

REVISTA DE REVISTAS

Derecho constitucional 981

DERECHO CONSTITUCIONAL

BASTIEN, François, "Le juge, le droit et la politique: éléments d'une analyse politiste", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, París, núm. 1, 1990, pp. 49-69.

Comienza el autor con la relación del derecho constitucional y la ciencia política, y deriva a la consideración de la función política del juez, que no puede ser impersonal, apolítica, de lógica inexorable del derecho, particularmente del juez constitucional.

La justicia constitucional es un espejo donde se reflejan las luchas políticas supremas de un país; pero puede tener una función política sin ser un órgano de esa índole.

La posibilidad del gobierno de los jueces muestra la posibilidad política de los mismos.

En general el artículo relata de manera más bien confusa que la nueva constitucionalidad, y el éxito de la interpretación jurídica es necesario analizarlo más desde el punto de vista de la ciencia política. Propone el autor analizar las transformaciones que afectan las formas de interpretación de los actores del sistema institucional. Para hacer comprender, por ejemplo, hasta qué grado el juez constitucional de reciente aparición dentro de la V República es central a la interpretación jurídica de la competencia política.

En realidad no se encuentra en dicho artículo el cuestionamiento inquietante en relación de estas tres variables.

Por ejemplo, si el derecho es la voluntad del pueblo, entonces debe tener un contenido político fundamental.

En primer lugar, el representante legislativo del pueblo tiene una representación política. Es elegido libremente por el pueblo y le es dado un mandato específico, para establecer un sistema legal que plasme la voluntad del pueblo, la voluntad soberana. Pero no de la soberanía de la mayoría democrática, sino la de todo el pueblo, mayoría y minoría, en un pacto social.

La ley debe ser la norma que rija la vida del pueblo, una vez que el pueblo la ha decidido por mayoría, y conciliado con la minoría del poder.

Tanto la ley como decisión de la mayoría, como la conciliación de ésta con los intereses de la minoría para hacerla viable, considerando voluntad libre junto con valores absolutos y contextuales, lleva a una norma general aceptable.

La expresión de la voluntad de mayoría y minoría es un acto político, como lo es la conciliación de éstos.

Así que la ley es más política que jurídica. Los abogados deben darle forma a la norma para que cumpla su propósito. Pero la norma jurídica y los abogados son respectivamente medios del pueblo.

Por otro lado, si se acepta que el juez interpreta la ley, especialmente la Constitución, con alguna discrecionalidad, se presume que además de la labor jurídica, en el fondo realiza una función política.

Si la ley, la Constitución, es un producto político, de las discusiones y luchas políticas de un país, entonces la función judicial de interpretación de ésta no es consecuencia de una fría racionalidad jurídica, casi mecánica, sino de una recreación política.

En este sentido, es indispensable analizar con precaución la Constitución, y la función judicial para resolver conflictos constitucionales, pues los abogados actúan con un fondo político, aunque sea con una forma jurídica. Pero pretenden hacer valer sus argumentos según razonamientos jurídicos, cuando lo que los mueve son argumentos subyacentes de tipo político, que son los que es preciso analizar con detenimiento.

Ley y judicatura deben ser vistos desde el punto de vista político, más que jurídico, para apreciar la axiología manejada y poder evaluarla desde el interés del pueblo, que finalmente con su voluntad es el factor determinante para legitimarlos o considerarlos en usurpación de funciones.

Adalberto SALDAÑA HARLOW

TROPER, Michel, "Justice constitutionnelle et démocratie", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, París, núm. 1, 1990, pp. 31-48.

Relata el autor que existe en Francia una larga tradición de hostilidad al control de constitucionalidad, al juzgarlo incompatible con la democracia.

Se enfrenta una decisión simple: o se considera que el pueblo es soberano, que dispone de un poder sin límites, que puede ejercer de cualquier forma, lo que excluye todo control de constitucionalidad, o bien, por el contrario, el poder del pueblo no se debe ejercer sin limitaciones, debiendo respetar por lo menos las formas constitucionales, los derechos del hombre y las libertades fundamentales, y que la justicia

constitucional es el medio para asegurar dicho respeto; pero no se puede pretender que el pueblo sea entonces soberano. La misma Constitución se basa en el principio de la soberanía popular, y es necesario concebir la justicia constitucional con ese principio.

El artículo 3º de la Constitución señala que “la soberanía pertenece al pueblo, quien la ejerce a través de sus representantes y por la vía del *referendum*”; resulta necesario explicar cómo puede ser soberano el pueblo, si las leyes que elige por sus representantes son sometidas a un control.

Así que es necesario encontrar el significado de “soberanía” que sea compatible con la institución de control constitucional.

La tesis de la incompatibilidad se funda sobre la idea simple de que controlar la constitucionalidad de las leyes significa inmiscuirse dentro de la función legislativa, y quien declara una ley contraria a la Constitución, en realidad se opone a la promulgación o vigencia de dicha ley, por lo que actúa como colegislador; sólo que la ley fue aprobada por los representantes del pueblo soberano y es la expresión de la voluntad general, mientras que el controlador no ha sido electo ni representa a nadie.

Esta tesis se combate de diversas maneras. La primera es instrumental y señala que la democracia no es sólo el gobierno de la mayoría, sino un sistema en el cual el pueblo es quien se gobierna a sí mismo y el funcionamiento ordinario del sistema implica que la voluntad del pueblo se puede formar libremente, poniendo en concurrencia ideas y opiniones, de tal forma que la minoría de hoy puede convertirse en mayoría mañana. Por lo que sus condiciones deben preservarse y la justicia constitucional ejerce una función necesaria al mantenimiento del sistema democrático. En este argumento los derechos de las minorías y las libertades fundamentales no están protegidos como derechos naturales, sino sólo como condiciones del funcionamiento normal de la democracia.

Su defecto es que no justifica que el control opere en todas las materias, pues algunas pueden ser moralmente negativas sin atentar contra el funcionamiento de la democracia, como leyes crueles o nacionalizaciones sin indemnización.

La segunda idea es de procedimiento: la ley no expresa la voluntad general, sino sólo si está conforme a la Constitución. Decidir que una ley no puede promulgarse porque es contraria a la Constitución, no significa oponerse a la voluntad general. Así, controlar la constitucionalidad, es verificar que la ley sea efectivamente la expresión de la

voluntad general. El control constitucional no es un freno ni un correctivo a la democracia, sino su instrumento necesario.

La objeción posible a esta tesis es que sólo puede justificar la existencia de un control sobre las leyes posteriores a la Constitución, porque es ésta la que determina cuándo un texto adoptado por el Parlamento será la expresión de la voluntad general. Pero el asunto de controlar la conformidad con la Constitución de leyes anteriores es diferente, porque las leyes antiguas representan la expresión de la voluntad general porque estaban de conformidad con la Constitución de su época.

Se dice que toda ley exige interpretación, por lo que es más o menos indeterminada, y toda interpretación es un *acto de voluntad y no de conocimiento*.

La esencia de la teoría realista de interpretación es que el verdadero legislador no es el autor del texto, sino el intérprete. Pero si el juez no está sometido a la ley ni los poderes públicos a la Constitución, hay que reconsiderar la idea de una jerarquía del orden jurídico.

El verdadero legislador, el autor de la ley, no es el Parlamento, sino el grupo de los que participan en su confección, y esto comprende al juez.

Si se considera que toda autoridad de aplicación crea la norma que aplica, se debe admitir no sólo que la Constitución no se impone a la ley, sino también que la ley no se impone a la administración, ni la jurisprudencia se impone a los tribunales.

Si la ley no es elaborada ni por el pueblo, ni por los elegidos por el pueblo, entonces pierde sentido "la soberanía del pueblo" y la "democracia".

Frente a esta conclusión, de un sistema jurídico no democrático, se presenta la alternativa de que el juez expresa la voluntad general.

El artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre indica que "la ley es la expresión de la voluntad general".

Todos los que participan en la formación de la ley contribuyen a la expresión de la voluntad general: tanto el Poder Ejecutivo con el veto o el monopolio de la iniciativa legal, el grupo que elabora el proyecto, los legisladores que aprueban, y el juez que aplica.

Las leyes son medios destinados a realizar un cierto fin, y se debe analizar si ese fin es deseable, y si los medios establecidos son adecuados.

Si la ley es expresión de la voluntad general, es hecha por diversos órganos, y la voluntad que expresa cada uno contribuye a formar la voluntad general, de manera diferente.

Se dice que la democracia no es la voluntad de la mayoría sino la voluntad general, y ésta sólo puede expresarse por diversos representantes. Considerando que la voluntad general no es la del momento del voto, sino de la aplicación, y que el juez constitucional es un representante, pero no del pueblo real, sino de una ficción de pueblo.

En conclusión, el autor señala que existe una contradicción entre el control constitucional y el concepto democrático, que para ser resuelto requiere considerar al juez como parte de la expresión de la voluntad general en tanto que legislador.

La justicia constitucional presupone un concepto de democracia no definido con el gobierno del pueblo por el mismo, sino como el gobierno de una voluntad general, en parte formado por la influencia que ejerce el pueblo en la elección directa o indirecta de algunos de ellos que le expresen su voluntad.

Adalberto SALDAÑA HARLOW

DERECHO ECONÓMICO

TORRES CHIMAL, María Elena y SOLÍS ANZO, Miguel Ángel, "Nueva Ley de Comercio de Estados Unidos, efectos en las relaciones con México", *Comercio Exterior*, México, vol. 39, núm. 6, junio de 1989, pp. 490-496.

Luego de un arduo debate en las dos cámaras del Congreso de Estados Unidos, el presidente Reagan aprobó en agosto de 1988 un nuevo cuerpo normativo regulador de la política comercial, que más que nuevo es un conjunto de modificaciones a leyes anteriores, especialmente a las de 1979 y la de Aranceles y Comercio de 1984. Como lo mencionan los autores de este excelente ensayo, la Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 se inscribe en un contexto proteccionista que busca por distintos medios limitar un tanto el cuantioso déficit comercial que afecta al vecino del norte, situación que responde a una caída de las exportaciones y simultáneamente a un crecimiento de las importaciones, propias estas últimas de una cultura consumista vigente en Estados Unidos.

La legislación aprobada que entrega amplios poderes comerciales y económicos al presidente, está destinada a regir la política comercial norteamericana hasta el 31 de mayo de 1993 y sus objetivos, además de