cit. IV) y por la nobleza en particular (*idem*) más que por el papel de los tribunales. La opinión contraria de DERATHÉ, *cit.* en XXXI-XXXII, no es convincente; incluso el llamado *éloge de l'état de la robe* por MONTESQUIEU en el libro XX, cap. XXII, está lejos de significar lo que DERATHÉ sugiere, por cuanto que, como se ha mencionado antes, incluso entonces, MONTESQUIEU magnifica la *mediocrité* y la *suffisance* del juez *parlementaire*, aunque alaba la *gloire* del *corps*, una gloria que en cualquier caso es inmediatamente declarada inferior a la de la nobleza (*idem*). Y, en efecto, ¡cuán profético era cuando predicaba esa mediocridad! Siguiendo el espíritu de su recomendación, no muchas décadas más tarde Francia, y, a la zaga de Francia, gran parte de la Europa continental, introdujo una carrera judicial, constituida por funcionarios civiles, la verdadera gloria de la *mediocrité*. Como he intentado demostrar en otras ocasiones (véase *Judicial Review*, *supra* nota 4, en 60-66, y «The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law» en *Festschrift für Konrad Zweigert*, H. Bernstein, U. Drobnig & H. Kotz eds., Tübingen; Mohr 1981. 381, 387-393), esta mediocridad social y profesional de los jueces (civiles) continentales ordinarios iba a convertirse en una de las razones por la que no servirían para afrontar el desafío de la revisión judicial de los actos legislativos y administrativos. Esta es una de las razones más importantes del porqué se crearon tribunales administrativo especiales en el siglo XIX, y tribunales constitucionales especiales en nuestro siglo, para cumplir este papel. Hoy en día, los jueces administrativos de Europa, más aún los constitucionales, se parecen mucho más a los jueces federales americanos que a los jueces civiles ordinarios.

(29) *De l'Esprit des lois*, libro XI, cap. VI.

(30) *Idem*.

Cualquiera que haya sido la verdadera influencia de MONTESQUIEU sobre la Revolución francesa, esta idea se iba a convertir en parte central de su ideología. La Revolución proclamó como uno de sus primeros principios la absoluta supremacía de la ley instituida por el *corps législatif* como representantes del pueblo, mientras degradaba lo judicial hasta lo que se consideraba como labor puramente mecánica de aplicación de esa ley a casos concretos. Como es de suponer, también la fe en la *infaillibilité* de la *loi* como expresión de la *volonté générale*, expresada por ROUSSEAU, encontró su triunfo en esta idea revolucionaria (31).

Por supuesto que la estricta separación, al «estilo francés», de los poderes gubernamentales, ya sea o no verdaderamente inspiración de MONTESQUIEU (32), estaba muy alejada del tipo de separación de poderes que la Constitución americana adoptó casi simultáneamente. La separación de poderes se describe mejor en América como *checks and balances* (33); tras esta expresión, se reservaba a los tribunales un papel extremadamente importante de revisión de las acciones tanto legislativas como administrativas. La *séparation des pouvoirs* al estilo francés, por el contrario, llevaba aparejada que el poder judicial asumiese un papel totalmente subordinado y en todo caso estrictamente separado del papel y las actividades de las ramas políticas; aún así, pronto se comprobó que era la fuente de dificultades tan serias como las que se habían intentado resolver. La historia del Derecho de Fran-

(31) Véase JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du Contrat social ou Principes du Droit politique*, libro II, caps. VI-VII y *passim*.

(32) La influencia de «los dictados de la lógica de MONTESQUIEU que produjeron esta estricta separación de poderes gubernamentales, que se ha mantenido como una de las características básicas de la organización judicial francesa» es afirmada por J. P. DAWSON, *supra* nota, 20, en 376.

(33) La frecuente afirmación de que «la Constitución de los Estados Unidos... incorpora la idea 'del Barón de Montesquieu' de la separación de poderes», que se puede leer en P. P. WIENER, ed., *Dictionnaire of the History of Ideas*, II, New York, Charles Scribner's Sons, 1973, 251, es cuando menos de dudosa interpretación. El hecho es que la *séparation des pouvoirs* al estilo francés, es profundamente distinta de la versión americana, mejor descrita como *checks and balances*. Véase J. H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition*, 2nd ed., Stanford, Cal., Stanford University Press, 1985, 15-16; sir OTTO KAHN-FREUND, «Common Law and Civil Law Imaginary and Real Obstacles to Assimilation», en M. CAPPELLETTI, ed., *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden & Bruxelles, Sijthoff & Bruylant, 1978, 137 en 159. La historia francesa (y de Europa continental) de la *justicia administrativa* en el siglo XIX y de la *justicia constitucional* en nuestro tiempo, sobre la que se puede ver *infra* en este artículo, no se podría entender si la anterior afirmación fuese correcta.

cia a través de la mayor parte del siglo XIX es una continua ilustración de estos problemas, así como de los denodados esfuerzos para encontrar soluciones nuevas y más apropiadas a estos problemas. El reducir la función judicial a máquina automática, ciega e «inanimada» que aplique las leyes a los casos individuales es olvidar la realidad, el hecho de que no existe ninguna norma, ley o código que sea tan claro y completo que permita una única interpretación «correcta» (34). Más importante aún es que los enfoques de ROUSSEAU y MONTESQUIEU, tal y como se aplicaron en la legislación francesa revolucionaria, mientras intentaban proteger de la tiranía, dejaron abiertas las puertas a las tiranías de los poderes legislativo y ejecutivo. La famosa *loi* revolucionaria de 16-24 de agosto de 1790 sobre *organisation judiciaire* (35), cuyos principios habrían de convertirse en los pilares del sistema judicial francés y de otros sistemas continentales influidos por el francés, establecía que el poder judicial no podía ejercer ningún control sobre las acciones legislativas y administrativas:

Capítulo II, artículo 10: Los tribunales judiciales no podrán tomar parte, directa o indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo...

Capítulo II, artículo 12: (Los tribunales judiciales) deberán remitirse al cuerpo legislativo siempre que encuentren necesario interpretar una ley u obtener una nueva.

Capítulo II, artículo 13: Las funciones judiciales son distintas y deberán estar siempre separadas de las funciones administrativas. Bajo pena de pérdida de su cargo, los jueces no deberán interferir de ningún modo sobre el funcionamiento de la administración pública, ni tampoco deberán convocar a los administradores para que den cuenta ante ellos con respecto al ejercicio de sus funciones administrativas...

Esto significaba que los legisladores y los administradores públicos estaban exentos de todo control por una tercera rama independiente, no política o por lo menos, menos comprometida políticamente. Por supuesto se po-

(34) Incluso los positivistas del Derecho están de acuerdo. Véase ALF ROSS, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959, 284 («ninguna situación concreta permite una sola aplicación de la ley»); H. L. A. HART, *supra* nota 2, en 629 («la ley existente impone límites sólo a nuestra elección y no a la elección en sí misma»).

(35) Se puede encontrar el texto completo en J. B. DUVERGER, *Collection Complète des lois*, etc., I, París, Guyot et Scribe, 1834, 310-333.

dían nombrar controles *internos*, como así se hizo. Pero la historia, y en este caso la historia ha sido pocas veces feliz, ha probado que, para ser efectivos, los controles de las ramas políticas difícilmente pueden llevarse a cabo *desde dentro*. Un poder ejecutivo eficiente está jerarquizado; en su nivel superior, difícilmente permitirá un control interno independiente; y esto no es menos cierto en el caso de un poder legislativo que se considera a sí mismo como supremo. No sorprenderá, pues, a nadie el que todos los sistemas pasados y presentes de control político, no judicial, como los conocidos en Francia con las Constituciones de 1799, 1852 y 1945, y los actualmente adoptados por la mayoría de los países comunistas hayan resultado ser totalmente ineficientes (36). Un control efectivo de los grupos políticos se debe llevar a cabo *desde fuera*: debe ser confiado a personas y órganos suficientemente independientes de aquellos a los que se controla. A esto es a lo que han llegado gradualmente los franceses, por lo menos en cuanto a la actuación administrativa se refiere. La gloriosa institución que es el *Conseil d'Etat* evolucionó gradualmente en el siglo XIX desde lo que era inicialmente un mero departamento interno de la administración hasta llegar a ser un órgano judicial independiente, plenamente reconocido como un alto tribunal de Francia. Su función es controlar la legitimidad de la actuación administrativa. A medida que el papel del *Conseil* se iba haciendo cada vez más importante y mejor aceptado, éste se hacía más independiente con respecto a las ramas políticas. Y con su independencia también se hacía más pronunciada y reconocida su naturaleza judicial, con todas las consecuencias de dicho desarrollo —incluida la adopción de todas las garantías más características de un procedimiento judicial: la imparcialidad del árbitro, el derecho de las partes a ser oídas y todos aquellos corolarios de las reglas básicas del «Derecho natural» (37).

(36) En cuanto a los antecedentes franceses véase *Judicial Review*, *supra* nota 4, en 33, y las referencias en nota 30 *idem*. La mayor parte de las constituciones del Este de Europa y de otros países socialistas confían el control de la constitucionalidad de la legislación al Soviet Supremo o Asamblea Popular y/o sus *Praesidium*s. El constitucionalista yugoslavo PAVLE NIKOLIC nos informa, en su Informe de Uppsala sobre países socialistas, *supra* nota 13, sobre el hecho de que este «autocontrol, el control de la constitucionalidad de la legislación confiado al cuerpo legislativo» ha demostrado no ser efectivo. Esta falta de efectividad ha sido la principal razón que condujo a Yugoslavia y Polonia a intentar adoptar, un sistema de revisión judicial en vez de uno político. Véase el Informe de NIKOLIC, §§ II.2.1, III.2.A-B-C; y véase texto y notas 13-15, *supra*.

(37) Para un breve examen del desarrollo de la justicia administrativa en Francia

Fue Francia, por supuesto, la iniciadora de este proceso en el Viejo Continente con el establecimiento de la *justicia administrativa* o revisión judicial de la actuación administrativa. Otros países continentales fueron siguiendo este camino, con lo que el sistema francés de *justicia administrativa* se convirtió en el modelo para el desarrollo de otros, *Verwaltungsgerichtsbarkeit* en Alemania, *giustizia amministrativa* en Italia, etc. (38).

Nuestro siglo, sin embargo, iba a brindarnos otra enseñanza: el que la idea de ROUSSEAU sobre la infalibilidad de las leyes parlamentarias no era sino otra ilusión (39), por cuanto que también el poder legislativo puede cometer excesos y no sólo el administrativo; esa posibilidad de abuso legislativo ha crecido enormemente con el crecimiento histórico de la legislación en el Estado moderno (40); y también que las asambleas legislativas pueden subordinarse a un poder político incontrolado, o que las dictaduras mayoritarias o legislativas pueden ser tan opresoras como una dictadura del ejecutivo. Basta con recordar cómo la legislación fascista privó a los judíos y otras minorías de sus derechos más fundamentales. Esta es la razón por la cual Italia, Austria y Alemania al salir de la ruina moral y material de la perversión política, de la dictadura y de la derrota, se volvieron hacia la *justicia constitucional*, tal y como se ha explicado antes, para crear un nuevo tipo de control que se sumase al más tradicional de la *justicia administrativa*. De esta manera, trataron de limitar y controlar el poder de la legislatura y de las mayorías legislativas, dentro del esquema de una nueva norma constitucional hecha vinculante por la enjuiciabilidad constitucional. La influencia histórica de las ideas francesas puede ayudar a explicar porqué todos esos países sintieron la necesidad de seguir un camino similar al de la *justicia administrativa*: todos crearon un nuevo órgano de control —generalmente un paralelo al *Conseil d'Etat* del siglo XIX y a sus análogos alemán e italiano, los órganos judiciales de control de la actuación administrativa (41).

Por otra parte, Francia estaba menos involucrada en esta nueva corriente.

véase L. N. BROW & J. F. GARNER, *French Administrative Law*, 3rd. ed., London, Butterworth, 1983, 28-31.

(38) La influencia del sistema francés de justicia administrativa fuera de Francia se puede ver en *idem*, 162-171.

(39) Véase El Informe de Uppsala por LOUIS FAVOREU, *supra* nota 8, § 48; véase también J. RIVERO, *Le conseil constitutionnel et les libertés*, París, Economica, 1984, 166.

(40) Véase M. CAPPELLETTI, «Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle», *supra* nota 7, 461, 464-471 (a continuación, «Necesidad y legitimidad»).

(41) Véase nota 5, *supra*.

Los excesos del régimen de Vichy durante la segunda guerra mundial habían sido menores, quizá, y ciertamente más cortos que los ocurridos en otros países. Esto puede explicar el porqué Francia, a pesar de haber estado a la cabeza del desarrollo de la *justicia administrativa* en el siglo XIX, no siguió liderando el desarrollo de la «justicia constitucional» después de la segunda guerra mundial.

Sin embargo, no acaba aquí el tema de Francia. Si bien no ha sido el conductor, Francia se ha visto profundamente implicada últimamente, y con bastante profundidad, en este nuevo desarrollo, la revolución de la revisión judicial y constitucional (42). Esto ha quedado patente especialmente desde 1971, cuando un cuerpo creado por la Constitución de DE GAULLE de 1958, llamado el *Conseil Constitutionnel*, cambió su papel muy valientemente, y además de forma radical. Concebido originalmente como un simple perro guardián de los ampliados poderes del ejecutivo bajo el régimen del General, en julio de 1971 el *Conseil Constitutionnel* se impuso por primera vez, como un órgano independiente, casi judicial, cuyo papel es el de revisar la constitucionalidad de la legislación parlamentaria que viole los derechos fundamentales. Una enmienda constitucional de 1974, bajo la presidencia de GISCARD D'ESTAING, reforzó este desarrollo dando a las minorías parlamentarias legitimidad para recurrir la legislación ante el *Conseil Constitutionnel*. Muchos expertos estarían hoy de acuerdo con nuestro colega francés, el decano LOUIS FAVOREU, cuando sostiene que el sistema de revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación, desarrollado en Francia durante los últimos quince años, es por lo menos tan efectivo como el de las vecinas naciones del Continente (43). Sin embargo, no deberían olvidarse dos serias limitaciones del sistema francés (44). La primera es que las personas cuyos derechos fundamentales hayan sido violados no tienen la posibilidad de presentar sus quejas ante el *Conseil Constitutionnel*; la legislación parlamentaria sólo puede ser atacada por una minoría de al menos 60 miembros de cualquiera de las dos Cámaras del Parlamento, o por unas pocas autoridades políticas que tienen legitimidad individual para hacerlo en función del interés

(42) El desarrollo en Francia está descrito por M. CAPPELLETTI, «The 'Mighty Problem' of Judicial Review and the contribution of Comparative Analysis», 53 *Southern California Law Rev.* 409, 412-421 (1980) (a continuación «Mighty Problem»); véase también el Informe de Uppsala de LOUIS FAVOREU, *supra* nota 8, §§ 15-20.

(43) Informe de Uppsala por LOUIS FAVOREU, *supra* nota 8, § 38 y sigs.

(44) Sobre las «dolencias» del sistema francés véase «Nécessité et Légimité», *supra* nota 40, 499-501.

general. La segunda es que lo legislado sólo se puede atacar durante un corto período de tiempo entre su aprobación por el Parlamento y su promulgación; cuando se haya promulgado, ningún juez podrá inaplicar la ley declarándola en contraste con la Constitución. Aun así, incluso con estos límites, la revisión judicial constitucional ha adquirido en pocos años una notable importancia. Los derechos constitucionales de las minorías y de las personas han encontrado en este sistema de revisión una extraordinaria defensa contra lo que muchos sentían como un abuso de la mayoría. De este modo la Constitución francesa y más particularmente su declaración de derechos que incluye por referencia la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 se ha convertido plenamente por primera vez en un documento legalmente vinculante y judicialmente protegido (45).

5. LA «GRUNDNORM» INGLESA: LA SUPREMACIA ABSOLUTA DEL PARLAMENTO

Inglaterra se presenta ante nosotros con una historia muy diferente. Por un lado, a diferencia de lo ocurrido en Francia con el *Ancien Régime*, en Inglaterra no hubo pasiones hondamente sentidas en contra de la judicatura, cuyo papel histórico en la protección de las libertades individuales ha gozado siempre de un amplio respeto (46). Esto puede explicar el porqué la revisión judicial de la actuación *administrativa* nunca ha tropezado con serios obstáculos en Gran Bretaña. En Inglaterra, la doctrina de la separación de poderes nunca fue totalmente adoptada en su «versión francesa», es decir, la versión que implicaba la prohibición de toda «interferencia» de los tribunales no sólo con la rama legislativa sino también con la administrativa. Por otro lado, la revolución inglesa de 1688 establecía tajantemente la supremacía absoluta del Parlamento que según el proverbio «puede hacer cualquier cosa excepto transformar un hombre en mujer o a una mujer en hombre» (47).

(45) Algunas de las más notables sentencias del *Conseil Constitutionnel* están contenidas en M. CAPPELLETTI & W. COHEN, *Comparative Constitutional Law*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1979, cap. 3.C y cap. 5.C (a continuación, *Comparative Const Law*). Véase L. FAVOREU & L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 3rd ed., París, 1984.

(46) Véase *Judicial Review*, *supra* nota 4, 36; J. H. MERRYMAN, *supra* nota 33, 16.

(47) La frase citada en el texto tiene una historia por sí misma, discutiéndose su paternidad (¿De Lolme? ¿Bagehot?). Véase W. HOLDOSWORTH, 12 *A History of*

Desestimando precedentes judiciales como la famosa decisión de lord COKE en el caso del doctor BONHAM en 1610 (48), la hegemonía parlamentaria tuvo como consecuencias la imposibilidad de revisar la legislación parlamentaria, la «omnipotencia» de la ley positiva (estatutoria) y a la falta de autoridad judicial para controlar la «validez» de la ley (49).

English Law, London, Methuen, 1983, reeditado en 1966, en 344 n. 5; H. J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, Oxford University Press, 2nd. ed., 1968, en 295.

(48) La sentencia Bonham, como es conocida, afirmó el poder judicial de controlar la validez de la legislación: «porque cuando una ley del Parlamento está en contra del sentido común o contra la razón, o produce aversión, o es imposible de aplicar, el sentido común lo controlará y decidirá que ese acto es nulo», 8 *Coke's Reports* 118a; 77 Eng Red. 652. Para un comentario muy erudito véase T. F. T. PLUCKNETT, «Bonham's Case and Judicial Review», 40, *Harvard Law Rev.* 30-70 (1926). Véase también *Judicial Review*, *supra* nota 4, 36-41.

(49) En un pasaje muy criticado por JOHN AUSTIN, BLACKSTONE afirmaba que el Derecho natural, siendo «superior en obligación» a la ley positiva, «se sigue en todo el mundo, en todos los países y en todas las épocas: ninguna ley del hombre tiene validez si es contraria a él; y todas las que son válidas «derivan toda su fuerza y toda su autoridad, directa o indirectamente, de aquél», de manera que estamos destinados a transgredir aquella ley hecha por el hombre que viole el Derecho natural. Véase WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England, Introduction section the second «Or the nature of Laws in General»* (Oxford, Clarendon Press, 1765, at 41, 43); JOHN AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, *Lecture V* (London, Weidenfeld & Nicolson, 1954, en 184-186). No obstante, BLACKSTONE afirmó que el poder del Parlamento es «tan trascendental y absoluto, que no puede ser encerrado... dentro de unos límites... Tiene autoridad soberana e incontrolable para hacer, ratificar, aumentar, prohibir, abrogar, revocar, establecer, y exponer leyes, sobre asuntos de cualquier tipo, eclesiásticos, o temporales, civiles, militares, marítimos, o criminales: siendo éste el sitio donde el poder despótico absoluto, que debe residir en algún sitio en todos los gobiernos, es protegido por la constitución de estos reinos... Para resumirlo brevemente, puede hacer todo lo que no es naturalmente imposible; por consiguiente, algunos no tienen reparos en llamar a este poder, con una figura bastante osada, la omnipotencia del Parlamento. Es verdad que si el Parlamento hace algo, no hay autoridad en la tierra que pueda deshacerlo... Por tanto, mientras la Constitución inglesa dure, podemos afirmar, que el poder del Parlamento es absoluto y sin control». BLACKSTONE, *Commentaries*, Book I, cap. II, en 160-162; véase también *Introduction, Section the Third «Of the Laws of England»*, en 90-91, donde BLACKSTONE rechaza que los jueces tengan la posibilidad de desechar leyes del Parlamento incluso si éstas mandan «hacer algo que sea irracional». «No sé de ningún poder —dijo— que pueda controlar dichas leyes; y, mantener que los jueces tienen la libertad de rechazarlas, sería decir que el poder judicial está por encima del legislativo, lo que sería subservio de todo gobierno.» Como POUND comentó correctamente, cuando BLACKSTONE «pasó a aplicar (su teoría del Derecho natural) a la legislación, se retractó». R. POUND, «Common Law and Legislation», 21 *Harv. L. Rev.*, 383 a 392 (1908).

Así como el sello francés de la falta de poder de los tribunales puede encontrar en MONTESQUIEU a su más autorizado teórico, aunque no sea inequívoco, puede considerarse que el gran pensador y teórico liberal de la gloriosa revolución, JOHN LOCKE, tuvo un papel similar en Inglaterra. Aunque se le asocia frecuentemente con la doctrina histórica de la separación de poderes, LOCKE ni siquiera consideró a lo judicial como «poder» o como grupo por separado. En su tricotomía, los dos poderes «derivados» o «inferiores» son el «ejecutivo» (50) y el «federal» (51), considerando que el poder «supremo», el «legislativo» (52), está magnificado como «el Alma que da Forma, vida y Unidad a la 'Commonwealth'» (53). Aunque lo «legislativo» de LOCKE estaba dirigido a expresar y hacer cumplir las «eternas e inmutables leyes de la naturaleza», que son halladas por la razón, y no creadas (54), no vio a lo judicial como el ejecutor autorizado y privilegiado de esos límites de la ley natural de la voluntad legisladora (55). La doctrina de LOCKE iba a tener un eco en BLACKSTONE. Este la haría más explícita, rechazando de modo terminante la revisión judicial como equivalente a poner «al poder judicial por encima del legislativo, lo que sería subversivo de todo gobierno» (56).

A diferencia de lo que ocurre con Francia, esto no es historia antigua en Inglaterra. La hegemonía parlamentaria está todavía afianzada como principio básico, la *Grundnorm* (57) de la Constitución no escrita de ese país. Pero en los últimos años se han abierto importantes brechas en los tricentenarios muros de este principio. Mencionaré a dos ellos que se refieren al Reino Unido, pero también a gran parte de Europa Occidental. Nos conducen a una nueva y única dimensión en el extraordinario desarrollo y crecimiento de la revisión judicial en Europa, es decir, la *dimensión transnacional*.

(50) JOHN LOCKE, *The Second Treatise of Government*, cap. XII, §§ 144, 149 y sigs.

(51) JOHN LOCKE, *The Second Treatise*, 52, cap. XI, §§ 145-148 y sigs.

(52) *The Second Treatise*, 52, cap. XI, § 134; cap. XIII, § 149 y sigs.

(53) *The Second Treatise*, cap. IX, § 212. Quizá sea cierto, sin embargo, que porque LOCKE veía al poder legislativo y, más generalmente, «al poder de gobernar» como «la enunciación y cumplimiento de una ley, la ley de la naturaleza, que es la de la razón», viera un aspecto «judicial» inherente y persuasivo en ese poder. Así lo apunta PETER LASLETT en *Introduction to John Locke, «Two Treatises of Government»*, Cambridge, At the University Press, 1960, 96, 107. Véase p. ej., *The Second Treatise*, cap. VII, §§ 88-89, cap. XI, § 136.

(54) Véase p. ej., *The Second Treatise*, cap. IX, § 124.

(55) Véase p. ej., *The Second Treatise*, cap. XI, § 135.

(56) Véase nota 49, *supra*.

(57) Véase p. ej., G. WINTERTORN, «The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-examined», *Law Quarterly review*, 1976, 591-617.

6. ¿ESTA INGLATERRA ABANDONANDO SU «GRUNDNORM» LOCKIANA?

A) *El Derecho comunitario no se puede detener*

El Derecho comunitario abrió una primera «brecha en los muros». Como ustedes saben, desde 1973 el Reino Unido se convirtió en miembro de pleno derecho de la Comunidad Europea —el llamado Mercado Común— al que ahora pertenecen diez países europeos, que pronto se convertirán en doce, con una población de más de 300 millones de personas. Uno de los rasgos distintivos de la Comunidad es que se le han confiado poderes para promulgar leyes en una amplia variedad de áreas, particularmente económicas, pero también de contenido social. El Derecho comunitario, que emana principalmente del Consejo de Ministros de la Comunidad, con alguna participación de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo, ha demostrado ser en efecto un cuerpo creciente de legislación transnacional, consistente por ahora en miles de los llamados reglamentos y directivas (58). Utilizando la expresiva frase de lord DENNING, este cuerpo de legislación comunitaria se introduce en el sistema legal británico (y en los sistemas de los otros nueve miembros también) «como una marea ascendente. Sube por los estuarios y por los ríos. No puede ser detenida» (59). Y la razón por la que no puede ser detenida es que existe un principio fundamental de Derecho comunitario que afirma la «aplicabilidad directa» del Derecho comunitario como si fuera, automáticamente, el *Derecho nacional* de cada uno de los países miembros (60). Citemos de nuevo a lord DENNING: «El Parlamento ha decretado que el (Derecho comunitario) es... parte de nuestra ley» (61).

(58) Véase p. ej., C. SASSE & H. C. YOUROW, «The Growth of Legislative Power of the European Communities» in T. SANDALOW & E. STEIN, eds., *Courts and Free Markets*, I, Oxford Clarendon Press, 1982, 92-126. Véase E. STEIN, P. HAY & M. WAELBROECK, *European Community Law and Institutions in Perspective*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1976: *Comisión de las Comunidades Europeas. Thirty Years of Community Law*, Luxemburg, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidad Europea, 1983.

(59) Véase *Comparative Const. Law*, supra nota 45, en 137; la cita es de BULMER V. BOLINGER (1974), 2 All E. R., 1226.

(60) El principio se afirmó por primera vez en la histórica decisión de 1963 por el Tribunal Europeo de Justicia (TEJ), Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie Belastingen, caso 26/62 (1963), ECR 1. Véase p. ej. L. N. BROWN & F. G. JACOBS, *The Court of Justice of the European Communities*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 1983, en 162.

(61) Véase *Comparative Const. Law*, supra nota 45, en 137. Véase también

Forma parte de la naturaleza misma del Derecho comunitario el que deba ser uniforme y aplicado uniformemente en todos los Estados miembros. Esto explica el porqué desde 1964 una corriente constante de decisiones de la Corte Europea de Justicia —el Tribunal de la Comunidad, con sede en Luxemburgo— establece que el Derecho comunitario no sólo es el Derecho de todos los Estados miembros, que debe ser directamente aplicado por los tribunales nacionales, sino también la ley de mayor rango de los Estados miembros, que prevalece sobre la ley nacional contradictoria (62). Independientemente de cuándo se haya promulgado la legislación nacional, debe ser rechazada cuando los tribunales nacionales de uno de los diez países encuentren que es contraria a la legislación comunitaria (63); los problemas de interpretación se deciden en última instancia y con efecto final para todos los países miembros en el Tribunal Europeo de Justicia (64).

Aquí podemos ver cómo una nueva forma de revisión judicial de la legislación se ha introducido en «los estuarios y los ríos» de los británicos, así como en los de los otros nueve países europeos. Es una forma de revisión muy semejante a la fórmula americana de imposición judicial de la hegemonía de la legislación federal sobre una ley estatal conflictiva. No se trata del control de la constitucionalidad de la legislación, claro está, pero es un primer paso reconociendo, incluso en Inglaterra, que el principio histórico de la hegemonía absoluta de la ley parlamentaria ya no prevalece enteramente.

M. P. FURMSTON, R. KERRIDGE & B. E. SUFRIN, eds., *The effect on English Domestic Law of Membership of the European Communities and of Ratification of the European Convention on Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1983, 1-246.

(62) La primera afirmación de la doctrina de la supremacía se puede encontrar en otra decisión histórica del TEJ, *Costa v. ENEL*, caso 6/64 (1964) TEJ 585. Sobre la aceptación gradual de la supremacía de la ley comunitaria por los tribunales nacionales véase «Grandes 'Mighty Problem'», *supra* nota 42, en 424-426; R. KOVAR, «The Relationship Between Community Law and National Law» in *Thirty Years of Community Law*, Luxembourg, 1982, 109.

(63) Véase la sentencia del TEJ, *Simmenthal*, caso 106/77 (1978) TEJ 629.

(64) Véase p. ej., L. N. BROWN & F. G. JACOBS, *supra* nota 60, en 281-285; sentencia del TEJ *Da Costa en Schaake*, casos 28-30/62 (1963) ECR 31. De manera general sobre el papel del Tribunal Europeo de Justicia véase M. CAPPELLETTI & D. GO-LAY, «The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: Its Impact on Integration», en M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE & J. WEILER, eds., *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, vol. 1, Book 1, Berlin & New York, de Gruyter próxima publicación.

B) *La «justicia transnacional» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Una segunda evolución está aún más relacionada con el asunto que nos ocupa, esto es la revisión de la *constitucionalidad* de la legislación, y más concretamente, la revisión judicial como instrumento de protección de los derechos humanos. En efecto, el razonamiento que ahora vamos a exponer llevó a mantener la siguiente opinión al ilustre constitucionalista americano CHARLES BLACK —un anterior conferenciante «Papa Juan XXIII», por lo que he sabido—: contrariamente a la opinión generalmente aceptada, Inglaterra dispone ya de una declaración de derechos escrita y vinculante (65).

El segundo episodio tomó forma, especialmente, cuando el Reino Unido, como miembro que había ratificado la Convención Europea de Derechos Humanos en 1951, aceptó la cláusula opcional del artículo 25 de dicha Convención (66). Esta cláusula crea una forma de *Verfassungsbeschwerde* transnacional; después de agotar todos los recursos nacionales, da la posibilidad a cualquier individuo de presentar sus quejas ante la maquinaria judicial de la Convención en Estrasburgo contra cualquier clase de acción estatal, incluyendo a la legislación que viole sus derechos garantizados en la Convención. Recordemos que la Convención es una declaración de derechos conjunta y transnacional; con una sola excepción, la de Finlandia, se han adherido a ella todos los países de Europa Occidental, es decir, veintiún países, con una población de más de 350 millones de personas (67).

(65) C. L. BLACK JR., «Is There Already a British Bill of Rights?», 89 *Law Quarterly Rev.*, 173 (1973).

(66) La aceptación, limitada primero a un período de tres años, ha sido desde entonces renovada; la última renovación ocurrió en 1981 por una duración de cinco. Véase para generalidades A. Z. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 177-187, 362-363.

(67) Para breves visiones de conjunto véase, p. ej., ROSALYB HIGGINS, «The European Convention of Human Rights», en T. MERON, ed., *Human Rights in International Law*, II, Oxford, Clarendon Press, 1984, 495-549; A. H. ROBERTSON, *Human Rights in the World*, 2nd. ed., New York, St. Martin's Press, 1982, 80-117. El Convenio ha sido ratificado por los siguientes países (entre paréntesis está, primero, el año de ratificación, y, en segundo lugar el año, si lo hay, de la aceptación, ininterrumpida en todos los casos, de la cláusula opcional del artículo 25): Austria (1958, 1958), Bélgica (1955, 1955), Chipre (1962), Dinamarca (1953, 1953), Francia (1974, 1981), República Federal de Alemania (1952, 1955), Grecia (1974), Islandia (1953-1955), Irlanda (1953, 1953), Italia (1955, 1973), Liechtenstein (1982, 1982), Luxemburgo (1953, 1958),

De esta manera, una declaración de derechos transnacional se ha vuelto vigente para Inglaterra, entre otros países, y se puede hacer cumplir por un juez internacional al que tienen acceso los ciudadanos ingleses. A partir de aquí sólo queda un pequeño paso para aceptar la idea de que la Convención es parte de la ley inglesa y quizá también resulte vinculante para el Parlamento británico; y que los tribunales británicos deben hacer cumplir esa ley, para que sus sentencias no sean condenadas por los jueces transnacionales en Estrasburgo (68). El que los ingleses estén listos para tomar esa decisión y adopten entonces un sólido sistema de revisión judicial no es algo que quiera discutir ahora. Basta con decir que las quejas sometidas con éxito bajo la Convención por personas físicas contra la legislación británica y otras acciones del Estado británico han sido bastante frecuentes en los últimos años. En muchos casos las condenas de la Comisión Europea y del Tribunal de Derechos Humanos han despertado cierto malestar en el Reino Unido puesto que interrumpían tradiciones veneradas. Sin embargo, las autoridades británicas, incluido el Parlamento, han mostrado generalmente su buena voluntad para ajustarse a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *De hecho*, la supremacía de la declaración de derechos transnacionales ha sido ampliamente confirmada en Europa Occidental (69). Aun

Malta (1967), Países Bajos (1954, 1960), Noruega (1952, 1955), Portugal (1978, 1978), España (1979, 1981), Suecia (1952-1952), Suiza (1974, 1974), Turquía (1954), y el Reino Unido (1951, 1966). Entre estos países sólo cuatro —Chipre, Grecia, Malta y Turquía— no han aceptado todavía la cláusula opcional del artículo 25. Para una mayor información sobre las ratificaciones de los protocolos del Convenio, véase A. Z. DRZEMCZEWSKI, *supra* nota 66, en 362.

(68) Sobre el impacto del Convenio Europeo en el Reino Unido véase A. Z. DRZEMCZEWSKI, *supra* nota 66, 177-187, con referencias a cierto número de casos; M. P. FURMSTON, R. KERRIDGE & B. E. SUFRIN, *supra* nota 61, 274-428.

(69) Sobre la autoridad y el cumplimiento de las sentencias de los órganos de decisión del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos en los distintos Estados miembros véase A. Z. DRZEMCZEWSKI, *supra* nota 66 en 260-325. Con especial atención al Reino Unido, véase los comentarios recientes del presidente de la Comisión de Derecho para Inglaterra y Gales, el honorable señor GIBSON, «Legal Procedure: Access to Justice: 1883 to 1983», en 9 *Dalhousie Law Journal* 3, 27-28 (1984):

«Se ha juzgado que el Reino Unido incumplía sus obligaciones respecto al Convenio Europeo en un número de casos que he de llamar elevado. El Gobierno se ha visto indudablemente sorprendido y desconcertado con estos acontecimientos. Se estableció el incumplimiento en un caso acerca del funcionamiento de mercado cerrado en nuestros ferrocarriles nacionalizados, por el cual se concedieron daños y perjuicios... a tres demandantes. Ha habido también casos... acerca de la inmigración. También se han establecido casos de incumplimiento en peticiones individuales en otros contextos,

aferrándose a su tradición de rechazar la revisión judicial de la legislación, Gran Bretaña, en especial, ha recorrido un largo camino hacia el abandono de su característica —con las marcas de LOCKE y BLACKSTONE nos atreveríamos a decir— doctrina de la supremacía judicialmente incontrolable de la voluntad legislativa (70).

7. EL GRAVE PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Hemos visto cómo la revisión judicial ha sido recientemente introducida, y/o ha ampliado mucho su papel, en un gran número de países. En efecto, para completar nuestra lista habría que extenderla a otros muchos países, incluyendo en particular a Suecia, desde 1980 (71), y a Canadá desde su nueva *Charter of Rights and Freedoms* constitucional de 1982 (72). Debería

como los del empleo de castigos corporales sin el consentimiento de los padres, en un colegio; la censura del correo por autoridades de una cárcel y el rechazo a una solicitud de asesoría legal de un preso, y el funcionamiento de la ley común de desacato contra *The Sunday Times* en su investigación y reportaje en el caso de la Thalidomida. En un caso, *Eire v. U.K.*, el procedimiento era entre dos partes del Convenio. Se alegaba que las autoridades de Irlanda del Norte habían torturado a prisioneros republicanos utilizando ciertos recursos de interrogatorio, tales como estar de pic contra la pared, ruidos, y privación del sueño. El Tribunal (Europeo) concluyó que las técnicas no llegaban a la tortura, pero constituían un tratamiento degradante e inhumano que incumplía el artículo III.

La respuesta del gobierno a estas y otras sentencias ha sido la de interrumpir las prácticas incorrectas, muchas veces antes de la decisión del tribunal, y cuando ha sido necesario, cambiando la ley afectada, como en el caso del reglamento penitenciario. No ha habido ningún intento de desafiar la decisión del tribunal, aunque no todo el mundo esté de acuerdo con la interpretación del convenio por las diversas mayorías del Tribunal de Estrasburgo. El Reino Unido podría denunciar el Convenio con un preaviso de seis meses según el artículo LXV... No ha sido así, y no parece que se vaya a dar tal paso.

(70) Véase «Mighty Problems», *supra* nota 42, en 424-430.

(71) Véase el Informe de Uppsala por EIVIND SMITH sobre los países escandinavos, *supra* nota *; véase también, p. ej., G. HAHN, «Verstaerkter Grundrechtsschutz und andere Neuerungen im Schwedischen Verfassungsrecht», *Archiv des oeffentlichen Rechts*, 1980, 400-422.

(72) Véase el Informe de Uppsala por JOHN D. WHITE sobre los países de Derecho común, *supra* nota *, véase también, p. ej., A. BAYEFISKY, «Parliamentary Sovereignty and Human Rights in Canada: The promise of the Canadian Charter of Rights and

haber mencionado además que incluso en su más notable dimensión, históricamente sin precedentes —la dimensión transnacional—, el caso europeo ya no está solo. La Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica en 1969, se aplica en varios países latinoamericanos desde 1978; ampliamente inspirada en la Convención Europea, esta declaración de derechos transnacional ha conducido a la creación en 1979 de un Tribunal Inter-Americano de Derechos Humanos con sede en San José y abierto, quizá, a futuros desarrollos similares a aquellos tan extraordinarios de su precedente europeo (73).

Pero mi tiempo se está agotando, y quisiera hablar, aunque sea brevemente, sobre la cuestión básica de la significación y la legitimidad de la revisión judicial, a la luz de su tremendo crecimiento en el mundo contemporáneo (74).

Para muchos países, como ya hemos visto, este significado ha sido, en primer lugar, el de una reacción contra pasados abusos gubernamentales. Esto ha sido sobre todo evidente en algunos de los países que hemos mencionado; también se podrían añadir otros, incluso de África, Asia y Latinoamérica. En esos continentes, y en particular en Latinoamérica, donde algunos

Freedoms», *Political Studies*, 1983, 239; J. B. D'ONORIO, «Le repatriement de la Constitution Canadienne», *Revue Internationale de droit comparé*, 1983, 69 (particularmente en 100-101 sobre las serias consecuencias de la cláusula de «no oposición» del artículo 33 de la Carta).

(73) Véase T. BUERGENTHAL, R. NORRIS & D. SHELTON, *Protecting Human Rights in the Americas*, Strasbourg, Engel Publi., 1982; T. BUERGENTHAL, «The Inter-American System for the Protection of Human Rights», en T. MERON, *supra* nota 67, II, 439-493; *idem*, «The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences», 30 *American Univ. Law Rev.* 155 (1981); H. GROS ESPIELL, «The Organisation of American States (OAS)», en K. VASAK, ed., *The International Dimensions of Human Rights*, II, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1982, 543-565; P. SIEGHART, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1985, 401-414. Véase también Inter-American Commission on Human Rights, *Ten Years of Activities 1971-1981*, General Secretariat Organization of American States, Washington, D.C., 1982 (en 11-13 sobre el recientemente creado Tribunal Interamericano de Derechos Humanos); Organization of American States, *Inter-American Court on Human Rights, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights*, 1984, Washington, D.C., General Secretariat OAS, 1984 (un entristecedor documento sobre las todavía muy limitadas actividades del Tribunal Interamericano).

(74) Para un debate más elaborado me referiré a mis trabajos «The Law-Making Power of the Judge and Its Limits: A Comparative Analysis», 8 *Monash University Law. Rev.*, 15, en part. 51-58 (1981) (a continuación de «Law-Making Power»); «Nécessité et légitimité», *supra* nota 40, 475-483.

aspectos del fenómeno de revisión judicial son incluso más antiguos que en Europa (75), los estudios comparativos han demostrado que la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación y de otras actuaciones del Estado tiene por lo menos el potencial de servir como instrumento para proteger a individuos y minorías. Esto es verdad incluso aunque la eficacia de la revisión judicial en el mundo desarrollado ha sido demasiado frecuentemente puesta en peligro por una insuficiente independencia judicial y por el uso por parte del ejecutivo de su poder de suspender las garantías constitucionales (76). Pero incluso en países como Inglaterra, donde, afortunadamente, no ha habido ese legado de tremendo abuso gubernamental, la revisión judicial ha ido apareciendo, aunque sea indirectamente, como elemento de una nueva y fascinante tendencia en el derecho, en la política y en los derechos humanos: el transnacionalismo. El reparto vertical del poder y el consiguiente pluralismo de las fuentes legales, que es un producto típico tanto del transnacionalismo como del federalismo, trae aparejado, inevitablemente, la posibilidad de conflictos entre los distintos niveles de poder, de leyes y de derechos; y la revisión judicial es el instrumento natural para resolver tales conflictos.

Hay, además, un sentimiento generalizado en los países occidentales de que en nuestra «era de los estatutos» —como la ha llamado el decano CALABRESI (77)— el control por un juez independiente de un legislador cada vez más omnipresente, cuyo papel en el Estado moderno ha crecido hasta dimensiones sin precedentes, significa una importante protección. En efecto, este control es el remate necesario del principio de Derecho. Es cierto que el legislador es el representante y el responsable de y ante el pueblo, en las sociedades democráticas, y que, sin embargo, corresponde a la naturaleza de la función judicial el que los jueces no sean responsables. La paradoja de confiar a jueces no responsables la función de controlar a políticos respon-

(75) Véase H. FIX ZAMUDIO, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, México, UNAM, 1968, part. 2.

(76) Véase el Informe Uppsala por NWABUEZE, *supra* nota 16, en 18-23, y CARIPO & FIX, *supra* nota 16, §§ 61-69, 91-95, 110 y sigs. El profesor HENKIN apunta «lo que hoy parece una sorprendente a la par que feliz omisión» de la Constitución de los EE.UU. que no dispone su suspensión, o el gobierno por decreto ni siquiera en caso de emergencia. Sólo el privilegio del mandato de *habeas corpus* puede ser suspendido». J. HENKIN, *supra* nota 19, en 13, 150 n. 31.

(77) GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1982.

sables es puramente aparente. En nuestra sociedad los jueces no son responsables únicamente en el sentido de que nadie perteneciente a otra rama ni ninguna persona puede pedirles responsabilidades por sus decisiones individuales o por su filosofía. Su no responsabilidad, sin embargo, sólo se mantiene a corto y medio plazo. Hay muchos vínculos que les conectan a largo plazo con su tiempo y su sociedad. Esos vínculos pueden ser reforzados por el tipo de nombramiento judicial, como en este país (78), o, en Europa, por el hecho de que la ocupación de un destino, con una duración suficiente para darles autonomía y seguridad, está limitada a un cierto número de años sin posibilidad de ampliación, como regla. Se debe reseñar también que la naturaleza misma del procedimiento judicial es altamente participativa, puesto que el papel de los jueces está basado en casos reales y sólo se puede ejercer sobre y dentro de los límites de las denuncias y demandas de las partes interesadas. En este sentido hay un gran potencial para un contacto continuo de la judicatura con los problemas reales, las necesidades y las aspiraciones de la sociedad (79). Además, uno de los afortunados resultados de nuestra libertad de expresión es el hecho de que también los jueces están expuestos día tras día a las críticas públicas (80). Cuando se habla de separación de poderes hoy en día, no nos referimos a *séparation* en su sentido francés original; queremos decir, más bien, conexiones recíprocas y control mutuo. La no responsabilidad judicial lo es *política y legalmente* e incluso con importantes limitaciones para evitar abusos; no es, en todo caso, una no responsabilidad social (81). Los abusos del mismo género que aquellos de los jueces del *ancien régime* en Francia serían difícilmente imaginables en nuestras

(78) Véase p. ej., ROBERT DAHL, «Decision-Making in a Democracy. The Supreme Court as a National Policy-Maker», 6 *Journal of Public Law*, 279, part. en 284-285 (1957).

(79) Véase «Law Making Power», *supra* nota 74, part. en 42-46, 54-57. Aunque su profesión y su papel podrían aislar hasta cierto punto al juez de la sociedad, su actividad misma «enfrenta a los jueces a la vida real, en cuanto que tienen que decidir sobre casos en que están envueltos personas reales, hechos concretos y problemas actuales de la vida», *idem*, en 57.

(80) La crítica es más fácil, por supuesto, puesto que en nuestras sociedades los juicios más importantes y sus razones se publican; todavía es más fácil en los países en que las opiniones divergentes y concurrentes también se publican. Véase el estudio comparativo de K. H. NADELMANN, «The Judicial Dissent Publication v. Secrecy», 8 *AM. J. Com. Law* 415 (1959).

(81) Véase M. CAPPELLETTI, «Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility», 31 *Am. Journal of Comparative Law* 1 (1983).

sociedades, pues aquéllos eran los excesos de un *corps séparé*, un grupo totalmente separado del resto de la sociedad.

El «gran problema» de la legitimidad de la revisión judicial no se puede resolver con soluciones abstractas y puramente especulativas, válidas para cualquier lugar y tiempo. Por supuesto no existen esas soluciones universales; y una página de análisis comparativo realista será seguramente más notable que muchos libros llenos de tales especulaciones abstractas (82). Si nuestros jueces fuesen iguales que aquellos que imperaban en la Francia prerrevolucionaria, sería muy difícil que se legitimase la revisión judicial. Pero en nuestro mundo occidental, en el que los papeles de las ramas políticas han crecido en tantas áreas de nuestra vida, sin duda inevitablemente, la búsqueda de un poder judicial más «despegado», aunque no literalmente «separado», puede ser saludable. Los valores más perdurables se pueden conservar mejor (83); los individuos y los grupos que de otra manera serían mar-

(82) Aplicando las enseñanzas del gran historiador y filósofo VICO, *verum ipsum factum*, los comparativistas «especulan» sobre la significación de hechos, tendencias y desarrollos, no sobre abstracciones. GIAMBATTISTA, VICO, *Principi di Scienza Nuova* (1744); traducción inglesa de T. G. BERGIN y M. H. FISCH, *The New Science of Giambattista Vico*, N. Y., Cornell University Press, 1948. El análisis comparativo no es sólo la comparación de leyes y sistemas legales sino también el análisis de su evolución y de sus tendencias. En otras palabras, la historia es un componente esencial del análisis comparativo.

(83). Véase p. ej. ALEXANDER M. BICHEL, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, 25-27 y sigs.

Se dice frecuentemente que el juicio constitucional moderno, aunque es potencialmente un poderoso instrumento para la protección de los valores y derechos políticos tradicionales, no tiene capacidad para ser también, o llegar a ser, influyente con respecto a la protección y la aplicación de los «nuevos» derechos sociales y económicos. Porque estos derechos, a diferencia de los tradicionales, requieren generalmente una acción por parte del Estado, y ya se ha dicho que el mandato judicial no tiene fuerza para determinar esa acción. Esta es una verdad a medias. Se encuentran mayores dificultades y unas mayores restricciones son aconsejables cuando los tribunales, averiguando la ilegitimidad de una ausencia de acción gubernamental, obligan a hacer algo al gobierno, con todas las implicaciones económicas y de otro tipo implicadas, que cuando declaran simplemente la ilegitimidad de un acto gubernamental existente. El estudio comparativo demuestra que hay muchas vías para que los tribunales intervengan incluso en esta área más complicada. Un reciente ejemplo nos viene dado por el Tribunal de Burger, que con seguridad no es un tribunal activista en la esfera de los derechos socioeconómicos. Véase *Ake v. Oklahoma*, 53 U.S.L.W. 4179 (U.S. Feb, 26, 1985), en el que, con solo un voto en contra, el Tribunal llegó a la conclusión siguiente: los Estados deben suministrar a los acusados indigentes una asistencia psiquiátrica

ginados u oprimidos pueden ser mejor protegidos; y más generalmente se puede asegurar mejor la imparcialidad y la representatividad del proceso político en sí mismo (84). El principio democrático requiere que todo el mundo pueda tener «voz» en el proceso político y que la minoría de hoy pueda ser la mayoría de mañana. Si unos derechos fundamentales tales como las libertades de expresión, de opinión o de asociación se pudiesen limitar sin los debidos procedimientos, por la mayoría de hoy, el mismo principio democrático se debilitaría; y esto no es menos verdad para los «nuevos derechos» de naturaleza económica y social, por cuanto su razón fundamental es hacer efectivo el más elemental de todos los títulos democráticos: el derecho de acceso al sistema político y de derecho (85). De este modo, lejos de ser intrínsecamente antidemocrática y antimayoritaria, la justicia constitucional aparece como un instrumento fundamental para proteger los principios mayoritario y democrático del riesgo de corrupción. Nuestro ideal democrático, para dejar este punto bien claro, no es de todas formas, aquel en que la voluntad mayoritaria es omnipotente. Y nuestra filosofía de la vida no es aquella en la que todo pueda ser negociado.

gratuita para la preparación de una defensa con alegación de locura cuando la locura del acusado en el momento del delito pueda ser un factor decisivo en el juicio.

(84) Véase, p. ej., MARTIN SHAPIRO, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall, 1966, 37 y sigs.; J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980. La tesis central del libro del decano ELY es su defensa de una visión de «refuerzo de la representación»; este acercamiento pone de relieve el papel de la revisión judicial como instrumento para la presentación de un proceso político abierto y justo y para la corrección del «mal funcionamiento» de este proceso que dificulta la participación de las minorías.

(85) Véase M. CAPPELLETTI & B. GARTH, «Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective», en M. CAPPELLETTI & B. GARTH, eds., *Access to Justice*, vol. I: *A World Survey*, Milan & Alphen aan den Rijn, Giuffrè & Sitjhoff and Noordhoff, 1978, 3-124. Véase para generalidades M. CAPPELLETTI, ed., *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn & Bruxelles, Sitjhoff & Bruylant, 1981.

8. LA REVOLUCION CONTEMPORANEA DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y SU LEGITIMIDAD POR ENCIMA DEL CONFLICTO
TRADICIONAL ENTRE DERECHO NATURAL Y POSITIVO

Permítanme recapitular ahora, a modo de conclusión, las dos tesis principales que he tratado de explicarles.

La primera es que, desde la segunda guerra mundial, las sociedades occidentales han estado viviendo lo que no dudaría en caracterizar como una revolución constitucional y de derechos civiles. En algunos puntos ha habido incluso señales de que esta tendencia iba aún más allá del mundo occidental: basta con mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de 1966 vigentes desde 1967 (86). Pero desafortunadamente, esos documentos no se han acompañado de procedimientos legales e instituciones lo suficientemente sólidas como para dar, por lo menos, un grado inicial de efectividad a los reglamentos que llevaban incluidos (87). E incluso esos intentos son significativos, embrionarios como son, porque testimonian de la existencia de una aspiración universal, todavía ampliamente insatisfecha.

Nuestro escepticismo y los numerosos fracasos de realización, con las burdas violaciones de la filosofía de los derechos humanos, pueden esconder a menudo este carácter humanístico de nuestra época, y quizá muchos acontecimientos puedan oscurecerlo o incluso negarlo y ridiculizarlo. Rechazaremos un escepticismo excesivo y no constructivo, así como a su hermano gemelo el nihilismo, enfermedades recurrentes del narcisismo intelectual. Esta-

(86) Véase p. ej., L. HENKIN, ed., *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981; *idem*, *supra* nota 19, en 89-101. Otro adclanto de nuestro tiempo, la lucha contra el colonialismo, que trajo la creación de docenas de nuevas naciones en los años posteriores a la segunda guerra mundial, puede ser visto como otra expresión de las tendencias mencionadas en el texto. Como dice el profesor HENKIN, fue esta lucha la que «atrajo a cantidades de nuevos países y gobiernos que veían en la idea de los derechos humanos la orientación para lograr la «autodeterminación» y la eliminación del racismo». *Idem*, *supra* nota 19, en 18.

(87) Cfr., *idem*, *supra* nota 19, en 101-102, 107-113; L. HENKIN, «International Human Rights as 'Rights'», en *Nomos XXIII: Human Rights*, J. R. PENNOCK & J. W. CHAPMAN, eds., New York, New York University Press, 1981, 257-280; L. B. SOHN, «Human Rights: Their Implementation and Supervision by the United Nations», en T. MERON, *supra* nota 67, II, 369-401.

mos convencidos, junto al gran filósofo del «escepticismo moderado», DAVID HUME, de que el escepticismo excesivo no puede resistir la prueba de la «acción» y la realidad de la «vida corriente» (88). Y esta realidad demuestra que ha habido una «explosión» de los derechos humanos en las democracias libres de nuestro mundo contemporáneo, como afirma y documenta ampliamente el profesor LOUIS HENKIN (89). Esta explosión se ha caracterizado por un interés sin precedentes por la creación de instrumentos efectivos a los niveles nacionales y transnacionales, si no ya aun universales, para proteger los derechos fundamentales de los individuos y los grupos, incluyendo a los pobres, a las minorías raciales y religiosas, los jóvenes y los viejos, a las mujeres y, en general, a todos aquellos tradicionalmente privados de un acceso equitativo e imparcial a la justicia. El no reconocer la importancia histórica y el carácter sin precedentes de este continuo desarrollo es estar ciego y sordo con respecto a la más fantástica transformación del curso de la sociedad que haya ocurrido jamás en la historia del hombre (90).

(88) HUME, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, Sect. XII, Part. I (en *Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals* by David Hume, impreso de la edición póstuma de 1777, L. A. SELBY-BIGGE editor, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1902, reimpreso 1693, en 149). Aunque enseñaba que el conocimiento humano se limita a la experiencia de las ideas y las sensaciones, y excluía la posibilidad de cualquier comprobación de su autenticidad, Hume condenaba severamente lo que él llamaba un pesimismo «excesivo» o «pírrico».

Porque aquí está la mayor y más contundente objeción al pesimismo *excesivo*, que ningún bien duradero puede resultar nunca de él... (El escéptico Pírrico) debe saber... que toda la vida humana debería perecer, si sus principios prevalecen universal y constantemente... (Sin embargo), la naturaleza siempre es demasiado poderosa para los principios... El primer y más trivial acontecimiento de la vida despejaría todas las dudas pírricas... Cuando (el pesimista excesivo) se despierte de su sueño será el primero en unirse a las risas contra sí mismo, y confesará, que todas sus objeciones no son más que diversiones, y que no tienen otra finalidad que mostrar lo caprichoso de la condición humana, que debe actuar, razonar y creer; aunque no pueden, con sus más diligentes preguntas, satisfacerse a sí mismos sobre lo fundado de esas operaciones, o rechazar las objeciones que se puedan levantar contra ellos (*ibidem*, art. XII, parte II en 158-160).

Me pregunto hasta qué punto cambiarían sus temas y su tono los escritos contemporáneos y de derecho y cuánta energía intelectual y talento tendrían un mejor uso si se tomasen en cuenta las enseñanzas de HUME.

(89) L. HENKIN, *supra* nota 19, part. en 43-55, 156-161.

(90) La documentación de HENKIN se centra, sin limitarse a ella, en los Estados Unidos (para la relación de la evolución en Europa véase *Comparative Const. Law*, *supra* nota 45, cap. 6-12). Se describe como «impresionante» la «explosión de los derechos» desde la segunda guerra mundial:

Esto no tiene nada que ver con una visión halagüeña de nuestra sociedad. En efecto, la explosión de los derechos humanos no es sino el intento de dar una respuesta a aquellos problemas que, como dije al principio de esta charla, más que nunca amenazan a la civilización y la supervivencia del género humano. Estos problemas son los de la opresión, la pobreza y la guerra. El futuro nos dirá si el intento está destinado al fracaso o al éxito. Pero me parece evidente que si el éxito corona esta empresa el mérito residirá en gran parte en los derechos humanos nacionales y transnacionales y en su aplicación judicial. Quiero dejar claro que, personalmente, no veo ningún futuro para la humanidad sin una filosofía renovada de tolerancia y respeto mutuo, en el verdadero sentido de una filosofía de los derechos humanos, que nos permita hacer un buen uso del tremendo poder material que hemos conseguido.

La expansión sin precedentes del control judicial del poder político es un punto muy importante de la revolución de los derechos humanos. Aunque la revisión judicial tuviese un papel importante en la formación de una «unión más perfecta», la prueba de mi aseveración parece encontrarse en el hecho de que ésta no tuviese un papel relevante como instrumento para la

La decimocuarta enmienda consiguió incorporar y hacer aplicables en los Estados, las principales disposiciones de la Declaración de Derechos —libertad de palabra, de prensa, de reunión, de religión, la seguridad del hogar y de las personas, garantías para los acusados de delitos...

Aún más impresionante ha sido la expansión de nuestros derechos del siglo xvii en su concepto y su contenido. Hemos abierto nuestra Constitución a todo hombre y mujer, al último y al peor de ellos. La hemos abierto también a nuevos derechos y la extensión de conceptos de los viejos derechos... Salvaguardamos no sólo la libertad política, sino también, en principio, la libertad social, sexual y otras libertades individuales, la intimidad, la autonomía... Las clasificaciones raciales son todas sospechosas y minuciosamente investigadas... Ha habido una transformación fundamental e irreversible, en mi opinión, en la condición de la mujer... Los pobres, también, tienen derechos de igual protección y el Estado no puede hacer pagar por derechos importantes —una apelación criminal o un divorcio— sin que exista la posibilidad de gratuidad para los que no pueden pagar... Categorías que antes estaban cerradas están abiertas: los presos tienen ya derechos, como el personal militar, los pacientes mentales, los alumnos en las escuelas y los niños independientemente de sus padres.

Los tribunales también han encontrado nuevos derechos, por ejemplo, el derecho a viajar, tanto al extranjero como entre Estados... Han encontrado una área de autonomía fundamental del individuo (llamada «intimidad»), cuya invasión no se permitirá a menos que exista algún interés convincente por parte del Estado... (L. HENKIN, *supra* nota 19, 43-44, 46).

protección de los derechos civiles, hasta después de la segunda guerra mundial (91). Porque sólo nuestra época se ha madurado para lo que insisto en llamar nuestra revolución de los derechos civiles. El personaje de un escritor dice que sólo el peligro y el sufrimiento hacen que el hombre se preocupe por la justicia, por los sentimientos y por la pregunta de qué es bueno y qué es malo, es decir, por los valores humanos (92). Las tensiones y los peligros de nuestro tiempo son tan grandes e inminentes, que, en cierto modo, este sentido de los valores ha sido y será obligado a salir a la luz, y afortunadamente no sólo en el Oeste. En nuestras sociedades occidentales, los jueces constitucionales y transnacionales han tenido el papel privilegiado, aunque seguramente no exclusivo, de interpretar y escoger aquellos valores con los que no se puede negociar.

Mi segunda tesis es que el papel judicial es legítimo. Se puede estar en desacuerdo o incluso luchar contra algunas resoluciones o tendencias de la jurisprudencia constitucional. Aun así, siglo y medio de historia constitucional nos demuestran que la solución alternativa es todavía peor. Cuando no existe control judicial el poder político está aún más fácilmente expuesto al riesgo de perversión. El control judicial no es, por supuesto, un remedio infalible; como baluarte de nuestras libertades demuestra ser demasiado débil en muchos casos para resistir a la tiranía, como la experiencia nos lo ha enseñado en muchos casos. Pero en todo caso sirve de advertencia y de restricción.

¿Acaso quiere decir todo esto que estamos ante el renacimiento de una nueva «ley natural»? Muchos así lo han afirmado (93). Quisiera llegar más

(91) El hecho innegable de que la revisión judicial en América haya tenido un papel modesto, incluso en ocasiones negativo, en la protección de las libertades civiles, hasta hace pocas décadas se indica frecuentemente como evidencia del déficit democrático de la institución en sí misma. Véase p. ej., PETER RAILTON, «Judicial Review, Elites, and Liberal Democracy», in *Nomos XXV: Liberal Democracy*, J. R. Pennock & J. W. Chapmans, eds., New York, New York University Press, 1983, 135-180, y las obras mencionadas en él.

(92) LUIGI PIRANDELLO, *Seis personajes en busca de un autor*, acto III: «... nunca la gente piensa tanto y se vuelve tan introspectiva como cuando sufren; entonces están ansiosos por comprender... si es justo o injusto que tengan que pasar por eso. En cambio cuando están contentos toman su felicidad como algo evidente, y no la analizan, como si la felicidad fuese un derecho natural.»

(93) Se puede encontrar un ejemplo típico en el volumen *Natural Law and Modern Society*, Cleveland & New York, The World Publishing Co., 1962. Véase también, p. ej., L. HENKIN, *supra* nota 19, en 19. Cfr. R. A. DWORKIN, «'Natural' Law Revisited», *34 Univ. of Florida Law Rev.*, 165-188 (1982).

allá y decir que el constitucionalismo moderno, con sus ingredientes básicos una declaración de derechos y libertades civiles y su aplicación judicial, es el único intento realista de llevar a la práctica los valores de la ley natural en nuestro mundo real. En este sentido, nuestra época es *la de la ley natural*, si alguna lo es. Para ser más exacto, diría que el constitucionalismo moderno es el intento de superar el contraste varias veces milenario entre ley natural y ley positiva, es decir, el contraste entre una ley inalterable, no escrita, arraigada en la naturaleza o la razón y una ley temporal escrita por un legislador concreto de cierto tiempo y lugar. Las Constituciones modernas, con sus declaraciones de derechos y la revisión judicial son los elementos de una «más alta ley positiva» hecha vinculante y aplicable: representan una síntesis —hegeliana— de una especie de positivismo legal y ley natural; son el reflejo del más sofisticado intento jamás ideado de «positivizar» valores sin hacerlos absolutos ni abandonarlos a los cambiantes caprichos de las mayorías temporales (94).

Condenemos las decisiones judiciales que sean erróneas según nuestra apreciación. Pero sepamos también que hay una razón y una legitimidad en esa institución cuya auténtica *raison d'être* es el controlar el poder político y protegernos del uso abusivo de ese poder. Si es cierto como creo que los estudios comparativos han demostrado ampliamente que después de la segunda guerra mundial la revisión judicial ha sido en muchos países un instrumento para reforzar nuestras libertades fundamentales, entonces su legitimidad democrática también se ha confirmado. Porque todo lo que pueda reforzar la libertad de los ciudadanos, también reforzará con toda seguridad a la democracia (95).

(94) Véase mis trabajos «Judicial Review in Comparative Perspective, 58 *California Law Rev.* 1017, en 1017-1020, 1032-1033' (1970); «The significance of Judicial Review of Legislation in the Contemporary World», in *Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein* (E. von Caemmerer, S. Mntschikoff & K. Zweigert eds.), Tubingen, Mohr, 1969, 147, en 155-162. Véase también HENKIN, *supra* nota 19, en 5-23, particularmente en 19-23.

(95) Véase JEAN RIVERO, «Rapport de synthèse», en *Cours Constitutionnelles*, *supra*, nota 7, 517, en 525-526.