

## EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL DERECHO COMPARADO

Por el Dr. Mauro CAPPELLETTI  
Profesor Titular y Director del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia

Traducción de los licenciados Cipriano GÓMEZ LARA y Héctor FIX ZAMUDIO, Profesores de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.

### III

#### ANÁLISIS DOGMÁTICO-COMPARATIVO DE LOS MÉTODOS MODERNOS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS LEYES, DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO \*

SUMARIO: 8. *Clasificación de los métodos modernos de control jurisdiccional, según sus elementos estructurales.*—9. *Los dos grandes sistemas de control jurisdiccional, desde el punto de vista subjetivo: el difuso o americano, y el concentrado o austriaco.*—10. *Ventajas e inconvenientes de estas dos categorías de control constitucional.*

8. *Clasificación de los métodos modernos de control jurisdiccional, según sus elementos estructurales.*—Según el programa que nos hemos fijado, tengo el propósito de abordar, en ésta y en las otras dos conversaciones restantes, el tema del control judicial de constitucionalidad de las leyes desde el punto de vista analítico-estructural y dogmático.

Tendré el constante cuidado de mantener este análisis dogmático-estructural sobre un plano de comparación concreta, con el objeto de destacar, en cuanto ello sea posible, una especie de panorama tipológico, es decir, un pa-

---

\* Conferencias sustentadas los días 24, 25 y 26 de febrero de 1965, en la Facultad de Derecho de la UNAM, como parte integrante de los Cursos de Invierno organizados por la citada Facultad, que complementan, con las discusiones de mesa redonda, las dos conferencias anteriores, publicadas en nuestro número 60, octubre-diciembre de 1965.

norama —así sea sumario— de los varios tipos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, adoptados en los diversos países, o cuando menos (ya que obviamente no podrá hacerse aquí una especie de enciclopedia universal), en algunos países.

La “*richterliche Prüfung von Gesetzen*” (revisión judicial de las leyes) o “*Normenkontrolle*”, como nuestro tema es denominado en Alemania, será sometido a un análisis que debe referirse principalmente a los siguientes elementos estructurales del fenómeno que se examina:

I. Sobre los *órganos* a los cuales corresponde el poder de control, pudiéndose hablar, a este respecto, de un análisis *subjetivo*.

II. Sobre la *forma* en que se plantea y resuelve la cuestión de constitucionalidad.

III. Sobre los *efectos* que se derivan de la decisión judicial sobre la cuestión de constitucionalidad, tanto en relación con la ley sometida al control, como también respecto al caso concreto en el cual se hubiese planteado eventualmente la misma cuestión.

Finalmente, se hará referencia a otros aspectos del fenómeno que se analiza, los que, por otra parte, no podrán examinarse íntegramente, debido al límite de tiempo que se nos ha impuesto.

9. *Los dos grandes sistemas de control jurisdiccional, desde el punto de vista subjetivo: el difuso o americano, y el concentrado o austriaco.*—Bajo el primer enfoque o sea el “subjetivo”, es decir, el relativo a los *órganos a los cuales se confía el poder de control*, se pueden distinguir, sustancialmente, dos grandes sistemas de control judicial de la legitimidad constitucional de las leyes ordinarias: un primer tipo, en el cual (como se verá posteriormente con mayor detalle), el poder de control es *difuso*, pues se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios; y un segundo tipo, en el cual, por el contrario, ese poder de control es *concentrado*, en virtud de que se centraliza en un solo órgano judicial.

Resulta casi inútil mencionar, especialmente a vosotros maestros y amigos mexicanos, que entre estos dos tipos fundamentales, pueden también señalarse *tipos intermedios*; y que, entre estos últimos, debe situarse, en mi opinión, el sistema adoptado aquí en México, de gran interés para el estudioso; el cual, en virtud de una contradicción, al menos aparente, entre los artículos 103 y 133 de la Constitución mexicana,<sup>72</sup> difícilmente podría clasificarse con

<sup>72</sup> Cfr. sobre esta materia y las referencias relativas, a FIX ZAMUDIO, *El Juicio de amparo*, cit., pp. 167-194; 246-257; 296-298; 378-380 y especialmente, pp. 175-180, 247-251.

precisión dentro de alguno de los dos sistemas típicos que se han mencionado —y que se analizarán en ésta y en las próximas pláticas— ya sea bajo el aspecto de los órganos de control, o en relación con la forma de acuerdo con la cual se resuelve la cuestión de la constitucionalidad de las leyes.

Espero, por otra parte, tener la posibilidad de discutir en otra ocasión con vosotros, o al menos con algunos de vosotros, el tema específico del control judicial de la constitucionalidad de las leyes y del *amparo contra leyes*, en la forma en que éste se desenvuelve en vuestro país; por lo que debéis disculparme, que en estas conferencias intencionalmente me abstenga de hacerlo.<sup>73</sup>

El primer tipo de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, es decir, el control *difuso*, ha sido también llamado<sup>74</sup> “americano”, en virtud de que surgió por vez primera y todavía en la actualidad se realiza, en los Estados Unidos de América, de cuyo sistema jurídico constituye, como ha escrito un autorizado constitucionalista de aquel país: *the most unique and most characteristic institution*.<sup>75</sup>

Por el contrario, el segundo tipo, es decir, el *concentrado*, se puede denominar también *austriaco* porque su arquetipo más interesante ha sido configurado por la Constitución Federal (*Bundesverfassung*) austriaca de 10. de octubre de 1920, y que habiendo sido suprimida durante la ocupación nacional socialista fue puesta de nuevo en vigor en la última guerra, según el texto de la reforma de 1929.

El tipo *americano* o *norteamericano* de *judicial review* fue imitado recién

---

<sup>73</sup> Este tema fue efectivamente discutido, entre otras materias relacionadas con el juicio de amparo, en la Mesa Redonda que se efectuó en la Facultad de Derecho de la UNAM, el 26 de febrero de 1965, bajo el título *Amparo y/o casación*, en la que figuró como ponente el propio Prof. Mauro CAPPELLETTI, y como participantes los Doctores Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, y Humberto BRISEÑO SIERRA, y los licenciados Héctor FIX ZAMUDIO y Luis CAPÍN MARTÍNEZ, bajo la Presidencia del doctor Ignacio MEDINA Jr. La versión de dicha Mesa Redonda se consigna al final de las Conferencias.

<sup>74</sup> Por ejemplo, por mi estimado amigo, el Prof. Héctor FIX ZAMUDIO, *El Juicio de amparo*, cit. p. 379, nota 33.

<sup>75</sup> B. F. WRIGHT, citado por Hans SPANNER, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, Wien, Springer-Verlag, 1951, pp. 6-7; respecto del análogo sistema canadiense de *judicial review*, el cual, en su núcleo central, debe considerarse como sustancialmente *identical to that of the United States* Cfr. J. A. C. GRANT, *Judicial Review in Canada: Procedural Aspects*, en “The Canadian Bar Review”, 42 (1964), pp. 195 y ss.; lo mismo puede repetirse, más o menos correctamente a propósito de los sistemas adoptados en otros países del *Commonwealth*, como por ejemplo, Australia y la India, Cfr. Mc. WHINNEY, *Constitutional Review in the Commonwealth*, cit., pp. 75 y ss.; ID., *Judicial Review in the English Speaking World*, cit., *passim*.

temente, pero a decir verdad, con escaso acierto, por la Constitución japonesa vigente de 3 de mayo de 1947.<sup>76</sup>

Por otra parte, aunque en fechas menos recientes, el mismo tipo americano de control judicial de las leyes encuentra analogías también en Europa, y particularmente en el derecho suizo, en el cual el *richterliche Prüfungsrecht* (derecho de revisión judicial), está limitado a las leyes cantonales (*kantonale Gesetze*) contrastantes con la Constitución Federal, excluyéndose, por el contrario, respecto de las leyes federales (*Bundesgesetze*);<sup>77</sup> y también en los derechos noruego y danés, en los cuales se considera como “indiscutible” la facultad de los tribunales de controlar la conformidad de las leyes con la Carta Fundamental, desaplicando las que se estimen como inconstitucionales.<sup>78</sup>

En Italia, durante el período de 1948 a 1956, o sea, desde la entrada en vigor de la Constitución “rígida”, hasta el momento en el cual comenzó a funcionar la Corte Constitucional, se adoptó provisionalmente, de acuerdo con el artículo VII de las disposiciones transitorias, de la propia Carta Suprema, un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, similar al americano; y lo mismo puede decirse de Alemania en la época de la Constitución de Weimar.<sup>79</sup>

La característica fundamental de este primer tipo de control de la constitucionalidad de las leyes, radica en la realización de un control judicial *difuso*, mientras que, por el contrario, lo que distingue al segundo tipo, es

<sup>76</sup> Sobre esta materia puede consultarse a Shirô KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, en *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 328 y 336; sobre los orígenes de esa Constitución, Cfr. N. L. NATHANSON, *Constitutional Adjudication in Japan*, en *The American Journal of Comparative Law*, 7 (1958), pp. 195, 217.

<sup>77</sup> Cfr. Max IMBODEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, en *Max-Planck-Institut, op. ult. cit.*, p. 513; R. H. GROSSMANN, *Die staats und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz*, Zürcher Dissertation, Zürich, 1948, *passim*.

<sup>78</sup> Cfr. Frede CASTBERG, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark*, en *Max-Planck-Institut, op. cit.*, p. 428; ID. *Die Zuständigkeit der Gerichte in USA und Norwegen zur Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 48, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1960.

<sup>79</sup> Cfr., por ejemplo SPANNER, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, cit., p. 5: *die Praxis der Gerichte hat sich nach der grundsätzlichen Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. November 1925... allgemein zur Bejahung des richterlichen Prüfungsrechte gegenüber Gesetzen bekannt, und zwar zu einem Prüfungsrecht, das jedem Gericht zusteht, wenn die Frage der Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes eine Vorfrage für die vom Gericht zu treffende Entscheidung bildet. Das Gericht ist... nur befugt, dem für verfassungswidrig erachteten Gesetz im konkreten Fall die Anwendung zu versagen* (“De acuerdo con la fundamental sentencia del Tribunal Supremo de 4 de

decir, el que hemos llamado *austriaco*, es que se efectúa a través de un control *concentrado*.<sup>80</sup>

Cuando se habla de control *difuso* de la constitucionalidad, se pretende significar, como es evidente, que la facultad de control no se concentra en un único órgano judicial, sino por el contrario corresponde, en general, a todos los órganos judiciales de un determinado país. La doctrina, que se encuentra en la base del mecanismo de control *difuso* de la constitucionalidad de las leyes, es muy coherente y de gran simplicidad, ya que se trata, al fin de cuentas, de aquella misma doctrina que en una plática anterior hemos descubierto como el fundamento de la famosa decisión redactada en 1803 por John *Marshall* en el caso *Marbury* contra *Madison*, y que con antelación ya había sido claramente formulada por Alexander *Hamilton*.<sup>81</sup>

Se razona, en sustancia, de la siguiente manera: los jueces están obligados a interpretar las leyes a fin de aplicarlas a los casos concretos que cotidianamente se someten a su decisión; uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes, es aquel según el cual, cuando dos disposiciones legislativas contrastan entre sí, el juez debe aplicar la que tenga preeminencia; tratándose de disposiciones de igual fuerza normativa, la preeminencia será indicada por los usuales criterios tradicionales: *Lex posterior derogat legi priori*; *Lex specialis derogat legi generali*, etc., pero estos criterios carecen de validez cuando el contraste se presenta entre disposiciones de diversa fuerza normativa; y así, la norma constitucional, cuando la Constitución es "rígida", más bien que "flexible", prevalece siempre sobre la disposición ordinaria contrastante, del mismo modo, por ejemplo, que la propia ley ordinaria prevalece sobre el reglamento es decir, en la terminología alemana, las *Gesetze* (leyes) prevalecen sobre los *Verordnungen* (reglamentos); *ergo*, se concluye, que cualquier juez, encontrándose en el deber de decidir un caso en el cual tenga relevancia una norma legislativa ordinaria opuesta a la norma constitucional, debe desaplicar la primera, y aplicar, por el contrario, la segunda.

---

noviembre de 1925, la práctica de los tribunales se ha mostrado, en general, favorable al derecho de revisión judicial de las leyes, especialmente en el sentido de considerar que corresponde a cada tribunal un derecho de revisión cuando la inconstitucionalidad de una ley constituya para el tribunal una cuestión perjudicial que afecte a una sentencia. El Tribunal está autorizado únicamente, en relación con la ley considerada inconstitucional, a negar su aplicación en el caso concreto").

<sup>80</sup> Cfr. sobre esta terminología, Piero CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padova, Cedam, 1950, p. 5.

<sup>81</sup> *The Federalist*, Vol. II No. LXXVIII, p. 294, New York, 1788; relacionado por Charles L. BLACK, Jr. *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, New York, MacMillan, 1960, pp. 158, 229.

La coherencia y la simplicidad de este razonamiento llegan al extremo de que, para quien no haya profundizado en esta fascinante materia, se preguntará por qué extraña razón la Constitución austriaca de 1920-1929 prefirió, por el contrario, un sistema *concentrado* de control de la constitucionalidad de las leyes;<sup>82</sup> cuál es el motivo, más extraño aún, por el que este mismo sistema fue seguido por otras Constituciones recientes, especialmente de Europa Occidental, pero también por las de otras regiones del mundo; debiendo señalarle al respecto, a la infortunada Constitución española de 1931.<sup>83</sup>

Particularmente debemos señalar a la Constitución de la República Italiana que entró en vigor el primero de enero de 1948, especialmente a partir de 1956, cuando inició sus actividades la Corte Constitucional establecida en esa Ley Fundamental; a la vigente Constitución Federal alemana de 23 de mayo de 1949, así como las Cartas Fundamentales más recientes de la República de Chipre de 16 de agosto de 1960;<sup>84</sup> la de la República Turca del 9 de julio de 1961;<sup>85</sup> y finalmente, la de la República Socialista Federal de Yugoslavia, de 7 de abril de 1963, la que asume especial interés, en virtud de que, por primera vez prevee la introducción de un control judicial de la constitucionalidad de las leyes en un país de régimen comunista, control que se confía a una Corte Constitucional Federal especial, y además, en el plano regional, a Cortes Constitucionales de las Repúblicas Federadas, también de carácter especial.<sup>86</sup>

Pero no obstante esta aparente incongruencia, el sistema introducido por

<sup>82</sup> Cfr. sobre esta materia, Erwin MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, en *Max-Planck-Institut*, op. cit., pp. 445, 486 y *passim*.

<sup>83</sup> Cfr. Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 503 y ss.

<sup>84</sup> Cfr. Willi BRÜMEL, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republic Zypern*, en *Max-Planck-Institut*, op. cit., pp. 643 y ss., 676 y ss.

<sup>85</sup> A. Ulkü AZRAK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), pp. 73 y ss.; Tahsin Bekir BALTA, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, en *Max-Planck-Institut*, op. cit., pp. 550 y ss., una traducción al alemán de la Constitución turca, en la parte relativa a esta materia, puede consultarse en *Max-Planck-Institut*, op. cit., pp. 997 y ss., y la versión castellana puede leerse en *Información Jurídica*, Nos. 234-235, Madrid, noviembre-diciembre de 1962, pp. 74 y ss.

<sup>86</sup> Cfr. Jovan DJORDJVIC, *Les Cours constitutionnelles en Yugoslavie*, en *Le nouveau Droit Yugoslave*, XIV (1963), No. 4, pp. 9 y ss.; ver también F. R. LACY, *Yugoslavia: Practice and Procedure in a Communist Country*, en *Oregon Law Review*, 43 (1963), pp. 1, 13-14; y en general, C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964, p. III.

la Constitución austriaca de 1920-1929, y posteriormente, por las otras Leyes Fundamentales, antes mencionadas, no fue adoptado sin buenas razones, como lo pretendo demostrar en seguida:

En el método de control *difuso* de la constitucionalidad, es decir, en el llamado método *americano*, todos los órganos judiciales, inferiores y superiores, federales y locales, poseen, según se ha visto, el poder-deber de des-aplicar las leyes inconstitucionales en los casos concretos sometidos a su conocimiento.

Ahora bien, intentemos imaginar, como hipótesis de trabajo, una situación que, por lo demás, puede presentarse realmente, como se ha señalado, en Suiza, Noruega o Dinamarca, y que también pudo efectuarse en Italia durante los años de 1948 a 1956; tratemos, pues, de imaginar la introducción del llamado método *difuso* de control en los sistemas jurídicos de Europa Continental, y, con mayor generalidad en los sistemas llamados de *civil law*, es decir, de tradición romanista, en los cuales no existe el principio anglosajón de la obligatoriedad de los precedentes o *stare decisis*.

La introducción en los sistemas de *civil law* del método *americano* traería la consecuencia de que una misma ley podría ser desaplicada en virtud de que algunos jueces la estimaran inconstitucional, mientras que otros juzgadores, por el contrario, la consideración aplicable, porque en su concepto no contradice a la Ley Suprema. Además, podría suceder que el mismo órgano judicial, que ayer hubiese desaplicado una ley determinada, la aplicase hoy por haber cambiado de opinión sobre el problema de su constitucionalidad.<sup>87</sup>

Podrían inclusive formarse verdaderas y propias contradicciones entre las tendencias de los órganos judiciales de diverso tipo o nivel; por ejemplo, una mayor inclinación de los órganos judiciales inferiores (integrados normalmente por jueces más jóvenes y por lo tanto, menos ligados al pasado) para afirmar la inconstitucionalidad de las leyes, y, por el contrario, los jueces superiores (y más antiguos), propenderían a considerar válidas las mismas leyes, como precisamente aconteció en Italia en el período de 1948-1956, según mi experiencia directa; y tengo noticia de que actualmente se presenta la misma situación, y de manera impresionante, en el Japón.<sup>88</sup>

Los resultados, extremadamente peligrosos de este sistema, podrían desembocar en una grave situación de *incertidumbre del derecho*, perjudicial tanto para los individuos como para la colectividad, e inclusive para el Estado.

El tener razón o el estar equivocado, en una situación de tal género, no

<sup>87</sup> Cfr. sobre esta materia, también F. PIERANDREI, voz *Corte costituzionale*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 381, 386 y ss.

<sup>88</sup> Cfr. КИВОМІЯ, *op. cit.*, pp. 336-337.

debería de otra cosa, sino del hecho de acudir a un juez, en vez de otro; e inclusive, después de que una de las partes hubiese obtenido resolución favorable en primera instancia, podría ocurrir que en apelación, la ley que fue desaplicada por el juez inferior con apoyo en una opinión jurisprudencial de inconstitucionalidad, generalmente aceptada, por el contrario, se considerase aplicable por no ser inconstitucional, y así sucesivamente.

Situación tan grave de incertidumbre jurídica, que se evita en el sistema mexicano, debido a una obligatoriedad limitada de los precedentes, a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, o en virtud de la nueva e ingeniosa institución de la “suplencia de la queja deficiente” en materia de leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la propia Suprema Corte,<sup>89</sup> no se manifiesta en el sistema de los Estados Unidos de América, por el simple hecho de que, en dicho país impera el principio fundamental del *stare decisis*, aunque con muchas atenuaciones que no es necesario mencionar, porque no invalidan lo que hemos manifestado anteriormente.

El resultado final del principio del *stare decisis* se traduce en que, aún cuando pueden surgir divergencias entre los diversos tribunales estadounidenses (locales y federales) en cuanto a la constitucionalidad de una determinada ley, a través del sistema de las impugnaciones, la cuestión de constitucionalidad puede ser decidida por los órganos judiciales superiores, y particularmente, por la *Supreme Court* federal, cuya decisión será, desde ese momento en adelante, *obligatoria para todos los órganos judiciales* —o por lo menos, para todos los otros órganos judiciales— de aquel país.

En otras palabras, el principio del *stare decisis* opera de tal modo que la decisión de inconstitucionalidad de la ley termina por asumir una verdadera y propia eficacia *erga omnes*, y no se limita a producir el simple y puro efecto de la *desaplicación de la ley a un caso concreto y específico*, pero con la posibilidad de que en otros casos la misma ley pueda ser aplicada con posterioridad; sino que una vez desaplicada una ley por la *Supreme Court*, por considerarla contraria a la Constitución, prácticamente es una “ley muerta”, aunque no faltan algunos casos, *realmente excepcionales*, de resurrección de la propia ley, debido a un “cambio de ruta” de la propia Corte.

De esta manera puede observarse que este razonamiento, que como he mencionado ya había sido claramente formulado por *Hamilton* en *El Federalista*, y que posteriormente se encuentra en la base de la sentencia redactada en 1803 por *John Marshall* en el caso *Marbury* contra *Madison*, operó en realidad sobre un plano considerablemente más amplio que aquel que a primera vista pudiera imaginarse.

<sup>89</sup> Cfr. FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, cit., pp. 403 y ss. 406-408.



En verdad, dicho razonamiento aparentemente estaba dirigido a resolver el problema de la inconstitucionalidad de las leyes, dentro de la esfera de la *interpretación* de las leyes mismas, al sostener que siendo la norma constitucional “más fuerte” que la ordinaria, el juez, al decidir un caso en el cual tuviere relevancia una disposición que considerase contraria a la Ley Suprema, debía “interpretar el derecho” de modo de que diera preferencia a la norma constitucional y no le fuese contraria a la Carta Fundamental, lo que se traducía, no en una *invasión* del juez en la esfera del poder legislativo, sino en una *simple desaplicación* de la ley en ese caso concreto.

Pero he aquí que por el contrario, a través del instrumento del *stare decisis*, esa “mera desaplicación”, limitada al caso concreto y no obligatoria para los demás jueces y para los otros casos, concluye, contrariamente, por agigantar sus efectos, convirtiéndose, en sustancia, en una verdadera y propia *eliminación de la norma inconstitucional*, final y definitiva, válida para siempre y para cualquier otro caso; termina, finalmente, por convertirse en una verdadera y propia *anulación de la ley*, que por regla general, produce además efectos retroactivos, como veremos en la quinta y última de estas pláticas.

Si los países de Europa Continental y, en general, aquellos a cuya tradición jurídica resulta extraño el principio del *stare decisis*, pretendían llegar a los mismos o similares resultados, obviamente deberían utilizar instrumentos jurídicos diversos de los adoptados en el sistema estadounidense.<sup>90</sup>

En suma, era necesario, o por lo menos, oportuno que en los países en los cuales era desconocido el principio del *stare decisis*, encontrar un sustituto adecuado de la *Supreme Court* norteamericana, es decir, un órgano judicial al cual confiar la tarea de decidir sobre las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, con eficacia *erga omnes*, para evitar de esta manera el peligro de la caótica incertidumbre del derecho, a que me he referido con anterioridad.

Colocados frente a esta exigencia, los “padres” de la Constitución austriaca —los cuales, como es bien sabido fueron influenciados particularmente por el pensamiento del ilustre jurista vienés Hans Kelsen— consideraron conveniente crear un órgano judicial especial, una *Verfassungsgerichtshof*, es decir, una Corte Constitucional (artículos 137 a 148 de la *Bundesverfassungsgesetz*) (Ley Constitucional Federal) austriaca.

<sup>90</sup> Incidentalmente mencionaré, a este propósito, que los *Parlements* franceses —los cuales, como ya se ha visto en la plática anterior, antes de la Revolución habían introducido en Francia una especie de control jurisdiccional de las leyes— formularon, además, una doctrina sobre la fuerza obligatoria de los precedentes, la cual fue suprimida también por la Revolución, Cfr. R. DAVID y H. P. de VRIES, *The French Legal System*, New York, Oceana, 1958, p. 113.

La misma solución fue adoptada posteriormente por la Constitución Italiana de 1948 (artículos 134-137, relativos a la Corte Constitucional); por la *Bonner Grundgesetz* (Ley Fundamental de Bonn) de 1949 (artículos 92-94, 98-100 y 126, referentes al *Bundesverfassungsgericht*, o sea el Tribunal Constitucional Federal), y finalmente, también por otras Cartas Fundamentales más recientes, y mencionadas con anterioridad, es decir, las Constituciones de Turquía, de Chipre y de Yugoslavia.<sup>91</sup>

Esta solución ha dado lugar a lo que se ha llamado el control “concentrado” de la constitucionalidad de las leyes, concentrado precisamente en un único y particular órgano judicial, ideado y creado especialmente para esta función de la *richterliche Prüfung von Gesetzen* (revisión judicial de las leyes) o *judicial review*, y además, para otras funciones que en este momento no nos interesan, pero que tienen siempre una estrecha relación con las finalidades de garantía de la norma constitucional (*giustizia costituzionale, Verfassungsgewissensgerichtsbarkeit*).

Este sistema de control concentrado de la constitucionalidad significa una profunda diferencia en relación con el sistema americano del control “difuso”. En efecto, en el sistema concentrado, como ocurre en Austria, Alemania Federal y en los otros países mencionados, resulta evidente que carece de validez el clásico razonamiento de *Hamilton* y de *Marshall*, el cual resolvía el problema de la ley inconstitucional con un carácter de mera *interpretación* y de consiguiente aplicación o desaplicación de la Ley.

En verdad, en el sistema de control concentrado, la *inconstitucionalidad*, y por consiguiente, la invalidez (y por tanto, la inaplicabilidad) de la ley, no puede ser determinada y declarada por *cualquier juez* como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación y de aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por el contrario, los jueces *comunes* (civiles, penales o administrativos) son *incompetentes* para conocer de la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes, así sea *incidenter tantum*, es decir, con eficacia limitada al caso concreto.<sup>92</sup>

Dichos jueces comunes tienen siempre la obligación —si se me permite la expresión— de “aceptar como buenas” las leyes existentes, con excepción,

<sup>91</sup> Si bien con algunos aspectos peculiares, como por ejemplo el que se descubre en el cotejo de los artículos 144, fracción III y el 148 de la Constitución de la República de Chipre; Cfr. sobre esta materia, BLÜMEL, *op. cit.*, pp. 681 y ss., 736 y ss.; consúltese también R. BERNHARDT, *Vergleichende Sachberichte: Normenkontrolle in Max-Planck-Institut*, *op. cit.*, p. 736 del texto y notas 109 y 110.

<sup>92</sup> Cfr. por ejemplo a MELICHAR, *op. cit.*, pp. 445, 459-460; Ernst FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgewissensgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, en *Max-Planck-Institut*, *op. cit.*, pp. 136-137.

tal vez, que examinaremos en nuestra próxima plática, que se presenta en Italia y Alemania, pero no en Austria, de la facultad de suspender el proceso que se tramita ante ellos, con el fin de elevar ante el juez especial constitucional, la cuestión de constitucionalidad surgida con motivo de ese proceso.

En tal virtud, no resulta injustificada la idea del estudioso que al respecto pretende hablar de una verdadera y propia presunción absoluta de validez de las leyes; una presunción operante para todos los jueces, excepción hecha de la Corte Constitucional; una presunción que, obviamente, no existe de ninguna manera en los sistemas que han adoptado el método del control "difuso" de la constitucionalidad.

10. *Ventajas e inconvenientes de estas dos categorías de control constitucional.*—Veremos en la próxima plática cuál es el mecanismo para llevar ante las diversas Cortes Constitucionales, ante los varios *Verfassungsgerichte*, las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, y por lo tanto, cuál es el único medio posible en los sistemas de control "concentrado" para desvirtuar la que llamamos "presunción de validez". Pero en este momento es otro el problema que me parece oportuno plantear.

Se ha visto que, si bien es verdad que en el método norteamericano del control "difuso" corresponde a todos los jueces, inferiores y superiores, locales y federales, también lo es que, prácticamente, la última palabra, a través del sistema de impugnaciones, termina por corresponder a las Cortes superiores, y en definitiva, a la *Supreme Court* federal, cuyas decisiones, en virtud de la regla del *stare decisis*, son obligatorias para todos los otros jueces, y no solamente en el caso concreto en el cual surgió esta cuestión.

Pero de acuerdo con la realidad, la *Supreme Court* de los Estados Unidos, como de manera similar la Suprema Corte japonesa establecida sobre el modelo estadounidense por la Constitución de 3 de mayo de 1947,<sup>93</sup> no son de ningún modo los exactos equivalentes de la *Verfassungsgerichtshof* austriaca, de la *Corte costituzionale* italiana, o del *Bundesverfassungsgericht* alemán. Con esto quiero expresar que la *Supreme Court* norteamericana, no es de ninguna manera un órgano judicial que posea funciones *exclusivamente de carácter constitucional*, y que juzgue de acuerdo con un *procedimiento especial ad hoc*; como por el contrario sí las tienen los órganos judiciales europeos antes mencionados.

La *Supreme Court* no es otra cosa que el más alto entre los órganos ordinarios judiciales federales estadounidenses, al cual, como repito, no se llega

<sup>93</sup> Cfr. John M. MAKI, *Court and Constitution in Japan*. Seattle, University of Washington Press, 1964, p. XV, y *passim*.

por medio de procedimientos especiales, sino más bien a través de la reiteración de las impugnaciones normales; en suma, corresponde quizás, *grosso modo*, a la *Corte suprema di cassazione italiana*, a la *Oberster Gerichtshof* austriaca, o a la *Bundesgerichtshof* alemana, más bien que a las Cortes Constitucionales de los países europeos.

Un autor ya mencionado en otras ocasiones, es decir, James Grant,<sup>94</sup> no se equivoca al subrayar que constituye un “error clásico” tratar de encontrar uno o más procedimientos especiales, como por ejemplo los *writs of habeas corpus, of error, of certiorari*, etc., en los cuales apoyar la *judicial review of legislation* del sistema norteamericano, ya que, por el contrario, la regla fundamental de aquel sistema, es que *no* existe un tipo especial de procedimiento, así como tampoco existe un órgano especial competente para las cuestiones constitucionales, las cuales “se deciden según surgen en cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promuevan.”<sup>95</sup>

Se plantea entonces, en este punto, un interesante problema: ¿Por qué la Constitución austriaca de 1920-1929, y sobre las huellas de ésta, las sucesivas Constituciones de Italia, República Federal Alemana y de otros países (como Turquía, Chipre y Yugoslavia) han preferido la solución más complicada de crear órganos judiciales completamente nuevos— las “Cortes Constitucionales”, en vez de elegir el camino más simple de atribuir, así sea en forma “concentrada” y con eficacia *erga omnes*, la tarea del control de la constitucionalidad de las leyes, a cada uno de los órganos judiciales supremos ya existentes; por ejemplo, a la *Corte di cassazione* en Italia, a la *Oberster Gerichtshof* en Austria, al *Bundesgerichtshof* (el antiguo *Reichsgericht*) en Alemania.

Y también se podría agregar, que una preferencia por esta solución ha sido sugerida de *jure condendo* inclusive en el Japón, por un sector de los numerosos críticos del método americano de la *judicial review* adoptada en 1947, y de acuerdo con el cual, hasta el año de 1961, al parecer ni siquiera en un solo caso la Suprema Corte había tenido el valor de declarar la inconstitucionalidad de una ley.<sup>96</sup>

Por lo demás, los tres órganos judiciales mencionados, es decir, la *Corte*

<sup>94</sup> *Op. cit.*, p. 34.

<sup>95</sup> GRANT, *op. ult. cit.*

<sup>96</sup> Cfr. KIYOMIYA, *op. cit.*, p. 336; MAKI, *op. cit.*, pp. XXX, XLIII; por el contrario ITO, *The Rule of Law Constitutional Development*, en *Law in Japan*, editado por A. T. VON MEHREN, Cambridge, Harvard University Press, 1963, pp. 205, 238, texto y nota; y NATHANSON, *op. cit.*, p. 202, quienes recuerdan uno o dos casos.

*di cassazione*, la *Oberster Gerichtshof* y la *Bundesgerichtshof*, poseen ya una secular y más o menos gloriosa historia, en esos tres países,<sup>97</sup> y se encuentran, por decirlo así, en el vértice de la pirámide de los tribunales de sus respectivos países, además de que están especializados en la solución de las más arduas cuestiones de derecho; de todo lo cual se podría fácilmente llegar a pensar que cada uno de ellos hubiera sido más adecuado para ejercitar la nueva, difícil e importante función del control de la constitucionalidad de las leyes, que un órgano judicial nuevo, carente totalmente de tradiciones y privado, por tanto, de prestigio y de una secular experiencia.

Pero, inclusive a este respecto, no me parece que la solución adoptada por la Constitución austriaca, y posteriormente por las otras Cartas Fundamentales que han recorrido el mismo camino, carezcan de excelentes motivos. En efecto, se ha tenido, al menos en Italia, una experiencia de cerca de ocho años, de 1948 a 1956, durante los cuales, no habiendo sido aun creada la Corte Constitucional establecida por la Ley Suprema, la función de control de la constitucionalidad de las leyes, como ya lo he señalado, fue ejercitada transitoriamente por los jueces comunes (en la misma forma que en los Estados Unidos), y en última instancia por la *Corte suprema di cassazione*.

Y no titubeo en manifestar que en esta función, la Corte de Casación *no ha dado buen resultado*,<sup>98</sup> y esto sea dicho con todo el respeto debido a las venerables barbas de los jueces (más bien, de las “señorías”) que la integran. La misma historia secular de ese órgano judicial, antes que haberles sido de ayuda, probablemente lo fue de contrapeso.

La realidad nos muestra que las Constituciones modernas son algo bien diverso de las disposiciones ordinarias que los referidos juzgadores, que en su mayor parte han llegado al término de su larga carrera en la magistratura, por decenios han estado habituados a interpretar, observar y hacer cumplir.

Las Constituciones modernas no se limitan a establecer *de manera estática aquello que es el derecho*, sino sobre todo *fijan directrices y programas dinámicos de acción futura*. Contienen, en suma, las indicaciones de los *valores supremos*, las *rationes*, los *Gründe* (fundamentos), de la actividad futura del Estado y de la sociedad; consisten, en muchos casos, como agudamente lo

<sup>97</sup> Quien pretenda profundizar sobre esta materia puede consultar un famoso libro publicado por Julius MAGNUS, *Die Höchsten Gerichte der Welt*, Leipzig, Moeser, 1929, pp. 3 y ss.; sobre el *Reichsgericht* alemán; pp. 238 y ss. respecto a la *Corte di cassazione* italiana; y pp. 302 y ss., en relación con la *Oberster Gerichtshof* austriaca.

<sup>98</sup> Sobre el “modesto papel” desarrollado por las Cortes Supremas de Noruega y de Dinamarca, respecto a la *judicial review*, Cfr. CASTBERG, *Die Zuständigkeit*, cit., p. 10, II., *Verfassungsgerichtsbarkeit* cit., p. 420.

había observado Piero Calamandrei, especialmente en una “polémica contra el pasado” y en un programa de reformas para el porvenir.

Se deduce, entonces, que la actividad de interpretación y de actuación de la norma constitucional, no es una actividad para la cual siempre pueda considerarse preparado cualquier juzgador, formado en las salas cerradas de los tribunales, a los cuales llegan frecuentemente sólo los atenuados ecos de los acontecimientos tumultuosos y de las palpitantes exigencias de la sociedad. La actividad de interpretación y aplicación de la norma constitucional, con frecuencia se traduce en una actividad necesaria y acentuadamente discrecional y, *lato sensu*, equitativa.<sup>99</sup>

Constituye, en resumen, una actividad mucho más cercana, por la amplitud de sus repercusiones y por el valor y la responsabilidad de las decisiones que implica, a la actividad del legislador y del hombre de gobierno, que a la de los jueces ordinarios; y por tal motivo resulta explicable que Kelsen en Austria y Calamandrei en Italia, y con ellos, un grupo numeroso de tratadistas, hubiesen considerado —aunque equivocadamente, según mi opinión— la necesidad de hablar a este respecto de una actividad de carácter legislativo (*Gesetzgebung*), y con mayor precisión de una función legislativa de carácter negativo (*negative Gesetzgebung*), más que de una actividad de naturaleza propiamente jurisdiccional.<sup>100</sup>

A la luz de una experiencia de casi dos siglos, parece correcta la opinión de que los jueces de la *Supreme Court* de los Estados Unidos, se han colocado, en la mayoría de los casos —salvo algunos críticos períodos de su historia— a la altura de su difícil tarea, y es sabido de todos, que muchos entre los nombres más ilustres de la historia estadounidense han sido precisamente, nombres de jueces de la referida Corte.

Pero lo cierto es que esto ha sido el resultado de múltiples circunstancias, entre las cuales vale la pena subrayar el hecho de que la tarea de la *judicial review of legislation* surgió con el nacimiento mismo de la *Supreme Court*, por lo que ésta ha tenido, en cierto sentido, que elevarse al nivel de su altí-

<sup>99</sup> Cfr. MAURO CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico: Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale*, en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, Cedam, 1958, pp. 83-164.

<sup>100</sup> Sobre estos problemas puede consultarse a OTTO BACHOF, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, en *Summum ius summa iniuria, Tübingen rechtseissenschaftliche Abhandlungen*, Tübingen, Mohr, 1963, pp. 41 y ss.; GERD ROELLECKE, *Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Heildelberg, Verlagsgesellschaft “Recht und Wirtschaft”, 1961; así como el libro muy interesante de FRED V. CAHILL, Jr., *Judicial Legislation*, New York, Ronald Press Company, 1952, especialmente pp. 46 y ss.

sima función, a la cual habría tenido que renunciar, sin la valentía de sus primeros jueces.

Existe además también la circunstancia de que los jueces de este Alto Tribunal, como también los de los restantes tribunales federales (*Federal Courts*), no son magistrados de carrera, como por lo contrario ocurre con los jueces de los tribunales ordinarios europeos, sino que son designados *ad hoc* por el Presidente de los Estados Unidos: *by and with the advice and consent of the Senate*; <sup>101</sup> por lo que, la misma forma de su elección puede reflejarse fácilmente en la exigencia de tener presente el carácter particular de sus funciones.

De esta manera se han expuesto algunas entre las muchas y fundadas razones, de acuerdo con las cuales, las modernas Constituciones europeas, y en particular, las de Austria, Italia, Alemania Occidental y otras más recientes, han preferido no utilizar los órganos judiciales ya existentes y a los miembros de "carrera" de la magistratura ordinaria, para la nueva y fundamental tarea del control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Finalmente, también se explica el motivo en que se apoyan las propias Cartas Fundamentales para crear órganos judiciales completamente nuevos, a los cuales encomendaron la nueva tarea del control de la constitucionalidad de las leyes, los cuales, si bien se encuentran dotados —como todos los órganos judiciales— de plena independencia y de autonomía frente a los otros poderes del Estado, sin embargo se integran en forma análoga a la *Supreme Court* norteamericana y vuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, con magistrados —o por lo menos con una mayoría de ellos— que no son de carrera, sino designados *ad hoc* a través de una selección realizada por los órganos legislativos y ejecutivos supremos del Estado. <sup>102</sup>

<sup>101</sup> Artículo II, Sección 2a., de la Constitución de los Estados Unidos.

<sup>102</sup> Cfr. la Constitución austriaca, art. 147; la Constitución italiana, art. 135, y la Constitución de Bonn, art. 94; en resumen, la *Verfassungsgerichtshof* (Corte Constitucional) austriaca se compone de catorce jueces, ocho de los cuales son designados por el Presidente de la República, a propuesta del Gobierno, y los otros seis deben ser electos por el mismo Presidente de la República entre los propuestos por las dos Cámaras del Parlamento; la Corte Constitucional italiana se integra con quince jueces, nombrados en terceras partes por el Presidente de la República, por el Parlamento y por los órganos supremos de la justicia civil, penal y administrativa; muy similar al sistema italiano es el que se sigue en Turquía, como puede observarse de la redacción del art. 145 de la Constitución de 1961, Cfr. AZRAKI, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, cit., pp. 79 y ss. En cuanto al *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemán) se compone de dieciséis jueces, electos por el *Bundestag* y por el *Bundesrat* (Cámaras del Parlamento). En los tres países mencionados los magistrados de dichos Tribu-

## IV

ANALISIS DOGMATICO-COMPARATIVO DE LOS METODOS MODERNOS  
DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS LEYES, DESDE EL PUNTO  
DE VISTA DE LA FORMA DE REALIZARLO

SUMARIO: 11. *Estudio comparativo entre el control político del sistema francés y el control judicial seguido por los Estados Unidos y otros países tanto de América como de Europa.*—12. *El sistema “americano” como un control judicial “difuso” y el “austriaco” como un método “concentrado” que se tramita por la vía principal.*

11. *Estudio comparativo entre el control político del sistema francés y el control judicial seguido por los Estados Unidos y otros países tanto de América como de Europa.*—Antes de pasar al análisis del “control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes” desde un punto de vista diverso del subjetivo, es decir, de los órganos investidos de la facultad de control, y del cual se ha hablado en las pláticas anteriores, puede ser interesante realizar algunas observaciones de carácter comparativo sobre esta materia, con apoyo en todo lo que hasta este momento se ha venido diciendo.

Desde nuestra primera plática se ha visto cómo en algunos sistemas jurídicos, de los cuales es típico el ordenamiento francés, no existe un control propiamente *judicial* o *jurisdiccional* de la constitucionalidad de las leyes, sino sólo el que se ha definido como control *político*, en virtud de que se ejercita por un órgano que por su estructura, por las formas no procesales de su actividad y por el carácter preventivo del control,<sup>103</sup> así como por otras razones, no puede considerarse como un órgano *judicial* que ejercita atribuciones propiamente *jurisdiccionales*.

La exclusión del control *judicial* de la constitucionalidad de las leyes, repito, ha sido en realidad una idea tenazmente sostenida por las Constituciones francesas, aún por aquellas que poseen un carácter rígido y no flexible.<sup>104</sup>

Cada vez que se ha querido consagrar un control de la conformidad sustancial de las leyes ordinarias con las normas constitucionales, las Constitu-

---

nales Constitucionales deben ser electos sólo entre juristas, es decir, entre personas que además de otros requisitos de edad, etc., deben haber realizado estudios jurídicos profesionales.

<sup>103</sup> Cfr. sobre esta materia a F. PIERANDREI, voz *Corte costituzionale*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 887-888- sub. b).

<sup>104</sup> Cfr. sobre este aspecto a C. EISENMANN y L. HAMON, *La juridiction constitutionnelle en Droit Français*, cit., p. 238 y ss.; también ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Ensayos*, cit., p. 511, nota 26.



ciones francesas han encomendado dicho control a un órgano que carece de naturaleza judicial, como ocurre en las Leyes Fundamentales promulgadas por los dos Napoleones, es decir, la del 22 frimario del año VIII (13 de diciembre de 1799) cuyos artículos 21 a 29 confiaban el control al *Sénat conservateur*, y la del 14 de enero de 1852, en cuyos artículos 25, 26, 27 y 28, se encomendaba al *Sénat*.

Algo similar ocurre en la Constitución de la IV República, de 27 de octubre de 1946, que otorgó al *Comité constitutionnel* un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes;<sup>105</sup> y puede considerarse como similar, según he tenido oportunidad de expresarlo desde la primera conversación, la solución adoptada por la Carta Fundamental de la V República, de 4 de octubre de 1958, que confía al *Conseil constitutionnel*<sup>106</sup> el control de la constitucionalidad, siempre de manera preventiva.

Motivos de diversa naturaleza se encuentran en la base de las citadas soluciones adoptadas por las Constituciones francesas antes mencionadas. Razones *históricas* especialmente, o sea, el recuerdo permanente de las graves invasiones, que con anterioridad a la Revolución, realizaban los jueces franceses, al penetrar con frecuencia en la esfera de los otros poderes, con la consecuencia de que, si bien en ocasiones podían representar un saludable antídoto contra las tendencias absolutistas de la Monarquía, otras veces, por el contrario, adquirirían el sabor de la arbitrariedad y del abuso.<sup>107</sup>

Para percatarse de esta situación es suficiente recordar cómo los puestos judiciales eran considerados por los jueces franceses del *ancien régime*, como un *droit de propriété, un droit patrimonial*, poseído por ellos *au même titre que leurs maisons et leurs terres*;<sup>108</sup> es decir, como un bien patrimonial privado que podía ser vendido, arrendado o cedido en crédito, y que, especialmente debía disfrutarse lo más posible —a cargo, bien se entiende, de las

<sup>105</sup> Cfr. EISENMANN y HAMON, *op. cit.*, p. 242 y ss.; PIERANDREI, *op. ult. cit.*, p. 888; M. EINAUDI, *Le origini*, etc., cit., pp. 13 y ss.; Jeanne LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1954; E. MASSART, *Il controllo*, etc., cit., pp. 605-607.

<sup>106</sup> Sobre este tema puede consultarse también a ABRAHAN, *The judicial process*, cit., 260-264; y en la p. 263 con toda razón el autor afirma en relación con el *Conseil constitutionnel de la Constitución francesa de 1958*, que: *it would be highly misleading to characterize the functions of the Constitutional Council as judicial review* (sería un grave error considerar las funciones del Consejo Constitucional como una revisión judicial).

<sup>107</sup> Cfr. EISENMANN y HAMON, *op. ult. cit.*

<sup>108</sup> Cfr. las referencias relativas en G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2a. Ed., Napoli, Jovene, p. 134; también puede consultarse a P. CUCHE y J. VINCENT, *Procédure civile*, 13a. Ed., Paris, Dalloz, 1963, p. 138.

partes litigantes—; de la misma manera como un buen propietario debe saber disfrutar lo más posible de su derecho. No sin motivo los propios jueces se encontraron con posterioridad entre los adversarios más encarnizados de la Revolución, por lo que la guillotina hizo una buena cosecha de sus honorables cabezas. . .

Deben agregarse a los motivos históricos de la solución adoptada tradicionalmente por Francia, las razones *ideológicas* que, por otra parte, se encuentran estrechamente relacionadas con las primeras. Basta pensar en *Montesquieu* y la teoría de la separación de poderes, que en su formulación más rígida, fue con razón considerada como irreconciliable con toda posibilidad de interferencia y de control de los jueces en la esfera del poder legislativo, además de que este último era estimado como la manifestación de la soberanía popular.

De aquí “la hostilidad que en Francia. . . siempre se ha dirigido contra la idea de que los actos de los órganos superiores, y especialmente las Asambleas Parlamentarias, representativas de la soberanía nacional, fuesen sometidas a control” por parte de los jueces.<sup>109</sup>

En completo contraste con esta concepción francesa, se encuentra obviamente (y no sólo) la estadounidense de los *checks and balances*, que se inspira, no en la ideología de la estricta *separación*, sino en la del *control recíproco y equilibrado* de los poderes del Estado.<sup>110</sup>

Por tanto, a la luz de esta ideología, se explica perfectamente, por una parte, cómo en América el poder judicial pueda controlar la constitucionalidad de las leyes, así como la de los actos administrativos y por otra, cómo es posible que los poderes ejecutivo y legislativo interfieran, a su vez, según se ha visto en pláticas anteriores, en el *appointment* (designación) de los jueces de la *Supreme Court* y de otros tribunales.

Naturalmente que a las razones históricas e ideológicas anteriormente mencionadas, que dieron lugar a la solución que prevalece en Francia, deben también añadirse motivos *prácticos*, ya que constituye un hecho de que las instituciones jurídicas en general, y los organismos judiciales en particular, tienden necesariamente a adecuarse —es decir, a nacer, crecer y morir— según las apremiantes y cambiantes exigencias de la vida práctica, pero a decir verdad con desajustes de demasiada anticipación, o más frecuentemente, de excesivo retardo, respecto al desarrollo de las propias exigencias.

<sup>109</sup> Cfr. PIERANDREI, *op. cit.*, p. 387.

<sup>110</sup> Cfr. FREDÉ CASTBERG, *Die Zuständigkeit der Gerichte in USA und Norwegen zur Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen*, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1960, p. 3.

Ahora bien, la exigencia práctica predominante, que se advierte en la historia francesa de más de un siglo y medio a esta parte, ha sido evidentemente y con mayor fuerza que el establecimiento de una protección contra los excesos del poder legislativo, la de asegurar mediante la gloriosa institución del *Conseil d'Etat*, una tutela contra las ilegalidades del poder ejecutivo, así como, a través de la *Cour de Cassation*, contra las ilegalidades del poder judicial.

Inclusive en la reciente Constitución de 1958, en la que se ha querido establecer un límite muy poderoso a los poderes del Parlamento, esto se ha logrado al aumentar las atribuciones del Ejecutivo y especialmente las del Jefe del Estado, y no incrementando las facultades del poder judicial.<sup>111</sup>

En consecuencia, se advierte un contraste profundo y estricto entre la concepción francesa y la norteamericana; una contraposición que se refleja clara y precisamente en la actualidad, por un lado, en el sistema francés del control *no judicial*, sino *meramente político* (o preventivo), de la constitucionalidad de las leyes; y por el otro, en el opuesto sistema americano de control *judicial* y *difuso*, es decir, en el sistema de la *judicial review*.

Pero si he querido subrayar esta precisa contraposición entre los dos sistemas, inclusive de carácter ideológico, se debe especialmente a que pretendo poner en evidencia cómo las otras Constituciones europeas, de las cuales he hablado en las pláticas anteriores, es decir, aquellas que han establecido un sistema de control (*judicial, sí, pero*) *concentrado* de la constitucionalidad, han adoptado hasta cierto punto, un *camino intermedio* entre el sistema francés y el estadounidense.

En efecto, también en estas Constituciones, especialmente en las vigentes de Austria, Italia y Alemania Occidental, impera, como en el sistema francés, el principio de que a los *jueces les está prohibida toda interferencia y todo control sobre la constitucionalidad de las leyes*, y por tanto, sobre la actividad del Poder Legislativo; de manera que bajo este aspecto, también en estos países se ha conservado el principio sustentado por *Montesquieu* sobre la estricta separación de los poderes del Estado.

Solamente un órgano puede derogar este principio, o sea la Corte Constitucional, que *pertenece al poder judicial*, según implícitamente se desprende del artículo 140, fracción VI de la Constitución austriaca y de los artículos 134 y siguientes de la Ley Fundamental Italiana, y se afirma de manera expresa en el artículo 92 de la Constitución de Bonn.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> Cfr. EISENMANN y HAMON, *op. cit.*, p. 256.

<sup>112</sup> Dicho artículo 92 establece lo siguiente: *Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch das Oberste*

De manera que, desde este punto de vista, en las mencionadas Constituciones europeas y en aquellas, aún más recientes, que han seguido su ejemplo (particularmente las Leyes Fundamentales de Turquía, Chipre y Yugoslavia) existe una aproximación así sea limitada y parcial, al sistema norteamericano, en el cual, el control de las leyes tiene, precisamente, naturaleza *judicial*.

Dicha aproximación se ha acentuado con posterioridad por el hecho de que, como ocurre con el nombramiento de los jueces de la *Supreme Court* de los Estados Unidos, también en la designación de los jueces de las Cortes Constitucionales europeas, intervienen los poderes ejecutivo y legislativo, según lo he puesto de relieve en la conversación anterior; de donde, a este respecto, se puede reconocer también en las vigentes Constituciones austriacas, italiana y alemana, más que la teoría de *Montesquieu* de la estricta separación de los poderes del Estado, una aceptación parcial del sistema de los *checks and balances*.

12. *El sistema "americano" como un control judicial "difuso" y el "austriaco" como un método "concentrado" que se tramita por la vía principal.*— Ahora podemos pasar del aspecto "subjetivo" al examen del que hemos llamado *sector formal* del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, o sea el análisis de la *forma* en que pueden suscitarse las cuestiones de constitucionalidad de las leyes ante los jueces competentes para decidir las, y la manera como son resueltas por ellos.

También bajo el punto de vista "formal", no menos que respecto del "subjetivo", es muy precisa la diferencia entre el sistema estadounidense y el austriaco del control de la constitucionalidad.

En el primero, el control de las leyes que bajo el aspecto subjetivo posee como se ha expresado con amplitud, las características de un control judicial *difuso*, desde el punto de vista "formal" adquiere la naturaleza de un control que se ejercita en *vía incidental*. El sistema austriaco, por el contrario, además del carácter *concentrado* que se ha mencionado con anterioridad, tiene, además, la naturaleza de un control que se ejercita por la *vía principal*.

Con esta terminología<sup>113</sup> se pretende explicar que en los Estados Unidos

---

*Bundesgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt* (El poder de administrar justicia se confía a los jueces. Se ejerce por el *Tribunal Constitucional Federal*, por el Tribunal Supremo, por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de las provincias). Sobre la reciente Constitución turca, que regula a la Corte Constitucional en el capítulo dedicado al poder judicial, Cfr. AZRAK, *op. cit.*, pp. 76 y ss., 80 y ss.

<sup>113</sup> Sobre la cual puede consultarse, por ejemplo, a CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, cit., pp. 5 y ss.

de América —y de manera semejante en aquellos otros países como por ejemplo Japón, Noruega, Dinamarca y Suiza, aunque esta última limitada a las leyes cantonales— se sigue un sistema análogo— las cuestiones de constitucionalidad de las leyes no pueden ser sometidas a la decisión de los órganos judiciales “en vía principal”, es decir, *a través de un proceso constitucional específico y autónomo*, iniciado *ad hoc* por medio de una acción especial; sino que las propias cuestiones sólo pueden plantearse de manera *incidental* en el curso o en ocasión de un proceso concreto de carácter *común* (ya sea civil o penal) y únicamente en cuanto y en tanto la ley cuya constitucionalidad se discute, *sea pertinente para la decisión de ese caso concreto*, queriéndose significar, además, que la competencia para resolver las propias cuestiones de constitucionalidad de las leyes, corresponde, en términos generales y automáticamente, al mismo órgano judicial que debe conocer y decidir el caso concreto en el cual ha surgido el mismo problema de constitucionalidad.

De esta manera, las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, al no ser resueltas por tribunales especiales de constitucionalidad, por regla general, no dan lugar a *procesos constitucionales específicos*, sino sólo a *simples “incidentes” en el ámbito de los procesos comunes* (civiles o penales), con la posibilidad de que ciertas autoridades federales o locales, intervengan en el proceso o, por lo menos, puedan dirigir al tribunal lo que de manera muy expresiva se ha denominado “*amicus curiae brief*” o sea, una petición escrita, en la cual, dichas autoridades, que no tienen el carácter de verdaderas y propias partes, sino de simples terceros interesados en facilitar la tarea de los jueces, expresan su opinión al tribunal sobre la cuestión de constitucionalidad surgida en el caso concreto.<sup>114</sup>

En un reciente y extenso estudio sobre la *judicial review* redactado por Paul Kauper<sup>115</sup> catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan, se expresa que los tribunales estadounidenses, sin excluir a la *Supreme Court*, conocen y resuelven los problemas de constitucionalidad de las leyes *only within the context of concrete adversary litigation* (sólo en el contexto de litigios concretos) y únicamente en cuanto se considere necesario para la decisión del caso particular (*only as necessary to the disposition of the case*).

Además, se ha puesto de relieve, que en el sistema norteamericano, el cual, repito, es el más típico entre aquellos en los que el control de la constitucionalidad se plantea en *vía incidental*, la cuestión de constitucionalidad

---

<sup>114</sup> Cfr. Paul G. KAUPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, en *Max Planck-Institut*, *op. cit.*, pp. 593-594.

<sup>115</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 571, 573.

puede ser planteada de manera incidental en el curso de *cualquier tipo* de procedimiento judicial: *regardless of the nature of the proceeding* (prescindiendo de la naturaleza del procedimiento).<sup>116</sup>

En las antípodas del sistema americano, se encuentra situado el austriaco de control de la constitucionalidad de las leyes, especialmente en su formulación originaria de la *Bundesverfassung* (Constitución Federal) austriaca de 10. de octubre de 1920, y que se modificó parcialmente al poco tiempo, según veremos.

Esta Ley Fundamental no sólo creó una Corte Constitucional especial —la *Verfassungsgerichtshof*—, en la que se concentró la competencia exclusiva para decidir las cuestiones de constitucionalidad, sino además, la propia Constitución confió a la referida Corte la facultad de control, para cuyo ejercicio se requería de una *demanda especial (Antrag)*, o sea, el ejercicio de una *acción específica* por parte de algunos órganos políticos, a los cuales nos referiremos más adelante.

En consecuencia, el control de la constitucionalidad de las leyes venía a estar en Austria, diversamente que en los Estados Unidos de América, *totalmente desvinculado de los casos concretos*, es decir, de los *procesos comunes* (civiles, penales o administrativos); de manera que contrariamente a lo que sucede en América, donde la cuestión de inconstitucionalidad se plantea en *vía incidental* (o también, aunque sin mucha propiedad), en *vía de excepción*, en Austria debe suscitarse siempre en *vía principal*, es decir, en *vía de acción*, mediante una demanda autónoma *especial*, y con la instauración de un *proceso autónomo específico, ad hoc*, ante la Corte Constitucional.

En el sistema originalmente establecido por la Constitución austriaca, los jueces, excepción hecha de la *Verfassungsgerichtshof* (Corte Constitucional), no solamente no tenían ninguna facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes, sino tampoco el poder de desaplicar las que estimaran inconstitucionales, ya que era terminante en este sentido el artículo 89, fracción I, de acuerdo con el cual: “Los tribunales *no* pueden realizar ningún control sobre la validez de las leyes regularmente publicadas” (*Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu*).

<sup>116</sup> Cfr. KAUPER, *op. cit.*, pp. 586-587, 634: “La cuestión constitucional, si es relevante para la resolución del caso y es planteada por una parte interesada (actor o demandado) en un procedimiento contradictorio, puede instaurarse prescindiendo de la naturaleza del procedimiento”; tales cuestiones, por tanto, pueden plantearse indistintamente “en el curso de un proceso civil, por daños y perjuicios, en una reclamación en equidad, en un proceso declarativo o tratándose de recursos extraordinarios tales como *habeas corpus* o *mandamus*.”

Por otra parte, los jueces austriacos tampoco tenían la facultad de solicitar a la Corte Constitucional, que realizara el control que a ellos les estaba prohibido, ya que la cuestión de la constitucionalidad de las leyes, únicamente podía ser planteada ante la Corte Constitucional austriaca por parte de los *órganos (no judiciales sino) políticos*, señalados por la misma Ley Fundamental, es decir, por el Gobierno Federal (*Bundesregierung*) tratándose de solicitar la inconstitucionalidad de las leyes locales, y por parte de los Gobiernos provinciales (*Landesregierung*) tratándose del control de las leyes federales.<sup>117</sup>

La ley austriaca de revisión constitucional (*Bundes-Verfassungsnovelle*) de 1929, modificó parcialmente este sistema de control de la constitucionalidad de las leyes exclusivamente en *vía de acción*; y ustedes tienen conocimiento que el sistema actualmente en vigor en Austria, es el modificado por la *Novelle* de 1929, y si bien fue suprimido por la dictadura, se restableció en su vigencia en la última postguerra, con leves variantes que no nos interesan en este momento.

Esta importante ley de reforma constitucional de 1929, modificó el artículo 119 constitucional, en el sentido de agregar, a la legitimación de los órganos políticos, también la de los órganos judiciales ordinarios, es decir, confiándoles la facultad de instaurar ante la Corte Constitucional el proceso de control de las leyes; es decir, además de los órganos anteriormente autorizados, como el Gobierno Federal y los Gobiernos locales (de los *Länder*), se legitimó también a la *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema para las causas civiles y penales) y a la *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Suprema en materia administrativa).

Pero a diferencia del Gobierno Federal y los Gobiernos *Länder*, estos dos órganos judiciales ordinarios, o sean, la *Oberster Gerichtshof* y la *Verwaltungsgerichtshof*, no pueden plantear a la Corte Constitucional austriaca la cuestión de constitucionalidad en *vía principal*, es decir, por *vía de acción*, sino por el contrario, sólo en *vía incidental o de excepción*, o sea *únicamente en el curso o en ocasión de un proceso ordinario* (civil, penal o administrativo) que se tramite ante ellos, respecto del cual sea pertinente la ley federal o local cuya constitucionalidad se discute.<sup>118</sup>

<sup>117</sup> Consúltese a MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, cit., p. 442.

<sup>118</sup> El artículo 140 de la Constitución austriaca, en su texto vigente, establece que: "La Corte Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de una ley federal o local, a petición de la Corte Suprema o de la Corte Suprema Administrativa, siempre que la citada ley constituya el presupuesto del conocimiento de los propios Tribunales..." (*Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit eines Bundes— oder Lan-*

Por tanto, en el derecho austriaco ha surgido, tal como fue modificado por la *Novelle* de 1929, un sistema de control de la constitucionalidad, de carácter híbrido, bajo el aspecto que estamos examinando, es decir, desde el punto de vista "formal", el cual, si bien posee ventajas, no por ello carece de defectos ostensibles.

En verdad, el sistema adoptado en Austria en el año de 1920, es decir, en el texto originario de la Constitución, demostró, al poco tiempo, que era insuficiente; ya que de acuerdo con él, según se ha visto, sólo los Gobiernos provinciales (de los *Länder*) y el Gobierno Federal, se encontraban legitimados para instaurar en vía principal, el proceso de control ante la Corte Constitucional, en contra de las leyes federales y locales, respectivamente.

Esto significaba claramente que el control de la constitucionalidad, en la práctica adquiriría finalmente una función que si bien era importante, debía considerarse muy limitada, por otra parte, ya que estaba restringida a establecer un dique contra posibles extralimitaciones inconstitucionales de los poderes legislativos de las provincias (*Länder*) o de la Federación, garantizando la recíproca *verfassungsgerechliche Kompetenzverteilung* (repartición constitucional de las competencias) entre la propia Federación y los *Länder*.<sup>119</sup>

Pero como ni el Gobierno Federal ni los de las provincias poseían una *obligación* sino más bien una *facultad discrecional* de instaurar el proceso de control respecto de leyes que estimaran inconstitucionales, era inevitable que dichos órganos políticos se sintieran efectivamente interesados a promover el proceso, únicamente en casos más bien raros y excepcionales.

De esta manera, muchas leyes inconstitucionales podían escapar prácticamente al control de la Corte Constitucional austriaca; y ya hemos visto cómo, de acuerdo con una precisa disposición de la citada Carta Fundamental, las leyes, aún las manifiestamente inconstitucionales, deberían ser aplicadas por todos los jueces, como si fuesen perfectamente válidas.

Según la ley de reforma constitucional de 1929, la legitimación para instaurar el proceso de control ante la Corte Constitucional austriaca, se extendió, como se ha dicho, a los dos órganos judiciales superiores, es decir, a la *Oberster Gerichtshof* (Suprema Corte) y a la *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Suprema Administrativa).

Estos órganos judiciales, aún cuando no pueden *efectuar*, por sí mismos, ningún control sobre la constitucionalidad de las leyes, en esa oportunidad

---

*desgesetzes auf Antrag des Obersten Gerichtshofes oder Landesgesetzes auf Antrag des Obersten Gerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes sofern ein solches Gesetz die Voraussetzung eines Erkenntnisses— des antragstellenden Gerichtshofes bildet...*)

<sup>119</sup> Cfr. MELICAR, *op. cit.*, p. 486.



fueron (y son todavía) legitimados para *solicitar* de la Corte Constitucional la realización del propio control, de manera limitada a las leyes aplicables al caso concreto sometido a su decisión.

En virtud de esta situación, existe una verdadera y propia *obligación*<sup>120</sup> de los dos órganos superiores de la justicia ordinaria y administrativa, de *no aplicar* las leyes cuya constitucionalidad consideran discutible, sin que previamente se hubiese emitido sobre esta materia, la decisión obligatoria de la Corte Constitucional, y en esta forma, ninguna ley está excluida de la posibilidad de control.

En el proceso entablado de tal manera ante la Corte Constitucional pueden intervenir, además de las partes del proceso *a quo*, es decir, la causa pendiente ante la *Oberster Gerichtshof* o la *Verwaltungsgerichtshof*, también los Gobiernos interesados, es decir, el Gobierno Federal cuando se trate de controlar la constitucionalidad de las leyes locales, y en el caso contrario, el Gobierno provincial (*Land*) interesado.<sup>121</sup>

Así, la reforma de 1929 atenuó considerablemente el grave defecto, anteriormente destacado, del sistema austriaco originario del control de las leyes; es decir, su excesiva limitación bajo el aspecto "formal", o sea, en esencia, bajo el punto de vista de los *sujetos a los que corresponde la legitimación para instaurar el proceso de control* ante la Corte Constitucional, en la que se concentra el poder del propio control.

Sin embargo, aún cuando la reforma de 1929 atemperó este inconveniente, el mismo no ha desaparecido por completo, pues se debe hacer notar, que entre todos los órganos de la justicia civil, penal y administrativa, sólo los dos tribunales antes mencionados tienen reconocida su legitimación y todos los otros jueces deben, de manera irremediable, aplicar las leyes a los casos concretos sometidos a su juicio, sin posibilidad de evitar la aplicación, ni siquiera de aquellas leyes que los propios jueces consideren manifiesta o macroscópicamente inconstitucionales.

Todo esto produce la grave desventaja de que en un proceso civil, penal o administrativo, únicamente se podrá desaplicar la ley respectiva en la fase final que se tramita ante la *Oberster Gerichtshof* o ante la *Verwaltungsgerichtshof*, pues aún cuando dicho ordenamiento pueda ser manifiestamente inconstitucional, necesariamente debe ser obedecido por los jueces inferiores.

Ahora bien, este defecto del sistema austriaco se ha evitado en el italiano previsto por la Constitución de 1948 y realizado a partir de 1956, y también

<sup>120</sup> Cfr. MELICHAR, *op. cit.*, p. 460.

<sup>121</sup> Cfr. el artículo 63 de la Ley de la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshofgesetz*) de 1953.

por el sistema alemán introducido por la Constitución de Bonn de 1949,<sup>122</sup> sin que esto signifique el desconocimiento de la grande y meritoria influencia que sobre ambos ordenamientos ha ejercido la Constitución austriaca, a través de un sistema tan original como ingenioso.

Como es sabido, tanto en Italia como en Alemania Occidental, impera, de la misma manera que en Austria, la *prohibición* para los jueces comunes (civiles, penales y administrativos) de realizar un control de la constitucionalidad de las leyes.<sup>123</sup>

Dichos jueces ordinarios carecen de competencia, tanto en Italia como en la República Federal Alemana, para efectuar el citado control de la constitucionalidad, que está reservado de manera exclusiva a los Tribunales Constitucionales de los dos países; sin embargo, en estos últimos, diversamente de lo que ocurre en Austria, *todos los jueces, inclusive los inferiores*, cuando se encuentran frente a una ley que consideren contraria a la Constitución, en lugar de estar obligados a aplicarla, tienen, por el contrario, la facultad (*y el deber*) de someter esta cuestión al Tribunal Constitucional respectivo, a fin de que la resuelva con eficacia obligatoria.<sup>124</sup>

En suma, *todos los jueces*, y no solamente los superiores, *están legitimados para acudir a la Corte Constitucional*, pero sólo en cuanto a las leyes pertinentes a los casos concretos sometidos a su decisión; y el proceso debe ser *suspendido* hasta que la propia Corte resuelva la cuestión de constitucionalidad.<sup>125</sup>

<sup>122</sup> Cfr. FRIESENHAHN, *op. cit.*, p. 138.

<sup>123</sup> O por lo menos, de las llamadas *nachkonstitutionelle Gesetze*, es decir, de las leyes posteriores a la Constitución; Cfr. FRIESENHAHN, *op. cit.*, pp. 105, párrafo final, 106, 136-137; por el contrario, en el sistema italiano no existe ni siquiera este límite.

<sup>124</sup> Cfr. entre muchos otros a FRIESENHAHN, *op. cit.*, p. 136.

<sup>125</sup> Cfr. el artículo 10. de la Ley Constitucional italiana de 9 de febrero de 1948, No. 1; y también el artículo 100, fracción primera de la Constitución de Bonn, que establece lo siguiente: *Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsrichtes einzuholen.* ("Si un tribunal estima inconstitucional una ley cuya validez condiciona su decisión, deberá suspender el procedimiento y solicitar la decisión, si se trata de la violación de la Constitución de una Provincia (*Land*), del tribunal local competente en materia de litigios constitucionales; si se trata de violación de la presente Ley Fundamental, del Tribunal Constitucional Federal. Esta disposición vale igualmente para el caso en que se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por el derecho de una provincia o la incompatibilidad de una ley local con una ley federal").

En tal virtud, es evidente, que en los sistemas italiano y alemán, se ha realizado, bajo el aspecto “formal” que en esta ocasión estamos examinando, una notable aproximación al sistema “americano” de la *judicial review*, porque si bien en Italia y Alemania Occidental, no ocurre que *todos* los jueces sean (como en los Estados Unidos) *competentes* para realizar el control de la constitucionalidad, en cambio *todos* están, por lo menos, *legitimados para solicitar* dicho control a los Tribunales Constitucionales, con motivo de los particulares casos concretos que deben resolver.

Sin embargo, debe tomarse en consideración que a la *legitimación de los jueces* alemanes e italianos, debe agregarse la de otros órganos no judiciales, los cuales pueden *acudir directamente* “en vía principal”, y por tanto, en “vía de acción” y no de manera puramente “incidental” o de “excepción” ante los mencionados *Tribunales Constitucionales*; por lo que desde este punto de vista, existe una diferenciación de los dos sistemas europeos mencionados, respecto del sistema “americano”, y por el contrario, una aproximación al sistema “austriaco” de control de la constitucionalidad.

En Italia, la referida legitimación “en vía de acción” corresponde a los órganos gubernamentales de las regiones (Juntas Regionales), tratándose de leyes nacionales que una de las propias regiones considere invasora de la esfera de competencia que le ha sido reservada por la Constitución (Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948, No. 1, artículo 2o., fracciones 1a. y 2a.); y corresponde, por el contrario, al Gobierno Central, cuando estime que existe inconstitucionalidad de las leyes regionales (art. 127 de la Constitución Italiana).

En la República Federal Alemana, la legitimación para acudir en “vía de acción” ante el Tribunal Constitucional Federal y los Tribunales Constitucionales de las Provincias (*Länder*) para reclamar la inconstitucionalidad de las leyes, corresponde a una serie de órganos y de personas mucho más amplia, como lo son, en particular: el Gobierno Federal, los Gobiernos Provinciales y un tercio de los miembros del *Bundestag* (art. 93 de la Constitución de Bonn),<sup>126</sup> e inclusive los ciudadanos particulares si la ley respectiva produce una afectación inmediata y actual en uno de sus “derechos fundamentales”.<sup>127</sup>

En conclusión, se puede afirmar, que bajo el aspecto “formal”, existió *originalmente una estricta y radical contraposición* entre el método llamado

<sup>126</sup> Cfr. FRIESENHAHN, *op. cit.*, p. 133.

<sup>127</sup> Cfr. M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, especialmente pp. 81 y ss.; traducción española de H. FIX ZAMUDIO, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, Imprenta Universitaria, 1961, pp. 70 y ss.

“americano” —aunque introducido, como se ha visto, en algunos países inclusive de Europa, debiendo insistirse en que en estos últimos no ha tenido éxito apreciable— del control judicial efectuado *exclusivamente en vía incidental*, y el método “austriaco” de control, que de manera opuesta era realizado *exclusivamente en vía de acción*; pero que esta diferenciación se ha ido atenuando en Austria con la reforma de 1929, y con mayor fuerza en los sistemas de control introducidos en la última postguerra en Italia y la República Federal Alemana, e imitados recientemente en algunos otros países, como por ejemplo en la República Turca.<sup>128</sup>

En efecto, tanto en Italia como en Alemania Occidental, las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, pueden ser llevadas al conocimiento de los Tribunales Constitucionales respectivos, de manera “incidental”, es decir, con motivo de casos concretos planteados en procesos civiles, penales o administrativos ordinarios; hablándose a este propósito de una *konkrete Normenkontrolle* (revisión judicial concreta) o también de una *Inzidentkontrolle* (control incidental); pero también “en vía principal”, es decir, a través de un proceso autónomo, dirigido exclusivamente a instaurar el juicio de la Corte sobre la constitucionalidad de una ley y promovido por iniciativa de algunos órganos no judiciales, inclusive a petición de una determinada minoría parlamentaria o de personas particulares; hablándose en este supuesto, de *abstrakte Normenkontrolle* (control normativo abstracto o *abstract review*) para indicar que el control de *legis legitimize* es realizado por la Corte Constitucional sin ninguna relación con determinados casos concretos.

En nuestra próxima plática, que será la última, veremos cómo, siempre bajo el aspecto “formal”, el sistema de control adoptado en Italia y Alemania Occidental, es ciertamente más híbrido y complejo, pero por otra parte, al menos teóricamente, debe estimarse como más completo que el estadounidense; lo mismo, por otra parte, puede decirse —lo expreso incidentalmente— del sistema mexicano, el cual, de manera similar a los mencionados ordenamientos europeos, no es, ni exclusivamente un control promovido en vía incidental ni tampoco un método de control planteado en vía principal, sino un sistema mixto en el cual se encuentra abierta la posibilidad de una “acción de inconstitucionalidad de las leyes”, y también la de un “recurso de inconstitucionalidad”, el último de los cuales, según la palabra de uno de los más agudos tratadistas de vuestro juicio de amparo, consiste precisamente en “un control de constitucionalidad de las leyes por *vía de excepción*”.<sup>129</sup>

<sup>128</sup> Cfr. AZRAK, *op. cit.*, pp. 86-89; véanse los artículos 149-151 de la Constitución Turca de 1961.

<sup>129</sup> FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, cit., pp. 179 y 251.

Y finalmente podemos, en la conversación próxima, pasar al examen del último punto de vista bajo el cual nos hemos propuesto analizar el fenómeno jurídico del control de la constitucionalidad de las leyes; el aspecto de los efectos de las decisiones judiciales sobre esta materia.

## V

### ANÁLISIS DOGMÁTICO-COMPARATIVO DE LOS MÉTODOS MODERNOS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN RESPECTIVA

SUMARIO: 13. *Ventajas e inconvenientes de la amplitud del control constitucional de las leyes en los sistemas "americano" y "europeo".*—14. *El control simplemente declarativo de la constitucionalidad de las leyes.*—15. *Los efectos generales o particulares de la sentencia de inconstitucionalidad.*—16. *Los efectos futuros o retroactivos de la propia sentencia.*—17. *Excepciones a la efectividad futura o retroactiva de la resolución de inconstitucionalidad.*—18. *Otros aspectos importantes del control de la constitucionalidad de las leyes.*

13. *Ventajas e inconvenientes de la amplitud del control constitucional de las leyes en los sistemas "americano" y "europeo".*—En la conversación anterior habíamos realizado un análisis de que lo que hemos llamado el aspecto "formal" del control de la constitucionalidad de las leyes, en algunos sistemas jurídicos modernos.

Habíamos visto como el tipo "austriaco" de control, tal como fue originalmente introducido por la Constitución de 1920, realizó un método de control que funcionaba *exclusivamente por vía de acción*, y por tanto, diametralmente opuesto al "norteamericano", el cual, por el contrario, actúa *exclusivamente por vía de excepción*.

También expresamos, cómo a través de la reforma constitucional de 1929, el tipo "austriaco" atenuó su absoluta oposición al "americano" admitiendo, al lado del control que puede solicitarse a la Corte Constitucional por vía de acción, también una posibilidad limitada de control que se plantea a la misma Corte en vía de excepción; y habíamos visto también cómo una evolución más amplia en tal sentido, fue realizada posteriormente por las Constituciones italiana de 1948 y alemana occidental de 1949.

Este método, adoptado en una zona muy amplia de Europa, es en verdad —como lo hemos reconocido— *más híbrido y complicado*, pero al mismo

tiempo, en nuestra opinión, *más completo* que el “americano”, ya que puede ocurrir en este último, que algunas leyes, aún siendo inconstitucionales, escapen sin embargo a toda posibilidad de control *incidental* (*Inzidentkontrolle*), por el simple hecho de que debido a su contenido particular, no pueden dar lugar (o por lo menos, de hecho no dan lugar) a litigios *concretos* y por tanto, a procesos específicos de carácter civil, penal o administrativo, para cuya solución dichas leyes deban ser consideradas pertinentes.

Especialmente podemos imaginar el caso de una ley federal que viole la esfera de competencia constitucional de un Estado miembro, respecto de la cual no existe posibilidad de que surjan algunos casos concretos respecto de los cuales la propia ley deba considerarse pertinente, por lo que resulta evidente que sobre ese ordenamiento no podrá ejercitarse ningún control judicial de la constitucionalidad, por tratarse de un sistema que funciona exclusivamente por vía de excepción.

En su estudio reciente, ya mencionado por mí en otra ocasión, el profesor *Kauper* de la Universidad de Michigan,<sup>130</sup> expresa que en el sistema norteamericano, las *constitucional questions* nunca pueden ser planteadas ante los tribunales y decididas por ellos a no ser *in so far as they are issues relevant to the disposition of a concrete case or controversy* (en tanto en cuanto sean cuestiones pertinentes para decisión de un caso o de una controversia concreta) con la consecuencia de que: *the courts will not decide abstract questions of constitutional power. Such questions of governmental power are regarded as non-justiciable or political question* (los tribunales no decidirán jamás cuestiones constitucionales abstractas, las cuales son consideradas como cuestiones “no judiciales” o “políticas”).

Este límite del sistema norteamericano, se ha manifestado en varios casos, de los cuales *Kauper* nos ofrece más de un ejemplo interesante,<sup>131</sup> en los que, frente a leyes seguras o presumiblemente inconstitucionales, no fue posible la *judicial review*, precisamente en virtud del carácter necesario y exclusivamente *incidental* del control establecido por los Estados Unidos, y una situación similar se ha presentado recientemente en el Japón, que como sabéis, también adoptó el método norteamericano en la última postguerra, según refiere el tratadista japonés *Kiyomiya*.<sup>132</sup>

Por otra parte, no podemos tampoco ocultar, que si bien el sistema “europeo” —si nos es permitido calificarlo de esta manera, aunque no con estricta

<sup>130</sup> *Op. cit.*, pp. 589-590.

<sup>131</sup> *Op. cit.*, pp. 594 y ss., 606 y 609.

<sup>132</sup> *Op. cit.*, pp. 329 y ss.; consúltese también a A. T. VON MEHREN, *Commentary: Parte II*, en *Law in Japan*, editada por A. T. VON MEHREN, cit., p. 422.

propiedad— más complejo y más completo que el “americano”, por otra parte se revela como *más peligroso*, en cuanto puede otorgar a la actividad de los Tribunales Constitucionales una coloración excesivamente “política”, aún cuando de naturaleza judicial, sometiéndoles también las *non justiciable* o *political questions*, que no son admisibles en los Estados Unidos.<sup>133</sup>

En otras palabras más precisas, el poder del control de la constitucionalidad de las leyes ejercitado — también en vía de acción— por los Tribunales Constitucionales europeos, puede otorgar consistencia a los temores de quienes lo consideran como una amenaza demasiado grave de interferencia de estos tribunales en la esfera del poder legislativo, e indirectamente, también en la del ejecutivo o de gobierno.

Pero obviamente, la respuesta a estos recelos, puede darla, más que la especulación abstracta, la manera más o menos sabia y prudente con la cual los tribunales constitucionales europeos ejerciten su delicada función, en la que, la valentía innovadora debe unirse con una cierta dosis de moderado *restraint* y el modo como, a través de su actividad, sepan imponerse a la opinión pública como instituciones esenciales de garantía y de control de una legalidad superior.

Este es uno de los campos en los cuales la historia de la *Supreme Court* estadounidense —como también, sin duda, la historia de vuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación— posee muchas enseñanzas para los jóvenes tribunales constitucionales europeos.<sup>134</sup>

Por otra parte, constituye un hecho absolutamente *ineludible* y ampliamente reconocido, inclusive en los Estados Unidos de América, que también en un sistema de control meramente incidental, el fenómeno que estamos examinando *can never be scientific o completely disinterested and neutral*.<sup>135</sup> lo que significa que el control judicial de la constitucionalidad de las leyes está destinado, por su misma naturaleza, a tener siempre una coloración “política” más o menos evidente o acentuada, lo que implica una intervención activa y creadora de los tribunales, en la dialéctica de las fuerzas políticas del Estado.

14. *El control simplemente declarativo y el constitutivo de la constitucionalidad de las leyes*.—Ahora debemos examinar, así sea sumariamente, el fenómeno del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, bajo un tercer aspecto muy importante, es decir, desde el punto de vista de los *efectos* de la decisión judicial, ya sea que provenga de los órganos judiciales ordi-

<sup>133</sup> Cfr. KAUPER, *op. cit.* p. 637.

<sup>134</sup> Cfr. sobre esta materia KAUPER, *op. cit.*, pp. 608-610, 623 y ss.

narios, como en los sistemas en los cuales el control tiene carácter "difuso", o por el contrario, cuando sea pronunciada por órganos judiciales *especiales*, como los tribunales constitucionales europeos.

De nuevo se revela, al respecto, una diferenciación radical y extremadamente interesante, entre los sistemas estadounidense y austriaco, este último elaborado especialmente por Hans Kelsen, como ya lo habíamos mencionado.

En el primero de estos dos sistemas, la ley inconstitucional, en cuanto se considera contraria a una norma superior, se le estima *absolutamente nula* (*null and void*), y por tanto, *ineficaz*, por lo que el juez que ejercita la facultad de control, *no anula, sino que simplemente declara una nulidad (pre-existente)* de la ley inconstitucional.

En el ordenamiento austriaco, por el contrario, la Corte Constitucional *no declara una nulidad, sino que anula, casa (aufhebt)* una ley que hasta el momento en que la sentencia de la Corte se publica, *es válida y eficaz*, no obstante su inconstitucionalidad.

Y no sólo lo anterior, sino que lo que es aún más notable, la Corte Constitucional austriaca posee, la facultad discrecional de disponer que la anulación de la ley *opere solamente a partir de una fecha determinada posterior a la publicación (Kundmachung)* de su resolución, con tal que el diferimiento de la eficacia constitutiva de la sentencia misma, no sea superior a un año.<sup>136</sup>

De manera incidental hago notar, además, a este respecto, cómo esta disposición ha sido imitada por la reciente Carta Fundamental de Turquía, la que sin embargo limita a seis meses el plazo de diferimiento de la eficacia constitutiva de las resoluciones de la Corte Constitucional.<sup>137</sup>

En resumen, puede afirmarse, que mientras el sistema estadounidense de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, tiene el carácter de un control *meramente declarativo*, a la inversa, el austriaco asume la naturaleza de un control *constitutivo* de la invalidez y de la consiguiente ineficacia de las leyes contrarias a la Constitución, y de aquí se concluye con plena coherencia, que, mientras en el primer sistema la eficacia (meramente declara-

<sup>135</sup> KAUPER, *op. cit.*, p. 627.

<sup>136</sup> El artículo 140, párrafo tercero, de la Constitución austriaca, establece que: "...die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Ausserkrafttreten eine Frist bestimmt. Diese Frist darf ein Jahr nicht überschreiten ("... la anulación tiene efecto a partir del día de la publicación de la decisión de la Corte Constitucional, salvo que la Corte misma hubiese establecido un plazo diverso para la cesación de la eficacia de la ley. Dicho plazo no puede ser superior a un año.")

<sup>137</sup> Constitución de la República Turca de 9 de julio de 1961, artículo 152, fracción II: Cfr. BALTA, *op. cit.*, p. 564; AZRAK, *op. cit.*, p. 89.



tiva) opera *ex tunc*, o sea, retroactivamente —se trata, en efecto, repito, de la simple declaración de una nulidad absoluta preexistente— en el sistema austriaco, por el contrario, la eficacia (constitutiva, es decir, de anulación) de la sentencia de inconstitucionalidad, obra *ex nunc*, y por lo tanto, *pro futuro*, excluyéndose una retroactividad de la eficacia de anulación.<sup>138</sup>

15. *Los efectos generales o particulares de la sentencia de inconstitucionalidad.*—Pero la primera diferencia entre los dos sistemas típicos examinados bajo el punto de vista de los *efectos* de la sentencia judicial de control, aun siendo profunda y muy importante, no es la única, sino que existe otra no menos radical y trascendente.

En efecto, el sistema austriaco posee, además del carácter “constitutivo”, también naturaleza “general”, es decir, que produce la anulación, que si bien carece de eficacia retroactiva, pues la misma es *ex nunc* o *pro futuro*, opera, sin embargo, *erga omnes*, por lo que a este respecto se habla de una *Allgemeinwirkung* (eficacia general).

En otras palabras, una vez pronunciada la sentencia de inconstitucionalidad, la ley respectiva es *privada de efectos de manera general*, ni más ni menos que si hubiese sido *abrogada* por una ley posterior, y por el contrario, recuperan su vigencia —salvo lo que en sentido opuesto disponga la misma Corte Constitucional— las disposiciones legislativas anteriores a la ley inconstitucional (artículo 140, párrafo cuarto, de la Constitución austriaca).

Precisamente lo inverso —como ya ha habido ocasión de manifestarlo en una plática anterior— ocurre en el sistema norteamericano y en los ordenamientos que lo han imitado, como por ejemplo en el japonés,<sup>139</sup> y lo mismo puede decirse incluso de los sistemas completamente originales, como en el mexicano, según el principio de la relatividad contenido en la llamada “formula de Otero” (artículo 107, fracción II, de la Constitución Federal, y 76 de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo).<sup>140</sup>

Efectivamente, en todos estos ordenamientos, la regla fundamental consiste en que el juez *debe limitarse a desaplicar la ley inconstitucional en el caso concreto*, de manera que el control judicial de la constitucionalidad de las leyes carece, como en Austria, de *eficacia general, erga omnes*, pues únicamente posee *eficacia particular, limitada al caso concreto (Individualwir-*

<sup>138</sup> Debe recordarse el artículo 140, párrafo tercero, de la Constitución austriaca, transcrito en la *nota No. 135*.

<sup>139</sup> Cfr. KIYOMIYA, *op. cit.*, p. 334.

<sup>140</sup> En el sentido de que en ningún caso la sentencia deberá hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare. Cfr. sobre esta materia, por ejemplo, FIZ ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, cit., pp. 188 y ss.; 378-379, 400.

*kung*), aun cuando, por otra parte, debe hacerse notar que en los Estados Unidos esta característica ha sido descartada en buena parte (especialmente cuando se trata de control ejercitado por la *Supreme Court*) en virtud del principio del *stare decisis*.

También en México, este principio de la individualidad de los efectos, si bien no ha sido eliminado, por lo menos se atenúa considerablemente a través de la limitada obligatoriedad de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, así como también debido a la institución de la suplencia de la queja tratándose de las leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la misma Suprema Corte de Justicia, introducida en el año de 1951.<sup>141</sup>

16. *Los efectos futuros o retroactivos de la propia sentencia.*—La solución adoptada en la última postguerra en Italia y en Alemania Occidental, se encuentra, en cierto sentido, en una situación intermedia entre la seguida por el sistema americano —más “concreto”, más “pragmático”, más ligado a las exigencias inmediatas de los casos particulares— y la que, por el contrario, estableció el ordenamiento austriaco de inspiración kelseniana, más teórico, más abstracto y más “general”.

En efecto, tanto en Italia como en Alemania Occidental se considera que la sentencia por la cual la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley, tiene eficacia *erga omnes* (*Allgemeinwirkung*), de la misma manera que en Austria, por lo que la ley inconstitucional se *suprime para todos y para siempre* y no simplemente se desaplica en un caso concreto.

Sin embargo, tanto en Italia como en la República Federal Alemana, y en esta última más decididamente que en la primera, se descarta que la sentencia de inconstitucionalidad produzca su eficacia solamente *ex nunc* o *pro futuro* como en Austria, y se afirma, por el contrario, la eficacia que también opera *ex tunc, para el pasado*, es decir, una eficacia *retroactiva* de las sentencias de los tribunales constitucionales mencionados.

En otras palabras, en ambos países se considera, como en los Estados Unidos de América, que el simple hecho de la inconstitucionalidad es causa de *nulidad absoluta*, y por tanto, de *ineficacia ipso jure de las leyes, aun con anterioridad a que esta inconstitucionalidad sea declarada solemne y obligatoriamente por la sentencia de la Corte Constitucional competente*.<sup>142</sup>

<sup>141</sup> Cfr. FIX ZAMUDIO, *op. ult. cit.*, pp. 189 y ss.; 296-301, 404, 406-408.

<sup>142</sup> Cfr. FRIESENHAN, *op. cit.*, pp. 135, 142-143; A. M. SANBULLI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien*, en *Max-Planck-Institut, op. cit.*, pp. 307-308.

17. *Excepciones a la efectividad futura o retroactiva de la resolución de inconstitucionalidad.*—Sin embargo, una vez más, se debe advertir que también en relación con los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, que es objeto de nuestro examen actual, la originaria y radical contraposición entre el sistema americano y el austriaco de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, se atenuó parcialmente por obra de la Ley de Reforma Constitucional (*Bundes-Verfassungsnovelle*) austriaca de 1929.

Según se ha afirmado en pláticas anteriores, esta ley de revisión constitucional de 1929 introdujo en Austria la legitimación de dos órganos judiciales superiores —la *Oberster Gerichtshof* y la *Verwaltungsgerichtshof*— para plantear ante la Corte Constitucional, las cuestiones de constitucionalidad, limitadas a las leyes aplicables a los casos concretos pendientes ante los propios órganos.

¿Pero cómo puede conciliarse esta nueva legitimación con la eficacia *constitutiva*, que no opera de manera retroactiva, sino únicamente *ex nunc* o *pro futuro*, de la resolución de la Corte Constitucional?

Es preciso tener presente que en los procesos “comunes” (civiles, penales y administrativos) que se tramitan ante los órganos judiciales “ordinarios”, siempre se discute sobre derechos, obligaciones, *status* o responsabilidades, que derivan de determinados *hechos acaecidos en el pasado*.

Estos hechos —contratos, actos ilícitos, etc., producen determinadas obligaciones, derechos, *status* o responsabilidades, si así lo ha dispuesto una *norma jurídica eficaz en el momento en que se verificaron los hechos mismos* (y por tanto, en un momento *anterior* a la etapa de la tutela jurisdiccional).

Si suponemos la hipótesis de que esa norma jurídica es inconstitucional, en tal caso, en el sistema norteamericano, e igualmente, en la actualidad, en los ordenamientos italiano y alemán, la propia norma, precisamente por ser contraria a la Carta Fundamental es *ineficaz inclusive antes de que la inconstitucionalidad hubiese sido declarada por virtud de la judicial review*; y, por tanto, es *ineficaz también respecto de los hechos verificados con anterioridad al control judicial de la constitucionalidad*.

En el sistema austriaco, por el contrario, la norma inconstitucional, repito, se considera como *perfectamente válida y eficaz* hasta el momento en el cual se publica la resolución de la Corte Constitucional, la cual carece de fuerza retroactiva, de manera que los hechos, deducidos en los procesos pendientes ante la *Oberster Gerichtshof* o la *Verwaltungsgerichtshof*, fueron, en la época en que se realizaron, válida y eficazmente regulados por la disposición inconstitucional.

De todo esto se deduce la consecuencia, perfectamente lógica y coherente

en teoría, pero evidentemente absurda e inaceptable en la práctica, de que la resolución de la Corte Constitucional *no podría desarrollar eficacia alguna respecto de los casos concretos pendientes ante la Oberster Gerichtshof o la Verwaltungsgerichtshof*, en el curso de los cuales ha surgido la cuestión de inconstitucionalidad.

Precisamente para evitar esta ilógica consecuencia, el sistema austriaco, tal como fue reformado en el año de 1929, que como hemos mencionado, es el actualmente en vigor en Austria, admite una atenuación parcial del principio que se adoptó, por el contrario, de manera rigurosa en el año de 1920, según el cual, se negaba todo efecto retroactivo a la resolución de la Corte Constitucional.

De acuerdo con la reforma de 1929 se admite que de manera *limitada al caso concreto*, en el cual ha surgido en vía de excepción la cuestión de constitucionalidad, la ley contraria a la Constitución debe, en virtud de la resolución de la Corte Constitucional, *ser desaplicada también respecto de los hechos efectuados con anterioridad a la resolución misma*.<sup>143</sup>

El mismo Kelsen en un estudio publicado en el año de 1929,<sup>144</sup> reconoció que: *cet effet rétroactif de l'anulación est une nécessité technique parce que, sans lui, les autorités chargées de l'application du droit n'auraient pas d'intérêt immédiat et par suite suffisamment puissant à provoquer l'intervention du tribunal constitutionnel. . . Il faut les encourager à présenter ces requêtes en attribuant dans ce cas à l'annulation un effet rétroactif.*"<sup>145</sup>

Por otra parte, así como en Austria las exigencias prácticas han llevado, en 1929, a una atenuación del rigor práctico de la doctrina de la *irretroac-*

<sup>143</sup> Cfr. MELICHAR, *op. cit.*, p. 463; quien sostiene: *Im Falle der Inzidentkontrolle wirkt die Aufhebung aber auf die Rechtssache zurück, die Anlass zur Einleitung des Gesetzprüfungsverfahrens gegeben hat. Alle übrigen, bis zum Inkrafttreten der Aufhebung gesetzten Vollzugsakte der Verwaltung und der Gerichte werden durch die Aufhebung nicht berührt* ("en el caso de control en vía incidental, la anulación realiza sus efectos retroactivamente respecto al caso, que ha dado ocasión a la instauración del procedimiento de control de la ley. Todos los otros actos administrativos y judiciales de ejecución de la ley, efectuados antes de la entrada en vigor de la sentencia de nulidad de la ley misma, no son afectados por la anulación.")

<sup>144</sup> *Rapport sur la garantie juridictionnelle de la Constitution*, en *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, París, 1929, p. 127; consúltese GRANT, *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>145</sup> "Este efecto *retroactivo* de la anulación es una necesidad técnica, puesto que sin él, las autoridades encargadas de la aplicación del derecho no tendrían interés inmediato y por tanto, suficientemente poderoso para provocar la intervención del tribunal constitucional. . . Es preciso alentar la presentación de estas peticiones atribuyendo en este caso efecto retroactivo a la anulación."

*tividad*, también en los Estados Unidos de América, y de manera similar, en Alemania Occidental y en Italia, los requerimientos de la práctica han inducido a mitigar la doctrina opuesta de la eficacia *ex tunc*, es decir, de la *retroactividad*.

Esta última doctrina parte del supuesto, según se ha dicho, de que la ley inconstitucional es nula e ineficaz *ab origine*, lo que significa que todo acto —privado, como por ejemplo, un contrato privado, o público, como lo son el acto administrativo o la sentencia— en el cual se hubiese *aplicado* la propia ley inconstitucional —que, repito, es una ley nula e ineficaz, *carece de una válida base legal*.

Sin embargo, puede suceder que una ley hubiese sido aplicada pacíficamente durante un largo período tanto por los órganos públicos como por los sujetos particulares, y así, por ejemplo, el Estado pudo haber recaudado durante muchos años, determinado impuesto con apoyo en dicha ley, o bien una persona privada cobra una pensión o celebra ciertos contratos, y así sucesivamente.

Pero en un determinado momento, la citada ley que durante tanto tiempo fue aplicada de manera pacífica, es declarada inconstitucional, a través de una resolución, que según la doctrina mencionada, *posee efectos retroactivos*.

¿Podrán ser destruidos todos los efectos que han sido creados, *sin una válida base legal*, por los mencionados actos públicos y privados, que con anterioridad han aplicado la propia ley inconstitucional?

La jurisprudencia de los tribunales estadounidenses han dado respuesta a esta pregunta, inspirándose en criterios, a mi modo de ver, muy oportunos y de un gran pragmatismo y elasticidad,<sup>146</sup> y que en la práctica son muy similares a los establecidos tanto por la legislación como por la jurisprudencia de Italia<sup>147</sup> y de la República Federal Alemana.<sup>148</sup>

En concreto, es suficiente mencionar que en materia penal, los tribunales estadounidenses han considerado siempre, y actualmente así lo disponen de manera expresa los ordenamientos legales de Italia y Alemania Occidental, que no obstante que la sentencia penal de condena hubiese adquirido la autoridad de cosa juzgada, nadie debe ser constreñido a cumplir una pena que le hubiese sido impuesta con apoyo en una ley, que posteriormente se ha declarado inconstitucional.

Por el contrario, en las materias civil y administrativa, se ha preferido

<sup>146</sup> Cfr. KAUPER, *op. cit.*, pp. 629 y ss.

<sup>147</sup> Cfr. particularmente el art. 30 de la Ley de 11 de marzo de 1953, No. 87.

<sup>148</sup> Consúltense el artículo 79 de la ley del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgesetz*) de 12 de marzo de 1951; Cfr. FRIESENHAHN, *op. cit.*, p. 143.

respetar ciertos efectos “consolidados” —entre ellos, especialmente la autoridad de la cosa juzgada— producidos por actos apoyados en leyes declaradas posteriormente como contrarias a la Constitución, y esto en consideración al hecho de que, de otra manera, se producirían repercusiones muy graves sobre la paz social, es decir, respecto a la exigencia de un mínimo de certeza y estabilidad de las relaciones y situaciones jurídicas.

18. *Otros aspectos importantes del control de la constitucionalidad de las leyes.*—Llega el momento de concluir nuestras pláticas, pero no sin advertir previamente, aún cuando no sea necesario señalarlo, que en una exposición menos incompleta deberíamos haber analizado otros aspectos importantes, complejos e interesantes del control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Por ejemplo, habríamos debido examinar el fenómeno del control de la constitucionalidad bajo el punto de vista de la *técnica procesal*, es decir, de las características fundamentales del procedimiento o de los procedimientos, por lo menos en aquellos ordenamientos jurídicos, en los que los jueces realizan el control de la constitucionalidad de las leyes a través de tipos especiales de procedimiento, y entre los que se encuentra el mexicano —como lo sabéis mejor que yo— y todos aquellos en los cuales impera una forma “concentrada” de control.

También nuestras pláticas habrían podido referirse a un tema que me es particularmente querido, a pesar de que la tesis que sostuve desde hace tiempo, según la cual la “jurisdicción constitucional” constituye una de las grandes manifestaciones de la denominada *jurisdicción voluntaria*, ha permanecido como un criterio minoritario, y que en Italia fue acogida nada menos que por Francesco Carnelutti,<sup>149</sup> y no obstante que con posterioridad, la Corte Constitucional Italiana aceptó la consecuencia fundamental de la propia tesis, es decir, la de que las resoluciones desestimatorias del juez constitucional no producen cosa juzgada.<sup>150</sup>

En una exposición más completa también deberíamos estudiar el fenómeno del control judicial de las leyes bajo el aspecto de los problemas tan delicados

<sup>149</sup> Cfr. sobre esta materia y también para referencias posteriores, mi comunicación sobre *La giustizia costituzionale in Italia*, en *Giurisprudenza costituzionale*, V (1960), p. 470 del texto y nota 20, y p. 471 *sub c*, y en la traducción española de H. FIX ZAMUDIO, en *Instituto Mexicano de Derecho Procesal. Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, México, 1960, pp. 162 del texto y nota 19, y p. 163, *sub. c*.

<sup>150</sup> Ver mi *intervención*, en *Instituto Mexicano de Derecho Procesal, op. ult. cit.*, pp. 238-239.

que presenta la *interpretación*, tanto de las leyes constitucionales como de los preceptos ordinarios.<sup>151</sup>

Además, hubiera sido interesante llevar nuestro análisis hasta el sector de la *penetración*, es decir, de la *amplitud del control judicial de las leyes*, el cual, en los ordenamientos que hemos tenido presentes<sup>152</sup> constituye un control que se extiende tanto a la conformidad *formal* como respecto de la *sustancial* de las leyes con la Constitución (*förmliche und sachliche Vereinbarkeit der Gesetze mit dem Grundgesetz.*)

En verdad, esta extensión a la constitucionalidad *sustancial* de las leyes, es uno de los aspectos que, sin titubear, considero *esenciales* de todo sistema moderno y efectivo de control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Debe hacerse notar que no ha faltado ni falta algún ordenamiento que se limita, por el contrario, a admitir un control judicial únicamente sobre la constitucionalidad *formal*, es decir, sobre la simple observancia de las formalidades que la Constitución establece para la formación, promulgación y publicación de las leyes, sin comprender el *contenido* de las leyes mismas.

Esto es lo que ocurría en Italia antes de 1948, bajo el "flexible" Estatuto Albertino de 1848;<sup>153</sup> y también en Francia, donde, como se ha visto, en términos generales no existe un control propiamente judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, pero parece admitirse, sin embargo, al menos una ligera atenuación a este principio, en el sentido de reconocer un control judicial sobre la constitucionalidad *formal* de las leyes, y precisamente de carácter "difuso" o "incidental", es decir, que corresponde a *todos* los jueces con motivo de la decisión de los casos concretos de su competencia.

En un estudio reciente, dos tratadistas franceses expresan al respecto, que:<sup>154</sup> "Al parecer, los jueces (franceses) a los cuales les está prohibido decidir sobre la constitucionalidad material o intrínseca de las leyes, no rechazan la idea de controlar la inconstitucionalidad "formal" o "extrínseca"

---

<sup>151</sup> Cfr. sobre esta materia a Volker HAAK, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzeauslegung des Richters*. Bonn, Röhrscheid Verlag, 1963; CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale*, cit.; Ernst FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, Kohlhammer 1961; Otto KIRCHHEIMER, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, 11 (1962), pp. 93 y ss.

<sup>152</sup> Es decir, además de México, los Estados Unidos, Austria, Italia Alemania Occidental, y algunos otros países como Japón, Suiza, Noruega, Dinamarca, etc. Cfr. sobre el punto específico a CASTBERG, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark*, cit., pp. 426 y 428; IMRODEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, cit., pp. 514-515.

<sup>153</sup> Cfr. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, Giuffrè, reimpression, 1965.

<sup>154</sup> Charles EISENMANN y Léo HAMON, *La Jurisdiction Constitutionnelle en Droit Français*, cit., pp. 241, 283.

de los actos publicados bajo el título de leyes, es decir, de verificar si la supuesta ley *ha sido votada siguiendo las reglas constitucionales sobre el procedimiento legislativo, y promulgadas regularmente.*

Los referidos autores reconocen, por otra parte, la escasa importancia práctica de este control judicial meramente formal y consideran que, en todo caso, la cuestión no se presenta sino muy rara vez.<sup>155</sup>

Estos y otros problemas deberíamos haber discutido en estas conversaciones, si nuestra exposición hubiera podido o pretendido ser completa.

Pero nuestro propósito *ha sido diverso y mucho más modesto*, pues en verdad hemos pretendido dilucidar, a través de una investigación comparativa sumaria e incompleta, cómo también fuera de México, en donde la "justicia constitucional" posee una traducción más secular, se advierte la gran actualidad y la importancia, tanto de carácter práctico como científico, del tema del control judicial de la *constitucionalidad de las leyes; del control o de la garantía, de una legalidad superior, una garantía que es considerada por numerosos autores como un elemento fundamental en la actualidad, y en mi opinión, inclusive, como el coronamiento necesario de la concepción del "Estado de Derecho", la cual, contrapuesta a la idea del "Estado Absoluto", representa uno de los valores más preciosos del pensamiento jurídico y político de nuestra época.*

El fenómeno a que me he referido inadecuadamente en estas pláticas, constituye, en verdad, una de las instituciones jurídicas más apasionantes que jamás hubiesen sido inventadas por el genio del hombre, pues a través de ella, el ingenio humano ha pretendido *resolver una antigua y profunda oposición, que siempre resurge; el contraste entre el derecho natural y el derecho positivo; entre la justicia y el derecho.*

En efecto, en la concepción más moderna, la norma constitucional no es otra cosa que un ensayo —tal vez imposible y casi podríamos calificarlo de "faustico", pero profundamente humano y digno de ser intentado— de transformar en derecho escrito los supremos valores, o en suma, la pretensión de "encerrar", de "definir" en una norma positiva, lo que por su naturaleza es inasible e indefinible: lo absoluto.

El genio del hombre ha descubierto el instrumento más perfeccionado de esta "relativización", de esta "positivización" de lo absoluto, a través de la justicia constitucional; pero al fin como instrumento humano, está sometido, como todos los instrumentos creados por el hombre, a cambios, errores e imperfecciones.

<sup>155</sup> Cfr. sobre este aspecto a R. BERNHARDT, *Vergleichende Sachberichte: Normenkontrolle* cit., p. 734 del texto y nota 89.



Por medio de esta institución se confía a jueces imparciales *la humanización de lo absoluto y la concretización de los supremos valores*, que serían fría y estáticamente irrealizables, si se conservaran encerrados y cristalizados en las fórmulas normativas de la Constitución.

Por ello podemos concluir en el sentido de que la justicia constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época.