

CONSTITUCIONALISMO EN LAS AMERICAS: UNA PERSPECTIVA BICENTENARIA*

Robert S. Barker**

Introducción

El bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos ha inspirado numerosas discusiones académicas y profesionales de su influencia sobre las repúblicas de Latinoamérica (1). Este énfasis sobre la constitución como un documento interamericano es muy explicable porque bajo cualquier método de evaluación, la influencia de la Constitución de los Estados Unidos en Latinoamérica ha sido enorme. Los textos de la mayoría de constituciones latinoamericanas contienen numerosas disposiciones derivadas del documento redactado en Filadelfia en 1787. Por ejemplo: la Constitución Argentina comienza de la siguiente manera:

* Reproducción autorizada por la "University of Pittsburgh Law Review", Vol. 49, N° 3, 1988.

** Catedrático de Derecho, Escuela de Derecho, Universidad de Duquesne; Profesor Adjunto de Derecho, Escuela de Derecho, Universidad de Pittsburgh; B.A., 1963; M.A., 1974; J.D., 1966 Universidad de Duquesne.

(1) Por ejemplo, la 26va. conferencia de la Asociación Inter-Americana de Abogados tuvo como tema central "Los Doscientos años de Constitucionalismo en las Américas". Las actas de la conferencia serán descritas en un próximo número de la revista University of Miami Inter-American Law Review. Puerto Rico, cuyo status único lo vuelve heredero tanto de las tradiciones legales latinoamericanas como de las Anglo-americanas, auspició un forum inter-americano titulado: "Derechos Humanos: Doscientos Años de Experiencia Constitucional en los Estados Unidos y su Influencia sobre Latino América". Los siete trabajos presentados en el forum van a ser publicados en un número especial de la Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico.

“Nosotros los representantes del pueblo de la nación argentina reunidos en Congreso Constituyente por la voluntad y elección de las provincias con el fin de establecer la unión nacional, asegurar la justicia, consolidar la paz, proveer para la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, nuestra posteridad y a todas las personas del mundo que deseen vivir en suelo argentino; invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia; ordenamos, decretamos, establecemos esta Constitución para la nación argentina.” (2)

La Constitución Mexicana contiene la siguiente garantía: “ninguna persona será privada de la vida, la libertad, la propiedad, posesiones o derechos sin un juicio ante una corte legalmente establecida, en la cual se observen los procedimientos esenciales en concordancia con leyes promulgadas con anterioridad al acto. (3)

La Constitución Venezolana señala lo siguiente: “la enunciación de derechos y garantías en esta constitución no será interpretada como denegando otros derechos los cuales siendo inherentes a la persona humana no son expresamente mencionados aquí.” (4)

Aunque estas y otras similitudes textuales son significativas, ellas son solamente las más obvias, pero no necesariamente los más importantes indicios del papel jugado por la constitución de Filadelfia en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano. Si el uso por parte de Latinoamérica de la Constitución de los Estados Unidos hubiese sido sólo un asunto de mera copia, los resultados habrían sido jurídicamente poco interesantes y prácticamente infructuosos. Como Juan Bautista Alberdi, el Padre de la Constitución Argentina escribió:

(2) Preámbulo de la Constitución (Argent.).

(3) Art. 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

(4) Art. 50 de la Constitución (Venezuela).

“Todas las constituciones cambian o sucumben cuando ellas no son sino hijas de la imitación; la única que no cambia, la única que se mueve y vive con el país, es la constitución que el país ha recibido de los eventos de su historia, es decir, de aquellos hechos que forman la cadena de su existencia desde el día de su nacimiento. La constitución histórica, el trabajo de los hechos, es la unión viviente, la única (constitución) real y permanente de cada país, que sobrevive a los experimentos y sale a flote de cualquier naufragio.” (5)

Este ensayo considera algunas de las maneras en las cuales los juristas latinoamericanos han adaptado las ideas constitucionales norteamericanas para complementar y reforzar sus propias tradiciones. En el proceso, la Constitución de los Estados Unidos ha sido enriquecida y ampliada a través de su aplicación a otras culturas.

1. Consideraciones Preliminares

Cualquier discusión de constitucionalismo latinoamericano se encuentra muy pronto con la objeción de que las constituciones en esa parte del mundo son suspendidas, reemplazadas e ignoradas con tanta frecuencia que el constitucionalismo allá es o ilusorio o cosmético. La respuesta a esta objeción consta de tres partes. Para comenzar, muchos países latinoamericanos han disfrutado de periodos significativos de gobiernos constitucionales. Costa Rica tiene uno de los sistemas constitucionales más respetados del mundo. La actual constitución mexicana que data de 1917, ha demostrado ser extremadamente duradera. Argentina experimentó 7 décadas de gobierno constitucional ininterrumpido en este siglo y en el pasado. Los gobiernos en Venezuela y Colombia se han sucedido de una manera ordenada durante casi 30 años. Durante la mayor parte del siglo XX, Uruguay sirvió como un modelo de estabilidad constitucional; y la situación actual de Chile es una evidente excepción dentro de su larga tradición de democracia constitu-

(5) ALBERDI, J.B. *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina.*

cional. La tendencia a olvidar los éxitos del constitucionalismo latinoamericano es porque ellos no son tan sensacionales como sus fracasos.

En segundo lugar, aún durante periodos de dictadura, las constituciones latinoamericanas muestran una considerable vitalidad debido a la tenacidad de los abogados, que continúan haciendo valer principios constitucionales, y a la inventiva y coraje de los jueces que aplican normas constitucionales a pesar de la suspensión y subordinación de las garantías constitucionales por los gobernantes autoritarios. Estas cualidades se manifiestan en casos tales como el de Sánchez Sorondo (6) el que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en 1968, mientras el país se encontraba bajo un gobierno militar. La Junta Militar que había tomado el poder en junio de 1966 promulgó un Decreto Ley y un Estatuto de la Revolución Argentina. Estas declaraciones subordinaban las garantías constitucionales a los objetivos señalados de la revolución. En 1967 el gobierno militar promulgó un decreto prohibiendo la publicación del periódico Azul Blanco. La casa editora solicitó a la justicia que no se le aplique este decreto arguyendo que violaba la garantía constitucional de libertad de publicación sin previa censura. El gobierno arguyó que puesto que el periódico se había opuesto a los objetivos de la revolución se aplicaba el decreto ley y el estatuto revolucionario antes que la Constitución Argentina. Al confirmar la sentencia de primera instancia a favor del periódico la Corte Suprema dijo:

“5. Si el Art. 14 de la Constitución Nacional prohíbe la censura previa es correcto concluir que ciertamente no permite la clausura de la publicación. . .

6. Los propósitos anunciados en. . . el Decreto Ley de la Revolución no son inconsistentes con esta sentencia puesto que (el Decreto Ley de la Revolución) ratifica la salvaguarda de las libertades esenciales reconocidas por la constitución: (1) fijando como objetivo general el afianzamiento de “nuestra tradición espiritual inspirada en los ideales de libertad y dignidad humana que son la

(6) (1968) Jurisprudencia Argentina No. 4.56.

herencia de la civilización cristiana y occidental,” y (2) fijando como objetivo especial en el ámbito de la política interna, la restauración en el país del “concepto de autoridad, en el sentido del respeto por la Ley y dominio de la verdadera justicia, en un régimen republicano en el cual el ejercicio de las obligaciones, derechos y libertades individuales están en plena vigencia.” (7)

En Brasil, los militares que tomaron el poder en marzo de 1969 promulgaron una serie de “Leyes Institucionales” que pretendían subordinar la Constitución del Brasil a sus numerosas disposiciones e intentaban prohibir la revisión judicial de cualquier “Ley Complementaria” que pudiera ser promulgada por los militares con la finalidad de incrementar las “Leyes Institucionales”. En el caso de la Sociedad Metalúrgica San Antonio vs. Estado de Minas Gerais (8), el Tribunal Federal Supremo hábilmente brindaba elogios a las leyes institucionales a la vez que arribaba a la conclusión de que las Leyes Complementarias estaban sujetas a revisión judicial. “El precepto de una Ley Complementaria no es, con el debido respeto, un precepto constitucional. El primero complementa al segundo pero no es igual o equivalente. . .” (9). El Tribunal entonces concluye que permitir la aplicación de una Ley Complementaria Inconstitucional violaría las leyes institucionales, las cuales subordinan la constitución solamente a sí mismas. La lección que emerge de estos y otros casos es que las constituciones no necesariamente desaparecen cuando los dictadores toman el poder.

En tercer lugar, y lo más importante de todo, es que los escépticos pasan por alto el hecho de que un espíritu residual de constitucionalismo existe en Latinoamérica, el cual, aún en sus peores épocas hace que los abogados y los legos piensen en el orden constitucional como el estado de cosas normal y adecuado y

(7) Id. Esta traducción es de K. Karst & Rossenn. *Derecho y Desarrollo en Latino América* 220 (1975).

(8) Recurso Extraordinario (R.E.) 68.661, Tribunal Pleno (STF 3 Dic. 1969).

(9) Id.

vean a la dictadura del momento sólo como una desafortunada excepción. Este espíritu es mucho más que el simple deseo de un gobierno constitucional; es una clara conciencia de que la constitución es en todos los tiempos el punto de referencia jurídico y político y el patrón de evaluación así también como su objetivo legal y político. Un miembro del Tribunal Federal Supremo del Brasil, menos de cinco meses después del golpe militar de 1964 expresaba muy bien este espíritu en su opinión concerniente a la expedición de un mandato de Habeas Corpus librando a un profesor universitario que había sido arrestado por las autoridades militares por gritar un slogan político:

Decía: Yo desearía recordar aquí a un gran escritor brasileño, Eduardo Prado, quien decía que la historia de Brasil había sido tal que uno nunca sabe donde comienza la revolución y donde termina la legalidad... Y en esta natural confusión de nuestra historia... yo prefiero quedarme con la constitución: aunque durante muchos años puede no estar en vigencia, lo está para nosotros, puesto que un juez sólo puede razonar dentro de la Ley. Consecuentemente, estoy orgullosamente obligado a reconocer la libertad de pensamiento y la libertad académica (10).

Este profundo sentido de constitucionalismo explica la persistente demanda para la restauración del Estado de Derecho y el éxito de tantos países latinoamericanos en restablecer el constitucionalismo democrático durante los años 80.

II. Influencias Históricas y Filosóficas

Para apreciar la contribución que la Constitución de los Estados Unidos ha hecho a la jurisprudencia latinoamericana así como la correspondiente contribución que los juristas latinoamericanos han hecho al desarrollo de las ideas constitucionales norteamericanas, se hace necesario un examen de las razones por las cuales la Constitución de los Estados Unidos fue atractiva para los latinoamericanos, así como una revisión de los problemas que se crearon

(10) Sergio Cidade de Rezende, H.C. No. 40.910, 5 Os grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal 7 (Braz. 1964).

por la adopción de disposiciones derivadas de la constitución norteamericana y los métodos desarrollados por las repúblicas latinoamericanas para adaptar los principios constitucionales a su propia situación.

A. *La Influencia de la Experiencia Colonial y Revolucionaria Americana*

Durante más de trescientos años, las tierras que llegaron a convertirse en las repúblicas de Latinoamérica fueron colonias de España y Portugal. Los colonos de América española y portuguesa tenían poca experiencia de autogobierno. Los estatutos y regulaciones de las colonias del Nuevo Mundo eran promulgadas en la Madre Patria por parte de consejos reales. En aquellos asuntos en los cuales no hubiese legislación especial para las colonias, se aplicaban las leyes de España o Portugal. La interpretación de todos los estatutos estaba expresamente reservada a la corona. Los virreyes y capitanes generales que ejercían la autoridad política y militar en las colonias eran casi siempre personas nacidas en la península Ibérica, las que después de completar sus períodos de gobierno retornaban a ella. Las Audiencias —cuerpos administrativos-judiciales que funcionaron en las más importantes ciudades coloniales— estaban igualmente compuestas por peninsulares que dejaban las colonias luego de cumplir con sus deberes oficiales. En las ciudades más grandes habían cabildos, o concejos municipales compuestos por los terratenientes de la zona; sin embargo, estos sólo se reunían en forma ocasional, trataban sobre temas puramente locales y no tenían la última palabra en asuntos de interés para la corona (11). Esta ausencia de instituciones políticas locales realmente efectivas volvió natural y necesaria la búsqueda en el exterior de modelos de gobierno por parte de los políticos de las recientemente independizadas naciones latinoamericanas. Aunque

(11) Para una visión general de la administración colonial española en América, véase por ejemplo, C. Gibson. *España en América* 90-100 (1966) y en lo referente a la administración portuguesa de Brasil, ver, por ejemplo, P. Jacques. *Curso de Derecho Constitucional* 46-50 (10a. edición, 1987). Para un resumen más positivo de la administración colonial en Latinoamérica, ver Clark, *Protección Judicial de la Constitución en Latinoamérica*, 2 *Hastings Const. L.Q.* 405, 406-13 (1975).

los libertadores de Latinoamérica carecían de experiencia en autogobierno ellos conocían bien la teoría política contemporánea y clásica y estaban muy al corriente de los desarrollos legales y políticos en Europa y Norteamérica (12).

En el primer cuarto del siglo XIX, cuando la mayor parte de Latinoamérica ganó su independencia, los Estados Unidos era un joven pero bien establecido país. Al igual que muchas de las nuevas naciones de Latinoamérica había soportado un largo período de gobierno colonial bajo una monarquía europea y había luchado exitosamente una guerra contra la Madre Patria en nombre de la libertad. La afinidad creada por experiencias coloniales y revolucionarias similares fue reforzada por las actitudes filosóficas prevalecientes cuando las repúblicas de Latinoamérica estaban escribiendo sus constituciones. Aquellos que guiaron la guerra de independencia en Latinoamérica y que redactaron sus constituciones habían sido educados en la tradición de la Ilustración, con su énfasis sobre la razón y su creencia de que los seres humanos, mediante el uso de ella, podían construir instituciones políticas tan en armonía con las leyes naturales del universo que el resultado inevitable sería la sociedad civil ideal. Un elemento esencial del pensamiento de la Ilustración era la creencia de que el hombre era naturalmente libre y la libertad era tanto la consecuencia como la condición de la sociedad ideal (13). Para aquellos hombres de principios del siglo XIX que albergaban tales ideas, los jóvenes pero exitosos Estados Unidos de América parecían ser la última aplicación del razonamiento humano a la tarea de un gobierno civil. Las influencias mutuamente reforzantes del pensamiento de la Ilustración y la Revolución Norteamericana son evidentes en el siguiente pasaje de una carta escrita en 1783 por el patriota venezolano, Francisco de Miranda, en momentos en que se encontraba listo a partir para los Estados Unidos:

(12) M. Picón-Salas, *Una Historia Cultural de América Española*, 147-75 (I. Leonard tr. 1962).

(13) Ver Griffin, *La Ilustración y la Independencia de Latinoamérica*, en A. Whitaker, *Latino América y la Ilustración* 119-43 (2a. edic. 61).

“Todos estos inicios, por muy lejanos que ellos estén, todas estas semillas que con no poco esfuerzo y costo, he estado sembrando en mi mente durante mis 30 años, serían sin duda infructuosas y de poco provecho sin la experiencia y conocimiento que uno adquiere al visitar en persona y examinar asiduamente el gran libro del Universo. Esto quiere decir, sus más virtuosas y sabias sociedades, sus leyes, gobierno, agricultura, su manera civilizada, ciencia militar, navegación, artes y oficios y cosas semejantes. Esto y solamente esto, puede hacer madurar el fruto y completar de alguna manera la gran tarea de crear un hombre de sólido valor” (14).”

El tema es planteado aún más vigorosamente por el padre jesuita, Juan Pablo Viscardo y Guzmán, quien escribiendo en el exilio en Italia, alrededor de 1790 decía:

“En cualquier aspecto que consideremos nuestra dependencia con respecto a España uno tiene que ver que todas las obligaciones nos impulsan a terminarla. Nos debemos eso a nosotros mismos a causa de la ineludible obligación que tenemos de preservar los derechos naturales otorgados por nuestro Creador —derechos preciosos a los que no podemos renunciar— derechos que nadie puede arrebatarnos sin cometer un crimen. ¿Puede el hombre renunciar a su razón, o puede serle ésta tomada por la fuerza? Su libertad personal no es menos esencialmente su propiedad que su propia razón. El libre disfrute de estos derechos naturales es la invaluable herencia que nosotros debemos transmitir a nuestra posteridad. . .

El valor con el cual los colonos ingleses en América lucharon por la libertad que ahora disfrutan cubre de vergüenza nuestra indolencia. . . No existe ya más ningún pretexto que excuse nuestra resignación, y si durante

(14) Carta de Francisco de Miranda a Cacigal (1783), reproducida en M. Piñón-Salas, supra nota 12, 151-52.

más tiempo soportamos las molestias que nos abruman los pueblos podrán decir con toda razón que nuestra pereza nos hace mercedores de ellas; y nuestros descendientes nos llenarán de imprecaciones, cuando al arrastrar la cadena de la esclavitud —esclavitud que ellos heredaron— recuerden el momento en el cual. . . nosotros no deseamos ser libres (15)”.

No ha de sorprender entonces que, dos décadas más tarde, cuando las guerras de independencia de Latinoamérica estaban en plena evolución, patriotas tales como Mariano Moreno (quien guió la revolución que liberó Buenos Aires de España) y José María Morelos (uno de los líderes del movimiento de independencia mejicano) abiertamente reconocieran que la Constitución de los Estados Unidos era su mayor fuente de inspiración (16).

Ya más adentrados en el siglo XIX, cuando los argentinos estaban escribiendo su constitución, los mejicanos estaban reescri-

-
- (15) J. Viscardo y Guzmán, *Carta a los Españoles Americanos por uno de sus Compatriotas* (1790), reproducida en W. Robertson, Surgimiento de las Repúblicas de Hispanoamérica 24 (1918).
- (16) El plan de operaciones de Moreno para las Provincias Unidas del Rio de la Plata, incluía el siguiente alegato:

Déjenme decir aquí que, a veces, el azar es la madre de los sucesos, porque si una revolución no es conducida acertadamente, si la intriga y la ambición destruyen el espíritu público, entonces el Estado volverá a caer en la más horrible anarquía. Patria Mía, ¡Qué cambios puedes sufrir! Oh, noble y gran Washington, ¿Dónde están las lecciones de tu política? ¿Dónde están las reglas que te guiaron en la construcción de tu gran trabajo? Tus principios y tu sistema serían suficientes para guiarnos: ¡Préstanos tu genialidad para que podamos alcanzar los resultados que hemos planeado!”.

M. Moreno, Plan de Operaciones que el Gobierno Provisional de las Provincias Unidas del Rio de la Plata debe realizar para Consolidar la Gran Tarea de nuestra Libertad e Independencia. Reproducido en W. Robertson, supra nota 15, 153. Para mayor información sobre Morelos, ver H. Davis, *Pensamiento Latino Americano: Una Introducción Histórica* 52-54 (1972).

biendo la suya y los brasileños estaban reemplazando su constitución imperial con una republicana, la Filosofía Positivista estaba ejerciendo una tremenda influencia sobre el pensamiento Latinoamericano (17). El Positivismo fue una ciencia sociológica basada en la premisa de que la historia estaba progresando hacia un estadio completamente racional y humano (18). Los positivistas creían que este proceso se manifestaría y se aceleraría con la adopción y uso de los modelos más avanzados y progresistas en el ámbito del gobierno, el comercio, y otros campos de la actividad humana. Para ponerlo en las palabras de Harold Eugene Davis, una autoridad del pensamiento político latinoamericano “el progreso ordenado era una idea clara del pensamiento social positivista” (19). A finales del siglo XIX, cuando el Positivismo estaba de moda en la mayor parte de Latinoamérica, los indicadores científicos señalaban a los Estados Unidos como la sociedad más progresista de todas. De allí era un corto trecho, que muchos positivistas latinoamericanos recorrieron, para llegar a la conclusión de que la Constitución de los Estados Unidos era el modelo más avanzado para lograr un gobierno ordenado y progresista.

La Ilustración y el Pensamiento Positivista ejercieron su más grande atracción sobre un pequeño pero influyente grupo político en Latinoamérica: los intelectuales urbanos y los comerciantes con estrechos vínculos con la masonería. Por otro lado, muchos católicos devotos no veían ninguna necesidad de nuevas filosofías que expliquen la naturaleza del gobierno o la sociedad y, siendo muy conscientes del anticatolicismo que había caracterizado a la mayor parte de las colonias inglesas eran escépticos de las ideas asociadas con el norte protestante y deístico. Para estos católicos, los escritos del noble francés Alexis de Tocqueville constituyeron una importante garantía de que el sistema político de los Estados Unidos no era incompatible con su fe. El libro *Democracia en América*

(17) H. Davis. supra nota 16, 97-134.

(18) Id.

(19) Id., 98.

escrito por Tocqueville (20), fue leído ampliamente por los latinoamericanos educados de todas las tendencias y fue una importante fuente de su comprensión de las instituciones de los Estados Unidos. Alexis de Tocqueville era un católico practicante y también un constitucionalista cuya evaluación de la experiencia democrática de los Estados Unidos, si bien no fue acrítica, fue decididamente favorable. El escribió ampliamente acerca de la relación entre religión y democracia, y concluyó que el sistema constitucional de los Estados Unidos era no sólo compatible sino más bien congruente con la religión en general y el catolicismo en particular (21). Aunque la investigación histórica definitiva todavía no ha sido realizada, es razonable inferir que los escritos de Tocqueville fueron instrumentos eficaces para disponer a los católicos latinoamericanos a ver la Constitución de los Estados Unidos de un punto de vista favorable.

La convergencia de influencias históricas y filosóficas impulsaron a los políticos latinoamericanos a ver a la Constitución de los Estados Unidos como un modelo estructural para sus instituciones nacionales. Ellos adoptaron las formas de gobierno republicanas y a semejanza de los Estados Unidos dividieron el poder del estado entre tres ramas iguales. Ellos rechazaron el sistema europeo o parlamentario, en el cual el ejecutivo depende de la mayoría legislativa, en favor del modelo norteamericano o presidencial. Los más grandes países de Latinoamérica (Brasil, México y Argentina) siguieron a los Estados Unidos al adoptar formas federales. Al igual que la Constitución de los Estados Unidos, las constituciones latinoamericanas son rígidas y supremas; es decir, ellas no pueden ser reformadas por procedimientos legislativos ordinarios y sus disposiciones prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica.

(20) I A. de Tocqueville, *Democracia en América* (H. Reeve, Trans. 1999).

(21) Id., 304-20; A. de Tocqueville, *supra* nota 20, 20-31.

B. *La influencia de la Francia revolucionaria y la tradición del Derecho Civil*

Los Estados Unidos no fue el único país extranjero que inspiró a los Padres Fundadores de Latinoamérica. Las mismas fuerzas históricas y filosóficas que hicieron atractiva la experiencia norteamericana tornaron atrayente también la Revolución Francesa. Consecuentemente, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (22) redactada en Francia, inspiró muchas garantías escritas en las constituciones latinoamericanas (23). Pero el Reinado del Terror y otros excesos tendieron a limitar el influjo del constitucionalismo francés. De esta manera, si bien muchos latinoamericanos se suscribían a las formulaciones francesas de los Derechos Humanos, ellos eran menos entusiastas respecto a Francia como un modelo de gobierno. El historiador español, Salvador de Madariaga, comparando las revoluciones democráticas del siglo XVIII, ha dicho que la revolución de los Estados Unidos fue la más productiva de las dos, porque para los latinoamericanos inspiró menos temores (24).

La más grande contribución europea al Derecho Latinoamericano, es, sin lugar a dudas, el Derecho Civil. Así como la experiencia histórica y la inclinación filosófica tornaban atractiva a los latinoamericanos la Constitución de los Estados Unidos, esas mismas fuerzas volvieron irresistibles la tradición de Derecho Civil. Durante tres siglos, las colonias americanas de España y Portugal habían vivido bajo sistemas de Derecho Civil. En el mismo momento que esas colonias estaban luchando para ganar su independencia, el Derecho Civil estaba recibiendo nueva vitalidad en Europa. Los Cinco Códigos Napoleónicos promulgados entre 1804 y

(22) *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Fr. 1789) fue reafirmada por la Constitución Francesa. Preámbulo de la Constitución (Const.).

(23) Ver J. García Laguardia, *La Defensa de la Constitución*, 23-26 (1983).

(24) S. De Madariaga, *Cuadro Histórico de las Indias* 823 (1945).

1811 (25) fueron aclamados por su modernidad, racionalidad y progreso. De esta manera, el Derecho Civil del continente europeo, romano en sus orígenes y francés en su manifestación contemporánea, se transformó en la base de la mayor parte del Derecho Latinoamericano y sus instituciones jurídicas. Al lograr la independencia, las repúblicas latinoamericanas promulgaron códigos civiles, penales, comerciales y de procedimientos que diferían muy poco de sus contrapartes franceses. A medida que el tiempo transcurrió, las naciones latinoamericanas revisaron estos códigos o adoptaron otros nuevos para reflejar las distintas necesidades y políticas de cada país; sin embargo, estos nuevos códigos continuaron siendo, en estilo y contenido, códigos de derecho civil dentro de la tradición continental (26).

Aún más importante que los códigos mismos fue el hecho de que la tradición de Derecho Civil penetró e impregnó toda la cultura jurídica latinoamericana. Los jueces y abogados latinoamericanos aprendieron, hablaron y pensaron en términos de Derecho Civil. El resultado fue una pirámide cuya cima (esto es, la Constitución) estaba construida en gran medida con los materiales de los Estados Unidos y diseñada al estilo del derecho anglosajón, pero cuya base fue transplantada completamente del continente europeo. Para los entusiastas de la Ilustración y el Positivismo (como lo fueron la mayoría de juristas latinoamericanos del siglo XIX) esta dualidad no fue vista como un problema porque, como lo señalaba

(25) Los cinco Códigos Napoleónicos y sus fechas de promulgación son: el Código Civil (1804), el Código de Procedimientos Civiles (1807), el Código de Comercio (1808), el Código Penal (1811) y el Código de Procedimientos Criminales (1911).

(26) La primera codificación importante de Latinoamérica fue el Código Civil Chileno, redactado por Andrés Bello entre 1846 y 1855. Otros códigos importantes son el Código Civil Argentino, redactado principalmente por Dalmacio Vélez Sarsfield entre 1863 y 1869, y la redacción del Código Civil de Brasil, preparado por Teixeira de Freitas entre 1856 y 1865. Este último código, si bien nunca fue aprobado, sirvió de modelo para los códigos civiles de un cierto número de países, incluyendo a Brasil.

la teoría, las ideas y modelos más racionales y progresistas necesariamente demostrarían ser armoniosas aunque sus orígenes temporales fuesen diversos. Además, se había divulgado la creencia de que los nuevos sistemas de derecho por la fuerza de su racionalidad inherente y obvias ventajas, darían como resultado un respeto espontáneo por el imperio de la ley. Sin embargo, esas expectativas fueron muy pronto negadas por los hechos.

III. Constitucionalismo, caudillismo y tradiciones legales conflictivas

Las primeras décadas de independencia latinoamericana demostraron, aun para los más optimistas, que las constituciones no se ponen en vigencia por sí mismas. Después de un breve y eufórico intermedio, los gobiernos democráticos colapsaron. El consiguiente caos fue interrumpido sólo por la irrupción, casi en todo lugar, de los caudillos, militares y civiles, que gobernaron en forma dictatorial generalmente excediendo limitaciones constitucionales sobre su propio poder y no respetando las garantías constitucionales de los derechos de otros. En México, Antonio López de Santa Anna gobernó en forma brutal y caprichosa en 11 ocasiones distintas entre 1822 y 1855. En Argentina, Juan Manuel de Rosas lideró un sistema de alianzas con los terratenientes locales lo que le permitió gobernar al país con brutal eficiencia desde 1829 hasta 1852. Situaciones similares existían en casi todo lugar de la región (27). Si el gobierno constitucional iba a ser algo más que una noble aspiración, tenía que encontrarse la manera de poner en vigencia las garantías constitucionales.

A este respecto, el ejemplo de los Estados Unidos, sólo tenía una muy limitada utilidad. La Constitución de los Estados Unidos era una extensión de la tradición de derecho consuetudinario; las disposiciones constitucionales presuponían la existencia y operación de las reglas prácticas de derecho común. Esto se demostró

(27) Para un resumen de "la era de los caudillos", ver. G. Pendle. *Una Historia de Latino América*. 125-37 (1963).

muy dramáticamente en el caso de Harbury contra Madison (28), en el cual la Corte Suprema dejó bien en claro que cualquier litigante que creía haber sido perjudicado por una acción gubernativa contraria a la constitución podía plantear el tema constitucional como parte de su demanda o defensa en un juicio ordinario ante cualquier Corte que tuviese jurisdicción. De esta manera, cualquier corte, estatal o federal, de jurisdicción general o limitada, podía declarar inconstitucional un acto del congreso o de un órgano legislativo estatal, o una acción de un órgano ejecutivo federal o estatal. Este principio cuando se combina con el principio de derecho común de *stare decisis* (fuerza del precedente) significaba que una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos tendría el efecto práctico de volver una acción o Ley inconstitucional inválida *erga omnes*.

Un enfoque de esta naturaleza no encajaba adecuadamente en el sistema de derecho civil de Latinoamérica. Desde los tiempos romanos hasta el siglo XVIII, el derecho civil tenía muy poca tradición de control judicial sobre la acción gubernativa. El *iudex* romano o juez, era una persona particular elegida sobre una base ad-hoc para decidir un caso particular. El no tenía que ser necesariamente llamado en el futuro para decidir sobre otros casos. No se suponía que poseyese ningún conocimiento especial de derecho y así era generalmente el caso. El sólo debía escuchar y sopesar la evidencia y aplicar ciertos principios legales tales como estaban contenidos en una fórmula o grupo de instrucciones que le eran dadas por un magistrado (29). El Corpus Juris de Justiniano que fue el vehículo a través del cual el derecho romano se transmitió a la Europa medieval y moderna incluye un lenguaje que a finales del siglo XVIII fue interpretado en el sentido de disminuir aún más el poder judicial. El texto señala "*non exemplis sed legibus iudican-*

(28) 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

(29) El papel del juez romano se explica en J. Dawson, *Los Oráculos de Derecho* 100-47 (1968), y en H. Wolf, *Derecho Romano: Una Introducción Histórica* passim (1951).

dum est" (30), lo cual traducido y puesto en contexto significaba lo siguiente:

"Ningún juez o árbitro debe suponer que él tiene que seguir las opiniones que considera equivocadas y aún más las decisiones de eminentes prefectos u otros notables (porque si algo no fue bien decidido no debe extenderse el error hacia otros jueces, ya que las decisiones deben ser emitidas en concordancia no con los ejemplos sino con la Ley), aún si las opiniones en cuestión son emitidas en procedimientos judiciales de las más eminentes prefecturas o las más altas magistraturas de cualquier tipo; por el contrario nosotros ordenamos a nuestros jueces a seguir la verdad y los caminos de la ley y la justicia." (31)

A despecho de esta limitada concepción de la función judicial, a finales de la Edad Media, los jueces en la mayor parte de Europa Occidental constituían una clase estable y educada. En algunas partes, especialmente en el Parlamento de París, los jueces del siglo XVII y XVIII jugaron un rol significativo en el desarrollo del Derecho, consultándose mutuamente y registrando sus propias decisiones en archivos extra-oficiales (32). Sin embargo, los jueces de la Francia pre-revolucionaria se habían convertido en una clase social y política distinta conocida tanto por su defensa del Antiguo Régimen como por su creatividad judicial. En las palabras del historiador jurídico John P. Dawson:

(30) "No por los hechos del caso sino según el Derecho debe realizarse el juzgamiento" es la traducción que ofrece el *Diccionario Jurídico Blact* 950 (5a. edic. 1979). Sin embargo, esta traducción no logra expresar fielmente el significado de la máxima, que se hace claro por su contexto, como una directiva para no otorgar valor de precedente a las decisiones judiciales.

(31) C. 7.45.13 (529 A.D.).

(32) J. Dawson, *supra*, nota 29, 263-373.

“inamovibles e irresponsables ejecutores de un poder enorme e ilimitado, ellos (los jueces franceses) también pretendían representar el interés nacional. Con su obstinada defensa de una clase privilegiada —la nobleza de la cual ellos fueron líderes— cerraron toda esperanza de reforma moderada e hicieron inevitable que la ola revolucionaria los cubriera a todos ellos haciéndolos merecedores de la ira de toda la nación”. (33)

Los líderes de la revolución francesa comenzaron inmediatamente por subyugar al órgano judicial. Los jueces fueron expresamente prohibidos de promulgar leyes y durante un tiempo aún se les requería que refirieran todas las cuestiones de interpretación legal al órgano legislativo. La teoría de la separación de poderes de Montesquieu, una parte importante del pensamiento francés de finales del siglo XVIII fue aplicada estrictamente con la finalidad de prohibir a las cortes de interferir con los órganos legislativos o ejecutivos, la máxima justiniana “*non-exemplis*” (34) recibió un énfasis sin precedentes como una limitación sobre la función judicial (35).

De esta manera el Derecho Civil ingresó al siglo XVIII con un prejuicio profundamente antijudicial que se manifestó en un número de doctrinas importantes e interrelacionadas: las decisiones judiciales no son una fuente de derecho; los jueces no deben asumir funciones legislativas; los jueces no deben decidir los casos siguiendo la decisión de otros jueces. Los juristas latinoamericanos educados en la tradición legal de la Francia post-revolucionaria comprensiblemente adoptaron un punto de vista estrecho de la función judicial (36). La revisión judicial, como era practicada en

(33) Id., 373. Ver G. Rudé, *Europa Revolucionaria 1783-1815*, 78-82 (1964).

(34) Ver supra nota 30, y el texto que la acompaña.

(35) Ver J. Dawson, supra nota 29, 376; J. Merryman, *La Tradición de Derecho Civil* 15-19 (1969).

(36) Estos principios son una parte importante del curso de primer año *In-*

los Estados Unidos, parecía oponerse a los dogmas centrales del Derecho Civil. Una decisión judicial que declarase inconstitucional un acto del órgano legislativo era una interferencia injustificada en las prerrogativas legislativas y cuando se asociaba con el principio angloamericano de *stare decisis* (precedente violaba la norma del *non-exemplis* y volvía las decisiones judiciales, de una manera efectiva, en una fuente de derecho.

El conflicto entre las tradiciones legales se ilustra en el siguiente ejemplo: el Art. 133 de la Constitución Mexicana (37) establece la supremacía constitucional en un lenguaje casi idéntico al que se halla en la cláusula de supremacía de la Constitución de los Estados Unidos (38). La versión mexicana señala:

“La Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella y todos los tratados que han sido o sean hechos en concordancia con ella, serán la suprema ley de la Unión. Los jueces de cada estado cumplirán con la mencionada constitución, leyes y tratados. . . a pesar de cualquier disposición en contrario que se señale en la constitución, o leyes del estado” (39).

En el caso de *Marbury contra Madison* (40), la Corte Suprema de los Estados Unidos llegó a la conclusión que la cláusula de supremacía de la Constitución volvía no solamente permitible sino necesario que cada corte en el país decretara inconstitucional una ley

roducción al Estudio del Derecho para estudiantes latinoamericanos. Ver, e.g., E. García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho* (3a. ed. 1982); F. Torres Lacroze & G. Martin, *Manual de Introducción al Derecho* (4a. ed. 1983); M. Villoro Toranzo, *Introducción al Estudio del Derecho* (5a. ed. 1982).

(37) Art. 133 de la Const. (México).

(38) Art. VI, Constit. E.U.A.

(39) Art. 133, Const. (Mex.).

(40) 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

cada vez que en el curso de cualquier juicio surgiese un conflicto entre una ley y la constitución federal. Uno podría haber esperado que el Art. 133 de la Constitución Mexicana hubiese conducido a un ejercicio similar de revisión judicial por parte de cada corte federal o estatal en ese país. Aunque se realizaron algunas argumentaciones en ese sentido, la norma de México es de que el Art. 133 no confiere a las cortes ningún poder general de revisión judicial. Un jurista mexicano contemporáneo ha descrito la segunda frase del Art. 133 como “obscura e ilógica. . . fuera de lugar en nuestro sistema”. (41) Dado el hecho de que el sistema legal de México está enraizado en el Derecho Civil, esta conclusión no es sorprendente.

A muchos les pareció que las repúblicas latinoamericanas estaban en un dilema constitucional del cual sólo podrían liberarse o renunciando a la vigencia de las garantías constitucionales o socavando los fundamentos de Derecho Civil de sus sistemas legales. Pero el dilema no hizo que los latinoamericanos abandonen su experimento con la constitución de los Estados Unidos ni tampoco los condujo a repudiar su herencia de Derecho Civil.

IV. Las soluciones latinoamericanas

A. El amparo mexicano

La manera por la cual México resolvió el dilema es interesante e instructiva. Después de un año del Gobierno monárquico de Agustín de Iturbide, en 1824 México adoptó una Constitución republicana estructurada bajo el modelo de la de los Estados Unidos. La Constitución establecía una república federal con un gobierno nacional conformado por 3 órganos, con un congreso nacional bicameral compuesto de un Senado, en el cual cada estado estaba igualmente representado, y una cámara cuya conformación estaba basada en términos del número de población. El Presidente era elegido por un Colegio Electoral, tal como era el caso de los Esta-

(41) J. Padilla, *Sinopsis del Amparo* 58 (1985) (citando al Dr. Felipe Tena Ramírez).

dos Unidos antes de la adopción de la 12va. Enmienda (42), y el candidato con la segunda mayor votación se convertía en el Vice-Presidente.

Escarmentado por las dictaduras y el desorden de los primeros años, México experimentó con una variedad de instituciones y procedimientos diseñados para poner en vigencia las garantías constitucionales. La Constitución Mexicana dio a su Corte Suprema jurisdicción sobre los casos de violación de la constitución, en concordancia con procedimientos que debían ser establecidos por reglamento; sin embargo, ya que ningún reglamento de procedimientos fue promulgado, la Corte Suprema no ejerció jurisdicción sobre cuestiones constitucionales (43). La constitución también dio al congreso un poder exclusivo para decidir cuestiones de interpretación constitucional y aunque el congreso utilizó este poder para invalidar algunos reglamentos o estatutos, ningún control fue ejercido sobre el gobierno nacional (44). En 1836, México adoptó una nueva constitución que estableció un cuarto órgano de gobierno llamado el "Supremo Poder Conservador", una comisión cuyo deber era salvaguardar la constitución. Se le otorgó poderes para anular actos del órgano ejecutivo, legislativo o judicial que fuesen contrarios a la constitución. El Supremo Poder Conservador actuó sólo en 4 ocasiones, ninguna de las cuales involucraba asuntos constitucionales. Después de 5 años, fue abolido (45). Sin embargo, continuó la búsqueda de un medio factible de poner en vigencia la constitución.

(42) Const. E.U., enmienda XII dispone que el Presidente y el Vice Presidente sean elegidos de manera separada.

(43) Art. 137 de la Const. de 1824 (Méx.).

(44) Id. arts. 164, 165. Para información concerniente a la invalidación de la legislación estatal por parte del Congreso Nacional, ver II Legislación Mexicana 89-223 (M. Dublan & J. Lozano eds. 1876).

(45) Las facultades del Supremo Poder Conservador fueron enumeradas en el art. 12 de la Segunda Ley Constitucional de 1836.

En 1837, el libro "Democracia en América" de Tocqueville (46) llegó a México, y fue leído con enorme interés. Su descripción de la revisión judicial como era practicada en los Estados Unidos atrajo a muchos juristas mexicanos (47). Uno de ellos, Manuel Crescencio Rejón, redactó una disposición constitucional para su estado natal, Yucatán, la cual otorgaba a los jueces el poder de proteger a todas las personas en el disfrute de sus derechos constitucionales y legales (48). En 1847, esta idea fue incorporada a la constitución nacional (49) y ha sido una importante parte del constitucionalismo mexicano desde entonces. El procedimiento por el cual se extiende la protección judicial se llama Amparo, que significa protección. El Amparo es un procedimiento federal que puede ser accionado por cualquier persona que cree que sus derechos constitucionales están siendo violados por un funcionario público, aun cuando el funcionario esté actuando dentro del ámbito de autoridad que le fue conferido por la ley o un reglamento. Si el juez, después de una audiencia, determina que el derecho constitucional del accionante está siendo violado, él ordena al funcionario o a sus superiores el cese de la violación y la adopción de las medidas que sean necesarias para devolver al ciudadano el pleno disfrute del derecho en cuestión (50). El Amparo combina los principios de una constitución rígida y de revisión judicial, derivados de los Estados Unidos, con las limitaciones sobre el poder judicial características del Derecho Civil. Esta combinación o adaptación se

(46) A De Tocqueville, supra nota 20. Ver supra el texto que acompaña a las notas 20-21.

(47) Ver Fix Zamudio, Una Breve Introducción al Recurso de Amparo Mexicano, 9 CAL. W. INT' L.L.J. 306, 309 (1979).

(48) En el tiempo que aprobó el amparo redactado por Rejón, Yucatán se había separado de México. Luego de algunos meses, la secesión concluyó y el estado reasumió su lugar en la Unión.

(49) Acta de Reformas, art. 25 (1847) (reformando la Constitución de 1824); Const. de 1857, arts. 101, 102 (Méx.); art. 107 de Const. (Méx.).

(50) Para un estudio excelente del origen y desarrollo del Amparo y de sus aspectos procesales contemporáneos, véase Fix Zamudio, supra nota 47.

hace a través de la que ha sido llamada “la fórmula Otero” por Mariano Otero, el abogado que redactó la Enmienda constitucional de 1847, la que garantizaba y definía el Amparo en los siguientes términos:

“Las Cortes Federales protegerán a cualquier habitante de la república en el ejercicio y conservación de aquellos derechos que le son otorgados por esta constitución y por las leyes promulgadas de acuerdo con ella, contra ataques por parte de los poderes ejecutivos y legislativos de los gobiernos federales o estatales, limitándose a otorgar la protección en el caso específico en litigio y sin hacer ninguna declaración general concerniente a la ley o reglamentación que motivó la violación.” (51)

La Constitución actual de México garantiza y limita el Amparo en términos similares (52). De esta manera, el Amparo faculta a las Cortes a poner en vigencia la constitución protegiendo los derechos individuales en casos particulares, pero evita que las cortes usen este poder para legislar para toda la nación. Hoy día, el Amparo es el recurso procesal más importante del sistema mexicano y ha servido como modelo para muchos otros países latinoamericanos. (53)

B. La Revisión Judicial Argentina

Durante los años de gobierno de Rosas (1829-1852), Argenti-

(51) Acta de Reformas, art. 25 (1847) (reformando la Const. de 1824).

(52) La actual constitución de México fue promulgada en 1917. La fórmula Otero está incorporada en el art. 107 que señala en su parte pertinente: “El juzgamiento (en el Amparo) siempre ha de ser tal que afecte sólo a individuos particulares, estando limitado a otorgarles compensación y protección en el caso particular al que se refiere la queja, sin realizar ninguna declaración general referente a la ley sobre la que se basa la queja”. Const. art. 107 (Méx.).

(53) Ver Rosenn, *Revisión Judicial en Latino América*, 35 Ohio St., L.J. 785 (1974) para una discusión sobre el uso del Amparo en Latinoamérica.

na se mantuvo unida mediante una serie de tratados entre sus varias provincias (54) y mediante el poder de la dictadura. Después del derrocamiento de Rosas en 1852, un Congreso Constituyente fue convocado en la ciudad de Santa Fe (55). Los delegados estaban fuertemente influenciados por Juan Bautista Alberdi, un positivista declarado y admirador de la Constitución de los Estados Unidos quien había huido de la represión del Régimen de Rosas y estaba viviendo en Chile. Es difícil no exagerar la influencia del pensamiento de Alberdi sobre los constituyentes reunidos en Santa Fe. Alberdi veía fuertes similitudes entre la Argentina de 1852 y los Estados Unidos de 1787. El vio en la constitución de los Estados Unidos y en las constituciones de varios estados (particularmente las de California y Massachusetts) guías útiles hacia la unidad, la libertad y el progreso (56).

Cuando Rosas cayó, Alberdi redactó un anteproyecto constitucional llamado “Bases y Puntos de partida para la organización política de la República Argentina” (57). La constitución redactada por el congreso constituyente, que entró en vigencia en 1853, es tan semejante a la constitución de los Estados Unidos que los juristas argentinos debatieron seriamente si es que el país no había adoptado, por consecuencia, la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos (58). Si bien la respuesta a esta pregunta, estrictamente es “no”, muy pronto se hizo evidente

(57) Id.

(58) Véase Linares Quintana, Comparación de la Base Constitucional de los Sistemas Políticos de los Estados Unidos y de Argentina, 97 U. Pa. L. Rev. 641 (1949).

(54) Estos acuerdos están descritos en H. Zarini, Historia e Instituciones en la Argentina 115-37 (1981). Documentos de carácter constitucional anteriores a Rosas son analizados en C. Colautti, Proyectos Constitucionales Patrios 1811-1826 (1983).

(55) C. Colautti, Antecedentes de la Constitución Argentina 33 (sin fecha).

(56) J.B. Alberdi, *supra* nota, 5, *passim*.

que la influencia de las ideas constitucionales norteamericanas iban más allá de similitudes textuales.

En 1888, la Corte Suprema Argentina declaró inconstitucional una ley del congreso nacional (59), en una opinión que hacía recordar el caso de Marbury contra Madison (60), la Corte Señaló:

“Es elemental en nuestro sistema constitucional que las cortes tengan el poder y el deber, en casos llevados ante ellas para su decisión, de examinar las leyes comparándolas con el texto de la constitución para verificar si es que ellas están o no en conformidad con esta última, y para evitar su aplicación si es que están en oposición a ella” (61).

A pesar de varios golpes, periodos intermitentes de gobierno militar y el ocasional servilismo de los jueces ante los gobernantes autoritarios, el principio de Revisión Judicial ha sobrevivido como una parte integral de la jurisprudencia argentina (62). En 1966, cuando el gobierno militar del país promulgó un Decreto Ley que pretendía privar a las cortes del poder de declarar inconstitucional los decretos, las leyes u ordenanzas en procedimientos sumarios, la Corte Suprema Argentina declaró inconstitucional al mismo Decreto Ley. La corte dijo en parte pertinente:

“Cualquiera que sea el procedimiento a través del cual un asunto justiciable es presentado para decisión judicial, nadie puede sustraerse de la esfera de acción del poder judicial en su inalienable prerrogativa y obliga-

(59) *Municipalidad de la Capital contra Elortondo*, 33 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos) 162 (1888).

(60) 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

(61) *Elortondo*, 33 Fallos, 184.

(62) Para una discusión del caso, ver H. Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional* 478 (1984).

ción —emanada directamente de la Cláusula de Supremacía de la Constitución Nacional— de respeto a la Ley Fundamental y en particular las garantías personales reconocidas en su primera parte. (no debe ser olvidado) que el Art. 100 (de la Constitución) expresamente provee que la Corte Suprema y las Cortes de Primera Instancia de la nación tienen jurisdicción y deciden todos los casos concernientes a materias regidas por la Constitución. . .”

“Consecuentemente no hay ningún obstáculo en el presente caso. . . para que este tribunal examine y resuelva en forma definitiva sobre si la decisión administrativa basada en el Decreto 280/64 es contrario al espíritu y al texto de la constitución nacional. . .” (63).

Un experto contemporáneo de derecho constitucional argentino, el Dr. Miguel Angel Ekmekdjian, explica la revisión judicial en su país en términos que revelan tanto la influencia de los Estados Unidos como los fundamentos de Derecho Civil de la Ley Argentina:

“Es adecuado notar que el control de constitucionalidad es un principio necesario que sigue al otro elemento esencial del imperio de la ley, es decir la supremacía de la constitución. En efecto, si nosotros aceptamos que la constitución es la base principal del orden jurídico del estado. . . es obvio que debemos adherirnos a la conclusión expuesta por Marshall en el famoso caso de “Marbury contra Madison” en el sentido de que las otras normas del orden jurídico del Estado deben ajustarse a la Constitución en su forma y en su contenido, ya que si fuese de otra forma, ellas no serían normas válidas. Este axioma encaja en la famosa descripción de Kelsen del

(63) Outón, 267 Fallos 215 (1967) (traducción de K. Karst & K. Rosenn, supra nota 7, 180).

orden jurídico del estado como sintetizado en una pirámide (de la jerarquía de leyes)” (64).

C. Habeas Corpus

Una institución de derecho consuetudinario que ha encajado fácilmente en los sistemas constitucionales de Latinoamérica es el recurso de Habeas Corpus. El primer país Latinoamericano en adoptar dicho recurso fue el Imperio del Brasil, el cual en esa época estaba más influenciado por el ejemplo de la monarquía constitucional británica que por los Estados Unidos (65). En México el atractivo del Habeas Corpus se debió principalmente a la experiencia constitucional de los Estados Unidos. México no adoptó el Habeas Corpus, sino más bien lo usó como un modelo para diseñar su recurso de Amparo (66), el cual es considerablemente más amplio que el Habeas Corpus. Impresionados por los ejemplos de los Estados Unidos y de México, la mayoría de los restantes países latinoamericanos adoptaron tanto el Habeas Corpus como el Amparo: el primero para proteger contra interferencias gubernativas ilegales contra la libertad física y el segundo para proteger todos los derechos individuales no protegidos por el Habeas Corpus (67). Que el Amparo haya sido establecido en la Argentina no por una disposición constitucional expresa ni por ley sino por la decisión de la Corte Suprema Argentina es un indicador del punto de vista relativamente amplio de la Argentina respecto al poder judicial (68).

64. M. Ek mekdjian, *Temas Constitucionales* 289 (1987).

(65) P. Jacques, *supra* nota 11, 428-29.

(66) Fix Zamudio, *Influencia del Derecho Angloamericano en la Protección Procesal de los Derechos Humanos en América Latina*, reimpresso en H. Commager, G. Doeker, E. Fraenkel, F. Hermes, W. Harvard & T. Maunz, *Festschrift für Karl Lowenstein* 492-96 (1971) (de aquí en adelante H. Commager). Para una discusión del Amparo mexicano, ver *supra* texto que acompaña a las notas 43-53.

(67) H. Commager, *supra* nota 66, 491-97. Ver Roseen, *supra* nota 53, 796-804.

68. El Amparo fue establecido mediante un fallo de cuatro contra uno de la

D. El Mandato de Seguridad Brasileño

Brasil abolió la monarquía en 1889 y dos años más tarde adoptó una constitución republicana la cual fue diseñada bajo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, tanto estructuralmente como en lo referente a materias de los derechos humanos (69). Para poner en vigencia las declaraciones de derechos constitucionales, los brasileños ampliaron el Habeas Corpus por decisiones legislativas y judiciales. Hacia 1920, el Habeas Corpus protegía todos los derechos garantizados constitucionalmente en forma clara y segura (70). Muchas personas vieron este amplio uso del Habeas Corpus como un abuso del gran recurso (71) y como parte de la reforma constitucional de 1926, el Habeas Corpus fue limitado a la protección de la libertad del movimiento (72). Puesto que los jueces de derecho civil no poseen los poderes de equidad disfrutado por los jueces de derecho anglosajón, esta limitación del Habeas Corpus dejó a Brasil sin un medio efectivo de proteger aquellos derechos constitucionales que no incluían libertad de movimiento. Para llenar este vacío en 1934, Brasil estableció un nuevo remedio procesal, el Mandato de Seguridad, un procedimiento sumario para proteger los derechos claros y seguros, no protegidos por el Ha-

Corte Suprema Argentina en Siri, 239 Fallos 459 (1957) y ha sido definido en una serie de casos subsiguientes, el más importante de los cuales es el de Samuel Kot, S.R.L., 241 Fallos 291 (1958). Ambos casos están traducidos en K. Karst & K. Rosenn, *supra* nota 7, 161-65. Desde 1966, el Amparo ha sido regulado en alguna medida por la ley. Para una discusión del Habeas Corpus y del Amparo en Argentina, ver H. Quiroga Lavie, *supra* nota 62, 516-50.

- (69) A. Arinos De Melo Franco, *Derecho Constitucional* 108-10, 122-24 (3a. ed. 1987).
- (70) P. Jacques, *supra* nota 11, 429-30.
- (71) Blackstone llama al habeas corpus "el gran y eficaz recurso, en todo tipo de confinamiento ilegal". 3 W. Blackstone, *Comentarios* 131.
- (72) P. Jacques, *supra* nota 11, 429-30.

beas Corpus (73). La Declaración de Derechos y las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos son frecuentemente usadas como guías para interpretar las garantías constitucionales brasileñas, tanto en casos de Habeas Corpus como en casos de mandatos de seguridad (74). A veces esto provoca vivos debates en el Tribunal Federal Supremo del Brasil sobre la relevancia de la experiencia constitucional norteamericana:

Ministro Pedro Chávez: (replicando a un colega que acababa de citar el caso de Sweezy contra New Hampshire). . . me apena siempre escuchar a su Excelencia invocar a la cultura americana la cual es absolutamente distinta a nuestra cultura, nuestros usos y costumbres.

Ministro Víctor Nuñez: . . . si yo invoco el ejemplo de un país más desarrollado es porque nos sirve de modelo. . .

Ministro Hermes Lima: ¿Permitirá la diferencia cultural a una persona ser afectada en los Estados Unidos por la falta de libertad y no permitirá a una persona sentir lo mismo en Brasil? ¿Autorizará la diferencia cultural la falta de libertad en Brasil? (75).

(73) La Constitución de 1934 disponía que el mandato de seguridad protegía cualquier derecho "cierto e indiscutible". Constitución Federal (C.F.) de 1934, art. 113, numeral 33 (Bras.). La actual constitución señala que el mandato de seguridad protege derechos que sean "claros y ciertos". C.F. art. 153, parag. 21 (Bras.). El significado de estas formulaciones distintas se discute en Tourinho, Direito líquido e certo, expressao atécnica. Forum 1984: Revista del Instituto de Abogados de Bahia 25-37 (número especial).

(74) Ver, e.g., Vieira Netto, H.C., No. 45.232, 44 Revista Trimestral de Jurisprudencia (R.T.J.) 322 (Bras. 1968) (opinión del Ministro Cavalcanti); Sérgio Cidade de Rezende, H.C., No. 40.910, 5 Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal 7 (Bras. 1964) (opiniones de los Ministros Lins y Nuñez).

(75) Sérgio Cidade de Rezende, H.C., No. 40.910, 5 Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal 7 (Bras. 1964) (cita omitida) (respuesta

La relevancia y utilidad de los precedentes de los Estados Unidos en cualquier sistema legal de Latinoamérica puede ser determinado solamente por cada país a la luz de sus propias instituciones y tradiciones. Pero el debate mismo es una amplia prueba de que las ideas constitucionales norteamericanas tienen un enorme y obvio atractivo.

E. La acción de Inconstitucionalidad de Costa Rica

Una de las fusiones más interesantes de diversas transiciones jurisprudenciales ha ocurrido en Costa Rica. Al igual que la mayoría de sus vecinos Costa Rica ha adoptado tanto el Habeas Corpus como el Amparo (76). En la tradición de Derecho Civil y del Amparo Mexicano, ni el amparo ni el habeas corpus costarricenses se pueden oponer contra los actos legislativos (77). Cuando un acto oficial está autorizado por ley o reglamento, no corresponde ninguna compensación por algún perjuicio ocasionado aún cuando parezca que dicha ley o reglamento autoritativo podría estar violando la Constitución (78).

Las constituciones de Costa Rica han sido fuertemente influenciadas por la Constitución Argentina de 1853 y durante un tiempo Costa Rica ensayó con una revisión judicial difusa, es decir

ministerial a un colega que había citado el caso *Sweezy vs. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957).

- (76) Tanto el habeas corpus como el amparo están garantizados por el art. 48 de la Constitución de Costa Rica. art. 48, Const. (Costa Rica).
- (77) La enumeración de factores a ser considerados por la Corte en los casos de habeas corpus impide el cuestionamiento de la constitucionalidad de la legislación en un procedimiento de habeas corpus. Véase Ley de Habeas Corpus (No. 35 de 23 de Nov. de 1932) art. 9. El artículo 3 (a) de la Ley de Amparo dispone expresamente que éste no procede contra disposiciones legislativas. Ley de Amparo (No. 1161 del 2 de Junio de 1950) art. 3 (a).
- (78) Véase R. Hernández. *Las Libertades Públicas en Costa Rica* 63-76 (1980).

que cualquier corte tenía la facultad de declarar inconstitucionales los actos legislativos. Sin embargo, debido a que la ley costarricense no otorgaba a las resoluciones judiciales ningún valor de precedente, los fallos de las cortes carecían tanto de uniformidad como de permanencia y por tanto los resultados fueron considerados muy insatisfactorios (79).

La solución costarricense no fue adoptar un régimen de precedentes sino más bien limitar el poder de revisión judicial de la legislación a una sola corte, la Corte Suprema, y a un solo recurso, la acción de inconstitucionalidad.

Esta acción puede ser planteada sólo por una persona que ya es parte en una demanda que involucra una ley cuya constitucionalidad es puesta en tela de juicio. El litigante entabla una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, identificando el pleito pendiente, la ley supuestamente inconstitucional y la disposición constitucional que se alega esta siendo violada. La Corte ordena en el acto la suspensión de todo procedimiento en la demanda principal y en todos los otros casos pendientes en todo el país que involucren a la cuestionada ley.

El demandante y el Ministerio Público presentan sus alegatos por escrito y se invita a las partes de los otros casos suspendidos a hacer lo mismo. La Corte resuelve el asunto en base a los escritos, sin informes orales y si los dos tercios de los miembros de la Corte votan por que se declare inconstitucional la ley, ésta no puede aplicarse en ningún caso pendiente en ese momento o que se haya iniciado después de dicha resolución (80).

El efecto *erga omnes* del fallo de la Corte Suprema de Costa

(79) Entrevista con Ulises Odio Santos, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en San José de Costa Rica (Junio 20, 1984).

(80) La facultad de la Corte Suprema de declarar inconstitucionales a las leyes y a los decretos del Ejecutivo, provienen del art. 10 de la Constitución de Costa Rica. El procedimiento está prescrito en los arts. 962-969 del Código de Procedimientos Civiles.

Rica no proviene de ninguna teoría general del precedente obligatorio sino de una concesión constitucional expresa que otorga un poder especial (y limitado) a esa corte:

Las disposiciones del poder legislativo o del poder ejecutivo que sean contrarias a la constitución serán absolutamente nulas. . .

La Corte Suprema con el voto de no menos de 2 tercios de todos sus miembros tiene el poder de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del poder legislativo y los decretos del poder ejecutivo (81).

La Acción de Inconstitucionalidad es una interesante mezcla de las influencias del Derecho Civil y del Derecho Anglosajón. En el siglo XX un cierto número de países europeos de tradición de derecho civil, viendo la necesidad de poner en vigencia sus constituciones establecieron un sistema de revisión judicial centralizado, dando a una sola corte (generalmente llamada "La Corte Constitucional") el poder exclusivo de decidir la constitucionalidad. (Esta forma centralizada de revisión judicial es frecuentemente llamada el "sistema austriaco" porque se originó en la Constitución Austriaca de 1920) (82). La revisión judicial centralizada implicaba menos un alejamiento de las nociones de derecho civil de la función judicial que lo que implicaba el difuso sistema de revisión judicial desarrollado en los Estados Unidos. Por esta razón el sistema austriaco atrajo a aquellos que veían mérito en la revisión judicial pero que no creían que debía ser un atributo general del poder judicial. Para aislar aún más la revisión judicial de una adjudicación ordinaria, la mayoría de los sistemas centralizados requieren o permiten la revisión de legislación en forma abstracta, generalmente dentro de un cierto periodo de tiempo, después de que la ley o reglamento en cuestión ha sido promulgado. De esta manera, la mayor parte de la

(81) Art. 10, Constitución (Costa Rica).

(82) Ver M. Cappelletti, *La Revisión Judicial en el Mundo Contemporáneo*, 71-72 (1971).

revisión judicial europea contemporánea está separada del grueso de los litigios comunes (83).

La Acción de Inconstitucionalidad de Costa Rica combina la práctica de derecho civil de revisión judicial concentrada con el requerimiento tradicional de derecho anglosajón de que debe existir un caso o controversia real. En las palabras de un prominente jurista costarricense:

“El control de la constitucionalidad de las leyes se ejerce sólo por medio de la así llamada “ruta incidental” la cual fue copiada del sistema argentino que a su vez fue tomada del sistema norteamericano. Esto significa que siempre debe haber un pleito pendiente en espera de resolución para que una de las partes pueda plantear una queja de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema. La Corte Suprema misma en numerosas ocasiones ha sostenido que no puede hacer declaraciones en forma abstracta porque la existencia de un caso judicial concreto pendiente de resolución es necesario para que la corte pueda ejercer tal control” (84).

CONCLUSION

Si bien los ejemplos precedentes no pretenden brindar un recuento total de la influencia de la Constitución de los Estados Unidos sobre el desarrollo de las instituciones legales de Latinoamérica, ellos ilustran la naturaleza y el grado de su influencia. México, Argentina, Brasil y Costa Rica, todos extraen ideas constituciona-

(83) En recientes décadas, algunos países europeos (tales como Alemania Federal) han establecido procedimientos para la adjudicación constitucional “incidental” (es decir, en conexión con un litigio en un caso concreto) así como, “principal” (es decir, en una demanda planteada exclusivamente para evaluar la constitucionalidad de una ley). Ver *Id.*, 72-79.

(84) R. Hernández, *El Control de la Constitucionalidad de las Leyes* 101 (1978).

les derivadas de los Estados Unidos y aplican esas ideas, de una manera mesurada, a sus respectivos sistemas de derecho civil. Estos países latinoamericanos aplican ideas constitucionales de diversas maneras, cada uno concerniente a sus tradiciones nacionales distintivas; pero la fuerza motivadora en cada caso es el deseo de limitar el poder y asegurar la libertad. A través de este proceso de préstamo selectivo, los juristas latinoamericanos han ampliado y enriquecido la Constitución de los Estados Unidos, demostrando, con el transcurrir de los años, la aplicabilidad y adaptabilidad de sus principios a pueblos de diferentes culturas e historias. De esta manera, ellos han convertido la Constitución de los Estados Unidos en parte del patrimonio común de todas las Américas.