

Louis Joseph Favoreu*

Justicia y Jueces Constitucionales

El desarrollo de la justicia constitucional es ciertamente el acontecimiento más destacado del Derecho Constitucional de la segunda mitad del siglo X en Europa, y quizá en el mundo. No se concibe hoy un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución. En Europa, todas las nuevas Constituciones han previsto la existencia de un Tribunal Constitucional. Pero, aunque la mayor parte de los tribunales constitucionales se sitúan en Europa, esta nueva forma de justicia constitucional ha aparecido también en América Latina, Asia y África. Hay un modelo europeo de justicia constitucional y otro americano, resultando que estos dos modelos son susceptibles de aplicación en otros sistemas, además de aquél en el cual nacieron.

He hablado de modelo europeo y americano, que se oponen porque se dice, habitualmente, que en el modelo americano hay un control difuso de la constitucionalidad de las leyes, y en el modelo europeo un control concentrado. Vamos a hablar de este asunto. Creo que, efectivamente, hay un modelo europeo que es ilustrado por la noción de Corte Constitucional o Tribunal Constitucional. Citando palabras del profesor Marcarillo, de la Universidad de Barcelona, se ha configurado un órgano *ad hoc*, desgajado de la jurisdicción ordinaria, que aparece como una jurisdicción especial, a la que le ha sido atribuida la función específica del juicio de constitucionalidad sobre las disposiciones y actos de los diversos órganos del Estado.

Creo que es importante insistir sobre la definición exacta del Tribunal Constitucional, no sólo porque en Europa es relevante de distinguir, sino también porque los nuevos países de Europa Central y Oriental que han creado la justicia constitucional en sus ordenamientos, se han inspirado en el modelo austríaco, alemán, italiano o francés para crear sus cortes constitucionales.

Ciertos expertos norteamericanos llegaron a Europa Central y Oriental, después de la caída del Muro, pero no han tenido éxito en sus proposiciones. Creo que

* Director del Centro de Investigación de Justicia Constitucional de la Universidad de Aix, Francia.
Presidente en ejercicio de la Conferencia Nacional de Decanos de Facultades de Derecho de Francia, presidente de la Asociación Francesa de Constitucionalistas, juez de la Corte Constitucional de Bosnia-Herzegovina.

el modelo norteamericano no puede ser exportado en estos casos, porque necesita la participación de todos los jueces: no hay juez ordinario y juez constitucional, todos los jueces aplican la justicia constitucional.

En países que fueron comunistas, marxistas, es difícil cambiar a todos los jueces, siendo más fácil hallar 15, 16 o más jueces constitucionales. Ésta es una de las justificaciones más claras del éxito del modelo europeo en Europa Central y Oriental.

Hoy hay varios tribunales constitucionales en Europa, no solamente Alemania, Italia y Austria, que son los primeros, sino también en Francia (Consejo Constitucional), en España y Portugal, desde 1976 y 1978; en Bélgica también, donde se llama Corte de Arbitraje. La tercera ola ocurrió después de 1989 en países como Polonia; que es un caso interesante, pues se formó el Tribunal en 1985, antes de la caída del Muro, por la influencia de Solidaridad. Allí fue creado un verdadero Tribunal Constitucional que funciona bien. También sucedió en Hungría, Rumania, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Serbia y Bosnia-Herzegovina. En este último país es interesante porque fue creado por un tratado internacional, en el que somos miembros tres integrantes internacionales nombrados por el presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos. Hay también en todas las ex repúblicas soviéticas: Rusia, Armenia, Georgia, Kasajstán, etc.

Actualmente hay 40 o 50 cortes constitucionales en Europa del Este y Central y también en Asia, como por ejemplo en Corea del Sur. El modelo no fue exportado a Japón, porque teóricamente se organiza como el sistema americano: control difuso con la supervisión de la Corte Suprema.

El modelo europeo ha tenido ese éxito porque es más simple de instalar, responde mejor a las organizaciones constitucionales europeas o de los Estados nuevos. Pero no significa que en todos los países funcione realmente la justicia constitucional. Se puede decir que en ciertos países ex comunistas no funciona bien, porque faltan los juristas.

Creo que uno de los problemas de la democracia después de la caída del Muro de Berlín es que no hay juristas en ciertos países ex comunistas. Los hay en Polonia, en Hungría, pero no en Rusia ni en las ex repúblicas socialistas, porque no había Facultad de Derecho en estos países antes de la caída del Muro. Creo que si el Tribunal Constitucional del modelo europeo, y también el modelo americano, funciona bien, es porque existe una clase de juristas. Efectivamente, el hecho de que la Constitución cree un Tribunal no significa, necesariamente que éste va a funcionar, que la justicia constitucional sea efectiva.

La efectividad de la justicia constitucional es un problema esencial. En 1984, en Upsala, con Mauro Capeletti, Héctor Fix Zamudio y otros, tratamos de medir la efectividad de la justicia constitucional. Creo que la medida de esta

efectividad está en el número de las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes, y de los actos fundamentales. Es la posibilidad de la justicia constitucional de oponerse al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo, al Poder Político.

Vamos a describir el modelo de justicia constitucional europeo, que hoy es un elemento fundamental del Derecho Constitucional, que lo transforma completamente.

En Francia tenemos una experiencia de 25 años, porque nuestro Consejo Constitucional se desarrolló esencialmente cuando, en 1971, declaró una ley contraria a la Constitución porque violaba los derechos fundamentales. Creo es una gran experiencia la transformación del orden jurídico y del orden político por la jurisprudencia constitucional, que he tratado de traducir en este nuevo manual de Derecho Constitucional, dando una visión diferente. Antes, en Francia el Derecho Constitucional era únicamente estudiar las instituciones políticas; hoy es muy diferente: se estudian las instituciones políticas pero también las administrativas y jurisdiccionales, desde una perspectiva constitucional; y también reestudiar las fuentes del Derecho y los derechos fundamentales. Así, cambia completamente el sistema jurídico y político.

Trataré de definir cómo se presenta una Corte Constitucional en el modelo europeo.

Creo que podemos decir que hay dos caracteres fundamentales: es un juez constitucional, pero también es un poder constitucional.

En cuanto **juez constitucional** él tiene las tres características siguientes: es un juez, es constitucional y es único.

Primero: es un juez. En Francia, como en ciertos países de Europa, antes de conocer la verdadera justicia constitucional decíamos que un juez es tal sólo si el Tribunal es compuesto únicamente de magistrados de carrera. Es una oposición a lo sucedido en los Estados Unidos con respecto a la concepción de los jueces, donde no hay carrera de juez y los jueces son nombrados después de ser abogados o profesores de Derecho por 40 o 45 años, y eventualmente no se mantienen como jueces, sino que cambian de carrera. En Europa es diferente: es una verdadera carrera, los jueces son magistrados funcionarios nombrados desde los 25 o 30 años hasta los 65.

Los jueces constitucionales no tienen las mismas características: son jueces nombrados por un tiempo limitado (9 o 12 años, quizá más en Austria y Bélgica) y no son antes magistrados, pudiendo ser profesores, abogados, diputados, senadores en varias ocasiones. Pueden ser también magistrados de carrera, lo que no es excepcional. Pero en Europa la composición de la mayoría de los Tribunales es de profesores de universidades, no en Francia, pero sí en Alemania,

Italia, España, Portugal, lo que puede comprenderse porque los profesores tienen garantía máxima de independencia. En Francia, como en Alemania, los profesores universitarios son protegidos por garantías constitucionales de independencia contra el Poder Legislativo y Ejecutivo.

Segundo: es un juez constitucional. Es de naturaleza peculiar porque el tribunal no es compuesto de magistrados profesionales, sino de jueces nombrados. Pero ¿por quién?

Aquí aparece otro problema, porque en los jueces constitucionales los nombramientos son hechos por autoridades políticas, que pueden ser como en Estados Unidos el agente del Estado, o con la aprobación del Senado como en la República Checa, o como en Portugal por la Asamblea Nacional, o en Alemania las dos cámaras del Parlamento nombran ocho jueces cada una.

En Francia es otro el sistema: el presidente de la República nombra tres, el presidente del Senado tres, el presidente de la Asamblea Nacional tres. En Austria el presidente de la federación nombra ocho y las dos asambleas tres cada una.

Hay varias fórmulas, pero en todo caso es la autoridad política quien nombra y va a nombrar en consideración de la sensibilidad política del juez; va a nombrar los que cree que pertenecen a la misma tendencia. Por ejemplo, en Estados Unidos el Presidente republicano nombra jueces republicanos, y el Presidente demócrata, jueces demócratas; es lo mismo en Europa.

Y tenemos dos sistemas: el sistema austríaco en que los dos grandes partidos van a nombrar el mismo número de jueces. Es así también en Alemania, Italia y Portugal. Otro sistema, como en Francia o en España, en el cual el nombramiento de los jueces va a depender de las alternancias del poder.

Lo importante aquí es que las autoridades que nombran los jueces creen que estos jueces representan su tendencia. Es importante, porque los que van a ser controlados, las fuerzas políticas, serán controladas por jueces (los contralores) que les dan confianza. Las fuerzas políticas creen que los jueces los representan en los tribunales constitucionales. Pero cuando son nombrados, los jueces son independientes en todos los sistemas. Se dice que tienen un deber de ingratitud y es frecuente que los jueces nombrados por ciertas autoridades tienen después comportamientos diferentes a los de la autoridad que los ha nombrado. Sin embargo, al momento en que se nombra, es importante que crea que es de la misma tendencia, porque en el seno del Tribunal es necesario que haya una pluralidad de tendencias. Si hay una sola tendencia, el sistema no funciona, no es Corte Constitucional, sino Corte Suprema. Tengo dos ejemplos: uno en Japón y otro en Suecia. En Japón el mismo partido ha tenido el poder durante 40 años, y los 15 jueces de la Corte Suprema son de la misma tendencia, y por lo tanto jamás van a decidir que las leyes son inconstitucionales. El mismo

caso se da en Suecia. Creo que el sistema no funciona bien sino cuando hay una pluralidad de representación de las tendencias en el seno del Tribunal.

Pero, aunque es necesaria la pluralidad de tendencias en un Tribunal Constitucional, porque no es un tribunal ordinario, tampoco es un tribunal político. Es completamente diferente. No porque haya tendencias se convierte en un tribunal político. Pueden ser tendencias que atienden a otros criterios, no necesariamente políticos, pudiendo ser jueces que representen minorías o partes especiales de la población; por ejemplo, en Canadá es necesario que tres jueces sean de la sociedad de Quebec.

Un juez constitucional, y ésta es su tercera característica en Europa, es un juez único, que detenta el monopolio de las gestiones constitucionales. Es necesario que solamente un juez pueda decir cuál es la interpretación de la Constitución en los casos más importantes.

Cierto, es diferente en Estados Unidos, en que todos los jueces pueden determinarlo, pero hay una Corte Suprema. En Europa se prohíbe que los jueces puedan decir si una ley es constitucional o no. Es un monopolio de la Corte Constitucional. Creo que es un sistema que funciona bien, y Kelsen explicó en 1942 por qué era necesario, en un artículo famoso.

Es necesario este monopolio porque sólo el Tribunal Constitucional en Europa es capaz de oponerse al poder político. Los jueces ordinarios europeos no tienen esta capacidad, únicamente la tiene el Tribunal Constitucional, lo que explica su composición: generalmente está compuesto por personalidades muy importantes que han ejercido responsabilidades anteriormente. Por ejemplo, en Francia ahora en el Consejo Constitucional está el antiguo ministro de salud, ex presidente del Parlamento Europeo. El presidente es un antiguo ministro de Relaciones Exteriores; todos son juristas, pero varios han ejercido una función importante antes de ser juez Constitucional.

Creo que esta condición es necesaria en Europa, porque los jueces ordinarios tradicionalmente no pueden oponerse al poder político. Son jueces funcionarios y no tienen la legitimidad política democrática para controlar los actos del poder político. Sólo un tribunal restringido, compuesto por personalidades importantes nombradas por las fuerzas políticas, puede ejercer ese control, y es significativo que en el seno de los tribunales constitucionales, generalmente los más habilidosos son los antiguos hombres políticos, desde luego más que los magistrados tradicionales.

Pero no es sólo un juez constitucional único, es también un **poder constitucional**. Ésta es una gran cuestión ahora en Europa: la justicia constitucional no es únicamente justicia, sino también un Poder Constitucional, viniendo a cuestionar la separación clásica de los tres poderes del Estado.

La justicia constitucional no es uno de los tres poderes, ni Ejecutivo, ni Legislativo (aunque hay quienes dicen que es una tercera cámara legislativa, pero no es exacto, pues no decide de la misma manera). Es un juez, no una asamblea política, tiene una jurisprudencia.

En el sistema americano la justicia constitucional hace parte del tercer poder (judicial), pero no en Europa. Es muy significativo que en las Constituciones más recientes no figura entre los tres poderes, sino aparte. En un capítulo específico de la Constitución, con un título diferente, allí se halla el Tribunal, Corte o Consejo Constitucional.

Si no es uno de los tres Poderes ¿qué es?

Primera fórmula: es un cuarto poder. Es posible considerar que están los tres poderes clásicos y un nuevo poder que es la Justicia Constitucional. Otra explicación es que al lado de los tres poderes va a supervisarlos y a hacer que ellos respeten la Constitución en la distribución de las competencias. Es muy interesante que en Francia la distinción entre los tres poderes es efectiva desde que la justicia constitucional ha sido efectiva, desde 1971. En Francia no había un tercer poder, sólo Ejecutivo y Legislativo. Ahora tenemos un poder judicial, porque la Justicia Constitucional va a darle bases, protegerlo contra los otros poderes. En Italia es muy interesante ver en años recientes cómo el Poder Judicial creció, y al momento hay conflicto entre Poder Judicial y Legislativo, y la Corte Constitucional tiene que decidir las competencias respectivas. Tenemos en Europa una competencia particular de la Corte Constitucional que permite juzgar los conflictos entre órganos, que está en Alemania, Italia, España. La Corte Constitucional es como un árbitro entre los tres poderes.

Mi explicación es que más que un poder en sí mismo, la Justicia Constitucional está destinada a supervisar a los otros tres poderes y a hacer que la Constitución sea respetada por ellos. Creo que es una de las funciones más importantes de la Justicia Constitucional. Ciertamente, tiene también que proteger los derechos fundamentales, pero va a protegerlos limitando a los poderes del Estado.

En Francia hubo cambios demasiado fuertes y la Justicia Constitucional es la que va a regular el cambio, lo va a autentificar. Este papel ha permitido al sistema francés continuar, porque en los años 1981 a 1986 los riesgos de quiebre del sistema eran muy importantes, y en esto el papel de la Justicia Constitucional ha sido fundamental.

Creo que en circunstancias diferentes es lo mismo, por ejemplo en los países ex comunistas; el papel es importante de otro lado, pues va a purgar la legislación que existía antes. Esto también sucedió en Italia, ya que la legislación fascista fue limpiada por la Justicia Constitucional. En Alemania también, y ahora es lo mismo en Europa Central y Oriental. Es un trabajo de limpieza del orden jurídico anterior, muy importante, que implica también un papel pedagógico.

Hoy es imposible concebir un sistema constitucional sin un Tribunal o Corte Constitucional. Pero las condiciones de buen funcionamiento son precisas y creo que hay que elegir ciertas soluciones, pues no es posible disponer de todo al mismo tiempo, de todas las competencias. Una Justicia Constitucional con muchas atribuciones no funciona bien, es demasiado fuerte. El poder político va a ser su mayor opositor. Creo que hay que ser modesto, y poco a poco imponerse, adquiriendo un papel cada vez más importante.