

Mauro Cappelletti

LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL
(Estudios de Derecho Comparado)



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

(ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO)

FACULTAD DE DERECHO
Universidad Nacional Autónoma de México

MAURO CAPPELLETTI

**LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
(Estudios de Derecho Comparado)**

Prólogo del
Doctor Héctor Fix-Zamudio



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
México 1987

Primera edición: 1987

DR © 1987. Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria. 04510, México, D. F.

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-0120-0

PRÓLOGO

No resulta nada sencillo elaborar algunas breves reflexiones sobre el conjunto de estudios que se integran en este excelente volumen, debido a la riqueza de los conceptos que se expresan en cada uno de ellos y a la documentación abrumadora que consigna el autor.

Todos estos trabajos se encuentran vinculados con el tema central de la justicia constitucional, que el mismo profesor Cappelletti considera: "como la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época".

No es necesario señalar que el profesor Mauro Cappelletti es uno de los juristas más distinguidos de nuestra época por sus fundamentales aportaciones a los campos del derecho procesal, del derecho constitucional y del derecho comparado, en los cuales ha continuado y superado (como debe ocurrir con todo buen discípulo), las enseñanzas del ilustre jurista y humanista florentino Piero Calamandrei.

Desde muy joven el mismo profesor Cappelletti inició una brillante carrera académica bajo la certera guía del inolvidable Calamandrei, la que continuó a través de cursos de posgrado en universidades de Francia, Austria, Alemania, Suiza, Inglaterra y los Estados Unidos. Como producto de sus investigaciones publicó en el año de 1955 en Italia una monografía, que fue editada en castellano por el entonces Instituto de Derecho Comparado de la UNAM, con el título de *Jurisdicción constitucional de La Libertad* (México, 1961), traducido por el que esto escribe, y en la cual estudió los instrumentos procesales específicamente establecidos para la protección de los derechos humanos, con especial referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco.

Esta obra tuvo una importante repercusión académica, si tomamos en consideración que la afortunada denominación adoptada por el entonces profesor de la Universidad de Macerata, fue aceptada por un sector mayoritario de la doctrina en ambos Continentes, para abarcar el conjunto de instituciones procesales tutelares de los derechos humanos consagrados constitucionalmente.

Por otra parte, ya desde ese temprano momento, el profesor Cappelletti expresaba sus preocupaciones axiológicas que iban más allá del

simple examen normativo. Así lo hizo notar el conocido jurista y magistrado mexicano Mariano Azuela Rivera al prologar dicho libro: "Por lo demás, el esfuerzo del distinguido jurisconsulto italiano no se agota, ni puede agotarse, en el análisis frío de sistemas procesales constitucionales; su ilustre maestro Calamandrei le comunicó la chispa del amor a la libertad, y en el fondo último de su empeño, él es un campeón más en la empresa de mayor importancia en nuestra época: la perduración de un mundo en el que el hombre conserve su dignidad de persona."

Merece destacarse que con motivo de la publicación de esta obra, el joven profesor de derecho constitucional de la misma Facultad de Derecho de la UNAM, licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, redactó una cuidadosa reseña que concluyó con una penetrante reflexión que coincide en fondo con lo señalado por el también profesor Mariano Azuela, en cuanto sostuvo que: "... el importante trabajo del profesor italiano seguramente sugerirá a sus lectores la perenne importancia del esfuerzo de los juristas por asegurar a los hombres una vida libre y digna frente y dentro de la estructura jurídico-política de la que no se pueden sustraer, pero a la cual pueden modelar, además de por la vía del ejercicio de los derechos políticos, por la celosa y diaria vigilancia del respeto de sus derechos y de su libertad". (*Revista de la Facultad de Derecho de México*, Núm. 46, abril-junio de 1962, pp. 356-360).

Como lo auguraban los dos constitucionalistas mexicanos a los que hemos hecho mención, Mauro Cappelletti emprendió desde esos momentos una lucha, que nunca ha abandonado, por la preeminencia de los valores establecidos en las normas fundamentales, especialmente por aquellos relacionados con los derechos de la persona humana tanto en su dimensión individual como social.

También en esa época el profesor Cappelletti había demostrado su interés por el derecho latinoamericano en general, así como por el de nuestro país en especial, en cuanto tuvo a su cargo la elaboración de la voz *amparo* en la *Enciclopedia del Diritto*.

El destacado tratadista italiano llegó por primera vez a México para participar de manera brillante en el Primer Congreso Mexicano y las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en esta ciudad durante los días 14 a 18 de febrero de 1960, organizadas por los Institutos, Mexicano e Iberoamericano, de Derecho Procesal; el primero fundado por mi querido maestro el insigne procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

En este importante evento, en el cual participaron conocidos procesalistas mexicanos, latinoamericanos, españoles e italianos, el profesor

PRÓLOGO

Cappelletti presentó dos excelentes trabajos que se publicaron en castellano con los nombres de *La Justicia Constitucional en Italia* y *el Valor actual del principio de oralidad*.

Ya como profesor titular y Director del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia, Mauro Cappelletti nos visitó por segunda vez con motivo de los cursos de invierno organizados por la Facultad de Derecho de la UNAM, en los que impartió en el Aula Jacinto Pallares, cinco conferencias memorables, y participó en una mesa redonda, durante los días 22 a 26 de febrero de 1965.

Como resultado de esas pláticas, apareció el año siguiente, editado por la propia Facultad de Derecho, la monografía intitulada *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado* (que es el primero que se incluye en esta obra), entonces traducido al castellano por el conocido procesalista profesor Cipriano Gómez Lara y por el que redacta estas líneas. Este magnífico libro fue también publicado en italiano en el año de 1968 por la prestigiada editorial Giuffrè de Milán, y pronto alcanzó reconocimiento tanto en América como en Europa, por lo que también debe considerarse clásico, como el anterior, en el vasto campo de la justicia constitucional comparada.

Otro resultado de esa investigación del distinguido tratadista italiano, fue la publicación del libro *Judicial Review in the Contemporary World* (Indianapolis-Kansas City-New York, Bobbs-Merryl, 1971).

En este volumen recopilativo se incluye una nueva traducción realizada por el Doctor Luis Dorantes Tamayo, también profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, de acuerdo con la última edición italiana aparecida en el año de 1975.

En este estudio comparativo el profesor Cappelletti analiza los aspectos esenciales de los diversos sistemas establecidos en los ordenamientos constitucionales para la resolución de las controversias relativas a la contradicción de las disposiciones legales secundarias respecto de los mandamientos fundamentales, en sus diversos aspectos, es decir, en sus antecedentes históricos; en relación con los órganos políticos y judiciales a los que se encomienda esta función; los diversos procedimientos a través de los cuales se plantean y los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad, ya sean particulares o de carácter general. En especial señala las características de los dos grandes sistemas de control judicial, el americano que predomina en nuestro Continente y el austríaco, que surgió en la Carta Federal de 1920, debido a las ideas del ilustre Hans Kelsen, los que no obstante sus diferencias, se aproximan paulatinamente.

Este acercamiento entre los ordenamientos americanos y europeos de justicia constitucional se ha acentuado en los últimos años en América

Latina, si tomamos en consideración la creación de Tribunales Constitucionales como jurisdicción especializada de carácter concentrado que puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales, y entre ellos podemos señalar el Tribunal de Garantías Constitucionales introducido en la Constitución Peruana de 1979, reglamentado por su Ley Orgánica promulgada el 19 de mayo de 1982; el Tribunal Constitucional chileno, el cual fue introducido originalmente en la reforma de 1970 a la Carta de 1925; suprimido por el golpe militar de septiembre de 1973, y restablecido con facultades similares (aun cuando teóricamente hasta que se restituya plenamente la normalidad constitucional), por la Carta aprobada en el plebiscito de septiembre de 1980, y regulado por la Ley Orgánica promulgada el 12 de mayo de 1981. Todavía más reciente es la Corte de Constitucionalidad (con antecedentes de la del mismo nombre establecida como un organismo esporádico en la Constitución de 1965), creada por la Ley Fundamental de Guatemala que entró en vigor en enero de 1986, ahora de carácter permanente, y cuya regulación procesal está contenida en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad expedida por la Asamblea Nacional Constituyente el 6 del propio mes de enero de 1986.

El segundo y extenso estudio del profesor Cappelletti que se incluye en este volumen, si bien no es de los más recientes, debe considerarse como una aportación esencial para el esclarecimiento de un conjunto de problemas planteados esencialmente por la actuación de los Tribunales o Cortes Constitucionales que de acuerdo con el modelo austriaco se han establecido en esta posguerra en varios ordenamientos constitucionales de Europa Continental y posteriormente en otros países.

El análisis relativo a la actividad y las facultades del juez constitucional de acuerdo con la naturaleza tendencialmente discrecional de sus decisiones, aborda con profundidad las cuestiones muy debatidas todavía en la actualidad sobre la naturaleza de la función de justicia constitucional, que para algunos autores significa una invasión de carácter político en la esfera de actividad de los restantes órganos del Estado.

Sin embargo, Mauro Cappelletti, señaló en su cuidadoso examen que las citadas atribuciones de los jueces constitucionales no significan interferencia o invasión sino exclusivamente un control de la conducta de los otros órganos públicos, y que al aplicar la voluntad constitucional deben realizar una actividad predominantemente discrecional en virtud de la falta de certeza y la ambigüedad de las normas constitucionales.

Se complementa el penetrante estudio anterior con el tercer trabajo que se incluye en este volumen y que se refiere a *El significado del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo*, en el cual se efectúa por el profesor Cappelletti una sín-

tesis panorámica muy aguda de los principios esenciales de la jurisdicción constitucional de nuestros tiempos, incluyendo una breve secuencia histórica que se inicia con la revisión judicial norteamericana, continúa con la introducción del sistema concentrado austríaco establecido en la Constitución de 1920 de acuerdo con el pensamiento de Hans Kelsen y se desarrolla ampliamente en la actualidad con la tendencia hacia la atenuación progresiva, recíproca y convergente de la contraposición entre ambos sistemas esenciales de control judicial de las disposiciones legislativas.

En este desarrollo histórico, el autor señala esquemáticamente tres etapas que van desde el imperio de la *justicia natural*, pasan por el predominio de la *justicia legal*, para culminar con la etapa contemporánea de la *justicia constitucional*, como la forma más concreta y eficaz de traducción de las fórmulas positivas —pero inevitablemente vagas, genéricas y ambiguas— de los textos constitucionales, en la realidad cotidiana concreta y la práctica precisa, como lo destaca certeramente el jurista italiano.

Un aspecto significativo de los estudios del profesor Cappelletti se refieren a la creación y desarrollo de la *justicia constitucional supranacional* como un fenómeno reciente en el cual culmina la gran expansión geográfica de la propia justicia constitucional que podemos calificar de “interna” o “nacional”, debido al surgimiento del derecho comunitario de la integración europea.

Aun cuando pudiera parecer extraño a primera vista que se haga referencia a una justicia constitucional, relativa esencialmente a la aplicación de las normas fundamentales de los ordenamientos nacionales, con el calificativo de transnacional, sin embargo este último aspecto adquiere cada vez más importancia por la creciente compenetración del derecho externo, que asume un carácter superior en el ámbito del derecho comunitario, pero que también está relacionado con el internacional.

Desde luego que el campo en el cual se observa una mayor evolución en el desarrollo transnacional de la justicia constitucional, es en el relativo al derecho comunitario europeo, especialmente en cuanto al control de la validez comunitaria de las leyes, que queda a cargo de la Corte de Justicia de Luxemburgo; la que ha realizado una actividad unificadora innegable, a través de un sistema “disperso” o “difuso”, con algunos elementos del “concentrado”, en particular en cuanto al instrumento que el profesor Cappelletti denomina “prejudicialidad comunitaria”.

Destaca el autor, la evolución significativa que conduce al nacimiento de un derecho constitucional y de una declaración de derechos humanos de carácter comunitario, que puede calificarse como *jurisdicción*

internacional de la libertad, de carácter paralelo a la que el mismo Cappelletti analiza en su clásica monografía mencionada con anterioridad.

En este camino hacia un sistema de justicia superior, constitucional e internacional, el autor destaca la posibilidad de que el precedente europeo pueda servir de modelo para el Continente Americano, en el cual han sido muy débiles los intentos de integración económica y política. En este sentido podemos señalar, no obstante sus limitaciones, a la integración formalizada en el Acuerdo de Cartagena, en el cual participan varios países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), en el cual, se ha seguido hasta cierto punto el modelo europeo, al establecer el *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, con sede en la ciudad de Quito, Ecuador, y que inició sus funciones en enero de 1984.

El quinto estudio del profesor Cappelletti se refiere a *El "formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado*, en el cual el notable jurista italiano profundiza en las cuestiones comparativas de la justicia constitucional contemporánea, y para ello analiza los aspectos comunes de la actividad protectora de las Cortes y Tribunales Constitucionales que predominan en los ordenamientos de Europa Continental, la que se considera similar a la adoptada por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en especial durante la presidencia de Earl Warren (1953-1969), lo que demuestra, de acuerdo con la certera observación de Cappelletti, de que posiblemente por primera vez en la historia humana, jueces de varios países, enfrentados a problemas significativos y controvertidos de carácter social, moral, político y religioso, han decidido valientemente que constituye su deber descubrir en la penumbra de las Constituciones, los juicios de valor y los principios de estas materias.

Además, el conocido comparatista italiano continúa el estudio de la revisión judicial de dimensiones transnacionales, primero en la llamada "Pequeña Europa de los Nueve" (Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux) y que después extiende a los miembros más recientes de las Comunidades, es decir el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (a los cuales deben agregarse en época más reciente a Grecia, España y Portugal). También examina el profesor Cappelletti la penetración de la revisión judicial de carácter transnacional respecto a los veintiún miembros del Consejo de Europa (de Islandia a Chipre y de Suecia a España y Portugal), especialmente por lo que se refiere a la aplicabilidad de la Convención Europea de los Derechos Humanos suscrita en Roma en 1950, que se ha traducido en la importante actuación de la Comisión y de la Corte Europeas de los Derechos del Hombre, que han realizado una labor tutelar de gran significado.

El penúltimo de los trabajos que se incorporan a este volumen se

refiere a *El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo*, que contiene las agudas observaciones de Cappelletti con motivo del Congreso conmemorativo del vigésimo quinto aniversario de la citada Corte Constitucional italiana, que se efectuó en la ciudad de Florencia del 17 al 19 de septiembre de 1981, bajo la presidencia del destacado constitucionalista Paolo Barile, sobre el tema genérico de *Tribunal Constitucional y desarrollo de la forma de gobierno en Italia*. El autor considera con toda justicia que dicho evento debe ser recordado como *Jornadas en honor de Piero Calamandrei*, tomando en consideración que el ilustre maestro florentino falleció el 27 de septiembre de 1956, el mismo año en que la propia Corte Constitucional inició su funcionamiento, y sus aportaciones, tanto en el plano político como científico fueron decisivas para la creación de la misma Corte.

Cappelletti se apoya en dos cuestiones preliminares en las que considera que no es necesaria discusión alguna. La primera parte de la premisa del carácter *político* en sentido lato, de la actividad judicial de carácter genérico, que debe ser entendida como una graduación *cuantitativa* en el grado de la creación normativa, más acentuada en la actividad legislativa que en la judicial y más amplia en la justicia constitucional, ya que en esta última, el intérprete tiene una facultad discrecional mayor, al ser más frecuentes e indefinidas las normas de principio que debe aplicar, si las comparamos con las que debe realizar la justicia ordinaria.

En segundo lugar debe subrayarse que pese a la creatividad sustancial que es inevitable en la función jurisdiccional, subsiste una diferencia de esencia en el plano procesal o formal estructural entre esta actividad y las que son denominadas funciones "políticas", es decir, la legislativa y la administrativa, y que se centra en la presencia de las llamadas durante varios siglos garantías de la "justicia natural", y que esencialmente se refieren a que el juez no puede actuar de oficio sino a instancia de parte interesada, y en este sentido el juez debe considerarse un tercero imparcial, que además, de acuerdo con el principio de contradicción, está obligado a ofrecer a las partes o a los representantes de ellas, una posibilidad adecuada de defensa.

Desde esta perspectiva, Cappelletti considera que la creatividad y por tanto "politicidad" de la Corte Constitucional ha producido en su conjunto, una oportuna y a menudo eficaz contribución para la mejora del sistema constitucional italiano, sobre todo en cuanto a la protección de las libertades individuales, y en menor (o mucho menor) medida, de los derechos sociales, así como en la consecución de un sistema de pesos y contrapesos imprescindibles para vencer las tentaciones tanto de un

autoritarismo del Ejecutivo cuanto de la ineficacia verbalista de los regímenes asamblearios y partitocráticos.

Sobre las relaciones entre la Corte Constitucional italiana y el ordenamiento comunitario, Cappelletti examina el grave problema que se presentó con motivo del caso *Simmenthal* resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas el 9 de marzo de 1978, y que motivó un enfrentamiento con la propia Corte italiana, puesto que esta última consideró que en la hipótesis de conflicto entre la ley comunitaria y la ley nacional posterior, se origina una cuestión de inconstitucionalidad, que debe ser conocida por la Corte y por ello los jueces ordinarios italianos están obligados a elevar a la Corte el juicio sobre la cuestión de inconstitucionalidad.

Esta tesis se considera por el autor como de sabor nacionalista y además inviable, pues si Europa ha logrado un progreso en el plano jurídico-normativo, ese progreso se encuentra precisamente en las resoluciones en las que el Tribunal de Luxemburgo desde 1963-1964 en adelante, ha afirmado y defendido el principio de la aplicabilidad directa y la supremacía del derecho comunitario.

El más reciente de los estudios que se incluyen en la obra que comentamos, es el relativo a la *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, tomando en cuenta que recientemente ha renacido la tradicional polémica que iniciaron Carl Schmitt y Hans Kelsen en los años treinta, entre los defensores y los opositores de la justicia constitucional.

En cuanto a la primera cuestión, o sea, respecto del debatido problema de la necesidad de la justicia constitucional, el profesor Cappelletti se apoya en dos aspectos esenciales y ostensibles: en primer lugar, la función equilibradora de la institución respecto al crecimiento considerable e inquietante de los organismos legislativos y ejecutivos de nuestra época, y en segundo término, en virtud de la consagración paulatina de las declaraciones de derechos y el desarrollo creativo de la justicia constitucional.

Por lo que respecta al segundo problema, el notable comparatista italiano examina con gran penetración, el reiterado argumento de los autores contrarios a la jurisdicción constitucional, expresado en época reciente por Lord Devlin, en el sentido de que la llamada legislación judicial es inaceptable por carecer de carácter democrático. Cappelletti destaca los razonamientos convincentes que se han expuesto para desvirtuar la aseveración anterior, y que se apoyan en la función creadora de los jueces, los que no están desprovistos de legitimidad. En este mismo sentido, los tribunales, especialmente los especializados en controversias constitucionales, pueden acrecentar la representación global del sistema jurídico-político y de su carácter democrático, cuando establecen la pro-

tección de grupos sociales que no pueden encontrar acceso a través de las otras ramas del poder público. Además, la función judicial requiere ser fiel y sensible a los requerimientos de la sociedad, en virtud de que conoce de los problemas concretos y reales de personas vivas.

Por último, el concepto de democracia no puede ser reducido a una simple idea de mayorías, en virtud de que significa participación, tolerancia y libertad, y en esta dirección los tribunales pueden ser razonablemente independientes a los caprichos e intolerancia de las mayorías, con lo que pueden contribuir de manera considerable a la vida democrática.

Es tan importante este tema de la necesidad y de la legitimidad de la justicia constitucional, que sobre esta materia fue organizado un simposio en Upsala, Suecia, en septiembre de 1984, por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, la de mayor jerarquía científica, entonces bajo la Presidencia del mismo profesor Mauro Cappelletti.

Por otra parte, es preciso señalar que los siete estudios que forman parte de este magnífico volumen recopilativo no son los únicos que ha elaborado el profesor Mauro Cappelletti, pero sí aquellos que se consideran de mayor significado sobre este tema y que se encuentran traducidos al castellano, pues las aportaciones de este insigne comparatista italiano sobre la justicia constitucional son muy numerosas y han sido publicadas en varios idiomas.

Quisiéramos recordar otros dos trabajos publicados en italiano, uno aparecido hace veinte años, pero que no por ello ha perdido actualidad. Nos referimos a "Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato", en *Studi in memoria di Guido Zambini*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 75 a 122, en el cual plantea los principales problemas relativos a la delimitación de la justicia constitucional frente a las otras funciones de los órganos del poder.

El otro estudio, más reciente, "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel xx secolo", en *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, Giuffrè, 1979, Vol. I, pp. 153-210, que no está dedicado de manera exclusiva a la justicia constitucional, pero sobre ésta a la que considera como un instrumento para superar los tradicionales conflictos entre la equidad y la ley y entre el derecho natural y el derecho positivo, realiza aportaciones muy penetrantes.

En consecuencia, podemos concluir con la afirmación que no puede considerarse de ninguna manera exagerada, de que los siete excelentes estudios que se reúnen en esta obra proporcionan una visión muy profunda de los complicados problemas que presenta la justicia constitucional contemporánea y su consulta es indispensable para todos aquellos que tenemos la íntima convicción de que los valores fundamentales

contenidos en las Constituciones de nuestro tiempo, sólo pueden tener una realización efectiva si son desconocidas o violadas por los órganos del poder, cuando se someten a la decisión serena y ponderada de los jueces constitucionales.

Y de manera particular estos ensayos de Mauro Cappelletti —conocidos de manera aislada por los juristas latinoamericanos— deben ser objeto de un nuevo y cuidadoso análisis, ahora que se presentan reunidos, puesto que podemos avanzar en nuestros esfuerzos para actualizar los ordenamientos constitucionales en estos momentos cruciales, en los cuales se advierte una aproximación entre el sistema americano, que ha sido adoptado desde hace tiempo por la mayoría de nuestras Leyes Fundamentales, y el modelo austríaco que se abre paso paulatinamente en nuestra región, con lo que se está produciendo una síntesis señalada en las observaciones del profesor Cappelletti, conocedor de nuestro derecho, y que nos permiten la comprensión de este fenómeno de las postrimerías del siglo xx.

Ciudad Universitaria de México
Marzo de 1986

Héctor FIX-ZAMUDIO