

4-1-1989

Eficacia y Autoridad del Precedente Constitucional en America Latina: Las Lecciones del Derecho Com parado

Alejandro M. Garro

Follow this and additional works at: <http://repository.law.miami.edu/umialr>



Part of the [Comparative and Foreign Law Commons](#)

Recommended Citation

Alejandro M. Garro, *Eficacia y Autoridad del Precedente Constitucional en America Latina: Las Lecciones del Derecho Com parado*, 20 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 473 (1989)

Available at: <http://repository.law.miami.edu/umialr/vol20/iss2/7>

This Special Feature is brought to you for free and open access by Institutional Repository. It has been accepted for inclusion in University of Miami Inter-American Law Review by an authorized administrator of Institutional Repository. For more information, please contact library@law.miami.edu.

SPECIAL FEATURE

EFICACIA Y AUTORIDAD DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN AMERICA LATINA: LAS LECCIONES DEL DERECHO COMPARADO

*The Efficacy and Authority of Constitutional Precedent in
Latin America: Lessons of Comparative Law*

ALEJANDRO M. GARRO*

ABSTRACT

Perhaps one of the greatest differences between the Anglo-American and Latin-American legal systems lies in the weight and compulsion of the doctrine of stare decisis and judicial precedent. Traditional notions about separation of powers ingrained in the civil law tradition, and the perceived need to avoid invasion of the legislative arena by members of the branch of government which has historically proven to be the weakest in Latin America are primarily responsible for this approach toward judicial decision making. In this article, Professor Garro examines the role that precedent plays in constitutional decision-making in the Latin American countries which have followed most closely the United States model of judicial review. The article first sets forth the normative framework against which the precedential value of a holding on constitutional matters is measured in Argentina,

* Alejandro M. Garro, Lecturer in Law, Columbia University. Este ensayo, en su versión original, fue presentado al Coloquio de Derecho Constitucional Comparado (México-Estados Unidos de Norteamérica) realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México entre el 13 y 18 de junio de 1988 y fue publicado en 24 REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL 95 (1988). Copyright 1988, Alejandro M. Garro.

Mexico, and Brazil, and then examines the theoretical justifications which have been used for refusing to rely on precedent as an autonomous source of constitutional law.

The article examines how the courts in Argentina, Brazil, and Mexico are affected by earlier decisions on point, particularly in the field of constitutional law. A growing tendency has been noted in these countries to recognize precedent of a sort, particularly when formulated through a long course of decisions pronounced by the highest court of the land on constitutional matters. Lower courts accord former decisions increasing respect, but, with few exceptions, they do not feel bound by them. It is submitted in this article that the compromise which has been worked out between traditional notions of separation of powers and the doctrine of stare decisis leaves the binding force of precedent in constitutional adjudication in a state of uncertainty.

Professor Garro believes that constitutional questions are of such far-reaching importance that it is necessary to decide them authoritatively. In order to give firmness and certainty to the constitutional values enunciated by the highest courts, it is necessary to establish a solid and compulsory body of case-law, or jurisprudencia, formed by a continuous link of cases. This article offers a rationale for reconciling the role of constitutional precedents as found in the United States model of judicial review and stare decisis with the civil law tradition shared by the Latin American countries.

INTRODUCCIÓN

. . . Si se quiere que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario que el acto sometido al control del tribunal constitucional sea directamente anulado en su sentencia en caso de que lo considere irregular. Esta sentencia debe tener, aun cuando se refiera a normas generales — éste es precisamente el caso principal — fuerza anulatoria.¹

Pedir que en América Latina los jueces declaren leyes inconstitucionales con efectos *erga omnes* es precipitarlos a jugar un papel político para el cual no se encuentran preparados por falta

1. Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en I ANUARIO JURÍDICO 505 (1980) (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán).

de temperamento y experiencia.²

Si bien en América Latina no se ha cuestionado mayormente la legitimidad y necesidad de contralor judicial de constitucionalidad de las normas dictadas por el poder ejecutivo y legislativo, el alcance de la revisión judicial de constitucionalidad en los diversos sistemas jurídicos adquiere diferentes matices. La doctrina constitucional comparada suele clasificar los sistemas de contralor de constitucionalidad conforme a los tribunales encargados de ejercer este control, la capacidad procesal que debe revestir la parte que impugna la constitucionalidad de la norma general o individual, el mecanismo procesal por el cual se tramita la impugnación y la fuerza vinculatoria de la declaración de inconstitucionalidad. Estos cuatro aspectos están íntimamente vinculados con la eficacia que tiene el sistema de revisión judicial y el poder político que una sociedad determinada considera prudente otorgar al organismo judicial dentro del sistema tripartito de división de funciones de gobierno. En este trabajo me ocuparé principalmente del último de los elementos señalados, esto es, de la fuerza vinculante de la doctrina constitucional pronunciada por los tribunales encargados de ejercer en última instancia el control de constitucionalidad.

La tesis de este ensayo es que así como los ordenamientos jurídicos de América Latina acomodaron la concepción ortodoxa del principio de separación de poderes a las necesidades del control judicial de constitucionalidad, también es necesario reemplazar la concepción estricta de separación de poderes por un sistema de “pesos y contrapesos” que permita vehiculizar gradualmente la obligatoriedad de los precedentes en materia constitucional. Este es un paso que estimo necesario para que el organismo judicial ejerza un mayor control sobre los actos de las otras dos ramas de gobierno, cumpliendo de esta forma un papel de mayor relevancia en la consolidación de la democracia.

Este trabajo comienza con un breve panorama comparado de los sistemas de control de constitucionalidad en América Latina, para luego pasar a discutir la eficacia y autoridad del precedente constitucional en Argentina, Brasil y México — países que han seguido de cerca el modelo norteamericano de control judicial de constitucionalidad (*judicial review*). Este examen comparado destaca que la eficacia *erga omnes* de la doctrina judicial constitu-

2. Rosenn, *The Protection of Judicial Independence in Latin America*, 19 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 1, 33 (1987) (trad. del autor).

cional se encuentra aceptada tanto en los Estados Unidos de Norteamérica, a consecuencia de la regla del precedente (*stare decisis*), como en los países de tradición jurídica neo-romanista a través de expresas disposiciones constitucionales. Las lecciones del derecho constitucional comparado en lo que se refiere a la obligatoriedad del precedente también me permite destacar en la Parte II de este artículo la importancia jurídica, institucional y política en mantener una cierta estabilidad de la doctrina judicial constitucional, especialmente en lo que se refiere a la implementación efectiva de la garantía de igualdad, la seguridad jurídica y la economía procesal.

La segunda parte enfoca el problema conceptual en aceptar la eficacia general del precedente judicial en materia constitucional, acentuando la importancia de reconocer el poder político del poder judicial y los riesgos que este cambio de mentalidad conlleva en regímenes autoritarios. Mi propósito final es el de destacar la conveniencia de otorgar fuerza vinculante *erga omnes* a los pronunciamientos en materia constitucional, conveniencia señalada por el Maestro Hans Kelsen en la frase reproducida al comienzo de este trabajo. Este examen valorativo, sin embargo, no puede realizarse sin tener en cuenta las dificultades señaladas por el Profesor Keith Rosenn, en lo que se refiere a la implantación de este sistema en las frágiles democracias de América Latina, donde el poder judicial ha cumplido tradicionalmente un papel relativamente modesto frente a poderes casi omnímodos (muchas veces *de facto*) del órgano ejecutivo.

I. LOS LÍMITES DE LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

A. Control Judicial de Constitucionalidad en América Latina

A fin de aproximarnos al tema central de este trabajo, es fundamental esbozar una visión panorámica y sintética sobre los límites del contralor judicial de constitucionalidad en el llamado sistema "norteamericano" y "austriaco."³ Conforme al modelo

3. Esta división básica se encuentra mayormente aceptada por la doctrina especializada. Pueden consultarse los trabajos de los profesores Mauro Cappelletti y Manuel García-Pelayo en Europa y Héctor Fix-Zamudio en América Latina para una descripción detallada de los diversos aspectos de cada sistema. M. CAPPELLETTI & W. COHEN, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 73-113 (1979); H. FIX-ZAMUDIO, *LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LOS DERECHOS HUMANOS* 135-46 (1980); M. GARCÍA-PELAYO, *DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO* (1984); Cappelletti, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, *REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ* [R.I.D.C.] 639 (1980); Carpizo & Fix-Zamudio, *La necesidad y*

norteamericano de control de constitucionalidad, cuyos antecedentes se remontan a las prácticas de las colonias inglesas en América,⁴ y que fuera adoptado por la gran mayoría de los países latinoamericanos, los planteos de inconstitucionalidad pueden hacerse ante todos los tribunales, sin importar su jerarquía, y el juez de la causa resuelve en forma incidental y prejudicial⁵ la cuestión constitucional.⁶ La última palabra la tienen los tribunales supremos, encargados de resolver el planteo a través del llamado *recurso extraordinario de inconstitucionalidad* o *writ of error*. Esta decisión tiene efectos *inter partes*, es decir que sólo afecta a las partes litigantes, “desaplicando” la ley en una causa concreta y en un proceso concreto y no determinando su derogación.⁷

Cabe observar que aquellos países latinoamericanos que han seguido al modelo norteamericano han debido adaptar dicho modelo no sólo al trasfondo jurídico continental romanista sino también a sus peculiaridades políticas, sociales, económicas y culturales. Dentro de las numerosas diferencias que cabe computar en este trasplante del *judicial review* al suelo latinoamericano, destaco la forma de estado federal y la tradición jurídica del *Common Law* como elementos importantes en el sistema implantado desde Mar-

legitimidad de la revisión judicial en América Latina: Desarrollo reciente, 51 BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO 31 (1980). Véase también, en general, L. FAVOREU & J. A. JOLOWICZ, LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DES LOIS (1986).

4. M. CAPPELETTI, EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL DERECHO COMPARADO 27-33 (1966) (trad. española por C. Gómez Lara y H. Fix-Zamudio).

5. Mauro Cappelletti califica al control de constitucionalidad norteamericano como “prejudicial” o “incidental,” en oposición a “principal,” tomando en consideración que el problema de inconstitucionalidad constituye una de tantas otras cuestiones jurídicas que se plantean en la controversia. M. CAPPELETTI, LA PREGIUDIZIALITÀ COSTITUZIONALE NEL PROCESSO CIVILE 50-59 (1957).

6. El maestro mexicano Fix-Zamudio define al sistema norteamericano de revisión judicial de constitucionalidad como “la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia.” Fix-Zamudio, *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, 10 BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO 53, 73 (1971).

7. Fix-Zamudio, *La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad*, 111 REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO 651-52 (1978); Vescovi, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales de América Latina*, en FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 187, 193 (1977). En América Latina, los sistemas argentino y brasilero son los que siguen más de cerca al modelo norteamericano. CONST. arts. 100-101 (Argen.) (1853); CONST., art. 119 (III) (Bras.) (1969); Ley No. 48, art. 14 (Argen.) (1863); CÓD. PROC. CIV. COM. arts. 256-58 (Argen.) (1967). E. IMAZ & R. REY, EL RECURSO EXTRAORDINARIO 13-16 (2d ed. 1962); L. PINTO FERREIRA, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL 378-79, 383-85 (2d ed. 1974).

bury v. Madison.⁸ Por un lado, el modelo norteamericano de revisión judicial fue diseñado principalmente para conformar las funciones gubernamentales estatales con la constitución federal.⁹ Sin embargo, dicho modelo fue adoptado por países latinoamericanos con regímenes centralizados de gobierno, y en países con una forma de estado federal muy atenuada en comparación con la norteamericana, como es el caso de Argentina, Brasil y México. Por otro lado, la tradición jurídica del "Common Law" otorgó fuerza vinculante *erga omnes* a las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos a través de la regla del precedente obligatorio (*stare decisis*), mientras que en los países de América Latina la tradición jurídico-cultural continental romanista se opone a conceder categoría de fuente del derecho autónoma al precedente judicial.

Conforme al modelo de control de constitucionalidad conocido como modelo "austriaco," la revisión judicial se apoya en un tribunal o corte constitucional especializado, cuya sentencia tiene efectos *erga omnes*, es decir que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos generales y futuros. El modelo austriaco ha sido recientemente adoptado por reformas constitucionales recientes en América Latina, como en el caso de Guatemala, Perú y Chile.¹⁰

8. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). En el momento en que John Marshall, el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1803, hizo la primera declaración de inconstitucionalidad por un tribunal judicial, él no contaba con el beneficio de un texto constitucional claro. Sin embargo, aunque el control judicial de constitucionalidad no fue tema de amplio debate en la Convención constituyente de Filadelfia, existían antecedentes históricos sobre el tema. Los redactores principales de la Constitución norteamericana, Alexander Hamilton, John Jay y James Madison, habían escrito una serie de ensayos periodísticos con el fin de promover la aprobación de la Constitución federal por parte de los estados. Estos ensayos, publicados con el título de "El Federalista," elaboran y defienden la tesis del control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial.

9. Los derechos individuales fundamentales incorporados a las diversas enmiendas no fueron de observancia obligatoria para los estados sino después de la guerra civil y a través de una discutida interpretación de la enmienda catorce.

10. Para las características del sistema austriaco puede consultarse fundamentalmente Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, *REVUE DE DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN FRANCE ET À L'ÉTRANGER* 197-257 (1928); *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions*, *J. POL.* 100-83 (1942). Este modelo fue introducido por primera vez en América Latina por el art. 262 de la Constitución Política de Guatemala del 15 de septiembre de 1965, sistema actualmente incorporado a la Constitución de Guatemala que entró en vigor el 14 de enero de 1986. Le siguió la creación del Tribunal Constitucional chileno establecido por la reforma constitucional del 21 de enero de 1970 a la Constitución chilena de 1925, actualmente reglamentado en los artículos 81 a 83 de la Constitución de Chile que entró en vigor en 1981. Véase también la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Chile). También sigue el modelo "austriaco" el Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú, reglamentado en los artículos 296-304 de la Constitución peruana que entró en vigor en julio de 1980. Véase también la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, (Peru) 19 de mayo de 1982. Para un estudio de

Como en algunos países de América Latina las características principales de los modelos norteamericano (difuso, incidental, especial y declarativo) y austríaco (concentrado, principal, general y constitutivo) aparecen matizadas, cabría mencionar una tercera categoría o bien un sistema "mixto" de revisión judicial de constitucionalidad, en el cual se confunden características de ambos sistemas. Este tercer sistema sigue al modelo norteamericano en cuanto otorga competencia a un tribunal ordinario (así sea el de máxima jerarquía) para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, y sigue al sistema austríaco en tanto que otorga efectos vinculatorios generales al fallo de inconstitucionalidad. Así es como Colombia y Venezuela han introducido la posibilidad de obtener una declaración general de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* a través de la llamada "acción popular."¹¹

Lo más significativo del sistema austríaco para el tema que se desarrolla en este trabajo es el efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad una vez publicado el fallo. Esta característica, sin embargo, también se conforma con la práctica del modelo de control judicial de constitucionalidad que se sigue en los Estados Unidos, donde una ley declarada inconstitucional por la Su-

la influencia de la Constitución española de 1978 en la adopción del sistema de contralor constitucional peruano, véase García Belaúnde, *La influencia española en la Constitución peruana: A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales*, 16 REVISTA DE DERECHO POLÍTRICO 201-07 (1982). Un estudio más generalizado sobre la influencia del sistema austríaco en América Latina puede verse en Fix-Zamudio, *Dos leyes orgánicas de tribunales constitucionales latinoamericanos. Chile y Perú*, 50 BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO 943-95 (1984).

11. Las características principales de la llamada *acción popular de inconstitucionalidad* son la amplia capacidad procesal para reclamar la inconstitucionalidad de una norma, la facultad exclusiva de la Suprema Corte de Justicia para entender del reclamo, y los efectos *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad. CONST. art. 214 (Colom. 1886); Ley No. 96 (Colom. 1936); Decreto No. 432 (Colom. 1969). Véase también CONST. art. 215 (3) y (4) (Venez. 1961); Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia del 30 de junio de 1976 (Venez.). Sobre la acción de inconstitucionalidad en Venezuela, véase J. GUILLERMO ANDUEZA, *LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO VENEZOLANO* 35 (1955). Sobre la acción popular en Colombia puede consultarse con provecho L. SÁCHICA, *CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO* 91-110 (Temis ed. 7a. ed. 1983). También dentro del modelo "mixto" habría que ubicar aquellos ordenamientos jurídicos donde a pesar de no haberse adoptado una acción popular los fallos de inconstitucionalidad son obligatorios *erga omnes*. Este es el caso de las decisiones adoptadas por la Corte Plena de Costa Rica a través del recurso de inconstitucionalidad de las leyes. CÓD. PROC. CIV. (Costa Rica 1033, reformado 1937). Igualmente, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, al intervenir en instancia única para resolver la acción de *representação* promovida por el Procurador General de la Nación, puede pronunciarse en forma general y con efectos vinculantes *erga omnes* sobre la constitucionalidad de una ley federal o estatal, o de un acto normativo. CONST. art. 119 (Bras. 1967) conforme a la enmienda constitucional No. 7 de 1977.

prema Corte de ese país, si bien no queda derogada formalmente, no vuelve a ser aplicada por ninguna otra autoridad.¹² Quiere decir entonces que en la propia cuna del modelo "norteamericano" una de sus mentadas características en realidad no existe, ya que la tradicional autoridad moral y política de la Corte Suprema de los Estados Unidos y la regla del precedente en la tradición jurídica anglosajona desembocan en un sistema en el cual los pronunciamientos de inconstitucionalidad tienen carácter general y obligatrio para los particulares y las autoridades públicas del país.

En los tres países latinoamericanos de estructura federal (Argentina, Brasil y México) que han seguido al modelo norteamericano se han adoptado mecanismos jurídicos destinados a dotar a la declaración de inconstitucionalidad de cierto grado de autoridad y obligatoriedad. Sin embargo, en ninguno de estos países una ley declarada inconstitucional por la Corte pasa a ser letra muerta como ocurre en los Estados Unidos. La expedición de su partida de defunción queda sujeta a la reiteración de una serie de precedentes de similar orientación, o a una decisión formal de la Corte que hace el pronunciamiento, o a la mayor o menor voluntad de los tribunales inferiores. El propósito que me anima al emprender la siguiente excursión comparativa por los sistemas de control judicial de constitucionalidad es la de destacar las dificultades y contradicciones de estos "compromisos" destinados a dotar de cierta obligatoriedad a los precedentes sin destruir el principio general de que carecen de fuerza vinculatoria general.

B. Fuerza Vinculante del Precedente Constitucional

1. El sistema argentino

La fuerza derogatoria de la declaración de inconstitucionalidad ha sido consagrada en el derecho público provincial argentino, pero

12. Es importante destacar que esto es lo que ocurre "en la práctica," ya que teóricamente la ley continúa en vigencia hasta ser formalmente derogada. Esta discrepancia entre la teoría y la práctica ha dado origen a un planteo conceptual promovido por el Ministro de Justicia (*Attorney General*) de los Estados Unidos, Edwin Meese, en una conferencia sobre "El derecho de la Constitución" pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane (Nueva Orleans) el 21 de octubre de 1986. Véase Taylor, *Meese and the Storm Over the Court*, N.Y. Times, 27 oct. 1986, A-3. Para una crítica académica sobre las expresiones del Ministro de Justicia, véase Greenawalt, *Constitutional Decisions and the Supreme Law*, 58 U. COLO. L. REV. 145 (1987); Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 COLUM. L. REV., 723 (1988); simposio publicado en 61 TUL. L. REV. 979 (1987).

no ha sido establecida ni por la Constitución Argentina vigente de 1853 ni por norma secundaria alguna. Además, la doctrina elaborada por la Corte Suprema acerca de la fuerza vinculante de los precedentes de la Corte continúa siendo vacilante.¹³

Algunas constituciones provinciales han consagrado la declaración general de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. Tal es el caso de las constituciones provinciales de Río Negro,¹⁴ Chubut¹⁵ y el Chaco.¹⁶ La primera, otorga la facultad al tribunal superior provincial de "suspender" la vigencia de una norma que ha sido declarada inconstitucional en tres oportunidades, la segunda establece la derogación automática de la norma que ha sido declarada inconstitucional en dos pronunciamientos consecutivos y la tercera llega a sostener la caducidad de toda norma declarada inconstitucional por el órgano judicial supremo a nivel provincial. Entiendo que dada la supremacía del ordenamiento federal sobre el provincial, los tribunales superiores de provincia carecen de competencia constitucional para anular una ley, decreto u ordenanza federal, aunque esta limitación no aparece claramente establecida en los ordenamientos provinciales a los que acabo de referirme.¹⁷

13. Cabe destacar que la reforma a la Constitución Argentina de 1853 que se sancionó en 1949 estableció la fuerza vinculante de la doctrina de la Corte Suprema de la Nación en la interpretación de la ley suprema e incluso de los códigos y leyes nacionales por vía del recurso de casación. Esta reforma fue dejada sin efecto en 1957. El art. 45 de la Constitución de 1949 decía así:

La Corte Suprema de Justicia conocerá, como tribunal de casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inc. 11 del art. 68 [art. 67 de la Constitución de 1853]. La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinario y de casación y para obtener la revisión de la jurisprudencia.

14. El art. 138 de la Constitución de la Provincia de Río Negro dice así: "Al tercer pronunciamiento de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo de la provincia, éste puede declarar *suspendida* la vigencia de la norma inconstitucional y su declaración se hace obligatoria desde su publicación." (El subrayado es mío).

15. El art. 180 de la Constitución de la Provincia de Chubut indica que "luego de dos declaraciones consecutivas de inconstitucionalidad, cesa automáticamente la vigencia de la norma afectada desde el día siguiente de la publicación oficial de la sentencia." Con matices similares en cuanto a la derogabilidad de la norma declarada inconstitucional se pronuncian las constituciones de las provincias de Santiago del Estero (art. 128) y Chaco (art. 9). Véase en general, E. FERRERO, *CONSTITUCIONES PROVINCIALES* (1964).

16. El art. 180 de la Constitución de la Provincia de El Chaco que expresa una declaración de inconstitucionalidad, emanada del Superior Tribunal de Justicia, puede producir la caducidad de "toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley Suprema de la Nación o a esta Constitución."

17. Resulta clara la inconstitucionalidad de toda norma provincial que tenga por resul-

El art. 100 de la Constitución Argentina atribuye a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales federales inferiores "el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional y las leyes de la Nación. . . ." La opinión de la Corte Suprema constituye la última y definitiva instancia en la resolución de esas cuestiones. Sin embargo, se ha dicho reiteradamente que las resoluciones de la Corte Suprema en materia constitucional en virtud del recurso extraordinario de inconstitucionalidad legislado por la Ley No. 48 de 1863 afecta sólo el caso en que se ha producido,¹⁸ mientras que la jurisprudencia de la Corte argentina ha establecido que, como regla general, los jueces deben conformar sus resoluciones a las decisiones que en casos análogos dicte la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹⁹ La misma Corte se ha referido al "deber moral" de los jueces inferiores de conformar sus decisiones en casos análogos a los fallos de aquel alto tribunal.²⁰ Sin embargo, también se ha dicho que los jueces podrán apartarse de la jurisprudencia de la Corte cuando la misma violenta sus propias convicciones²¹ o cuando se controvieran seriamente sus fundamentos.²² En suma, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia constitucional reviste, a lo sumo, un carácter ejemplar,²³ pero de ninguna manera obligatorio.

tado privar de efectividad a una ley de la Nación, ya que ello comportaría ubicar al poder judicial provincial por sobre el Congreso Nacional. Véase J. DROMI, *EL PODER JUDICIAL* 77 (1984).

18. D. LASCANO, *JURISDICCION Y COMPETENCIA* 387 (1947); H. ALSINA, *LA JUSTICIA FEDERAL* 191 (1931). Jueces argentinos han sostenido en forma reiterada que los fallos de la Corte se limitan exclusivamente al caso concreto, sin que tengan efecto vinculante respecto de los jueces inferiores, porque ello no está dispuesto en norma alguna. Fallo No. 74.818, 111 *REVISTA EL DERECHO* [en adelante E.D.] 115; 1977-D *REVISTA LA LEY* [en adelante L.L.] 107, 111 (voto del Dr. Pico).

19. Entre numerosos fallos exhortando a los tribunales inferiores a conformar sus resoluciones a los pronunciamientos de la Corte, pueden citarse 9 FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION [en adelante Fallos] 53; 10 Fallos 294; 218 Fallos 227; 224 Fallos 540. Bidart Campos observa que conforme a esta doctrina judicial los pronunciamientos de la Corte en materia constitucional configuran una cuestión federal a los fines de interponer el recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Bidart Campos, *Problemas constitucionales y procesales de la jurisprudencia divergente*, 1 *REVISTA ARGENTINA DE DERECHO PROCESAL* 13 (1968).

20. 25 Fallos 368; 147 Fallos 149; 180 Fallos 297; 189 Fallos 205, 292; 25 L.L. 370. Véase, sin embargo, lo que sostiene una reconocida autoridad argentina en materia de derecho constitucional: ". . . El respeto a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación importa no solamente un deber moral sino también un deber institucional, porque el orden de las instituciones reposa sobre la interpretación que hace la Corte de la Constitución." N. SAGÜÉS, *I RECURSO EXTRAORDINARIO* 163 (1984).

21. 131 Fallos 106.

22. 54 L.L. 307.

23. Véase J. DROMI, *supra* nota 17, p. 76.

En caso de desconocerse la doctrina establecida por la Corte en temas constitucionales, la parte agraviada puede interponer el recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Cabe destacar que si bien el recurso extraordinario otorga la oportunidad de recurrir al más alto tribunal para que corrija una desviación de los tribunales inferiores en la interpretación del derecho federal, no es inusual que algunos tribunales argentinos desconozcan de manera frontal los fallos de la Corte Suprema, especialmente cuando se trata de temas altamente controvertidos,²⁴ mientras que otros jueces consideran inconcebible apartarse de la doctrina de la Corte por la inseguridad jurídica que tal postura desencadenaría.²⁵

24. Para citar solamente dos casos de reciente resonancia pública en la República Argentina, me remito al fallo de la Corte Suprema de ese país del 29 de agosto de 1986, declarando la inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley No. 20.771. *Bazterrica, Gustavo M.*, [1986-D] L.L. 547-86. Al reprimir la tenencia de estupefacientes para uso personal, tres de los cinco miembros de la Corte sostuvieron que dicha disposición es inconstitucional por vulnerar el principio de privacidad consagrado por el art. 19 de la Constitución de 1853. Véase sin embargo el voto en disidencia del Dr. Valdez Wybert en la causa *M., A., Cámara Federal de La Plata*, Sala II, 9 de octubre de 1986, [1987-B] L.L. 462, 464; E.D., No. 6640, Fallo 39.824, 22 de diciembre de 1987. Al mes siguiente, en otro fallo sumamente controvertido, la Corte de la Nación Argentina declaró inconstitucional el art. 64 de la Ley No. 2393 de Matrimonio Civil de 1888, que prohibía volver a casarse a los cónyuges "divorciados." Contra la opinión del Procurador General y sobre la fuerte disidencia de dos miembros de la Corte, tres ministros declararon que dicha prohibición conculca el sistema de libertades consagrado en la Constitución Nacional que gira alrededor de su art. 19 (derecho de privacidad o reserva), al alterar el derecho a casarse consagrado en el art. 20 y afectando los derechos estatuidos en los arts. 14 bis y 16 de la Constitución Argentina de 1853. *Sejean, Juan B. v. Zaks de Sejean, Ana M.*, 27 de noviembre de 1986, E.D., Nos. 6672 y 6673, 6-9 de febrero de 1987. Véase sin embargo, el Fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala G, en la causa *A., P.E. y N. de B., A. B.*, del 10 de febrero de 1987, rechazando el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por las partes. E.D., No. 6698, 16 de marzo de 1987; Fallo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil No. 4, *T. C. de V. y V., P.E.*, E.D., Fallo No. 40.142, 10 de marzo de 1987.

25. Para una opinión en el sentido de que la doctrina de la Corte debe ser acatada forzosamente, aún cuando violente las convicciones del juzgador, puede consultarse el fallo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Juzgado No. 7, del 23 de marzo de 1987, E.D., Fallo No. 40.141. El Juez Omar J. Cancela expresó en esa oportunidad:

Parecería casi insólito que fuera obligatoria una resolución de la Excma. Cámara [se refiere a un supuesto fallo plenario sobre el tema], generalmente en materias de derecho privado y, naturalmente, controvertidas, mientras no lo es una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como intérprete final de la Constitución, declarando la inconstitucionalidad de una norma legal. La diversidad de criterio llevaría a una especie de desdoblamiento del orden jurídico: el art. 64 de la ley 2393 [Ley de Matrimonio Civil] será obligatorio, norma legal vigente y constitucional para algunas personas, mientras otros que hubieran podido acceder a una tercera instancia, por vía recursiva, actuarían como si la disposición no existiera. En definitiva, y en tanto no se modifique la composición de la Corte Suprema de Justicia o el criterio expresado en el caso *Sejean*, antes citado, considero inexorable la aplicación de su doctrina, dejando a salvo mi opinión en contrario. . . .

Esta diversidad de criterios no resulta sorprendente ya que, como se apuntó anteriormente, la misma Corte autoriza apartarse de sus precedentes con tal que los jueces inferiores justifiquen con argumentos razonables porqué deciden apartarse de la decisión del más alto tribunal.²⁶ Tampoco resulta claro en los pronunciamientos de la Corte qué entidad deben revestir las razones argumentales del fallo discrepante del inferior para merecer un apartamiento de la doctrina establecida por la Corte, ni tampoco existe precisión sobre si el apartamiento es justificado en caso de que la jurisprudencia no sea "consolidada" o qué debe entenderse por tal.²⁷

Esta postura vacilante de la Corte Suprema de Justicia sobre la obligatoriedad de su doctrina en materia constitucional ha sido, justificadamente, criticada.²⁸ Es cierto que si la declaración de in-

26. *Cerámica San Lorenzo, S.A.*, 4 de julio de 1985, REVISTA DE JURISPRUDENCIA ARGENTINA [en adelante J.A.], No. 5444, 1 de enero de 1986:

. . . No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas. De esa doctrina . . . emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

(El subrayado es mío).

Véase en igual sentido los precedentes publicados en 212 Fallos 451, [1949-I] J.A. 1; 212 Fallos 160, [1949-I] J.A. 638; [1983-I] J.A. 40.

27. El Profesor Bidart Campos pareciera favorecer el seguimiento de las decisiones de la Corte en materia constitucional por parte de los demás tribunales argentinos (provinciales y federales) independientemente de cuán consolidada esté esa jurisprudencia, pudiendo el juez manifestar su criterio en contrario pero debiendo someterse al precedente. G. BIDART CAMPOS, 2 TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO 341-48, especialmente 345, § 13 (1986). Empero, al comentar un fallo que se apartaba de la decisión de la Corte declarando la inconstitucionalidad de la disposición de la Ley de Matrimonio Civil que prohibía a los cónyuges divorciados volver a casarse, Bidart Campos reconoce que la propia doctrina de la Corte es vacilante en este aspecto:

[E]stamos lejos de dar un anatema a los tribunales que, con suficiente discurso racional, resuelven casos como éste en sentido contrario a la Corte. Por ahora, la Corte sólo ha dado el indicio de que el apartamiento de su jurisprudencia no debe llevarse a cabo sin que el juez explice razonablemente los fundamentos de su discrepancia. . . . Todo esto nos permite estimar que en orden a la declarada inconstitucionalidad de la indisolubilidad vincular no puede aún hablarse de jurisprudencia consolidada, por tratarse de una sentencia dictada hace apenas medio año, a la que pese a la reiteración que la Corte le viene dando en causas posteriores, le falta una trayectoria de continuidad prolongada.

Bidart Campos, comentario a Fallo No. 40.141, en E.D., No. 6754, 9 de junio de 1987, p. 3 (El subrayado es mío).

28. Véase Fallo del Dr. Omar J. Cencela *in re A. de B. y B.*, Juzgado No. 7 en lo Civil, firme, 23 de marzo de 1987, E.D., No. 6754, p. 4:

[S]e habla de un deber "moral" de los jueces inferiores para conformar sus deci-

constitucionalidad se ha reiterado en varios casos, y ya no cabe duda de que la doctrina judicial ha sido "consolidada," la norma declarada inconstitucional se convierte en letra muerta. Pero lo preocupante es la incertidumbre existente durante el período — que puede ser prolongado — durante el cual nadie sabe si dicha norma ha caducado o continúa en vigencia.²⁹

En materia de derecho común, esto es, normas nacionales aplicables en todo el país pero no de naturaleza federal, el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial para la Capital Federal y Territorios Nacionales ha establecido la fuerza obligatoria de los llamados "fallos plenarios" dictados por los tribunales (cámaras) de apelaciones.³⁰ A pesar de que han pasado muchos años desde la

siones a la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia o, en otros casos, de un "deber institucional," porque el orden de las instituciones reposa en el acatamiento de la interpretación constitucional de nuestro más alto tribunal. . . . Claro que estas doctrinas, por cierto vacilantes, no indican clara y concretamente cuáles son las situaciones en que los jueces inferiores pueden apartarse, por razones debidamente fundadas, de la doctrina establecida por la Corte. *Entiendo que ellas llevan hasta un grado que podría calificarse como una forma de "deshonestidad intelectual," puesto que prácticamente autorizan a no seguir el precedente, cuando su doctrina es contraria a la forma de pensar del intérprete; para ello siempre van a existir razones fundadas y por cierto valideras. En cambio, cuando coincide con el criterio del tribunal inferior, bastará con mencionar el precedente y exponer su efecto vinculante.*

(El subrayado es mío).

29. Por ello es que no puede sostenerse, como lo hace Dromi, que la declaración reiterada de inconstitucionalidad de una norma produce "virtualmente la caducidad automática" de la misma, ya que no puede haber caducidad "automática" cuando dicha caducidad se producirá solamente luego de reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad, sin que exista parámetro alguno para determinar la cantidad de reiteraciones necesarias para que la ley no obligue a nadie. Véase J. DROMI, *supra* nota 17, p. 77, con cita de A. GHIGLIANI, *DEL 'CONTROL' JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD* 92-93 (1952); Rodríguez Villafañe, *El poder judicial; implicancia política de la función jurisdiccional*, 9 REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CÓRDOBA 23 (1980).

30. Cód. Proc. Civ. y Com., Ley No. 17.454, arts. 288-303. El art. 303 del Cód. Proc. Civ. y Com. dice así:

La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria.

El sistema de unificación de la doctrina judicial en la Argentina comenzó con la sanción de la Ley No. 7055 del año 1910, que establecía la obligatoriedad del fallo plenario para la minoría de los jueces de la Cámara o tribunal de apelación que tomaba dicha decisión, sin que fuera vinculante para los jueces de inferior jerarquía, cuyo apartamiento de esa doctrina recibía la única sanción de la eventual revocación del fallo. Posteriormente, la Ley No. 13.998 de 1950 y el Decreto No. 1285 de 1958 introdujeron la novedad de que tales fallos plenarios, además de ser obligatorios para la Cámara que lo pronuncia, lo son también para los jueces de primera instancia que responden ante esa Cámara como tribunal de alzada.

instauración de la obligatoriedad de los fallos plenarios en la República Argentina, algunos autores continúan cuestionando la constitucionalidad de este sistema de jurisprudencia obligatoria que, reitero, no se aplica a los fallos de la Corte de la Nación en materia constitucional.³¹

2. El Sistema brasileiro

La Constitución de 1969 de la República Federativa del Brasil reconoce expresamente la viabilidad del *recurso extraordinário* en aquellos casos en que se controvierte el derecho federal o cuando se sostenga una interpretación de una norma federal (incluyendo por supuesto la Constitución) que sea diferente a la mantenida por otro tribunal federal o el propio Supremo Tribunal Federal.³² A partir de 1964, el Supremo Tribunal Federal³³ comenzó a encapsu-

31. Cabe señalar que aún es materia de discusión en la Argentina si la obligatoriedad de los fallos plenarios dispuesta por el Código Procesal se conforma al principio constitucional de separación de poderes. Véase, por ejemplo, voto del Dr. Tozzini en la causa *Costas, Héctor et al.*, Cámara Nacional Criminal y Correccional, en pleno, 15 de octubre de 1986, J.A., No. 5494, 17 de diciembre de 1986 (sosteniendo que obligar a los jueces de primera instancia que responden ante la Cámara que ha dictado el fallo plenario a acatar la doctrina establecida en dicho fallo "viola la división de poderes del Estado, al delegar en el Poder Judicial funciones que son privativas y, por tanto, indelegables, del legislativo, al par que vulnera la libertad e independencia con que los jueces deben emitir sus decisiones."). También se han manifestado por la inconstitucionalidad de los fallos plenarios, S. SOLER, 1 DERECHO PENAL ARGENTINO 136 (1953); Sartorio, *La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, 96 L.L., Sección Doctrina, a 799 et seq.; Nuñez, comentario bibliográfico publicado en IV BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA 155-56 (1940).

32. CONST., art. 58 (a-b) (Bras. 1891); *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*, art. 15 (2) (b), sancionado el 8 de agosto de 1891; Ley No. 221 del 20 de noviembre de 1894, art. 10 (10); CONST., art. 76 (III) (b) y (c), art. 179 (introduciendo el requisito de una mayoría absoluta de ministros del Supremo Tribunal para la declaración de inconstitucionalidad) (Bras. 1934); CONST., art. 101 (III) (b) y (c) y art. 96 (introduciendo una disposición, posteriormente derogada, por la cual se facultaba al Presidente de la República a someter al parlamento la reconsideración de una ley declarada inconstitucional, quedando sin efecto la inconstitucionalidad en caso de que la validez de la norma fuera confirmada por una mayoría de dos tercios en cada cámara del Congreso) (Bras. 1937); CONST., art. 101 (III) (b) y (c) (1946); CONST., art. 119 (III) (a-d) (Bras. 1969); Código de Processo Civil de 1973, Lei No. 5869 del 11 de enero de 1973, art. 541. Véanse en general Pontes de Miranda, 4 *Comentários à Constituição de 1967* 79, 90 (1967); Mendonça Lima, *Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*, en REVISTA DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO, a 141 (1983). El 5 de octubre de 1988, con posterioridad a la redacción de este trabajo, entró en vigor la nueva Constitución de la República Federal del Brasil. Las cláusulas que se refieren al control judicial de constitucionalidad y la organización de los tribunales se encuentran en el Capítulo III (*Do Poder Judiciário*) del Título IV (*Da Organização dos Poderes*), arts. 92-126.

33. Siguiendo el modelo del *writ of certiorari* introducido en los Estados Unidos en 1925, las reglas internas del Supremo Tribunal Federal confieren cierto margen de discrecio-

lar su doctrina judicial en las llamadas *Súmulas*, propiciando de esta forma una cierta uniformidad y estabilidad en lo que se refiere a la interpretación del derecho federal brasileiro.³⁴ El Supremo Tribunal Federal ha expedido más de 600 *Súmulas* y la práctica se ha extendido a otros tribunales, tales como el Tribunal Superior del Trabajo.³⁵

Teóricamente las decisiones judiciales en Brasil carecen de efectos vinculantes *erga omnes*, y el alcance obligatorio de la *súmula* es un tema que todavía concita algún debate académico.³⁶ Sin embargo, una vez que un tribunal brasileño ha resuelto una discrepancia jurisprudencial por medio de una *Súmula*, es muy probable que una interpretación contraria sea deshechada *in limine*. De ahí que el Profesor Rosenn haya categorizado a la *Súmula* como una

nalidad al alto tribunal brasileño para decidir si la cuestión federal o constitucional introducida en el recurso es lo suficientemente importante como para merecer la atención del Supremo Tribunal Federal. Véase Bermudes, *Arguição de Relevância da Questão Federal*, 7 ENCICLOPEDIA SARAIVA DE DIREITO 435, 437-38 (1978). Una reforma constitucional introducida a la Constitución Mexicana de 1917 también otorga amplias facultades discrecionales a la Suprema Corte de México para aceptar la revisión de un fallo. Véase Ordoñez, *Las nuevas bases del sistema judicial mexicano*, en REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL 1982-1987, a 33-38 (1987). En la República Argentina el Congreso Nacional tiene a consideración desde hace tiempo un proyecto de ley introducido por el Poder Ejecutivo en el cual se confieren amplias facultades a la Corte Suprema para ejercer su competencia en revisión. Véase, por ejemplo, Bianchi, *El "Writ of Certiorari" en nuestra Corte Suprema*, E.D., No. 6862, 12 de noviembre de 1987; Bourguignon y Madozzo, *Reformas al recurso extraordinario federal*, J.A., No. 5498, 14 de enero de 1987; Bidart Campos, *El "Certiorari" y la "avocación" en la competencia de la Corte Suprema*, E.D., vol. 115, 805-06 (1986).

34. Brasil heredó de la tradición jurídica portuguesa la práctica del tribunal superior de expedir instrucciones de naturaleza obligatoria denominadas *assentos*. Estas instrucciones expedidas por el superior tribunal han sido comparadas a los famosos *arrêts de règlement* expedidos por los *parlements* franceses, práctica abolida por una ley francesa del 16-24 de agosto de 1790 que todavía se encuentra en vigor. Es conocido que el art. 5 del Código Civil francés, prohibiendo la expedición de normas de carácter general por parte de los jueces, surgió como reacción al poder omnímodo y antipopular de los *parlements*. Esta antipatía hacia el gobierno de los jueces tiene raigambre típicamente francesa, pero ha sido transplantada a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos donde ha echado raíces sin causas culturales o históricas que lo justifiquen.

35. La doctrina judicial del Superior Tribunal del Trabajo de Brasil ha sido coleccionada en los llamados *prejulgados*, de aplicación obligatoria por los tribunales inferiores en materia laboral. Véase Sampaio, *O Supremo Tribunal Federal e a Nova Fisionomia do Judiciário*, 273 R.F. 29, 35 (1981).

36. Véase, en favor del establecimiento de una verdadera jurisprudencia vinculante *erga omnes* por medio de las *súmulas* la opinión de L. BITTENCOURT, O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS 144 (2a. ed. 1968); C. NUNES, TEORIA E PRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO 592 (1943). En contra, destacando que la *súmula* no tiene otro alcance que aquél que afecta a las partes en el proceso, véase R. MACEDO NERY FERRARI, EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 110 (1987).

especie de *stare decisis* de hecho.³⁷ Claro que una interpretación constitucional resumida en una *súmula* puede ser modificada en cualquier momento,³⁸ y es frecuente observar cambios de criterio en las tesis jurisprudenciales del Supremo Tribunal Federal.³⁹

El artículo 8 de la constitución brasileira de 1946 introdujo un mecanismo de control judicial de constitucionalidad por vía de acción promovida por el Procurador General de la República. Esta acción, conocida comúnmente como *ação de representação do Procurador Geral da República*, posteriormente ampliada por la enmienda constitucional No. 16 de 1965, es de competencia exclusiva y originaria del Supremo Tribunal Federal y, de resultar exitosa, puede concluir con una declaración general de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*.⁴⁰ Más interesante aun para el propósito del presente análisis comparativo es el mecanismo introducido por el constituyente de 1934, que permite al Supremo Tribunal Federal solicitar la "suspensión" total o parcial de una ley o decreto cuya inconstitucionalidad ha sido declarada por sentencia firme de dicho alto tribunal.⁴¹ La introducción de esta norma constitucional respondió a la necesidad de atemperar el efecto *inter partes* de los pronunciamientos del Supremo Tribunal Federal, intentándose coordinar la autoridad de las ramas judicial y legislativa para evitar reiterados planteos de inconstitucionalidad.⁴²

La lección más importante que nos deja este examen comparado de la experiencia brasileira es la resistencia del Senado Federal a someterse a las decisiones del Supremo Tribunal Federal. No han

37. Véase Rosenn, *Civil Procedure in Brasil*, 34 Am. J. Comp. L. 487, 514 (1986). Véase también, Dallari, *O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, en 35 LEGISLAÇÃO DO TRABALHO 434 (1971).

38. *Regimento Interno do Supremo Federal Tribunal*, arts. 98 (1) y 99.

39. La postura vacilante del Supremo Tribunal Federal ha sido expuesta por el Ministro Aliomar Baleiro de esta forma: "Não podemos negar que, na história do Supremo Tribunal, a respeito de inúmeras teses, a sua jurisprudência tem vacilado, e encontramos, às vezes, num espaço pequeno de tempo, decisões declarando que tal lei é inconstitucional, e outras, que é constitucional." *Engenharia Souza e Barker Ltda. et al. v. Senado Federal*, R.M.S. 16.512, 38 REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDENCIA 5 (1966).

40. A. BUZAI, *DA AÇÃO DIRETA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO* 100 (1958).

41. CONST., art. 91 (IV) ("Compete ao Senado Federal: Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário") (Bras. 1934); CONST., art. 64 (otorgando competencia al Senado Federal para suspender la ejecución "no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal") (Bras. 1946). En igual sentido, véase la CONST., art. 45 (IV) (Bras. 1967); CONST., art. 42 (VII) (Bras. 1969).

42. Véase R. MACEDO NERY FERRARI, *supra* nota 36, p. 110-11.

sido muchos los casos en que el Senado ha procedido a derogar formalmente una norma federal conforme a esa disposición constitucional. Tampoco ha dejado de ser controvertida la obligación del Senado de proceder a derogar una norma estatal declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal.⁴³ Además, la doctrina constitucional brasileira se encuentra sumamente dividida acerca de la autoridad que tiene el Senado para revisar lo decidido por el Supremo Tribunal antes de decidir suspender la norma declarada inconstitucional. Mientras algunos autores sostienen que el Senado debe limitarse a verificar si se han cumplido con los requisitos formales que habilitan la declaración de inconstitucionalidad,⁴⁴ otros sostienen que el Senado tiene facultades para decidir por sí mismo y con amplia discreción si los efectos de la norma declarada inconstitucional deben ser suspendidos con efectos *erga omnes*.⁴⁵ Una tercera posición mantiene que el Senado debe limitarse a obedecer el mandato del tribunal supremo, sin que le quepa ejercer margen de apreciación alguna.⁴⁶ Estas discrepancias señalan el carácter controvertido, teórico y práctico, de la efectividad *erga omnes* de la doctrina judicial constitucional en países de tradición jurídica neo-romanista donde el organismo judicial tradicionalmente carece de la misma autoridad que las otras dos ramas de gobierno.⁴⁷

3. El Sistema mexicano

Mientras que en Argentina y Brasil la relativa obligatoriedad de los precedentes en materia constitucional carece de apoyo normativo expreso, la legislación mexicana confiere fuerza obligatoria general a los pronunciamientos emanados de ciertos tribunales fe-

43. Véase *Engenharia Souza e Barker Ltda. e outros v. Senado Federal*, 38 REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDENCIA 5 (1966), traducido al inglés en K. KARST & K. ROSENN, LAW AND DEVELOPMENT IN LATIN AMERICA 119-224 (1975).

44. A. BUZÁID, *supra* nota 40, p. 100 ("Concorrendo todos os requisitos legais, não pode o Senado recusar a suspensão, ainda que sob a alegação de que a lei deva ser mantida por necessária ao bem-estar do povo, ou à defesa do interesse nacional").

45. Véase la opinión de Aliomar Baleeiro y Vitor Nunes Leal expuesta por R. MACEDO NERY FERRARI, *supra* nota 36, p. 112 (o Senado não é um autômato na aplicação do art. 46 da Constituição").

46. L. BITTENCOURT, *supra* nota 36, p. 145 ("dizer que o Senado suspende a execução da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica").

47. Otro de los temas controvertidos se refieren a los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad. Sobre el tema puede consultarse J. ALFONSO DA SILVA, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO 19-20 (1984). Véase en general Tavares, *Aspects de l'acclimation du "judicial review" au droit brésilien*, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ 1135 (1986).

derales, siempre y cuando hayan sido pronunciados por vía de amparo y sean el resultado de cinco ejecutorias no interrumpidas, dictadas por un mínimo de ministros, y con relación a la interpretación de la Constitución, leyes federales y tratados celebrados con potencias extranjeras. Así como el juicio de amparo en México tiene particularidades que lo diferencian de la acción o recurso de amparo en otros países de la región, también el significado del término "jurisprudencia" adquiere características propias dentro del sistema constitucional mexicano.

La experiencia mexicana con el juicio de amparo ofrece una formidable perspectiva para el análisis comparado de la temática en estudio, por ello es que conviene examinar las razones que inspiraron a los grandes juristas mexicanos al establecer los efectos relativos y limitados de los pronunciamientos judiciales en materia de amparo. Estos efectos fueron magistralmente resumidos por Mariano Otero en el artículo 25 de la llamada "Acta de Reformas" de la Constitución Federal del 21 de mayo de 1847.⁴⁸

Esta concepción clásica fue transferida al art. 102 de la Constitución de 1857,⁴⁹ con el apoyo de los jurisconsultos Ignacio L. Vallarta y José María Lozano, quienes también eran de la opinión de que en las sentencias de los juicios de amparo no debería hacerse ninguna declaración general respecto de la ley o del acto reclamado.⁵⁰ No obstante las importantes reformas que se han realizado

48. La llamada "Fórmula Otero" fue incorporada al art. 25 del Acta de Reformas de 1847, que expresaba:

Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en ejercicio y conservación de los derechos que le conceden esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración respecto de la Ley o del acto que la motivare.

El ilustre jurista mejicano fundamentó los efectos relativos de la sentencia de amparo en los antecedentes norteamericanos, sosteniendo que los tribunales de los Estados Unidos no derogaban las disposiciones cuya inconstitucionalidad declaraban, sino que se limitaban a hacer impotente a la norma jurídica impugnada en cada caso particular en que ella debía regir. Véase F. TENA RAMÍREZ, *LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO 1808-1964* 464-65 (2a ed. 1964).

49. El art. 102 de la Constitución mexicana de 1857, sustituyó únicamente la palabra "caso particular" de que hablaba la citada "Fórmula Otero" en el Acta de Reformas de 1847, por "individuos particulares." Esta modificación ocasionó apasionados debates cuando se argumentó que las personas jurídicas se encontraban excluidas del ámbito de protección del amparo.

50. Véase Vallarta Plata, *El Poder Judicial y el sistema de declaración de inconstitucionalidad en América Latina en FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS* 171, 177 (1977). Para un análisis histórico-jurídico del poder

en el sistema mexicano de contralor de constitucionalidad, que lo colocan a la vanguardia de los sistemas latinoamericanos en lo que se refiere a su variedad y sofisticación, la fórmula "Otero-Vallarta-Lozano" continúa rigiendo los efectos limitados y particulares de la sentencia de amparo. Así es como el primer párrafo del art. 107 (II) de la Constitución Mexicana vigente de 1917 establece el principio de la relatividad de la cosa juzgada en materia de amparo:

La sentencia [en el juicio de amparo] será siempre tal, que sólo se ocupe de inviduos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare. . . .

Este principio es reiterado en el primer párrafo del art. 76 de la Ley de Amparo, que dice así:

Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

Tal es la importancia que se le ha conferido a limitar la eficacia de la sentencia de amparo a las partes en litigio que esta limitación ha sido considerada como una condición de la supervivencia política del amparo en México.⁵¹ Comentando sobre la sabiduría política de la llamada "fórmula Otero," destinada a evitar enfrentamientos con el poder ejecutivo mexicano, uno de los diputados de la asamblea constituyente de 1857 expresó:

No habrá en adelante, y siempre que se trate de leyes o actos inconstitucionales, aquellas iniciativas ruidosas, aquellos discursos vehementes . . . habrá sí un juicio pacífico, tranquilo, un

político de la justicia federal mexicana durante la vigencia de la Constitución de 1857, puede consultarse con provecho Cabrera, *La Revolución de 1910 y el Poder Judicial Federal en LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y EL PENSAMIENTO POLÍTICO* 181-221 (1985).

51. Por notoria que sea la inconstitucionalidad de una ley, por incontestable las violaciones que engendre, el Poder de la Unión no llega hasta el peligroso extremo de tocar el precepto legislativo y decidir autoritativamente acerca de su legitimidad. . . . Institución digna de aplauso la que impide una ley insostenible, sin atentar contra la soberanía del poder que la promulgó.

F. Vega, LA NUEVA LEY DE AMPARO DE GARANTÍAS INDIVIDUALES ORGÁNICA DE LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DE LA CONSTITUCIÓN 7-8 (1883) (El subrayado es mío). Véase también M. AZUELA, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL AMPARO 95-99 (1968); I. BURGOA, EL JUICIO DE AMPARO 275-80 (17a. ed. 1981).

procedimiento con formas legales que se ocupe de pormenores y que, dando audiencia a los interesados, prepare una sentencia que, si bien deje sin efecto en aquel caso la ley, *no ultraje ni deprima al poder soberano*.⁵²

A pesar de esta declaración de principios, el sistema mexicano se esfuerza por otorgar cierta fuerza normativa general al precedente. La Ley de Amparo y el primer párrafo del art. 107 (XIII) de la Constitución conferían a los tribunales federales mexicanos el poder de dictar fallos cuya doctrina fuera obligatoria para casos posteriores.⁵³ Después de las enmiendas constitucionales introducidas al artículo 107 en 1950, la misma fracción XIII del art. 107 otorga valor obligatorio a la jurisprudencia establecida en juicios de amparo por los Tribunales Colegiados de Circuito, las Salas y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia.⁵⁴

52. Transcripto por F. VEGA, *supra* nota 51, en 9 (El subrayado es mío). Para un análisis de la evolución del valor de la jurisprudencia como fuente del derecho mexicano, véase Cabrera, *La Jurisprudencia*, en LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y EL PENSAMIENTO JURIDICO, p. 225-67 (1985).

53. Antes de su reforma en 1968, el primer párrafo del art. 107 (XIII) de la Constitución Mexicana disponía: "La ley determinará los términos y los casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación. . . ." CONST. art. 107 (XIII) (Mex. 1964).

54. El art. 107 (XIII) de la Constitución Mexicana dice así:

Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Sala que corresponda, a fin de que decida cuál tesis debe prevalecer.

Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas Salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en Pleno decidirá cuál tesis debe prevalecer.

La resolución que pronuncien las Salas o el Pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción.

CONST. art. 107 (XIII) (Mex. 1964).

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece en su art. 95 que fuera del juicio de amparo las decisiones del Pleno y las Salas de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito tienen la fuerza de cosa juzgada que les confiere los arts. 195-197 de la Ley de Amparo, lo que conduce a concluir que en México el precedente jurisprudencial que cumple con los requisitos de dichas disposiciones constituye una verdadera fuente de Derecho, tanto en materia de derecho público como de derecho privado. Así lo sostuvo Salinas Martínez, en conferencia dictada en la Universidad de Nuevo León el 19 de abril de 1975, *La Suprema Corte y la jurisprudencia obligatoria*, citada en R. DAVID, II.3

La ley de amparo mexicana es la que establece qué tribunales pueden establecer doctrina judicial obligatoria,⁵⁵ sobre qué materias puede establecerse dicha jurisprudencia,⁵⁶ los requisitos para que una tesis constituya jurisprudencia,⁵⁷ para interrumpirla,⁵⁸ modificarla,⁵⁹ unificarla,⁶⁰ publicarla,⁶¹ y, lo que es más importante para los efectos de este análisis, su fuerza obligatoria. Lo que la ley de amparo no especifica es quién determina la similitud o identidad de tesis entre las cinco ejecutorias que conforman la jurisprudencia del tribunal. En la práctica, esta delicadísima tarea queda a cargo de los abogados del Semanario Judicial de la Federación,

INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW. SOURCES OF LAW 118 n.268 (1984).

55. Los únicos tribunales que pueden establecer jurisprudencia son los tribunales de la Federación y dentro de ellos la Suprema Corte de Justicia, ya sea funcionando en Pleno o en Salas, y los Tribunales Colegiados de Circuito. Ley de Amparo, arts. 192-193 bis.

56. Sólo pueden ser materia de jurisprudencia las interpretaciones de la Constitución, de las leyes federales y de los tratados celebrados con las potencias extranjeras.

57. La reglamentación de la jurisprudencia está formulada en el Capítulo Único, Título Cuarto, arts. 192-197 de la Ley de Amparo, reformado y adicionado sustancialmente por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de abril de 1968. Para que haya jurisprudencia en las ejecutorias pronunciadas por el Pleno, las Salas de la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito son necesarias cinco ejecutorias en determinado sentido, no interrumpidas por otra en contrario. Cada ejecutoria debe ser aprobada, por lo menos, por catorce ministros si es pronunciada por el Pleno, por cuatro ministros si es pronunciada por una de las Salas, y por unanimidad de votos de los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito (Ley de Amparo arts. 192-193 bis).

58. La jurisprudencia establecida puede siempre interrumpirse. Se interrumpe cuando se pronuncia una ejecutoria en sentido contrario; por catorce ministros si se trata del Pleno, por cuatro ministros si se trata de alguna de las Salas, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito. La ley requiere que la ejecutoria que interrumpa la jurisprudencia se encuentre debidamente fundamentada, destacándose las razones que motivan el cambio de orientación. Ley de Amparo, art. 194.

59. Una vez interrumpida una tesis jurisprudencial por una ejecutoria en contrario, no se establece una nueva tesis jurisprudencial hasta cumplirse con los requisitos establecidos para su formación. Ley de Amparo, art. 194, *in fine*.

60. Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias, cualquiera de esas salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción al Pleno. En este caso el Pleno adquiere la facultad de expedirse sobre asuntos de competencia de las Salas a fin de determinar la tesis que debe prevalecer. CONST. art. 107, XIII, segundo párrafo (Mex.); Ley de Amparo, art. 195.

Cuando la contradicción surja de resoluciones dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, cualquier ministro de la Suprema Corte, el Procurador General, los propios tribunales, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Sala correspondiente. En este caso la Sala que corresponda adquiere la facultad de establecer jurisprudencia en negocios que son de la competencia de los Tribunales, decidiendo cuál de las tesis es la que debe subsistir. CONST. art. 107, XIII, primer párrafo (Mex.); Ley de Amparo, art. 195 bis.

61. El art. 197 de la Ley de Amparo requiere que la jurisprudencia establecida, o la que se modifique, se ponga en conocimiento del público a través del *Semanario Judicial de la Federación*. Ley de Amparo, art. 197.

cuya labor, como no podía ser de otra forma, siempre se encuentra sujeta a las críticas de aquellos que discrepan acerca de los alcances de una tesis jurisprudencial o de la fórmula con la cual el Semanario Judicial ha decidido resumirla.⁶²

Conforme a la Ley de Amparo, la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte, funcionando en Pleno, es obligatoria para ella misma, para las Salas que la componen, para los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, para los jueces de Distrito, para los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distrito y Territorios Federales, y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales y federales.⁶³ La jurisprudencia que establecen las Salas de la Suprema Corte es obligatoria para ellas mismas y para todas las autoridades mencionadas anteriormente, con excepción de la Suprema Corte cuando funciona en Pleno.⁶⁴ Finalmente, la jurisprudencia que establezcan los Tribunales Colegiados de Circuito obliga a los mismos tribunales, así como a los Juzgados de Distrito, Tribunales Judiciales del fuero común, Tribunales Administrativos y del Trabajo que funcionen dentro de su jurisdicción territorial.⁶⁵

Puede observarse a través de la lectura del párrafo anterior que la ley de amparo mexicana excluye a las autoridades administrativas y legislativas de la obligación de respetar las tesis jurisprudenciales que son obligatorias para el organismo judicial. La suposición del constituyente mexicano al limitar de esta forma los efectos de la sentencia de amparo fue que la ley declarada inconstitucional por el poder judicial perdería prestigio y caería en desuso, evitando de esta forma su aplicación por parte del organismo ejecutivo y su reiteración por parte del legislativo sin necesidad de

62. Véase H. BRISEÑO SIERRA, 2 TEORÍA Y TÉCNICA DEL AMPARO 480 (1966). Generalmente, el Semanario Judicial de la Federación se limita a publicar algunos de los razonamientos jurídicos expuestos en los llamados "considerandos," mientras que en muy pocas ocasiones se publican los antecedentes fácticos del caso expuestos en los llamados "resultandos." Esta práctica ha sido arduamente criticada por algunos autores mexicanos por no permitir distinguir entre el fundamento de la decisión (*ratio decidendi*) y las manifestaciones que se hacen pura y simplemente a mayor abundamiento (*obiter dicta*). Véase G. GÓNGORA PIMENTEL & M. ACOSTA ROMERO, CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL FEDERAL. LEGISLACIÓN. JURISPRUDENCIA. DOCTRINA 45 (2a. ed. 1986) ("Ofrecer al lector del precedente únicamente los considerandos de una sentencia y, generalmente sólo un brevísimo sumario de los mismos, es no sólo amputarle a la sentencia lo más sustancial que hay en ella — el litigio planteado y la decisión — sino también, y por ello mismo, contribuir a hacerla todavía más ininteligible").

63. Ley de Amparo, art. 192.

64. Ley de Amparo, art. 193.

65. Ley de Amparo, art. 193 bis.

confrontaciones entre los diversos departamentos.⁶⁶

Pero esta aspiración del constituyente no se ha concretado, quedando a criterio de la autoridad administrativa decidir cuándo y en qué casos dejar de aplicar una norma reiteradamente declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de México. Así es como la jurisprudencia mexicana cuenta en sus anales con casos en que funcionarios de la administración pública ha insistido en aplicar normas cuya inconstitucionalidad ha sido declarada repetidas veces por el más alto tribunal del país, provocándose de esta forma la interposición de un nuevo amparo cada vez que las reiteradas tesis jurisprudenciales son desconocidas por la administración, con el consiguiente dispendio jurisdiccional y lesionando la garantía de igualdad ante la ley.⁶⁷ Un caso típico es el que se ha presentado bajo el art. 15 de la llamada Ley de Profesiones, reglamentaria de los arts. 4 y 5 de la Constitución. Esta disposición, que prohíbe el otorgamiento de licencias profesionales para aquellos que no tienen la nacionalidad mexicana, ha sido reiteradamente declarada inconstitucional por la Suprema Corte, a pesar de lo cual la Dirección General de Profesiones, dependiente de la Secretaría de Educación Pública, continuó rechazando las solicitudes de licencias profesionales por ciudadanos extranjeros que habían cumpli-

66. Así lo expresaba Ponciano Arriaga, miembro de la comisión redactora de la Constitución de 1857, quien expresó: "Se requiere que las leyes absurdas sucumban parcialmente, paulatinamente, ante los fallos de los tribunales, y no con estrépito ni con escándalo en un palenque abierto a muchas luchas funestas entre la soberanía de los Estados y la soberanía de la federación." Citado por Fix-Zamudio, *supra* nota 6, p. 53, 66. Véase también F. VEGA, *supra* nota 51, p. 8:

Una jurisprudencia uniforme que condene sin interrupción un precepto legislativo, acabará por obtener su derogación o su más completo desuso. Pero he aquí el secreto, como acabo de afirmar, de esa valiosa creación de nuestros constituyentes: nulificar la ley inconstitucional, estorbarla, extinguir-la, *pero sin humillar el poder público que la autorizó*.

(El subrayado es mío).

67. Véase, por ejemplo, Compañía Minera de San José, S.A. de C.V. et al., 48 Semanario, Sexta Epoca, Tercera Parte, p. 13, Junio 7, 1961 [en adelante citado bajo la forma 48 S.J.F.6a, 3:13] (1961). Véase en este sentido la crítica expresada por el licenciado Jesús Angel Arroyo M. en su trabajo sobre *Reformas al juicio de amparo*, en REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO 257, 282 (1984):

Los golpes redoblados de la jurisprudencia de que hablaba Tocqueville, en México han demostrado ser harto débiles para impedir que una ley inconstitucional se continúe aplicando. Y no se diga de los reglamentos del Poder Ejecutivo; por años, una y otra vez, los Tribunales Federales declararon inconstitucionales los reglamentos del Distrito Federal cuando contenían el llamado requisito de distancia. Y tales reglamentos siguieron en vigor y siguieron aplicándose, sin que las autoridades administrativas hicieran caso alguno del criterio expresado en las sentencias de amparo.

mentado con todos los requisitos para obtenerlas.⁶⁸

Tampoco el Poder Legislativo pareciera estar obligado a acatar las decisiones de la Suprema Corte de México acerca de la constitucionalidad de las leyes, ya que de concederse a un quejoso amparo contra una ley, la jurisprudencia que mantuviera la inconstitucionalidad de dicha ley no protege a dicho ciudadano ni a ningún otro contra una futura ley de contenido similar a la ley reclamada.⁶⁹ Por lo tanto, cuando se concede el amparo contra una ley y su aplicación, el quejoso queda protegido respecto del precepto o preceptos legales considerados contrarios a la constitución federal, pero dicha protección se concede contra una norma específicamente determinada y no contra su contenido, ya que si esa ley es derogada y se dicta una nueva ley que contiene los mismos preceptos que la anterior, el quejoso deberá solicitar un nuevo amparo.⁷⁰

La situación de incertidumbre originada por la falta de certeza sobre la eventual aplicación de una norma que ha sido reiteradamente declarada inconstitucional por los tribunales de la federación ha provocado las críticas de una autorizada doctrina mexicana, que aboga por dotar a las sentencias de amparo de efectos *erga omnes*.⁷¹ Mientras que algunos juristas se pronuncian por una

68. Véase, por ejemplo, *Lem Davis Callahan Lashley*, 60 S.J.F. 6a 1:159 (1962).

69. Véase la discusión sobre este tema por G. GÓNGORA PIMENTEL, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL JUICIO DE AMPARO 57-61 (1987), con cita de ejecutorias de la Segunda Sala y otra del Pleno de la Suprema Corte de México, donde se establece esta doctrina.

70. Véase *id.* p. 59 ("Cuando se ha solicitado el amparo contra un acto de aplicación de determinada ley, y también contra esa determinada ley considerándola en sí misma, no podría sostenerse que la sentencia protege contra cualquier futura ley que sea de contenido similar a la ley reclamada, dado que la sentencia debe ajustarse al imperativo constitucional de que el fallo tiene que limitarse rigurosamente al caso especial sobre el que versa la demanda, y resultaría ilógico suponer que la sentencia, que concedió el amparo contra determinada ley, también protege al promovente contra actos en aplicación de otra ley, aunque ésta pudiera contener normas similares a la ley abrogada o derogada."). (El subrayado es del original). En contra, véase I. BURGOA, *supra* nota 51, p. 565-66 (19a. ed. 1983) quien a fin de determinar el ámbito de protección de la sentencia de amparo distingue entre vicios inconstitucionales de carácter material y formal:

. . . si el amparo se concedió por vicios inconstitucionales de carácter material de una ley, ninguna autoridad puede aplicar al quejoso un ordenamiento formalmente nuevo o distinto, en cuyos dispositivos se impliquen los mismos vicios, so pena de incurrir en incumplimiento del fallo respectivo. Por el contrario, si la protección federal se impartió contra una ley por vicios formales de inconstitucionalidad (ausencia de facultades en el órgano estatal responsable para expedirla, falta de promulgación o de refrendo del acto promulgatorio, etc.) y si con posterioridad se expide una ley nueva en la que se purguen tales vicios, aunque tenga el mismo contenido dispositivo que la anterior, se puede aplicar dicha ley nueva al quejoso, sin que esta aplicación traduzca incumplimiento.

71. Véase, por ejemplo, A. NORIEGA, LECCIONES DE AMPARO 712-13 (2a ed. 1980) (para

mayor autoridad de la declaración de inconstitucionalidad obtenida por vía directa en el llamado "amparo contra leyes,"⁷² otros favorecen los efectos derogatorios de todo pronunciamiento reiterado del superior tribunal mexicano en materia constitucional, propiciando que la Suprema Corte de Justicia comunique a la autoridad que ha expedido la ley o reglamento declarado inconstitucional que dicha norma sea derogada.⁷³

C. *Las Lecciones del Derecho Comparado*

Este breve examen comparado nos permite observar que los efectos generales de la cosa juzgada constitucional no presuponen necesariamente una larga tradición de respeto al precedente, ya que en aquellos países del continente europeo de cultura jurídica neo-romanista la autoridad del precedente en materia constitucional se ha impuesto gradualmente con la adopción del modelo austriaco. La reciente adopción de este modelo por parte de algunos países de América Latina como Chile, Ecuador, Guatemala y Perú demuestra a su vez que dicho sistema no es patrimonio exclusivo de las democracias industrializadas de Europa occidental, sino que también es susceptible de ser adaptada en los países de América Latina. Cabe observar asimismo que en aquellos países que han seguido al modelo norteamericano, sin importar a su vez la regla del precedente (*stare decisis*), la eficacia y autoridad de los pronunciamientos en materia constitucional se encuentra en una incómoda situación jurídica de difícil definición institucional.

Países como Argentina, Brasil y México han buscado un acomodamiento entre el modelo norteamericano y el austriaco sin llegar a dotar a los precedentes constitucionales de la autoridad de que gozan en esos sistemas. La ley de amparo mexicana ha dado un paso audaz al establecer la obligatoriedad del precedente en materia de amparo en circunstancias reguladas en forma casi matemática, mientras que en Brasil se ha buscado a través de la *Súmula* uniformar los criterios jurisprudenciales y obtener cierto grado de

quien la relatividad de los efectos de la sentencia de amparo "nulifica la eficacia del juicio de amparo como sistema de control de constitucionalidad de las leyes y el mantenimiento de la pureza de la Constitución").

72. Véase, por ejemplo, Vallarta Plata, *supra* nota 50, p. 171; Fix-Zamudio, *supra* nota 6, p. 51, 93-98; H. FIX-ZAMUDIO, VEINTICINCO AÑOS DE EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL 1940-1965 156, citado en I. BURGOA, *supra* nota 51, p. 277; J. CASTRO, LECCIONES DE GARANTÍAS Y AMPAROS 324 (2a. ed. 1981).

73. Véase J. ARROYO M., *supra* nota 67, p. 283-84.

acatamiento a los mismos. En la República Argentina, en cambio, la autoridad del precedente en materia constitucional queda librada a la autoridad "moral" de los pronunciamientos de la Corte, que suele ser reverenciada excepto en aquellos casos en que, ahora con más frecuencia que nunca, el alto tribunal se pronuncia sobre temas constitucionales de gran importancia política y social.

En ninguno de estos países, sin embargo, se ha revestido a los pronunciamientos constitucionales del poder judicial de la misma jerarquía que los actos del poder ejecutivo y legislativo, ya que aún cuando pudiera inculcarse el respeto al precedente por parte de los tribunales inferiores en casos futuros, las autoridades administrativas y legislativas quedan en libertad de acatar o no la decisión judicial de inconstitucionalidad. Aún cuando pueda compartirse un criterio estricto de la noción de separación de poderes, es indudable que el organismo judicial pierde prestigio como poder político cuando sus pronunciamientos son ignorados por las otras ramas de gobierno. En la medida en que un régimen democrático se mantiene y evoluciona no tanto gracias a la separación de poderes sino al equilibrio de "pesos y contrapesos" (*checks and balances*) de las ramas de gobierno, es importante reflexionar sobre la conveniencia de dotar al poder judicial del poder necesario para controlar con eficacia y autoridad general a los actos de los otros dos poderes. De ahí que en la segunda parte de este ensayo se discuta la conveniencia de reforzar la autoridad del precedente constitucional en aquellas países de América Latina que aún mantienen el modelo norteamericano de control de constitucionalidad.

II. IMPORTANCIA DE LA ESTABILIDAD DE LA DOCTRINA JUDICIAL EN MATERIA CONSTITUCIONAL

En América Latina existe una importante corriente doctrinaria en favor de una jurisdicción constitucional especializada, separada e independiente de la jurisdicción de casación de la legislación ordinaria. Todos los argumentos que se han dado en favor de la creación de una corte o tribunal constitucional son atendibles, especialmente a raíz de la crisis por la que vienen atravesando las cortes supremas de los países latinoamericanos a consecuencia del sobrecargo de tareas que conlleva la revisión de la aplicación de leyes ordinarias.⁷⁴ Aún cuando el problema del sobrecargo de tareas

74. Fix-Zamudio, *Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica*, IX ANUARIO JURÍDICO 414 (1982); Restrepo Piedrahita, *Notas sobre la Corte Constitucional*,

pueda ser solucionado a través de un mecanismo procesal más ágil, sin necesidad de crearse un tribunal especial, me adhiero a esta importante corriente de opinión porque considero que un tribunal superior con jurisdicción exclusiva en materia constitucional reforzaría el prestigio político que tanta falta le hace a quien ejerce tan digno cuan delicado magisterio.⁷⁵

Los maestros mexicanos Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, al exponer las conveniencias de consagrar la fuerza vinculante *erga omnes* de los pronunciamientos del más alto tribunal en materia constitucional, han señalado las siguientes ventajas:

- (a) Refuerza el principio de la igualdad de todos ante la ley y no permite que a quienes no solicitaron la protección jurisdiccional se les aplique la ley anticonstitucional, especialmente cuando estos últimos son miembros de los sectores más débiles, social, cultural y económicamente, de la sociedad;
- (b) los tribunales se encuentran recargados de asuntos y si se utiliza el sistema de efectos particulares de las sentencias para las cuestiones constitucionales — más en sistemas donde no existe la fuerza del precedente — se puede llegar a la inoperancia del sistema;
- (c) se refuerza la cohesión jurídica y social que la Constitución persigue al no permitirse que se apliquen leyes y reglamentos que el máximo tribunal de un país ha considerado anticonstitucionales.⁷⁶

Coincido con estos argumentos y por ello es que paso a examinar más de cerca tres aspectos que destacan la conveniencia, sino

REVISTA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, separata, s.f., 23-31; Carpizo, *Algunas reflexiones sobre el poder judicial federal y sobre las relaciones internacionales de México*, 36 GACETA INFORMATIVA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA 561 (1982); Mello, *Da separação de poderes a guarda da Constituição*, REVISTA DOS TRIBUNAIS (1968).

75. Zamudio y Carpizo sostienen que en México "la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe convertirse en un verdadero tribunal constitucional; esto reforzaría su prestigio y le permitiría mejorar sus funciones constitucionales, lo que a su vez redundaría en un mejor cumplimiento de todo el orden jurídico en nuestro país." Los maestros mejicanos son partidarios de una jurisdicción constitucional especializada en razón de: (a) el recargo que tienen las supremas cortes en virtud de los recursos de casación; (b) la dispersión que se origina por el hecho de que varios organismos conozcan de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos; (c) la especialización en derecho público para poder contar con una buena jurisprudencia constitucional; y (d) los aspectos técnicos y muy especializados que son necesarios para poder realizar una adecuada interpretación constitucional. Carpizo & Fix-Zamudio, *supra* nota 3, p. 53.

76. J. CARPIZO, ESTUDIOS CONSTITUCIONALES 562-63 (1980); LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 276-77 (6ta. ed. 1983); Fix-Zamudio, *supra* nota 74, p. 671-72; Fix-Zamudio, *supra* nota 6, p. 93-8; Vescovi, *supra* nota 7, p. 34. Véase también J. CASTRO, HACIA EL AMPARO EVOLUCIONADO 23-48 (1977); J. PLATA, *supra* nota 72, p. 176-84.

la necesidad, de otorgar fuerza vinculatoria *erga omnes* a la declaración general de inconstitucionalidad: la garantía de igualdad, la economía procesal y la seguridad jurídica.

A. *Garantía de Igualdad*

De no lograrse una cierta uniformidad o armonización de criterios jurisprudenciales, el reconocimiento de los derechos fundamentales consagrados en la constitución quedarían a merced del tribunal de turno que decida la cuestión. Esta desigualdad de criterios genera incertidumbre en materia de aplicación del derecho común y resulta francamente caótica en materia constitucional.⁷⁷ Aún cuando es dable suponer que una vez que se declara la inconstitucionalidad de una norma la Corte Suprema mantendría su criterio y declararía la inconstitucionalidad alegada todas las veces que el caso fuese sometido a su decisión, la incertidumbre persiste hasta el momento en que la norma vuelva a ser declarada inconstitucional para el caso en particular ¿Por qué esperar que se produzcan numerosos golpes de jurisprudencia para brindar seguridad a los justiciables de que la norma no debe ser aplicada? Sin duda que resulta más sensato suponer que la comunidad deberá regirse de conformidad con los pronunciamientos de la Corte Suprema, tribunal que debe ser considerado como el intérprete oficial de la Constitución.

En aquellos casos en que la norma se encuentra viciada de inconstitucionalidad porque el tribunal de mayor jerarquía así lo ha declarado, carece de sentido seguir aplicándola hasta tanto se presente el caso práctico en que la parte afectada cuestione su aplicación y sea expresamente llevada al examen de la Corte. En un tema de gran trascendencia social, resultaría patentemente injusto que aquellos que no tienen fácil acceso a los servicios profesionales se encuentren sometidos al rigor de una ley que los más favorecidos económicamente pueden fácilmente eludir gracias a un diestro asesoramiento letrado.

77. Es así como Germán Bidart Campos aspira a que la interpretación de la ley en el derecho argentino alcance, en ciertos casos:

vinculatoriedad general para los jueces y también para los particulares, ya que la uniformidad jurisprudencial en esos casos mantendrá la garantía de igualdad jurídica, la que de otro modo no pasa de ser una de las tantas ficciones en que se entretiene la teoría a espaldas de la vida.

Bidart Campos, *Relaciones de la jurisprudencia vinculatoria con la división de poderes y la igualdad jurídica*, 98 L.L. 749 (1960).

B. Garantía de Igualdad e Inconstitucionalidad de Oficio

Existe una indudable conexión entre la efectiva implementación de la garantía de igualdad, el respeto al precedente y la facultad de ejercer el control de constitucionalidad “de oficio,” es decir, sin necesidad de un pedido expreso de inconstitucionalidad de una norma por la parte cuyo interés ha sido negativamente afectado por esa disposición.

El ordenamiento jurídico que regula el control judicial de constitucionalidad en México establece expresamente lo que se ha dado en llamar “la suplencia de la queja deficiente” en materia de amparo, permitiendo y en algunos casos ordenando al juzgador que aplique de oficio la tesis jurisprudencial aunque no haya sido expresamente invocada por el quejoso, cuando los actos que se reclaman se fundan en una ley que ha sido declarada inconstitucional.⁷⁸ Pero en la República Argentina, una vieja y consolidada jurisprudencia, largamente criticada por un sector importante de la doctrina, ha venido sosteniendo que los tribunales judiciales no pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma si no hay petitorio de parte con expresa impugnación de dicha norma (o sea, que no pueden hacerlo “de oficio” en la causa judicial que resuelven).⁷⁹

Conviene aclarar que con la expresión “control de constitucionalidad de oficio” me estoy refiriendo a la facultad de los tribunales de corregir los defectos de técnica en que hubiera incurrido el quejoso, declarando la inconstitucionalidad de una ley en base a una jurisprudencia, un texto constitucional o un argumento que no ha sido invocado expresamente por el agraviado. Se trata de lo que en derecho constitucional mexicano se conoce como una “queja deficiente,” que no debe confundirse con falta de interés jurídico en

78. El segundo párrafo del art. 107, II de la Constitución Mexicana dice así:

En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución.” A su vez, el art. 76 de la Ley de Amparo *ordena* suplir la deficiencia de la queja cuando los menores de edad o incapaces figuren como quejosos o cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte. La misma disposición *faculta* la deficiencia de la queja en materia penal y la deficiencia de la parte obrera en materia del trabajo, “cuando se encuentre que ha habido en contra del agraviado una violación manifiesta de la ley que lo ha dejado sin defensa, y en materia penal, además, cuando se le haya juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso.

(El subrayado es mío).

79. 289 Fallos 89, 177; 305 Fallos 2046; 306 Fallos 303 y sus citas, entre muchos otros.

impugnar la constitucionalidad de la norma, interés que resulta indispensable para ejercerse el control de constitucionalidad conforme al modelo norteamericano.⁸⁰ Tampoco debe confundirse la facultad de ejercer el control de constitucionalidad "de oficio" con la necesidad de un pleito, causa o controversia para plantear la inconstitucionalidad de una norma,⁸¹ que también constituye un re-

80. Esta distinción ha sido debidamente aclarada por la Suprema Corte de México, en fallo citado por el Profesor Humberto Briseño Sierra:

La suplencia de la queja en materia de leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, a que se refieren los artículos 107, fracción II, párrafo segundo de la Constitución Federal y 76, segundo párrafo de la ley reglamentaria del juicio de garantías, no puede llegar al extremo de suplir la falta de demostración del interés jurídico del promovente del amparo, ya que esto equivaldría al reconocimiento de la existencia de una acción popular para reclamar la inconstitucionalidad de las leyes; sistema que no acepta nuestro derecho, sino que por el contrario, de acuerdo con la fracción I del artículo 107 constitucional, el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, y por su parte, el artículo 4o de la ley de amparo establece que el juicio de garantías únicamente podrá promoverse por la parte a quien perjudique el acto o la ley que se reclama; lo que significa que es presupuesto indispensable para el examen de la controversia constitucional, la comprobación del interés jurídico del quejoso.

H. BRISEÑO SIERRA, *supra* nota 62, p. 478.

81. La redacción de la Ley argentina No. 27 y algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de ese país hacen suponer que se incurre en una confusión — terminológica sino sustancial — entre la necesidad de peticionar la inconstitucionalidad en forma expresa y la necesidad de que exista un "caso o controversia." De esta confusión derivan numerosos pronunciamientos rehusando aplicar la Constitución con el erróneo argumento de que falta una impugnación expresa cuando lo único que se requiere es la existencia de un "caso o controversia" y un interés legítimo afectado por la aplicación de la norma inconstitucional. El art. 2 de la Ley No. 27 expresa que la obligación de los tribunales federales de asegurar la primacía de la Constitución Nacional "nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte." El art. 3 de la Ley No. 27, al referirse a los servicios de la administración de justicia a nivel nacional, describe como uno de los objetivos del Poder Judicial de la Nación el de "sostener la observancia de la Constitución y las leyes nacionales, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualesquiera de los otros poderes nacionales que estén en oposición con ella." Puede observarse que cuando el art. 2 se expresa en contra del ejercicio del control de constitucionalidad "de oficio" se está refiriendo al control "en abstracto" de constitucionalidad, puesto que lo que se prohíbe es la de ejercerlo en ausencia de un "caso contencioso." De ninguna manera esta disposición prohíbe que el juez provea — cuando no lo han provisto las partes — los fundamentos jurídicos determinantes de si existe un conflicto entre la Constitución y una norma secundaria. Esta distinción no resulta muy clara en ciertos pronunciamientos de la Corte argentina, en los cuales al impedir la declaración de inconstitucionalidad en "casos o controversias" en que las partes no han pedido expresamente dicha declaración, la Corte sostiene que se "ha pretendido ejercer improcedentemente un control de constitucionalidad sin que se diera el esencial requisito de la existencia de un 'caso' o 'controversia judicial'." (El subrayado es mío). *Incidente promovido por la querrela inconstitucionalidad del Decreto No. 2125/78*, Corte Suprema de Justicia, 19 de noviembre de 1987, Fallo No. 86.433, considerando No. 10 de la opinión de la mayoría, L.L., 22 de abril de 1988, p. 4 (con disidencia del Dr. Fayt).

quisito indispensable conforme al modelo norteamericano de control de constitucionalidad.⁸²

Si el tribunal de garantías constitucionales omite fiscalizar de oficio la constitucionalidad de una norma, cuya inconstitucionalidad ha sido repetidamente declarada en casos anteriores, se violaría la garantía de igualdad jurídica de los justiciables y se lesionaría la majestad del Poder Judicial por el sólo hecho de que la parte agraviada omitió pedir la declaración de inconstitucionalidad.⁸³ Podría argumentarse con cierta razón de que el derecho de audiencia o de defensa de la parte a quien no favorece la declaración de inconstitucionalidad podría verse menoscabado ante dicho control de constitucionalidad de oficio. Sin embargo, esta valla podría ser sorteada facultándose al tribunal a solicitar argumentos a las par-

82. Esta distinción ha sido eficazmente señalada por el Dr. Fayt, en sus votos disidentes con la opinión de la mayoría de los miembros de la Corte Suprema en el caso *Peyru, Osvaldo*, C.S., 2 de julio de 1986, 1986-E L.L. 126 y en el voto en disidencia en el caso *P., O. J.*, 2 de julio de 1987, registrado como Fallo No. 40.422 en E.D., 12 noviembre de 1987. Dijo el Dr. Fayt en esa oportunidad:

[P]ara mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los poderes es necesario que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de decidirlo. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva pueden ser puestas en tela de juicio y tratadas de ilegítimas. Sin este freno el equilibrio de los poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución, se habría roto por absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos (190 Fallos 98, citados). Lo que es erróneo, es suponer que esa exigencia de un caso judicial concreto debe limitar la facultad de los jueces de hallar para las causas sometidas a su conocimiento el encuadre normativo correcto al margen de los argumentos de las partes. Tal facultad, generalmente reconocida bajo la expresión *iura novit curia*, no cabe que se limite cuando está en juego nada menos que la norma más alta del sistema, la Constitución Nacional. . . . No hay que confundir la declaración de inconstitucionalidad nacida de la consciente aplicación de la Ley Suprema por los jueces, al margen de si tal inconstitucionalidad fuese o no traída por el afectado como un argumento explícito que avale su pretensión, de la declaración de inconstitucionalidad en abstracto, sin la existencia de un caso judicial concreto que se tenga a la vista al decidir aquélla. Esta posibilidad, que existe en otros sistemas constitucionales, no existe en el nuestro. Generalmente tales sistemas reservan esa potestad a tribunales constitucionales diferentes de los tribunales de justicia; su tradición jurídica — cabe aventurar — responde a motivaciones históricas diferentes a las nuestra.

83. En opinión sumamente dividida, la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, marginó el control de constitucionalidad de una ley que dispone la actualización de las multas aduaneras (Ley No. 21.898, art. 10) por no haber insertado expresamente la parte agraviada el pedido de control de constitucionalidad. Es decir, dicha ley fue aplicada en ese caso en particular a pesar de que la Corte tenía resuelta su inconstitucionalidad en casos anteriores. Véase causa *P., O., J.*, 2 de julio de 1987, publicada en E.D., Fallo No. 40.422, 12 de noviembre de 1987, con nota de Bidart Campos, *Un complicado decisivo en torno del control constitucional y el dispositivo de actualización de multas aduaneras*.

tes sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión, cada vez que la Corte considere necesario pronunciarse sobre la cuestión.

En tanto que el modelo norteamericano de revisión judicial exige la existencia de una "causa o controversia" para que el poder judicial pueda expedirse sobre la constitucionalidad de una norma, no existe impedimento alguno para que el tribunal determine de oficio dicha inconstitucionalidad, cumpliendo con el mandato constitucional de hacer prevalecer la Constitución sobre toda norma secundaria. En un caso reciente en el que se encontraba en juego la interpretación de una norma federal, la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin pedido de parte, solicitó a los litigantes que presentaran argumentos acerca del alcance de una sentencia constitucional expedida en 1976 en la que se había interpretado en forma generosa los derechos de grupos raciales minoritarios para entablar una demanda de daños y perjuicios por haber sufrido discriminación.⁸⁴ Esta actitud inusual del supremo tribunal norteamericano, en un tema que no concierne la inteligencia de una norma constitucional sino la doctrina judicial elaborada en torno a una ley federal, indica hasta qué punto los jueces se consideran autorizados a aplicar el principio *jura novit curia* en casos de importancia social y política.

C. Seguridad Jurídica

Cualquier tribunal se encuentra sujeto a reemplazos parciales por renuncia, fallecimiento o incapacidad temporal de sus integrantes, y en cualquier sistema jurídico las variaciones en la composición humana de la Corte se reflejan en criterios distintos emanados de su seno. Ningún sistema garantiza la inmutabilidad de criterios sobre lo que realmente dice o quiere decir el texto consti-

84. En el caso *Patterson v. McLean Credit Union*, Expediente No. 87-107, cinco de los nueve miembros de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de tendencia conservadora, convinieron en reconsiderar el caso *Runyon v. McCrary* decidido en 1976. En esta causa, el alto tribunal decidió que un grupo de normas destinadas a proteger los derechos civiles, sancionadas con inmediata posterioridad a la guerra civil ("*Civil Rights Act*" de 1866 y la "*Voting Rights Act*" de 1870, actualmente codificada en la Sección 1981 del Título 42 del *United States Code*) tenían el propósito de evitar la discriminación racial por parte de escuelas privadas, patronos y entidades privadas en general. Los cuatro votos en disidencia criticaron duramente la libertad que se tomó la mayoría al decidir reexaminar una cuestión que no había sido propuesta por ninguna de las partes. El Juez Stevens acusó a la opinión de la mayoría de "exceder los límites impuestos por el principio de contradicción con la finalidad de imponer su propio programa político," provocando de esta forma un daño irreparable al prestigio del alto tribunal. Véase Taylor, *Court, 5-4, Votes to Restudy Rights in Minority Suits*, N.Y. Times, 26 de abril de 1988, A-1 y A-24.

tucional. Esta garantía no sólo sería innecesaria sino que tampoco parece deseable, pues la regla del precedente no es ni debe ser un mecanismo automático de acatamiento. Sin embargo, debe reflexionarse sobre la incidencia de los cambios bruscos de composición del más alto tribunal que se producen a consecuencia de drásticos vaivenes políticos que ocurren con alguna frecuencia en muchos de los países de la región. Este tema está íntimamente ligado a la mayor seguridad jurídica que puede brindar un sistema de revisión judicial en el cual la declaración de inconstitucionalidad tiene alcance general.

La estabilidad política de los Estados Unidos ha permitido que el principio de inamovilidad de los miembros del poder judicial de la nación se haya respetado en forma continuada. Esta práctica ha asegurado la estabilidad de la composición de la Corte Suprema, y esta continuidad de los miembros de la Corte se refleja a su vez en un cuerpo de doctrina judicial de cambio relativamente constante pero gradual. Por cierto que la inclinación liberal o conservadora de los miembros del tribunal ha variado conforme a las circunstancias políticas que vive la nación, pero sin que dichas transformaciones hayan sido bruscamente provocadas por una renovación total de los miembros de la Corte. En América Latina, por el contrario, los vaivenes de la política han arrastrado en numerosas ocasiones la desintegración y sustitución completa de los miembros de la Corte de turno. Esta circunstancia aumenta el peligro de cambios de criterios jurisprudenciales para casos sustancialmente iguales, con lo que se resiente enormemente la seguridad jurídica. De allí que al propugnarse un mayor respeto al precedente mediante el establecimiento de su efectividad derogatoria, se acentúa el aspecto institucional de la Corte como tribunal de garantías constitucionales por encima de las variaciones de opiniones que se reflejan en las diferentes composiciones del tribunal.

De ser declarada la inconstitucionalidad de una norma con efecto *erga omnes*, un cambio estructural de la Corte no podría hacer revivir la norma que feneció por repugnar a principios constitucionales. En cambio, en aquellos sistemas donde la revisión judicial limita sus efectos a las partes litigantes, un simple giro argumental sería suficiente para reponer un precepto declarado inconstitucional por la Corte en su anterior composición. En la medida que el valor que se persigue en una democracia es el de la renovación de la doctrina judicial dentro de cierto margen de estabilidad, un sistema constitucional que contemple la obligatoriedad

del precedente en materia constitucional coadyuvaría a dotar de estabilidad y autoridad a los pronunciamientos judiciales.

D. Economía Procesal

La necesidad de que cada persona recurra a un tribunal para que se le reconozca un derecho constitucional que ha sido objeto de reiterados pronunciamientos judiciales no sólo crea una situación de desigualdad, sino que también ocasiona un dispendio de recursos judiciales escasos. La economía procesal no sólo se obtendría al evitar reiterados planteos de inconstitucionalidad en casos de acogimiento de la inconstitucionalidad, sino también en casos de rechazo. Aunque un pronunciamiento desestimatorio no adquiere autoridad de cosa juzgada, el respeto al precedente desalentaría la repetición del planteo con los mismos argumentos que fundamentaron al que fue desestimado con anterioridad. Para rechazar el planteo de una cuestión constitucional ya juzgada con pronunciamientos de rechazo, le bastaría al tribunal competente expresar que en el caso particular no se encuentran razones o argumentos de suficiente peso como para adoptar decisiones diferentes a la de los precedentes.⁸⁵

El beneficio de economía procesal parece ser el argumento más pragmático y de mayor sentido común en favor de la obligatoriedad del precedente establecido por el tribunal de mayor jerarquía. Esta ventaja indica la conveniencia de establecer la obligatoriedad de los precedentes tanto en materia constitucional como en cualquier otra materia. Sin embargo, la fuerza vinculante del precedente en materia constitucional tiene características propias en razón de comprometer el juego institucional de los factores de poder. De allí que considere conveniente examinar en esta última parte la importancia institucional de la doctrina judicial constitucional, cuestión que se encuentra relacionada a la legitimidad democrática del control de constitucionalidad ejercido por los jueces y el papel que deben jugar éstos dentro de la estructura democrática que tanto cuesta consolidar en los países de América Latina.

85. Véase sobre este tema Cappelletti, *Effetti preclusivi nell' processo civile delle pronunce costituzionali*, en *STUDI IN ONORE DI EMILIO CORSA*, 331-64 (1960).

III. IMPORTANCIA INSTITUCIONAL DEL PRECEDENTE EN LA TRADICIÓN NEO-ROMANISTA

La jerarquía que ocupa el precedente judicial entre las fuentes del Derecho en un país determinado se encuentra íntimamente ligada a la cultura jurídica y política de dicho país. De ahí que en los países del *Common Law* no haya necesidad de imprimir en la Constitución o en una ley que los precedentes son obligatorios, mientras que en los países de tradición jurídica continental romanista es necesario consagrar este principio legislativamente o con la intervención del constituyente, tal como lo ha hecho México en su ley de amparo y como lo han hecho aquellos países neo-romanistas que han seguido al modelo constitucional austríaco de control judicial de constitucionalidad. Resulta claro entonces que si bien en un país de tradición jurídica anglosajona no hay motivos para diferenciar entre la fuerza vinculante de la doctrina judicial constitucional y la doctrina establecida por los tribunales en otras materias jurídicas, esta distinción es pertinente en los países de raigambre romanista, en los cuales dotar de fuerza vinculante al precedente implica un cambio trascendente en el equilibrio de los pesos y contrapesos que ejercen las ramas de gobierno.

Mientras que los países latinoamericanos tuvieron que re-examinar el principio estricto de la separación de poderes al otorgar al organismo judicial la facultad de revisar la constitucionalidad de los actos emanados de los otros dos poderes, también debe examinarse cuidadosamente si la facultad de revisión judicial de constitucionalidad implica dotar de facultades cuasi-legislativas a la Corte Suprema de Justicia.

Este problema de naturaleza conceptual ha sido analizado por la doctrina constitucional comparada. Aunque puede admitirse que la eficacia derogatoria de la sentencia que acoge el planteo de inconstitucionalidad tiene características "paralegislativas," lo que interesa desde el punto de vista conceptual es que la declaración general de inconstitucionalidad importa aplicar la Constitución por encima de una norma secundaria, y esta función, en la medida en que sea ejercida en una "causa o controversia," es típicamente jurisdiccional aún cuando pueda ser asimilada a la función legislativa.

Más allá del problema conceptual, estimo que las implicancias políticas de la obligatoriedad del precedente constitucional son las que merecen mayor atención. Aunque esta problemática sólo puede

ser examinada con provecho a la luz de una coyuntura histórico-política determinada y con relación a un país determinado, creo conveniente hacer algunas reflexiones generales sobre el tema que estimo aplicables a la región latinoamericana en general.

El dotar de una fuerza cuasi-legislativa o normativa al precedente constitucional plantea una serie de problemas teóricos y prácticos desde el punto de vista político que sería imposible de abordar en forma global en este artículo. Me interesa destacar brevemente, sin embargo, aquellos temas relacionados con el principio de separación de poderes, la idiosincracia más o menos individualista de la sociedad donde se intenta implantar la obligatoriedad del precedente, y la legitimación del control judicial en una democracia.

Los autores norteamericanos se han preocupado mucho sobre el tema de la legitimación democrática del control judicial de constitucionalidad,⁸⁶ que de tanto en tanto resurge como tema de debate académico y político en los Estados Unidos. Basta destacar entre las más recientes polémicas la que fue desatada a raíz de las declaraciones del Ministro de Justicia de los Estados Unidos, preocupado por disminuir el "activismo judicial" de la Corte Suprema norteamericana.⁸⁷ Con la finalidad de minar las facultades de la Corte para tomar partido en temas controvertidos en la sociedad norteamericana tales como el aborto y las plegarias en las escuelas públicas, el ministro sostuvo en forma implícita sino explícita que la diferencia — más teórica que práctica en los Estados Unidos — entre la fuerza vinculante del texto de la Constitución y la de la interpretación de dicho texto por parte de la Corte Suprema es lo suficientemente importante como para justificar que cada rama ejecutiva de gobierno actúe conforme a su propio criterio de lo que dice la Constitución, sin encontrarse obligada a acatar la doctrina que establezca la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Como era de esperarse, estas declaraciones desataron un sinfín de

86. Véase, por ejemplo, A. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (1962); J. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980); J. Thayer, *THE ORIGIN AND SCOPE OF THE AMERICAN DOCTRINE OF CONSTITUTIONAL LAW* (1893); Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959).

87. Conferencia del Ministro de Justicia de los Estados Unidos (*Attorney General*) Edwin Meese en la Universidad de Tulane, Nueva Orleans, el 21 de octubre de 1986. Véase Taylor, *supra* nota 84; Lewis, *Mr. Meese's Contempt of Court*, N.Y. Times, 27 de octubre de 1986, A-30. Véase los debates académicos provocados por esta conferencia en las publicaciones citadas *supra* nota 12.

críticas por parte del periodismo, políticos, destacados constitucionalistas, y ciudadanos en general, algunos apoyando la pureza conceptual del ministro y muchos otros calificando dichas declaraciones de poco menos que subversivas del respeto del que tradicionalmente han gozado las decisiones del supremo tribunal norteamericano.⁸⁸

Lo que me interesa resaltar es que si este tipo de polémica puede todavía surgir en un país con casi doscientos años de ininterrumpida estabilidad constitucional, y que cuenta con una tradición de revisión judicial de constitucionalidad que se remonta a la época colonial —herencia jurídica de la que carecen los países de América Latina— no puede pretenderse que el acatamiento al precedente eche raíces profundas en una región donde la consolidación de una democracia estable es todavía una mera aspiración. Hace falta por lo tanto explorar y ubicar en su real dimensión si el poder judicial puede y debe erigirse en custodio del proceso político en países que sólo recientemente han comenzado una tortuosa etapa de transición a la democracia, donde aún los jueces de mayor jerarquía no suelen competir en la vida política de la Nación con el peso que lo hacen legisladores o altos funcionarios de la administración pública.

Esta perspectiva de análisis exige deshechar temores infundados, determinar el riesgo que vale la pena correr en pos de una profundización del proceso democrático, y también calibrar cuidadosamente el cambio de mentalidad necesario para que el precedente judicial en materia constitucional cumpla una cabal función orientadora. Es así como el problema que confrontan los Estados Unidos con respecto a la carencia de legitimación democrática de una Corte Suprema que se ha convertido a través de los años en un verdadero “poder,” tiene allí sus tonalidades propias debido al prestigio y poder representativo del Congreso, mientras que en la mayoría de los países de América Latina la rama legislativa suele actuar como un mero apéndice del Poder Ejecutivo. También es distinto el contexto político de los temores de una “dictadura” o “tiranía” judicial en las democracias parlamentarias de Europa occidental,⁸⁹ donde existe una supremacía del cuerpo legislativo dentro de la tripartición clásica de los órganos de poder, en contraposi-

88. Véase Greenawalt, *supra* nota 12; *Symposium on Meese's "The Law of the Constitution,"* 61 TUL. L. REV. 979 (1987).

89. Sobre las predicciones de la politización de la justicia, véase C. SCHMITT, *LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN* 21-25 (1935) (trad. española de M. Sánchez Sarto).

ción con el contexto institucional latinoamericano, donde se observa una tendencia hacia la supremacía del organismo ejecutivo. De allí que, lejos de desembocar en una dictadura judicial, la efectividad *erga omnes* de los precedentes constitucionales en los países de Europa occidental no ha perjudicado la marcha armónica de los poderes públicos. Por razones similares, estimo que la revitalización del precedente en América Latina no debe conducir necesariamente a una politización de la justicia, sino que puede funcionar como un efectivo "contrapeso" de los poderes cuasi-omnímodos del ejecutivo que conduzca a robustecer el proceso democrático.

Como expresa el Profesor Rosenn en la frase que figura en el epígrafe de este trabajo, es indudable que la falta de un poder judicial independiente y la consecuente ausencia de madurez política de los jueces convierte todo aumento de responsabilidad política de los jueces en un paso riesgoso. Conceder al precedente un valor vinculante mayor que el que tiene actualmente, sin embargo, debe ser considerado como parte de un proceso inevitable en el cual se van definiendo los límites del control de constitucionalidad en una democracia genuina.

A medida que las demandas y aspiraciones democráticas de los países latinoamericanos conduzcan a una función judicial fortalecida, será necesario un cambio gradual de mentalidad con respecto a la autoridad del precedente. Las confrontaciones con las otras ramas de gobierno serán inevitables, y el poder judicial solamente podrá cumplir su función de poder político a la par de los otros poderes en base a su prestigio. La adquisición de esta autoridad moral, a su vez, dependerá del apoyo político que reciba no solamente del texto legal sino también de la comunidad en general.

Además de sabiduría política para conducirse, una Corte que se arrogue facultades para establecer una doctrina constitucional de carácter general y vinculante deberá adquirir la habilidad necesaria para construir principios que permitan a los tribunales inferiores seguir una línea constante de jurisprudencia, alertando debidamente a los legisladores y funcionarios de gobierno cuáles son los límites que no pueden transgredir. Para esto se necesita un cambio de actitud en los jueces que integran la Corte Suprema. Los ministros de la Corte deberán tener una clara conciencia de que más allá de los intereses en juego, están pronunciando palabras susceptibles de ser proyectadas a nivel de generalidad que operan como fuente del Derecho. La obligatoriedad del precedente colocará a los jueces frente a la realidad social y los ubicará en la imperiosa necesidad

de anticipar el probable alcance general y futuro de las palabras pronunciadas en el acto de sentenciar.⁹⁰

Fuera de esta problemática originada por el contexto político en el que debe desenvolverse un sistema de control judicial de constitucionalidad, se hace necesario prestar atención a otros aspectos de índole práctica que es necesario examinar con el detenimiento que no permite este trabajo. Me refiero, por ejemplo, al método a seguir para determinar con la mayor precisión posible qué aspectos del precedente son los vinculantes y cuáles son meros pronunciamientos hipotéticos; qué grado de "consolidación" o "constancia" se requiere para que uno o más pronunciamientos constituyan una doctrina judicial que deban seguir los tribunales inferiores y que deban acatar las otras ramas de gobierno; si la determinación de la consolidación de la jurisprudencia debe estar a cargo de la propia Corte como ocurre con las "tesis de jurisprudencia" en México y las *súmulas* en Brasil, o si son los operarios del sistema, jueces y abogados, los que deben determinar cuándo el precedente deviene obligatorio; si el pronunciamiento que acoge el planteo de inconstitucionalidad debe tener efectos retroactivos o ultractivos, etc. Estos aspectos y muchos otros relacionados con la mecánica procesal para llegar al superior tribunal se encuentran íntimamente ligados a la organización judicial de cada país, al sistema empleado para dar a publicidad los fallos de los tribunales, el mayor o menor acceso que tienen a dichos fallos los jueces, abogados y funcionarios públicos, la difusión periodística que se les otorga, la mayor o menor importancia que se le otorgue a los antecedentes fácticos del caso, etc.

CONCLUSIÓN

La obligatoriedad de la doctrina judicial en materia de constitucionalidad no contradice el principio de separación de poderes, sino que integra un sistema funcional de pesos y contrapesos conforme al cual el órgano judicial, lejos de invadir la esfera de competencia del órgano ejecutivo o legislativo, aplica la Constitución con autoridad. Esta función forma parte de la actividad jurisdiccional

90. Véase Cueto-Rúa, *La Corte Suprema como poder del Estado*, L.L., 7 de agosto de 1987, p. 2, destacando que para ello será necesario reducir el número de casos que actualmente inundan las puertas de la Corte, ya que cuando el número de casos se hace inmanejable, se corre el riesgo de la pérdida de calidad en la norma general implícita en el precedente.

que le está reservada al organismo judicial.

El control de constitucionalidad es la actividad más importante que cumple el organismo judicial como rama de gobierno. El papel que debe jugar el organismo judicial en una democracia que aspira a consolidarse con el tiempo es el de establecer una definición de los principios constitucionales en forma decisiva, rápida y efectiva. La efectividad del precedente en materia constitucional depende de su fuerza vinculante *erga omnes*. El otorgamiento de esta autoridad al precedente constitucional es un paso conveniente, sino necesario, para la consagración de la función institucional del poder judicial en la consolidación de las democracias frágiles de América Latina.