

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES: SU EXPANSION MUNDIAL Y LEGITIMIDAD DEMOCRATICA

Mauro Cappelletti

Miembro Senior de Investigación, en el Instituto Hoover, Stanford, California, Miembro del Clare College, en la Universidad de Cambridge, Inglaterra. Director del proyecto «Dimensiones de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas», Miembro Correspondiente de la Academia Británica y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de México. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Miembro Honorario del Instituto Español de Derecho Procesal, del Instituto de Derecho Procesal de México y del Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal.



Siguiendo el método que siempre he usado en mis estudios comparativos, voy primero a examinar las razones sociales que son las raíces del fenómeno y de su expansión sin precedentes durante las pasadas décadas; luego voy a resumir sus principales aspectos legales y políticos y su estructura constitucional; sus movimientos y, eventualmente, el problema de su 'legitimidad democrática'.

1. Primero, las **razones**. La búsqueda por las razones sociales de una institución legal, principio o regla, debe ser siempre el punto de partida de cualquier análisis comparativo: es el *'tertium comparationis'*. Lo que da importancia a un estudio comparativo no es la similitud de las normas, instituciones y procesos legales y medios adoptados por varios países. Las normas, instituciones y los medios pueden ser muy diferentes; y, a pesar de eso, la comparación vale la pena si éstas han sido adoptadas como respuestas a un problema, una necesidad o una demanda social compartida por los países incluidos en el estudio. Por esto es que un estudio legal comparativo debe tener un punto de partida que es pre-legal en su origen, quiere decir, basado en un entendimiento de las sociedades envueltas. Ahora, ¿cuál es el problema, necesidad o exigencia que ha causado

la tremenda expansión del control de la constitucionalidad de las leyes en nuestra época? Mi respuesta es que hay varias explicaciones, aunque todas están conectadas y todas reflejan lo que podríamos llamar las razones del 'constitucionalismo moderno'.

Una razón inicial es la necesidad de limitar y controlar el poder gubernamental. Otra razón, pero muy relacionada con la anterior, es la exigencia muy clara de hacer cumplir—vis-à-vis el poder gubernamental, incluyendo el poder legislativo—algunos estándares y derechos básicos, por ende asegurando una vital esfera¹ de libertad para cada persona y grupo. Otra razón más está basada en los ideales contemporáneos de derechos sociales; estos derechos comúnmente exigen acciones concretas y prolongadas por parte del estado que los gobiernos podrían estar renuentes a adoptar.

Para estar seguro, uno podría objetar que (con la objeción, quizás de los derechos sociales), la necesidad de limitar el poder político y de garantizar un área de libertad no es un aspecto exclusivo de nuestra época. Los historiadores pueden demostrar que la necesidad existía hasta en tiempos antiguos; por ejemplo, por los griegos cuando establecieron garantías especiales para algunos principios y leyes básicas, llamadas *nómoi*, las cuales no podían ser violadas por estatutos legislativos, o *pséfismata*, de la asamblea (*ecclesia*)². También, por muchos siglos, la idea de que una ley superior, llamada *jus naturale*, no podía ser violada por ley positiva³.

Todavía, yo quiero señalar fuertemente que el fenómeno es uno reciente; no sólo porque mucho de lo que se puede decir de antecedentes históricos nos presentaría principios religiosos, morales, filosóficos, en vez de reglas *legalmente aplicables* y de una maquinaria para implementar. La importancia de las razones mencionadas ha aumentado a proporciones sin precedente en sociedades modernas. De ahí que la necesidad de limitar el poder político se ha convertido más crucial en una época en que el poder gubernamental—el poder del «gobierno grande»—ha crecido considerablemente, penetrando en tales áreas como la economía, el campo obrero, la salud, la ciencia y la educación. De manera similar, la necesidad de preservar una esfera de libertad privada se ha convertido más necesaria en

una época donde los desarrollos tecnológicos nos pueden exponer a interferencias nunca antes posibles. Hay también, por supuesto, el hecho de que trágicas experiencias pasadas han hecho claro que no puede haber real y eficiente «separación» o «balance» de poderes, a menos que una tercera rama independiente de las políticas tenga el poder de evitar abusos⁴. También, el concepto liberal occidental del Estado de

“ Una razón inicial es la necesidad de limitar y controlar el poder gubernamental. Otra razón (...) es la exigencia de hacer cumplir algunos estándares y derechos básicos ”.

1 Véase mi volumen *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1971, pp. 28-30 (en adelante *Judicial Review*).

2 *Id.*, pp. 30-32.

3 Véase M. Cappelletti, «Balance of Powers, Human Rights, and Legal Integration: New Challenges for European Judges», en David Clark (Ed.), *Comparative and Private International Law, Essays in Honor of John Henry Merryman*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, p. 34 ff.

Derecho ha sido expandido al derecho constitucional, concebido como aplicable derecho superior. De esa manera el control de la constitucionalidad de las leyes ha emergido como un instrumento para la implementación — de hecho, para la «coronación» — de los gobiernos con estado de derecho o *Rechtsstaat*. Finalmente, hay — parcialmente como una lección aprendida de dos guerras

“... muchos sistemas legales modernos han adoptado estos tres aspectos básicos del «constitucionalismo moderno». Una constitución rígida; una carta de derechos y, Corte Constitucional...”

mundiales y de las horribles tiranías que desataron tales guerras — la creciente importancia de los derechos humanos como el ideal político y legal del mundo civilizado moderno.

Basado en estas razones, muchos sistemas legales modernos han adoptado estos tres aspectos básicos del «constitucionalismo moderno». Esos son: una constitución *rígida* concebida como *ley aplicable superior*; una *carta de derechos* como parte de la constitución; y, finalmente, el poder de las cortes, o de una recién creada Corte Constitucional, para poner en vigor tal ley superior y su Carta de Derechos vis-à-vis las ramas políticas.

2. Permítanme ahora hacer un repaso de la diferentes soluciones que han sido adoptadas para responder a las necesidades sociales que acabo de señalar.

Una primera solución, pero totalmente inadecuada (adoptada, por ejemplo, en Francia bajo las Constituciones de 1799, 1852 y 1946), fue otorgar el poder de revisión a un órgano *político* en vez de judicial. En Francia, el órgano político fue primero el Senado y, en 1946, un Comité Constitucional. La misma solución ha prevalecido en los países previamente socialistas en Europa Oriental, incluyendo la Unión Soviética⁴⁹. Es reconocido generalmente que esta solución terminó siendo un fracaso total. Esto no debe sorprender a nadie: los órganos políticos precisaban de esa independencia vis-à-vis las ramas políticas, lo que es un *sine qua non* para la implementación de una «ley superior», cuya meta principal es mantener las ramas políticas bajo control. Así pues, hemos aprendido que sólo el control de la constitucionalidad de las leyes tiene el potencial de ser efectivo. Esto es cierto en el control de la constitucionalidad de acciones legislativas, pero no es menos cierto en la revisión de acciones administrativas. En este caso, Francia ofrece un ejemplo. El control de la constitucionalidad de acciones administrativas en Francia se le encargó al Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*) que, originalmente, era simplemente un órgano de la administración misma; sin embargo, después de décadas de evolución, y este es uno de los momentos gloriosos en la historia constitucional de Francia durante la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, el *Conseil d'Etat* pudo adquirir un grado de independencia y adoptar formas de procedimiento que son típicamente esas de un cuerpo judicial. Es, por esto, que el control de la constitucionalidad de acciones adminis-

49 Sobre el modelo de control «político» y su fracaso, véase *Judicial Review*, nota 3, pp. 1-16.

trativas en Francia —la *justice administrative*— se convirtió en un modelo para otras naciones y todavía es vista así en el mundo.

Ya que hemos aclarado que el control de la constitucionalidad de las leyes no es efectivo, permitámonos ahora examinar el control de la constitucionalidad de acciones legislativas. El período seminal en los Estados Unidos

“ . . . la mayor expansión del control de la constitucionalidad de las leyes es un fenómeno de nuestro siglo, y especialmente del período de la post-Segunda Guerra Mundial ”.

de América data, por supuesto, de la famosa decisión de 1803, *Marbury v. Madison*⁵, la cual, sin embargo, sin precedentes en las ex-colonias ni en la historia del derecho común inglés hasta, al menos, principios del siglo diecisiete⁶. Sin embargo, se mantiene el hecho de que un sistema moderno de control de la constitucionalidad de las leyes comenzó en 1803 en los EE.UU.; aunque yo pienso que es justo decir que, hasta en los EE.UU., la mayor expansión del control de la constitucionalidad de las leyes es un fenómeno de nuestro siglo, y especialmente del período de la post-Segunda Guerra Mundial. En Europa, por el contrario, con raras excepciones poco influyentes (por ejemplo, una ley portuguesa de 1911 y una ley griega comenzada en la segunda mitad del siglo XIX; también, limitada a legislación cantonal, Suiza desde la segunda mitad del

siglo XIX) el período seminal comenzó sólo después de la primera Guerra Mundial, cuando la Constitución Austriaca de 1920 designó una nueva corte, llamada la Corte Constitucional, a la cual se le otorgó un poder limitado de anular legislación inconstitucional. Digo poder ‘limitado’ porque la acción de la Corte dependía de algunos órganos políticos, específicamente del Ejecutivo central federal, o del Ejecutivo de uno de los *Länder*. También, las decisiones de la Corte Constitucional, aunque válidas *erga omnes*, se aplicaban sólo de manera prospectiva. Este sistema fue aumentado en 1929, cuando se le dio otro recurso de quejela a dos cortes, la corte suprema para materias civiles y militares y la corte administrativa central. Estas dos cortes cuando enfrentadas con legislación relevante para la decisión de un caso particular podían referir la pregunta de la constitucionalidad de dicha legislación a la Corte Constitucional. Todavía, las decisiones de la Corte tenían efecto de manera prospectiva, con la única excepción de este caso⁷. Algunos desarrollos interesantes ocurrieron también en la Alemania de Weimar donde, en 1925, un fallo del *Reichsgericht* (la corte suprema para materias civiles y militares) estableció el principio que la legislación inconstitucional no tiene validez en las cortes. En España, también la Constitución de 1931 estableció un Tribunal Constitucional con el poder del control de la constitucionalidad de las leyes. Desafortunadamente, estos desarrollos duraron muy poco; tan pronto como el régimen dictatorial tomó el poder, el control de la constitucionalidad de las leyes fue condenado en Alemania y en Austria, al igual que en España.

El período seminal, sin embargo, probó ser

5. U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

6. Véase *Judicial Review*, nota 3, p. 36 y segunda.

7. Véase *Judicial Review*, nota 3, p. 71 y segunda.

influyente en la post-guerra. Austria, en 1945 reintrodujo inmediatamente la Constitución de la pre-anexión; Japón introdujo el control de la constitucionalidad de las leyes en su Constitución de 1946; al igual que Italia en su Constitución de 1948 y Alemania en la Constitución de 1949. Es importante señalar que todos estos países, salieron de devastaciones materiales y morales, de guerra y tiranía, todos abrazaron el control de la constitucionalidad de las leyes como una reacción contra las experiencias trágicas y como si fuera un ancla contra el retorno a los abusos del pasado.

Además de la razón histórica, una razón sociológica puede ayudar a explicar la diferencia estructural entre el sistema europeo de control constitucional centralizado y el sistema estadounidense en el cual este poder pertenece a todas las cortes. La explicación sociológica se basa en el hecho de que en Europa, como regla general, ser juez es una carrera. La manera de hacerse juez es aprobando un examen a principios de la vida profesional de uno. Esto promueve el desarrollo de un cuerpo judicial compuesto de personalidades bastante anónimas que se especializan en el arte de una aplicación «técnica» y «neutral» de la ley, en vez de evaluar la ley basándose en principios constitucionales que a menudo son inevitablemente vagos e inundados de valores. Por lo tanto, nuevas cortes constitucionales se han establecido con jueces que, por lo general, no son jueces de carrera

sino que son nombrados de una manera más parecida a los nombramientos de los jueces federales en los EE.UU. (en otras palabras, jueces que parecen ser más o menos responsables de una clase de adjudicación más dinámica y responsable políticamente).

Hay también una tercera razón que yo llamo «jurisprudencial», o sea, el hecho de que las decisiones jurídicas en países con ley civil (como lo son la mayoría de los países de Europa Continental) no son precedentes vinculantes: no hay una regla formal de *stare decisis*. Hubiera sido extremadamente difícil tener un sistema eficiente de adjudicación constitucional, especialmente cuando hay legislación envuelta, sin la posibilidad de tener una palabra *final*, válida para todo el mundo en todos los

casos¹⁰. Permitánme notar aquí que una de las razones de la poca eficacia del sistema del control de la constitucionalidad de las leyes en un número de países latinoamericanos es, precisamente, el hecho de que decisiones declarando anticonstitucional una legislación dada, sólo tienen efecto en el caso frente a la corte. Este es el caso, por ejemplo, en México y Uruguay. Esta era una razón adicional para establecer en Europa una corte nueva y diferente, dotada, a diferencia

¹⁰ Para una discusión más amplia del tema le refiero a mi trabajo, «La Doctrina de *Stare Decisis* y la Ley Civil: ¿Una Diferencia Fundamental o Ninguna Diferencia?», en H. Bernstein, U. Drebnig, y H. Kutz (Eds.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1981, p. 381 y segundo.

de todas las otras cortes, hasta las más altas, con este extraordinario poder *erga omnes*.

Aún así, convergencias importantes han emergido que han disminuido las diferencias entre los dos modelos de control de la constitucionalidad de las leyes. Del lado europeo, a pesar de que el poder de decisión está limitado a la corte constitucional, autoridad para traer el caso, como ya he mencionado, ha sido expandido a todas las cortes (como, por ejemplo, en Alemania e Italia) o, por lo menos, a varias cortes (como en Austria después de mil novecientos setenta y cinco). Traer el caso implica, hasta cierto punto, una decisión preliminar acerca de cuán razonable es la duda de que la ley subexamine es anticonstitucional: esto quiere decir que todos los jueces son, de cierta manera, partícipes del proceso del control de la constitucionalidad de las leyes; y, por lo tanto, una apreciación del carácter vinculante y superior de la Constitución está diseminándose gradualmente entre los jueces.

3. Una última y desafiante parte de cualquier análisis comparativo -tal y como yo lo entiendo- es el esfuerzo de *evaluar* las soluciones dadas al problema o necesidad social envuelta. En nuestro caso, esto significa evaluar los dos sistemas básicos del control de la constitucionalidad de las leyes a la luz de las necesidades y problemas sociales que han traído a tantos países a adoptar este mecanismo (y aquí me refiero no sólo a nivel nacional sino también a nivel transnacional). En cuanto al nivel transnacional, que confieso haber ignorado un poco hasta ahora, mencionaré que sólo en el curso de un semestre reciente, las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, usualmente condenando a uno que otro de los países

miembros, han incluido temas como: la prohibición de castigo inhumano o degradante; el derecho a un juicio justo; que se debe presumir la inocencia del acusado; el derecho del acusado a ser informado en una manera precisa y detallada y en un lenguaje que se pueda comprender; el derecho a disponer de las facilidades y el tiempo adecuados para preparar la defensa; el derecho a la evidencia; el derecho a un intérprete gratuito; el derecho al respeto de la vida privada; la libertad de expresión; la libertad de recibir y circular comunicaciones; el derecho a asesoría legal; el derecho a una protección judicial efectiva; la prohibición de la discriminación basada en sexo, raza, color de la piel, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, etc. Esto es suficiente para dar una idea del gran y creciente impacto del control de la constitucionalidad de las leyes a nivel transnacional en Europa. Se podría decir lo mismo acerca del control de la constitucionalidad de las leyes a nivel nacional. La adjudicación constitucional se ha convertido en un elemento básico de la evolución legal y hasta política en países como Alemania, Italia, España, etc.

Volviendo a la evaluación del control de la constitucionalidad de las leyes, en mi opinión es positivo. Los derechos humanos se han protegido efectivamente en muchos casos, la arbitrariedad gubernamental se ha reducido y hasta eliminado. Los derechos sociales, por supuesto, han probado ser más difíciles de implementar. Pero aun en el área de los derechos sociales, los adjudicadores

* Para una ilustración al nivel transnacional, véase la discusión de la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Airey v. Irlanda*, en M. Cappelletti, B. Garth y N. Tröcker, «Acceso a la Justicia: Variaciones y Continuidad en un Movimiento Mundial», en *RechtsZeitschrift* (1982), p. 677. Una ilustración al nivel nacional fue proveída hasta por la corte Burges, que no es una corte famosa por su precipitación

constitucionales no se han visto totalmente desprovistos de poder ⁽⁹⁾. Por lo tanto, me parece justo decir que el control de la constitucionalidad de las leyes se ha confirmado como un instrumento valioso y útil, y que su tremenda expansión continuará.

4. El último tema es la gran pregunta –lo que yo solía llamar «el poderoso problema»– de la legitimidad del control de la constitucionalidad de las leyes, especialmente en lo que a legislación se refiere ⁽¹⁰⁾.

La pregunta se puede postular, en sus términos más simples, de la siguiente manera:

¿Es el control de la constitucionalidad de las leyes antidemocrático? ¿Es antimayoritario? Con un poco más de articulación la gran pregunta se puede resumir así:

a) Los jueces son, y por principio deben ser, independientes, insulados y generalmente con inmunidad. Si esto es así, ¿cómo se les puede permitir que controlen «la voluntad de los libremente elegidos representantes del pueblo»?

b) El control de la constitucionalidad de las leyes es inevitablemente, hasta cierto punto, creador de derechos (por la naturaleza vaga y llena de valorizaciones de las normas constitucionales): por lo tanto, dicen los críticos, que la consecuencia lamentable del

control de la constitucionalidad de las leyes sería una inevitable «politización» del rol judicial.

Ahora, para hacer esta historia corta, aquí presentaré mis respuestas a estas preguntas y retos básicos. Las respuestas están en la forma de un decálogo y por esto, a lo mejor, parezcan dogmáticas, provocativas y hasta ofensivas. Espero ansiosamente discusión y crítica. Aquí pues mis respuestas:

Primero. Con todo y sus riesgos, el control de la constitucionalidad de las leyes es *inevitable*. No hay otra alternativa viable y realista si queremos controlar efectivamente, y ponerle límites al poderío del «Gran Gobierno» moderno. Enfrentados con el crecimiento gigantesco de las ramas ejecutivas y legislativas en las sociedades modernas, la tercera rama (o una parte especial de ésta) debe de convertirse en un «tercer gigante» para implementar un sistema efectivo de pesos y contrapesos.

Segundo: El control de la constitucionalidad de las leyes es inevitable si queremos tener una Constitución que sea no una mera proclamación teórica sino *la ley más alta* de toda la nación. No hay otra manera de hacer efectiva la Constitución.

Tercero: El control de la constitucionalidad de las leyes también es inevitable en un sistema *federal* y/o *transnacional*, como se ha demostrado por los acontecimientos al nivel de la Comunidad Europea (aun con el Reino Unido a pesar de que éste tradicionalmente ha negado el control de la constitucionalidad de las leyes).

Cuarto: Las Cartas de Derechos deben de ser implementadas hasta en contra de la mayoría. El propósito de éstas es garantizar

social; ver *Ake v. Oklahoma*, 105 S. Ct. 1087 (1985) (estableciendo que los Estados de los EE.UU. tienen una obligación de asegurarse de que todos los indigentes acusados tengan asistencia legal gratuita si su condición mental en el momento del crimen podría ser relevante). Cual sea el caso, las decisiones de las Cortes Europeas Constitucionales son muy numerosas.

10. Capítulo 4 de *El Poder Judicial*, obra citada 10, subtítulo «El Poderoso Problema» de la revisión judicial».

la justicia del proceso político contra las manipulaciones de la mayoría o de una minoría en el poder. Así mismo, las cartas de derechos deben salvaguardar una esfera de libertad para las minorías y el ciudadano individual. Sólo una rama judicial independiente puede implementar estos derechos aun en contra de la voluntad mayoritaria.

Quinto: El proceso judicial es esencialmente «participatorio». Se empieza, y si es justamente conducido, se desarrolla con la participación continua de los ciudadanos que están más directamente envueltos en el conflicto de intereses particulares. Por esto, el crear derecho por los jueces no es necesariamente antidemocrático; hasta tiene un alto potencial de ser inherentemente democrático¹¹.

Sexto: Los jueces, a diferencia de los legisladores individuales y de muchos administradores, usualmente tienen que divulgar las razones de sus decisiones. Así son expuestos al público y tienen en cierta forma la obligación de rendir cuentas a la sociedad¹².

Séptimo: Muchas veces es más fácil para el ciudadano común tener acceso a las cortes que a las ramas políticas, como dijo un juez estadounidense: «la llave a la sala de juicios es simplemente una queja»¹³. Y, por supuesto, el acceso a la cortes es un elemento clave de un sistema democrático.

Octavo: La creación de derecho por los

jueces es usualmente lenta, gradual e inductiva¹⁴; es progresiva y basada en tratar, fracasar y volver a tratar. Por esto, el control está potencialmente bien ajustado a las circunstancias concretas y mutables de la vida real y de necesidades y aspiraciones sociales que están constantemente cambiando. La creación de derecho por parte de los Jueces puede estar hasta mejor equipada para responder a estas necesidades de la legislación, la cual está caracterizada por lo general y deductivo en lugar de lo concreto e inductivo. Roscoe Pound dijo que la legislación tiene la naturaleza de una profecía general, mientras la adjudicación tiene una naturaleza realista y concreta¹⁵.

Noveno: La adjudicación constitucional no es necesariamente la última palabra. Mayorías amplias pueden enmendar la Constitución y la interpretación judicial de ésta.

Décimo: Por último, y más importante, está la lección de la historia y del análisis comparativo. Este demuestra que ningún régimen liberal y dictatorial ha permitido un sistema efectivo del control de la constitucionalidad de las leyes. Las experiencias de la Alemania Nazi, del *Anschluss* austriaco, de la España Franquista, de Portugal bajo Salazar, son evidencia amplia de la incompatibilidad del control de la constitucionalidad de las leyes con el autoritarismo.

11. Este tema se discute en *El Proceso Judicial*, artículo nota 13, especialmente en el capítulo 1.

12. Responsabilidad judicial es el tema del capítulo 2 de *El Proceso Judicial*, artículo nota 19.

13. Shirley M. Harstadler, «En el Nombre de la Justicia», en *14 Stanford Lawyer*, p. 19 (1979).

14. Ver, e.g., G. Calabresi, «Incentives, Regulation and el Problema de la Obsolescencia Legal», en M. Cappadati (Ed.), *Nuevas Perspectivas para una Ley Común en Europa*, Leyden/Bruselas/Bruxelles/Finanz. Sijthoff/Klotz-Cotta/Bruylant/LeMennier, 1978, p. 291, en la p. 306.

15. «El descubrimiento judicial de la ley tiene una ventaja real en competencia con la legislación en el sentido de que trabaja con casos concretos y generaliza sólo después de un largo curso de tratar, fracasar y volver a trabajar (trial and error) ... La legislación, cuando es más que declaratoria, involucra las dificultades y los peligros de la profecía». R. Pound, *The Formative Era of American Law*, Boston, Little Brown and Co., 1938, p. 51.