

LA NECESIDAD Y LA LEGITIMIDAD DE LA REVISIÓN JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA. DESARROLLO RECIENTE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Visión panorámica de la revisión judicial en los ordenamientos actuales de América Latina*. III. A) *Sistema americano*. IV. B) *Sistema austriaco*. V. C) *Sistema mixto*. VI D) *El modelo socialista*. VII. *Tendencias predominantes*. VIII. *Inicio de una revisión judicial trasnacional*. IX. *La doctrina latinoamericana sobre la legitimidad y la necesidad de la revisión judicial*. X. *Qué se discute sobre la revisión judicial: A) La independencia de los jueces*. XI. B) *La preparación de los jueces*. XII. C) *La judiciabilidad de las cuestiones políticas*. XIII. D) *La existencia de cortes constitucionales y la declaración general de inconstitucionalidad*. XIV. *Los límites de la revisión judicial*. XV. *La eficacia de la revisión judicial. El contexto político, económico y cultural*. XVI. *Algunos indicadores de la revisión judicial*. XVII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Resulta muy complicado describir en unas cuantas líneas una visión panorámica de las cuestiones esenciales relativas a la necesidad y la legitimidad de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en América Latina, pues si bien no ha existido un debate doctrinal y jurisprudencial que pudiera equipararse a los que se han presentado en otros ordenamientos, particularmente en los angloamericanos y de Europa Continental en los últimos años,¹ debe tomarse en consideración que las legislaciones latinoamericanas han recibido influencias sobre su sistema de justicia constitucional, primero del sistema norteamericano, trasplantado sobre los derechos español o portugués, pertenecientes a la tradición jurídica romano-canónica,² y muy recientemente también del llamado sistema austriaco, a través del es-

¹ Estas controversias que resurgen periódicamente a partir de la famosa polémica en los años treinta entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, y que recientemente ha revivido con las críticas hacia la revisión judicial de Raoul Berger y Lord Devlin; situaciones examinadas con gran agudeza en el profundo estudio del destacado comparatista italiano Cappelletti, Mauro, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", *Revue internationale de droit comparé*, Paris, abril-junio de 1981, pp. 639-647.

² *Cfr.*, entre otros, David, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7a.

tablecimiento de tribunales constitucionales especializados,³ por lo que asume una gran complejidad.

2. En segundo lugar se advierte la ausencia de estudios sociológicos y de ciencia jurídica sobre la materia de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, puesto que la mayoría de los análisis que se han realizado asumen carácter jurídico, y en ocasiones elaborados con un criterio puramente normativo, lo que dificulta considerablemente el presente trabajo que debe apoyarse en referencias ocasionales o accesorias expresadas en algunos manuales de derecho o de justicia constitucional, en virtud de que las escasas investigaciones que abordan las cuestiones de necesidad y legitimidad del citado control constitucional en nuestra región han sido elaborados en su mayor parte por tratadistas norteamericanos o europeos.⁴

3. Finalmente, es preciso señalar que la falta de los análisis mencionados por parte de la doctrina latinoamericana nos llevó a solicitar de destacados tratadistas de la región, a través de un sencillo cuestionario, que nos proporcionaran datos actuales sobre la materia, los que nos han auxiliado para elaborar este trabajo al enviarnos información que no hubiéramos podido obtener de la bibliografía existente.

II. VISIÓN PANORÁMICA DE LA REVISIÓN JUDICIAL EN LOS ORDENAMIENTOS ACTUALES DE AMÉRICA LATINA

4. Con el propósito de tener un punto de partida para abordar las cuestiones relativas a la legitimidad y necesidad de la revisión judicial, es preciso, así sea en la forma más sintética posible, trazar una visión de conjunto sobre la situación actual de la institución en los ordenamientos latinoamericanos, sobre la cual existen varios trabajos que nos pueden servir de base.⁵

Ed., París, Dalloz, 1978, pp. 33-143; Merryman, John H., *The Civil Law Tradition. An introduction to Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, 1969.

³ Cfr. Fix Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, 1980, pp. 135-146.

⁴ Cfr. Eder, Phanor J., "Judicial Review in Latin America", *Ohio State Law Journal*, 1960, pp. 570-615; Rosenn, Keith S., "Judicial Review in Latin America", *Ohio State Law Journal*, 1974, pp. 785-819; Clark, David S., "Judicial Protection of the Constitution in Latin America", en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1975, pp. 403-441; Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis-Kansas City-New York, Bobbs-Merrill, 1971, pp. 45-100.

⁵ Además de los trabajos mencionados en la nota anterior, cfr. también, Fix-Zamudio, Héctor, "Latin American Procedures for the Protection of the Individual", *Journal of the International Commission of Jurists*, Ginebra, diciembre de 1968, pp. 59-95; *Id.* "Verfassungskontrolle in Lateinamerika" (trad. de Hans-Dieter Nahme

5. Sin embargo, debemos tomar en consideración que se han expedido o reformado sustancialmente varias Constituciones de Latinoamérica, como ha ocurrido con Ecuador (1978), Nicaragua (1979), Perú (1980), Chile (1980), Honduras (1982) y Panamá (reforma sustancial de 1983), y estos nuevos textos, aun cuando no en todos los casos, han planteado modificaciones importantes en el sistema de justicia constitucional consagrado por las leyes fundamentales anteriores.

III. A) SISTEMA AMERICANO

6. Es bien sabido y por ello no insistimos sobre esta situación, que el sistema de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes se introdujo en varias de las constituciones latinoamericanas posteriores a la independencia del régimen español debido a la influencia del régimen constitucional norteamericano (que fue difundido por la clásica obra de Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América del Norte*, conocida ampliamente en nuestra región al poco tiempo de la publicación de su traducción castellana),⁶ y que el primer documento que consagró dicha revisión fue la Constitución del Estado de Yucatán en la República Mexicana, promulgada el 16 de mayo de 1841,⁷ y a partir de esta fecha una gran parte de los ordenamientos latinoamericanos introdujeron con matices la propia revisión judicial de acuerdo con el modelo estadounidense.⁸

7. En la actualidad podemos afirmar que los ordenamientos que siguen más de cerca el modelo norteamericano, son las legislaciones de Argentina y Brasil, en cuanto que ambos países poseen un régimen federal con una doble jurisdicción; sistema de revisión judicial que se plantea por conducto del llamado *recurso extraordinario de inconstitucionalidad*. Por lo que se refiere a Argentina dicho medio de impugnación está regulado por los artículos 100 y 101 de la Constitución Nacional, de 1853-1860, todavía en vigor, y está regulado por la Ley

y Hans-Rudolf Horn), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen, Paul Siebeck, 1976, pp. 649-693.

⁶ La primera traducción al castellano fue realizada por A. Sánchez de Bustamante y publicada en París en 1836; la primera edición en francés fue publicada por Charles Gosselin en 1835; y en inglés como *Democracy in America*, traducida por H. Reeve y publicada en Inglaterra en 1835. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo" (trad. de Carl E. Schwarz), *California Western International Law Journal*, San Diego, primavera de 1979, p. 309.

⁷ Cfr. *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, Suprema Corte de Justicia, 1960, pp. 95-116.

⁸ Cfr. Eder, Phanor J., *Judicial Review in Latin America*, cit. *supra* nota 4, p. 571.

48 de 1863, y en la actualidad, también por los artículos 256 a 258 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de 1967.⁹

8. La situación es similar en el derecho brasileño, en el cual dicho recurso extraordinario está regulado por el artículo 119, fracción III, de la Constitución Federal de 1967, reformada en 1969, y también procede cuando se presenta un problema de contradicción entre una ley local o federal con la Carta Federal, ordenamiento federal o tratado internacional, correspondiendo su decisión final al Supremo Tribunal Federal.¹⁰

9. Otra institución muy similar a las anteriores, pero con la diferencia de que se refiere a un sistema unitario y no federal, es el llamado *recurso de inaplicabilidad* establecido en el artículo 80 de la Carta chilena vigente de septiembre de 1980, que también implica la facultad de la Corte Suprema para decidir en última instancia sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes.¹¹

10. En los tres casos mencionados, se sigue el sistema americano, en cuanto las cuestiones de inconstitucionalidad pueden plantearse ante todos los tribunales, sin importar su jerarquía, es decir, a través de un sistema difuso y la cuestión respectiva debe resolverse en forma incidental y prejudicial por el juez de la causa. La última instancia, que culmina con los recursos extraordinario o de inaplicabilidad, corresponde a la Corte o Tribunal Supremos, los que resuelven sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, pero sólo con efectos particulares para las partes que han intervenido en la controversia, lo que se traduce en la desaplicación de las disposiciones legales que se estiman contrarias a la Carta Fundamental.¹²

11. Una modalidad del sistema norteamericano está constituida por la institución del "amparo contra leyes", introducida por la Constitución Federal mexicana de 5 de febrero de 1857 y recogida por la Carta vigente de 5 de febrero de 1917, en virtud de que el juicio de amparo es el único instrumento por conducto del cual se puede im-

⁹ Cfr. entre otros, Imaz, Esteban y Ricardo R. Rey, *El recurso extraordinario* (2a. Ed., actualizada por Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio), Buenos Aires, 1962, pp. 13-16.

¹⁰ Cfr. entre otros, Pinto Ferreira, Luis, *Curso de direito constitucional*, 3a. Ed., São Paulo, Saraiva, tomo II, 1974, pp. 378-379, 383-385; Jacques, Paulino, *Curso de direito constitucional*, 9a. Ed., Río de Janeiro, Forense, 1983, pp. 335-340.

¹¹ Cfr. por lo que se refiere a la Constitución de 1925, Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, tomo III, pp. 432-445.

¹² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 111, septiembre-diciembre de 1978, pp. 651-652; Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit. *supra* nota 4, pp. 85-86.

pugnar un ordenamiento legal que se considera contrario a las disposiciones de la Constitución Federal, ya sea en forma directa al combatir los actos legislativos, o de manera indirecta a través de la impugnación de la sentencia judicial en la cual se hubiese aplicado un ordenamiento que se estima contrario a la Ley Suprema. En todo caso la decisión pronunciada en única o segunda instancia por la Suprema Corte de Justicia o los Tribunales Colegiados de Circuito tiene efectos particulares para el caso concreto y sólo para las partes.¹³

12. Por influencia del derecho mexicano otros ordenamientos centroamericanos han establecido esta institución, en ocasiones al lado de otros medios de control de la constitucionalidad de las leyes, como ocurre en el caso de Guatemala (Constitución de 1965, y artículo primero, fracción 2a., de la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad de 3 de mayo de 1966),¹⁴ y también, siguiendo el ejemplo del derecho mexicano, los ordenamientos constitucionales y leyes reglamentarias de Honduras y Nicaragua confieren al juicio de amparo la impugnación de las leyes inconstitucionales por la persona directamente interesada y con efectos particulares para el caso concreto. Así lo dispone el artículo 183 de la Carta Fundamental de Honduras de enero de 1982 y la Ley de Amparo de 14 de abril de 1936, reformada en varias ocasiones, la última también en febrero de 1982; así como por el Estatuto Fundamental de Nicaragua, promulgado el 20 de julio de 1979; el Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses de 21 de agosto siguiente (artículo 50) y por la nueva Ley de Amparo de 28 de mayo de 1980.¹⁵

13. Inclusive los ordenamientos de Ecuador y Perú que no habían regulado la revisión judicial, lo han establecido recientemente, siguiendo en parte el modelo norteamericano; al respecto podemos citar el artículo 138 de la Constitución ecuatoriana de enero de 1978¹⁶ y 236

¹³ Es lo que se ha calificado como "Fórmula Otero", por haber sido elaborada por el destacado jurista mexicano Mariano Otero en el documento constitucional denominado "Acta de Reformas" de 1847, en el cual se creó la institución en el ámbito nacional, *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo*, cit., *supra* nota 6, p. 313.

¹⁴ *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "The Writ of Amparo in Latin America" (trad. de Carl E. Schwarz), *Lawyer of the Americas*, Miami, invierno de 1981, pp. 375-376; Aguirre Godoy, Mario, *Protección procesal de los derechos humanos*, Quetzaltenango, septiembre de 1972; *Id.* *Derecho procesal civil*, Universidad de San Carlos, Guatemala, 1973, tomo I, pp. 133-134; García Laguardia, Jorge Mario, "El habeas corpus y el amparo en el derecho constitucional guatemalteco", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núms. 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 53-56.

¹⁵ *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *The Writ of Amparo in Latin America*, cit. nota anterior, pp. 376-377.

¹⁶ De acuerdo con el citado precepto: "Corresponde la Corte Suprema de Justi-

de la Constitución peruana que entró en vigor en julio de 1980, si bien la institución se había introducido en la Ley Orgánica del Poder Judicial peruano de 25 de julio de 1963.¹⁷

IV. B) SISTEMA AUSTRIACO

14. No obstante el predominio de la tradición americana de control de la constitucionalidad de las leyes, paulatinamente se ha introducido el sistema austriaco, que como es bien sabido y al menos teóricamente, posee los principios opuestos al primero, en virtud de que se apoya en el funcionamiento de un tribunal o una corte constitucional especializados, que conocen de la cuestión de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas impugnadas, las cuales no pueden decidir los jueces ordinarios, y además, las sentencias de dichos tribunales especializados poseen efectos generales para el futuro.¹⁸

15. De acuerdo con este modelo, y en forma paralela a la desaplicación de las disposiciones legales en cada caso concreto, se han creado tribunales constitucionales en el ámbito latinoamericano, primero con la llamada *Corte de Constitucionalidad*, introducida por el artículo 262 de la Constitución de la República de Guatemala de 15 de septiembre de 1965, y por los artículos 105 a 111 de la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad de 20 de abril de 1966. Esta Carta Fundamental fue abrogada en el mes de marzo de 1982, por el golpe militar del general Efraín Ríos Mont (que a su vez fue destituido con

cia, suspender —total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte— los efectos de leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales, por la forma o por el fondo. La Corte somete su decisión a resolución de la Cámara Nacional de Representantes, o, en receso de ésta, al plenario de las Comisiones Legislativas. Ni la resolución de la Corte Suprema, ni la de la Cámara Nacional de Representantes, ni la del plenario de las Comisiones Legislativas, tienen efectos retroactivos. Sin perjuicio de esta facultad, la *Corte Suprema* —en los casos particulares en los que avocare conocimiento— *declarará inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución*. Esta declaración no tiene fuerza obligatoria sino en las causas materia de su pronunciamiento. La sala informa el pleno del Tribunal para los efectos determinados en el inciso anterior.”

¹⁷ Esta disposición ordena: “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.” *Cfr.* Pareja Paz Soldán, José, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, Lima, 1981, pp. 368-372.

¹⁸ Para las características del sistema austriaco debe consultarse el clásico estudio de Kelsen Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice Constitutionnelle)”, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, 1928, pp. 197-257, y para las diferencias con el sistema americano, también debe acudirse a otro trabajo también clásico del ilustre vienés, “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions”, *Journal of Politics*, Gainesville, Flo., 1942, pp. 183-200.

posterioridad por un nuevo cuartelazo), y fue sustituida por un Estatuto de Gobierno que convocó a un Congreso Constituyente que debe reunirse próximamente. El mencionado Estatuto mantuvo el amparo y el *habeas corpus* pero suprimió el recurso de constitucionalidad y por tanto a la mencionada Corte, la cual cuando estuvo en vigor no tenía carácter permanente sino que se integraba cada vez que se planteaba el citado recurso de inconstitucionalidad, lo que ocurrió en muy pocas ocasiones (ver *infra* párrafo 124).¹⁹

16. Le siguió el *Tribunal Constitucional* chileno creado por los artículos 78 a) y 78 b) de la Carta Constitucional de 1925, reformada el 21 de enero de 1970, reglamentados por el Estatuto Jurídico sobre organización y funcionamiento del referido tribunal, que expidió dicho organismo el 16 de noviembre de 1971, con funciones, entre otras, de control previo de los proyectos de ley o de tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. El propio Tribunal fue suprimido por el gobierno militar surgido del golpe de Estado de septiembre de 1973. Curiosamente, el mismo gobierno militar propició su restablecimiento, con funciones similares a las anteriores, en los artículos 81 a 83 de la nueva Constitución aprobada en plebiscito celebrado en septiembre de 1980; preceptos reglamentados por la Ley Orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, expedida por la Junta de Gobierno en uso de facultades legislativas; habiéndose constituido dicho Tribunal no obstante que no se ha restablecido el Congreso.²⁰

17. El Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú, fue creado por los artículos 296 a 304 de la Constitución que entró en vigor en julio de 1980, y ha sido reglamentado por la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, expedida por el Congreso y promulgada el 19 de mayo de 1982. El ordenamiento peruano, al menos en teoría, es el más avanzado de los que toman como modelo el sistema austriaco en América Latina, y en la estructura, competencia y fun-

¹⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit. *supra* nota 3, pp. 135-142; Aguirre Godoy, Mario, "Protección procesal de los derechos humanos", *Septem-y Partitarum*, Guatemala, 1976, pp. 938-993; García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1983, pp. 73-79.

²⁰ Sobre la institución en la Carta anterior de 1925, cfr. Silva Cimma, Enrique, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977; Silva Bascuñán, Alejandro, "El Tribunal Constitucional", *Reforma constitucional de 1970*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 199-274. Para un análisis de la ley orgánica del tribunal constitucional actual, cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Dos leyes orgánicas de tribunales constitucionales latinoamericanos. Chile y Perú", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 50, enero-abril de 1984 (en prensa).

cionamiento de dicho tribunal especializado se advierte la influencia próxima de las Constituciones españolas de 1931 y 1978.²¹

V. C) SISTEMA MIXTO

18. Como tal debemos considerar aquel que se sitúa en una posición intermedia de los dos modelos anteriormente citados, en cuanto toma del americano la impugnación ante un órgano judicial ordinario, así sea el de máxima jerarquía, y del austriaco, los efectos generales del fallo que declara la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas.

19. Dentro de esta categoría intermedia debemos considerar la institución calificada como *acción popular de inconstitucionalidad*, y que en esencia consiste en la facultad de todo gobernado para acudir ante la Suprema Corte de Justicia respectiva para reclamar la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, y si la Suprema Corte declara dicha inconstitucionalidad, la misma tiene efectos generales para el futuro, es decir, que el ordenamiento combatido no puede ser aplicado con posterioridad al fallo.²²

20. Esta institución fue introducida en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela y se extendió posteriormente a otras legislaciones latinoamericanas. Actualmente está regulada por los artículos 214 de la Constitución colombiana de 1886, reglamentado por la ley número 96 de 1936 y el decreto 432 de 1969; 215, ordinales 3º y 4º de la Carta venezolana de 1961, reglamentado por la Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia promulgada el 30 de julio de 1976; 203, fracción I, de la Constitución de la República de Panamá de 1972, reformada en 1983 y reglamentado por la Ley sobre Recursos Constitucionales y de Garantía de 24 de octubre de 1956; 96 de la Carta salvadoreña de 8 de enero de 1962, y regulada por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960; y 153, parágrafo 31, de la Constitución Federal brasileña de 1967, reformada en 1969, y reglamentado por la Ley número 4,717, de 29 de junio de 1965.²³

²¹ Cfr. García Belaúnde, Domingo, "La influencia española en la Constitución peruana. A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales", *Revista de derecho político*, Madrid, núm. 16, invierno de 1982-1983, pp. 201-207; Pareja Paz Soldán, José, *Derecho constitucional peruano*, cit. *supra* nota 17, pp. 365-372.

²² Sobre los aspectos generales de la acción popular de inconstitucionalidad en los ordenamientos latinoamericanos, cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 136-144.

²³ La bibliografía, particularmente por lo que se refiere a los derechos colombiano y venezolano, es muy amplia y puede consultarse en el estudio y páginas mencionados en la nota anterior, y sólo agregaremos la referencia a la nueva edición del

21. Mención especial debemos de hacer del sistema colombiano, por la amplitud de facultades de la Corte Suprema en esta materia, en virtud de que puede declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales por vicios de forma, y de acuerdo con esta atribución la propia Corte se ha pronunciado en dos ocasiones recientes para dejar sin eficacia las modificaciones de carácter constitucional, por fallos de 25 de mayo de 1978 y 3 de noviembre de 1981.²⁴ En segundo término se observa la tendencia hacia un verdadero tribunal constitucional especializado, que se advierte en 1968 con la creación de la Sala Constitucional dentro de la Suprema Corte de Justicia, todavía con carácter dictaminador, pero en las reformas constitucionales de 4 de diciembre de 1979, se pretendió otorgarle autonomía para varios supuestos de revisión judicial, si bien este intento fracasó debido al citado fallo de la Suprema Corte de 3 de noviembre de 1981, que declaró inconstitucional esta modificación.²⁵

22. También dentro de este sector debemos mencionar a los ordenamientos latinoamericanos que si bien no aceptan una verdadera acción popular, sin embargo, los fallos de inconstitucionalidad de las leyes asumen carácter general y en esta dirección podemos citar el recurso de constitucionalidad previsto por los artículos 962 a 969 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica de 25 de enero de 1933, reformado el 23 de diciembre de 1937; así como las instituciones reguladas por los artículos 99 y 170, fracción I; 30; y 126, fracción I, inciso c), de las provincias argentinas del Chaco, del Neuquén y de Santiago del Estero, respectivamente, promulgadas, también el 28 de noviembre de 1957 y 2 de junio de 1939, reformada el 7 de agosto de 1960.²⁶

23. También dentro de esta categoría están comprendidas las funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por los artículos 140 a 142 de la Constitución ecuatoriana de 1978, el cual, no obstante su nombre, carece de poderes decisorios, teniendo exclusivamente de consulta, pues puede formular observaciones acerca de las disposi-

clásico libro del distinguido constitucionalista colombiano, Sáchica, Luis Carlos, *Constitucionalismo colombiano*, 7a. Ed., Bogotá, Temis, 1983, pp. 91-110.

²⁴ El primero de dichos fallos fue agudamente comentado por el distinguido procesalista colombiano Devis Echandía, Hernando, "Proceso y jurisdicción constitucional en Colombia y el caso de la sentencia de la Corte Suprema que declaró inexecutable la última reforma constitucional", en su libro *Estudios de derecho procesal*, Bogotá, Editorial ABC, 1979, t. I, pp. 149-155.

²⁵ Estas reformas de 1979 han sido analizadas con profundidad por el citado constitucionalista Sáchica, Luis Carlos, en su monografía *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, 2a. Ed., Bogotá, Temis, 1980, pp. 141-152.

²⁶ Cfr. Fix-Zamudio Héctor, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, cit. supra nota 12, pp. 657-658.

ciones legislativas que considere inconstitucionales; opiniones que, si no son aceptadas, puede publicarlas por la prensa y las pone a consideración de la Cámara Nacional de Representantes o del plenario de las Comisiones Legislativas, en receso de aquélla, para que resuelva lo pertinente. Pero además, por reformas constitucionales publicadas el primero de septiembre de 1983, con vigor el 10 de agosto de 1984, se considera punible el desacato a las observaciones de inconstitucionalidad formuladas por el citado Tribunal.

VI. D) EL MODELO SOCIALISTA

24. Muy brevemente señalamos adopción del sistema soviético de justicia constitucional en la Carta socialista cubana aprobada por referéndum de 24 de febrero de 1976, y cuyo artículo 70, inciso 1, atribuye a la Asamblea Nacional de Poder Popular, la facultad de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones de carácter general, así como también respecto de aquellos actos del poder público emanados de órganos locales.²⁷

VII. TENDENCIAS PREDOMINANTES

25. De acuerdo con la descripción sintética que hemos realizado con anterioridad, se desprende que un sector importante de los ordenamientos latinoamericanos se han afiliado al llamado sistema americano de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, con diversos matices derivados de la adaptación o trasplante del modelo norteamericano sobre un trasfondo jurídico hispánico y portugués, perteneciente a la familia romano-canónica, y que podemos considerar como una confluencia entre los sistemas jurídicos angloamericano y continental europeo.²⁸

²⁷ Cfr. Chalbaud-Zerpa, Reinaldo, *El nuevo sistema socialista cubano*, Mérida, Venezuela, Universidad de Los Andes, pp. 59-61; Azicri Max, "Change and Institutionalization in the Revolutionary Process: The Cuban Legal System in the 1970's", *Review of Socialist Law*, Alphen aan den Rijn, Vol. 6, 1980, pp. 168-171. Con anterioridad a la actual constitución socialista, el ordenamiento cubano pertenecía al sistema intermedio de revisión judicial, puesto que el llamado Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, como sala especializada del Tribunal Supremo, cuando declaraba la inconstitucionalidad de una ley lo hacía con efectos generales, cfr. Merino Brito, Eloy G., *El recurso de inconstitucionalidad, y su jurisprudencia*, La Habana, 1933, pp. 18 y ss.; Zamora, Juan Clemente, "La defensa de la Constitución en la legislación cubana", *Revista mexicana de derecho público*, México, octubre-diciembre de 1946, pp. 123 y ss.

²⁸ Como un ejemplo de esta confluencia podemos citar a la evolución del derecho de amparo en el ordenamiento mexicano, cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "The Con-

26. Sin embargo, en épocas recientes se advierte, de una manera paulatina, la introducción del sistema de justicia constitucional calificado como austriaco, el que se manifiesta por conducto del establecimiento de tribunales constitucionales especializados cuyas resoluciones, cuando declaran la inconstitucionalidad de una ley, poseen efectos de carácter general. Sin embargo, el predominio de la revisión judicial americana ha determinado que, en forma diversa al citado modelo austriaco, se conserve contemporánea o paralelamente la facultad de los jueces ordinarios, o de algunos de ellos para decidir con efectos particulares sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas en los procesos concretos de los cuales conocen; lo que resulta incompatible con los ordenamientos europeos que regulan el funcionamiento de cortes o tribunales constitucionales, únicos que pueden decidir sobre los problemas de constitucionalidad de leyes, puesto que los tribunales ordinarios deben elevar los autos al organismo especializado respectivo.²⁹

27. También el mencionado predominio de la influencia estadounidense se advierte en algunos ordenamientos que adoptan un sistema mixto o intermedio, de acuerdo con el cual, ya sea por conducto de una acción popular o por instancia de parte interesada, las Cortes o Tribunales Supremos, cuando deciden sobre la inconstitucionalidad de una ley, lo hacen con efectos generales para el futuro, pero en la mayor parte de estas legislaciones no se impide el funcionamiento paralelo de los efectos particulares de la desaplicación de las disposiciones legislativas por parte de los tribunales ordinarios en los procesos concretos.

VIII. INICIO DE UNA REVISIÓN JUDICIAL TRANSNACIONAL

28. La doctrina europea ha señalado el surgimiento de una revisión judicial transnacional de la constitucionalidad de las leyes, derivada del reconocimiento en numerosas constituciones de esta segunda posguerra de la aplicación directa de tratados internacionales y de las reglas de derecho internacional generalmente reconocidas, así como de la supremacía del derecho comunitario creado por los órganos de las comunidades europeas e interpretado de manera uniforme por el Tribunal de Luxemburgo, además del establecimiento de los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos a través de la

fluence of Common Law and Continental European Law in the Mexican Writ of Amparo", *The Mexican Forum*, Austin, octubre de 1983, pp. 4-9.

²⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit., *supra* nota 3, pp. 135-156.

Comisión y de la Corte Europea de los Derechos del Hombre, con residencia en Estrasburgo, todo lo cual trae consigo numerosos conflictos entre las disposiciones constitucionales internas y las normas internacionales y comunitarias.³⁰

29. En América Latina esta posibilidad es apenas incipiente, tomando en consideración, en primer lugar que, debido a las constantes intervenciones de potencias extranjeras durante el siglo XIX y principios del presente, se ha generado en un sentimiento nacionalista que se refleja en un concepto tradicional de soberanía política consagrado en los textos fundamentales de la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, en los cuales las controversias entre las normas de los tratados internacionales y las internas de carácter constitucional, se han resuelto de acuerdo con la tradición norteamericana, que otorga a las primeras el carácter de normas ordinarias internas que pueden ser objeto de desaplicación si contradicen a las disposiciones de carácter constitucional.³¹

30. Sin embargo, a partir de la segunda posguerra se han hecho intentos por establecer tanto normas comunitarias como organismos de justicia internacional. Dentro de los primeros ensayos podemos señalar la integración económica centroamericana, iniciada en 1958, así como la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, constituida en Montevideo, por el tratado de 18 de febrero de 1960; pero sin resultados prácticos apreciables, sino más bien fallidos, debido a dificultades insuperables tanto de orden político como económico.³²

31. Así sea en una región más restringida, se ha podido desarrollar un sistema de integración económica que ha creado varios instrumentos jurídicos comunitarios, a través del Pacto Andino, consagrado en el Acuerdo de Cartagena, firmado el 26 de mayo de 1966, por Colombia, Chile, Perú, Ecuador y Bolivia, al que posteriormente ingresó Venezuela, pero fue abandonado por Chile.

32. Ha sido importante la elaboración de normas jurídicas comunitarias, y por ello se creó recientemente el Tribunal Andino, con residencia en Quito, Ecuador, y cuyo estatuto fue aprobado por los ór-

³⁰ Cfr. Cappelletti, Mauro, *Necessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, cit., *supra* nota 1, pp. 135-156, quien analiza con profundidad el problema relativo al nacimiento de una "justicia constitucional transnacional", referida esencialmente a las comunidades económicas europeas.

³¹ Cfr. Bowie, Robert R., y Carl L. Friedrich, *Estudios sobre el federalismo*, trad. de Susana Barrancos, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pp. 357-360.

³² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Héctor Cuadra Moreno, "Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en Latinoamérica". *Anuario Jurídico-I*, México, 1974, pp. 93-122.

ganos de la comunidad en la propia ciudad de Quito los días 18 y 19 de agosto de 1983; el que se integra por cinco jueces, uno por cada Estado miembro, con funciones similares a las del Tribunal de Luxemburgo, que consisten en declarar el derecho andino, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo de manera uniforme.³³

33. También debemos mencionar el surgimiento de jurisdicción internacional dirigida a la protección de los derechos humanos, por conducto de la Comisión y de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la primera surgida con anterioridad, pero ambas consagradas por los artículos 33 y 73 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1979 y en vigor el 18 de julio de 1978; de acuerdo con el modelo europeo.³⁴

34. La citada Corte Interamericana inició sus funciones en San José Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, y su primera decisión fue pronunciada el 13 de noviembre de 1981. Está formada con siete jueces, debido a que sólo se han sometido a su jurisdicción el mismo número de países de nuestra región (los que por el contrario, en su mayor parte han aceptado la actividad de la Comisión Interamericana),³⁵ debido a la tradicional desconfianza hacia la intervención de organismos internacionales que puedan revisar decisiones internas.

35. No obstante que estas instituciones de derecho comunitario e internacional son muy recientes, constituyen, a nuestro modo de ver, el inicio de un sistema de revisión judicial transnacional de la constitucionalidad de las leyes, y ya se advierte en algunas constituciones latinoamericanas recientes el reconocimiento de la primacía de estas normas externas,³⁶ y cuya expresión más vigorosa está representada por el artículo 305 de la Constitución del Perú de 1980, según el cual:

³³ Dicho tribunal fue creado por el tratado suscrito en Cartagena, Colombia, el 28 de mayo de 1979, y entró en vigor con la ratificación por parte de Venezuela, último país que suscribió dicho convenio, el 19 de mayo de 1983. Cfr. las cartas informativas de la Junta del Acuerdo de Cartagena, *Grupo Andino*, núms. 137 y 139-140, Lima, Perú, junio, y agosto-septiembre de 1983. En relación con los problemas relativos al control de la constitucionalidad y el derecho comunitario andino, Cfr. Sáchica, Luis Carlos. *Constitucionalismo colombiano*, cit. *supra* nota 23, p. 110.

³⁴ Cfr. *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos*, Washington, OEA, 1980.

³⁵ Cfr. Memoria de la Instalación de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, septiembre de 1979; la mencionada sentencia aparece publicada en inglés en *International Legal Materials*, Washington, noviembre de 1981, pp. 1424-1435.

³⁶ Como un ejemplo podemos citar lo establecido por el artículo 3º de la Constitución ecuatoriana de 1978: "El Estado ecuatoriano acata los principios del derecho internacional; proclama la igualdad jurídica de los Estados; propugna la solu-

Agotada la jurisdicción interna, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce (esa lesión puede provenir de un ordenamiento legislativo nacional), puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú.

IX. LA DOCTRINA LATINOAMERICANA SOBRE LA LEGITIMIDAD Y LA NECESIDAD DE LA REVISIÓN JUDICIAL

36. La doctrina latinoamericana no ha cuestionado mayormente la legitimidad ni la necesidad de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Hemos examinado las principales obras y artículos sobre la materia en los últimos treinta años y casi no hemos encontrado ningún argumento en contra de su legitimidad o de su necesidad. Además, enviamos un cuestionario³⁷ a distinguidos juristas latinoamericanos sobre diversos aspectos de la *judicial review* de las leyes, y les preguntamos si en sus respectivos países la doctrina, o alguno de los poderes políticos o algún partido político había objetado, en el tiempo indicado en las líneas anteriores, la *judicial review*. La contestación fue realmente negativa, salvo en el caso de Venezuela.³⁸

37. Recordemos los principales argumentos que ha esgrimido la doc-
ción pacífica de las controversias entre naciones y la asociación de Estados con miras a la cooperación y a la *integración económico-social* de sus pueblos, especialmente con los iberoamericanos, a los que se halla unido por vínculos de solidaridad e interdependencia, nacidos de su identidad de origen y cultura."

³⁷ Los distinguidos juristas y profesores que contestaron nuestro cuestionario, y a quienes expresamos nuestro reconocimiento fueron: Carlos Arce Brown (Bolivia); Germán J. Bidart Campos (Argentina); José Alfonso Da Silva (Brasil); Domingo García Belaúnde (Perú); Jorge Mario García Laguardia (Guatemala); Héctor Gros Espiell (Uruguay); Humberto J. La Roche (Venezuela); Humberto Quiroga Lavié (Argentina); Julio César Ortiz y Dídimo Páez Velandia (Colombia).

³⁸ En la interesante obra de García Laguardia, Jorge Mario, *La Defensa de la Constitución*, cit., *supra* nota 19, p. 19, se sostiene por dicho autor que: "Esta vez, las críticas (a la *judicial review*), con los mismos argumentos, vienen desde la derecha conservadora. Lo que prueba la validez de fondo de las reservas." En páginas posteriores queda claro que García Laguardia no objeta la legitimidad de la *judicial review* sino su escasa y deficiente aplicación en Guatemala. Echeverría S., Buenaventura, en su libro *Derecho constitucional guatemalteco*, Guatemala, Tipografía Nacional, 1944, pp. 604-605, ciertamente no ve con completa simpatía la revisión judicial de las leyes, pero tampoco señala argumentos en contra de tal revisión. En Bolivia, los partidos políticos lo que han objetado es la forma de designación, durante los gobiernos de facto, de los magistrados y jueces. En Venezuela sí se han cuestionado algunos aspectos relativos a la *judicial review*; Wolf, Ernesto, en su libro *Derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1945, tomo II, afirma que la Corte Suprema ha retardado la legislación social, y Tovar, Orlando, en *La jurisdicción constitucional* sostiene que no ha sido fortalecida la acción popular ni hay una visión de imparcialidad absoluta. Estos datos han sido tomados del cuestionario del profesor Humberto La Roche.

trina latinoamericana³⁹ para apoyar la *judicial review*. Claro está que muchos de esos argumentos ya habían sido señalados con anterioridad por autores de otras regiones.⁴⁰ Los mencionados argumentos son principalmente:

38. a) La labor del juez es precisamente "decir el derecho" en el caso concreto. Escoger cuál norma aplicar. Los jueces al resolver el caso particular están obligados a anteponer la Constitución —por el principio de supremacía— a la norma secundaria que la viola.

39. La Constitución es la norma suprema y si una ley ordinaria la infringe y no prevalece la Constitución, entonces ésta resulta un intento absurdo por limitar el poder y asegurar las libertades. En consecuencia, no es concebible que un juez aplique una norma anticonstitucional.

40. b) La interpretación constitucional es una tarea técnica muy delicada pues se necesitan profundos conocimientos jurídicos —y también políticos—. Quienes están mejor preparados para realizarla son los jueces⁴¹ por su especialización y por la función que efectúan.

41. c) Los órganos políticos —legislativo y ejecutivo— hacen las leyes y los reglamentos. Difícilmente admitirán —de buena o mala fe— que su obra peca de anticonstitucional. Luego, ese examen debe realizarlo un órgano diferente a ellos.

42. d) Los jueces, al contrario de los legisladores y de los administradores, no representan los intereses partidistas, locales o de grupo,

³⁹ Entre otros, se pueden señalar los siguientes: Sáchica, Luis Carlos, *Constitucionalismo colombiano*, cit. *supra* nota 23, pp. 100-102; Vescovi, Enrique, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales de América Latina*, "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", México, UNAM, 1977, p. 195; Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1976, t. II, p. 95. Bustamante Cisneros, Ricardo, "Independencia y reforma del poder judicial", *Anales judiciales*, Lima, 1958, pp. 25 y 55; García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, cit. *supra* nota 19, pp. 72-75.

⁴⁰ Entre algunos de los más importantes se pueden señalar los siguientes: Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, en *Anuario Jurídico-I*, México, UNAM, 1974, pp. 490-492; Cappelletti, Mauro, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, cit. *supra* nota 1, pp. 628-635, 641-647; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 175-178; Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, t. I, 1975, pp. 519-525.

⁴¹ Al respecto se puede consultar a Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", *Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1971, pp. 271-309; Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1980, pp. 65-86; Linares Quintana Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. Ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. III, pp. 648-653; Romero, César Enrique, "La Corte Suprema y la interpretación constitucional", *La Ley*, Buenos Aires, tomo CX, 1963, p. 2.

sino al país, a la nación. Constituyen un órgano neutro en cuanto no son partidistas, lo que les reafirma una representación mayor que si fueran electos popularmente. No hay que olvidar, sin embargo, que los jueces por medio de su designación representan la política imperante de ese tiempo.

43. e) Cuando la interpretación constitucional no persigue favorecer a un partido o a un grupo político, la Constitución se fortalece, lo que tiene efectos favorables en la sociedad al afianzarse el papel del derecho como rector de la propia vida social.

44. f) Si bien no es posible desconocer que la función de la *judicial review* es en parte política, hay que enfatizar que esa función tiene que analizarse con criterios y procedimientos jurídicos. La labor de la *regularidad* de la ley, en la terminología de Kelsen, es de carácter técnico-jurídico. El límite que tiene la *judicial review* es la propia Constitución. Entre la política y el derecho el juez tiene que guiarse y ajustarse al derecho.

45. g) La permanencia de los jueces facilita que la interpretación constitucional sea menos cambiante, y si los jueces son al mismo tiempo las mejores inteligencias jurídicas del país, representan mejor que otros los verdaderos intereses de la sociedad como tal.

46. h) Los jueces expresan las razones de su decisión lo que indudablemente refuerza la legitimidad de ella.

47. i) El problema actual del Estado democrático no es la existencia de poderes fuertes sino el de controles mutuos entre ellos. Ante el enorme y tremendo crecimiento del gobierno —ejecutivo y legislativo— es indispensable, si queremos subsistir en un régimen democrático, el control por parte del judicial de los actos de aquéllos. Como bien expresa el profesor Cappelletti, en un bello y hermoso ensayo, sólo un sistema bien equilibrado de controles recíprocos puede combinar sin peligro para la libertad, poderes legislativo y ejecutivo fuertes con un judicial asimismo fuerte; en este balance de poderes se encuentra el verdadero secreto del gran éxito de la Constitución americana.⁴²

48. j) Las declaraciones de derechos humanos —nacionales e internacionales— contienen e intentan preservar una serie de valores que para no ser sólo principios éticos o morales, deben ser confiados a quienes pueden defenderlos, independientemente de los poderes políticos que son los que con mayor frecuencia los violan. Son los jueces quienes mejor pueden proteger a los grupos minoritarios o marginados.

49. Asimismo, la terminología de los derechos fundamentales y la de los sociales no es todo lo precisa que fuera de desearse, y son los jue-

⁴² Cfr. Cappelletti, Mauro, *Nécessité et légitimité*, cit. *supra* nota 1, p. 634.

ces quienes mejor pueden definir e impulsar la protección de estos derechos al no estar guiados por intereses partidistas o de grupo.

50. *k*) Los jueces al realizar la función de la *judicial review* no se colocan por encima del poder legislativo, sino que están haciendo prevalecer la norma cúspide del orden jurídico, están respetando la voluntad del poder constituyente, y

51. *l*) A través del poder judicial y de esta función se resuelven muchos problemas y no por medio del ejército. Este aspecto es especialmente importante en varios de los países de la región.

52. Ahora bien, en América Latina también, aunque es bastante innecesario en la región, pero se hace por influencias de otros lugares, se esgrimen argumentos defensivos a las críticas a la *judicial review*. Como ejemplo se puede señalar el libro de Carlos Bolívar Pedreschi,⁴³ que afirma que aquella no propicia usurpación de funciones, no quiebra el equilibrio de poderes, no endurece al derecho y no politiza a la justicia.

53. En el año de 1975, se celebró en la ciudad de México el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, al cual asistieron los profesores y tratadistas más representativos de la región, así como observadores norteamericanos y europeos. Uno de los temas que se discutieron fue el de la función del poder judicial en América Latina. Dicho Congreso aprobó tres conclusiones importantes⁴⁴ para este ensayo y que transcribimos porque representan como nada el pensamiento latinoamericano al respecto:

54. *Conclusión segunda:* Resulta indispensable la reafirmación de la función política del organismo judicial, entendida como intervención técnica para determinar el alcance y el espíritu de las normas constitucionales la que asume particular dificultad en el ámbito latinoamericano debido a la existencia de organismos ejecutivos predominantes, y en algunos casos dictatoriales; y esta función se centra en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, reconocida por casi todas las leyes fundamentales de Latinoamérica, pero además en la interpretación directa o indirecta de las disposiciones supremas y la tutela de los derechos humanos consagrados en la Carta Fundamental.

55. *Conclusión cuarta:* La función jurisdiccional de los tribunales latinoamericanos, especialmente las Cortes Suprema y el ejercicio de la función de justicia constitucional, sólo podrá lograr efectividad, así

⁴³ Cfr. Bolívar Pedreschi, Carlos, *El control de la constitucionalidad en Panamá*, Panamá, Ediciones Fábrega, López, Pedreschi y Galindo, 1965, pp. 88-102.

⁴⁴ Estas conclusiones pueden consultarse en la obra *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, cit. *supra* nota 39, pp. 201-204.

sea limitada, cuando se superen los obstáculos hasta ahora insalvables de la interpretación desorbitada de los actos políticos y de gobierno, así como las constantes declaraciones de emergencia y la promulgación de estatutos calificados, con razón o sin ella, de revolucionarios. . .

56. *Conclusión quinta:* En la realización del control de la constitucionalidad de las leyes, los tribunales latinoamericanos deben superar el principio adoptado por razones históricas de la desaplicación concreta de la ley, para consignar el de declaración general de inconstitucionalidad tomando en cuenta las particularidades y experiencias de cada régimen jurídico, con el objeto de darle verdadera eficacia práctica.

57. De la simple lectura de esas conclusiones se reafirma el pensamiento apuntado: en América Latina generalmente no se cuestiona la legitimidad ni la necesidad de la *judicial review* sino que existe una profunda preocupación por su *eficacia*, de lo que nos ocuparemos más adelante, y por su perfeccionamiento. Sin embargo, respecto a la *judicial review* sí se discuten diversos tópicos como son, entre otros, la independencia del poder judicial, la preparación de los jueces, la judicialidad de las "cuestiones o actos políticos y de gobierno", la existencia de cortes o tribunales constitucionales y los efectos particulares o generales de las sentencias que versan sobre la revisión judicial de las leyes. Veamos en forma breve cada uno de estos aspectos.

X. QUÉ SE DISCUTE DE LA REVISIÓN JUDICIAL: A) LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

58. Los países de América Latina han vivido llenos de problemas políticos, económicos y sociales, a los que luego nos referiremos, y que desde luego afectan la eficacia no sólo de la justicia constitucional, sino incluso de la jurisdicción ordinaria.

59. Los regímenes autoritarios y militares al tomar el poder expiden una serie de documentos de la más diversa denominación —actas institucionales, revolucionarias, de regeneración o salvación nacional— con objeto de eludir el conocimiento, por parte de los jueces ordinarios, de una serie de controversias, generalmente relacionadas con los derechos humanos y políticos y otorgarles esa competencia a los tribunales militares.⁴⁵

60. Jorge Mario García Laguardia, refiriéndose a Guatemala, pero

⁴⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 12, p. 684.

que puede ser aplicado por igual a otros países latinoamericanos, afirma: "La independencia tiene como objetivo asegurar la imparcialidad del juez y otorgarle un poder de control sobre los otros centros de poder, especialmente, el Ejecutivo, la administración y el Legislativo".

61. Agrega el mismo autor:

Lo que no se da en regímenes autoritarios como el nuestro, donde existe un pluralismo restringido, falta de controles sobre los gobernantes, deserción política generalizada por el clima de extrema violencia, ejercicio del poder por un líder o un pequeño grupo de gobernantes que monopolizan las decisiones políticas que se toman sin consenso. En estos regímenes, el Organismo Judicial limita su iniciativa al extremo, y frena su poder potencial en cuestiones de implicación política, y es muy vulnerable a las presiones de los otros centros de poder, especialmente del Ejecutivo e incluso a condicionamientos privados.⁴⁶

62. Claro está que la *judicial review* no puede realizarse con eficacia donde el poder judicial no tiene garantizada su independencia.⁴⁷ Es por ello que uno de los problemas que más preocupan a los constitucionalistas latinoamericanos sea precisamente éste: la independencia real del poder judicial.

63. En América Latina, en muchos de sus países: a) los jueces y principalmente los que integran las cortes supremas son designados por el poder ejecutivo con, a veces, la ratificación de un poder legislativo controlado por aquél, b) no existe una verdadera carrera judicial, c) ni efectiva inamovilidad, y d) los salarios son muy bajos y en general el poder judicial cuenta con escasos recursos económicos.⁴⁸ Por ello se discute ampliamente la necesidad de otorgar *garantías reales* al poder judicial, e incluso cuando existen, sufren alteraciones al sobrevenir un régimen de hecho y al ser el terror el clima predominante en la sociedad.

64. Ahora bien, los países de América Latina son muy diversos entre sí. Entre ellos hay regímenes democráticos, autoritarios y totalitarios y aun los países susceptibles de ser colocados dentro de una misma clasificación poseen matices que los diferencian. También, debe to-

⁴⁶ Cfr. García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, cit. *supra* nota 19, p. 78.

⁴⁷ Cfr. Clark, David, S., *Judicial Protection of the Constitution in Latin America*; Eder, Phanor, *Judicial Review in Latin America*, ambos citados *supra* nota 4, pp. 420-421, y 613, respectivamente.

⁴⁸ Cfr. Vescovi, Enrique, *La función del poder judicial*, cit. *supra* nota 39, pp. 198-199.

marse en cuenta que hay países que durante algunos años viven regidos por un sistema constitucional y durante otros por regímenes militares y que incluso durante los regímenes de hecho el poder judicial conserva alguna independencia como los casos de Argentina y Brasil. Por todo ello, hacer generalizaciones es extremadamente difícil y se corre el peligro de caer con toda facilidad en errores.

65: Sin embargo sólo con objeto de tener una idea aproximada a la realidad, podemos, en forma ejemplificativa, decir: a) Existe independencia del poder judicial en Costa Rica. b) Existe independencia del poder judicial aunque suelen darse interferencias del ejecutivo en: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Perú y Venezuela. c) No existe independencia del poder judicial en: Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay.⁴⁹

66. En Chile y Uruguay los jueces gozaron de un alto grado de independencia hasta los golpes de Estado que implantaron regímenes militares en esos países.

67. En Bolivia, Ecuador y Perú, después de varios años, se realizaron elecciones populares y todo parece indicar que el poder judicial está realizando sus funciones con bastante independencia.

68. Así, la independencia del poder judicial en América Latina se ve afectada por dos grandes vertientes: a) la existencia de regímenes autoritarios y militares, y b) la insuficiencia o, a veces, carencia de efectivas garantías para los jueces.

69. En este contexto, se podría pensar que, como algún autor ha afirmado,⁵⁰ el poder judicial es el menos poderoso de los tres. Empero, en América Latina, en muchos países, dentro del marco del sistema político y a pesar de todas las deficiencias, el poder judicial goza de más garantías reales frente al poder ejecutivo que los integrantes del poder legislativo, y, en consecuencia, la función de control que rea-

⁴⁹ Al respecto se pueden consultar las opiniones de: Lambert, Jacques, *América Latina*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, pp. 476-477; Alexander, Robert J., *Latin-American Politics and Government*, New York, Harper and Row, 1965, p. 39; García Laguardia, Jorge Mario, *Jurisprudencia constitucional: Guatemala, Honduras, México. Una muestra*, inédito, p. 5; Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 2a. Ed. México, Siglo XXI, 1979, pp. 181-184; González Casanova, Pablo, *La democracia en México*, México, Editorial Era, 1965, p. 21; Schwarz, Carl E., "Jueces en la penumbra: la independencia del poder judicial en los Estados Unidos y en México" (trad. de Fausto E. Rodríguez García), *Anuario Jurídico-II*, México, 1977, pp. 189-207; Edelmann, Alexander T., *Latin American Government and Politics*, Ontario, The Dorsey Press, 1969, pp. 478-480; Quintero, César, "Evolución político-constitucional de la judicatura panameña entre 1950 y 1975", *Evolución de la organización político constitucional en América Latina*, México, 1978, tomo I, p. 301.

⁵⁰ Cfr. Alexander, Robert J., *Latin-American Politics and Government*, cit. nota anterior, p. 35.

liza el poder judicial sobre el ejecutivo es más efectiva que la que aparentemente efectúa el legislativo.

XI. B) LA PREPARACIÓN DE LOS JUECES

70. Otro aspecto que inquieta y que se discute es la preparación de los jueces.⁵¹ En América Latina generalmente es suficiente la licenciatura para ejercer las difíciles y delicadas funciones de la judicatura, sin exigirse, salvo como excepción, una mayor preparación.

71. También debe apuntarse que el nivel académico de las facultades de derecho de la región deja mucho que desear. Por ello, es aconsejable, como ya se está haciendo en México, la creación de institutos judiciales de especialización con la finalidad de aumentar la preparación de los jueces.

XII. C) LA JUDICIABILIDAD DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS

72. Preocupa a la doctrina latinoamericana la amplitud y la extensión de los llamados "actos de gobierno" o "actos políticos" y la afirmación de la no justiciabilidad de esas cuestiones políticas por parte de los poderes judiciales de la región, ya que esos actos de discrecionales pueden y suelen convertirse en arbitrarios.

73. La doctrina se inclina a determinar que un órgano tiene su competencia establecida en la Constitución. Si el órgano actúa en exceso de esa competencia "engendra una cuestión justiciable"; es decir, un asunto que debe y puede ser juzgado de acuerdo con las normas establecidas por la propia Constitución.⁵²

74. En Argentina los más importantes actos "no justiciables" son: la declaración del estado de sitio, la declaración de la intervención federal en las provincias, la declaración de "utilidad pública" de un bien con fines de expropiación, la declaración de guerra, la celebración de la paz, la declaración de "emergencia" para la determinación de algunos impuestos nacionales, los actos de las relaciones exteriores como el reconocimiento de un gobierno, expulsión de extranjeros, indulto y conmutación de penas.

75. Sin embargo, en Argentina cuestiones que fueron consideradas no justiciables, ahora lo son como los aspectos electorales. Además, si los

⁵¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica", *Anuario Jurídico-IX*, México, 1982. pp. 409.

⁵² Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, p. 483; Lambert, Jacques, *América Latina*, cit. *supra* nota 49, p. 467.

actos enunciados en el párrafo anterior no son justiciables, sí lo son las medidas concretas de aplicación, ya que los jueces pueden controlar la "causalidad" y la "razonabilidad" de esas medidas respecto a las disposiciones constitucionales.⁵³

76. En Brasil se considera que el poder judicial sí puede revisar una "cuestión política" cuando se viola un derecho individual.⁵⁴

77. En Venezuela se sostiene que los actos de carácter político sí están sometidos al control de la constitucionalidad que realiza la Corte Suprema de Justicia, por lo cual se puede declarar su nulidad, por inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*.⁵⁵

78. En México la Suprema Corte de Justicia ha sido muy cauta y tímida respecto al examen de los actos políticos.⁵⁶ Generalmente se ha declarado incompetente para su conocimiento, aunque excepcionalmente se haya abocado para decidir algunos de ellos. La Suprema Corte trató de estar alejada de todas las cuestiones electorales⁵⁷ hasta 1977 cuando se creó un recurso de reclamación contra las resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados. En estos casos, la Suprema Corte sólo emite una opinión que podrá ser ratificada o no por la Cámara de Diputados.

XIII. D) LA EXISTENCIA DE CORTES CONSTITUCIONALES Y LA DECLARACIÓN GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

79. Se considera por una parte de la doctrina latinoamericana, que la jurisdicción constitucional debe ser especializada y se propone la

⁵³ Cfr. Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, cit. *supra* nota 39, pp. 356-357. La doctrina argentina se ha ocupado con amplitud y profundidad de este problema de la judiciableidad de las cuestiones políticas. Entre otros se pueden mencionar los siguientes autores: Sánchez Viamonte, Carlos, *El constitucionalismo y sus problemas*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957; Boffi Boggero, Luis María, *Tres centenarios de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Pizarro, 1979; Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970; Barrancos y Vedia, Fernando, *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969; Oyhanarte, Julio, *Poder político y cambio de estructuras*, Buenos Aires, Paidós, 1969.

⁵⁴ Cfr. Jacques, Paulino, *Curso de derecho constitucional*, cit. *supra* nota 10, pp. 329-330.

⁵⁵ Cfr. Brewer Carías, Allan R., *La defensa de la Constitución*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1982, pp. 155-159.

⁵⁶ Cfr. González Avelar, Miguel, *La Suprema Corte y la política*, México, UNAM, 1979, pp. 28-29, y 155-159.

⁵⁷ Aun cuando tenía y tiene facultades de investigación respecto a la violación del voto público. Sobre este punto puede consultarse a Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, cit. *supra* nota 41, pp. 206-216, 384-387.

creación de una Corte o Tribunal Constitucional,⁵⁸ tal y como ya existió en Guatemala y en Chile y existe actualmente en Ecuador y Perú y en parte en Colombia a través de una sala especializada de la Suprema Corte.

80. Diversos argumentos se esgrimen en defensa de una Corte Constitucional: a) el recargo que tienen las Supremas Cortes en virtud de los recursos de casación; b) la dispersión que se origina por el hecho de que varios organismos conozcan de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos; c) la especialización en derecho público para poder contar con una buena jurisprudencia constitucional, y d) los aspectos técnicos y muy especializados que son necesarios para poder realizar una adecuada interpretación constitucional.⁵⁹

81. En México específicamente hemos sostenido que:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación debe convertirse en un verdadero tribunal constitucional; esto reforzaría su prestigio y le permitiría mejorar sus funciones constitucionales, lo que a su vez, redundaría en un mejor cumplimiento de todo el orden jurídico en nuestro país.

82. Estamos convencidos que Kelsen tenía toda la razón cuando escribió que

... si se quiere que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del tribunal constitucional sea directamente anulado en su sentencia en caso de que lo considere irregular. Esta sentencia debe tener, aun cuando se refiera a normas generales —este es precisamente el caso principal—, fuerza anulatoria.⁶⁰

83. En la mayoría de los países de América Latina la sentencia que examina la constitucionalidad de una ley, como ya se asentó en

⁵⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional y régimen democrático*, cit. *supra* nota 51, p. 414; Restrepo Piedrahita, Carlos, "Notas sobre la Corte Constitucional", *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá* (separata), Bogotá, s.f., pp. 23-31; Carpizo, Jorge, "Algunas reflexiones sobre el poder judicial federal y sobre las relaciones internacionales de México", *Gaceta informativa de legislación y jurisprudencia*, México, vol. II, núm. 36, 1982, p. 561; Anhaia Mello, José Luiz, "Da separação de poderes a guarda da Constituição", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1968,

⁵⁹ Estos argumentos los expone así Fix-Zamudio, Héctor, *La justicia constitucional y régimen democrático*, cit. *supra* nota 51. Otros argumentos se pueden consultar en Carpizo, Jorge, *op. ult. cit.*; p. 561. Sobre la interpretación constitucional, pueden consultarse los estudios citados *supra* nota 41.

⁶⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, cit. *supra* nota 40, p. 504.

la primera parte de esta ponencia y con las importantes excepciones que se señalaron, sólo tiene efectos individuales, o sea relativos a quien o quienes solicitaron la protección. Empero, existe una fuerte corriente para que en esos casos los efectos de la sentencia sean *erga omnes*.

84. Los principales argumentos para defender la declaración general de inconstitucionalidad son: a) refuerza el principio de la igualdad de todos ante la ley y no permite que a quienes no solicitaron la protección jurisdiccional se les aplique la ley anticonstitucional, especialmente cuando estos últimos son miembros de los sectores más débiles, social, cultural y económicamente, de la sociedad, b) los tribunales se encuentran recargados de asuntos y si se utiliza el sistema de efectos particulares de las sentencias para las cuestiones constitucionales —más en sistemas donde no existe la fuerza del precedente— se puede llegar a la inoperancia del sistema y c) se refuerza la cohesión jurídica y social que la Constitución persigue al no permitirse que se apliquen leyes y reglamentos que el máximo tribunal de un país ha considerado anticonstitucionales.⁶¹

85. Por las razones anteriores, cada día más juristas latinoamericanos defienden la declaración general de inconstitucionalidad, la que se va abriendo paso, poco a poco, a pesar de la fuerte tradición en contrario, en una gran parte de la región.⁶²

XIV. LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN JUDICIAL

86. El poder judicial, al interpretar la Constitución, a su vez, tiene límites: el marco de la propia Constitución y los controles que se pueden ejercer a esa interpretación.

87. Si el poder judicial interpreta la norma suprema y va más allá del marco constitucional que acepta el pueblo, como titular del poder

⁶¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional y régimen democrático*, cit. *supra* nota 51, pp. 671-672.

⁶² Los autores de esta ponencia siempre han postulado la declaración general de inconstitucionalidad: Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*; en "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núms. 10-11, 1971, pp. 93 y 98; y en "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en *op. cit. supra* nota 39, p. 34; Carpizo, Jorge, en *Estudios constitucionales*, cit. *supra* nota 41, pp. 562-563, y en la *Constitución mexicana de 1917*, 6a. Ed., México, UNAM-Porrúa, 1983, pp. 276-277. Entre otros tratadistas que también se encuentran en esta corriente doctrinal se pueden mencionar a Castro, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, México, Porrúa, 1977, pp. 23-48; Vallarta Plata, José Guillermo, "El poder judicial y el sistema de la declaración de inconstitucionalidad en Latinoamérica", en *op. cit. supra* nota 39, pp. 176-184.

constituyente, se puede iniciar el procedimiento de reforma constitucional. Para comprender la aseveración anterior hay que tener en cuenta que, por ejemplo, la Constitución norteamericana ha sido reformada sólo en cuatro ocasiones en casi dos siglos para superar la interpretación judicial.⁶³

88. Además, puede existir otro control: el *impeachment*, del cual no nos agrada hablar porque en el contexto latinoamericano más que por razones jurídicas se ha empleado por motivos políticos.

89. Así, en 1946-1947, en Argentina, bajo el gobierno de Juan Domingo Perón, el Congreso realizó "juicio político" a todos los miembros de la Suprema Corte y a todos los destituyó. Situación similar aconteció en Guatemala en 1953 bajo la presidencia de Arbenz.⁶⁴

XV. LA EFICACIA DE LA REVISIÓN JUDICIAL. EL CONTEXTO POLÍTICO, ECONÓMICO Y CULTURAL

90. Ahora vamos a indagar sobre la eficacia de la *judicial review* en América Latina. Para poder tener una idea aproximada a la realidad, debemos decir algo, aunque necesariamente breve, sobre algunos aspectos de carácter político, social, económico y cultural.

91. No necesita mayor aclaración la afirmación de que en los sistemas democráticos la *judicial review* funciona mejor que en los sistemas autoritarios o totalitarios, porque en estos últimos se restringe o se suprime la efectividad del poder judicial en la protección de las garantías constitucionales.

92. Sin embargo, en algunos países latinoamericanos de sistema autoritario, como excepción, el poder judicial ha demostrado un cierto índice de efectividad como en Brasil y en Argentina. En este último país, en los años recientes de gobierno militar, la Suprema Corte resolvió una serie de casos —entre otros se pueden citar: "Moya", "Timmerman", "Solari" e "Irigoyen"— en los cuales se declararon inconstitucionales las restricciones a la libertad personal impugnadas en los respectivos procesos.

93. Los sistemas políticos en América Latina no han sido muy estables; se han visto poblados de golpes de estado, gobiernos de facto y de elecciones ficticias. De 1804, año en que se independizó Haití, a 1975, se efectuaron 1264 ascensos al poder ejecutivo. 774, el 61% de

⁶³ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma*, cit. *supra* nota 40, pp. 201-202.

⁶⁴ Cfr. Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, cit. *supra* nota 39, pp. 124-125; y Alexander, Robert J., *Latin-American Politics*, cit. *supra* nota 49, p. 39.

esos ascensos fueron legales o tuvieron la apariencia de tales y en 39% de los casos, el arribo al poder se llevó a cabo en forma violenta.⁶⁵

94. Pero, también debe tomarse en cuenta que muchas elecciones son una farsa, como ejemplos se pueden mencionar: la dinastía Somoza en Nicaragua realizó ocho elecciones; en Paraguay, Stroessner se ha reelecto en siete ocasiones; en República Dominicana, Trujillo instauró un gobierno familiar con ocho elecciones.⁶⁶

95. La situación del poder judicial ante los golpes de Estado, las revoluciones del palacio, las insurrecciones militares o las contrarrevoluciones, es extremadamente difícil. Generalmente los nuevos gobernantes expiden documentos a los cuales otorgan validez legal o constitucional, como las ya mencionadas, actas institucionales, revolucionarias, de regeneración o salvación nacional, y esos documentos así como su ejecución no son susceptibles de ser impugnados ante los tribunales.⁶⁷

96. Otra situación que ha asolado a muchos países de América Latina son los estados de emergencia, aunque en varios ha sido sólo un fenómeno temporal, en otros casi parece que son lo normal.

97. Las Constituciones latinoamericanas generalmente son omisas o prohíben la procedencia de la revisión judicial de las disposiciones que establecen el estado de emergencia y de las que se derivan de él.

98. La Constitución colombiana, en su reforma de 1968, señaló que el gobierno debe someter automáticamente a la consideración de la Suprema Corte, todos los decretos dictados en ocasión del estado de sitio, si no lo hace así al día siguiente de su expedición, entonces la Corte, de oficio, se avocará el conocimiento de esos decretos y deberá pronunciarse sobre su constitucionalidad en el término improrrogable de 40 días.⁶⁸

99. En 1974 se restableció en Colombia la procedencia de la acción popular contra los decretos del estado de sitio.

100. En México también se acepta la revisión judicial de las disposiciones que dicta el ejecutivo en virtud de las facultades extraordina-

⁶⁵ Cfr. González Casanova, Pablo, *Dictadura y democracias en América Latina* (incédito), p. 3.

⁶⁶ Cfr. González Casanova, Pablo, *op. ult. cit.*, p. 6.

⁶⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, cit. *supra* nota 62, p. 41, y en *Justicia constitucional y régimen democrático*, cit. *supra* nota 51, p. 407.

⁶⁸ Cfr. Sáchica, Luis Carlos, *Constitucionalismo colombiano*, cit. *supra* nota 23, pp. 109-110; Restrepo Piedrahita, Carlos, "Evolución político-constitucional en América Latina (1950-1975). El caso de Colombia", *Evolución de la organización político constitucional en América Latina*, México, UNAM, 1979, t. II, p. 92.

rias para legislar que le concede el legislativo como consecuencia de que con anterioridad se han suspendido las garantías individuales.

101. La última vez que se decretó la suspensión de garantías individuales en México fue en 1942. La Suprema Corte, en ejecutoria del 6 de diciembre de 1944, sostuvo la inconstitucionalidad de uno de los decretos expedidos por el ejecutivo.⁶⁹

102. La doctrina latinoamericana se inclina por la revisión judicial de las disposiciones, decretos o actos expedidos durante los estados de emergencia,⁷⁰ porque aun en esos casos no es posible desconocer o ignorar los límites que la Constitución señala.

⁶⁹ Cfr. Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, cit. *supra* nota 62, p. 212; Tena Ramírez, Felipe, "La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias en el derecho mexicano", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núms. 25-28, 1945, p. 145.

⁷⁰ Cfr. Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, 1974, pp. 119-121; Aguirre Godoy, Mario, *Derecho procesal civil*, cit. *supra* nota 14, t. II, vol. I, p. 497; Fix-Zamudio, Héctor, "La protección de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia", *El Foro*, México, núm. 30, 1973, p. 64, quien sostiene "...la mayoría de los delegados que asistieron al Seminario sobre amparo, *habeas corpus* y otros recursos similares, efectuado en la ciudad de México durante el mes de agosto de 1961, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, estuvieron de acuerdo en que sería aconsejable reconocer a los tribunales el poder de decidir respecto a la legalidad de las medidas adoptadas por la autoridad durante estas situaciones de emergencia..." y en las pp. 43-44, afirma que: "La intervención de los tribunales debe centrarse, por tanto, en el examen de las limitaciones jurídicas establecidas por la Constitución, y en su caso, por los ordenamientos legislativos que regulan la seguridad nacional, así como las declaraciones de emergencia del ejecutivo, en la inteligencia de que estos últimos deben conformarse a la Carta Fundamental. Por este motivo, nos adherimos a la postura adoptada por el tratadista guatemalteco Mario Aguirre Godoy en cuanto sostiene que desde el punto de vista jurídico no existe obstáculo para que los tribunales ordinarios —y también la Corte de Constitucionalidad en su país— puedan conocer y declarar, en su caso, la inconstitucionalidad del decreto legislativo que confiera al Ejecutivo facultades de emergencia, si este decreto comprende un derecho o garantía constitucional no susceptible de ser restringida de acuerdo con los lineamientos de la Carta Fundamental".

"Si lo que se va a juzgar no es la oportunidad, los motivos o la orientación política de las medidas de emergencia, sino exclusivamente sus limitaciones de carácter jurídico, en nuestro concepto resultan aplicables, con las debidas adaptaciones, los lineamientos de la admirable jurisprudencia establecida por el Consejo de Estado francés sobre la desviación de poder para calificar los límites jurídicos de los actos discrecionales de carácter administrativo, que por mucho tiempo se sustrajeron al control jurisdiccional, como también ocurrió con los actos calificados de políticos y ahora se pretende hacerlo con los relativos a las situaciones de emergencia".

"En un sentido similar se ha construido la mejor jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, aun cuando no la hubiese sostenido en forma permanente por las graves presiones políticas que se han ejercido sobre la propia Corte, sobre la *razonabilidad* de las medidas de emergencia, en cuanto su relación con los fines perseguidos con su establecimiento y su proporción con el peligro que se pretende combatir."

103. La mayoría de los países latinoamericanos son económicamente pobres. En promedio el ingreso nacional bruto por habitante —en dólares de 1970— fue en 1981 de \$985 y en 1982 de \$938.

104. Países como El Salvador, Honduras y Nicaragua no alcanzan los 400 dólares de ingreso anual *per cápita*. Haití tiene 137 y Bolivia 297 dólares.

105. Los países con mayores ingresos *per cápita* son: México, con 1 301; Uruguay, con 1 200; Panamá, con 1 194; Argentina, con 1 166, y Venezuela con 1 135.⁷¹

106. Además, debe tenerse en consideración que la desigualdad social en casi todos los países latinoamericanos es muy grande.

107. Se puede considerar que existe cierta relación entre la efectividad del funcionamiento del poder judicial —incluida la *judicial review*— y el ingreso *per cápita* de los habitantes.⁷²

108. Asimismo, el nivel general educativo y cultural de la mayor parte de la población de América Latina no es muy alto. En consecuencia la cultura política no tiene un grado elevado lo que se refleja en una opinión pública generalmente débil.

XVI. ALGUNOS INDICADORES DE LA REVISIÓN JUDICIAL

109. Entonces, dentro del marco señalado en los párrafos anteriores ¿qué tan efectiva es la función de la *judicial review* en América Latina?

110. Eder afirma que hay problemas en el funcionamiento de la *judicial review* porque en muchos países latinoamericanos existen poderes judiciales débiles y que la *judicial review* únicamente existe en la letra de la Constitución en la República Dominicana, Haití, Honduras, Nicaragua y Paraguay,⁷³ y Lambert agrega a esta última enumeración a Bolivia y a Guatemala.⁷⁴

111. Un gran esfuerzo ha sido realizado por el profesor Clark para medir la efectividad de la *judicial review* en América Latina a través del empleo de indicadores estructurales. El cuadro que sintetiza sus investigaciones es el siguiente:⁷⁵

⁷¹ Los datos económicos están tomados del documento de la CEPAL, *Síntesis preliminar de la economía latinoamericana durante 1983*, del 20 de diciembre de 1983, de acuerdo con la información proporcionada por el Secretario Ejecutivo del propio organismo, pp. 31-33.

⁷² Cfr. Clark, David, S., *Judicial Protection of the Constitution in Latin America*, cit. *supra* nota 4, p. 438.

⁷³ Cfr. Eder, Phanor J., *Judicial Review in Latin America*, cit. *supra* nota 4, pp. 596 y 613.

⁷⁴ Cfr. Lambert, Jacques, *América Latina*, cit. *supra* nota 49, p. 475.

⁷⁵ Cfr. Clark, David S., *Judicial Protection of the Constitution*, cit. *supra* nota 4, p. 426.

112. EFECTIVIDAD DE LA *JUDICIAL REVIEW* EN AMÉRICA LATINA

	Nombra- miento de los jueces	Inamovili- dad de los jueces	Esfera de compe- tencia	Efectos de la senten- cia (inter- partes o er- ga omnes)	Resultado de efec- tividad
Argentina	1	3	3	0	7
Bolivia	1	1	2	0	4
Brasil	1	3	3	2	9
Chile	1	2	3	2	8
Colombia	1	3	3	2	9
Costa Rica	1	2	3	2	8
Cuba	0	3	0	2	5
Rep. Dominicana	1	0	2	0	3
Ecuador	0	0	2	0	2
El Salvador	1	0	2	2	5
Guatemala	1	0	2	2	5
Haití	0	1	3	0	4
Honduras	1	0	2	0	3
México	1	3	3	1	8
Nicaragua	1	3	3	0	7
Panamá	0	1	2	2	5

Este cuadro corresponde cronológicamente a enero de 1975.

113. El índice de efectividad va de menos a más, de 0 a 10. Clark divide los resultados obtenidos en tres clases: a) sistemas efectivos (7 a 9), b) cierto índice de efectividad (5) y c) inefectivos (2 a 4). Lo anterior lo hace concluir que de los 286 millones de habitantes en la región, 78% de la gente vive en sistemas con una efectiva *judicial review* y sólo 14% de la población vive en siete pequeñas naciones donde ésta es inefectiva.⁷⁶

114. En la mayoría de los países latinoamericanos es difícil encontrar datos sobre el número de leyes que anualmente son declaradas inconstitucionales. Sin embargo, asentamos unas cuantas cifras que hemos podido obtener.

115. En Argentina, entre 1947 y 1955, la Suprema Corte prácticamente no realizó ninguna declaración de inconstitucionalidad.⁷⁷

116. Actualmente los reglamentos del poder ejecutivo son declarados

⁷⁶ Cfr. Clark, David S., *op. ult. cit.*, p. 436.

⁷⁷ Cfr. Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, cit. *supra* nota 39, p. 94.

inconstitucionales únicamente por excepción y respecto a las leyes hay años en que no ha habido ninguna declaración de inconstitucionalidad aunque en otros han existido hasta diez.

117. En Bolivia, en el periodo 1960-1980 se presentaron diez solicitudes de declaración de inconstitucionalidad, habiéndose logrado ésta en cuatro casos.

118. En 1982, tres leyes fueron declaradas inconstitucionales.⁷⁸

119. En Brasil, bajo la vigencia de la Constitución de 1946, en varias ocasiones el Supremo Tribunal Federal examinó la constitucionalidad de varias disposiciones contenidas en las Constituciones de las entidades federativas.⁷⁹

120. De 1975 a 1982, el Supremo Tribunal Federal conoció de 422 casos sobre materia constitucional —leyes, reglamentos, enmiendas constitucionales de los Estados, resoluciones, tanto a través del control difuso como del concentrado— y en 62 de ellos emitió declaración de inconstitucionalidad.

121. En Colombia, la acción popular es muy utilizada y aproximadamente en un 25% de las peticiones se obtiene la declaración de inconstitucionalidad.⁸⁰

122. En Chile, durante el gobierno militar instaurado a partir de 1973, no tiene vigencia el principio de la legalidad “ya que el acto ilegal puede ser siempre validado por la simple voluntad del mismo órgano que lo ejecutó... Pierde su eficacia el principio de control de juridicidad, pues es la mera voluntad del órgano controlado la que determina la jerarquía de la norma que dicta”.⁸¹

123. En El Salvador, la Suprema Corte generalmente se ha servido del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos y decretos, para confirmar “las actuaciones viciadas e ilegales de los Poderes Legislativo y Ejecutivo”.

124. Dentro de la competencia de los tribunales, sólo en una ocasión un juez declaró la inaplicabilidad de una ley, razón por la cual fue separado de su cargo.⁸²

⁷⁸ Cuando proporcionamos esta clase de información y no citamos la fuente, ésta está constituida por los *Cuestionarios* a los que nos hemos referido en la nota 37 de este trabajo.

⁷⁹ Cfr. Jacques, Paulino, *Curso de derecho constitucional*, cit. *supra* nota 10, pp. 333-335.

⁸⁰ Cfr. Eder, Phanor J., *Judicial Review in Latin America*, cit. *supra* nota 4, p. 591.

⁸¹ Cfr. Tapia Valdés, Jorge, “Democracia versus racionalización política. El caso chileno”, *Evolución de la organización político constitucional en América Latina*, cit. *supra* nota 68, t. II, p. 204.

⁸² Cfr. Domínguez Parada, Luis, “Notas sobre el régimen constitucional salva-

125. En Guatemala, durante el funcionamiento de la Corte de Constitucionalidad —1965-1982—, se presentaron doce recursos de los cuales once se declararon sin lugar y sólo uno, que fue promovido por el presidente de la República a través del procurador general, prosperó.

126. La Constitución y la ley estructuran un sistema difuso del examen de la constitucionalidad en casos concretos. En el análisis de las *Gacetas de los Tribunales de Guatemala* no se encuentra ningún caso, pero, como indica García Laguardia, ello no significa que no exista porque el criterio para la inclusión de los fallos es muy anárquico.⁸³

127. En Honduras, durante el periodo 1966-1982, un solo recurso de inconstitucionalidad —sobre la retroactividad o no de una ley de jubilación de los docentes— es declarado con lugar. El dato anterior proviene de la *Gaceta Judicial* que no incluye todos los fallos de los tribunales y su inclusión no responde a un criterio determinado. Sin embargo, es improbable que exista otro u otros recursos declarados precedentes.⁸⁴

128. En México, durante el periodo 1978-1983, se declararon en varias sentencias la inconstitucionalidad de leyes y reglamentos. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia lo hizo en 31 casos, las salas de la propia Suprema Corte en nueve y los Tribunales Colegiados de Circuito en tres.⁸⁵

129. En Panamá, la guarda de la Constitución se encuentra en las manos de la Corte Suprema y el sistema funcionó bien a partir de su establecimiento en la Constitución de 1941. Muchas peticiones de inconstitucionalidad tuvieron éxito. En el periodo de octubre de 1956 a octubre de 1957, quince casos se estaban examinando por la Corte. En diez de ellos, la Corte sostuvo la constitucionalidad de la norma impugnada y en cinco la inconstitucionalidad.

130. Sin embargo, la independencia y la eficacia de la Corte Suprema comenzó a menguar cuando se empezaron a designar magistrados sin calidad jurídica para integrar la Corte Suprema, órgano que ha asumido “actitudes poco acertadas”.⁸⁶

doreño”, *Evolución de la organización político constitucional en América Latina*, cit. *supra* nota 62, vol. I, p. 252.

⁸³ Cfr. García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, cit. *supra* nota 19, pp. 74-15 y 92-93.

⁸⁴ Cfr. García Laguardia, Jorge Mario, *Jurisprudencia constitucional*, cit. *supra* nota 49, pp. 106-107.

⁸⁵ Agradecemos a los técnicos académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ezequiel Guerrero Lara y Enrique Guadarrama López, la localización y precisión de estos datos.

⁸⁶ Cfr. Eder, Phanor J., *Judicial Review in Latin America*, cit. *supra* nota 4,

131. Uruguay desde 1973 ha tenido un *gobierno de facto* y ninguna ley o reglamento ha sido declarado anticonstitucional a partir de entonces. Antes de esa fecha, eran declaradas anticonstitucionales un promedio de tres a cuatro normas por año.⁸⁷

132. En Venezuela, el pleno de la Suprema Corte conoció en 1981 de nueve acciones de nulidad de normas por razones de inconstitucionalidad. De ellas, se declararon dos casos de inconstitucionalidad.

133. En 1982 llegaron a la Corte once casos y se decidieron tres: dos en contra y uno declarando la inconstitucionalidad.

134. En 1983 llegaron a la Corte dieciséis casos y se decidieron cuatro: dos en contra y dos declarando la inconstitucionalidad. Debe aclararse que los casos anteriores sólo son de la Corte en pleno y no de la Sala de lo Político-Administrativo.⁸⁸

135. De acuerdo con la información que tenemos, basada principalmente en los cuestionarios a los que hemos hecho mención en la nota número uno, podemos sostener que la función de la *judicial review* en América Latina se realiza: a) Muy bien; en ninguno; b) bien: Brasil, Colombia, México, Perú y Venezuela; c) regular: Argentina, Bolivia, Guatemala y Honduras; d) no es efectivo: Chile, Paraguay y Uruguay.

XVII. CONCLUSIONES

136. *Primera.* La absoluta mayoría de la doctrina latinoamericana no ha cuestionado la legitimidad ni la necesidad de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. En Venezuela algunos autores sostienen que la Corte Suprema ha retardado la legislación social.

137. *Segunda.* La doctrina latinoamericana apoya la función de la *judicial review* basada en una serie de argumentos, algunos de los cuales ya se encuentran expuestos en la doctrina extranjera.

138. *Tercera.* En América Latina existe, por el contexto político, social y económico en que vive, una profunda preocupación por la eficacia de la *judicial review* y por ello los temas relacionados con la *judicial review* que si se discuten son: la independencia del poder judicial, la preparación de los jueces, la judiciabilidad de las cuestiones

p. 605; Quintero, César, *Evolución político constitucional de la judicatura panameña*, cit. *supra* nota 49, p. 295.

⁸⁷ Cuestionario del profesor Héctor Gros Espiell.

⁸⁸ Cuestionario del profesor Humberto J. La Roche, Cfr. Eder, Phanor Jr., *Judicial Review*, cit. *supra* nota 4, p. 609.

o actos políticos y de gobierno, la existencia de Cortes o Tribunales constitucionales y la declaración general de inconstitucionalidad.

139. *Cuarta.* Para tener una idea aproximada a la realidad, se puede decir que: *a)* existe independencia del poder judicial en: Costa Rica; *b)* existe independencia del poder judicial aunque sufre presiones en: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Perú y Venezuela; *c)* no existe independencia del poder judicial en: Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay.

140. *Quinta.* La doctrina latinoamericana expresa su preocupación por la amplitud y la extensión de los llamados "actos de gobierno" o "actos políticos" y la afirmación, por parte de los poderes políticos y del judicial incluso, de la no justiciabilidad de esas cuestiones políticas, ya que esos actos de discrecionales se pueden y suelen convertirse en arbitrarios.

141. *Sexta.* La jurisdicción constitucional debe ser especializada —esta afirmación se basa en argumentos—, por ello se propone la creación de una Corte o Tribunal Constitucional, tal y como ya existió en Guatemala y en Chile y existe actualmente en Ecuador y en Perú y en parte en Colombia a través de una sala especializada de la Suprema Corte.

142. *Séptima.* Porque se refuerza el principio de la igualdad de todos ante la ley, porque el recargo de asuntos puede llevar a la inoperancia del sistema y porque se refuerza la cohesión jurídica y social que la Constitución persigue, se propone la declaración general de inconstitucionalidad para los países en donde no existe, que en América Latina son la mayoría.

143. *Octava.* Para conocer la efectividad de la *judicial review* es necesario tener en cuenta una serie de aspectos políticos, sociales, económicos y culturales. Los sistemas políticos en América Latina no han sido muy estables porque han sufrido innumerables golpes de Estado, gobiernos de facto y elecciones ficticias.

144. *Novena.* Los estados de emergencia también han afectado en varios países de la región la función de la *judicial review*. La doctrina latinoamericana se inclina por la revisión judicial de las disposiciones, decretos o actos expedidos durante los estados de emergencia porque incluso en estos casos no es posible ignorar o desconocer los límites que la Constitución señala.

145. *Décima.* De acuerdo con la información que reunimos, se puede sostener que la función de la *judicial review* en América Latina se

realiza: *a)* muy bien: en ninguno; *b)* bien en: Brasil, Colombia, México, Perú y Venezuela; *c)* regular en: Argentina, Bolivia, Guatemala y Honduras; *d)* no es efectivo en: Chile, Paraguay y Uruguay.

Jorge CARPIZO *
Héctor FIX-ZAMUDIO **

* Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.