

|      |  |    |
|------|--|----|
| VII  | POLITICA Y JUSTICIA. LA GRAN CUESTION . . . . .  | 64 |
|      | A. La revisión judicial de la legislación. Proceso histórico.. . . .   | 64 |
|      | B. Los cuestionamientos. Izquierda y derecha . . . . .   | 67 |
|      | C. El debate sobre el papel político de la función judicial . . . . .  | 69 |
|      | D. La Constitución de 1965 y la experiencia reciente. Balance<br>de la Corte de Constitucionalidad . . . . . | 72 |
| VIII | POST-SCRIPTUM . . . . .  | 78 |

representación de intereses presidido por el Vicepresidente de la República, artículos 207 a 214 de la Constitución; 2. El Colegio de Abogados, por decisión de su asamblea general; 3. El Ministerio Público, por disposición del Presidente tomada en Consejo de Ministros y 4. Cualquier persona o entidad a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados.

En la asamblea constituyente se discutió mucho la posibilidad de fijar una multa en el caso de fallos desestimatorios, temerosos los constituyentes de la posibilidad de un abuso por parte de los litigantes, y se optó finalmente, por fijar el requisito del auxilio de diez abogados. Pero en la ley reglamentaria, artículo III, se restringió aún más la legitimidad real, al establecer, en caso de ser declarado sin lugar el recurso, una multa a cada uno de los abogados auxiliares no menos de veinticinco ni mayor de trescientos quetzales (el quetzal está a la par del dólar norteamericano), además de condenar en costas al recurrente. Esta legitimación restringida ha sido muy criticada: *"La declaratoria general de inconstitucionalidad de las leyes por un tribunal especializado, como institución novedosa en el derecho latinoamericano —aún cuando no la primera, puesto que existe desde hace tiempo en Colombia, y Venezuela, a través de la llamada acción popular de inconstitucionalidad— ha sido acogida con bastante timidez en cuanto que la citada declaración requiere una votación favorable sumamente elevada de los integrantes de la Corte de Constitucionalidad —ocho sobre doce— y cuando se trata de la instancia de los particulares afectados se exige el auxilio impresionante de un ejército de abogados (diez nada menos), con lo cual se complica exageradamente la interposición de la acción de inconstitucionalidad, pues es posible que los autores de la institución temieran un alud de impugnaciones, y pensaron que resultaba difícil poner de acuerdo a tantos abogados, cuando que lo más lógico hubiera resultado constituir, como ocurre en el Tribunal Federal Alemán un procedimiento previo de admisión que sirviera de filtro a las reclamaciones notoriamente improcedentes o carentes de importancia constitucional.* 121

## VII. POLITICA Y JUSTICIA. LA GRAN CUESTION.

### A. La revisión judicial de la legislación. El proceso histórico.

Esforzado descubrimiento del derecho norteamericano aunque con impor-

121 Héctor Fix Zamudio, *Op. cit.*, p. 141-142. Mario López Larrave, *Loc. cit.*, ..."por el rigor de los requisitos —tanto formales como de implicación económica— exigidos por el Dto. 8 de la Asamblea Constituyente al regular el recurso de inconstitucionalidad, prácticamente se veda el ejercicio de esta defensa constitucional a la gran mayoría de trabajadores guatemaltecos que si no consiguen muchas veces un solo abogado director mucho menos conseguirían diez..." p. 14.

tantes antecedentes fue la revisión judicial de la legislación ordinaria. En aplicación de la Constitución, los tribunales formularon el principio que lentamente fue consolidándose. Según Claudius Johnson (*Government in the United States*, p. 37) el principio enunciado por el juez Marshal en la famosa sentencia *Marbury vrs. Madison*, de 1803, se resume así: a) *La Constitución es una Ley Suprema*; b) *Por ende, un acto legislativo contrario a ella no es una Ley*; c) *El Tribunal judicial debe decidir siempre entre dos leyes en conflicto*; d) *Si un acto legislativo está en pugna con la Constitución, es deber del Tribunal rehusar la aplicación del acto legislativo*; e) *Si así no lo hace, se destruye el fundamento de toda Constitución escrita*.<sup>122</sup> Y con base en ese principio se constituyó el sistema judicial de control strictu sensu, difuso, incidental, especial y declarativo, de raíz norteamericana y gran influencia, que se desarrolla en América durante todo el siglo diez y nueve.

En Europa, hasta el presente siglo se produce la recepción. En primer lugar, con motivo de la promulgación de la Constitución de Weimar, que en su artículo 19 estableció, que de los litigios constitucionales que se promuevan en el interior de un territorio en donde no exista ningún tribunal competente para dirimirlos, así como de los litigios de carácter no privado entre territorios distintos o entre el Reich y un territorio, decidirá, a instancia de una de las partes litigantes, el Tribunal de Justicia Constitucional. Este, conoció de varios casos, y el Tribunal Supremo del Reich en su *decisión del Vol. II, pág. 320*, afirmó que los tribunales ordinarios podrían conocer de litigios que pudieran suscitarse entre distintos órganos del Reich e incluso en el caso de disputa sobre la constitucionalidad material de una ley del Reich. Y el gobierno presentó un proyecto de ley sobre el examen de constitucionalidad *de preceptos del derecho del Reich*, que atribuía al Tribunal Constitucional la decisión y restringía la legitimación activa al gobierno, Presidente del Reich,

122 Linares Quintana, *Op. cit.*, T. II, p. 264. Según nuestra modesta opinión, los trabajos clásicos siguen siendo los mejores sobre el tema. *Vid.* Joseph Story, *Comentario abreviado de la Constitución Federal de los Estados Unidos* (México: imprenta del Comercio de Dublán y Cía, 1979); Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos* (México: Fondo de Cultura Económica, 1971) y Edward S. Corwin, *La Constitución norteamericana* (Buenos Aires: Editorial Kraft, 1942). En su sentencia, Marshall asentó: "Los poderes del Legislativo son definidos y limitados; y para que estos límites no puedan confundirse u olvidarse, la Constitución es una Constitución escrita. ¿Con qué finalidad limitarían los poderes y con qué propósito se habrían puesto esas limitaciones por escrito si esos límites pudieran, en cualquier ocasión, ser sobrepasados por las personas mismas a quienes la Constitución intenta constreñir...? Es demasiado claro para que se pueda discutir que, o la Constitución está por encima de cualquier norma legislativa que no está de acuerdo con ella, o el Legislativo puede modificar la Constitución por una ley ordinaria. Entre esas dos alternativas no hay término medio. O la Constitución es una norma superior y suprema y no puede ser alterada por los medios ordinarios, o está al mismo nivel que las disposiciones legislativas ordinarias, y como ellas, puede ser alterada cuando al Legislativo le plazca alterarla... Si una ley aprobada por el Legislativo, contraria a la Constitución, es nula, ¿podrá, no obstante su invalidez, obligar a los Tribunales, forzándolos a ponerla en práctica?... La obligación y el deber del departamento judicial es, sin ningún género de dudas, declarar el derecho... Así, pues, si una ley está en pugna con la Constitución, si tanto la ley como la

más de la tercera parte del total de diputados, o a un tribunal que niegue validez a una ley.<sup>123</sup> Pero, fundamentalmente, con la creación del Tribunal Constitucional austríaco, obra de Hans Kelsen, quien crea un sofisticado mecanismo original. Las diferencias con el *judicial review* son sustanciales. El control difuso se sustituye por uno concentrado. El Tribunal Constitucional no conoce supuestos de hecho, con base en los cuales se produciría la aplicación concreta de la ley, lo que se reserva a los tribunales *a-quo* que plantean el incidente de constitucionalidad. Su función se limita a realizar un análisis de la compatibilidad entre el contenido abstracto de la Constitución como norma suprema y del contenido también abstracto de la ley ordinaria, eliminando la ley contraria a la Constitución. Por eso —según Kelsen— la actividad del Tribunal Constitucional, no sería en sentido estricto judicial, sino puramente legislativa: actuaría como *legislador negativo*. Como bien apunta García de Enterría, *de este modo, el Tribunal Constitucional, en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la relación de adecuación o no a la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual injusticia de la ley) sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará solo la validez de la Ley, por vía de simple lógica racional, desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales.*<sup>124</sup> El examen de constitucionalidad es aislado cuidadosa y terminantemente del proceso donde las situaciones de hecho se ventilan.

Piero Calamandrei y Hans Nawiasky, pugnan por la creación de un tribunal sobre las líneas kelsenianas, pero en las constituciones italiana de 1948 y alemana de 1951 se llega a una solución ecléctica: *un sistema intermedio, entre los sistemas estrictamente judicial y difuso como es el estadounidense y el que podríamos calificar de judicial y concentrado establecido por la Constitución Austríaca de 1920 (y puesta en vigor nuevamente por la ley de 1o. de marzo de 1945) por inspiración de Kelsen.*<sup>125</sup> Según el ordenamiento italiano, es

Constitución son aplicables a un caso particular, de tal modo que la Corte deba decidir el caso con arreglo a la ley, apartándose de la Constitución o con arreglo a la Constitución, apartándose de la ley, la Corte debe determinar cuál de estas dos normas contradictorias en conflicto es aplicable al caso. Esto es de la propia esencia de los jueces". El texto completo de la sentencia en *Revista mexicana de derecho público*, Vol. 1, Núm. 3 (enero-marzo de 1947) pp. 317-343. Para un análisis completo de la institución ver el excelente estudio de J. A. C. Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política* (México: Facultad de Derecho de la UNAM, 1963).

123 Ottmar Bühler, *La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919. Texto completo, comentarios, introducción histórica y juicio general, por...* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Editorial Labor, 1931) pp. 54-46.

124 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Editorial Civitas, 1981) p. 58.

125 Héctor Fix Zamudio, "La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, T. VI, No. 24 (Octubre-diciembre 1956) p. 196.

a través del procedimiento ordinario que se plantea el examen de constitucionalidad, excepto cuando la República o las Regiones Autónomas plantean la inconstitucionalidad.<sup>126</sup>

### B. Los cuestionamientos. Izquierda y derecha.

Tempranamente, se producen las reacciones contra las instituciones de control judicial de la Constitución. La izquierda hegeliana, excelentemente representada por Fernando Lasalle, inicia el ataque, al llamar la atención en su conferencia de 1862 sobre los factores reales de poder constitutivos de la constitución material, privilegiados sobre la Constitución escrita, una mera *hoja de papel*, que en la mayoría de los casos sería solamente un instrumento para encubrir factores de dominación.<sup>127</sup> Que se desarrolla en la concepción teórica marxista y se concreta en la construcción del estado soviético, rechazando la idea de la separación de funciones en órganos distintos, en favor de la concentración del poder en las asambleas representativas —persistente eco de las posiciones jacobinas— como única fuente de legitimidad democrática, a la par del partido único, como canalizador monopólico de la actividad política y las demandas sociales. Que confluye en una negación del principio de supremacía constitucional y la división entre poder constituyente y poderes constituidos a través de un sistema muy flexible de reforma.

En la Constitución soviética de 1977 (Arto. 164), se crea la **Procuratura**, como organismo administrativo y no judicial de *control supremo del cumplimiento exacto y uniforme de las leyes* con funciones de vigilancia y fiscalización de la legalidad socialista, modelo seguido por la mayoría de los regímenes de democracia popular. Pero debe llamarse la atención en dos importantes disidencias. En las constituciones de 1963 y 1974 de Yugoslavia y de 1968 de Checoslovaquia, que corresponden a la era postestaliniana y al intento de autonomía nacional frente a la dependencia soviética, se crean **Cortes Constitucionales**, con atribuciones de control de constitucionalidad de las leyes, procedimientos específicos de protección de derechos humanos y solución de controversias regionales. En general, significan una disidencia esencial frente al sistema de justicia administrativa del modelo soviético y se oponen al sistema monopólico de concentración absoluta del poder en busca de

126 La bibliografía es abundante y en general de gran calidad. Cfr. Mauro Cappellotti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile* (Milano: Giuffrè, 1957) y Franco Pierandrei, "Corte costituzionale", *Enciclopedia del diritto* (Milano: Giuffrè, 1962) X, pp. 874-1036.

127 *¿Qué es una Constitución?* Introducción de Eliseo Aza, traducción y prólogo de Wenceslao Roces, 2a. ed. (Barcelona: Editorial Ariel, 1976).

una descentralización y limitación de los cuerpos legislativos y la autoridad total del partido.<sup>128</sup>

Y por la derecha, la teoría del Monarca como fuente originaria del poder anterior a los procesos constituyentes, desvalorizó la inicial idea constitucional de los liberales del diez y ocho, para justificar teóricamente la restauración monárquica en que desembocó la experiencia napoleónica. Posición, que en un contexto diverso, retorna en la década del treinta de este siglo, Carl Scmitt, para oponerse al Tribunal Constitucional kelseniano, a la justicia constitucional. La prevención contra el abuso del Legislativo, puede conducir al abuso del estamento judicial, afirma. Y cree que solo el Presidente del Reich, dentro de la constitución de Weimar, en uso de las atribuciones extraordinarias del artículo 48, que autorizaba una auténtica dictadura constitucional, podría ser el defensor de la Constitución. La realidad demostró, y posiblemente Scmitt trataba de justificarlo teóricamente, que el resultado de la aplicación de este dispositivo fue, que un político audaz y equivocado, Adolfo Hitler, en uso de los poderes excesivos de esa disposición constitucional, se convirtió no en el defensor de la Constitución, sino en su sepulturero. Esta posición constituye *...la crítica conservadora al sistema de la justicia constitucional; no de un conservadurismo cualquiera, simplemente inercial o sostenedor del statu quo utilitario y sórdido, sino de "la revolución conservadora" y aristocrática, precisamente, que con su desdén altivo al orden burgués (desdén desde la superioridad aristocrática, no desde el populismo proletario) y su caída final en el dieccionismo dictatorial, falsamente heroico (simplemente violento), concluye abiertamente en el fascismo (usando el término en su sentido estrictamente técnico, sin las connotaciones y adherencias deprecatorias que la historia ha puesto en el concepto).*<sup>129</sup>

128 Sobre el régimen constitucional de las democracias populares, Paolo Biscaretti di Ruffia, "Le strutture organizzative e funzionale degli Stati Socialisti delle Europe Orientale", *Rivista triestrale di diritto pubblico*, Milano (octubre-diciembre de 1969) pp. 744 y siguientes. Y sobre el sistema de jurisdicción constitucional, Héctor Fix Zamudio, "Los tribunales constitucionales en los países socialistas", en *Los tribunales...*, *Op. cit.*, pp. 115-133, que refiere a bibliografía básica sobre el tema.

129 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, *Op. cit.*, p. 163, "Bajo este desenvolvimiento descrito por Scmitt no se encuentra simplemente la historia ordenada de un desarrollo lineal de la teoría del derecho. Más bien, una transformación irreversible de fuerza entre las clases. El uso totalmente particular del artículo 48, la tendencia a sustituir las leyes con disposiciones, tiene su presupuesto, en la intensa unificación que logra tener la clase burguesa alemana, inmediatamente después de 1929, tanto en la política exterior como en la política interior, y esto, como lo señalaba agudamente Kirchheimer en 1930, cambia completamente los fundamentos del sistema constitucional. Desde el momento que la burguesía se constituye como clase unitaria en el parlamento, trocando sus relaciones con la socialdemocracia, la democracia del compromiso, se transforma en la democracia de los campamentos enemigos", Roberto Racinaro, "Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta", en Hans Kelsen, *Socialismo y estado* (México: siglo XXI editores) p. 126. La edición original de Racinaro, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni venti-trenta* (Bari: de Donato editore, 1978). *Vid supra*, pp. 10 y siguientes

### C El debate sobre el papel político de la función judicial.

En la base de la existencia de las Cortes Constitucionales está la discusión sobre el conflicto entre política y justicia.

Posibilidad de resolver los problemas políticos con criterios y métodos judiciales. Discusión sobre la legitimidad de esta atribución y cuestionamiento de los mecanismos por los cuales los jueces encuentran razones para fallar. En esta discusión ha corrido mucha tinta, y los argumentos juegan alrededor de la idea clave de que en un régimen democrático, la atribución de dictar leyes corresponde al pueblo directamente o a través de sus representantes en las asambleas, y que la atribución del estamento judicial está limitado a resolver controversias aplicando las leyes en que las decisiones de autoridad han sido tomadas, sin excederse en su función.<sup>130</sup>

En el sistema de revisión judicial de la legislación, se han subrayado con especial claridad los conflictos de competencia con referencia a las decisiones fundamentales del proceso político. La justicia y la política se entrecruzan en el nudo de la decisión de inconstitucionalidad. Y es que siempre existe una raíz política en la decisión judicial sobre la materia, que desplaza el foco del poder, la fuente de decisión, del órgano legislativo al judicial.

En el caso **Marbury vs. Madison**, ese elemento político aparece claramente. Los conservadores del partido federalista se atrincheraron en el Organismo Judicial, dotándolo de un enorme poder político, para oponerse a las reformas que preconizaba el **Presidente Jefferson**, recién electo. Y el ejemplo norteamericano es claro, como experiencia negativa de abuso del poder otorgado al estamento Judicial. La Suprema Corte se ha autoconstituido en un poder constituyente permanente, en un verdadero *power amending*, como afirmaba el juez Marlan (en sentencia Oregon vs. Mitchell), a través de varios procedimientos: 1) interpretación constructiva, insuflando en textos, espíritu que los jueces prefieren; 2) declaración de inconstitucionalidad, calificando fondo político de la legislación y c) dictámenes sobre probabilidad de éxito de proyectos de ley, *advisory opinions*. Rebasando la función encomendada, ha construido encima del texto legal, un conjunto de principios extraídos de la mentalidad de los jueces, de sus convicciones personales, los que ha convertido abusivamente en verdaderas normas. Vivimos, pudo afirmar un antiguo Presidente de la Corte, *bajo una Constitución; mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es*. Y Scmitt, era muy claro al llamar la atención sobre los peligros de se-

130 Lord Devlin, "Judges and Lawmakers", *The modern Law Review*, London, Vol. 39, No. 1 (January 1976) pp. 1-16; S. Belaid, *Essai sur la pouvoir createur et normatif du juge* (París: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1974)

mejante mixtificación: *Lo más cómodo –afirmó– es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un estado de derecho, olvidando que con la expansión de la justicia a una materia que acaso no es ya justiciable, sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de advertir, tanto para el derecho constitucional como para el derecho de gentes, la consecuencia no sería una judicialización de la política, sino una politización de la justicia.*<sup>131</sup> Y recordaba la redonda frase de Guizot: *en tales jurisdicciones, la política no tiene nada que ganar, y la justicia, puede perderlo todo*, aunque Guizot se refería a los tribunales especiales de represión política. Desde un punto de vista democrático, aparece algo apenas imaginable: se confía la interpretación de los derechos de propiedad, entre otros, a una clase profesional, cuya función esencial es plantear reclamaciones de intereses por designación: *Dentro del marco de un sistema constitucional, no se registra ejemplo más sorprendente de la sujeción del poder político al económico.*<sup>132</sup> Precisamente este debate, produjo la expresión de *gobierno de los jueces*, que se ha abierto tanto camino.<sup>133</sup>

Y esta politización de la rama judicial, ha tenido diversos signos. La primera, históricamente, de tipo conservador. Con antecedentes en el siglo diez y nueve, a partir de la segunda década del presente siglo, la judicatura defendió persistentemente una especie de capitalismo salvaje, traducido en un *darwinismo jurídico*, para oponerse a la intervención del estado en la vida económica y a la legislación social –en sentencias bastante conocidas– que hizo crisis con la formulación del **programa del Presidente Roosevelt del Nuevo Trato**. Frankfurter, uno de los jueces, le escribía a Roosevelt lamentándose de que la Suprema Corte *...durante aproximadamente un cuarto de siglo ha derivado el poder de judicial review en una revisión de la política legislativa, usurpando poderes que pertenecen al Congreso y a los legisladores de los distintos Estados... un largo camino de abuso judicial*. Esta situación obligó al Presidente a presentar una ley de reforma –que el Senado rechazó– que en sus motivaciones apuntaba que era *preciso tomar medidas para salvar la Constitución de las garras del Tribunal* y que *...los Tribunales han destruido el equilibrio de poderes entre las tres ramas del gobierno federal, oponiéndose así directamente a los grandes objetivos que se habían fijado los redactores de la Constitución*. Suerte política de Roosevelt, le permitió resolver el conflicto sin pasar por las Cá-

131 Carl Scmitt, *La defensa de la Constitución... Op. cit.*, p. 33. Vid. Jorge Mario García Laguardia, *La defensa de la Constitución. Aspectos...*, *Loc. cit.* p. 95 y siguientes.

132 Harold J. Laski, *El liberalismo europeo* (México: Fondo de Cultura Económica, 1954) p. 215.

133 L. B. Boudin, "Government by judiciary", *Political Science Quarterly*, XXXI (1911) pp. 238-270; en Europa, Lambert la popularizó en la década del 20, *Le gouvernement des juges* (París: 1921) y recientemente la expresión se retoma desde una crítica conservadora a la jurisprudencia Warren, R. Berger, *Government by judiciary. The transformation of the fourth amendment* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977).

maras, al producirse muertes y jubilaciones en la Corte, lo que alteró su composición en favor de la autoridad presidencial.

Y últimamente, vuelve a surgir con motivo de la jurisprudencia del **Tribunal Warren** —1953/1969— que realizó un *activismo judicial* muy importante, en sentido progresista, especialmente contra la segregación racial, cuestionando la doctrina oficial de *iguales pero separados*; en defensa de las libertades públicas de libre pensamiento y asociación; buscando una redefinición de marcos electorales para garantizar el voto de la minoría negra y en la protección a minorías raciales, extranjeros hostilizados y trabajadores ilegales. Esta vez, las críticas, con los mismos argumentos, vienen desde la derecha conservadora. Lo que prueba la validez de fondo de las reservas.

También en Inglaterra, donde el dogma de la soberanía del Parlamento es de vieja data y persistencia, en los últimos años las atribuciones del estamento judicial se han ampliado sensiblemente. El Profesor Griffith, de la **London School of Economics and Political Science**, ha llamado la atención recientemente, en polémico libro, sobre los peligros de las funciones políticas de los jueces, analizando su reclutamiento, sus actividades, su exceso de actividad jurisprudencial, y la función conservadora que en su labor de interpretación constructiva, desempeñan frente a derechos de los ciudadanos y especialmente frente a los sindicatos.<sup>135</sup>

En realidad, en la función judicial siempre subyace una actividad política no solo intersticial en espacios dejados por el Legislativo. Y esto, porque el sistema judicial, es un subsistema del sistema político de carácter especializado. La actividad política de los jueces se produce desde dos ángulos. En un sentido general, los jueces resuelven conflictos entre partes aplicando normas generales dotadas de autoridad, actividad esencialmente política. Pero además, en un sentido específico, la discrecionalidad de que gozan los jueces al interpretar las normas para aplicarlas, se constituye en una actividad de creación legislativa, situación que se ha visto estimulada, por la inusitada ampliación de la producción de normas por las cámaras, que cubren un amplio espectro cada vez mayor de la vida social. La *certeza* del derecho es en gran medida ilusoria, y el juez al aplicarlo, debe escoger entre varias alternativas, y al hacerlo no puede menos que utilizar su propia perspectiva, utilizar su propio catálogo de valores, lo que resalta más, cuando de aplicar normas constitucionales se trata.<sup>136</sup>

134 Saylor, Boyer y Goobing eds., *The Warren Court A. critical analysis* (New York: Chelsea House, 1980).

135 John A. G. Griffith, *The political of the judiciary* (London: Williams Collins, Sons e C. Ltd. 1977); hay traducción italiana, *Giudice e politica in Inghilterra*, Introducción a cura de Mario P. Chiti (Milano: Feltrinelli Editores, 1980).

136 Varias escuelas jurídicas se han orientado a favorecer una mayor libertad del juzgador frente a la ley: la escuela libre de derecho, de la comunidad del pueblo, escuela realista y últimamente la teoría del "uso alternativo del derecho" que ha surgido en Italia. G. Schubert, ha hecho análisis empíricos, en una rica línea de investigación, sobre la hipótesis de la

En resumen, *el juez opera inevitablemente sobre decisiones de relevancia política, aunque la amplitud y la modalidad con que esa politicidad se expresa, puede depender de varios factores, como su posición institucional, el estado del sistema normativo, y en general, las relaciones entre sistema político y sociedad.*<sup>137</sup>

Y es evidente, que cuando la resolución hace referencia a órganos del estado, y a la generalidad de la aplicación de la norma, como en el caso del control de constitucionalidad, el papel político adquiere especial relevancia.

Y aún más, el juez en algunos casos, puede proponerse fines a realizar, dictar sus resoluciones en vista de objetivos a lograr dentro del sistema político general, asumiendo indicaciones programáticas del propio texto constitucional. Buen ejemplo de esta situación, es el uso que han hecho los jueces italianos del artículo 3 inciso 2 de la Constitución italiana, que prescribe que la república —y se dice, los jueces que de ella forma parte— está obligada a remover los *obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.* El artículo es claro al proponer la realización efectiva de los principios de igualdad, y varios jueces han considerado que están obligados por este artículo a asumir la obligación de dictar resoluciones en busca de ese objetivo constitucional.<sup>138</sup>

La materia, pues, de que conocen las Cortes Constitucionales, generalmente, no siempre, es materia política. Pero el método con el que se resuelven las controversias, es jurídico, lo que legitima su actividad especializada. Si se reconoce la Constitución como una norma, de especial jerarquía, como una norma suprema, parece consecuente que se establezcan los mecanismos de garantía, y así se justifica en su origen y en su desarrollo la justicia constitucional.

#### D. La Constitución de 1965 y la experiencia reciente. Balance de la Corte de Constitucionalidad.

Pocos rastros documentales dejó el proceso de incorporación de la Corte de Constitucionalidad en la última Constitución de 1965. En la sesión del 2

actividad de los jueces guiada por el uso de sus personales escalas de valores, *Human jurisprudence* (Honolulu: University of Hawai Press, 1975).

137 Carlos Guarnieri, *L'indipendenza della Magistratura* (Padova: CEDAM, 1981) p. 50.

138 Sobre esto ver Carlo Guarnieri, "Elites, correnti e conflitti fra i magistrati italiani: 1964-1976", *Politica del diritto*, VII (1976) pp. 653-682. Aquí debe llamarse la atención en el peligro que comporta esta posición, en cuanto se puede rebasar el propio fin institucional de magistratura —resolver controversias que surgen en la aplicación de normas de derecho— y atribuirse funciones que corresponden a otros órganos.

de febrero de 1965, el diputado Skinner Klée, Presidente de la **Comisión de los 25** (Comisión de Constitución), presentó el proyecto al pleno e hizo una amplia exposición de motivos. El proyecto —dijo— *...tiene profundos cambios en la parte orgánica... nos ofrece una nueva estructura del estado, totalmente nueva... sobre todo la radical reforma que se ha hecho con la reglamentación del Organismo Judicial, al cual se le ha provisto de poderes extraordinarios, de facultades que carecen de antecedentes en Guatemala, a sabiendas de que aquéllo nos va a llevar, nos puede llevar indudablemente, si se hubiere abusado de esto, al gobierno de los jueces (el subrayado es nuestro), de que algunas veces se ha acusado a algún país de la América, de tener, pero creemos no haber llegado a ese extremo, creemos que no hemos caído en el gobierno de los jueces, creemos que hemos logrado para los jueces de la República, la dignidad y la majestad de su sitial...*

Y específicamente: *Cómo novedad de orden institucional, señaló la creación de una Corte constitucional, no debemos confundir los propósitos de este tribunal con los del amparo, o recurso de inconstitucionalidad; el amparo tiene un tipo de efectos en casos concretos y el recurso de inconstitucionalidad llega a una decisión judicial también, en casos absolutamente concretos, en cambio la Corte constitucional es un contralor de la constitucionalidad de las leyes, es un Tribunal que sopesa, que hace juicio de los actos del Congreso como legislador, para determinar si una ley se adecúa o no a la Constitución de la República, y su resolución tiene efectos de derogatoria general de la ley; es una función muy especial y por eso se sacramentó el recurso, se vio el mayor número de garantías posibles para que su interposición únicamente obedeciese a razones de suficiente seriedad, a fin de que no estuviere a disposición de cualquier mecanismo de embate en un momento político.*<sup>139</sup>

Cuando en el mes de mayo, se discutió el capítulo sobre la Corte en el pleno, se hizo evidente el desconocimiento de los diputados sobre la materia, y naturalmente de las implicaciones que la adopción de la institución traería. En una discusión de muy bajo nivel, se refirieron solamente al problema de la legitimación activa. En la sesión del 25 de mayo, se suprimió el inciso que legitimaba a cualquier persona a quien afectara directamente la inconstitucionalidad, para presentar el recurso con el auxilio de siete abogados, con una única intervención coherente aunque confusa. La del diputado Villacorta, quien argumentó que *el recurso de inconstitucionalidad, es un recurso de tipo general, que nunca puede estar en manos de particulares... no se trata de un recurso de garantías individuales... si... alguna empresa, una persona individual o un grupo de personas, estuvieran interesadas o consideraran de por sí, que es inconstitucional una ley, tendrían que dirigirse a organismos más técnicos, que sirvieran para*

<sup>139</sup> Diario de sesiones de la asamblea nacional constituyente de 1965. Mimeo., Archivo del Congreso de la República.

*tamizar ese recurso, irían frente al Consejo de Estado... Colegio de Abogados... no puede estar en manos de cualquier ciudadano, sino debe ser tamizado por organismos de seriedad, por organismos técnicos... el recurso de inconstitucionalidad debe ser interpuesto por organismos del Estado, o por una institución como el Colegio de Abogados, pero no poner el recurso a manos de particulares. Esto es realmente muy extraño, y por novedoso que sea el capítulo, no debemos extremar la novedad hasta llevar un recurso de esta clase a manos de particulares*<sup>140</sup> En la sesión del día siguiente, seguramente después de una labor extraparlamentaria de convencimiento, los diputados parecen cambiar de opinión y dejan para una nueva discusión los artículos 252 y 253 del proyecto. El 5 de agosto reaparece el tema, cuando se presenta una enmienda que acepta la legitimación a particulares con la exigencia del auxilio, ya no de siete, sino de diez abogados. Se incluía dentro de un grupo de enmiendas presentada por una Comisión específica. Sin ningún comentario, se aceptó para su discusión y en la sesión del 10 de agosto, el Presidente de la Comisión de Revisiones, hizo una sumaria exposición justificatoria sobre las enmiendas, pero no aludió en ninguna forma a la que se refería a la Corte y finalmente, en la sesión del 17, se aprobó sin discusión el artículo 265, que en su inciso 4o. apuntó: *Cualquier persona o entidad a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio.* Agregar al final del artículo, dice el acta, el párrafo siguiente: *En la ley constitucional correspondiente, se regulará lo relativo a esta materia.*<sup>141</sup>

Obviamente, los diputados estaban empeñados en cuestiones menos técnicas que la creación de una Corte Constitucional, y se creó la nueva institución, sin que muchos de ellos se percataran de su gran importancia histórica. En todos los congresos constituyentes, en que se discute la aprobación del Tribunal Constitucional, aparece la polémica clave sobre la relación entre política y justicia. Que en el nuestro, sólo se sugiere, aunque con mucha claridad y precisión, en la exposición de motivos de la presentación del proyecto, y que nunca se discute en el pleno.<sup>142</sup>

La experiencia de nuestro Tribunal Constitucional fue corta, como la del último texto constitucional: de 1966 y 1981, escasos quince años. Pero

140 *Idem.*

141 *Idem.*

142 En el último constituyente español de 1978, el diputado Solé Tura habló del peligro de convertir al Tribunal en una "Tercera Cámara, escasamente controlable", y Manuel Fraga Iribarne, recordó la famosa frase de "gobierno de los jueces", pero en realidad fueron expresiones dichas fuera de un debate de fondo sobre las funciones del tribunal, porque en España, se había logrado un consenso entre todos los grupos parlamentarios y los partidos, sobre las decisiones fundamentales, entre las que estaba la creación del Tribunal Constitucional, "Sesión de 19 de junio de 1979", *Diario de sesiones del Congreso de diputados*, pp. 3448 y 3449.

fructífera. En ese lapso, conoció de muy pocos casos. El Consejo de Estado y el Colegio de Abogados no hicieron uso de su prerrogativa aunque pudieron y debieron hacerlo en algunas ocasiones; el Presidente de la República, lo hizo una sola vez, por cierto, el único recurso declarado con lugar<sup>143</sup> y los demás recursos fueron interpuestos por particulares.

La experiencia demostró, como en otros lugares —Italia, Alemania, España— que el peligro del *gobierno de los jueces*, de la politización de la Corte, no se evidenció. Lo que fue motivado por dos clases de razones. La primera hace referencia al sistema mixto de control que adoptó la Constitución: difuso, incidental, de alcance particular y con efectos declarativos en el artículo 246; y el de la **Corte de Constitucionalidad**: concentrado, principal, de alcance general y efectos semi-constitutivos. Lo que limitó la competencia de la Corte, en la más pura tradición kelseniana, a un análisis de contenido en la confrontación de la norma constitucional y la ordinaria. Tesis que la Corte defendió tácitamente en todas las sentencias que dictó y expresamente en dos de ellas: *...la Corte de Constitucionalidad, tribunal extraordinario cuya competencia está delimitada por el artículo 263 párrafo primero... su función es estrictamente jurídica o de confrontación de la ley con la norma constitucional... son presupuestos del recurso de inconstitucionalidad, la existencia de una ley o disposición gubernativa de carácter general, que se impugnan; y el vicio de "lesa majestad" que los invalida, referido a artículo o artículos constitucionales expresos; de modo que si no concurren esos requisitos, el examen jurídico a que se contrae el recurso, no puede realizarse, ni existe materia constitucional propiamente dicha que juzgar*<sup>144</sup> y en otra, apuntó que *...tampoco entra a conocer sobre los efectos de carácter económico que señala el recurrente porque tal materia no es de la competencia de esta Corte, dadas las finalidades limitativas extraordinarias y propias del recurso de inconstitucionalidad.*<sup>145</sup>

Fallo importante es el que se refiere a la impugnación del artículo 23 de la Ley de Partidos Políticos por **Unidad Revolucionaria Democrática**, partido político de orientación socialdemócrata, fundado en 1961 por un grupo de intelectuales de centro-izquierda, cuyo viacrucis para lograr inscripción, es un claro ejemplo de la manipulación constitucional del régimen partidario a que hemos hecho referencia en otra parte de este estudio.<sup>146</sup> La Corte en

143 Sentencia en el *Apéndice Documental*.

144 *Sentencia de 10. de septiembre de 1978*, Enrique Peralta Azurdia contra los Decretos del Congreso Números 2-78 y 3-78, que declararon validez de elecciones presidenciales de marzo de 1978. Incluida en el *Apéndice Documental*.

145 *Sentencia de 8 de enero de 1971*, Procurador General de la Nación contra el Decreto 1725 del Congreso de la República. Incluida en el *Apéndice Documental*.

146 *Vid supra*, pp. 21 y la bibliografía indicada en la nota No. 36. El partido hizo tres intentos para lograr su inscripción, con tres nombres semejantes, para mantener su identidad y cumplir con la ley: U.R.D., Frente Unido Revolucionario Democrático (FURD) y finalmente Frente Unido de la Revolución (FUR).

este caso, eludió el análisis de constitucionalidad planteado, con base en dos argumentos: por una parte, consideró insuficiente la representación que se acreditó —lo que para nuestro objeto tiene importancia secundaria— y por la otra, al interpretar el artículo 264 inciso 4o. de la Constitución, lo hizo, no en forma extensiva y con el criterio que debe orientar la aplicación de normas constitucionales, sino en una forma restrictiva, limitando la legitimidad activa, según nuestro criterio, en forma equivocada, negando la garantía al derecho general de asociación y especial de formar partidos políticos, afectados claramente. La Corte argumentó que el recurso fue interpuesto por los abogados Mijangos López y Zachrisson Descamps *...en su propio nombre... pero sin expresar el interés jurídico que tienen ni en qué forma y por qué razón los afecta directamente la inconstitucionalidad de la ley que impugnan*, que, como hemos dicho, era el artículo 23 de la Ley de Partidos Políticos que dice: *La autorización otorgada a un grupo de ciudadanos para la formación de un partido político, tendrá vigencia improrrogable de seis meses para ejercitar el derecho que le confiere esta ley.*

Lo escueto de la argumentación de la Corte en el fallo, se suple con el voto razonado de su Presidente, quien enriquece la argumentación en el mismo sentido: *...la autorización constitucional para impugnar de inconstitucionalidad una ley o disposición gubernativa de carácter general... no es absoluta, porque la propia Constitución limitó el ejercicio de ese derecho para determinados institutos (sic), por lo que es conveniente referirse a la disposición que contiene el inciso 4o. del artículo 264 de la Constitución para establecer si esa facultad ampara o apoya... para interponer en lo personal el recurso... habiendo ocurrido el profesional Colom Argueta en representación de la entidad o asociación política constituida con miras a la formación de un partido político, porque a su juicio el artículo impugnado es inconstitucional, ya que afecta directamente los intereses de dicha asociación, no se ve por qué razón los otros profesionales también comparecen alegando que en sus intereses particulares los afecta directamente la inconstitucionalidad de ese artículo. Si todos y cada uno de los miles de afiliados están formando la entidad recurrente y ésta gestiona ante las autoridades la defensa de sus derechos por medio del recurso de inconstitucionalidad, no se comprende por qué motivos otros afiliados que pudieran llamarse Juan, Pedro, Pablo, etc., acudieran con el mismo pretexto que lo hacen Mijangos López y Zachrisson Descamps, a gestionar la misma inconstitucionalidad. Esto no es posible, porque en este caso ni los abogados Mijangos López y Zachrisson Descamps, ni Juan, ni Pedro, Pablo, etc., que también pertenezcan a esa asociación, se encuentran afectados directamente por la inconstitucionalidad de la ley; no, en este caso, sería la entidad o asociación, como persona jurídica la única que pudiera alegar esa inconstitucionalidad por medio de acción. En este caso no pueden confundirse la persona particular con la asociación, para mezclar sus intereses, puesto que*

*la ley se refiere bien a una persona o bien a una entidad que resulten afectados directamente por la inconstitucionalidad de una ley o de una disposición gubernativa. Es indudable también que, cuando el inciso se refiere a cualquier persona o a cualquier entidad, no se está refiriendo a facultar a la persona particular para que conjuntamente con la asociación de que forma parte pueda ejercitar esta acción de inconstitucionalidad, porque la persona particular no resulta, claro está, directamente afectada por esa inconstitucionalidad; puede resultar afectada indirectamente como miembro de la asociación, pero la disposición constitucional se refiere a que resulta directamente afectada. En otros recursos presentados, dice el Presidente de la Corte, los recurrentes sí eran personas afectadas directamente por las leyes cuya inconstitucionalidad demandaron, puesto que eran propietarios de raíces... Y en la misma línea de intereses restrictiva, agrega otro curioso argumento: ...los recurrentes exponen que "el interés jurídico en este caso, máxime tratándose de profesionales del derecho, es manifiesto". Debo advertir a este respecto, que el inciso 2o. del artículo 264 de la Constitución, al cual me he referido, dispone que podrá interponer la inconstitucionalidad de la ley "El Colegio de Abogados, por decisión de su Asamblea General". Es un mandato constitucional, en el que está limitado al Colegio por decisión de su asamblea general el ejercicio de la defensa de inconstitucionalidad... por lo que entiendo que la filosofía tanto de éste, como del inciso 4o. ya comentado, que también son disposiciones de orden constitucional, no arriba a la interpretación que en este caso o en cualquier otro semejante, un profesional en su carácter puramente particular esté facultado por la ley para hacer uso del recurso de inconstitucionalidad.<sup>147</sup>*

La segunda de las razones que limitó la posible politización y confrontación entre los poderes del estado, hace referencia a la posición general del Organismo Judicial dentro del sistema político, autónomo en alguna medida, pero no independiente, dado el mecanismo de reclutamiento y formación de los jueces y la praxis política del Ejecutivo e influencia de los grupos de presión en la estructura de gobierno. Sin tomar en cuenta la patología de la sociedad civil, cuyos patrones de corrupción alcanzan la mayoría de instituciones y órganos.

147 Sentencia de 19 de febrero y 22 de abril de 1969. Voto razonado del Magistrado Presidente Justo Rufino Morales, de 23 de abril de 1969, quien se sintió obligado a incluir en su voto lo que llamó *explicación necesaria*: "Debe aclarar, aunque ya es cuestión sabida en mi larga carrera profesional, que las explicaciones que contienen este voto no son más que el producto de un libérrimo criterio jurídico personal del suscrito, y porque siempre he creído que el Juez debe consignar en sus resoluciones todos los razonamientos legales que las respaldan, para que los litigantes puedan convencerse de las razones del juzgador para pronunciarse en uno u otro sentido. Pero esas razones deben sopesarse en la balanza de la imparcialidad y siempre ajustándose a las disposiciones legales atinentes a cada caso. En el presente muy bien puede omitir la exposición que antecede, pero entonces mi personal modo de enfocar el problema hubiera quedado incompleto"

Según una conocida clasificación, que toma en cuenta el grado de participación política y la competencia interna, los regímenes políticos son democráticos, autoritarios y totalitarios.<sup>148</sup> La independencia de la magistratura solo se da en regímenes democráticos y consiste en un conjunto de garantías otorgadas al organismo judicial para que juegue un papel no solo estrictamente judicial, sino político. 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.

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. Análisis empíricos, como se ha hecho en otros países, creo, probarían ampliamente estas hipótesis. Si así no fuera, como en otras partes la experiencia ha demostrado, los fallos de la Corte Constitucional podrían servir, no solo para satisfacer demandas institucionales y particulares, y mantener la coherencia del sistema jurídico, sino también como instrumento de legitimación e integración, canalizador del consenso.

### VIII. POST-SCRIPTUM

Terminado el borrador de este trabajo, hemos releído algunos de los estudios que integran una caudalosa e interminable bibliografía sobre el tema, que se produce continuamente y que hace verdaderamente imposible agotarla.

Conmovido por la riqueza de la producción jurídica y lo sugestivo de los trabajos, no nos hemos resistido a transmitir dos ideas de juristas amigos sugeridos por esa relectura. Pedro de Vega, constitucionalista español, llama la atención sobre el peligro de una falsificación de los instrumentos de defensa constitucional cuando el texto mismo constituye una falsificación: *Cuando las Constituciones, lejos de actualizar un sistema de valores, se convierten en meros instrumentos de falsificación de la realidad política, dejan, por tanto, sin justificación posible la defensa dentro de ellas de ningún sistema de justicia constitucional. Defender la pura semántica constitucional terminaría sien-*

148 R. A. Dahl, ed. *Regimen and Oppositions* (New Haven: Yale University Press, 1973) y J.J. Linz, "An authoritarian regimen: Spain", E. Allardt y S. Rokkan eds, *Mass politics* (New York: The free press, 1970).

do entonces, a nivel político, la más vituperable traición a los valores del constitucionalismo auténtico y, a nivel científico, la negación más rotunda de las funciones primordiales que la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar. Por ello, si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica. Proceder de otro modo supondría condenar la teoría constitucional y la labor de los constitucionalistas al más menesteroso y errante de los quehaceres.<sup>149</sup>

Y Mauro Cappelletti, el jurista que más ha reflexionado en esta temática, con su habitual amplitud de análisis nos recuerda su esencial significación: *Consta el hecho de que el instituto de control judicial de constitucionalidad de las leyes, es ciertamente uno de los más ricos en implicaciones y en problemas para todo jurista abierto a las ideas que se agitan en el mundo contemporáneo: un mundo que, sería vano ocultarlo, se mueve con cada vez mayor rapidez hacia la que —me lo recordaba recientemente Max Rheinstein— un poeta alemán llamó como bellísima palabra la Sternstunde, la hora de la estrella, la hora de las elecciones y de las decisiones supremas. Si la elección será, como todos queremos augurar, la de la justicia, y no de la destrucción —una forma internacional de justicia que garantiza también entre los pueblos como entre los individuos la permanencia de ciertos valores fundamentales—, entonces yo sostengo que también las diversas y múltiples experiencias en actos de justicia constitucional, habrán dado y darán su no despreciable contribución a la supervivencia misma de la civilización y de la humanidad.*<sup>150</sup>

Ciudad de México, 1983.

149 Pedro de Vega García, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de estudios políticos* No. 7 Nueva Epoca (enero-febrero 1979) p. 95, trabajo incluido en el libro del mismo autor, *Estudios Constitucionales* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1980) pp. 283-309.

150 Mauro Cappelletti, "El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo", *Proceso, ideologías, sociedad*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf (Buenos Aires: ediciones jurídicas Europa-América, 1974) p. 471.