

ACTIVISMO JUDICIAL *VERSUS* GOBIERNO DEMOCRÁTICO

Por HANS-RUDOLF HORN (*)

SUMARIO

1. CONTROL JUDICIAL Y POLÍTICA.—2. ORIGEN DE LA *JUDICIAL REVIEW* AMERICANA.—3. *SUPREME COURT* Y AFROAMERICANOS.—4. ASPECTOS SOCIALES EN LA JURISDICCIÓN AMERICANA.—5. EL MODELO AMERICANO EN LATINOAMÉRICA.—6. LEGITIMIDAD Y LÍMITES DE LA *JUDICIAL REVIEW*.

RESUMEN

El sistema de *judicial review* de los Estados Unidos de Norteamérica se encuentra en los orígenes de la justicia constitucional y el control de constitucionalidad de las normas. En este sentido, cabe señalar algunas sentencias especialmente reveladoras al respecto. La trascendencia de esta forma de control y de su influencia se puede comprobar en la expansión de este instituto jurídico por otros países, sobre todo en Latinoamérica. Sin embargo, fue precisamente en la América latina donde la posibilidad de control judicial de la constitucionalidad fue, por primera vez, positivada directamente en un texto constitucional, por encima de su recepción a través de la interpretación jurisdiccional.

Palabras clave: Judicial review, Estados Unidos de Norteamérica, control de constitucionalidad de las leyes, América latina, legitimidad democrática.

ABSTRACT

The judicial review system in the United States of America is part of the origins of its constitutional justice and the checks and balances on the constitutionality of laws. There are some rulings that are especially revealing in this sense. The importance of judicial review for control purposes and its influence can be seen in its expansion to other countries, above all in Latin America. It has been in Latin America where the possibility of judicial control over the constitutionality of laws was positi-

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Maguncia. Estudios de postgraduado en la UNAM con el Prof. Luis Recaséns Siches. Ha desempeñado la función judicial en varios tribunales alemanes hasta el año 1970. A partir de esta fecha, alto funcionario de la Cancillería del Land Renania-Palatinado. Vicepresidente de la Asociación Mexicano-Alemana de Juristas.

vised, being included directly as part of the constitution, and not just channeled through jurisdictional interpretation.

Key words: Judicial review; United States of America; control over the constitutionality of laws; Latin America; democratic legitimacy.

1. CONTROL JUDICIAL Y POLÍTICA

El control judicial de la validez del derecho escrito tal y como se desarrolló en los Estados Unidos de Norteamérica se considera un elemento esencial del *rule of law* en todo el mundo. Este es un hecho incluso en aquellos países como Francia, dónde originalmente la *judicial review* fue rechazada por entenderse contradictoria con la primacía del Parlamento, debido al hecho de que éste goza de legitimidad democrática directa. Hoy allí el Consejo Constitucional, creado por la Constitución de Gaulle de 1958, lleva a cabo funciones de jurisdicción constitucional de una manera creativa, aunque no es realmente un tribunal.

Cuando los jueces están autorizados a derogar las decisiones mayoritarias de los representantes del pueblo, elaboradas en discusiones muchas veces arduas, la pregunta que se suscita es si la excesiva judicialización no supone de alguna forma una erosión del gobierno democrático¹. La *judicial review* es así criticada no solamente por no gozar de legitimidad democrática, sino también porque se piensa que no hay ninguna razón para suponer que los derechos están más protegidos a través de la práctica judicial que a través de una asamblea legislativa elegida democráticamente².

2. ORIGEN DE LA JUDICIAL REVIEW AMERICANA

La famosa decisión «Marbury v. Madison» del año 1803 se considera generalmente la más destacada de entre todos los casos famosos³, profundas investigaciones sobre su origen y argumentación en el contexto histórico han mostrado algunos aspectos menos convincentes, previendo de alguna forma el antagonismo posterior entre jueces y legisladores.

Después de la victoria del presidente Thomas Jefferson en las elecciones de 1800 al Congreso, todavía con una mayoría de Federalistas, pro-

¹ Robert H. BORK, *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*, Washington D.C., 2003.

² Jeremy WALDRON, «The Core of the Case Against Judicial Review», en *Yale Law Journal*, 115, 1346.

³ Winfried BRUGGER, «Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison», en *Juristische Schulung*, pp. 320-325.

mulgó la controvertida *Judiciary Act* que creó cincuenta y ocho nuevos puestos de juez, incluyendo cuarenta y dos puestos de jueces de paz. El presidente John Adams, perdedor de las elecciones, se sentó en su despacho en su última noche de mandato hasta muy tarde para firmar sus últimos nombramientos, que después se vinieron en denominar «jueces de medianoche». Su todavía Secretario de Estado en funciones, John Marshall, llegó a estampar el «Sello oficial» de los Estados Unidos en los documentos y validar las designaciones. Sin embargo, después, el nuevo Secretario de Estado, James Madison, nombrado por el Presidente Jefferson, se negó a cursar diecisiete nombramientos, incluyendo el de William Marbury. Ante este estado de cosas, éste, junto con sus compañeros, presentó en la *Supreme Court* una petición (*writ of mandamus*), como medida cautelar para tratar que Madison aceptara el nombramiento y expidiera la oportuna credencial. Hay que tener en cuenta que, además, para mayor complicación, el mismo John Marshall había sido nombrado nuevo *Chief Justice* de la *Supreme Court* por el Presidente Adams y que, por lo tanto, después, lo apropiado hubiera sido que se abstuviera del conocimiento del procedimiento por estar viciada su imparcialidad. Al fin y al cabo, durante el periodo de Secretario de Estado en funciones, él había sido el responsable de validar y tramitar el documento que, a la postre, sería el objeto del proceso. El *Chief Justice* Marshall quería asimismo evitar tensiones con la Administración Jefferson, temiendo que lo destituyeran, tenía miedo de que se promoviera un *impeachment* contra él, como ya se había planteado en con respecto a algún otro juez.

La *Supreme Court* y Marshall dedujeron la validez del nombramiento y admitieron además que el *writ of mandamus* era el procedimiento judicial correcto dado el caso, pero no llegó a admitir el hecho de que la *Supreme Court* fuera el órgano judicial competente, tal y como venía regulado en la *Judicial Act* de 1789. El Tribunal percibió cierta contradicción con el artículo 3 de la Constitución que establecía las competencias de la *Supreme Court*, ya que éste establecía tales competencias pero sin mencionar el procedimiento aplicable al caso, lo que suponía, de acuerdo con la regla *argumentum e contrario*, la imposibilidad de tomar una alternativa no regulada expresamente en la norma. Ahora bien, esta no era la cuestión más importante a resolver. De hecho, esta cuestión podría haberse analizado haciendo una labor de analogía entre competencias similares citadas en la Constitución. Además, el artículo 3 vedaba al Congreso la posibilidad de hacer «excepciones» en orden a la «reglamentación» de la jurisdicción, si bien no especificaba que en ningún caso el Congreso no pudiera regular ciertos aspectos relativos a la jurisdicción. Las normas constitucionales, por lo general, suelen evitar regular hasta el extremo los posible detalles en su contexto, dejando esa tarea al legislador ordinario.

Esta idea general está además expresada al final del artículo 3 § 2 de la Constitución.

La cuestión principal de la relación entre una simple norma con rango de ley y la Constitución no era tampoco el objeto real proceso, que también podría haber sido resuelta a través de una interpretación de la *Judiciary Act* conforme a la Constitución, evitando mayores reproches contra el legislador de 1789⁴. Los argumentos esgrimidos de fundamentación de la *judicial review* son notables, pero a pesar de todo son reflexiones *obiter dicta*, a saber, consideraciones generales que no fueron consideradas necesarias en orden a los fundamentos jurídicos de la sentencia ni sirvieron de *ratio decidendi* de la resolución. Sin embargo, la afirmación relativa a la posición y rango de la Constitución fueron la verdadera causa del increíble impacto de una decisión que después ha sido citada muchas veces en todo el mundo. Marshall no puede ser considerado el autor original de la idea de *judicial review*. Y de hecho, él mismo fue lo suficientemente honesto como para hacer referencia explícita a Hamilton y a Madison, cuyas ideas serían publicadas en el curso de la campaña de revalidación y reafirmación de la Constitución Americana para contrarrestar la crítica de los antifederalistas, que decían que la concepción constitucional del poder federal judicial sería una instrumento de centralización, por la posibilidad de aplicación de la *judicial review* con relación a las leyes federales.

3. SUPREME COURT Y AFROAMERICANOS

Más de medio siglo tuvo que pasar hasta que la *Supreme Court* invalidara otra vez un *Act of Congress* nulo otra vez. El caso *Dred Scott v. Sandford* versaba sobre un antiguo esclavo negro que, en 1857, perdió su libertad nuevamente cuando fue llevado por su amo de vuelta al Estado de Missouri, dónde la *Missouri Court* en 1850 le había declarado libre. La sentencia estaba fundada en la consideración de que el Congreso de los Estados Unidos no tenía poder para limitar la esclavitud por ley, como el Compromiso de Missouri de 1820 había intentado hacer. Los esclavos seguirían así siendo considerados como una mera propiedad de sus amos, muy lejos de su reconocimiento como «Afroamericanos» como son llamados en el lenguaje actual de lo políticamente correcto. Se dijo que la decisión del Tribunal había sido tan mala como un crimen: fue un gran error. Y, sin duda alguna, fue una de las razones de la Guerra Civil, que costaría la vida a 600.000 americanos.

Después del caso de *Dred Scott* pasaron todavía algunos años más

⁴ En este sentido, Rober H. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, 1990.

hasta la siguiente ocasión en que la *Supreme Court* declarara un *Act of Congress* inconstitucional. Ahora bien, desde el año 1865 los casos de anulación de actos legislativos federales empezarían a ser más frecuentes. Hasta la 2ª Guerra Mundial habría no menos de 77, mientras el número de anulaciones de leyes de Estados individualmente considerados había sido ya entre 1790 y 1941 de hasta 658⁵.

Después de la Guerra Civil la jurisdicción de la *Supreme Court* era reacia a reconocer los derechos iguales de la población de color, que justamente acaba de conseguir su libertad. En 1896 la decisión de *Plessy v. Ferguson* fue la base de una jurisprudencia continuada, que estableció la separación racial, disimulada por la fórmula eufemística *separate but equal* hasta la famosa sentencia de la *Supreme Court* de 1954⁶. Momento en que el *Chief Justice* Earl Warren sentó la doctrina de gran trascendencia para la *Court* de que en el campo de la educación pública la doctrina *separate but equal* no tenía cabida. Se entendía que, través de la separación en escuelas publicas, se privaba a los niños de la protección igual ante las leyes, que, en realidad, estaba garantizada para todos por la Enmienda Catorce. La nueva línea del Tribunal afectó a veintiún estados y al distrito de Columbia. Pero no supondría la realización de los cambios necesarios de forma inmediata, si bien la abolición de la segregación racial debía de irse realizando con una «celeridad pausada»⁷. A partir de ese momento la legislación comenzó la eliminación de la segregación racial, especialmente durante la presidencia de Lindon B. Johnson.

4. ASPECTOS SOCIALES EN LA JURISDICCIÓN AMERICANA

La rivalidad natural entre el legislador y los jueces se ha manifestado en diversas ocasiones en el campo de la protección social. Especialmente en el tiempo de la crisis económica, ciertas medidas legislativas se hacían indispensables para hacer frente a los galopantes niveles de desempleo y a las necesidades de aquellos que habían perdido todo su dinero después de aquel Viernes negro de 1929. Ahora bien, leyes aprobadas con carácter urgente en el marco de la política de Roosevelt del *New Deal*, ratificadas por los americanos en la elecciones de 1932, 1934 y 1936, serían anuladas por una cadena de no menos de doce resoluciones. Los intentos del legislador de conseguir ciertos objetivos al respecto modificando algunas actas legales, ajustándolas para adaptarlas a las exigencias de los jueces, fracasaron una y otra vez. La mayoría de cinco jueces de la *Supreme*

⁵ US Supreme Court, May 17, 1954 (Chief Justice Earl Warren).

⁶ US Supreme Court May 31, 1955.

⁷ US Supreme Court, May 31, 1955.

Court, denominada *the five horsemen*, impediría constantemente la política del Presidente del *New Deal*. El Partido Demócrata discutió constantemente las posibilidades para corregir necesidades sociales. Y finalmente, la *Court* cedió y empezó a interpretar la Constitución en lugar de torturarla, como diría Roosevelt.

Cuando la *Supreme Court* controla una determinada cuestión, esa sentencia es virtualmente definitiva como precedente, que vincula a las resoluciones judiciales de otros tribunales de acuerdo con el principio de *stare decisis*, y que puede ser alterado sólo por una nueva decisión en sentido diferente, lo que se viene en llamar la técnica del *overruling*. El procedimiento que más rara vez se ha usado es la llamada enmienda constitucional para modificar algún aspecto de la Constitución, como, por ejemplo, en la era de Roosevelt, la abolición de la prohibición del alcohol, que había sido introducida después de la Primera Guerra Mundial para tratar de proteger a las personas del peligro del alcoholismo, si bien esta medida incitó también tristemente la aparición de muchas organizaciones criminales.

5. EL MODELO AMERICANO EN LATINOAMÉRICA

La idea del control constitucional se extendió mucho por Latinoamérica especialmente en Méjico. Allí también tendrían competencia los jueces para invalidar leyes. De hecho la primera vez que se vería explicitada esta posibilidad en una norma constitucional sería allí, a diferencia del artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que habla sólo de la supremacía de la Constitución en términos generales y no dice ni una palabra de las facultades judiciales para examinar la constitucionalidad de la ley federal, a la que se le atribuye la misma categoría que a la Constitución. El primer documento constitucional que realmente garantizó la protección contra la normativa federal en tanto contraria a la Constitución fue la Constitución del Estado mejicano de Yucatán de 1841⁸. Y en este mismo sentido, la enmienda de la Constitución Federal Mejicana de 1847 incluía la disposición de que los tribunales federales debían proteger a cualquier ciudadano de la República contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados. Ésta es la primera vez que los actos legislativos federales están explícitamente incluidos en el *judicial review*, mientras que, de otro modo, el artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica reconocía a la leyes federales la misma categoría que a la Constitución, estableciendo el principal principio del federalismo moderno de la supremacía

⁸ Héctor FIX-ZAMUDIO y Salvador VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México D.F., 2007.

de la ley federal en relación con la *State Law*⁹. El sistema americano de *judicial review* fue adoptado en muchos de los países americanos del sur como Argentina, Brasil, Bolivia y Venezuela, pero también en Centroamérica, aparte de en otros muchos otros países.

6. LEGITIMIDAD Y LÍMITES DE LA *JUDICIAL REVIEW*

Es cierto que algunas sentencias en el curso de la historia desafortunadamente no cumplieron realmente con los principios de libertad e igualdad, pero a la larga la jurisdicción constitucional como en otros países cumplió su misión de proteger los derechos humanos y los derechos sociales de una manera eficiente, hasta el punto que el gran experto constitucional italiano Cappelletti llegó a hablar de la función de los Tribunales Constitucionales como una *jurisdiction of liberty*¹⁰, afirmación que ha encontrado bastante aceptación. La *Supreme Court* no es lo mismo que un tribunal ordinario de apelaciones, que es lo que verdaderamente se establece en la Constitución, pero llega a ser en el mismo sentido que los Tribunales Constitucionales europeos «un órgano especial de revisión constitucional»¹¹. De este modo es incluso posible discutir los problemas de legitimidad y de los límites de la *judicial review* en un contexto mundial. Las decisiones parlamentarias están basadas en una discusión democrática abierta incluyendo los puntos de vista de diversos grupos de población, las cuales los jueces, en el fondo, no están legitimados a ignorar más que cuando hay una contradicción intrínseca con la Constitución. Los Tribunales Constitucionales generalmente están siempre haciendo una especial observación de las decisiones legislativas. Desde el comienzo de la *judicial review* la *Supreme Court* americana, se desarrolló una doctrina de *judicial restraint*, que de forma similar ha sido admitida en otros sistemas legales, especialmente en Alemania, Italia y España, mientras que la original *doctrine of political question* no tiene la misma aceptación que en Estados Unidos donde ha llegado a ser un elemento de moderación de la judicialización¹².

⁹ Hans-Rudolf HORN, «Judges versus legislators, Some Critical Remarks on Judicial Review», en DAHLMANN y KRAWIETZ (edit.), *Rechtstheorie*, Suplemento n.º 21: Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discours, Berlin, 2003, p. 230.

¹⁰ Mauro CAPPELLETTI, *La jurisdicción de la libertad*, México D.F., 1961. Traducción de Fix-Xamudio.

¹¹ Mauro CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989.

¹² Bruce ACKERMANN, *We the People. Transformations*, Cambridge / Londres, 1998, pp. 99-119, 345-382. En el mismo sentido, véase César LANDA, «Justicia constitucional y political questions», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 173 y 174.

Como la *Supreme Court* declaró en una sentencia en 1911, ésta es una de las más importantes máximas de la interpretación constitucional, en tanto los Tribunales Constitucionales se preocupan sólo por la constitucionalidad de la legislación y no por sus causas, su política o su acierto¹³. Como señaló el *Justice* Frankfurter «No nos sentamos como un kadi debajo de un árbol, impartiendo justicia de acuerdo con consideraciones de conveniencia»¹⁴. Y llama la atención que las aportaciones que hablan de la necesidad de resguardar la actuación del legislador frente a las intromisiones excesivas de los jueces a menudo figuran también en ciertas *dissenting opinions*, que después incluso han llegado a ser la línea interpretativa dominante.

En los Estados Unidos de Norteamérica la idea de dar una presunción de validez a la ley fue expresada claramente ya en 1827 por el *Justice* Bushrod Washington¹⁵, si bien esta misma idea se entreveía ya en decisiones de 1810 y 1817. También en publicaciones españolas recientes se ha hablado del principio *in dubio pro legislatore*, es decir, en caso de duda posicionarse en favor del legislador, situando al legislador en un plano de protección similar al de una persona sometida a un procedimiento criminal, que como se sabe se encuentra protegido por el principio *in dubio pro reo*¹⁶.

Por otra parte, en algunos países latinoamericanos donde el sistema americano de la *judicial review* fue adoptado de forma temprana, hasta tal punto que actualmente la jurisdicción constitucional se ha consolidado notablemente, si bien también hay que reconocer que, lamentablemente, igualmente hay aquí una inclinación de los Tribunales de contrarrestar medidas políticas razonables del gobierno y de su mayoría parlamentaria, sobre todo para intentar controlar la difícil crisis financiera. En Colombia, por ejemplo, fue creado, por medio de la Constitución de 1991, un Tribunal Constitucional especial que ha decidido ya en los ocho primeros años casi siete mil casos en procedimientos de amparo para proteger los derechos humanos, llamados allí «de tutela», de ahí que se halla afianzado la práctica de este recurso como «tutelismo»¹⁷. Este desarrollo es típico en casos en los que las cuestiones de asistencia social (*welfare-oriented*) juegan un rol especial. Así, además, la cantidad de normas jurídicas ha creci-

¹³ *Noble State Bank v. Haskell*, 219 U.S. 575, 580 (1911):

¹⁴ Hans-Rudolf HORN, «Richter versus Gesetzgeber, Entwicklungslinien richterlicher Verfassungskontrolle in unterschiedlichen Rechtssystemen», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Vol. 55, pp. 275-302.

¹⁵ *Ogden v. Saunders*, 25 U.S (12 Wheat) 213, 270 (1827).

¹⁶ Hans-Rudolf HORN, «Juzgues versus legislators...», cit., p. 242.

¹⁷ Hans-Rudolf HORN, «Kultivierte Rhetorik in Politik und Recht: Entwicklungslinien der Verfassungskontrolle», en *Libro en memoria del Prof. Dr. Luis Villar Borda*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 304.

do extraordinariamente y los Tribunales se ven cada vez más inmersos en esa progresiva judicialización¹⁸.

La ley es más que un mero conjunto de leyes, pero la cultura jurídica es una parte de una cultura más general. La Constitución es «la expresión de una fase de un desarrollo cultural, un instrumento para la promoción de la imagen pública de los ciudadanos, el espejo de su herencia cultural y la base de sus esperanzas»¹⁹. El concepto de cultura jurídica se puede usar asimismo como herramienta para comparar los diferentes ordenamientos jurídicos y para encontrar información sobre metodología, teoría de argumentación y legitimación de la ley²⁰. Las bases y límites de la *judicial review* se encuentran en argumentos en discusión abierta, estructurada por una cultivada retórica, caracterizada por una actitud pragmática y por el sentido común²¹. El objetivo es la armonía global, difícil de alcanzar pero un objetivo en el que vale la pena esforzarse. En este contexto la jurisdicción constitucional tiene que buscar el equilibrio correcto de moderación judicial pero sin dejar de actuar como motor necesario para el cambio.

Traducción del inglés:
ALBERTO OEHLING DE LOS REYES

¹⁸ Mauro CAPPELLETTI, *The Judicial Process...*, cit., pp. 14-16. Cit. por Velii-Pekka HAUTAMÄKI, en DAHLMANN y KRAWIETZ (edit.), *Rechtstheorie*, Suplemento n.º 21: Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discours, Berlín, 2005, p. 148.

¹⁹ Peter HÁBERLE, «Aspekte einer kulturwissenschaftlich-rechtsvergleichende Verfassungslehre «in weltbürgerlicher Absicht» – die Mitverantwortung für Gesellschaften im Übergang», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Vol. 45, pp. 555-562.

²⁰ Velii-Pekka HAUTAMÄKI, cit., p. 151.

²¹ Hans-Rudolf HORN, «Richter versus Gesetzgeber...», cit., pp. 275-303, especialmente, 301 y 302; el mismo autor en Hans-Rudolf HORN, «Kultivierte Rhetorik...», cit., p. 309.

