

## REVISION JUDICIAL A PRIORI Y A POSTERIORI: LOS MODELOS NORTEAMERICANO Y EUROPEO

*Martin Shapiro\**

Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad de Berkeley

El control de constitucionalidad, es decir, la facultad de una corte de declarar inconstitucional una ley, no está establecida expresamente en la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, dos importantes características de ella la han llevado en esta dirección.

La primera es el federalismo, esto es, la división del poder soberano entre el Estado central y los estados miembros. En un principio, las naciones en que el control de constitucionalidad se practicaba en forma más activa eran Estados federales: los Estados Unidos, Canadá y Australia. Más recientemente la revisión judicial ha sido importante en la República Federal Alemana y en la Comunidad Europea, que es un sistema casi federal. Dondequiera que exista el federalismo, debe haber alguna forma de decidir las disputas que se plantean entre el gobierno central y los estados miembros sobre los límites constitucionales entre sus respectivos poderes. Una corte armada con poderes constitucionales de revisión es una solución natural para el problema de delimitar las fronteras entre la autoridad central y la de los estados miembros.

La segunda característica que ha llevado a la Constitución de los Estados Unidos en esta dirección es la separación constitucional de los poderes entre el Congreso y el Presidente. Aquí, al igual que en el caso anterior, es conveniente tener una tercera institución que sea independiente de ambos poderes, y que pueda así delimitar las fronteras constitucionales entre ellos. Una corte con poderes de revisión constitucional es la solución obvia. Aunque por mucho tiempo se admitió universalmente que la tradición política francesa hacía imposible que allí existiera el control constitucional, los franceses crearon una Corte Constitucional cuando el Poder Ejecutivo fue dividido entre el Presidente y el Primer Ministro.

Así, la doble división de poderes que existe en los Estados Unidos —entre el gobierno central y los estados por una parte y el Congreso y el Presidente por otra— crea fuertes presiones en pro de la revisión judicial. Por supuesto, esto no hace que tal control sea necesariamente obligatorio. Pero, por el contrario, no debe entenderse tampoco que la ausencia de tales divisiones lo impida. Italia, por ejemplo, tiene una forma de gobierno que no es ni presidencial ni federal y sí tiene un exitoso sistema de control constitucional.

Incluso si la Constitución de los Estados Unidos crea una presión para la revisión de constitucionalidad, siguen existiendo las interrogantes de quién y cuándo debe ésta efectuarse. Durante el transcurso de estas Jornadas se han hecho frecuentes referencias a dos modelos de control constitucional: el sistema americano y el modelo europeo. Se dice de este último que implica un control a priori, y por lo tanto abstracto, que debe ser llevado a cabo por una corte constitucional especial. Del modelo americano, por su parte, se dice que conlleva un control constitucional a posteriori, es decir, una revisión concreta, en el curso de un litigio regular ante una corte de jurisdicción común. Precisamente porque los constituyentes norteamericanos no hicieron provisiones específicas para el control de constitucionalidad de las leyes, no se hizo en los Estados Unidos una elección consciente entre estos dos modelos<sup>1</sup>. Los Estados Unidos

---

<sup>1</sup> En la Convención Constituyente los redactores consideraron una proposición para crear un "Consejo de revisión" que aparentemente habría tenido facultades de revisión abstractas, a priori, antes de la promulgación de las leyes, a la manera del Consejo Constitucional francés. Esta proposición fue desechada por razones que no constan en las Actas de la Convención. No hay evidencia de que los constituyentes hayan rechazado expresamente el control de constitucionalidad abstracto y a priori.

---

\* Traducción Ana María Silva Jiménez, Ayudante de Derecho Constitucional y Político, Pontificia Universidad Católica de Chile.

siguieron el llamado "modelo norteamericano" como un resultado casi automático e inevitable de la peculiar forma en que el control constitucional fue surgiendo en dicho país.

La revisión judicial fue establecida en los Estados Unidos por una decisión de la Corte Suprema, en el caso *Marbury vs. Madison*<sup>2</sup>, sentencia redactada por quien fuera uno de sus primeros presidentes, el juez John Marshall. Este distinguido jurista era partidario de la existencia del control constitucional, pero se veía enfrentado precisamente al problema que en la Constitución no se hace ninguna mención expresa a éste. Si iba a existir control de constitucionalidad en los Estados Unidos, él tendría que derivarlo de la norma más general del Artículo III Sección 1<sup>3</sup>, que establece que el "poder judicial" debía recaer en la Corte Suprema y en las Cortes Federales inferiores. En los países que siguen la tradición jurídica del derecho civil, la interpretación de la frase "poder judicial" podría bien fundarse en un ensayo altamente abstracto y teórico de la naturaleza de la función judicial. Para un juez formado en la tradición del *common law* como Marshall, la técnica de interpretar palabras como "poder judicial" es muy diferente, poniendo el énfasis en la experiencia histórica y no en la teoría legal. Para éste, así como para la mayoría de los norteamericanos, la palabra "judicial" debe significar "lo que los jueces han hecho tradicionalmente en el pasado". El poder judicial investido en la Corte Suprema por la Constitución debe ser el poder de hacer lo que los jueces ingleses han hecho siempre. Ahora bien, una cosa que los jueces de habla inglesa ciertamente nunca habían hecho en el pasado era declarar las leyes inconstitucionales.

Marshall planteó una inteligente solución para este problema. El parte desde la premisa no declarada de que "judicial" significa "lo que los jueces han hecho en el pasado". Entonces procedió en la siguiente forma: La Constitución es una ley. Una ley aprobada por el Congreso también es una ley. En el curso de un juicio ordinario, en una corte común, un juez puede descubrir que la Constitución y la ley están en conflicto. El debe resolver este conflicto eligiendo cuál ley debe seguirse para poder decidir cuál de las partes debe ganar el caso. Marshall argumenta ahora que los jueces

siempre han debido resolver tales "conflictos de ley" cuando ha sido necesario hacerlo para decidir un caso. Tales conflictos de ley, o "elección de la ley aplicable al caso" siempre e incuestionablemente han formado parte del trabajo regular y normal de los jueces. Un conflicto entre la Constitución y una ley federal es sólo una especie dentro de tales conflictos. Por lo tanto, resolver los conflictos entre la Constitución y las leyes cae dentro del "poder judicial" conferido a las cortes federales por el Artículo III. Así, concluye su argumentación y ha quedado demostrado. Pero el juez Marshall va aún más allá para argumentar que cuando una corte se encuentra efectivamente ante uno de estos conflictos, y esté obligada a resolverlo para decidir un caso que se haya planteado ante ella, es obvio que la corte debe escoger obedecer a la Constitución y no a la ley que se opone a ella. Así Marshall deduce la revisión judicial de la Constitucionalidad de las Leyes de la atribución más general del "poder judicial" dado a las cortes federales y establecida en el Artículo III.

Con el tiempo los americanos se han dado cuenta que el argumento de Marshall es convincente. La legitimidad del control constitucional en los Estados Unidos descansa en gran parte en este argumento de que las cortes no declaran las leyes inconstitucionales cuando ellas lo quieren, sino sólo cuando se ven enfrentadas a resolver un conflicto de leyes que se presenta en el curso de un litigio; que por lo demás constituye su obligación de jueces el oír y decidir. Siguiendo con las consecuencias de este argumento, entonces mientras el pueblo de los Estados Unidos quiera que sus jueces oigan y decidan juicios comunes, el pueblo mismo deberá necesariamente concederles el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes.

Así, precisamente porque la Constitución no contiene ninguna autorización específica para realizar este control, y Marshall debió derivarlo del lenguaje general de "poder judicial" del Artículo III, la elección entre los dos modelos de revisión fue hecha de modo automático. El control constitucional que se derivó de *Marbury vs. Madison*<sup>4</sup> sólo puede ser un tipo de control a posteriori, concreto, y llevado a cabo por cortes comunes durante el curso de juicios comunes<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> 1 Cranch 137 (1803).

<sup>3</sup> Constitución de los Estados Unidos, Artículo III, sección 1. "El poder judicial de los Estados Unidos estará radicado en una Corte Suprema y en las Cortes inferiores que el Congreso pueda... establecer".

<sup>4</sup> 1 Cranch 137 (1803).

<sup>5</sup> Existe una especie de control constitucional abstracto y a priori en los Estados Unidos, pero es un control por parte del *Ejecutivo no judicial*. Luego que la legislación es aprobada en ambas Cámaras del Congreso, está su-

Quisiera continuar, sin embargo, argumentando que incluso aunque el "modelo norteamericano" es el resultado de las circunstancias más que de una elección consciente, una parte sustancial de ese modelo tiene considerables ventajas sobre el modelo europeo y, por lo tanto, es probable que los europeos y otros se vean inclinados a modificar sus propios sistemas de control constitucional. Más aún, ya es plenamente perceptible tal movimiento. Hay que aclarar que hablamos aquí del "modelo" europeo en el sentido de un "tipo ideal", no en el sentido de un molde que es seguido exactamente por todos los Estados europeos que tienen este sistema. En un gran número de instancias, en Europa el control a posteriori, concreto, ha complementado o simplemente reemplazado el control abstracto a priori. Tal fenómeno ha ocurrido en Italia y Alemania, ambos teniendo un exitoso sistema de control constitucional judicial, aunque ambos mantienen una corte constitucional especial y separada. Gran parte de la revisión que se realiza por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea es a posteriori, concreto, y esta corte no es una Corte Constitucional especial sino una corte de jurisdicción general, aunque en ella el acceso de individuos particulares está limitado y es la mayoría de las veces indirecto.

De las naciones europeas cuyos sistemas de control constitucional son muy activos, sólo Francia sigue irrestrictamente hasta hoy el "modelo europeo".

Como lo han indicado los participantes franceses de estas Jornadas, sin embargo, hay fuertes corrientes de opinión en ese país que favorecen la introducción de alguna forma de revisión concreta, es decir, a posteriori. Sin duda, mucho del interés europeo en el modelo estadounidense de control constitucional proviene de una preocupación por la protección de los derechos humanos y una creencia de que el control constitucional a priori no puede anticipar exitosamente todo el potencial daño que se encuentra latente en leyes que todavía no han sido implementadas. La creencia en que un control adicional al estilo del estadounidense sería más protector de

los derechos humanos que el solo modelo europeo es, probablemente, correcta. Pero la experiencia de los Estados Unidos no debería ser tomada como una garantía. El modelo de control constitucional de los norteamericanos no implica necesariamente un nivel particular de protección de los derechos humanos. En este aspecto la experiencia americana es con frecuencia mal entendida.

El control judicial de constitucionalidad fue introducido en los Estados Unidos por el presidente de la Corte Suprema, Marshall, en 1803. Sin embargo, hasta 1890 la Corte Suprema no se había pronunciado prácticamente en ningún caso sobre derechos humanos. Casi todas sus decisiones sobre materias constitucionales concernían al federalismo y la separación de poderes entre el Presidente y el Congreso. En los años siguientes a 1890 la Corte comenzó un período de control muy intenso en la defensa de los derechos, pero estos casos eran casi exclusivamente referidos al derecho de propiedad. Más aún, eran en su mayoría derechos de grandes empresas o negocios más que de individuos. Sólo en el década del 30 la Corte comenzó a defender vigorosamente los derechos individuales de libertad de expresión, libertad religiosa y el debido proceso en los procesos criminales. No fue sino hasta en 1950 que la Corte comenzó a actuar vigorosamente contra la discriminación racial.

La historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos no es de una continua defensa de los derechos constitucionales de las minorías y de los desvalidos. Su historia real es más compleja.

Durante sus primeros cien años la Corte ni siquiera tuvo mucha oportunidad de actuar en casos de derechos. Siguió luego un período de más de cuarenta años en que su actuación fue para proteger los derechos de los ricos y poderosos contra las mayorías legislativas populares. Fue durante estos cuarenta años que la Corte acumuló el apoyo político y el sentido de legitimidad del control de constitucionalidad judicial del que depende su exitoso ejercicio. En resumen, la Corte ganó apoyo efectivo en la forma que es habitualmente la más fácil para las entidades gubernamentales: *defendiendo los intereses de los poderosos, no los de los indefensos*. En 1937, en el contexto de los arrolladores cambios políticos del Nuevo Trato, la Corte Suprema se las arregló para transferir el apoyo que había acumulado defendiendo a los poderosos a su nueva agenda de defensa de los desvalidos<sup>6</sup>.

jeta al veto antes de la promulgación por el Presidente. En el "mensaje" formal que usualmente acompaña el anuncio presidencial de un veto, el Presidente puede decir que está vetando la ley por razones de inconstitucionalidad. En esta instancia se puede decir que el Presidente hace un control constitucional a priori. Sin embargo, a diferencia del control ejercido por la Corte Suprema el veto presidencial puede ser sobrepasado por el voto de dos tercios de ambas Cámaras.

<sup>6</sup> Esta historia, aunque no en mi particular interpretación, puede ser encontrada en cualquier historia de la Corte Suprema, tales como

Por supuesto la experiencia de los Estados Unidos no prueba, ni a favor ni en contra, que una corte dedicada desde sus comienzos a la protección de los derechos de los indefensos pueda tener éxito en adquirir un apoyo político efectivo. Pero este caso no debe ser mal interpretado y llevamos a la errada conclusión de que todas las nuevas cortes que se dediquen a la protección de los derechos humanos, o que antiguas cortes que previamente no han hecho mucho por protegerlos y de improviso comienzan esta actividad, necesariamente tendrán éxito "como la Corte de los Estados Unidos". Esta Corte tuvo éxito, primero porque fue necesaria para hacer operativo un sistema de gobierno federal y luego porque protegía los intereses de la propiedad y, sólo luego de estas dos fases, porque vino en ayuda de quienes no tenían el poder.

Hay, sin embargo, otra razón muy diferente que la de los derechos humanos para complementar el control constitucional abstracto a priori, con un control concreto a posteriori. Esta radica en la naturaleza de las leyes modernas en los Estados democráticos industriales y posindustriales. Las leyes modernas tienden a ser vagas, incompletas, internamente contradictorias y complejas y derivan mucho de su contenido efectivo de las regulaciones que las implementan, las que son creadas por agencias administrativas una vez que la ley ya ha entrado en vigor. Hay numerosas razones para este fenómeno.

Primero, las leyes modernas regulan un mundo que tecnológicamente cambia muy rápidamente, que es complejo e incierto. Los legisladores saben que si las leyes que ellos crean son rígidas o muy finamente detalladas, muy pronto se volverán obsoletas. Es mejor legislar en una forma general, como en una ley marco, y dar a los administradores la facultad de llenar los vacíos y detalles a través de las regulaciones administrativas.

En segundo lugar, la legislación actual de los países democráticos rara vez es producto de una mayoría legislativa que tenga una visión unívoca en sus preferencias sobre políticas y cursos de acción. En los sistemas parlamentarios y presidenciales, y en sistemas de

un partido, de dos o más partidos, las leyes son típicamente el producto de coaliciones de un número de agrupaciones legislativas y facciones, cada una de las cuales tiene intereses y políticas diferentes. Para hacer su trabajo de interpretación legal más fácil, los jueces han pretendido que la ley tiene una sola "intención". Pero las leyes no están hechas por una sola mente con una sola voluntad. Por el contrario, son decisiones colectivas que llegan a ser leyes porque atraen a una coalición de legisladores con diferentes visiones, que pueden estar lo suficientemente de acuerdo para dar un resultado de 50% más uno de los votos cuando la propuesta legislación se vota.

Se ha sostenido ampliamente que tales coaliciones ganadoras se logran por medio de compromisos, y por el método de "dividir la diferencia". En tal compromiso se obtiene una sola postura, por medio del expediente que cada uno de los legisladores haya cedido en algo de lo que quiere hasta que se llegue a una acuerdo, que se cristaliza en una política que es intermedia entre los deseos de todos. Tales compromisos ocurren a veces.

Sin embargo, las coaliciones legislativas ganadoras se construyen usualmente por una combinación de otros dos métodos. Uno es adoptar un lenguaje legal vago e incompleto, de modo que cada uno de los grupos negociantes puede decir que refleja sus preferencias, aunque en sí mismo el lenguaje usado no tenga un compromiso definitivo con ninguna de las posiciones, ni por cierto tampoco con el pretendido compromiso. El segundo es incorporar deliberadamente en la ley las preferencias -divergentes- de dos o más grupos, aunque sean contradictorias. Cada uno de estas posiciones puede así cantar victoria. Cuando se usa cualquiera de estos métodos, queda entregado a los administradores, quienes crean los reglamentos que implementarán las leyes; el elegir específicamente cuál de las diferentes políticas posibles que se encuentran potencialmente en el lenguaje usado en la ley será la que se convertirá realmente en la política de gobierno<sup>7</sup>. En resumen, frente a la gran mayoría de las leyes modernas, *no sabemos con*

*The American Constitution: Its Origins and Development*, de Alfred Kelly y Wilfred Harbison, en cualquiera de sus ediciones (Nueva York, Norton, última edición, 1991). Para una versión extendida de mi propia interpretación ver: Martin SHAPIRO "The Supreme Court's 'Return' to Economic Regulation" en *Studies in American Political Development*, vol. 1, pp. 91-141 (1986).

<sup>7</sup> Un ejemplo puede servir para comprender esta breve discusión abstracta. Hay en los Estados Unidos una ley que garantiza la "apropiada" educación para los discapacitados, incluyendo a los discapacitados mentales. Algunos legisladores que votaron por esta ley creían que los niños discapacitados debían ser "integrados", que es ponerlos en la misma sala de clases con otros niños, más que segregarlos, porque esto interferiría aún más con su ajuste a la vida social. Otros creían que vota-

*exactitud qué significa y cuál será su efecto hasta mucho tiempo después de que sea promulgado. No sabemos el efecto operativo de la ley hasta que ha adquirido un número de años de historia administrativa posterior a su promulgación.*

Si no sabemos lo que una ley significará o los efectos que tendrá sino hasta que haya sido concretamente aplicada por los burócratas a los que se asigna su implementación, entonces *el control de constitucionalidad a priori, abstracto y realizado por una corte constitucional totalmente separada, es un control equivocado, en el momento equivocado y efectuado por la corte equivocada.* Sólo una disputa concreta entre los administradores y aquellos a quienes se regula sobre una particular aplicación de la ley, a través de la invocación de una regulación particular en circunstancias concretas, nos dirá cómo funciona realmente. Sólo cuando sepamos esto estaremos preparados para decir si es constitucional o no. Por lo tanto los sistemas constitucionales que operan

una corte constitucional separada de sus tribunales regulares o administrativos deben encontrar una forma de llevar tales casos ante sus cortes constitucionales. Y los sistemas que emplea una corte constitucional bajo el sistema de control abstracto y a priori, deben finalmente admitir la incapacidad de los jueces dentro de este sistema para anticipar adecuadamente cómo el lenguaje abstracto de la ley que ellos tienen ante sus ojos operará en la práctica. En muchos casos los legisladores no saben las políticas que se derivarán de ellos. ¿Cómo pueden, pues, saberlo los jueces incluso antes de la promulgación de la ley? En tales sistemas habrá inevitablemente presión para permitir a los jueces constitucionales volver a estas leyes luego que hayan adquirido una cierta trayectoria administrativa. *Esto significa permitir a los jueces complementar el control constitucional a priori con uno a posteriori.* La tendencia en tal dirección es evidente en todos los Estados europeos que emplean el modelo europeo.

---

ban por salones de clase separados y escuelas separadas, porque los niños discapacitados no tendrían la atención que requieren en una escuela normal. Tomó alrededor de diez años de regulaciones del Departamento de Educación antes de que hiciera claro que lo que ley requería era la integración, excepto bajo unas

---

pocas circunstancias especiales muy estrictamente definidas. Pero una ley que requiere la integración puede presentar diferentes problemas constitucionales y llevar a diferentes constituciones constitucionales que una ley que requiera o favorezca la segregación de los discapacitados.